

La responsabilidad civil/patrimonial del Sector Público con motivo del COVID-19.

Madrid, 13 de julio de 2020.

Gonzalo Iturmendi Morales.

Abogado.

Socio Director de Bufete G. Iturmendi y Asociados, SLP.

**Secretario General de la Asociación Española de Gerencia de Riesgos y Seguros
(AGERS).**

La explosión de la crisis sanitaria, económica y social de la pandemia COVID-19 ha generado desde su aparición en España multitud de actos médicos y sanitarios, así como miles de actos administrativos, múltiples normas legales, protocolos médicos de actuación y todo tipo de intervenciones fruto de la gestión de la crisis, situaciones que son susceptibles de generar posibles responsabilidades para las Administraciones Públicas implicadas.

Analizamos seguidamente las posibles consecuencias legales en el ámbito de la responsabilidad de las actuaciones del Sector Público con motivo del COVID-19, los principios jurídicos en los que se basa, así como los requisitos que deben concurrir para que puedan plantearse estas reclamaciones en España.

1.- Riesgos de responsabilidad en la gestión legal de riesgos del Estado de Alarma por Covid-19.

El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que el Gobierno de España declaró el Estado de Alarma para la prevención y contención de la pandemia del COVID—19 inició una cascada normativa de excepción, con medidas regulatorias adoptadas por el Gobierno de España y ratificadas por las Cortes justificadas en crisis sanitaria motivada por la pandemia, basadas en la LO 4/1981, de los Estados de Alarma, excepción y sitio y una cadena en cascada de disposiciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, tendentes a regular la situación creada con el Estado de Alarma. Durante la vigencia de dicho estado la sociedad ha vivido un período de enorme actividad normativa desde el anuncio realizado por el Presidente del Gobierno el 13 de marzo de 2020, hasta la finalización del Estado de Alarma, en el que los distintos órganos reguladores del Estado han decretado multitud de normas para regular medidas de carácter estatal en el ámbito sanitario, económico y social, con independencia de las dictadas en la Unión Europea, las Comunidades Autónomas y las Ciudades Autónomas.

La incidencia de las medidas normativas ha sido determinante en la marcha de la economía, al haber supuesto —entre otras cosas- la paralización de gran parte de la actividad productiva en aplicación del principio de precaución, lo que ha producido un escenario de incertidumbre e incógnitas que aún hoy están pendientes de ser resueltas ante la amenaza del rebrote de la pandemia.

La extrema regulación normativa vivida durante este período ha puesto de manifiesto la relevancia de la gestión de riesgos jurídicos relacionada con asuntos legales,

regulatorios, contractuales, así como de derechos y obligaciones no contractuales, todo ello como parte integral de la gobernanza y gestión general de la organización en la que los riesgos legales son una pieza clave del proceso genérico de gestión de riesgos.

La experiencia desde la gestión de riesgos legales en esta situación excepcional requirió un enfoque integral, que reflejara en cada organización las diferencias de su contexto externo, incluido el entorno legal y regulatorio, así como las características de cada sector. Labor compleja que se centró también en su contexto interno, incluida la naturaleza de la entidad jurídica de cada organización, sus objetivos y valores. Entre todos hemos intentado minimizar la complejidad y el costo de los procedimientos legales, tratando de adaptar la actividad al marco regulador desbocado estos días, gestionando las consecuencias negativas del riesgo legal. Así -por ejemplo-, en éste tiempo fomentamos activamente la evitación y resolución de disputas o litigios e intentamos equilibrar las obligaciones contractuales, los costos, los objetivos comerciales y la reputación de la organización que evidenció su vulnerabilidad ante la opinión pública.

La oportunidad para la renegociación contractual vino de la mano de la cláusula “*rebus sic stantibus*” en las obligaciones de tracto sucesivo y en aquellas exigibles en plena declaración de Estado de Alarma por la pandemia. Nos hemos encontrado ante circunstancias imprevistas para las partes al suscribir el contrato, factores sobrevenidos, que se precipitaron en cadena a partir de la declaración de pandemia del COVID-19. Por todo ello, a la luz de la «teoría de la Imprevisión» y la regla « **rebus sic stantibus** » siempre que se pueda demostrar que, a causa de la pandemia, el cumplimiento del contrato para una de las partes se ha vuelto desproporcionadamente gravoso o conlleva la asunción de un riesgo imprevisible al momento de la suscripción del contrato, el deber de buena fe en el tráfico jurídico conlleva que cuando, fuera de lo pactado, sin culpa de las partes y de forma sobrevenida, las circunstancias que dotaron de sentido la base o finalidad del contrato cambian profundamente las pretensiones de las partes, lo que cabe esperar en este contexto es la adaptación o revisión de acuerdo al cambio operado.

La crisis ha puesto en valor el establecimiento de los principios de equidad como guía de la gestión del riesgo legal que incluye la gestión de conflictos de intereses, que proporciona una voz imparcial e independiente en las decisiones y respalda la debida diligencia y la equidad para los mejores intereses de la organización.

Nadie desea una sociedad frágil y temerosa tras la crisis vivida. Los aspectos regulatorios del Estado de Alarma han tenido consecuencias financieras, regulatorias, reputacionales, geográficas e internas para todas las organizaciones. Ahora es tiempo de recuperarse de los estragos producidos por el Estado de Alarma; también es tiempo de evaluar las actuaciones del poder Sector Público y reparar los daños y perjuicios sufridos por los que no tuvieron el deber jurídico de soportarlos.

El esfuerzo conjunto de todos los agentes sociales por alcanzar la seguridad jurídica es el paso previo para conseguir relaciones fructíferas de paz y justicia en nuestra sociedad.

Durante la crisis de la pandemia se ha configurado un complejo régimen legal de emergencia nunca visto, que se ha venido decretando de forma reactiva, a tenor de las necesidades regulatorias lo requerían. Pero no debemos olvidar que la predictibilidad de un marco legal y económico estable es el factor imprescindible que permitirá el

desarrollo eficaz de las relaciones humanas y empresariales, en un futuro en el que se disipen las dudas sobre la incertidumbre de inseguridad jurídica.

2.- Daños corporales.-

La crisis del COVID-19 en su vertiente estrictamente sanitaria ha dejado víctimas mortales y afectados, sobre las que flota la inevitable pregunta de la posible o no responsabilidad civil/patrimonial del Sector Público en su caso concreto, cuestión a la que he tenido que contestar en los últimos meses con motivo de múltiples seminarios, entrevistas y consultas de afectados que se debaten en un mar de dudas.

En el ámbito de los daños materiales la plataforma ‘Derecho a la verdad’ cifra en 6.000 millones la posible indemnización a los fallecidos por el Covid-19 en España. Dicha plataforma de afectados por el Covid-19 creada por Mariano Durán, estima que el brote epidémico ha dejado en España “cerca de 50.000 muertos reales” que tendrían derecho “a una indemnización de 120.000 euros por fallecido”. Por medio de un comunicado señala que esta cifra “se verá fuertemente incrementada por los contagiados y afectados por la falta de medios sanitarios”.

El objetivo de la plataforma es “conseguir una indemnización justa para todas las personas físicas y jurídicas afectadas por las decisiones de la Administración responsable durante el pasado Estado de Alarma en España”.

Sin embargo un planteamiento de declaración genérica de responsabilidad de todo el Sector Público no parece que tenga sin ningún recorrido jurídico por los motivos que exponemos a continuación.

3.- Marco jurídico de la responsabilidad civil/patrimonial del Sector Público.

La configuración del régimen español de responsabilidad civil/patrimonial del Sector Público contenido en el artículo 106, 2 de la Constitución Española y el artículo 32 y siguientes de la Ley 40/2015, se caracteriza desde hace más de medio siglo, como un sistema de responsabilidad civil directa, impersonal y por funcionamiento normal o anormal del Sector Público, bastando la concurrencia de los requisitos de la acción u omisión del servicio público, el daño sufrido por el perjudicado que sea evaluable económicamente y la relación de causalidad (material o legal) entre el hecho generador de responsabilidad y el daño causado. Cuando coincidan esos requisitos la Administración imputada solamente quedará exonerada de responsabilidad si acredita que en la cadena de los elementos de la responsabilidad existió la fuerza mayor y un riesgo del desarrollo asimilable -desde el año 1999- a la fuerza mayor.

El principio de la responsabilidad se basa en que los particulares tienen derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.¹

La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por sí misma,

¹ Artículos 106 de la Constitución Española y 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

derecho a la indemnización. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

Asimismo, los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos como consecuencia de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos que no tengan el deber jurídico de soportar cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen.

4.- La responsabilidad del Estado legislador.

La responsabilidad del Estado legislador podrá surgir cuando los daños deriven de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional y cuando los daños deriven de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea. 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. Y 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.

5.- Responsabilidad solidaria de varias Administraciones.

Cuando de la gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación entre varias Administraciones públicas se derive responsabilidad, las Administraciones intervinientes responderán frente al particular, en todo caso, de forma solidaria. El instrumento jurídico regulador de la actuación conjunta podrá determinar la distribución de la responsabilidad entre las diferentes Administraciones públicas. En otros supuestos de concurrencia de varias Administraciones en la producción del daño, la responsabilidad se fijará para cada Administración atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención. La responsabilidad será solidaria cuando no sea posible dicha determinación.

En lo que a la responsabilidad patrimonial se refiere, este régimen legal dio respuesta al pronunciamiento constitucional de indemnización de todas las lesiones que los particulares sufran en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, de acuerdo con las valoraciones predominantes en el mercado, estableciendo además la posibilidad de que hasta un determinado límite pueda hacerse

efectiva en el plazo de treinta días, siempre que la valoración del daño y la relación de causalidad entre la lesión y el funcionamiento normal o anormal del servicio público sean inequívocos.

Existen diferencias conceptuales y de regulación legal entre la responsabilidad civil subsidiaria del Estado y la responsabilidad patrimonial de la Administración, ya que la primera se fundamenta en el principio de que toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente, siéndolo subsidiariamente el Estado, de acuerdo con la jurisprudencia existente, lo que significa que, dictada sentencia declarando culpable a cualquier funcionario del Departamento, en razón de las actividades públicas que tenga encomendadas por su cargo, puede decretarse la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, ante la posible insolvencia del condenado. A diferencia de la anterior, la responsabilidad patrimonial de la Administración es esencialmente de carácter objetivo, lo que presupone que se genera sin necesidad de culpa o negligencia del obligado a reparar el daño. La declaración de responsabilidad patrimonial se obtiene en la vía administrativa, mediante la tramitación del oportuno expediente, sin precisar intervención judicial alguna, y se fundamenta en la existencia de una lesión --en bienes o derechos-- para el particular perjudicado, que éste no deba soportar legítimamente, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

6.- Riesgos del desarrollo.

El patógeno Covid-19 era desconocido hasta entrado el año 2019. De hecho son múltiples los testimonios científicos que hacen referencia al enorme grado de desconocimiento del mismo. **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.**

7.- Cálculo de la indemnización.

La **indemnización se calculará** con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación fiscal, de expropiación forzosa y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado. En los casos de muerte o lesiones corporales se podrá tomar como referencia la valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de Seguros obligatorios y de la Seguridad Social. La cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al Índice de Garantía de la Competitividad, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o, en su caso, a las normas presupuestarias de las Comunidades Autónomas. La indemnización procedente podrá sustituirse por una compensación en especie o ser abonada mediante pagos periódicos, cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado.

8.- Requisitos de viabilidad de las reclamaciones.

Advertimos que --con los antecedentes conocidos hasta la fecha- **no se espera una declaración universal de responsabilidad de la Administración de forma genérica.** Si alguien entiende que ha sufrido un daño específico que considera que no tiene la obligación de soportar, deberá revisar minuciosamente si en su caso concreto concurren o no los requisitos de la responsabilidad y, en particular, si no se trata de un supuesto de fuerza mayor imprevisible, inevitable, ajeno a la actuación de la Administración y que

no se pudo evitar ni con el empleo de la mayor diligencia posible. No olvidemos que la responsabilidad de la Administración se basa no solo en el ámbito de competencia y atribuciones de la misma, sino también en el criterio objetivo de la lesión, entendida como un daño o perjuicio antijurídico que quien lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar.

Existe una cuestión que planea sobre los afectados. **¿Hubo retraso en las medidas adoptadas por el Estado para evitar la propagación de la infección?** Hay quien afirma que la actuación del Estado fue extemporánea y que el retraso sería la causa directa del daño sufrido, es decir, que de haberse adelantado la declaración del Estado de Alarma se habría evitado el contagio.

Independientemente de esta cuestión general es muy posible que existan conjuntos de actuaciones de las Administraciones que en las que coincidan perfiles análogos en los perjudicados, pero cada caso es distinto y requerirá su tratamiento particular. Por ejemplo, la actividad programada de servicios públicos y privados de salud se ha suspendido casi totalmente, a excepción de oncología, lo que ha producido pérdidas de oportunidad, retrasos y listas de espera, pudiendo haber generado daños a los pacientes. O bien los problemas que se han producido con ocasión de la inexistencia de medios médicos y sanitarios de protección para evitar el contagio del virus, así como la ausencia de medios de test para diagnosticar la presencia del patógeno. Dentro del ámbito hospitalario hay que destacar la limitación de altas voluntarias, lo cual es una restricción del derecho a la libertad del paciente; y, al contrario, la aceleración de altas para liberar camas, con posible impacto en pacientes reinfectados que no estaban totalmente recuperados. También se ha planteado la problemática de la sedación en terminales y los límites del testamento vital. Y el delicado dilema ético-jurídico de la decisión de ingreso en UCI siguiendo criterios de edad o concurrencia de patologías previas o la actuación de los Servicios Públicos de Salud en las residencias de mayores. Finalmente los problemas relacionados con la contaminación del personal médico y sanitario que han desarrollado su labor de forma heroica y en muchos casos sin los equipos de protección adecuados para desarrollar su labor, un colectivo más de cuarenta mil infectados por el coronavirus en el ejercicio de su actividad profesional, todo ello con posible incumplimiento de las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales por parte de los Servicios de Salud.

Vivimos en los últimos meses situaciones excepcionales de alarma que se están prolongando en el tiempo de forma continuada, escenarios en el ámbito sanitario en los que la previsibilidad del riesgo exigible a las Administraciones Públicas es cada día más cierta, lo cual plantea un problema de eficacia de las mismas, ya que los 17 sistemas sanitarios precisan un mecanismo que los unifique para evitar las carencias evidenciadas por la crisis. Determinar la existencia de una posible responsabilidad no será fácil, en un lado de la balanza de la justicia pesarán los cientos de miles de muertos que evitó el Estado de Alarma, la fuerza mayor o los riesgos del desarrollo y en el otro lado habrá que ponderar el caso concreto de cada perjudicado pues, aún a pesar de la excepcionalidad del Estado de Alarma, lo único que hace viable el ejercicio de las acciones de responsabilidad civil/patrimonial del Sector Público es su estudio particular de forma individual, sopesando todas las circunstancias fácticas concurrentes en cada perjudicado para determinar si reúnen o no los requisitos para su viabilidad.

Respecto de la responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas, así como la responsabilidad civil derivada del delito se exigirá de acuerdo con

lo previsto en la legislación correspondiente. La exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial.

9.- Pérdidas económicas.-

Las previsiones económicas apuntan a que España perderá algo más del 10% del PIB en 2020 y que tardará 3 años en volver al punto de partida antes de la pandemia. Se han perdido 200.000 empresas, ha caído el 33,6% de la producción industrial (nivel de 1976), el paro aumentó 3,8 millones, un 25% más, y los expedientes temporales de regulación de empleo (ERTES) alcanzaron a 3,4 millones de trabajadores, lo que supone un mercado laboral intervenido, de los cuales un 30 % se prevé que puedan terminar en paro. Un 25% de trabajadores autónomos no volverán a su actividad. La recaudación impuestos disminuyó en un 13% del impuesto de la renta de las personas físicas (IRPF), el 69 % en el impuesto de sociedades (IE) y un 29 % en el impuesto de valor añadido (IVA).

Semejante impacto económico nació de la crisis sanitaria y su tratamiento legal por el confinamiento forzado de la población mientras que duró el Estado de Alarma, ya que las medidas adoptadas en la crisis produjeron la parada de la actividad económica y consiguiente falta de productividad, lucro cesante y pérdida de oportunidad. En suma, el Sector Público obligó al cierre temporal de las empresas en unos casos, estableciendo determinadas limitaciones para la actividad en otros, todo lo cual ha tenido consecuencias económicas negativas en sus resultados de las empresas y autónomos (comercio, restauración, alojamiento, congresos, eventos, espectáculos, etc.), que se ven afectadas por las restricciones a la movilidad de los ciudadanos (transporte, servicios, turismo y otros).

Cabe preguntarse si los perjuicios económicos experimentados en las organizaciones afectadas por las medidas del Estado de Alarma están o no dentro de las previsiones indemnizatorias del artículo 106.2 de la Constitución Española y desarrolladas por el artículo 32 de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público.

La contestación positiva a esta cuestión debería cumplir los siguientes **requisitos**:

- a) Perjuicios consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos: **nexo de causalidad eficiente** en las medidas adoptadas por el servicio público de prevención y contención de la epidemia que la Ley General de Sanidad encomienda al Gobierno y la Ley Orgánica de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio le faculta para adoptar).
- b) **Particulares sin obligación legal de soportar sus consecuencias**, pues como ya indicamos sólo son indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley y lo cierto es que ninguna Ley obliga a soportar el cierre o suspensión de actividades económicas lícitas y autorizadas: obligación de abstención pero no de soportar consecuencias económicas derivadas.
- c) **Perjuicio evaluable económicamente**, consistente en el daño emergente, el lucro cesante y la pérdida de oportunidad.

d) **Acción en la que no concurra la fuerza mayor** (imprevisible, inevitable, ajena al presunto responsable y de tal fuerza que su evitación sea un obstáculo invencible), **ni el riesgo del desarrollo**. Este será probablemente el caballo de batalla de las acciones que se planteen en los Tribunales de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

e) No haber rebasado el año un año desde que cesó el perjuicio, ya que existe que la acción de responsabilidad prescribe en un año.