

Público y Regulatorio

# El Tribunal Supremo restringe la responsabilidad del Estado legislador por los daños derivados de los reales decretos de alarma

(Sentencia de 31 de octubre del 2023)

---

En este comentario se resumen y analizan los criterios aplicados por la sentencia del Tribunal Supremo que resuelve y desestima el primer recurso en el que se demandaba responsabilidad patrimonial por daños sufridos como consecuencia de las medidas adoptadas para combatir la pandemia de COVID-19.

## BLANCA LOZANO CUTANDA

Catedrática de Derecho Administrativo

Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

La Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1360/2023, de 31 de octubre (ponente: Carlos Lesmes Serrano), resuelve y desestima el primer recurso que demandaba responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por una empresa hostelera como consecuencia de las medidas aprobadas para combatir la pandemia. A este pronunciamiento van a seguir otros (sobre casos seleccionados) que determinarán la resolución de los más de siete mil recursos relativos a reclamaciones de responsabilidad por daños derivados de la pandemia del COVID-19 que penden ante el Tribunal Supremo.

La conclusión a la que se llega tras el análisis de esta sentencia es que, aunque no lo diga expresamente, está reconociendo un régimen específico de responsabilidad del Estado legislador por los daños causados por las medidas contenidas en los reales decretos de alarma que restringe al máximo el principio de indemnidad del artículo 33 de la Constitución. Más margen parece existir para el reconocimiento de responsabilidad patrimonial por el funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos, en particular los sanitarios, aunque también con limitaciones derivadas de las circunstancias fácticas excepcionales de una situación de pandemia.

Interesa señalar que, sobre las cuestiones que aborda esta sentencia, se había pronunciado como ponente en un seminario virtual, organizado por Oriol Mir durante la pandemia, el magistrado del Tribunal Supremo (actual magistrado del Tribunal Constitucional) César Tolosa, cuyos argumentos jurídicos resultan en algunos puntos coincidentes con los del fallo y, en otros, sirven para completar sus razonamientos<sup>1</sup>.

### **1. La sentencia declara que la reclamación de la recurrente por los daños derivados de los reales decretos de alarma ha de hacerse por la vía de la responsabilidad del Estado legislador**

Antes de abordar las alegaciones de las partes, la sentencia hace una precisión previa: los daños patrimoniales sufridos por la recurrente resultan fundamentalmente de las normas que impusieron restricciones y medidas de contención relativas a actividades determinadas, tanto del sector público como del sector privado, en particular «en los reales decretos que declararon el estado de alarma y se aplicaron a sus destinatarios sin necesidad del dictado de actos administrativos de ejecución de su contenido».

Se considera, por ello, que el daño se imputa a una disposición general y no a actos de la Administración. En particular, se trata de un supuesto de responsabilidad del Estado legislador atendiendo al hecho de que «los reales decretos de declaración de estado de alarma 463/2020 y 926/2020, y sus correspondientes prórrogas, ostentan la naturaleza jurídica de disposiciones con valor de ley», según

ha reconocido tanto el Tribunal Constitucional (sentencias núms. 83/2016 y 183/2021) como el Tribunal Supremo (Auto de 10 de junio del 2020).

Estos reales decretos de declaración de estado de alarma se consideran, de esta forma, «leyes autoaplicativas» respecto de las cuales se puede reclamar responsabilidad sin necesidad de cumplir el requisito del recurso previo del acto de aplicación establecido en el artículo 32.4 de la Ley 39/2015. Aunque la sentencia no lo dice, se sigue con ello la doctrina establecida en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1404/2020, de 27 de octubre (ponente: Wenceslao Olea Godoy), en la que se afirma que, «cuando el daño sea imputable a una norma con rango de ley autoaplicativa, es de imposible cumplimiento la exigencia de su previa impugnación y obtención de sentencia desestimatoria, en cuyo proceso debiera invocarse previamente la inconstitucionalidad, como exige el artículo 32.4.º».

### **2. La sentencia afirma que esta responsabilidad del Estado legislador se rige por el régimen general previsto en la Ley 40/2015, pero consagra, en realidad, un régimen especial**

El Tribunal Supremo declara que la regulación aplicable para dilucidar la responsabilidad es la contenida en el artículo 32.2 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público.

La sentencia no acepta, en este punto, la alegación del recurrente de que el artículo 3.2 de

<sup>1</sup> «Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y COVID-19», Seminario virtual de formación del Consejo General del Poder Judicial. Coordinador: Dimitry Berberoff; ponente: César Tolosa; relator: Oriol Mir; dinamizadora: Sandra González de Lara. Disponible en este **enlace**.

la Ley Orgánica 4/1981, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio, establece un régimen especial de responsabilidad patrimonial durante la vigencia de estos estados en el que no sería aplicable la fuerza mayor como causa de exoneración de la responsabilidad ni tampoco la existencia de antijuricidad del daño como elemento determinante del concepto de lesión; se trataría, en suma, de un «nuevo y singular sistema de responsabilidad patrimonial de naturaleza objetiva».

Conforme al precepto citado, «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 y perjuicios por actos que no les sean imputables, tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto por las leyes».

La interpretación invocada por la recurrente se descarta por la sentencia atendiendo, fundamentalmente, a dos razones:

- a) en primer lugar, porque «si el legislador hubiera querido crear un régimen autónomo de responsabilidad, atendida la trascendencia de esa medida, que supondría excepcionar el propio artículo 106.2 de la Constitución, lo hubiera expresado claramente» y nada dice al respecto la Ley 4/1981;
- b) y, en segundo lugar, porque la Sala considera que la remisión que efectúa el artículo 3.2 «a lo dispuesto en las leyes» sólo puede ser entendida «como una remisión al régimen general de la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos vigente en cada momento», interpretación que se refuerza por el hecho de que la misma técnica remisoria se utiliza también en el primer apartado del

precepto en relación con el control judicial de la Administración.

Lo cierto, sin embargo, es que, como hemos adelantado, la sentencia sí crea un régimen específico de responsabilidad del Estado legislador por los daños causados por los reales decretos de alarma, aun sin decirlo expresamente, apoyándose, en especial, en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional. Pero este régimen no se caracteriza en absoluto por su carácter objetivo, sino, antes bien, por excepcionar o restringir al máximo el principio de indemnidad que impone el artículo 33 de la Constitución, al establecer una «presunción reforzada» de que las privaciones o restricciones de los bienes y derechos patrimoniales legítimos «fueron necesarias, idóneas y proporcionales» para responder a la situación de emergencia sanitaria.

### **3. La sentencia únicamente admite dos supuestos de responsabilidad del Estado legislador y omite el más evidente: los reales decretos de alarma son «actos legislativos expropiatorios»**

Conforme a la sentencia, la regulación aplicable para dilucidar la responsabilidad es, por tanto, la contenida en el artículo 32.2 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, en virtud del cual, como expone en su fundamento jurídico sexto:

- Para que nazca el deber de indemnizar, «deben concurrir los requisitos generales de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: a) que la aplicación de la ley haya ocasionado una lesión que “el particular no tenga el deber jurídico de soportar”; y b) que el daño alegado sea “efectivo, evaluable económicamente e individualizado con

relación a una persona o grupo de personas”».

- Se prevén «dos supuestos de responsabilidad del Estado legislador: uno, concebido en términos generales, en cuanto se genera sólo cuando se trate de actos legislativos no expropiatorios que comporten una lesión que no se tenga el deber jurídico de soportar y se establezca en la propia norma legal y, otro supuesto, más específico, de leyes declaradas inconstitucionales, en el que se establece una presunción *iuris et de iure* de que se ha ocasionado el daño, cuando concurren los dos requisitos establecidos en la norma: que hay[a] existido una sentencia firme y se haya invocado en el correspondiente proceso la inconstitucionalidad luego declarada».

Al citar y analizar únicamente estos dos supuestos, la sentencia obvia la posibilidad de que pueda reclamarse responsabilidad patrimonial como consecuencia de *leyes materialmente expropiatorias* que priven a los particulares de derechos adquiridos o de intereses patrimoniales legítimos sin que prevean indemnización o en las que la indemnización fijada no guarde un proporcional equilibrio con los derechos o intereses patrimoniales afectados.

Parece evidente, sin embargo, que los reales decretos de alarma fueron actos legislativos expropiatorios que, además de suspender el ejercicio de los derechos fundamentales de libertad de circulación y de elección de residencia durante el primer estado de alarma —según la interpretación de la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 148/2021— y de restringirlos después, privaron o menoscabaron derechos e intereses legítimos de carácter

patrimonial de muchos ciudadanos en aras de la preservación de la vida (art. 15 CE) y de la salud pública (art. 43.2 CE).

No es cierta, en este sentido, la afirmación contenida en la sentencia de que «las restricciones y limitaciones contenidas en los reales decretos tuvieron carácter general». Ello fue así, ciertamente, para algunas limitaciones de libre circulación impuestas a todos los ciudadanos, pero en absoluto para las que afectaron a determinadas actividades económicas, como la restauración o la hostelería, que se vieron abocadas a cierres y suspensiones de actividad, mientras que otros sectores económicos permanecían incólumes o incluso se beneficiaban de la situación (piénsese en la venta minorista de alimentos, en la enseñanza en línea o en la fabricación de material sanitario). De hecho, la propia sentencia precisa a continuación que fueron «numerosos» —pero no todos— los sectores afectados.

Existe una consolidada doctrina del Tribunal Constitucional sobre las leyes expropiatorias —desde sus pronunciamientos sobre la Ley de Aguas y la Ley de Costas— que reconoce el carácter de leyes expropiatorias a aquellas que, por causa justificada de utilidad pública o interés social, cercenan o limitan no sólo la propiedad, sino cualesquiera derechos patrimoniales legítimos. En palabras del Tribunal Constitucional: «Este tribunal se ha referido ya en más de una ocasión [...] al concepto de *expropiación o privación forzosa* que se halla implícito en el artículo 33.3 de la Constitución, declarando en sustancia, y por lo que aquí interesa, que debe entenderse por tal la privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses particulares legítimos acordada imperativamente por los poderes públicos, por causa de utilidad pública o interés social» (STC 227/1988).

El carácter general o abstracto de las medidas no impide que revistan carácter expropiatorio. Como puso de relieve Eduardo García de Enterría (1996)<sup>2</sup>, «las sentencias constitucionales ya citadas núms. 227/1988 y 149/1991 aceptaron de plano que las dos leyes enjuiciadas, de aguas y de costas, respectivamente, tenían un contenido expropiatorio, en efecto, no obstante su carácter de ordenación general y abstracta. Ha sido una calificación de extraordinaria trascendencia de principio. En virtud de ella ha quedado claro en Derecho español que, en sus relaciones con los bienes, el legislador no dispone de un poder absoluto; en concreto, que en tales regulaciones está obligado a preservar el “contenido esencial” del derecho de propiedad y que de afectar al mismo deberán articularse como leyes expropiatorias si no quieren incurrir en inconstitucionalidad».

De haber reconocido la sentencia la —a nuestro juicio, evidente— naturaleza de los reales decretos como «actos legislativos expropiatorios», hubiera podido adoptar dos tipos de pronunciamientos:

- a) o bien elevar la cuestión de inconstitucionalidad sobre los reales decretos de alarma por excluir la previsión de una adecuada indemnización y vulnerar, con ello, el artículo 33.3 de la Constitución;
- b) o bien determinar, directamente, las indemnizaciones procedentes por los derechos e intereses patrimoniales legítimos afectados; en este caso, las compensaciones por los daños y perjuicios causados a la actividad hotelera de la recurrente

como consecuencia de los cierres impuestos.

Esta segunda vía le hubiera permitido al Tribunal Supremo establecer, de forma clara, los parámetros aplicables para reconocer, aunque fuera en casos extremos, el derecho a compensación por los daños derivados de las medidas adoptadas.

Ambas soluciones son admitidas por el Tribunal Supremo, que sigue dos líneas jurisprudenciales distintas:

- a) actualmente predomina la línea jurisprudencial que interpreta la (confusa) redacción del artículo 32.4 de la Ley 40/2015 (idéntica a la anterior de la Ley 30/1992) en el sentido de que únicamente se admite la responsabilidad del Estado legislador por «actos legislativos de naturaleza no expropiatoria»;
- b) pero existe también otra línea jurisprudencial que mantiene el criterio tradicional de admitir, como un primer supuesto indemnizatorio, el de las «normas de carácter expropiatorio».

Un buen resumen de esta doctrina se contiene en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril del 2002 (rec. núm. 218/1998). Como explica esta sentencia, no se considera que la falta de previsión de indemnización adecuada por la ley sea causa de inconstitucionalidad (y que deba articularse, por consiguiente, por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad), basándose, para ello, en la propia doctrina del Tribunal

<sup>2</sup> «Las expropiaciones legislativas desde la perspectiva constitucional. En particular, el caso de la Ley de Costas». *Revista de Administración Pública*, núm. 141, 1996, disponible en este [enlace](#).

Constitucional y, en concreto, «en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1997 (RTC 1997\28), en la que se afirma que el hecho de que en la ley se disponga expresamente un cauce reparador para compensar las prohibiciones y limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad que se derivan de la misma, no puede ser considerado como una exclusión vulneradora de lo dispuesto en el artículo 33.3 de la Constitución, sino que *ha de entenderse que ese extremo quedará sometido a la normativa general del ordenamiento jurídico sobre la responsabilidad patrimonial*» (el énfasis es nuestro).

La sentencia no reconoce, como decimos, que los reales decretos leyes sean actos legislativos expropiatorios, por lo que «se escabulle» de la necesidad de adoptar una de estas dos soluciones y lleva su argumentación jurídica por la vía de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador prevista en el artículo 32.2 de la Ley 40/2015.

Es posible que esta alegación concreta no constara en la demanda, pero la recurrente había invocado la responsabilidad del Estado legislador —en la que cabe incluir, según lo expuesto, la derivada de actos legislativos expropiatorios— y había invocado también que el especial daño padecido por los sectores de la hostelería, restauración, turismo y viajes inscribía la pretensión en la lógica expropiatoria (y, en todo caso, habría podido plantearse la tesis según lo previsto en el artículo 65.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

#### **4. La sentencia construye, en realidad, un «sistema especial de responsabilidad patrimonial del Estado legislador» para situaciones de emergencia sanitaria**

Tras exponer en su fundamento de derecho sexto los presupuestos de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, la sentencia analiza su posible concurrencia en el caso planteado y la niega por entender que falta el elemento de la antijuricidad.

La sentencia comienza así por afirmar que «los artículos. 32.1 y 34.1 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público excluyen la posibilidad de indemnización cuando el particular tenga el deber jurídico de soportar el daño de acuerdo con la ley» y, a continuación, tres razones por las que considera que, en el caso de las medidas de alarma, sí existe, en principio, el deber jurídico de soportar los daños. Pasamos a resumirlas:

- a) El reconocimiento por el Tribunal Constitucional de que las medidas «fueron necesarias, idóneas y proporcionales» para responder a la situación de emergencia sanitaria.

Resulta paradójico que una de las razones más determinantes para negar la concurrencia de responsabilidad patrimonial se funde en dos sentencias del Tribunal Constitucional que declararon la inconstitucionalidad parcial de los reales decretos 926/2020 y 956/2020, con lo que deberían haber dado lugar a lo contrario: a la aplicación, de forma automática, del supuesto de responsabilidad patrimonial del Estado legislador previsto en el artículo 32.4 de la Ley 40/2015.

En efecto, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, «si se trata de una ley declarada inconstitucional, se considera por el propio legislador, como presunción *iuris et de iure*, que se ha ocasionado el daño —otra cosa será su prueba, que es deber de quien lo reclama— con sólo

concurrir los requisitos formales que se establecen en el párrafo cuarto; es decir, que haya existido una sentencia firme y se haya invocado en el correspondiente proceso la inconstitucionalidad luego declarada, requisitos que no dejan de ofrecer serios reparos» (Sentencia, ya citada, núm. 1404/2020, de 27 de octubre).

Sin embargo, como pusimos de manifiesto en su día, la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 148/2021 es un pronunciamiento muy atípico en el que «es palpable que la cuestión de la posible responsabilidad patrimonial que pudiera derivarse de la inconstitucionalidad del Real Decreto Ley 463/2020 ha informado la redacción de la sentencia. Junto a la específica manifestación que se hace al respecto [...], la insistencia del tribunal en que el problema ha sido de selección del instrumento normativo adecuado (por insuficiencia del estado de alarma para suspender derechos) y el cuidado que pone en salvar la procedencia de las medidas desde un punto de vista material sugieren que el Tribunal Constitucional ha pretendido conjurar el riesgo de desencadenar una miríada de reclamaciones de responsabilidad patrimonial»<sup>3</sup>.

Y así ha ocurrido. En realidad, aunque la Sala no lo reconozca expresamente, el sistema especial de responsabilidad patrimonial que consagra encuentra su fundamentación jurídica en las sentencias del Tribunal Constitucional núms. 148/2021 y 183/1991.

En una más que cuestionable excepción de la legislación ordinaria, la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 148/2021 (no así la 183/1991) dice expresamente que «la inconstitucionalidad apreciada en esta sentencia no será por sí misma título para fundar reclamaciones de responsabilidad en las Administraciones Públicas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de julio, de los Estados de Alarma, de Excepción y de Sitio».

Con esta afirmación, dice la sentencia, lo que hace el Tribunal Constitucional es «*excluir la responsabilidad del Estado legislador por falta de antijuridicidad de las medidas adoptadas pese a la declaración de inconstitucionalidad de alguna de las normas del real decreto del estado de alarma, pero deja a salvo, lógicamente, otros posibles supuestos de responsabilidad patrimonial que pudieran darse, como es la que supuestamente podría corresponder a la Administración Pública por el funcionamiento de los servicios públicos, especialmente los sanitarios*» (el énfasis es nuestro).

- b) En segundo lugar, según resume la nota de prensa sobre la sentencia del Consejo General del Poder Judicial, «también considera la Sala que esa obligación o deber jurídico de soportar las cargas derivadas del cumplimiento de las normas recogidas en los reales decretos de estado de alarma sin generar derechos de indemnización también se fundamenta en las previsiones de la Ley General de Salud Pública,

<sup>3</sup> Blanca LOZANO CUTANDA y Ander DE BLAS GALBETE, «Alcance y efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad parcial del real decreto del estado de alarma», en *Diario La Ley*, núm. 9901, de 28 de julio del 2021, disponible en este **enlace**.

que excluye que la Administración deba indemnizar los gastos causados por las medidas adoptadas para preservar la salud pública».

No hay, sin embargo, ningún precepto en estas normas que diga tal cosa. La sentencia cita «el último inciso del apartado 3 del artículo 54 de la Ley 33/2011», pero este precepto se refiere únicamente al deber de asumir «los gastos derivados de la adopción» de medidas cautelares en caso de riesgo «inminente y extraordinario para la salud», por lo que parece un tanto forzado que la sentencia estime que sienta «el principio general de que existe la obligación de soportar las cargas económicas que pudieran resultar de la obligación de cumplir las medidas ordenadas por las autoridades públicas en aras de preservar la salud de los ciudadanos sin que de ello se derive el derecho a obtener un resarcimiento económico».

- c) La cuestionable referencia al principio de precaución.

La sentencia cita también el principio de precaución para fundar este régimen singular de responsabilidad. Para ello, se remite al Derecho de la Unión Europea, si bien este principio cuenta también con un reconocimiento expreso en el artículo 3d de la Ley 33/2011, General de Salud Pública.

Así lo señaló el magistrado del Tribunal Constitucional César Tolosa, en el citado seminario, en el que afirma que «desde su surgimiento, la finalidad de este principio es la de justificar que la Administración adopte medidas restrictivas de derechos individuales incluso en

ausencia de plena certidumbre científica, sirviendo por ello más bien para exonerarla de responsabilidad en caso de que tales medidas se acaben revelando innecesarias».

Para la sentencia, más que exonerar de responsabilidad, la aplicación de este principio supone «una inversión de la carga de la prueba, debiendo ser quien ejercita la acción de resarcimiento quien acredite la ausencia de justificación, idoneidad y razonabilidad de las medidas adoptadas».

En realidad, más que una «inversión de la carga de la prueba» —pues compete siempre al que reclama argumentar y probar su solicitud de indemnización—, a lo que parece referirse la sentencia es a una «presunción reforzada» de idoneidad, necesidad y proporcionalidad que, cuando además se invoca la doctrina del Tribunal Constitucional, parece muy difícil de superar. La sentencia dice así que la acreditación exigible «en modo alguno se ha efectuado en este proceso, debiendo recordar, como se ha dicho, que la Sentencia del Tribunal Constitucional 148/2021 consideró las medidas restrictivas previstas en el Real Decreto 463/2020 idóneas, necesarias y proporcionales». Se echa de menos, en todo caso, una mayor motivación sobre las razones por las que se consideran insuficientes los argumentos aducidos en la demanda (la sentencia se asemeja más a la resolución de un recurso de casación que a la de un recurso directo).

Extraer el principio de precaución de su ámbito propio de aplicación es, a nuestro juicio, peligroso. Este principio, de

carácter excepcional, opera únicamente en materia de protección del medio ambiente y de la salud para habilitar a los poderes públicos a que actúen en situaciones de incertidumbre científica ante la gravedad de los riesgos potenciales, pero sin que ello suponga excluir ni dificultar el principio de indemnidad de los ciudadanos ante los eventuales perjuicios causados: ni lo prevé así la Ley 40/2014, a cuyo régimen teóricamente se remite la sentencia, ni esta interpretación tiene sustento en la doctrina del Tribunal de Justicia que se cita.

##### **5. Cabe reclamar responsabilidad patrimonial por los daños derivados del funcionamiento de los servicios públicos antes y durante la declaración del estado de alarma**

El recurrente invocaba también, como primer argumento de su demanda, la omisión o demora de la Administración en la respuesta a la pandemia como títulos generadores de responsabilidad, pero la sentencia no aborda esta alegación por considerar que no se argumentó y probó de manera suficiente la relación de causalidad existente entre el daño y el retraso en la adopción de medidas o el incumplimiento de las recomendaciones de organismos internacionales.

Sin embargo, la sentencia precisa que los daños derivados de una omisión o demora de la Administración en la adopción de medidas antes de la declaración del primer estado de alarma por el Real Decreto 436/2020 podrían conformar, en su caso, un supuesto de «responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de los servicios públicos a la hora de afrontar la pandemia».

Aunque esta cuestión no se aborda, la exposición de los hitos de la pandemia contenida

en los antecedentes parece apuntar hacia una posible actuación irregular, por tardía, en la adopción de las medidas recomendadas por los organismos internacionales. Así, tras enunciar las recomendaciones que emitieron los principales organismos responsables en materia de salud y seguridad en los primeros días de marzo del 2020, la sentencia dice que «[n]o obstante estas advertencias, en nuestro país se producen coetáneamente diversas concentraciones de personas», y las expone detalladamente.

Este retraso en la respuesta a la pandemia podría, en su caso, servir para fundar futuras reclamaciones de responsabilidad por funcionamiento anormal de los poderes públicos, siempre que se logre demostrar debidamente la existencia de una relación de causalidad entre el daño y el retraso o incumplimiento de las recomendaciones. Ello se ve reforzado por el hecho de que la sentencia califica los hechos que relata en su fundamento de derecho segundo como «notorios por haber sido publicados en numerosos medios de comunicación nacionales e internacionales o en boletines oficiales, sin que se hayan cuestionado en ningún momento».

La sentencia también admite la posibilidad de reclamar responsabilidad patrimonial por los daños antijurídicos que haya podido ocasionar, ya bajo la vigencia de los reales decretos de alarma, «el funcionamiento de los servicios públicos, especialmente los sanitarios».

Esta reclamación es posible a pesar de que se reconoce que la pandemia producida por el COVID-19 se ajusta a la definición de *fuerza mayor* (que extrae del artículo 1.105 del Código Civil) y de considerar que actúa también como causa eximente de la responsabilidad en los estados de alarma, excepción y sitio;

lo contrario, dice, «contravendría directamente los artículos 116.1 y 106.2 de la Constitución».

Ello es así porque, según precisa el Tribunal Supremo, los daños que se pueden reclamar son los que «no se imputan a la pandemia, aunque ésta sea la causa remota de ellos, sino a las medidas adoptadas por los poderes públicos para tratar de frenar su desarrollo». En estos casos, «no habrá ruptura del nexo causal y nacerá la responsabilidad patrimonial cuando los daños no fueren directamente imputables a la enfermedad sino a las medidas adoptadas para hacerla frente, medidas que pueden ser juzgadas desde la perspectiva de la responsabilidad por su razonabilidad, grado de intensidad, proporcionalidad o duración», en particular, cuando su adopción «puede haber coadyuvado a agravar los daños, o no los ha minorado o eliminado pudiendo hacerlo».

Ahora bien, la prueba de la antijuricidad de los daños causados por el funcionamiento, normal o anormal de los servicios públicos va a resultar más difícil que en circunstancias ordinarias porque, para valorar el funcionamiento de los servicios públicos y, en particular, la determinación de la *lex artis* en los servicios sanitarios, la sentencia considera que «las circunstancias excepcionales de una situación de emergencia» podrían «ser tenidas en cuenta al determinar la concurrencia de los requisitos de la responsabilidad, en especial al establecer el estándar de funcionamiento de la Administración, que puede diferir del exigible en situaciones de normalidad».

La ponencia del magistrado César Tolosa parece completar, en lo relativo a la determinación de la *lex artis*, esta escueta afirmación de la sentencia, por lo que consideramos interesante reproducirla:

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

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

En la valoración de un posible funcionamiento anormal por la falta de suficientes equipos de protección individual (EPI) del personal sanitario durante el primer estado de alarma debería tenerse en cuenta la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.<sup>a</sup>) de 8 de octubre del 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3024), que ha declarado la vulneración de sus derechos fundamentales como consecuencia de dicha falta de equipos, aunque esta sentencia

no prejuzgue posibles responsabilidades. También habría que considerar aspectos tales como el coste, la complejidad y el tiempo de fabricación de EPI, las normas y recomendaciones internacionales de almacenamiento de EPI en previsión de posibles pandemias, la relevancia de la protección del personal sanitario para la lucha eficaz contra una pandemia y el volumen del personal sanitario existente en España.

La sentencia hace referencia también a la denominada «cláusula del progreso o de exclusión de los riesgos del desarrollo» contenida en el artículo 34.1 de la Ley 39/2015, pero la cita únicamente en relación con algunas de las medidas previstas en los reales decretos de alarma para contener la pandemia que eran objeto de enjuiciamiento, en particular, «las medidas de distanciamiento social, el confinamiento domiciliario y la limitación extrema de los contactos y actividades grupales».

A decir del magistrado César Tolosa, en materia de responsabilidad por el funcionamiento de los servicios sanitarios, esta cláusula del progreso «tendrá una aplicación limitada en materia de COVID1-9». Ello es así porque, según explica, «a diferencia de lo que sucedió con el contagio transfusional del virus del sida y de la hepatitis C, la ciencia ha identificado con mucha celeridad (semanas antes de la primera declaración del estado de alarma) al virus que lo causa, sus vías de transmisión y medios eficaces y económicos de prevención

del contagio (sobre todo distancia social, limpieza de manos y uso de mascarilla), desarrollando incluso test para su detección e indicando tratamientos que, pese a no asegurar en absoluto la curación de la enfermedad, reducen significativamente el riesgo de muerte o de sufrir secuelas graves (respiradores, tratamientos antivirales, etc.). El conocimiento científico de las vías de transmisión del virus y de su tratamiento médico ha seguido incrementándose desde entonces».

## 6. La indemnización por la vía del artículo 12 de la Ley sobre Expropiación Forzosa

Por último, en el fundamento de derecho noveno, la sentencia reconoce la posibilidad de reclamar indemnización por aplicación del artículo 120 de la Ley sobre Expropiación Forzosa (LEF), que se refiere expresamente a las medidas adoptadas «por consecuencias de graves razones de orden o seguridad públicas, epidemias, inundaciones u otras calamidades».

El Tribunal Supremo niega, sin embargo, que en este caso el precepto pueda servir de fundamento a la pretensión de la recurrente, por entender que su aplicación se circunscribe a «medidas concretas adoptadas por autoridades civiles, pero no a la aprobación de medidas legislativas de general aplicación», y que es necesario, además, que se trate de «la destrucción, detrimento efectivo o requisas de bienes o derechos de particulares, sin que ninguna de estas circunstancias se dé en el caso que juzgamos» (el énfasis es de la sentencia).