



Universidad Pontificia de Comillas. ICADE

# **LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS COMO CONSECUENCIA DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS DURANTE LA PANDEMIA DEL COVID-19**

Autor: Iago Rodríguez Hervella

Director: José Ignacio Vega Labella

## **Resumen Español**

El objeto del presente trabajo es analizar una de las diversas consecuencias jurídicas emanadas de la llegada del *Covid 19* a nuestro país: la potencial responsabilidad patrimonial de la administración por sus actuaciones y omisiones en la gestión de la pandemia. Desde una perspectiva teórica de la normativa actual, se aborda la realidad práctica de esta compleja problemática y se intenta dar respuesta a una de las preguntas más repetidas durante el último año en el mundo jurídico: ¿Responderá patrimonialmente la administración? Si bien no se llega a una respuesta concreta, se explican detenidamente algunos de los problemas a los que tendrán que hacer frentes los tribunales en sus resoluciones, como la existencia de una casuística sin precedentes. Por último, se realiza un análisis pormenorizado de la normativa, jurisprudencia y doctrina existente al respecto, adaptándola a las actuaciones de las administraciones en el ámbito sanitario y de los centros residenciales y sociosanitarios, intentando inferir cual será el proceder de los tribunales en estos casos.

## **Resumen Inglés**

The purpose of this paper is to analyze one of the various legal consequences of the arrival of Covid 19 in our country: the potential financial liability of the administration for its actions and omissions in the management of the pandemic. From a theoretical perspective of the current regulations, the practical reality of this complex problem is addressed and an attempt is made to answer one of the most repeated questions during the last year in the legal world: Will the administration be liable for financial loss? Although no specific answer is given, some of the problems that the courts will have to face in their decisions, such as the existence of an unprecedented casuistry, are explained in detail. Finally, a detailed analysis is made of the regulations, jurisprudence and existing doctrine on the subject, adapting it to the actions of the administrations in the field of health and residential and social-health centers, trying to infer what will be the procedure of the courts in these cases.

# ÍNDICE

<b>1. Introducción</b> .....	<b>5</b>
1.1 Introducción, objetivos y metodología del trabajo .....	5
1.2 Origen y regulación positiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración .....	7
1.3 ¿Es la responsabilidad patrimonial del estado realmente objetiva?.....	9
1.4 Los estados de alarma, de excepción y de sitio .....	11
<b>2. Presupuestos de la responsabilidad</b> .....	<b>12</b>
2.1 La lesión.....	12
2.2 La relación de causalidad .....	14
2.2.1 Teoría de la equivalencia de las condiciones .....	14
2.2.2 Teoría de la causalidad exclusiva .....	15
2.2.3 Teoría de la causalidad adecuada .....	16
2.3 La acción causante del daño .....	17
2.4 La imputabilidad del daño .....	18
2.5 La Administración responsable.....	20
2.5.1 Límites entre la Administración Pública y el Sector Público .....	22
2.6 El sujeto lesionado .....	23
<b>3. Excepciones a la responsabilidad patrimonial de la administración por la situación de pandemia de la Covid 19</b> .....	<b>24</b>
3.1 Fuerza mayor .....	24
3.2 Estado de los conocimientos de la ciencia o técnica .....	25
<b>4. Medidas y actuaciones concretas de la administración para la gestión de la pandemia</b> .....	<b>27</b>
4.1 Situación actual .....	27
4.2 Escasez de legislación.....	27
4.3 Responsabilidad en sentido estricto.....	28
4.4 Responsabilidad por razones de interés público.....	30
4.5 Delimitación de la indemnización en caso de declararse la RPA .....	33
<b>5 Responsabilidad Patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario</b> .....	<b>34</b>
5.1 Situación actual .....	34
5.2 Medicina defensiva como respuesta al fuerte incremento en el número de reclamaciones de responsabilidad .....	35
5.3 ¿Puede la <i>Lex Artis</i> limitar realmente la responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario? .....	38
<b>6. Actuaciones de la Administración: Centros Residenciales y Sociosanitarios</b> .....	<b>39</b>
<b>6.1 Contexto</b> .....	<b>39</b>
6.2 Marco normativo de las residencias de mayores .....	40

6.3 Normativa adoptada por la administración y determinación de la RPA .....	42
6.4 Competencias de gestión mantenidas Comunidades Autónomas .....	44
6.5 Responsabilidad Patrimonial de la Administración por la gestión de residencias.....	45
<b>7. Responsabilidad del estado legislador .....</b>	<b>49</b>
7.1 Responsabilidad del estado legislador .....	49
<b>8. Conclusiones .....</b>	<b>51</b>
8.1 El casuismo como elemento esencial en la resolución de casos individuales.....	51
8.2 Las diferentes instituciones que podrán dar respuesta a las actuaciones u omisiones de la administración durante la pandemia.....	51

## 1. Introducción

### 1.1 Introducción, objetivos y metodología del trabajo

El 31 de diciembre de 2019 la Comisión Municipal de Salud de Wuhan (China) notifica una serie de casos de neumonía en la ciudad, cuya causa parece ser una nueva variante de coronavirus. <sup>1</sup>Pocos meses después, se inicia una crisis sanitaria que extiende sus efectos a nivel global; efectos que siguen produciéndose y cuyo alcance total aún no es posible determinar.

El 31 de enero de 2020 <sup>2</sup>se confirma el primer caso de esta variante (ya denominada COVID-19) en España, y a partir de ese momento la Administración empieza a adoptar una serie de medidas de contención del virus, que experimentan su máximo exponente a partir del 14 de marzo de 2020 con la declaración del Estado de Alarma (mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo<sup>3</sup>, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19).

Aunque a fecha del presente trabajo todavía no es posible tener una perspectiva completa de las consecuencias derivadas de la actividad o inactividad de las distintas administraciones con motivo de esta pandemia, analizaré algunas de las actuaciones del Ejecutivo antes de que se decretara el Estado de Alarma como las llevadas a cabo en el marco de éste; así como la posibilidad de que se pueda llegar a establecer la responsabilidad de la Administración en alguno de los dos escenarios. Es esencial remarcar que no me voy a detener en la parte teórica de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración, sino que sólo pretendo dar las nociones básicas y determinantes para poder analizarla a efectos de este trabajo, sin que mi intención sea entrar en debates teóricos de la misma.

---

<sup>1</sup>COVID-19: cronología de la actuación de la OMS. (2020, 28 abril). OMS. <https://www.who.int/es/news/item/27-04-2020-who-timeline---covid-19>

<sup>2</sup> Pulido, S. (2020, 1 febrero). *España confirma su primer caso de coronavirus en La Gomera*. Gaceta Médica. <https://gacetamedica.com/investigacion/espana-confirma-su-primer-caso-de-coronavirus/>

Redacción Médica. (2020, 23 marzo). *Cronología del coronavirus en España desde su aparición*. <https://www.redaccionmedica.com/secciones/sanidad-hoy/coronavirus-infectados-espana-y-evolucion-covid19-desde-origen-4148>

<sup>3</sup> Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo

Para acotar el tema he decidido focalizar mi análisis en las principales medidas adoptadas dentro del ámbito sanitario, comenzando por la requisita de mascarillas antes de decretar el Estado de Alarma atendiendo al conocimiento que se tenía en ese momento del virus COVID-19 y profundizando especialmente el estudio de las actuaciones de gestión de la enfermedad en las residencias de ancianos, tratando como tema de gran relevancia la coordinación entre las diferentes administraciones (central, autonómicas y locales).

En este contexto, los puntos esenciales del trabajo y que revisten de mayor dificultad, son el análisis de la fuerza mayor y del estado de los conocimientos de la ciencia o la técnica<sup>4</sup> como excepciones a la responsabilidad de la Administración, así como el elevado casuismo al que se enfrentan los tribunales y el gran abanico de posibilidades de interpretación de la diversa normativa. Considero que no es posible centrar toda responsabilidad sobre la actividad de gestión ordinaria de las residencias, ni dejarla en exclusiva a la adecuación de las medidas sanitarias, por lo que habrá que hacer especial hincapié en el hecho de que, como explicaremos detenidamente a lo largo de este trabajo, la imprudencia y el dolo eventual pueden llegar a desvirtuar las alegaciones de fuerza mayor<sup>5</sup>.

Así pues, en base a esta última afirmación, reconduciré el análisis de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración a la demostración de que pudo existir imprudencia o dolo eventual en muchos casos. A pesar de ser la pandemia un caso, a priori, evidente de fuerza mayor, esto no impide que se declare la pertinente Responsabilidad de la Administración en caso de demostrarse que existió imprudencia o dolo en sus actuaciones u omisiones como respuesta a la aparición del Covid-19.

La metodología del trabajo partirá del estudio teórico y práctico de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial de la administración, haciendo hincapié en el proceder de los

---

<sup>4</sup> Iberley. El valor de la confianza. (2021, 30 marzo). *La Administración causante del daño en la responsabilidad patrimonial*. Iberley, Información legal. <https://www.iberley.es/temas/administracion-causante-dano-responsabilidad-patrimonial-65267>

<sup>5</sup> García-Ortells, F. (2020, 10 abril). *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública y el COVID-19: entre la imprudencia y el dolo eventual*. Hay Derecho. <https://hayderecho.expansion.com/2020/04/10/la-responsabilidad-patrimonial-de-la-administracion-publica-y-el-covid-19-entre-la-imprudencia-y-el-dolo-eventual/>

tribunales en el pasado, utilizando la jurisprudencia y doctrina para entender como se ha venido aplicando la legislación correspondiente y pudiendo llegar así a las conclusiones necesarias para aplicarlo a las actuaciones y omisiones de la administración en la gestión del *Covid 19*. Posteriormente, se analizarán algunos de los campos más controvertidos y decisivos a la hora de declarar la existencia o inexistencia de responsabilidad patrimonial de la administración y para resumir todo lo analizado, se abordarán ejemplos prácticos de acciones llevadas a cabo por la administración, de manera que se pueda analizar de manera práctica la concurrencia de responsabilidad. Finalmente, se intentará comentar cuales son las posibles soluciones de los tribunales para abordar esta compleja situación, optando por una vía unificadora de resolución en cuanto a responsabilidad patrimonial de la administración o por la creencia de que existe un elevado casuismo en base al cual cada caso será diferente y juzgado aisladamente.

## **1.2 Origen y regulación positiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración**

Hasta una época relativamente reciente, la Administración quedaba indemne de resarcir los daños que causara a los particulares en los casos de funcionamiento normal, es decir de aquéllos daños causados involuntariamente o simplemente aquellos daños incidentales<sup>6</sup>, haciéndose incluso una distinción posterior entre la responsabilidad objetiva, cuando la actuación de la Administración se enmarcaba dentro del Derecho Administrativo, y la responsabilidad basada en la culpa, cuando la actuación se llevaba a cabo en un contexto de Derecho Privado (debido a que su referencia inicial es el Código Civil de 1889).

Así, la primera regulación constitucional de la responsabilidad patrimonial de la administración es en la Constitución de 1931; sin embargo, su desarrollo legal es casi inexistente hasta el año 1950 cuando se aprueba la Ley del Régimen Local de 16 de

---

<sup>6</sup> García-Ortells, F. (2020, 10 abril). *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública y el COVID-19: entre la imprudencia y el dolo eventual*. Hay Derecho. <https://hayderecho.expansion.com/2020/04/10/la-responsabilidad-patrimonial-de-la-administracion-publica-y-el-covid-19-entre-la-imprudencia-y-el-dolo-eventual/> Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 y la Ley de Expropiación Forzosa de 1954

diciembre de 1950, regulándose por primera vez <sup>7</sup>la responsabilidad patrimonial de los entes locales por daños causados con su actividad.

Poco después, en el año 1954 mediante la Ley de Expropiación Forzosa<sup>8</sup> y su correspondiente Reglamento<sup>9</sup> se reconoce por primera vez la responsabilidad de la Administración en caso de funcionamiento normal (adicionalmente al anormal, que ya se reconocía), consolidándose en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957<sup>10</sup>.

Sin embargo, es en nuestra actual Constitución de 1978 (artículo 106.2) cuando verdaderamente se consagra el sistema de responsabilidad patrimonial de la administración como un sistema de responsabilidad directo, de carácter objetivo<sup>11</sup>, que rechaza la posibilidad de evaluar la culpa o dolo en algún momento, donde la Administración responde tanto de su funcionamiento *normal* como de su funcionamiento *anormal*<sup>12</sup>. En este marco legislativo, el procedimiento administrativo común y régimen jurídico de las Administraciones públicas se encontraba regulado en la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992), que en el momento actual ha sido reemplazado por dos normas desde la reforma del año 2015; bifurcación justificada tanto en el informe aprobado por la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas, como en el expositivo de la Ley 40/2015 como vía para la mejora de la calidad del ordenamiento administrativo y, en particular, de su eficiencia.

---

<sup>7</sup> Art. 405 de la Ley: “1. Las Entidades locales responderán civilmente, en forma directa o subsidiaria, según se especifica en el artículo siguiente, de los perjuicios y daños que al derecho de los particulares irrogue la actuación de sus órganos de gobierno o la de sus funcionarios o agentes, en la esfera de sus atribuciones respectivas. 2. El daño habrá de ser efectivo, material e individualizado”

<sup>8</sup> Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa, art. 121

<sup>9</sup> Decreto de 26 de abril de 1957 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa

<sup>10</sup> Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957

<sup>11</sup> Non vidi – estas sentencias muestran el posicionamiento de la jurisprudencia respecto al carácter de la responsabilidad patrimonial de la administración, calificándola como objetiva y diferenciándola de la responsabilidad subjetiva característica del derecho civil STS 6 de noviembre de 1998 y STS de 28 de noviembre de 1998, entre otras- <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1508286#nota2>

<sup>12</sup> Así, el artículo 106 CE constituye un régimen único de responsabilidad, objetivo y extracontractual; “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.”

De esta forma, la regulación del sector público gira en torno a dos leyes, una reguladora de las relaciones *ad intra* de la Administración (Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en adelante Ley 40/2015 o LRJSP); es decir, de su funcionamiento interno y relaciones entre distintas Administraciones, y otra reguladora de las relaciones *ad extra* (Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en adelante Ley 39/2015 o LPACAP), siendo éstas las relaciones entre la Administración y los ciudadanos y/o empresas privadas.

A priori, parece lógico que la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración se encontrara en esta segunda norma (LPACAP), sin embargo, encontramos preceptos relativos a la misma en ambas leyes, lo que también es un indicio de que la separación no es tan clara y tajante como se pretendía con la reforma<sup>13</sup>.

### **1.3 ¿Es la responsabilidad patrimonial del estado realmente objetiva?**

Habiendo analizado la realidad práctica acerca de la existencia de un régimen de responsabilidad objetiva o subjetiva para la administración, se ha llegado a la conclusión de que el régimen objetivo establecido por la legislación difiere enormemente del criterio seguido por la doctrina y la jurisprudencia, optando éstas últimas por un claro régimen de responsabilidad subjetiva, en el que será requisito indispensable la existencia de culpa o dolo para una posible declaración de responsabilidad por actuaciones u omisiones de la administración. Sin embargo, esto plantea un claro problema, y es que al ser en el plano teórico y legislativo el régimen de responsabilidad objetivo, nuestro ordenamiento carece de una guía que marque o facilite el estudio de la existencia de dolo o culpa en estos casos.

---

<sup>13</sup>Timón, A. J. A. (2016). *Derecho administrativo II*. Dykinson, S.L.

La mejor alternativa a esto podría ser la tesis en la que se acude<sup>14</sup> al artículo 4 de la Ley 40/2015<sup>15</sup> como punto de referencia para decidir sobre la existencia de dolo o culpa en cualquier actividad llevada a cabo por la administración. En este artículo se establece que, cuando en el ejercicio de sus competencias las administraciones limiten derecho o individuales colectivos, deberán en todo caso basar sus decisiones en el principio de proporcionalidad y elegir la medida menos restrictiva de todo el abanico de posibilidades que se les presente. Además, deberá estar en todo caso motivada la medida hacia la protección del interés público, sin que puedan darse diferencias de trato discriminatorio. En base a dicha tesis, podemos encontrar en este artículo los pilares en torno a los cuales girará la existencia o inexistencia de dolo o culpa en las actuaciones administrativas:

- Principio de proporcionalidad y medida menos restrictiva: será esencial que tenga estos preceptos en cuenta la administración a la hora de llevar a cabo actuaciones que impliquen vulneración de derechos.
- Motivación: la actuación u omisión debe estar motivada. El claro ejemplo de esto fue la normativa correspondiente a la desescalada, concretamente al paso de la *fase 0* a la *fase 1*, en la que se permitió la apertura de locales con superficies menores a los 400 metros cuadrados<sup>16</sup>. Dicha medida careció de motivación o justificación del hecho de que fueran 400 metros los que determinaran la posibilidad o imposibilidad de apertura de locales. Así pues, cabría pensar en este caso que la administración estaría actuando con dolo o culpa y se cumpliría uno de los requisitos necesario para establecer eventualmente la existencia de responsabilidad.
- Protección del interés público: desde mi punto de vista, será relativamente sencillo alegar para la administración la existencia de un interés público subyacente a

---

<sup>14</sup> José Ignacio Vega Labella, Seminario AJA Responsabilidad Patrimonial por la gestión del Covid 19

<sup>15</sup> Artículo 4. Principios de intervención de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad: “1. Las Administraciones Públicas que, en el ejercicio de sus respectivas competencias, establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán aplicar el principio de proporcionalidad y elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias. Asimismo deberán evaluar periódicamente los efectos y resultados obtenidos.”

<sup>16</sup> R., J. G. (2020, 15 mayo). *El Gobierno deja ahora abrir tiendas grandes pero acotadas a 400 metros cuadrados en la fase 1*. Cinco Días. [https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/05/15/companias/1589563978\\_159867.html](https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/05/15/companias/1589563978_159867.html)

cualquier de las medidas tomadas para la gestión del *Covid 19*, por lo que será poco probable alegar la existencia de dolo o culpa por incumplimiento de dicho principio.

- Medidas que no supongan diferencias de trato discriminatorio: en este caso nos encontraríamos a una situación similar a la comentada con relación a los locales de mayor o menos superficie. Si la administración falla a la hora de justificar o motivar determinada medida, estaría estableciendo diferencia que suponen un trato discriminatorio, por lo que cabría también entender que concurre la presencia de dolo o culpa en la realización de a medida concreta (que como sabemos es necesaria bajo el régimen de responsabilidad patrimonial subjetivo que existe en la realidad práctica de nuestro sistema jurídico).

#### **1.4 Los estados de alarma, de excepción y de sitio**

En este apartado se pretende reflexionar acerca de las implicaciones jurídicas que hubiera podido tener la elección de declaración de un estado diferente al de alarma, como pueden ser el de sitio o excepción. Estos vienen reconocidos en el artículo 116 de la Constitución Española y se regulan detalladamente en la Ley Orgánica 4/1981, de estados de alarma, de excepción y de sitio.

Desde mi punto de vista, la relevancia práctica de estos tres estados es mínimo si lo que queremos es analizar la Responsabilidad Patrimonial de la Administración. Esto se debe a que, como comentábamos con anterioridad, la clave del asunto no estará en la existencia de fuerza mayor (que quedará fácilmente demostrada), sino en la constatación de que, efectivamente, hubo una actuación dolosa eventual o imprudente por parte de algunas de las administraciones públicas.

## 2. Presupuestos de la responsabilidad

### 2.1 La lesión

Nuestro sistema de responsabilidad patrimonial puede considerarse como un sistema objetivo (a pesar de los límites ya comentados a este sistema objetivo y en los que profundizaremos cuando tratemos la responsabilidad patrimonial en ámbitos como el sanitario), de forma que el primer aspecto para determinar que existe dicha responsabilidad es la situación de quien sufre el daño (y no la actuación de quien lo causa), que viene determinada por unos elementos legalmente requeridos;

En primer lugar, la lesión ha de ser efectiva, lo que implica que la misma consista en un daño. Dicho daño deberá cumplir tres características: que sea un daño real, actual y presente. En este sentido, será extremadamente difícil conseguir probar una lesión por frustración de expectativas (como por ejemplo las procesales) o por daños hipotéticos o de carácter abstracto. Existen otros casos de especial dificultad, como el de las enfermedades continuadas. En estos casos, para cumplir con la condición de que el daño sea presente, deberá evaluarse o tasarse el daño en el momento presente (independientemente de la evolución futura que pueda tener ese daño). Sin embargo, cabe recordar que en estos casos, deberá reclamarse cuando estén concretadas las secuelas del daño producido.

Además, la lesión ha de ser evaluable o tasable a nivel económico, de forma que sea posible su cuantificación concreta. Aquí es relevante explicar que no sólo los daños materiales serán económicamente cuantificables, sino que los daños morales también lo son (imaginemos que un hombre pierde a su madre o padre, aquí no hay daño material directo sufrido por el hijo, pero es evidente que si lo hay moral y debe ser igualmente susceptible de ser resarcido). Pese a ello es cierto que éstos son de difícil determinación, y por ello, para hacer una primera aproximación a la cuantía de los mismos se acude a baremos (por poner un ejemplo; por muy relevante que sea la lesión al derecho a la intimidad o el honor, siempre será mayor la pérdida de una vida)<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup> Resolución de 2 de febrero de 2021, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se publican las cuantías de las indemnizaciones actualizadas del sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación

Una vez analizados estos dos primeros criterios de la lesión y el daño, conviene apartarse del plano teórico y orientarlo a la situación concreta que nos concierne. Dentro de los múltiples daños que podían haberse valorado por actuaciones llevadas a cabo por la administración, he considerado que el mayor y el más evidente es la elevada tasa de infecciones de *Covid 19* en residencias y consecuentemente la elevada tasa de fallecimientos o secuelas por la enfermedad, cuya cuantificación puede hacerse acudiendo a baremos tales como el de la Seguridad Social o a lo estipulado en materia de Seguros Obligatorios (Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro), <sup>27</sup>teniendo en cuenta que los mismos no son vinculantes, sino que únicamente servirán como criterio orientativo <sup>28</sup>para calcular las indemnizaciones.

La lesión es un elemento de la responsabilidad patrimonial de la administración que puede abstraerse de la situación en la que se produce (una vez decretado el estado de alarma o en un momento anterior a él) salvo para la determinación de intereses por demora en el pago de indemnización, ya que la fecha de referencia será el día en que la lesión se haya producido (art.34.3 LRJSP) y para la determinación del plazo de prescripción, siendo este de un año desde que se haya producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo (art.67.1 LPAC).

Por otro lado, y cumulativamente, la lesión deberá de ser antijurídica, lo que se traduce en que el ciudadano no tenga la obligación de tolerarla y soportarla. Como se puede observar el requisito de antijuridicidad difiere del utilizado en los sistemas generales de responsabilidad, pues en estos últimos debe haber una clara actuación dolosa o culposa de aquel que causa el daño, y esto no es necesario teóricamente (en la práctica sí lo es) a la hora de declarar la RPA por la imposición de su nuevo carácter jurídico. Cuando hablábamos anteriormente de la objetividad del sistema y de la lesión nos referíamos en especial a este requisito, de forma que, aunque es evidente la necesidad de tener en cuenta la actuación de quien causa el daño (ya sea con dolo o culpa) y que dicha actuación sea contraria a Derecho, es más relevante que el ciudadano no tenga el deber de soportarla. Se trata del elemento más controvertido a la hora de determinar si existe o no responsabilidad patrimonial de la administración, y por ello dedicaré un apartado entero

---

<sup>27</sup> <https://www.iberley.es/temas/indemnizacion-responsabilidad-patrimonial-administracion-61687>

<sup>28</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, N.º 1217/2020, de 28 de septiembre. ECLI: ES:TS:2020:3105 - Fundamento de derecho 4, en el que se determina la indemnización

del presente trabajo a analizar este requisito en mayor profundidad, sobre todo en atención al artículo 34.1 de la Ley 40/2015<sup>29</sup> y su previsión acerca de la no indemnización de daños producidos que no se hubieran podido evitar o prever de acuerdo a los conocimientos de la ciencia o de la técnica en esa circunstancia.

Por último, es necesario que la lesión sea individualizada bien en una persona bien en un grupo de personas, lo que quiere decir que un ciudadano o grupo de ellos se vea singularmente perjudicado por una actuación de la administración. Este requisito también es de muy difícil determinación, y casi imposible establecerlo a priori sin apreciar previamente el contexto en el que se inserta el daño, y pese a que la doctrina ha tratado de elaborar un criterio que permita fijar una serie de parámetros objetivos para determinarla, considero que es complicado subsumir las actuaciones relacionadas con la enfermedad Covid-19 en estos criterios doctrinales.

## **2.2 La relación de causalidad**

Es necesario que exista un nexo causal entre la actuación u omisión de la Administración y el daño o lesión sobre el ciudadano o grupo de ciudadanos, siempre que no exista una causa de fuerza mayor en la producción del mismo. La relación de causalidad ha de ser directa, inmediata y de causa-efecto, lo que excluye la posibilidad de intervención de terceros que hayan podido influir o alterar la relación, por lo que su examen se ha de hacer caso por caso, para lo cual la doctrina ha elaborado diferentes teorías, siendo las más relevantes la teoría de equivalencia de las condiciones, la teoría de la causalidad exclusiva y la teoría de la causalidad adecuada.

### **2.2.1 Teoría de la equivalencia de las condiciones**

La teoría de equivalencia de las condiciones<sup>30</sup> establece que cualquier suceso que afecte a la producción del resultado va a permitir establecer esta relación requerida de causalidad, ya que cuando el hecho es producido por varios acontecimientos o causas

---

<sup>29</sup> Artículo 34.1 de la Ley 40/2015, que prevé que “ (...) no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos (...)”.

<sup>30</sup> *Teorías de la causalidad*. (2019). Juspedia. <https://juspedia.es/teoria-juridica-del-delito/la-causalidad-en-la-conducta-y-en-la-tipicidad/teorias-de-la-causalidad>

distintas, todas tienen la misma relevancia en su causación, por lo que en la práctica si estas distintas causas obedecen a que existen una pluralidad de actores, la obligación indemnizatoria se extenderá a todos ellos.

En este sentido, si para analizar la existencia o inexistencia de relación de causalidad entre las actuaciones llevadas a cabo por la administración a raíz del *Covid 19* y las lesiones causadas, probablemente el resultado más recurrente sea el de afirmar que existe una clara relación de causalidad. Por ejemplo, la manifestación del 8M produjo una lesión efectiva en muchos de los asistentes y otros contagiados posteriormente por los mismos (problemas de salud). Esos problemas de salud fueron provocados por la asistencia a la manifestación, suceso que debió haber sido evitado por la administración por ser clara conocedora de la existencia de una pandemia, pero decidió hacer acto de omisión. Así pues, habría en este caso no solo lesión, sino relación de causalidad. Y así ocurrió en innumerables situaciones, en las que hubo un conjunto de actuaciones u omisiones negligentes por parte de la administración y que han tenido como consecuencia directa o indirecta todo tipo de lesiones a los ciudadanos por el descontrol de la pandemia (infecciones y problemas sanitarios)

### **2.2.2 Teoría de la causalidad exclusiva**

La segunda teoría es la de la causalidad exclusiva<sup>31</sup>, que implica que el nexo existente entre el hecho dañoso y la actuación por parte de la Administración ha de ser directa, de forma que no exista ningún tipo de actuación de terceros (incluyendo actuación del perjudicado) que hayan podido influir en la causación del daño, ya que en ese caso se desvirtuaría el nexo causal, no pudiendo apreciarse. Esta teoría es muy restrictiva, y se encuentra actualmente en desuso por razones evidentes.

Si nos remontamos a los casos explicados en relación con la teoría de causalidad de las condiciones equivalentes, podemos apreciar que si para los mismos supuestos de hecho aplicáramos la teoría de la causalidad exclusiva no habría relación de causalidad entre las lesiones y las actuaciones de la administración y esta última quedaría en todo caso exonerada de hacer frene a cualquier tipo de responsabilidad patrimonial.

---

<sup>31</sup> *Teorías de la causalidad*. (2019). Juspedia. <https://juspedia.es/teoria-juridica-del-delito/la-causalidad-en-la-conducta-y-en-la-tipicidad/teorias-de-la-causalidad>

### **2.2.3 Teoría de la causalidad adecuada**

Por último estaría la teoría de la causalidad adecuada, que es un punto intermedio entre las dos anteriores, ya que introduce un cierto margen de valoración o de probabilidad de producción del hecho dañoso en función del acto concreto y de quién lo haya causado. Es decir, esta teoría hace necesario indicar una causa idónea o al menos adecuada para que se produzca el hecho dañoso, de acuerdo a la experiencia común. En estos términos se expresan varias sentencias del Tribunal Supremo, de forma que ; “...*esta condición por sí sola no basta para definir la causalidad adecuada sino que es necesario, además, que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento o resultado, tomando en consideración todas las circunstancias del caso; esto es, que exista una adecuación objetiva entre acto y evento, lo que se ha llamado la verosimilitud del nexo y sólo cuando sea así, dicha condición alcanza la categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima y verdadera del daño, quedando así excluidos tanto los actos indiferentes como los inadecuados o inidóneos y los absolutamente extraordinarios...*”. Lo relevante es, por tanto, la idoneidad del hecho u omisión de la Administración para la causación del daño, y será lo que la mayoría de tribunales valoren a la hora de determinar si cabe o no indemnizar al perjudicado.

Sin embargo, tanto la jurisprudencia como la doctrina han identificado una serie de supuestos en los que la concurrencia de ciertas causas sí podría ser un eximente para la responsabilidad de la Administración, o, al menos, para moderarla. Así, puede suceder que la actividad administrativa concorra con actuaciones de terceros, del propio perjudicado o incluso de terceras administraciones públicas, lo que no siempre servirá para romper el nexo de causalidad, pero podrá moderar la responsabilidad imputable a la Administración de que se trate. Mientras que en los dos primeros casos se puede dar una casuística casi infinita en lo que a este trabajo se refiere, sí que resulta de interés detenernos a analizar qué sucede en caso de concurrencia de administraciones en la producción del daño, o incluso de concurrencia de personas relacionadas con la Administración (como los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado) con la Administración que consideramos causante principal del hecho dañoso.

Me refiero a una casuística casi infinita porque la actuación que haya llevado a cabo cada ciudadano durante este último año ha podido ir desde el absoluto respeto a todas las medidas hasta una actuación culposa o incluso dolosa que haya puesto en riesgo tanto su

salud e integridad física como la de los demás, y esto hablando del plano más sencillo que sería reclamar por las secuelas de la enfermedad, porque realmente las posibilidades de hechos dañosos se extienden también al plano económico, todavía menos generalizable.

Una idea que merece la pena mencionar ahora y que será recurrente a lo largo del trabajo es el hecho de que varias administraciones o personas relacionadas con ellas concurren en la producción del daño va a establecer que la responsabilidad sea solidaria en caso de no poder determinarse quién es la Administración responsable, tal y como indica el artículo 33 de la Ley 40/2015. Así, en caso de concurrencia de administraciones, se atenderá a “criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención”, y sólo de forma subsidiaria se determinará la solidaridad, lo que supone una protección al ciudadano, ya que aunque no sea posible establecer el nivel de participación o de responsabilidad de cada administración, en cualquier caso se resarcirá al ciudadano si se cumplen el resto de requisitos. Esto es muy relevante ante los supuestos de responsabilidad por la actuación de las distintas administraciones durante la pandemia, ya que ha intervenido la administración central, la autonómica, las entidades locales, etc.

### **2.3 La acción causante del daño**

Como ya se ha ido anticipando por la redacción de los apartados anteriores, la acción causante del daño puede ser también una omisión, pudiendo ser además tanto lícita como ilícita, siempre que se encuentre en relación con el funcionamiento de los servicios públicos.

Nuevamente, existen numerosos supuestos, pero a efectos de este trabajo y en mi opinión, la elevada tasa de infección en las residencias y consecuentemente de fallecimientos se debe en síntesis a lo siguiente;

En primer lugar, la actuación causante por antonomasia fue la acción normativa de la Administración, que ha sido tardía y poco eficiente, como se evidencia en la Orden 367/2020, de 13 de Marzo, de la Consejería de Sanidad, en la que se estipulan la primera serie de medidas preventivas para hacer frente al Coronavirus<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> ORDEN 367/2020, de 13 de marzo, de la Consejería de Sanidad, por la que se adoptan medidas preventivas de salud pública en la Comunidad de Madrid como consecuencia de la situación y evolución

Por otro lado, cuando la inactividad de la Administración supone el incumplimiento de un deber impuesto en el establecimiento o continuidad de los servicios públicos. Un supuesto específico es cuando el daño sufrido por el ciudadano está relacionado con el retraso de la Administración en el cumplimiento de sus deberes. Un ejemplo claro fue la dilación al recibir las ayudas a la gente a la que le habían perjudicado con sus medidas, como aquellos a los que les cerraron los establecimientos, o en relación con evoluciones muy desfavorables de enfermedades que ahora se encuentran en estadios más avanzado por haberse paralizado el sistema (un ejemplo son la cantidad de pacientes con hepatopatías crónicas desatendidos<sup>33</sup>)

#### **2.4 La imputabilidad del daño**

La Administración responde por las lesiones que sean “consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”, lo que abarca tanto el funcionamiento normal como el funcionamiento anormal de los mismos, siempre dentro de los márgenes de la ley y cumplidos los requisitos para ello, ya que la responsabilidad patrimonial de la Administración no puede considerarse en ningún caso como un aseguramiento universal de todo perjuicio al ciudadano.

El funcionamiento anormal de los servicios públicos implica que ya sea por actividad o inactividad, éstos no se han adecuados a los parámetros de actuación fijados en la normativa reguladora del sector correspondiente, o, por otro lado, que ha existido una actuación con dolo o culpa del agente o funcionario (actuante en nombre de la Administración) que ha causado un daño a la persona que reclama. Pese a que en ocasiones puede ser difícil dibujar el límite entre lo que es funcionamiento normal o anormal cuando los parámetros no están definidos con precisión, la Administración responde tanto en caso de funcionamiento normal como anormal, de forma que lo fundamental y en lo que los damnificados tendrán que concentrar su esfuerzo y

---

del coronavirus (COVID-19) – Disponible en [https://www.comunidad.madrid/sites/default/files/doc/servicios-sociales/orden\\_367-2020\\_c\\_sanidad.pdf](https://www.comunidad.madrid/sites/default/files/doc/servicios-sociales/orden_367-2020_c_sanidad.pdf)

<sup>33</sup> Poo, J. L. (2021, 4 enero). *EL IMPACTO DEL COVID EN LA DESATENCIÓN A PACIENTES CON HEPATOPATÍAS CRÓNICAS*. Amigos del Hígado. <https://amhigo.com/actualidades/ultimas-noticias/54-prevencion-e-higado-en-el-mundo/1208-el-covid-favorece-desatencion-a-pacientes>

proposición de prueba será en los caracteres más subjetivos de la responsabilidad patrimonial, como sería probar la antijuridicidad, o el nexo causal de la lesión.

Sin embargo, y pese a lo anterior, es cierto que la jurisprudencia empieza a admitir la posibilidad de apreciar responsabilidad “aún en formas mediatas, indirectas y concurrentes” especialmente en los supuestos de funcionamiento anormal, por lo que sí que puede que en la práctica sea más sencillo probar la causalidad cuando se alegue que el funcionamiento de los servicios públicos ha sido anormal, o más bien, que ante la misma prueba, se admita la causalidad mediata o indirecta y se acabe dictaminando la responsabilidad patrimonial de la administración.

En línea con lo comentado, parece lógico que será más fácil demostrar y argumentar la existencia de Responsabilidad Patrimonial de la Administración en aquellas medidas que se hayan adoptado fuera del marco jurídico del estado de alarma, puesto que será más sencillo que se trate como funcionamiento anormal y los tribunales serán menos exigentes con la prueba del nexo causal por el perjudicado.

La responsabilidad por funcionamiento normal incluye la responsabilidad por riesgo; es decir, se dará en aquellas ocasiones en las que la Administración ha asumido la prestación de un servicio que aunque para la gran mayoría de los ciudadanos suponga una mejora en su calidad de vida, supone un perjuicio para un particular o grupo de particulares. Así, siempre hay un riesgo general, que no estaría cubierto, y que es el propio de la vida en cualquier sociedad y otro que está asociado a determinada actividad administrativa y además sólo afecta a un grupo individualizable.

Todo ello se exceptúa en supuestos de fuerza mayor, tal y como establece el artículo 106 de la Constitución Española, de forma que en aquellos casos en los que exista un suceso ajeno a la administración, irresistible, insuperable e inevitable no podrá imputarse a la Administración pública por las consecuencias lesivas de este suceso.

Sin embargo, y aunque se trata en otro apartado con mayor profundidad, aquí creo que es necesario recalcar que en todo momento estamos hablando de un supuesto excepcional, que sí que podría calificarse de fuerza mayor, como es una pandemia mundial, pero la responsabilidad examinada no es considerada potencial responsabilidad por el hecho de

que exista una pandemia, sino por las medidas que han adoptado las distintas administraciones ante la misma. Así, independientemente de que la Administración haya decidido adoptar medidas de resarcimiento que atiendan a este suceso extraordinario, estas obedecen a un carácter social y económico, pero no pueden considerarse indemnizaciones a título de responsabilidad patrimonial. Por ello, hay que abstraer las medidas y tener claro que no se solicita responsabilidad por la pandemia, sino por la actuación administrativa ante la misma.

## **2.5 La Administración responsable**

La Administración es responsable<sup>34</sup> como persona jurídica, independientemente de que el autor del daño sea una persona física inserta en el sistema de la organización pública, incluso si ésta no ha podido ser identificada. Además de funcionarios y personas vinculadas con la Administración mediante una relación laboral, también quedan cubiertas las actuaciones/omisiones de los responsables políticos y altos cargos de la Administración, así como las actuaciones de aquéllos que ocasionalmente ejerzan funciones públicas, ya que, en definitiva, lo determinante será la asunción o titularidad del servicio público.

Es menester explicar que esta lógica se extiende a todas las Administraciones territoriales, siendo éstas: Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales, lo que podrá provocar por otro lado, la concurrencia de responsabilidades de varias Administraciones en la causación del daño por el que se reclama, que veremos a lo largo del epígrafe relativo a los centros residenciales y sociosanitarios.

La problemática en la determinación de la Administración responsable surge cuando estamos ante personificaciones tanto públicas como privadas a las que se encomienda la prestación de servicios públicos, ya que a pesar de que los mismos suelen regirse por el derecho privado y en consecuencia su responsabilidad patrimonial debería de determinarse conforme a la responsabilidad contractual/extracontractual del Código Civil, esto podría resultar contrario a la Constitución. Así, la responsabilidad patrimonial de la Administración quedaría *semi* vacía de contenido si al personificar un servicio público a través de un ente privado se evitara este régimen de responsabilidad. Por este motivo, la corriente doctrinal y jurisprudencial más reciente tiende a unificarse hacia la

idea de que “(...)hay que evitar que por la simple vía de personificar un servicio en régimen de derecho privado se eluda la responsabilidad de la administración”<sup>34</sup>. Para dar respuesta a esta problemática, podemos acudir también al artículo 35 de la Ley 40/2015<sup>35</sup>, que recoge esta misma idea de que cuando se den actuaciones de las Administraciones Públicas mediante entidades de derecho privado, su responsabilidad se regirá igualmente por el artículo 32 y siguientes de la misma ley (analizados en párrafos siguientes), independientemente de que se reclame la responsabilidad directamente ante el ente privado.

Así pues, en el caso de los hospitales y ambulancias que constituyen empresas privadas pero son contratados por la administración para prestar servicios públicos como el sanitario, el hecho de que estos sean entes privados no implica que no exista responsabilidad patrimonial de la administración ni que esta deba excluirse.

Especial mención haremos en este apartado a la situación de los concesionarios, situación compartida por muchas de las residencias de mayores existentes en nuestro país<sup>36</sup>. Este tipo de concesión funcionan de una manera clara y sencilla: son concesiones que privatizan un determinado servicio público, en este caso el cuidado y residencia de ancianos en situación de necesidad. Acudiendo al artículo 32.9<sup>37</sup> de la Ley 40/2015 podemos observar como la responsabilidad recae, de manera general, sobre el contratista o concesionario. Así pues, cuando abordemos la cuestión sobre la Responsabilidad

---

<sup>34</sup> Timón, A. J. A. (2016). *Derecho administrativo II*. Dykinson, S.L. – pgs. 182-183 (Rosa María Collado Martínez, 2016)

<sup>35</sup> Ley 40/2015, Artículo 35: Cuando las Administraciones Públicas actúen, directamente o a través de una entidad de derecho privado, en relaciones de esta naturaleza, su responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 32 y siguientes, incluso cuando concurra con sujetos de derecho privado o la responsabilidad se exija directamente a la entidad de derecho privado a través de la cual actúe la Administración o a la entidad que cubra su responsabilidad

<sup>36</sup> ElDiario.es. (2020, 24 enero). *España necesita crear 70.000 plazas en residencias para cubrir la demanda actual de personas mayores*. [https://www.eldiario.es/sociedad/espana-plazas-residenciales-personas-mayores\\_1\\_1077128.html](https://www.eldiario.es/sociedad/espana-plazas-residenciales-personas-mayores_1_1077128.html)

<sup>37</sup> Ley 40/2015, art. 32.9: 9. “Se seguirá el procedimiento previsto en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas para determinar la responsabilidad de las Administraciones Públicas por los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de contratos cuando sean consecuencia de una orden inmediata y directa de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma sin perjuicio de las especialidades que, en su caso establezca el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público”

Patrimonial de la Administración en la gestión de residencias de mayores, será esencial diferenciar entre las actividades realizadas individualmente por las residencias de ancianos (de las que responderán dichas residencias como entes privados) y de aquellas motivadas, gestionadas o guiadas por la administración, que sí serán susceptibles de responsabilidad patrimonial para esta última.

### **2.5.1 Límites entre la Administración Pública y el Sector Público**

Por último, y para clarificar la situación y normativa relativa a las administraciones causantes del daño, es esencial hacer una breve referencia a los límites existentes entre la Administración Pública y el Sector Público.

Cuando se pretenda llevar a cabo un adecuado ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial de la administración surgirán varias cuestiones susceptibles de análisis que serán de vital importancia, entre las que destacan: por un lado, la responsabilidad concurrente de las diferentes administraciones públicas (que será tratado más adelante) y, por otro, los límites existentes entre la Administración Pública y el Sector Público, en cuyo análisis nos focalizaremos en los próximos párrafos.

Para establecer con precisión cuales son las administraciones públicas debemos acudir al artículo 3.2 de la Ley 39/2015, según el cual son Administraciones Públicas la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración Local y los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las mismas. La Ley 39/2015, reguladora de este asunto, se aplica a todo el sector público, que comprende las entidades o administraciones incluidas en el art 3.2 mencionada y al sector público institucional. Este último está formado por todos aquellos organismos o entidades públicas que tengan vinculación o dependencia respecto de las Administraciones públicas.

De esta regulación puede deducirse una clara colisión o controversia. ¿Qué ocurre en términos de responsabilidad patrimonial cuando entran en juego tanto la administración pública como entidades de derecho privado pertenecientes al sector público? El caso más relevante para nuestro análisis es el de los concesionarios y contratistas comentado

anteriormente y en el que creo que es vital profundizar (como son, en muchos casos, las residencias de ancianos).

Para resolver la colisión entra la potencial responsabilidad de la administración y un contratista debemos acudir al artículo 196 de la Ley de Contratos del Sector Público<sup>38</sup>, que establece que la indemnización de daños y perjuicios a cualquier tercero será a cargo del contratista en caso de haber sido causado el daño o perjuicio por operaciones que requirieran la ejecución del contrato. Sin embargo, dispone una excepción clara a esta norma, pues establece que en caso de haber sido los daños y perjuicios causados como consecuencia directa e inmediata de una orden de la administración, será esta última la obligada a responder<sup>39</sup>.

El caso anterior no es el único en el que será la Administración Pública potencialmente responsable de los daños y perjuicios causados a terceros, sino que también lo será cuando el daño sea consecuencia de los vicios de proyecto en el contrato de obras (aunque habrá posibilidad de repetir)

## **2.6 El sujeto lesionado**

La legitimación activa para reclamar la responsabilidad patrimonial de la Administración le corresponde al sujeto perjudicado por la actuación u omisión de ésta. Tanto Jurisprudencialmente como a través de la interpretación del Consejo de Estado se ha ido extendiendo esta protección más allá del tenor literal de la ley, incluyendo la posibilidad de que reclamen los perjudicados indirectamente (por ejemplo, podrán reclamar los familiares directos y cónyuge del fallecido). También se ha reconocido la posibilidad de que reclamen funcionarios públicos (siempre que la lesión sea “consecuencia” del funcionamiento del servicio público y no “con ocasión” del mismo) e incluso la posibilidad de que sea otra Administración el sujeto lesionado en determinadas ocasiones.

---

<sup>38</sup> Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014

<sup>39</sup> Iberley. El valor de la confianza. (2021, 30 marzo). *La Administración causante del daño en la responsabilidad patrimonial*. Iberley, Información legal. <https://www.iberley.es/temas/administracion-causante-dano-responsabilidad-patrimonial-65267>

### 3. Excepciones a la responsabilidad patrimonial de la administración por la situación de pandemia de la *Covid 19*

#### 3.1 Fuerza mayor

La existencia de límites a la responsabilidad patrimonial de la administración encuentra su origen y pilar en el artículo 106<sup>40</sup> de la Constitución Española. A raíz de este contenido, la LRJSP en su artículo 32 reconoce la existencia de fuerza mayor como eximente la responsabilidad de la administración y a su vez, la jurisprudencia, reitera en sentencias como la Sentencia del Tribunal Supremo, Rec. 2550 / 2009 de 5 de abril de 2011 la posibilidad que tiene la administración, en todo caso, de demostrar la fuerza mayor para exonerarse de su responsabilidad<sup>41</sup>.

Entendemos por fuerza mayor un suceso imprevisible, de efectos inevitables y como un supuesto que excluye la responsabilidad<sup>42</sup>, algo que se explica por tratarse de un sujeto que es ajeno a la administración (en este caso que apareciera la pandemia) y que hace que se quiebre la relación de causalidad que es exigida tanto por la legislación como por la jurisprudencia para declarar la pertinente RPA.

Como veremos posteriormente aplicando el marco teórico a algunas actuaciones de la administración, la concurrencia de fuerza mayor no es un exonerante directo de cualquier RPA en el marco de la pandemia. De hecho, independientemente de la existencia de fuerza mayor (más que probada en este caso), puede declararse RPA siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos<sup>39</sup>:

---

<sup>40</sup> El artículo 106 CE constituye un régimen único de responsabilidad, objetivo y extracontractual, pero introduce la figura de la fuerza mayor como limitación al mismo; “*los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.*”

<sup>41</sup> Iberley. El valor de la confianza. (2020, 28 diciembre). *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*. Iberley, Información legal. <https://www.iberley.es/temas/responsabilidad-patrimonial-administraciones-publicas-62564>

<sup>42</sup> Garrigues (2021), Eventuales supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración por la gestión de la crisis sanitaria – Disponible en [https://www.garrigues.com/es\\_ES/noticia/covid-19-eventuales-supuestos-de-responsabilidad-patrimonial-de-la-administracion-por-la](https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/covid-19-eventuales-supuestos-de-responsabilidad-patrimonial-de-la-administracion-por-la)

1. La administración provoca el daño concreto por la toma de decisiones desproporcionadas o por la omisión de actuaciones demostradamente necesarias. Por ejemplo, este sería el caso intervención de gasolineras, pues se trata de una actuación desproporcionada no ajustada a las necesidades del momento y que no está justificada por la existencia de la causa de fuerza mayor (la pandemia).
2. Pudiendo haber evitado un determinado daño, ha decidido no evitarlo o no mitigarlo a tiempo. Este es el caso ya comentado de la manifestación del 8M. La administración, siendo conocedora de la situación, pudo evitar el contagio de miles de personas y no lo hizo (probablemente por motivos de interés políticos), a pesar de tener como ejemplo actuaciones previas de otros países en situaciones similares a la de España.
3. La administración, mediante sus actuaciones u omisiones, incrementa el riesgo de que suceda determinado daño

Si bien el marco teórico parece claro, será esencial abordar esta temática detenidamente cuando se analicen las actuaciones y omisiones de la administración en el ámbito de sanitario y en el de centros residenciales y sociosanitarios.

### **3.2 Estado de los conocimientos de la ciencia o técnica**

Cuando hablamos de estados de los conocimientos de la ciencia o técnica, nos referimos a ellos principalmente para valorar si el particular que sufrió el daño tenía el deber jurídico de soportarlo o no. Se trata de algo fundamental pues en caso de sí tener el deber jurídico de soportarlo la administración será exonerada de toda responsabilidad patrimonial.

Así pues, acudimos al artículo 34 de la Ley 40/2015<sup>43</sup> para entender que no existirá RPA cuando los daños no se hubiesen podido evitar según (no son criterios concurrentes, sino alternativos):

1. “ (...) estado de los conocimientos de la ciencia (...) ”
2. “ (...) o de la técnica existente en el momento de producción de aquellos (...) ”

---

<sup>43</sup> Ley 40/2015, artículo 34: “no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos”

Una vez más, se trata de normativa susceptible de varias corrientes de interpretación, pues es extremadamente compleja la tarea de demostrar si se hubieran podido evitar los daños o no. Como veremos más adelante, este se trata de otro de los mayores exponentes del casuismo al que se enfrentan los tribunales, pues no se podrá utilizar la misma vara de medir para actuaciones u omisiones diferentes que provocaron daños totalmente diferentes, pudiendo darse perfectamente la situación de que unos fueran evitables y otros no de acuerdo al estado de los conocimientos de la ciencia o técnica.

## **4. Medidas y actuaciones concretas de la administración para la gestión de la pandemia**

### **4.1 Situación actual**

Es muy importante notar que las reclamaciones por Responsabilidad de la Administración por gestión del *Covid 19* han empezado a llegar a los juzgados recientemente. Por este motivo, se estima que la mayoría de causas tardarán al menos de 2 a 3 años en llegar al Tribunal Supremo<sup>44</sup>, por lo que nos deberemos enfrentar a un largo periodo de tiempo en el que no existan soluciones unificadoras en relación a problemas de interpretación de las normas para resolver dichas reclamaciones. Aprovechando esta idea, es también importante darse cuenta de que, estos pleitos van camino de convertirse en uno de los temas más recurrentes en la litigación de los próximos 2 a 5 años (al menos en el ámbito del derecho público). Por un lado, esto se debe a su carácter masivo (innumerables personas afectadas y envueltas en la situación) y por otro, a la dificultad de interpretación en muchos aspectos de la legislación vigente y la ya comentada necesidad de que la jurisprudencia y la doctrina tiendan hacia una solución unificada y común para estos casos (aunque como veremos, resulta lógico pensar que es totalmente erróneo intentar dar una solución unificada a situaciones y casos que son completamente diferentes).

### **4.2 Escasez de legislación**

Es preocupante la escasez de legislación acerca de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración en casos excepcionales como el vivido con la aparición de la pandemia<sup>45</sup>. Podemos destacar principalmente lo establecido en el artículo 3.2 LO 4/1981<sup>46</sup>, sobre la

---

<sup>44</sup> Jornada de la Responsabilidad Patrimonial por la Administración del Covid (Gabriel Doménech Pascual, 2021)

<sup>45</sup> Eventual responsabilidad del estado por la gestión de la crisis de la Covid 2019 (G. Domenech, 2021)

<sup>46</sup> *Artículo 3.2 LO 4/1981: 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.*

aplicación y consecuencia de la aplicación de los actos y disposiciones adoptadas durante la vigencia del estado de alarma y lo dispuesto en el Art. 54.2 de la Ley 33/2011<sup>47</sup>.

### **4.3 Responsabilidad en sentido estricto**

Como se explicará detenidamente a continuación, basándonos en la teoría expuesta hasta ahora, intentaremos analizar la existencia o no de responsabilidad patrimonial derivada de algunas de las actuaciones de la administración. Para ello, abordaremos los dos grandes grupos de daño por separado, pues su tratamiento legal y jurisprudencial será, con gran probabilidad, diferenciado.

En primer lugar, trataremos la responsabilidad en sentido estricto, relativa a los daños accidentales “*producidos*” por la administración (funcionamiento de los servicios públicos de la administración sin existencia de fuerza mayor).

En estos casos, deberemos estar a lo establecido a lo largo del epígrafe segundo de este trabajo, en relación con la lesión, la relación de causalidad, la acción causante del daño y la imputabilidad de este último. Sin embargo, haremos ciertas presiones para este tipo de daño accidental.

Dentro de este tipo de daños (accidentales) es posible y factible identificar daños individualizados que no hemos sufrido todos los españoles (por ejemplo, la muerte de un familiar cercano, daños físicos o secuelas como resultado de la enfermedad del Covid19) y situaciones que cumplan los requisitos legales comentados.

¿Pero, que ocurre con la fuerza mayor? Es perfectamente posible que estemos empleando diferentes conceptos de fuerza mayor a los efectos de contratos públicos y a los efectos de responsabilidad patrimonial. Se trata de dos instituciones diferenciadas pertenecientes a dos sectores del ordenamiento jurídico, no teniendo por que seguirse los mismos criterios de fuerza mayor en ellos.

Ahora bien, la *Covid 19*, ¿es un supuesto de fuerza mayor? Sí, pero hasta cierto punto, pues las administraciones está claro que han podido agravar o mitigar los daños derivados

---

<sup>47</sup> Art. 54.2 Ley 33/2011: *Los gastos derivados de la adopción de las medidas correrán a cargo de la persona o empresa responsable*

del suceso de la *Covid 19* con sus acciones u omisiones, como hemos explicado antes, y al haber podido agravarlos o mitigarlos, se puede considerar que los correspondientes daños se han causado por sus acciones u omisiones y no tanto por el suceso constitutivo de la fuerza mayor (la pandemia en sí).

Otro de los ámbitos legales que se ha de matizar es la relación de causalidad. Comentamos antes que el criterio más común sería el de la idoneidad. Sin embargo, conviene abordar otro tratamiento y alternativas para este tipo de daños.

No se puede saber a ciencia cierta si realmente la administración hubiera podido evitar un determinado daño adoptando las debidas medidas de precaución (durante mucho tiempo, a muchos de los fallecidos no se les practicaban los *tests* correspondientes porque había escasez de los mismos, por lo que hay imposibilidad de saber si fue debido a la *Covid 19*).

Posibles opciones de la jurisprudencia en casos similares son la inversión de la carga de la prueba, en virtud del criterio de la facilidad probatoria<sup>48</sup>. La administración, pudiendo haber probado que una persona estaba infectada, no lo hizo, por lo que tendrá esta misma la carga de la prueba en demostrar que esa persona no estaba infectada.

Es posible además que, los tribunales apliquen la regla de la responsabilidad proporcional<sup>49</sup> (pérdida de una oportunidad). De acuerdo con dicha regla, siempre que exista una probabilidad de que la administración hubiera causado el daño concreto, la administración responderá pero la indemnización será moderada y equivalente a la magnitud del daño multiplicado por la probabilidad de que se hubiera evitado el daño de haber actuado la administración de manera diligente. De hecho, y desde mi punto de vista, este sería el criterio más lógico a aplicar por parte de los tribunales en esta situación.

Otro de los aspectos a tratar para los daños accidentales es la negligencia: a priori, según el sistema de RPA objetiva, no es necesaria que exista negligencia (funcionamiento

---

<sup>48</sup> Cáceres, F. S. (2021, 14 mayo). *El principio de disponibilidad y facilidad probatoria*. Mundojuridico.info. <https://www.mundojuridico.info/el-principio-de-disponibilidad-y-facilidad-probatoria/#:%7E:text=%C2%ABE1%20principio%20de%20facilidad%20probatoria,o%20proximidad%20a%20su%20fuente%20BB>.

<sup>49</sup> Alcoz, L. M. (2018). *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal (Papel + e-book)*. Alianza Editorial.

anormal). Sin embargo, se presenta como condición indispensable, pues en la práctica la Responsabilidad Patrimonial de la Administración no es objetiva<sup>50</sup>.

Partiendo de esta idea, ¿qué soluciones se pueden plantear para determinar la existencia o inexistencia de negligencia? Habrá que ver si la administración omitió medidas de precaución cuyos beneficios eran superiores a sus costes esperados (muy difícil de determinar, aunque es el criterio que de manera implícita vienen utilizando nuestros tribunales en casos similares<sup>51</sup>).

#### **4.4 Responsabilidad por razones de interés público**

El segundo gran grupo de daños a tratar es el de los daños deliberados. En este caso, hablamos de daños infligidos deliberadamente por la administración, como por ejemplo el cierre de la hostelería, prestaciones forzosas a titulares de empresas de servicios, etc.

Para entender si existió en estos casos Responsabilidad Patrimonial de la Administración, es esencial distinguir desde el primer momento si estamos hablando de RP o de expropiación. Tanto la doctrina como la jurisprudencia, viene interpretando esto como casos de responsabilidad por funcionamiento normal de la administración. Independientemente de esta distinción, los criterios base para decidir sobre la RPA serán la existencia de daños individualizados y la existencia de un sacrificio especial que no se tiene el deber de soportar.

La precisión acerca de los daños individualizados es clave, pues no tiene sentido indemnizar daños que son generales y que hemos sufrido todos los españoles. Los daños de la *covid 19* son muy generales, ya que hay decenas de miles de afectados (por ejemplo establecimientos afectados por daños deliberados). Cuando más general es un caso, menos sentido tiene indemnizarlo, pero no es decisivo a la hora de la decisión sobre la existencia de responsabilidad. Por ejemplo, en el caso de cierre de bares o comercios, hay

---

<sup>50</sup> A. (2017, 24 junio). *RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN – García Pi Abogados*. García Pi Abogados. <https://www.garciapiabogados.es/responsabilidad-patrimonial-de-la-administracion/>

<sup>51</sup> STS 3024/2020, de 8 octubre, STS Social 217//2021 indican que si puede existir esta funcionamiento anormal.

una clara generalidad, pero sería un disparate interpretar que por dicha generalidad no se cumple ya el requisito de daño individualizado y por lo tanto concluir que no hay RPA.

En cuanto el segundo criterio (necesidad de que haya un sacrificio especial sin que exista deber jurídico de soportarse), podemos decir en primer lugar, que es evidente que existe una ley que permite infligir estos daños y adoptar estas medidas, aunque esta misma prevé que los perjudicados puedan tener derecho a una compensación.

En este tipo de situaciones, la jurisprudencia suele utilizar el criterio de la peligrosidad<sup>52</sup> de la actividad que es objeto de restricción, distinguiéndose así entre:

- Actividades que suponen un peligro intolerable, como pueden ser la apertura o cierre de locales de ocio, restauración, etc. Para este tipo de actividades, sería lógico pensar que se declare la no existencia de responsabilidad en caso de restricción de las mismas.
- Por otro lado, nos encontramos con las actividades socialmente deseables, que no implican tanto peligro (en este caso, si cabría responsabilidad de la administración por la restricción de este tipo de actividades si se cumplieran el resto de requisitos legales establecidos para la producción del daño). Este es el caso de la importación de material sanitario (requisito de mascarillas) y de intervención en las residencias de mayores, en los que nos queremos centrar. Es irrelevante que esa actividad peligrosa fuera o no fruto de una ilegalidad o negligencia<sup>53</sup>, y debería ser susceptible la declaración de responsabilidad.

A priori este puede parecer un criterio razonable a seguir por los tribunales (una vez más recordamos que una muy importante labor de interpretación será la que determine o no la

---

<sup>52</sup> La responsabilidad patrimonial de la administración, análisis jurisprudencial (2009): *Para que el daño concreto producido por el funcionamiento del servicio a uno o varios particulares sea antijurídico basta con que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social. No existirá entonces deber alguno del perjudicado de soportar el menoscabo y, consiguientemente, la obligación de resarcir el daño o perjuicio causado por la actividad administrativa será a ella imputable (STS de 29 de octubre de 1998, FJ 4o).*

<sup>53</sup> STS 08/06/2010, rec. 3340/2008) Inmovilización cautelar del aceite de orujo, por sospecharse que contenía una sustancia muy perjudicial para la salud. El TS declara ilegal esa alerta sanitaria, pues consideró que el riesgo no era inminente ni extraordinario, pero al tratar la RPA se declara que no responde el estado ni las CCAA patrimonialmente. Al utilizar esa medida cautelar la administración actuó diligentemente de acuerdo con el principio de precaución.

existencia de RPA en la mayoría de casos). Sin embargo, dicho criterio tendría consecuencias directas que debemos analizar:

- Si la administración es susceptible de tener que responder patrimonialmente ante sus actuaciones, es muy posible que se lo piense dos veces a la hora de adoptar medidas que vayan destinadas a proteger la salud (habría que ponderar aquí que es más importante, si la aseguración de medidas orientadas a mantener la salud general o la protección individual del ciudadano). También se daría un peligro de estimular la realización de las actividades objeto de restricción; por ejemplo, si el propietario de un bar sabe que si le ordenan su cierre deberá ser indemnizado por RPA, no pensará en ningún momento en restringir su actividad buscando el bien común, sino que lo mantendrá abierto hasta que le ordenen cerrarlo y pueda reclamar la correspondiente indemnización.
- En el otro extremo, encontramos que si la administración sabe que no va a responder, es lógico pensar que vaya a excederse en sus medidas y actuaciones. Además, existe el peligro de disuadir la realización de actividades objeto de restricción (porque sabes que no te van a pagar si hay cierre). Es el caso opuesto al anterior, si sabes que la administración puede ordenarte el cierre sin ser susceptible de RPA no vas a molestarte ni en abrir y se estaría restringiendo peligrosamente la libertad de los individuos.

Así pues, será muy importante tener en cuenta la actividad de la que se trate, como el caso de las mascarillas. En los momentos previos a que se requisaran, el objetivo evidente era contar con el mayor número de mascarillas posibles. Así pues, estableciendo la responsabilidad de la administración para el caso de requisa de mascarilla, se estaba incentivando la compra e importación de las mismas por parte de los particulares, pues sabían que aunque se las requisaran, serían indemnizados por ello. Sin embargo, si se siguiera en este caso un criterio de no responsabilidad ante la requisa de material sanitario como las mascarillas, habría un claro desincentivo a comprarlas o importarlas por parte de los individuos (objetivo totalmente contrario al que se perseguía en los momentos en los que comenzaba la pandemia).

Sin embargo, podemos apreciar también el caso contrario: si lo que se quiere es desincentivar una determinada actividad (apertura de las discotecas), el que criterio que parece más lógico tomar es el de la no responsabilidad, pues es la mejor respuesta ante la

dificultad de controlar la actividad y modo de actuar de los individuos (que tengan cuidado saliendo de fiesta) y porque los eventuales abusos por parte de la administración al actuar basándose en la “no responsabilidad” podrán ser en todo caso controlados por los tribunales.

¿Y que pasa si las medidas restrictivas son ilegales? Como se ha visto en el caso del aceite de orujo, en aplicación de la jurisprudencia mayoritaria del Tribunal Supremo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no es necesario una simple ilegalidad para declararse la responsabilidad de la administración, sino que es necesaria una negligencia, la existencia de dolo o culpa

#### **4.5 Delimitación de la indemnización en caso de declararse la RPA**

Para entender la importancia de la delimitación de las indemnizaciones es posible acudir a uno de los supuestos más recurrentes: el cierre de locales y establecimientos desde el comienzo de la pandemia. Una manera de fijar cuantitativamente la lesión es el uso del principio de indemnidad, según el cual la indemnización correspondiente será equivalente a los beneficios económicos netos que los titulares de los establecimientos hubieran obtenido en caso de no haberse impuesto los cierres. En todo caso, y en base al hecho de la RPA es una institución subsidiaria, habrá que descontar a las indemnizaciones pertinentes las ayudas públicas otorgadas que se hayan otorgado a los sujetos lesionados.

Sin embargo, no en todos los supuestos es fácil cuantificar esto. ¿Que pasaría por ejemplo con la indemnización (en caso de declararla los tribunales pertinente) por la limitación de la libertad de circulación? A priori parece extremadamente complejo delimitar este tipo de daños, por lo que la labor interpretativa y de creación de jurisprudencia tendrá un papel muy relevante en las resoluciones en que se declare la responsabilidad patrimonial de alguna administración.

## **5 Responsabilidad Patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario**

### **5.1 Situación actual**

Para abordar la actualidad de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración en materia sanitaria es necesario realizar dos matices, que nos permitirán analizar este sector de la RPA en mayor profundidad.

En primer lugar, es esencial remarcar que hablamos de la responsabilidad de la administración que puede surgir de la aplicación de lo establecido en el artículo 43.2<sup>54</sup> de la Constitución Española, según el cual los poderes públicos están encargados de la protección de la salud y de facilitar aquellas prestaciones y servicios que sean necesarios.

En segundo lugar, cabe decir que la responsabilidad que será tratada en este apartado es aquella que se puede imputar al servicio público de salud, y no la potencial responsabilidad individual en la que pueda incurrir el personal sanitario por sus actuaciones.

Así pues, la principal legislación aplicable a este tipo de responsabilidad será la incluida en el artículo 106.2 CE<sup>55</sup> y en la Ley 39/2015 sobre procedimiento administrativo común.

---

<sup>54</sup> 43.2 CE: *Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.*

<sup>55</sup> 106.2 CE: *Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.*

## 5.2 Medicina defensiva como respuesta al fuerte incremento en el número de reclamaciones de responsabilidad

El Gasto Público de Salud en España, en términos relativos al Producto Interior Bruto, lleva siendo un asunto controvertido durante la última década<sup>56</sup>, pues ha pasado de un 6,79% sobre el PIB en 2010 a un 6,37% sobre el PIB en 2019<sup>57</sup>, y se espera incluso que se acerque al entorno del 6% en 2024. Lo que se critica no es la ligera bajada porcentual, si no el hecho de que no haya ido subiendo paulatinamente, al considerarse la salud uno de los sectores claves y en los que más necesario era invertir, como se ha demostrado con el surgimiento de la pandemia.

Sin embargo, lo interesante para entender el incremento del número de reclamaciones por responsabilidad sanitaria de la administración es el gasto absoluto, y no relativo. Como se puede observar en el siguiente gráfico, el gasto absoluto ha incrementado un 152,3% desde el año 2000. Además, la formación sanitaria es mejor, más concisa y está destinada a proporcionar servicios sanitarios cada vez más seguros y eficaces. Teniendo en cuenta estos dos factores, ¿cómo es posible que haya incrementado tanto el número de reclamaciones por responsabilidad?

---

<sup>56</sup> Ruiz-Tagle, J. (2021, 13 mayo). *Moncloa recorta el gasto previsto en sanidad para 2024 en 11.000 millones*. elEconomista.es. [https://www.economista.es/empresas-finanzas/noticias/11212323/05/21/Moncloa-recorta-el-gasto-previsto-en-sanidad-para-2024-en-11000-millones-.html#:~:text=En%202024%2C%20seg%C3%BAAn%20el%20documento.coronavirus%20\(6%2C1%25\).](https://www.economista.es/empresas-finanzas/noticias/11212323/05/21/Moncloa-recorta-el-gasto-previsto-en-sanidad-para-2024-en-11000-millones-.html#:~:text=En%202024%2C%20seg%C3%BAAn%20el%20documento.coronavirus%20(6%2C1%25).)

<sup>57</sup> *España - Gasto público Salud 2019*. (2020, 6 julio). datosmacro.com. <https://datosmacro.expansion.com/estado/gasto/salud/espana#:~:text=El%20gasto%20p%C3%BAblico%20en%20sanidad,28%25%20del%20gasto%20p%C3%BAblico%20total.&text=En%202019%2C%20el%20gasto%20p%C3%BAblico,de%201.690%20euros%20por%20habitante.>

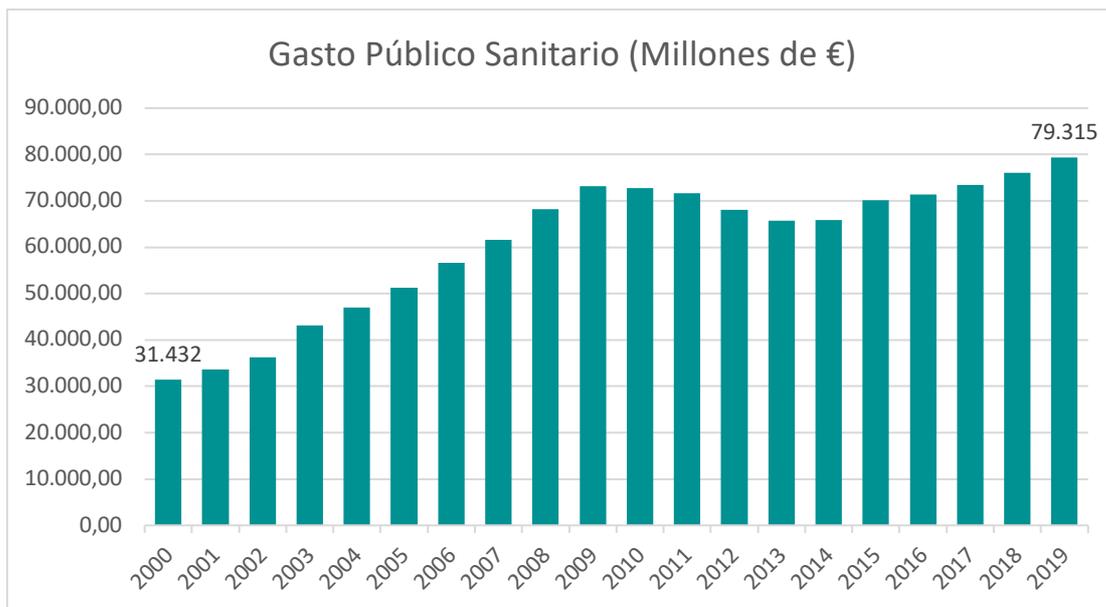


Figura I: Evolución del Gasto Público Sanitario en España (2000-2019)

Pues bien, se trata de una cuestión que ha sido debatida doctrinal y jurisprudencialmente, y se entiende que dicho incremento se debe a que la subida del gasto público sanitario y la mejora de la educación han ido acompañadas de un fuerte crecimiento en el nivel de exigencia a la sanidad pública por parte de los ciudadanos, que conocen su derecho a reclamar y no dudan en usarlo.

Sin embargo, esto ha provocado la aparición de la denominada medicina defensiva<sup>58</sup>, que no es más que una manera de ejercer la medicina intentando en todo momento evitar cualquier tipo de denuncia o reclamación de responsabilidad por mala práctica médica. Según la mayoría de expertos, la medicina defensiva puede llegar a ser extremadamente perjudicial para nuestro sistema, siendo tres de los máximos exponentes de esta afirmación el excesivo encarecimiento de nuestro sistema de sanidad (por ejemplo, por hacer excesivas pruebas diagnósticas a un paciente con el único objetivo de que no pueda plantear responsabilidad si el diagnóstico inicial hubiera fallado) y el empeoramiento de las relaciones entre médico y paciente y, finalmente, la pérdida de eficiencia y rapidez de

---

<sup>58</sup> Clínica Universidad de Navarra. (2020). *Medicina defensiva. Diccionario médico. Clínica Universidad de Navarra*. <https://www.cun.es/diccionario-medico/terminos/medicina-defensiva>

nuestro sistema sanitario. Podría incluso afirmarse que este tipo de práctica de la medicina está en contra de lo establecido en el artículo 7 de la Ley General Sanitaria, pues se vulneran los principios de eficacia, celeridad, economía y flexibilidad (pilares de dicha disposición).

La respuesta del Tribunal Supremo y su jurisprudencia a esta problemática es lo más relevante para nuestro trabajo, pues está directamente relacionada con que la responsabilidad patrimonial de la administración se considere objetiva, hecho que motiva el número de reclamaciones en las que se intenta conectar el daño con la actuación realizada por la administración.

Destacan principalmente dos sentencias en el ámbito de esta temática. Por un lado, hablamos de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de Marzo de 2005, cuyo contenido es, desde mi punto de vista, decisivo. En dicha sentencia se establece que no es suficiente justificante para la declaración de responsabilidad de la administración que se haya producido un hecho lesivo y que el mismo sea resultado de la actuación de un centro de sanidad público. Esto pretende limitar el hecho de que la Responsabilidad Patrimonial de la Administración se haya considerado objetiva. Para clarificarlo podemos acudir a un sencillo ejemplo: imaginemos que el paciente X se encuentra ingresado en el hospital público Y por una grave enfermedad estomacal. Tras diversas actuaciones por parte del centro con el objetivo de salvar la vida de X, esto no es posible y fallece. Lo que nos quiere decir esta sentencia es que esta relación de “causalidad” no es suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial de la administración, independientemente de la novedosa naturaleza objetiva de la misma (volvemos una vez más a incidir en la idea de que, en la práctica, el régimen de responsabilidad patrimonial de la administración se aleja enormemente de la objetividad)

Por otro lado, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de Mayo de 2006, en la que se hace hincapié en la idea de que el fundamento único de la responsabilidad patrimonial de la administración no puede ser el carácter objetivo de dicha responsabilidad, pues en ningún caso debe la administración actuar como una entidad aseguradora que responda de todos los riesgos con el dinero público apartado por la población a las arcas del estado.

### 5.3 ¿Puede la *Lex Artis* limitar realmente la responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario?<sup>59</sup>

En línea con lo establecido en la STS, de 17 de Mayo de 2006, y lo comentado en el apartado anterior, sería lógico deducir que en ningún caso es exigible para la administración pública sanitaria un determinado resultado (salvar la pierna de un paciente, salvar su vida, etc.), sino que lo único exigible<sup>60</sup> es una actuación adecuada y lo más eficaz y eficiente posible de acuerdo a los medios disponibles y a la circunstancia concreta a la que se enfrenten. Por este motivo, considero que la responsabilidad patrimonial de la administración no debe aplicarse de manera objetiva en su totalidad, pues al fin y al cabo, la obligación de la administración sanitaria será en todo caso la relacionada con prestar medios y servicios disponibles, y en ningún caso resultados, como los comentados anteriormente sobre salvar la vida de una persona, salvar su pierna, etc.

Esta idea de que la obligación de la administración sanitaria es de medios y no de resultados se recoge específicamente en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sección 6, Recurso 6157/2002, de 24 de octubre de 2006, en la que se declara que la actuación por parte de la administración de sanidad fue adecuada sin tener en cuenta cual fue el devenir del paciente, sino haciendo referencia únicamente al hecho de que se actuó de manera diligente, sin mala praxis, y de acuerdo a los estándares establecidos en torno a patologías coronarias.

---

<sup>59</sup> Lefebvre EDC 2007/1004586 (2021), Jurisprudencia sobre la responsabilidad patrimonial sanitaria

<sup>60</sup> Díaz-Meco Illescas, E. (2016, 27 abril). *El límite de la responsabilidad sanitaria de la Administración por el mero seguimiento de un protocolo clínico*. Tomás de Carranza Abogados. <https://tc-abogados.es/el-limite-de-la-responsabilidad-sanitaria-de-la-administracion-por-el-mero-seguimiento-de-un-protocolo-clinico/>

## 6. Actuaciones de la Administración: Centros Residenciales y Sociosanitarios

### 6.1 Contexto

Como es bien sabido, las residencias de ancianos han sido unas de las entidades situadas en el foco de atención jurídico desde la irrupción de la pandemia en España en Marzo de 2020. El fuerte impacto de la *Covid 19* en las mismas ha dado mucho de lo que hablar, y sin duda cabe preguntarse hasta que punto el gran número de fallecimientos y de contagios se debe a la mala gestión privada o pública de estas residencias o simplemente al cúmulo de una serie de circunstancias desafortunadas.

Para evidenciar la mala gestión llevada a cabo en centros de mayores basta con visualizar el siguiente gráfico, que compara defunciones esperadas y observadas de mayores de 74 años a lo largo de la pandemia. Como se puede ver, la situación se normalizó a partir del verano de 2020. Sin embargo, se debe explicar el por qué de la diferencia tan extrema experimentada entre los meses de marzo y abril en residencias de mayores. Necesariamente hubo de ser provocada por una gestión ineficiente de los recursos y de la gestión de la situación para un colectivo tan vulnerable como los mayores de 74 años. El número de defunciones observadas llegó a situarse un 300% por encima de las esperadas.



Figura II: Número de defunciones esperadas diariamente para mayores de 74 años vs número de defunciones esperadas

Ahora bien, para explicar esta desafortunada tragedia, no se puede, desde mi punto de vista, acudir únicamente a una única fuente de causalidad, sino acudir a los numerosos factores que tuvieron su papel en fomentar este desenlace: la avanzada edad de los residentes y su vulnerabilidad a los efectos de la *Covid 19*, la tardía actuación y gestión por parte de la administración, las negligencias privadas por parte de los gestores de residencias no públicos, etc.

## **6.2 Marco normativo de las residencias de mayores**

La Constitución Española (artículo 50) recoge entre sus principios rectores la promoción del bienestar de la tercera edad<sup>61</sup>; *“Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio.”*. Así, su reconocimiento, respeto y protección deberá de informar el conjunto de nuestra normativa, además de la actuación general de los poderes públicos y la práctica de los jueces.

Han sido las distintas Comunidades Autónomas en virtud de lo dispuesto en el artículo 148.1.20º de la Constitución las que han asumido la “asistencia social”, dentro del marco de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (en adelante Ley 39/2006). El preámbulo de la misma reconoce que uno de los mayores cambios demográficos y sociales de la población española es el crecimiento del porcentaje de la población de más de 65 años<sup>62</sup>, y a través de la Ley 39/2006 se pretende fijar un mínimo de protección para estos colectivos más vulnerables (garantizado financieramente) por la Administración General del Estado, que a su vez podrá desarrollarse en mayores extremos por las Comunidades Autónomas. Es decir, se fija un compromiso conjunto asumido por la Administración General del Estado y las distintas Comunidades Autónomas en el momento en que asumen la competencia para desarrollar este sistema básico, lo que será

---

<sup>61</sup> ARTÁ. (2021). Derechos Humanos.  
<https://www.derechoshumanos.net/constitucion/articulo50CE.htm>

<sup>62</sup> Preámbulo ley 39/2006

relevante a efectos de valorar quién es la administración responsable en el posible supuesto de reclamar responsabilidad patrimonial.

Sin embargo, no sólo podemos relacionar a la Administración General del Estado y a las Administraciones Autonómicas con las actuaciones en época de pandemia llevadas a cabo en las residencias, ya que existen modelos privados de gestión, así como modelos mixtos de servicio público que se gestionan de forma privada (sistema de concesiones o conciertos públicos con financiación total o parcial), además de que existe la posibilidad de que se deleguen competencias también a las Administraciones Locales<sup>63</sup>, lo que convierte la gestión de las residencias en un régimen verdaderamente complejo.

Además de valorar todo este entramado normativo y competencial, es esencial tener en cuenta todos los Reales Decretos dictados desde el inicio del Estado de Alarma. Las actuaciones de la administración (o sus concesionarios) serán valoradas de forma diferente antes del Estado de Alarma (únicamente en base a la normativa expuesta) mientras que las actuaciones posteriores tendrán que ser valoradas teniendo también en cuenta el contexto de fuerza mayor y excepcionalidad del Estado de Alarma, así como lo dispuesto en los Reales Decretos y Órdenes. En este sentido, tal y como se irá deduciendo de apartados posteriores, la balanza de responsabilidad entre gestores privados y administración en el contexto de las actuaciones en las residencias de ancianos se irá inclinando poco a poco en perjuicio de la administración.

Tal es el entramado legislativo, que incluso a partir de la Ley 7 / 1985<sup>64</sup>, Reguladora de las Bases del Régimen Local, se puede deducir la competencia de ciertas entidades locales en servicios sociales (como el de residencias de mayores).

Con el objetivo único de la simplificación, basaré este análisis en la premisa de que, sin perjuicio de la conservación de competencias para la gestión ordinaria por Comunidades

---

<sup>63</sup> El artículo 27.3.c) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local establece la posibilidad de que se deleguen a las entidades locales determinadas competencias relativas a servicios sociales.

<sup>64</sup> Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, artículo 27.3.3. Con el objeto de evitar duplicidades administrativas, mejorar la transparencia de los servicios públicos y el servicio a la ciudadanía y, en general, contribuir a los procesos de racionalización administrativa, generando un ahorro neto de recursos, la Administración del Estado y las de las Comunidades Autónomas podrán delegar, siguiendo criterios homogéneos, entre otras, las siguientes competencias: c): Prestación de los servicios sociales, promoción de la igualdad de oportunidades y la prevención de la violencia contra la mujer.

Autónomas y Entidades Locales de Residencias de Mayores<sup>65</sup>, se produjo una clara vuelta a la centralización de este régimen competencial, en virtud de lo establecido en el Real Decreto 463/2020. Así pues, y con carácter general, será la actuación de la administración central la susceptible de haber incurrido en responsabilidad patrimonial.

### 6.3 Normativa adoptada por la administración y determinación de la RPA

En 2020 existían en España un total de 5.556<sup>66</sup> centros residenciales, estando 1.640<sup>53</sup> (cerca del 30%) bajo el régimen público y 3.916<sup>53</sup> (+70%) bajo el régimen privado. Lo más relevante acerca de esto es que, para las casi 300.000 plazas que dichos centros constituyen, la mayoría de las mismas son plazas residenciales, no sanitarias. Es decir, que aunque si sean susceptibles de ciertos cuidados médicos, no están adaptadas ni preparadas para sustituir la labor de hospitales y centros médicos, por lo que resultó evidente desde un principio que muchos de los centros, ya fueran públicos o privados, no contarían con los medios necesarios para llevar a cabo de forma efectiva las medidas implantadas por la administración a raíz del Real Decreto 463/2020.

De este modo, procedemos a analizar la normativa más relevante en este campo y analizar la cabida de la Responsabilidad Patrimonial en nuestro ordenamiento.

- El documento técnico sobre *“Recomendaciones a residencias de mayores y centros socio sanitarios para el Covid-19”*<sup>67</sup>. A lo largo de este documento, el gobierno estipula las medidas dirigidas especialmente a la prevención de la infección de la *Covid 19* y al control de la enfermedad una vez contagiada. Entre ellas destacan medidas con la gestión de residuos, el trato de vajillas ropas de cama en los centros residenciales, las actuaciones para los residentes y trabajadores en caso de tener contactos con positivos, etc. No tenía carácter

---

<sup>65</sup> Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, artículo 6: “Cada Administración conservará las competencias que le otorga la legislación vigente en la gestión ordinaria de sus servicios para adoptar las medidas que estime necesarias en el marco de las órdenes directas de la autoridad competente a los efectos del estado de alarma y sin perjuicio de lo establecido en los artículos 4 y 5”

<sup>66</sup> Economía, D. G. I. Y. (2020). *Estadísticas sobre Residencias. Otros indicadores. Datos. Envejecimiento en red.* CSIC. Ministerio de Economía y de Competitividad. <http://envejecimiento.csic.es/estadisticas/indicadores/residencias/index.html>

<sup>67</sup> Gobierno de España, Ministerio de Sanidad: <https://www.segg.es/media/>

normativo, pero si fue la primera manifestación por parte del gobierno en cuanto a la manera de actuar y proceder en el ámbito de residencias de mayores

- A destacar fue también el **Real Decreto Ley 8/2020**. En este, se hizo especial hincapié en la implantación de mecanismos de colaboración entre administraciones públicas y en el refuerzo de plantillas<sup>68</sup> y de compra de instrumentos para prevenir e identificar casos de *Covid 19*<sup>55</sup>.
- Por otro lado, a partir de la **Orden SND / 265 / 2020**. Conviene destacar en este caso cuales fueron las medidas destinadas al aislamiento de los pacientes de *Covid 19* que se encontraran en residencias de mayores: realizaron una clasificación en cuatro grupos, diferenciando entre residentes con *Covid 19* confirmado, residentes con síntomas, residentes sin síntomas en aislamiento y que tuvieron contacto estrecho con un positivo y finalmente residentes sin síntomas y sin contacto estrecho con alguien con *Covid 19*. También se tomaron medidas con respecto a los profesionales sanitarios de dichos centros, estableciendo en su artículo 4.2 que *“Si el personal sanitario médico, de enfermería u de otro tipo, ha tenido contacto estrecho con un caso posible o confirmado de COVID-19 y no presenta síntomas, seguirá realizando su actividad normal así como la vigilancia de síntoma”*. Conviene también mencionar que se estableció la coordinación para los diagnósticos y los seguimientos de casos de *Covid 19* entre el Sistema Nacional de Salud y el conjunto de residencias de mayores.

Desde mi punto de vista, el principal error que cometió la administración desde el principio fue la decisión de tratar de gestión el virus, sus efectos y la evitación de su contagio sin realizar, en muchas ocasiones, el test a la gente a la que se quería gestionar, optando por criterios basados en síntomas, probabilidades, etc. Lo lógico hubiera sido, desde el principio, realizar pruebas de detección del virus en residencias y en base a las mismas tomar medidas de aislamiento o de gestión de residentes y personal sanitario de los centros, pero no sin haber realizado dichas pruebas.

---

<sup>68</sup> Artículo 1 e) Reforzar las plantillas de centros de Servicios Sociales y centros residenciales en caso de que sea necesario realizar sustituciones por prevención, por contagio o por prestación de nuevos servicios o sobrecarga de la plantilla. f) Adquisición de medios de prevención (EPI).

Conviene aplicar esto a casos o situaciones concretas. Una de las normas más controvertida y peligrosa fue en la que se estableció parte del régimen aplicable a los trabajadores y sanitarios de las residencias de mayores para gestión del *Covid 19*. En esta, se establece que dicho personal deberá seguir realizando las tareas correspondientes a su actividad laboral si no tuviera síntomas la enfermedad aunque hubiera estado en contacto directo o estrecho con un potencial caso de *Covid 19* o uno confirmado.

#### **6.4 Competencias de gestión mantenidas Comunidades Autónomas**

Como se explicó anteriormente, en base al artículo 6 del RD 463/2010, y sin perjuicio de lo establecido en los artículos 4 y 5 acerca de la recentralización de competencias durante el *Covid 19*, las Comunidades Autónomas mantuvieron ciertas competencias de gestión. Así pues, se publicaron órdenes con medidas adicionales que se dejaron en manos de las mismas<sup>69</sup>.

En concreto, se habilitó a las Comunidades Autónomas a seleccionar a un dirigente encargado de coordinar toda la actividad relativa a gestión del *Covid 19* en centros y residencias de mayores. Además, para casos de imposibilidad o elevada dificultad de cumplimiento de las medidas establecidas, se estableció la obligación de comunicación de la situación a la Consejería de Servicios Sociales y de Sanidad de cada comunidad y a la delegación del gobierno correspondiente.

Desde mi punto de vista, la legislación y actuación de la administración fue en todo momento escasa. No se establecieron protocolos ni medidas concretas de actuación, y los contagios se dispararon haciendo la situación en los centros insostenible y extremadamente peligrosa. Es esencial incidir en la idea de que dichos centros no están preparados por si solos para hacer frente a problemas sanitarios graves como la Covid-19, sino que más bien están preparados para cuidados mínimos sanitarios y principalmente residenciales.

Ante esta situación insostenible, los centros residenciales experimentaron infecciones masivas de sus trabajadores y residentes y, consecuentemente, las tasas de mortalidad

---

<sup>69</sup> Orden SDN / 275 / 2020, de 23 de marzo, en la que se introdujeron medidas y protocolos adicionales a los ya establecidos previamente por la administración

fueron mucho superiores a lo esperado. Esto último fue también motivado por la utilización de criterios médicos de priorización de pacientes<sup>70</sup>.

## **6.5 Responsabilidad Patrimonial de la Administración por la gestión de residencias**

Para pronunciarse en relación a la existencia o inexistencia de RPA hay que resolver la cuestión y límites entre las actuaciones llevadas a cabo por la administración central y aquellas realizadas por las comunidades autónomas. Así pues, y partiendo de la base de que las CCAA mantuvieron la competencias de gestión de las residencias y centros de ancianos, éstas serían el sujeto susceptible, a priori, de responder ante la responsabilidad. Una vez delimitado este aspecto clave, cabe decir que sus actuaciones, para poder ser declaradas causantes de los daños asociados a la gestión del *Covid 19*, habrán de haber sido contrarias a los criterios de calidad contenidos en el “*Acuerdo del Consejo Interterritorial sobre Criterios comunes de acreditación para garantizar la calidad de los centros y servicios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD), de 27 de noviembre de 2008*<sup>71</sup>”. Por otro lado, las administraciones titulares de residencias también fueron encargadas de la ejecución de las medidas establecidas en la ya mencionada Orden SDN 265 / 2020, por lo que de dichas actuaciones deberán responder estas mismas en cuanto no han sido diligentes a la hora de controlar el número de contagios y de estabilizar el número de fallecimientos en los centros, causando así un daño claro y evidente.

Sin embargo, es esencial matizar la eventual existencia de RP de dichas administraciones autonómicas, pues en caso de aplicar el criterio de imputación objetiva del daño causado, es evidente la interferencia de un tercero en las actuaciones de las comunidades autónomas: la administración central, con el Ministerio de Sanidad a la cabeza de la gestión de la crisis sanitaria y de la gestión del *Covid 19* en centros residenciales y socio sanitarios. Así pues, la RP de administraciones autonómicas podrá verse sustancialmente limitada por la responsabilidad concurrente de la administración central, cuya normativa

---

<sup>70</sup> Parera, B. (2020, 7 junio). *El salvavidas legal que usarán los políticos frente al rechazo de ancianos en las UCI*. El Confidencial. [https://www.elconfidencial.com/espana/2020-06-08/el-salvavidas-legal-que-usaran-los-politicos-frente-al-rechazo-de-ancianos-en-las-uci\\_2627896/](https://www.elconfidencial.com/espana/2020-06-08/el-salvavidas-legal-que-usaran-los-politicos-frente-al-rechazo-de-ancianos-en-las-uci_2627896/)

<sup>71</sup> file:///Users/Santi/Downloads/vol30\_Extra\_02\_02\_Estudio\_1.pdf

y apoyo no fue suficiente para que las administraciones autonómicas pudieran actuar diligentemente evitando así muchos de los daños causados. (por ejemplo, no se coordinó la actividad de los centros, se obligó a trabajadores a seguir realizando su actividad laboral a pesar de haber tenido contacto directo con enfermos de *Covid 19*, etc.).

Otra cuestión a abordar es la responsabilidad de las residencias de mayores de titularidad privada, que como comentábamos al principio de este epígrafe, constituyen más del 70% de plazas de centros residenciales en el territorio español.

Tenemos que atender aquí a lo establecido en el Real DL 1/2007, de 16 noviembre, especialmente en su artículo 148<sup>72</sup>, que establece un régimen de responsabilidad objetiva para los servicios sanitarios, en concepto de daños y perjuicios causados a usuarios y consumidores.

Ahora bien, ¿es la actividad de las residencias y centros de mayores subsumible en dicha normativa legal?. Para responder a esta compleja incógnita es posible acudir a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 Marzo de 2020 RJ 2020 / 889<sup>73</sup>, que se pronuncio acerca de esta idea, estableciendo principalmente dos criterios clave:

- Para implantar la aplicación del régimen de responsabilidad objetiva reconocido en el artículo 148 del Real Decreto Legislativo 1/2007, es esencial que exista una relación de causalidad entre el daño producido y el servicio (en este caso sanitario) que ofertara el centro residencial correspondiente. En la sentencia, el Tribunal Supremo considera inexistente dicha relación de causalidad, sin embargo, en el caso que nos concierne si parece lógico pensar que existió una relación de

---

<sup>72</sup> Real Decreto Legislativo 1 / 2007, de 16 noviembre, artículo 148, sobre el régimen especial de responsabilidad: *“Se responderá de los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario. En todo caso, se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad los servicios sanitarios, los de reparación y mantenimiento de electrodomésticos, ascensores y vehículos de motor, servicios de rehabilitación y reparación de viviendas, servicios de revisión, instalación o similares de gas y electricidad y los relativos a medios de transporte. Sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones legales, las responsabilidades derivadas de este artículo tendrán como límite la cuantía de 3.005.060,52 euros.”*

<sup>73</sup> STS Sala de lo Civil, de 11 de marzo de 2020, (RJ 889/2020):

causalidad entre el daño producido (contagios de Covid 19 y fallecimientos debido al mismo) y los servicios que debía proporcionar los centros residenciales (pues estos debían haber estado orientados a evitar en la medida de lo posible la propagación del virus y muchas de las medidas tomadas no tenían ese objetivo; el caso más claro es el de no permitir a los trabajadores de los centros irse cuando habían tenido contacto con contagiados o potenciales contagiados)

- Por otro lado, la sentencia consideró que el deber de vigilancia se presentaba como el otro factor clave para la aplicación o no del artículo 148. En el caso de los centros residenciales, aunque estos no hubieran asumido obligaciones contractuales inicialmente con sus residentes de llevar a cabo un control o vigilancia de los mismos, si se estableció a posteriori a raíz de la Guía Ministerial para residencias de mayores<sup>74</sup>. Así pues, todos aquellos que no hubieran adoptado o seguido los criterios de calidad recogidos en esta guía, podrían perfectamente subsumirse dentro del ámbito de la responsabilidad objetiva establecida en el artículo 148 TRLCU.

Sin embargo, aunque en base a estos criterios consideremos que la actuación de las residencias de carácter privado puedan ser objeto de aplicación del régimen de responsabilidad del citado artículo, es necesario analizar si le puede ser imputable la aplicación efectiva de las medidas recogidas en las órdenes ministeriales para gestión de residencias de mayores. Desde mi punto de vista, no estuvo en su mano su cumplimiento y concurrió fuerza mayor externa al ámbito de control de los titulares de estas residencias (no se les facilitaron los medios necesarios para llevarlas a cabo por parte de la administración central), por lo que una vez más, la responsabilidad sería reconducida a las actuaciones u omisiones llevadas a cabo por la administración central.

Por último, es esencial volver al concepto de fuerza mayor ya analizado pormenorizadamente para aplicarlo al caso de las residencias. Si bien la pandemia es un caso evidente de fuerza mayor, pues se trata de una situación extraordinaria, que fue imprevisible e inevitable, independientemente de las actuaciones que hubiera podido llevar a cabo la administración, pues ha afectado a todos los países a nivel mundial, en menor o mayor medida. Como bien explica José Luis Villar en su artículo “Fuerza mayor

---

<sup>74</sup> file:///Users/Santi/Downloads/vol30\_Extra\_02\_02\_Estudio\_1.pdf

y responsabilidad por el *Covid 19*<sup>75</sup>, lo realmente relevante es analizar las medidas y actuaciones y medidas utilizadas para frenar los posibles efectos de la pandemia (contagios y fallecimientos). Así pues, habiendo observado que de acuerdo al principio de precaución la administración podría haber actuado de manera mucho más diligente (fuente con evolución de otros países), la fuerza mayor no servirá de exonerante a la hora de responder de la potencial responsabilidad patrimonial en la que haya incurrido. Esto se ve ejemplificado en el hecho de que la administración tuvo en todo su momento medios para evitar o reducir el contagio del virus (como causa que produjo daños) y no fueron utilizados suficientemente para intentar reducir la propagación y letalidad del virus.

---

<sup>75</sup> <https://www.linkedin.com/pulse/fuerza-mayor-y-responsabilidad-por-el-covid-19-villar-ezcurra/>

## 7. Responsabilidad del estado legislador

### 7.1 Responsabilidad del estado legislador

Es esencial recordar que la responsabilidad del estado legislador surge en nuestro sistema legal de manera mucho más tardía que la responsabilidad de la administración. Fue en el año 1992, concretamente en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, cuando en su artículo 139.3<sup>76</sup> se consagró dicha responsabilidad del estado legislador.

Dicha disposición legal estableció que las Administraciones Públicas deberán indemnizar a todos los particulares, por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos siempre y cuando los particulares no tuvieran el deber jurídico de soportar la aplicación de dichos actos legislativos.

La legislación actual recoge esta misma idea en el artículo 32 de la Ley 40/2015, diferenciando claramente entre dos supuestos en los que cabe responsabilidad del estado legislador:

- El primero de ellos lo encontramos recogido en el artículo 32.4<sup>77</sup>, que regula el supuesto de responsabilidad cuando se haya producido un daño por aplicación de una norma con rango de ley posteriormente declarada inconstitucional.
- El segundo de los supuestos, recogido en el artículo 32.5<sup>78</sup>, regula la responsabilidad para los casos en los que la lesión ha sido causada por la

---

<sup>76</sup> Ley 30/1992, de 26 de noviembre, Artículo 139.3: *“Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos”*

<sup>77</sup> Ley 40/2015, artículo 32.4: *“Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada”*

<sup>78</sup> Ley 40/2015, artículo 32.5: *“Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada. Asimismo, deberán cumplirse todos los requisitos siguientes: a)La norma ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares, b)El incumplimiento ha de estar suficientemente caracterizado, c)Ha de existir una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares”*

aplicación de una norma que ha sido declarada en contra del derecho de la Unión Europa.

En ambos supuestos, para que quepa la indemnización será necesario haber obtenido sentencia desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa ocasionadora del daño, alegando inconstitucionalidad de la norma o contrariedad frente al derecho de la Unión Europea, respectivamente.

En cuanto a los plazos, el artículo 34 de la Ley 40/2015 establece que solo serán indemnizables los de los 5 años anteriores a la sentencia de inconstitucionalidad o de declaración de derecho contrario a la UE. Sin embargo, cabe la posibilidad de que en la sentencia se recoja un plazo de validez temporal diferente al genérico de cinco años.

## **8. Conclusiones**

### **8.1 El casuismo como elemento esencial en la resolución de casos individuales**

Nos encontramos ante una institución cuya aplicación práctica responde a un casuismo muy elevado. Si bien la normativa reguladora de la Responsabilidad Patrimonial del Estado analizada hasta ahora parece muy clara, hemos expuesto también que es muy abierta y flexible en cuanto a que permite dar respuesta a numerosos tipos de responsabilidad patrimonial motivada por limitaciones de derechos, conductas omisivas, anulaciones de derechos, etc. Podría incluso decirse que en base a los requisitos de la RPA cabe cualquier supuesto, motivo por el cual la interpretación será esencial para lograr la justicia material. Es esencial huir de pretensiones generales o de tratar de buscar una línea unificadora de tratamiento de la RPA en el *Covid* por parte de los tribunales. A esto hay que unir el hecho de que las medidas tomadas y susceptibles de ser juzgadas en base a la RPA, provienen de numerosas administraciones (central, autonómicas, locales, etc.) y que además responden a situaciones de muy distinta naturaleza, adoptándose en un periodo temporal extremadamente dilatado. A esto hay que unir también la evolución de la pandemia, de las medidas y de la regulación, que ha sido muy importante. Esto eleva el matiz del casuismo, pues no es posible ni lógico tratar jurídicamente de manera similar dos medidas cuyo único denominador común es que fueron realizadas en el *Covid*; no se puede tratar igual la requisita de mascarillas por parte de la administración central en Marzo de 2020, que los cierres perimetrales impuestos por una administración autonómica en mayo de 2021. Estamos ante actuaciones de administraciones diferentes, ocurridas en momentos de la pandemia muy diferentes y que tuvieron por objeto medidas muy diferentes, por lo que resulta lógico pensar que la interpretación de la normativa será en todo caso diferente.

### **8.2 Las diferentes instituciones que podrán dar respuesta a las actuaciones u omisiones de la administración durante la pandemia**

En línea con el lo explicado alrededor de la figura del casuismo y su importancia en la resolución de los tribunales acerca de la responsabilidad de la administración en periodo de pandemia, conviene también recordar que no todas las medidas tomadas por la administración deberán ser tratadas como casos de posible RPA.

En primer lugar, será esencial diferenciar los potenciales supuestos de RPA de aquellos consistentes en privaciones singulares y concretas de tipo expropiatorio. Así pues, muchas de los actos u omisiones llevadas a cabo por la administración no serán realmente susceptibles de ser juzgadas en base a la normativa y jurisprudencia que gira en torno a la Responsabilidad Patrimonial de la Administración y que se han analizado a lo largo de este trabajo, sino en base a la Ley de Expropiación Forzosa de 1954.

Sin entrar en un análisis pormenorizado de la complejidad de estas dos instituciones jurídicas, basta con indicar que las actuaciones susceptibles de RPA son aquellas que causan un daño indirecto, que no se pretendía causar a partir de la medida o actuación tomada por la actuación, mientras que las privaciones singulares de tipo expropiatorio causan en el individuo un daño directo y que es parte del objeto de la medida. Por este motivo, la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 será la encargada de regular estos supuestos, como bien establece en sus artículos 1 (el objeto de esta ley es regular la “(...) *privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos (...) acordada imperativamente*”), 48 (en el que se establece que una vez determinado el justo precio se procederá al pago de la cantidad correspondiente) y 120 (este es perfectamente aplicable al caso del *Covid 19*, pues establece que para situaciones de orden o seguridad pública, como las pandemias, en caso de adoptarse medidas que supongan requisas de bienes o derechos de particulares procederá la indemnización de aquellos que hayan sido perjudicados). Para ejemplificar esta cuestión de tanta importancia, podemos hacer referencia a actuaciones concretas llevadas a cabo por la administración, como la requisas de mascarillas y respiradores. Se trata de supuestos en los que se produce un daño directo, por lo que desde mi punto de vista, deberán ser regulados por la Ley de Expropiación Forzosa comentada, y no por aquella relativa a la Responsabilidad Patrimonial de la Administración.

En segundo lugar, es importante referirse también a aquellos supuestos en los que la responsabilidad surge de una situación contractual. En este caso estaríamos ante casos de responsabilidad contractual, que deberán ser regulados por la jurisdicción correspondiente. Sería este el caso de aquellos trabajadores de centros residenciales que por motivo de las condiciones de su contrato o convenio laboral hubieran sufrido daños a causa del virus. Imaginemos aquellos trabajadores que hayan sido expuestos de manera no necesaria al virus y se hayan contagiado y tenido problemas de salud graves o incluso

el fallecimiento por haberse establecido contractualmente que en casos similares a los de pandemia como el del *Covid* deberán seguir en sus puestos de trabajo. Una vez más, no sería un supuesto a tratar por la Responsabilidad Patrimonial del Estado, sino por la jurisdicción social. Esto se encuentra dispuesto en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, encargada de regular la jurisdicción social. Según dicha normativa, el órgano competente para conocer de los daños sufridos por empleados públicos como consecuencia del incumplimiento de normativa de prevención de riesgos laborales será el orden social.

Por último, cabe comentar también la existencia de las ayudas públicas que son concedidas con motivo de situaciones extraordinarias o de catástrofe como ha sido esta pandemia mundial. Tampoco surgen dichas ayudas como respuesta a la responsabilidad patrimonial del estado, sino que se basan en el principio de solidaridad y son otorgadas por el Estado y el resto de administraciones pues uno de sus deberes es el de dar apoyo a individuos y empresas en situaciones como esta.

Así pues, el objetivo de este epígrafe es elevar un poco más, si cabe, la importancia del casuismo y de la diferenciación del trato jurídico que tendrán las numerosas actuaciones que ha llevado la administración durante este año y medio. La institución de la responsabilidad patrimonial del estado solos servirá como respuesta para algunos de los supuestos, pero otros tantos serán enjuiciados en relación a otras normativas y supuestos jurídicos, como los que hemos explicado.