

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR LA GESTIÓN DE LA CRISIS DEL COVID-19

GABRIEL DOMÉNECH PASCUAL
Catedrático de Derecho Administrativo
Universitat de València

- I. INTRODUCCIÓN
 - II. TIPOS DE OBLIGACIONES COMPENSATORIAS
 - III. NORMAS ESPECÍFICAS PARA ESTADOS DE ALARMA Y SITUACIONES DE URGENCIA SANITARIA
 - IV. NORMAS GENERALES SOBRE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y EXPROPIACIÓN FORZOSA. OBSERVACIONES PRELIMINARES
 - V. FUERZA MAYOR
 - VI. DAÑOS INDIVIDUALIZADOS
 - VII. NEGLIGENCIA
 - VIII. COMPENSACIÓN POR LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS EXPROPIATORIAS
- BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

Cuando se escriben estas palabras, todavía no es momento de exigir las responsabilidades (políticas, civiles, administrativas, penales, etc.) eventualmente derivadas de la gestión que varias Administraciones públicas han hecho de la crisis del COVID-19 («coronavirus»). Pero sí resulta oportuno, en nuestra opinión, analizar cuáles pueden ser esas responsabilidades. En primer lugar, porque este es un problema de indiscutible relevancia práctica que, sin duda alguna, va a llevarse ante los Tribunales en cuanto la situación se normalice desde un punto de vista sanitario. En segundo lugar –y, sobre todo–, porque el régimen jurídico de esas responsabilidades futuras puede influir en los cursos de acción que tanto las autoridades públicas competentes como los particulares actual o potencialmente afectados –v. gr., las empresas suministradoras de material sanitario– pueden adoptar en estos momentos para hacer frente a la crisis. Cabe pensar que, a la hora de actuar en un sentido u otro, todos estos sujetos anticiparán y tendrán en cuenta, al menos hasta cierto punto, cuáles pueden ser dichas responsabilidades, en tanto en cuanto de ellas dependen los costes y beneficios que para los mismos probablemente van a desprenderse de sus actuales decisiones.

II. TIPOS DE OBLIGACIONES COMPENSATORIAS

Las acciones u omisiones de las Administraciones públicas implicadas en la gestión de esta crisis pueden causar daños que estas tengan la obligación de resarcir con arreglo a lo establecido en nuestro ordenamiento jurídico. Tal puede ocurrir en tres tipos de casos.

En primer lugar, puede tratarse de asuntos de *responsabilidad patrimonial* en sentido estricto. El gran problema que aquí se plantea es el de precisar cuándo un daño que ha sido ocasionado accidentalmente, de manera no deliberada, ha de ser resarcido o no por la Administración pública en cuestión.

En segundo lugar, la obligación compensatoria puede traer causa de la adopción de *medidas materialmente expropiatorias*, que infligen deliberadamente un daño a determinadas personas por razones de interés público. A diferencia de la responsabilidad patrimonial en sentido estricto, que tiene su origen en un accidente que provoca una reducción del bienestar social, la obligación de indemnizar nace aquí de una operación que incrementa –o, cuando menos, debería incrementar– ese bienestar, si bien implica para determinadas personas un sacrificio especial. Hay autores y sentencias, sin embargo, que consideran que en estos casos no nos encontramos frente a intervenciones expropiatorias, sino ante una responsabilidad patrimonial por actuaciones conformes a Derecho (vid., por ejemplo, la STC 28/1997, de 13 de febrero, FJ 7). Sea como fuere, el gran problema práctico que aquí se suscita es el de distinguir las medidas que deben venir acompañadas de una indemnización (en nuestra opinión, porque son materialmente expropiatorias y, en consecuencia, ese deber viene impuesto por el artículo 33.3 CE) de las restricciones o delimitaciones de derechos no indemnizables.

En tercer lugar, el Estado puede quedar obligado a compensar algunos daños en virtud de normas que contemplan el otorgamiento a las víctimas de ayudas de carácter asistencial o de fomento.

En este trabajo vamos a centrarnos en el análisis de los dos primeros tipos de casos mencionados, por cuanto son, seguramente, los que más dudas interpretativas van a generar en la práctica, sin perjuicio de que hagamos alguna consideración puntual en relación con el tercero.

III. NORMAS ESPECÍFICAS PARA ESTADOS DE ALARMA Y SITUACIONES DE URGENCIA SANITARIA

Varias disposiciones legales regulan específicamente la obligación de las Administraciones públicas de resarcir los daños ocasionados por la adopción de medidas en situaciones de crisis sanitarias como la que ahora estamos viviendo. Aquí destacan las dos siguientes.

El artículo 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (en adelante, LOEAES) establece que *«quienes como consecuencia de la aplicación de los actos y disposiciones adoptadas durante la vigencia de estos estados sufran, de forma directa, o en su persona, derechos o bienes, daños o perjuicios por actos que no les sean imputables, tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las leyes»*.

Por otra parte, el artículo 54.2 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (en adelante LGSP), contempla la posibilidad de que las autoridades sanitarias, en situaciones de extraordinaria gravedad y urgencia, impongan cautelarmente: la inmovilización y el decomiso de productos y sustancias; la intervención de medios materiales o personales; el cierre preventivo de instalaciones, establecimientos, servicios e industria; la suspensión del ejercicio de actividades; la determinación de condiciones de fabricación o comercialización de productos y sustancias, así como del funcionamiento de instalaciones, establecimientos, servicios e industrias; y, en general, cualquier otra medida ajustada a la legalidad vigente si existen indicios racionales de riesgo para la salud (ap. 2). Y dispone que *«los gastos derivados de la adopción de [las referidas medidas cautelares] correrán a cargo de la persona o empresa responsable»* (ap. 3 *in fine*).

Estos dos preceptos plantean más dudas de las que resuelven. Lo único claro que se desprende de ambos es que los sujetos que han sufrido daños de resultados de las referidas medidas no tienen derecho a recibir una indemnización si son responsables de la situación

que ha motivado su adopción o, dicho de otra manera, si las medidas les son imputables a ellos. Cabe interpretar que este supuesto de hecho concurrirá cuando el riesgo para la salud pública que ha provocado la intervención administrativa dañosa haya sido generado por dichos sujetos, no necesariamente de manera negligente. A estos efectos, resulta irrelevante que ese riesgo sea el fruto de una infracción del ordenamiento jurídico –v. gr. de la omisión de las medidas de seguridad legalmente prescritas– o, simplemente, el resultado indeseado y fortuito de una actividad que hasta la fecha se había llevado a cabo con arreglo a Derecho. El Estado no responde de los daños ocasionados por medidas policiales dirigidas a proteger la salud pública si estos los sufre la persona que ha perturbado, menoscabando o poniendo en peligro, dicho bien jurídico. Los perturbadores del orden público no tienen un derecho a ser resarcidos de los daños que sufran como consecuencia de las medidas policiales encaminadas a protegerlo de la perturbación.

A partir de ahí surgen las dudas. Debe notarse, en primer lugar, que ninguno de los dos preceptos dice nada respecto de los casos en los que la Administración causa daños a personas distintas de las que provocaron la situación que motivó su intervención. Ninguno contempla el escenario en el que las medidas de protección sanitaria ocasionan perjuicios a sujetos a los que no resulta imputable el riesgo que estas tratan de combatir. El artículo 3.2 de la LOEAES se limita a señalar en este punto que los perjudicados «tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las leyes». Es decir, se remite a las reglas generales aplicables en esta materia, a las que luego nos referiremos.

En segundo lugar, tampoco se prevé específicamente el caso en el que las medidas causantes de los daños infringen el ordenamiento jurídico, por ejemplo, porque resultan desproporcionadas para enervar el peligro sanitario en cuestión. En modo alguno es evidente que a la Administración le tienen que salir totalmente gratis estas infracciones, ni siquiera cuando las actuaciones ilegales consideradas se dirigen contra los que perturbaron la salud o el orden público.

En tercer lugar, ninguno de los dos preceptos regula la responsabilidad patrimonial de la Administración por los perjuicios que esta hubiera engendrado al omitir ciertas medidas de protección.

Para dar una respuesta a estas y otras cuestiones, no hay más remedio que acudir a las reglas y principios generales establecidos en la legislación estatal sobre expropiación forzosa y responsabilidad patrimonial de los poderes públicos.

IV. NORMAS GENERALES SOBRE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y EXPROPIACIÓN FORZOSA. OBSERVACIONES PRELIMINARES

A la hora de aplicar a los casos que estamos considerando estas normas generales, contenidas básicamente en los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP), y en la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 (en adelante, LEF), conviene tener en cuenta dos relevantes factores.

El primero es que tales normas generales son enormemente abiertas, ambiguas y poco precisas, lo que en la presente materia entraña un inconveniente y una ventaja. El *inconveniente* es que no dan una respuesta específica ni clara a las cuestiones que plantea una crisis tan insólita como la que estamos experimentando, pues no han sido pensadas para semejantes situaciones. Problema que se acentúa precisamente por el hecho de que esta crisis y las medidas adoptadas para hacerle frente son tan extraordinarias que resulta sumamente complicado encontrar en la jurisprudencia de nuestros Tribunales sentencias dictadas en casos análogos que proporcionen una base firme sobre la que podamos

apoyarnos con seguridad. La *ventaja* es que su textura abierta les confiere una enorme flexibilidad y permite adaptarlas a las excepcionales circunstancias concurrentes.

El segundo es que tanto la configuración legislativa de esas normas como su interpretación doctrinal y aplicación por los Tribunales resultan enormemente confusas e incoherentes. Esta es, seguramente, la rama del Derecho administrativo español donde podemos encontrar un mayor número de anomalías, mitos y discordancias: entre la legislación española y la de los países de nuestro entorno; entre lo que parecen decir nuestras leyes y cómo las aplican efectivamente los Tribunales; entre los argumentos que estos esgrimen para decidir y el contenido real de sus decisiones, etc.

V. FUERZA MAYOR

Este es el primero de los muchos y formidables obstáculos que los perjudicados por la crisis del COVID-19 van a tener que superar si pretenden que los Tribunales condenen al Estado a resarcir los daños sufridos. El artículo 32.1 de la LRJSP excluye la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por los perjuicios causados por el funcionamiento de los servicios públicos en los casos de fuerza mayor.

A los efectos de este artículo, por fuerza mayor podemos entender, con arreglo a una consolidada jurisprudencia, un suceso imprevisible o irresistible, provocado por una causa que escapa de la esfera de actuación del agente en cuestión (vid., con abundantes citas, SÁNCHEZ SÁEZ (2009) y CONDE ANTEQUERA (2015)]. En palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1995 (rec. 303/1993), este concepto «*se define por dos notas fundamentales cuales son el ser una causa extraña exterior al objeto dañoso y a sus propios riesgos, imprevisible en su producción y absolutamente irresistible o inevitable aun en el supuesto de que hubiera podido ser prevista*». En sentido similar, el artículo 34.1 *in fine* de la LRJSP dispone 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 aquellos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos*».

Esta exclusión de responsabilidad se justificaría por la razón de que, en tales escenarios, puede considerarse que los daños no han sido causados realmente por el funcionamiento de los servicios públicos, sino por el evento constitutivo de fuerza mayor. Carece de sentido hacer responder a las Administraciones públicas por daños que no podían haber evitado adoptando las debidas precauciones.

A nuestro juicio, la aparición del COVID-19 encaja en esa definición de fuerza mayor, en la medida en que esta enfermedad ha surgido por una causa extraña al funcionamiento de los servicios públicos españoles y, además, ha generado daños que ni siquiera adoptando las medidas de prevención exigibles se hubieran podido evitar. Así lo indica también el precedente sentado por la Audiencia Nacional en relación con los daños causados por la huelga de controladores aéreos y la reacción posterior del Gobierno, que decretó el estado de alarma y cerró el espacio aéreo en diciembre de 2010 (vid. las Sentencias 15 de abril de 2013, rec. 108/2012; 10 de julio de 2013, rec. 35/2013; 18 de septiembre de 2013, rec. 55/2013, y 7 de marzo de 2014, rec. 17/2013). La Audiencia consideró que los hechos constituían un supuesto de fuerza mayor y, por consiguiente, los daños no eran imputables a la Administración.

Ahora bien, no creemos que la concurrencia de fuerza mayor permita excluir totalmente la posibilidad de que las Administraciones públicas respondan patrimonialmente por los daños sufridos por los ciudadanos en el marco de esta crisis.

Los perjuicios provocados por esta pandemia seguramente eran inevitables hasta cierto punto, pero las Administraciones públicas españolas, con sus acciones y omisiones, han podido agravarlos o mitigarlos. El diferente impacto que esta pandemia ha tenido en países similares, en función de las distintas precauciones adoptadas por sus respectivas autoridades, así lo indica. La exclusión de responsabilidad que implica la fuerza mayor no alcanza a los daños que se podían haber evitado o mitigado si se hubieran tomado las debidas medidas de precaución. La razón es sencilla. En la medida en que una Administración pudo impedir la producción de perjuicios adicionales adoptando la diligencia debida, cabe entender que sí existe la relación de causalidad –entre el funcionamiento de los servicios públicos y aquellos– requerida para que surja la obligación de indemnizar.

El problema que puede plantearse en la práctica es el de precisar y probar si un determinado daño –v. gr. la muerte de cierta persona– era «evitable» o «inevitable», es decir, el de identificar qué concretos perjuicios hubieran podido prevenirse si las Administraciones implicadas hubieran actuado diligentemente y cuáles se hubieran producido de todos modos, aun cuando su actuación no mereciera reproche alguno. Algunos de estos supuestos de «incertidumbre causal» podrían resolverse con arreglo a la doctrina de la pérdida de oportunidad. Esta podría aplicarse en los casos en los que la negligencia cometida incrementó significativamente la probabilidad de que la víctima sufriera el daño que finalmente se materializó, pero no pueda saberse a ciencia cierta si este se hubiera producido igualmente de haber actuado la Administración con el cuidado exigible. La consecuencia, entonces, es la responsabilidad proporcional: hay que indemnizar, pero la indemnización debe ponderarse por el incremento de la probabilidad de causar el daño que supuso la negligencia (vid., por todos, MEDINA ALCOZ, 2007 y 2019).

VI. DAÑOS INDIVIDUALIZADOS

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

A nadie se le escapa que, como consecuencia de las acciones y omisiones imputables a las Administraciones públicas en el marco de la gestión de esta crisis, prácticamente todos los ciudadanos españoles hemos sufrido o vamos a sufrir, en mayor o menor medida, daños de una enorme magnitud. Cuando menos, las consecuencias económicas negativas que esas actuaciones van a desencadenar en un futuro cercano para el conjunto de la sociedad española se avizoran extraordinariamente graves. De ahí que, por las razones expuestas, no tenga mucho sentido indemnizar estos perjuicios generalizados. Es muy probable que los poderes públicos compensen, en todo o en parte, algunos de ellos a fin de proteger el bienestar económico del país y, especialmente, el de las personas más necesitadas, pero la herramienta más eficiente y justa para lograr ese objetivo no es la responsabilidad patrimonial, sino, en su caso, el otorgamiento de ayudas de fomento o asistenciales, configuradas con arreglo a fines y principios muy distintos.

Estas ayudas se conceden a través de procedimientos menos costosos y permiten asignar los recursos a las personas que más los necesitan o que pueden extraerles una mayor utilidad social.

Con todo, no creemos que pueda excluirse *a priori* la posibilidad de que las Administraciones públicas, con ocasión de la crisis, hayan causado a determinadas personas o grupos de personas daños individualizados en el sentido del artículo 32.2 de la LRJSP. Por tales hay que entender los perjuicios especiales, singularmente intensos, que exceden de los que los ciudadanos, con carácter general, hemos soportado y vamos a tener que soportar como consecuencia de la gestión de la pandemia. No es descabellado pensar que determinados daños personales –v. gr. la muerte de un pariente cercano– o patrimoniales encajan en el referido concepto legal de daño individualizado.

VII. NEGLIGENCIA

La interpretación dominante de las disposiciones que en España regulan la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas ha girado alrededor de dos grandes ejes. El primero es el carácter objetivo de esa responsabilidad. El segundo es el concepto de «lesión» o «daño antijurídico». La clave para determinar si el Estado ha de responder por un daño no es la corrección o incorrección de la conducta que lo ha causado, sino la antijuridicidad del resultado dañoso en sí. El Estado responde siempre que –y solo cuando– haya ocasionado un daño antijurídico, que la víctima no tiene el deber jurídico de soportar.

Así lo vienen repitiendo a coro, desde hace más de medio siglo, la abrumadora mayoría de los autores y prácticamente todos los órganos jurisdiccionales. El penúltimo hito de esta doctrina viene representado por las Sentencias del Tribunal Constitucional 112/2018, de 17 de octubre, y 79/2019, de 5 de junio, en las cuales se afirma, nada menos, que aquella índole objetiva viene ya impuesta por el artículo 106.2 de la Constitución española y, por lo tanto, vincula tanto al legislador como a los órganos encargados de aplicar las leyes (vid. la crítica de RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, 2018).

Sin embargo, aquí existe una discrepancia sistemática, profunda y palmaria entre lo que nuestros Tribunales dicen hacer y lo que realmente hacen, entre los argumentos que dan para motivar sus decisiones y el contenido de estas. En la gran mayoría de ocasiones, a pesar de reproducir una y otra vez la doctrina expuesta, aplican a las Administraciones públicas, *de facto*, un régimen de responsabilidad por culpa: solo las condenan cuando el daño es consecuencia de un funcionamiento defectuoso o anormal del correspondiente servicio público, cuando se ha omitido el cuidado exigible (MIR PUIGPELAT, 2008). Por más que la mayoría de los autores y prácticamente todos los Tribunales vengán afirmando que la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas es objetiva, lo cierto es que, en la práctica, la regla general que realmente se aplica es la contraria: salvo en muy contadas excepciones, no hay responsabilidad sin culpa.

Para llegar a este resultado, la jurisprudencia española hace un uso masivo de manipulaciones, artificios y eufemismos argumentativos [LETELIER WARTENBERG (2001); MEDINA ALCOZ (2012)]. Un truco muy socorrido consiste en introducir la regla de la responsabilidad por culpa bajo la máscara del requisito del nexo causal: si el servicio público funcionó normalmente, si la Administración adoptó las debidas medidas de precaución, se declara que el daño sufrido por la víctima no fue causado por dicho funcionamiento. Otras veces, simplemente se dice que el criterio de la objetividad ha de modularse en casos como el enjuiciado, sin ofrecer una razón que justifique convincentemente por qué hay que hacer allí una excepción. La estrategia más

frecuentemente utilizada, no obstante, consiste recurrir a la «antijuridicidad del daño» para introducir de tapadillo la responsabilidad por culpa: si el servicio público funcionó normalmente, si se adoptaron las medidas de cuidado exigibles, se estima que la víctima tiene el deber de soportar el daño sufrido, que, por ende, no sería antijurídico.

Esta última manipulación argumentativa viene propiciada por la circularidad del concepto de «daño que no se tiene el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley» (art. 32.1 LRJSP). Decir que hay que resarcir aquellos daños que la víctima no tiene el deber jurídico de soportar es una tautología (GARCÍA AMADO, 2012). Para escapar del razonamiento circular que tal afirmación entraña se necesita otro criterio que permita determinar cuándo existe o no ese deber. Pero ni la doctrina ni la jurisprudencia han conseguido elaborar un criterio general satisfactorio. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ señalan que el daño ha de tenerse por antijurídico «en tanto en cuanto no existan causas de justificación que legitimen como tal el perjuicio de que se trate». Inicialmente, también afirmaban que «estas causas de justificación [habían] de ser expresas para que [pudieran] ser estimadas y [debían] consistir siempre en un título que [determinase o impusiese] como jurídicamente querido el perjuicio contemplado» (1993, cap. XXI, IV, 2). Sin embargo, la jurisprudencia ha desmentido una y otra vez la supuesta exigencia de que esas causas hayan sido establecidas expresamente por la ley. Así, por ejemplo, ha negado la antijuridicidad de los daños causados por la prestación de asistencia sanitaria si se adoptaron las debidas medidas de cuidado. En este y otros casos análogos, ninguna disposición legal o reglamentaria impone explícitamente a las víctimas el deber de soportar los daños sufridos. De hecho, los autores citados han acabado rectificando, y ahora dicen que hay responsabilidad «siempre que no concorra un título jurídico que determine o imponga como rigurosamente inexcusable, efectivamente querido o, al menos, eventualmente aceptado el perjuicio contemplado», lo que constituye una fórmula de alcance mucho más amplio. Los autores, además, ponen algunos ejemplos de cuáles pueden ser esas causas (v. gr., el pago de un tributo o «las cargas generales de la vida individual o colectiva»), pero renuncian a formular un criterio abstracto que pueda justificar o explicar su pertinencia (2017, cap. XXI, IV, 3).

En la práctica, el concepto de antijuridicidad funciona como una suerte de «cajón de sastre» (GARCÍA AMADO, 2012) completamente vacío, que los jueces rellenan en función de no sé sabe muy bien qué pautas o intuiciones.

Pues bien, no hay razón alguna que permita pensar que la regla general realmente aplicada en nuestro Derecho, la de la responsabilidad por culpa, vaya a ser excepcionada o tenga que serlo en el caso que estamos considerando.

Los daños sufridos por los ciudadanos con ocasión de la crisis del COVID-19 que las Administraciones hubieran podido prevenir adoptando ciertas medidas de precaución solo serán indemnizables si la *omisión* de estas puede considerarse culposa por suponer una infracción del deber de llevar el cuidado exigible (sobre la determinación del alcance de este deber, DOMÉNECH PASCUAL, 2019).

Análogamente, el mero hecho de que alguna de las medidas adoptadas para luchar contra la presente crisis –v. gr. el cierre de ciertos establecimientos– que hayan causado perjuicios sean declaradas ilegales no basta para que surja la responsabilidad patrimonial de la correspondiente Administración. Hace falta, además, que la ilegalidad sea el fruto de una negligencia, de la infracción del deber de llevar el cuidado exigible habida cuenta de las –difíciles– circunstancias concurrentes [vid. DOMÉNECH PASCUAL (2010); en contra, MEDINA ALCOZ (2005) y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2018)].

Hay buenas razones para entender que, en los casos en los que la Administración causa de manera accidental o incluso ilegal, pero no negligente, daños en el ejercicio de

potestades de protección de la salud pública frente a peligros, el perjudicado «tiene la obligación de soportarlos».

En un régimen de responsabilidad objetiva, la Administración soporta el riesgo de los daños causados a pesar de haber actuado con el cuidado debido –v. gr. al cerrar un establecimiento sospechoso–. Este régimen, en consecuencia, encarecerá la intervención administrativa y, por lo tanto, tenderá a reducir su volumen. Producirá sobre las autoridades competentes una suerte de efecto inhibitorio, paralizante. Con arreglo a un régimen culpabilístico, por el contrario, son las víctimas las que soportan dicho riesgo, lo que encarecerá la actividad que llevan a cabo y que puede suscitar la intervención administrativa –v. gr. el funcionamiento del establecimiento en cuestión–, lo que seguramente provocará que aquella actividad se realice en menor medida

Aplicar a las potestades administrativas de tutela de la salud pública el canon de la responsabilidad objetiva encierra el riesgo de que la Administración se inhiba demasiado en el ejercicio de esas potestades y, correlativamente, de que los particulares eleven el nivel de realización de actividades peligrosas por encima del que sería socialmente óptimo. Aplicar la regla contraria genera, ciertamente, el riesgo de que la Administración intervenga demasiado en el libre desarrollo de esas actividades y de que estas no alcancen el volumen que sería deseable, pero estas últimas consecuencias negativas no parecen tan graves como las de la solución alternativa. La regla de la responsabilidad por negligencia parece por ello preferible en estas situaciones (para más detalles, vid. DOMÉNECH PASCUAL, 2010).

VIII. COMPENSACIÓN POR LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS EXPROPIATORIAS

El Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, permite adoptar diversas medidas ablatorias de derechos.

Su artículo 8.1 por ejemplo, establece que *«las autoridades competentes delegadas podrán acordar, de oficio o a solicitud de las comunidades autónomas o de las entidades locales, que se practiquen requisas temporales de todo tipo de bienes necesarios para el cumplimiento de los fines previstos en este real decreto, en particular para la prestación de los servicios de seguridad o de los operadores críticos y esenciales. Cuando la requisa se acuerde de oficio, se informará previamente a la Administración autonómica o local correspondiente»* (ap. 1). Y que *«en los mismos términos podrá imponerse la realización de prestaciones personales obligatorias imprescindibles para la consecución de los fines de este real decreto»* (ap. 2).

Su artículo 13 dispone que el Ministro de sanidad podrá *«intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, incluidos los centros, servicios y establecimientos sanitarios de titularidad privada, así como aquellos que desarrollen su actividad en el sector farmacéutico»* [ap. b)], así como *«practicar requisas temporales de todo tipo de bienes e imponer prestaciones personales obligatorias en aquellos casos en que resulte necesario para la adecuada protección de la salud pública, en el contexto de esta crisis sanitaria»* [ap. c)].

El Real Decreto 463/2020 también prohíbe temporalmente llevar a cabo determinadas actividades empresariales, como, por ejemplo, las de hostelería y restauración, con algunas excepciones (art. 10).

Aunque este Real Decreto guarde silencio al respecto, parece obvio que algunas de esas medidas deben venir acompañadas de la correspondiente indemnización, por tener una naturaleza expropiatoria, mientras que otras no desencadenan semejante deber

compensatorio. La cuestión es cómo determinar en qué supuestos se produce una consecuencia u otra o, dicho de otra manera, cuándo nos encontramos ante una expropiación y cuándo frente a una delimitación de derechos no indemnizable (en general, sobre cómo distinguir entre ambos tipos de medidas, DOMÉNECH PASCUAL, 2012a y 2012b).

El artículo 1 de la LEF define la expropiación forzosa como *«cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que fueren las personas o Entidades a que pertenezcan, acordada imperativamente, ya implique venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio»*.

El artículo 120 de la LEF precisa que *«cuando por consecuencias de graves razones de orden o seguridad públicas, epidemias, inundaciones u otras calamidades, hubiesen de adoptarse por las Autoridades civiles medidas que implicasen destrucción, detrimento efectivo o requisas de bienes o derechos de particulares sin las formalidades que para los diversos tipos de expropiación exige esta Ley, el particular dañado tendrá derecho a indemnización de acuerdo con las normas que se señalan en los preceptos relativos a los daños de la ocupación temporal de inmuebles y al justiprecio de los muebles, debiendo iniciarse el expediente a instancia del perjudicado y de acuerdo con tales normas»*.

El tenor literal de estos preceptos, especialmente del último, indica que las requisas temporales previstas en los artículos 8 y 13 del Real Decreto 463/2020 constituyen expropiaciones y, en consecuencia, generan una obligación de indemnizar. En cambio, no deja claro si las intervenciones de empresas y las prohibiciones, suspensiones y «cesaciones del ejercicio de actividades» previstas en el citado Real Decreto constituyen también medidas de índole expropiatoria o, por el contrario, son delimitaciones de derechos no indemnizables.

A nuestro juicio, la clave para distinguir aquí entre ambas figuras reside en si el ejercicio del derecho que resulta sacrificado por la Administración es intolerablemente peligroso o nocivo para la sociedad o, por el contrario, se trata de una actividad socialmente deseable, que conviene estimular (para más detalles, DOMÉNECH PASCUAL, 2005 y 2012a).

En el primer caso, las medidas administrativas se dirigen contra una actividad que supone un peligro inadmisibles para la salud pública. Es decir, causan un daño a la persona cuya actividad está perturbando ese bien jurídico protegido. En tales situaciones no conviene indemnizar, pues hacerlo supondría un estímulo económico para llevar a cabo esa actividad excesivamente peligrosa, toda vez que uno de los riesgos que la misma comporta –el de sufrir un sacrificio por razones de interés público– no lo soportaría el sujeto que la lleva a cabo, sino los contribuyentes. Con arreglo a este criterio, prohibiciones como las contempladas en el citado artículo 10 del Real Decreto 463/2020, que imponen la suspensión de una actividad por considerarla demasiado peligrosa en las circunstancias actuales, deben ser consideradas como delimitaciones de derechos no indemnizables.

En el segundo caso, las medidas limitan el desarrollo de actividades que no representan un peligro intolerable para la salud pública. Las medidas ocasionan deliberadamente un sacrificio a personas cuya actividad no está menoscabando ni perturbando dicho bien jurídico. Más bien, al contrario, el ejercicio del derecho que se sacrifica en aras del interés público resulta lícito y beneficioso, no solo para el interesado, sino también para el conjunto de la sociedad. De ahí que en estos casos convenga indemnizar a los sujetos a los que se imponen estos sacrificios especiales, por cuanto la indemnización representa un incentivo económico para que lleven a cabo actividades

socialmente valiosas. De ahí que medidas tales como la requisa de material sanitario y la intervención de establecimientos sanitarios de titularidad privada deban ser consideradas como expropiatorias y llevar aparejada una compensación. Lo contrario tendría seguramente consecuencias gravemente contraproducentes, pues desalentaría comportamientos –v. gr. la fabricación e importación de ese material– que en esta y otras situaciones similares resultan de un extraordinario valor para la sociedad. Nótese, por lo demás, que ese pernicioso efecto desalentador también puede producirse si los potenciales afectados anticipan que la compensación que se les va a otorgar por el sacrificio de sus bienes o derechos es inferior al precio que por ellos podrían obtener en el mercado. Lo cual debería tenerse en cuenta por la Administración a la hora de decidir si compra o expropia los recursos que necesita para proteger la salud pública.

Este es, en fin, el criterio que subyace en varios preceptos legales (v. gr., en los citados arts. 3.2 LOEAES y 54.2 LGSP, así como ya en el artículo 3 del viejo Reglamento de Servicio de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955, donde podía leerse que «*la intervención defensiva del orden... se ejercerá frente a los sujetos que lo perturben... excepcionalmente, y cuando por no existir otro medio de mantener o restaurar el orden hubiere de dirigirse la intervención frente a quienes legítimamente ejercieren sus derechos, procederá la justa indemnización*»), y en la jurisprudencia que se pronunciado sobre los mismos y sobre casos análogos.

BIBLIOGRAFÍA

Jesús CONDE ANTEQUERA (2015), «La responsabilidad de la Administración por daños derivados de fenómenos naturales: especial referencia al riesgo de inundación», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 45-46, pp. 67-100.

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

Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2010), «Responsabilidad patrimonial de la Administración por actos jurídicos ilegales. ¿Responsabilidad objetiva o por culpa?», *Revista de Administración Pública*, núm. 183, pp. 179-231.

Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2012a), «Cómo distinguir entre una expropiación y una delimitación de la propiedad no indemnizable», *InDret*, 1/2012.

Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2012b), «Prohibido regar. ¿Expropiación o delimitación de la propiedad no indemnizable?», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 39-40, pp. 269-291.

Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2019), «Sobre el poder explicativo del análisis económico del Derecho. En especial, del Derecho de daños», *InDret*, 2/2019.

Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2018), «Existe un deber jurídico de soportar los perjuicios producidos por un acto administrativo declarado nulo por sentencia firme», *Revista de Administración Pública*, 205, pp. 221-237.

Juan Antonio GARCÍA AMADO (2013), «Sobre algunos mitos del Derecho de daños. Causas que no causan e imputaciones objetivas bastante subjetivas», en Mariano José HERRADOR GUARDIA (ed.), *Derecho de daños 2013*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 65-142.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2017), *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, t. II.

Raúl LETELIER (2001), «La Falta de Servicio en España», *Revista de Derecho. Consejo de Defensa del Estado*, núm. 23, pp. 63-79.

Luis MEDINA ALCOZ (2005), *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo*, Civitas, Madrid.

Luis MEDINA ALCOZ (2007), *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado*, Civitas, Madrid.

Luis MEDINA ALCOZ (2012), «Mitos y ficciones en la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 153, pp. 153-181.

Luis MEDINA ALCOZ (2019), *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*, Civitas, Cizur Menor.

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

Ignacio RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (2018), «La responsabilidad objetiva de la Administración pública y la equidistribución del coste del bien común», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 195, pp. 155-192.

Antonio José SÁNCHEZ SÁEZ (2009), «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por incendios forestales», *Revista de Administración Pública*, 179, pp. 87-141.