

## CIERRE DE ESTABLECIMIENTO HOTELERO



### COMENTARIO A LA PRIMERA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO QUE DESESTIMA LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL CIERRE DE ESTABLECIMIENTO HOTELERO DURANTE LA DECLARACIÓN DEL PRIMER ESTADO DE ALARMA DECLARADO A RAÍZ DEL COVID-19

#### 1.- PREVIO

La sentencia 1360/2023, de 31 de octubre de 2023, dictada por la sección quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, aborda<sup>1</sup> el caso de la responsabilidad patrimonial del Estado derivada de la suspensión temporal de la actividad empresarial por el primer estado de alarma, con ocasión de la situación generada por la pandemia del Covid-19, y que reviste enorme importancia cuantitativa y cualitativa, según pone de manifiesto Chaves García<sup>2</sup>: “Importan-

cia cuantitativa porque marca el rumbo de los miles de asuntos judiciales pendientes, unos en vía administrativa y otros en vía jurisdiccional. Importancia cualitativa, porque sus criterios proceden de la máxima instancia judicial y es una sentencia que analiza con detalle los antecedentes de la pandemia, las medidas adoptadas, su naturaleza y lo más importante, da respuesta a un ramillete de motivos impugnatorios sólidamente esgrimidos por el demandante”. Quizás sea ese el motivo por el que esta reclamación fuera la elegida, entre las miles de demandas presentadas sobre esta materia, para ser

1 A lo largo de las 93 páginas que tiene la sentencia notificada a esta parte, pues la versión publicada en el cendoj tiene menos al tener otro tipo de letra y espacios.

2 Chaves García, J.R., magistrado de la Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en “Suprema sentencia desestimando la responsabilidad patrimonial del Estado por daños derivados de la normativa COVID19”, blog EL RINCÓN JURÍDICO DE JOSÉ R. CHAVES, <https://delajusticia.com/2023/11/01/suprema-sentencia-desestimando-la-responsabilidad-patrimonial-del-estado-por-danos-derivados-de-la-normativa-covid19/>.

la primera en resolverse por nuestro Tribunal Supremo, pues agota todas las vías y argumentos posibles para la apreciación de responsabilidad<sup>3</sup>, sirviendo de pauta general para el resto de reclamaciones patrimoniales realizadas al Gobierno.

## 2.- LA RECLAMACIÓN Y SUS ANTECEDENTES DE HECHO

La sentencia fija como antecedentes de hecho que la sociedad Alhambra Palace S.A. interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Consejo de Ministros, desestimatoria por silencio administrativo de la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por la recurrente el 26 de mayo de 2021, al amparo del artículo 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, solicitando indemnización por cierre de establecimiento durante el primer estado de alarma y sus distintas prórrogas (RRDD 463/2020, 465/2020, 476/2020, 487/2020, 492/2020, 514/2020 y 555/202). Recibido el expediente administrativo, se formalizó escrito de demanda mediante escrito de 22 de julio de 2022, en la que se solicitaba la declaración de la responsabilidad patrimonial del CONSEJO DE MINISTROS DEL GOBIERNO DE ESPAÑA, condenando a la Administración demandada al pago de la cantidad de 417.316,70 euros<sup>4</sup>, más interés legal y moratorio correspondiente desde el inicio del expediente administrativo de responsabilidad patrimonial, así como la condena al pago de las costas ocasionadas.

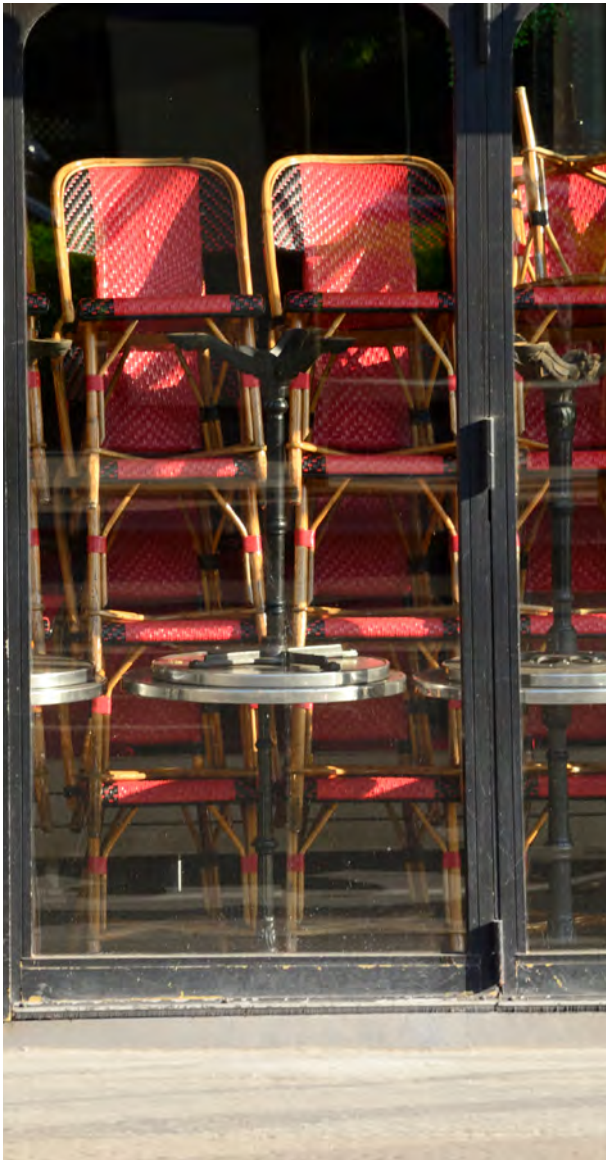
En el recurso resuelto, y en otros muchos análogos que penden de decisión en el Tribunal Supremo, se imputa de forma principal la responsabilidad patrimonial de la Administración, vinculándola al impacto y daños patrimoniales producidos en las actividades económicas y empresariales por la normativa dictada por los distintos poderes públicos - normativa que tenía por objeto evitar o mitigar la propagación de la pandemia COVID-19-. La sentencia entiende preciso reseñar ese conjunto de normas, en particular, por su mayor carácter intrusivo y excepcionalidad, los Reales Decretos relativos al estado de alarma, cosa que hace de manera más que detallada a lo largo de 35 páginas (folios 11 a 45).

Sin embargo, la sentencia reconoce que estos poderes de excepción ya estaban contemplados en cierto modo en la normativa específica en materia sanitaria, que prevé actuaciones de necesidad para hacer frente a las epidemias y crisis sanitarias (por ejemplo, la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública o la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública). Sin embargo, el Gobierno de la Nación, pese a disponer de esos otros instrumentos normativos para el abordaje de la pandemia, decidió utilizar el estado de alarma como herramienta central y primaria del combate jurídico que puso en marcha en el mes de marzo del año 2020 para frenar la expansión del virus.

En la demanda se afirma que la responsabilidad patrimonial se funda en el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del

3 La demanda original –firmada por el letrado que suscribe este comentario- tiene 104 páginas, en las que se desarrollan, sin reiteración, todos los argumentos posibles en favor de esta reclamación, así como una escrupulosa cuantificación del daño mediante un informe pericial del que se descontó un 30% en concepto del denominado “efecto pandemia”, que afectó a todos los sectores y en especial a los relacionados con el turismo, así como todas las ayudas percibidas del Gobierno.

4 El informe pericial aportado con la reclamación tasaba el perjuicio económico en 881.881 €, no obstante la cantidad objeto de la reclamación previa ascendió a la cantidad de 617.316,70 euros, por cuanto se le descontó un 30% por el denominado “efecto pandemia” que estaba sufriendo la economía global, y que afectó a todos los sectores y en especial a los relacionados con el turismo. Es decir, para ser lo más prudentes en nuestra reclamación así como para cumplir de forma exhaustiva con el requisito de relación de causalidad entre el daño y la actuación de la Administración, esta parte descontó el lucro cesante que consideramos se hubiera producido de igual manera de no haberse obligado al cierre de su actividad en el periodo objeto de reclamación, al ser consecuencia directa de la situación de pandemia provocada por el COVID-19 que afectó a todos los sectores de nuestra economía. Así mismo, una vez formulada la reclamación se percibieron ayudas del Gobierno por importe de 200.000 euros, importe que se descontó de la reclamación previa, restando un importe de 417.316,70 euros, que fue la cuantía final reclamada.



Sector Público, y deriva de la declaración del estado de alarma, realizada mediante Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, así como de sus sucesivas prórrogas, en la medida en que dicho Real Decreto ordena en su artículo 10 el cierre de los establecimientos comerciales, resultando afectado el recurrente. Asimismo, se pretende calificar lo acontecido como un funcionamiento anormal del servicio público de alertas y emergencias sanitarias, sin que exista fuerza mayor que excuse a la Administración de su obligación resarcitoria a los titulares de los establecimientos de hostelería, restauración y turismo que se vieron obligados a su cierre, al no encontrarnos ante un suceso imprevisto, insólito y con unos

efectos inevitables que no estuviesen dentro del ámbito de decisión y/o capacidad de la Administración.

La acción de resarcimiento se fundamenta en primer lugar, en el artículo 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, entendiéndose que dicho precepto contiene un supuesto de responsabilidad patrimonial de configuración legal -que no deriva de los artículos 106.1 y 121 C.E.-. Esta particular responsabilidad patrimonial de configuración legal no es una excepción en nuestro sistema jurídico. A título de ejemplo, se citan en la demanda los supuestos indemnizatorios de daños causados como consecuencia de la prisión provisional, seguida de absolución (artículo 294 LOPJ). Manifiesta la existencia de otros preceptos que reconocen el carácter indemnizable de los sacrificios que se imponen a los particulares para salvaguarda del bien común: Artículo 3 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales; Artículo 32 del Decreto Legislativo 1/2006, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley por la que se regulan los Servicios de Prevención, Extinción de Incendios y Salvamentos de la Comunidad de Madrid y artículo 7.2 de la Ley Orgánica 9/2015, de 28 de julio, de Régimen de Personal de la Policía Nacional.

Entendía la recurrente que los perjuicios sufridos no pueden ser atribuidos a la pandemia, sino a la medida de cierre de establecimientos decretada, que en sí misma, evidenciaría un funcionamiento anormal del servicio público de alertas y emergencias sanitarias que no acordó, pudiendo haberlo hecho, medidas de precaución desde el mes de enero de 2020. En otro orden de consideraciones, mantiene que la fuerza mayor como eximente del cumplimiento de la obligación resarcitoria a cargo de la demandada, no concurrirá en el caso de autos. Explica que la pandemia no es calificable de suceso imprevisto, insólito e inevitable -artículo 1105 Código Civil- y ajeno al ámbito de decisión y/o capacidad de la Administración a quien reclama. Insistiendo en que los daños y perjuicios sufridos derivan directa e inmediatamente, de las medidas sanitarias excepcionales impuestas en el Real Decreto 463/2020 y sus prórrogas. Asimismo, reprocha al Consejo de Ministros que, durante el periodo anterior a la declaración del primer estado de alarma, es decir, desde la declaración por la OMS de emergencia de salud pública de importancia internacional de la enfermedad COVID-19, hasta ser elevada a la declaración de pandemia, éste incumplió sus obligaciones formales de prevención y alerta sanitaria. Y ello debido

a que, desde el mes de enero de 2020 el Gobierno de España era conocedor de diversas alertas difundidas por distintos organismos internacionales, además de las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS) de 29 de enero; 16 y 24 de febrero de 2020 que, sin embargo, habrían sido desconocidas ya que -según la actora- aquel no desplegó medida alguna de prevención que sirviera para mitigar o atenuar la virulencia de los efectos de la crisis sanitaria en nuestro país. Precisa que, la medida de cierre de los establecimientos comerciales a excepción de los declarados como esenciales, no resultó fundamentada en ninguna de las recomendaciones de la OMS. Por el contrario, las medidas aconsejadas relativas al uso de mascarillas, distanciamiento social, impedir hacinaamientos, actos y eventos que supusieran aglomeraciones, todas ellas fueron incumplidas por el Gobierno de España.

### **3.- LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO-LEGISLADOR. LAS SSTC 148/2021 Y 183/2021.**

La sentencia, por su parte, comienza sus fundamentos recordando que el principio de responsabilidad patrimonial del Estado tiene su anclaje último en el principio general de responsabilidad de los poderes públicos (artículo 9.3 CE), así como en la propia cláusula constitucional de Estado de Derecho (artículo 1.1 CE), concretándose a nivel constitucional en los arts. 106.2 y 121, si bien su desarrollo queda deferido a la ley. En cuanto a la responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador, deriva del principio de responsabilidad de los poderes públicos (artículo 9.3), pero a diferencia de las Administraciones Públicas o del Poder Judicial, no está expresamente constitucionalizada hasta el punto de que el legislador puede excluir la indemnización de los daños por él mismo generados sin que por ello resulte infringido el artículo 106.2 CE, en cuanto que dicha norma resulta aplicable únicamente a la actividad administrativa, no a la legislativa. Así lo vienen reconociendo numerosas sentencias del Tribunal Constitucional (SSTC 129/1987, 70/1988, 67/1990 o 112/2018, entre otras muchas). Ello significa que el texto constitucional permite al legislador ejercer una opción entre los varios sistemas posibles, sin perjuicio de las exigencias del Derecho de la Unión Europea en el caso de normas nacionales que vulneran alguna normativa europea, como ya se pronunció en la sen-

tencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo núm. 292/2023, de 8 de marzo.

Los daños patrimoniales sufridos se imputan principalmente a las normas que impusieron un conjunto de restricciones y medidas de contención relativas a actividades determinadas, tanto del sector público como del sector privado, entre ellas las desarrolladas por la empresa de la que es titular la recurrente. Esta imputación nos conduce a una responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador, a cuyo examen la sentencia dedica su fundamento SEXTO, analizando las SSTC 148/2021 y 183/2021. Con respecto a la inconstitucionalidad apreciada en la primera de ellas, la sentencia del Tribunal Supremo estima que no será por sí misma título (así se afirma expresamente) para fundar reclamaciones de responsabilidad patrimonial en las Administraciones Públicas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3.2 de la LO 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. En definitiva, de la declaración de inconstitucionalidad parcial de este Real Decreto no nace en el presente caso un derecho al resarcimiento por responsabilidad patrimonial fundado en dicha declaración.

En definitiva, el Supremo zanja la cuestión, argumentado que en ambas sentencias se declara que las medidas restrictivas que tuvo que soportar la parte actora, y de las que deduce los daños patrimoniales sufridos, fueron constitucionales y proporcionadas a la situación existente. No obstante, reconoce que pudiera pensarse que, pese a estos pronunciamientos, el sector de actividad referido a la restauración/hostelería, fue sometido a un sacrificio especial en relación con otros sectores, contrario al principio de igualdad en el sometimiento a las cargas públicas lo que determina su antijuridicidad, abordando esta cuestión en el siguiente fundamento.

### **4.- LA CUESTIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD EN LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO-LEGISLADOR. CARGA GENERAL O SACRIFICIO ESPECIAL.**

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. Con carácter general, cuando se trata de normas jurídicas con rango de ley, todos los ciudadanos a los que van dirigidas están obligados a someterse a sus dictados y sopor-

tar las cargas inherentes a su cumplimiento, atendida la imperatividad y generalidad que es consustancial a ellas, de manera que existe el deber jurídico de soportar las consecuencias negativas de su aplicación. Precisamente, por imponer cargas de obligado cumplimiento en ejercicio del poder legislativo del Estado, la antijuridicidad en la responsabilidad patrimonial de Estado-Legislador no surge lógicamente por la promulgación de la ley, tan siquiera por su aplicación, requiera o no actividad intermedia administrativa. La antijuridicidad surgirá en el caso de declaración de inconstitucionalidad, porque esa declaración produce la anulación de la ley y su no producción de efectos. Si su aplicación ha producido daños, esos daños serán antijurídicos por carecer ya de la cobertura que les proporcionaba la ley, perdiendo la garantía propia de la juridicidad.

La recurrente pretendía fundar la responsabilidad en la existencia de un sacrificio patrimonial singular de derechos o intereses económicos legítimos que resultaron afectados de manera especial, en relación o comparación con otros sujetos a los que también estuvo dirigida la referida normativa. Con independencia de la acogida que pudiera tener este planteamiento en abstracto, la sentencia manifiesta que las restricciones y limitaciones contenidas en los Reales Decretos de estado de alarma tuvieron carácter general, con múltiples e indeterminados destinatarios, y con numerosos sectores económicos y empresariales afectados, de manera que no se puede deducir la singularización pretendida por el recurrente. La mayor o menor afección de una norma jurídica en relación con sus destinatarios, su diferente intensidad desde el punto de vista de la carga que supone su aplicación, en sí misma no permite -según la sentencia- establecer la distinción querida, pues esas diferencias se producen ordinariamente en la aplicación de todas las normas jurídicas en relación con el círculo de intereses de sus destinatarios, que nunca resultan por igual afectados, consideración que se maximiza cuando estamos en presencia de normas de excepción.

En definitiva, las medidas contenidas en el Real Decreto 463/2020, particularmente las previstas en su artículo 10, fueron -según nuestro Alto Tribunal- necesarias, adecuadas y proporcionales a la gravedad de la situación y gozaron del suficiente grado de generalidad en cuanto a sus destinatarios, que tuvieron el deber jurídico de soportarlas sin generar ningún derecho de indemnización por los posibles perjuicios

sufridos, habiéndolo declarado así expresamente el Tribunal Constitucional en la ya citada STC 148/2021, sentencia que produce efectos de cosa juzgada y vincula a todos los tribunales ex artículo 38 LOTC y 5 LOPJ. Esta sentencia preserva, no obstante, la posible aplicación de lo previsto en el artículo 3.2 de la LOAES y sobre esta precaución se trataba de construir un diferenciado sistema de responsabilidad patrimonial.

## **5.- EL ARTÍCULO 3.2 DE LA LEY ORGÁNICA 4/1981 SOBRE LOS ESTADOS DE ALARMA, EXCEPCIÓN Y SITIO. INEXISTENCIA DE UN NUEVO Y SINGULAR SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE NATURALEZA OBJETIVA.**

Dice la STC 148/2021, sobre el artículo 3.2 de la Ley Orgánica reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio, lo siguiente: «c) Por último, al tratarse de medidas que los ciudadanos tenían el deber jurídico de soportar, la inconstitucionalidad apreciada en esta sentencia no será por sí misma título para fundar reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio». La recurrente sostenía que esa referencia al artículo 3.2 de la LO 4/1981, se debe a que dicho precepto establece un régimen especial de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos durante la vigencia de los estados de alarma, excepción y sitio. Ese régimen especial estaría caracterizado porque en él no resultaría de aplicación el régimen jurídico sustantivo previsto en los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015. En particular, no sería aplicable la fuerza mayor como causa de exoneración de la responsabilidad, ni tampoco la exigencia de la antijuridicidad del daño como elemento determinante del concepto de lesión. Con sello se pretendía -según la sentencia- construir sobre la base del artículo 3.2 de la L.O. 4/1981, de 1 de junio, un régimen de responsabilidad patrimonial diferente del recogido en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público, en el que bastaría la existencia de un daño patrimonial derivado causalmente de alguno de los estados excepcionales para que surja automáticamente el derecho a obtener una indemnización de las Administraciones Públicas. Señalando que esta particular responsabilidad patrimonial de configuración legal, no es una excepción en nuestro sistema

jurídico, citando a título de ejemplo el art. 294 LOPJ; el art. 3 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales; el art. 32 del Decreto Legislativo 1/2006, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley por la que se regulan los Servicios de Prevención, Extinción de Incendios y Salvamentos de la Comunidad de Madrid; y el artículo 7.2 de la Ley Orgánica 9/2015, de 28 de julio, de Régimen de Personal de la Policía Nacional. En todos estos preceptos se reconoce el carácter indemnizable de los sacrificios que se imponen a los particulares para salvaguarda del bien común.

La Sala no comparte esta interpretación. En primer lugar, porque ese supuesto régimen singular, que prescinde de los requisitos establecidos en la Ley 40/2015, no se deduce directa ni indirectamente del art. 116.6 de la CE o del reseñado artículo 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, ya que estas normas no contienen previsión alguna al respecto. Si el legislador hubiera querido crear un régimen autónomo de responsabilidad, atendida la trascendencia de esa medida, que supondría excepcionar el propio art. 106.2 de la CE, lo hubiera expresado claramente. En segundo lugar, porque la remisión que efectúa el artículo 3.2 «a lo dispuesto en las leyes», sólo puede ser entendido como una remisión al régimen general de la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos vigente en cada momento, de manera que si se trata de responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador por los daños sufridos como consecuencia de las normas con fuerza y valor de ley aprobadas, habrá que estar a las normas reguladoras de dicha responsabilidad, y si se trata de la responsabilidad del Estado-Administración, por los daños derivados del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, también habrá de estarse a la regulación contenida en la Ley 40/2015.

En cuanto a las normas que se citan el demanda como apoyo argumental a la tesis de la existencia de un régimen especial de responsabilidad patrimonial, por referirse a supuestos en los que se reconoce el carácter indemnizable de los sacrificios que se imponen a los particulares, la Sala señala que en todos esos supuestos es la propia norma jurídica la que singulariza conscientemente esa situación, al señalar que no existe en esos casos concretos el deber jurídico de soportar el daño aunque la actuación de la Administración correspondiente haya sido correcta. En parecidos términos se pronuncia el artículo 32.3 de la Ley 40/2015, al prever la posibilidad de indemnización a

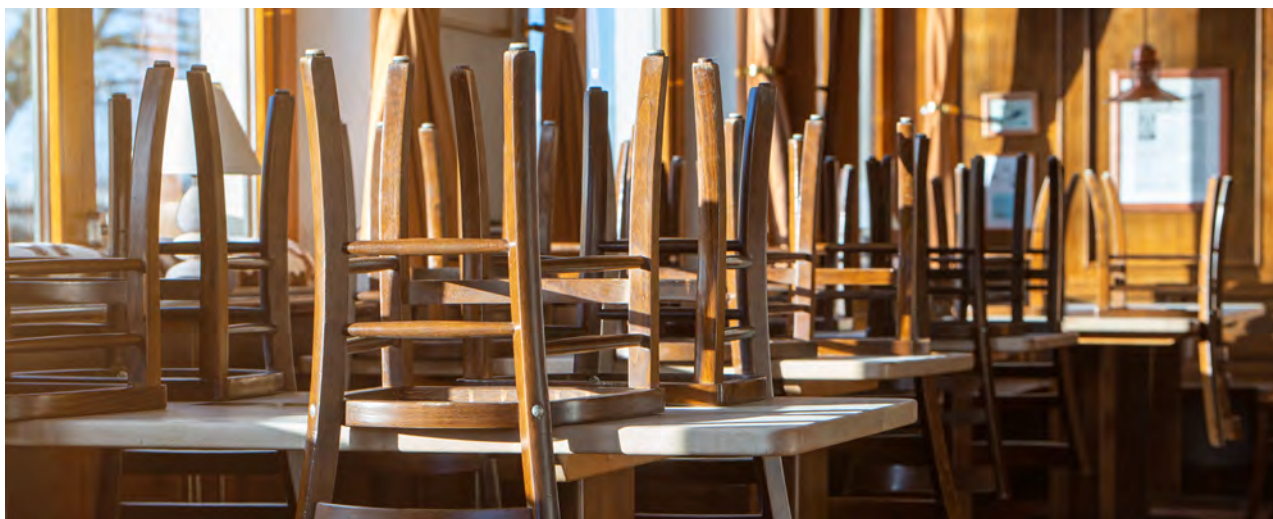
favor de todos aquellos que sufran lesión en sus bienes y derechos como consecuencia de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos que no tengan el deber jurídico de soportar cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen. No es este el caso del artículo 3.2 de la LOAES, que se limita a remitirse genéricamente a las leyes que regulan la responsabilidad patrimonial.

## **6.- EXCLUSIÓN DEL INSTITUTO DE LA EXPROPIACIÓN FORZOSA COMO MECANISMO DE REPARACIÓN DE LOS DAÑOS DERIVADOS DEL CUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA COVID-19.**

Como alternativa a la responsabilidad patrimonial de Estado-legislador, se quiere fundar el derecho a obtener una reparación económica por los perjuicios sufridos por el impacto de la normativa COVID-19 en la actividad empresarial del recurrente en el instituto expropiatorio, más concretamente en el artículo 120 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 que establece que «cuando por consecuencias de graves razones de orden o seguridad públicos, 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». Tampoco la Sala comparte en este caso la tesis de la recurrente.

## **7.- FUERZA MAYOR Y PANDEMIA.**

Para que exista responsabilidad es preciso que los daños no se hayan producido en unas circunstancias que puedan ser calificadas de fuerza mayor. Así lo dice el artículo 106.2 de la Constitución y el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Pese a considerarse presupuesto de exclusión de la responsabilidad patrimonial del Estado en ambos preceptos, no existe ninguna norma



administrativa que nos defina la fuerza mayor, lo que nos obliga a acudir en primer lugar a la definición contenida en el art. 1.105 del Código Civil, que exige imprevisibilidad de la causa del daño e inevitabilidad del resultado, aunque en el caso de las Administraciones Públicas, ese evento caracterizado por la imprevisibilidad e irresistibilidad que exime de responsabilidad debe ser, además, ajeno al funcionamiento del servicio, a la actividad administrativa. A juicio de la Sala, la pandemia producida por el virus denominado técnicamente SARS-COV-2 se ajusta a esa definición de fuerza mayor porque constituyó un acontecimiento insólito e inesperado en el momento en el que surgió y por la forma en la que se extendió por todo el planeta en sus primeros momentos, inicio y desarrollo completamente ajeno a la actividad de las Administraciones Públicas. Aunque algunas pandemias son previsibles y permiten actuaciones preventivas por parte de las autoridades sanitarias, como ocurre anualmente con la de la gripe, la provocada por el virus SARS-COV-2, no pudo serlo por tener unas características totalmente desconocidas en el momento de su aparición, como sus efectos sobre la salud humana, los mecanismos de propagación y la rapidez con la que esta se producía. También ese desconocimiento la hizo inevitable e incontrolable inicialmente, fuera del círculo de actividad de las Administraciones Públicas.

## 8.-OTRAS ALEGACIONES.

La demandante también trató de justificar la existencia de la responsabilidad patrimonial en la imprevisión

y mal funcionamiento de la Administración en los primeros momentos de la pandemia. Principalmente se reprochaba el retraso en la adopción de medidas de prevención y atención sanitaria desde que la OMS declaró la emergencia de salud pública de importancia internacional, incumpléndose -supuestamente- muchas de sus recomendaciones, como también habría sucedido con las recomendaciones del Centro Europeo para la prevención y control de enfermedades. Se trataría de una responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de los servicios públicos a la hora de afrontar la pandemia. Pues bien, con independencia del juicio que merezca la actuación del Gobierno en las primeras semanas de la pandemia, la Sala pone de manifiesto que los daños que se reclaman se imputan al cierre del establecimiento hotelero acordado por el Real Decreto de estado de alarma 463/2020, de 14 de marzo, y sus sucesivas prórrogas, y no al retraso en la adopción de medidas o al cumplimiento en mayor o menor medida de las recomendaciones de organismos internacionales. Para poder imputar los daños sufridos, en todo o en parte, a esos retrasos o incumplimientos hubiera sido preciso un esfuerzo de argumentación y prueba sobre la causalidad existente entre unos y otros.

También argumentaba el recurrente que se habían vulnerado principios jurídicos relevantes para el funcionamiento de la Administración Pública que convierten la actuación administrativa desplegada por la demandada en antijurídica. En concreto, se refiere al artículo 3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público: Principio de confianza

legítima, principio de eficacia, principio de seguridad jurídica, principio de proporcionalidad, principio de motivación y principio de buena regulación. Tampoco esta alegación es acogida por el Tribunal Supremo, que califica la actuación administrativa como de razonable, proporcional y adecuada a la situación existente, y eficaz para frenar la expansión de la pandemia, basándose para ello en lo puesto de manifiesto en la STC 148/2021.

### 9.- COSTAS.

La sentencia desestima el recurso contencioso-administrativo y en virtud de lo previsto en el artículo 139 LJCA, procede imponer las costas a la parte demandante, si bien la Sala, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso, establece que el importe máximo a satisfacer al respecto a la Administración demandada por todos los conceptos será de cuatro mil euros (4.000 euros). Entendemos desacertada dicha condena en costas fijada en la sentencia, al encontramos ante una primera y única instancia donde se está recurriendo un acto presunto o desestimatorio por silencio administrativo, así como la existencia de dudas razonables de derecho, ya que como hemos puesto de manifiesto el propio Tribunal Constitucional en su STC 148/2021, de 14 de junio, señaló que “la inconstitucionalidad apreciada en la sentencia no será por sí misma título para fundar reclamaciones de responsabilidad patrimonial en las Administraciones Públicas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3.2 de la LO 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio”.

Las Administraciones Públicas tienen obligación de resolver expresamente todos los procedimientos, tanto los iniciados a instancia de parte como los que ellas mismas inicien de oficio. Así se lo impone el art. 21.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: “La Administración está obligada a dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos cualquiera que sea su forma de iniciación”. Por lo tanto, si la Administración tiene la obligación de resolver en todo tipo de procedimientos, y si el Tribunal Constitucional ha dicho que no puede obtener beneficio del incumplimiento de su deber (por ejemplo, en cuanto a que no corren los plazos para recurrir desestimaciones presuntas ante la jurisdicción contencioso-administrativo), la interpretación correcta que se

debe hacer a la referencia “salvo que existan dudas de hecho o derecho”, sería que si el particular se ve embarcado a recurrir un acto administrativo presunto, lo hace sin lugar a dudas en un escenario de dudas de hecho y/o derecho. Y ello porque en vía administrativa ha alegado o invocado pruebas, o incluso ha formulado un recurso administrativo y solo ha recibido el silencio. De esta forma, la Administración amparándose en su silencio fuerza al particular a impugnar “a ciegas”, y lo que es peor, a sabiendas del riesgo de que la administración “despierte” en pleno proceso y al tiempo de contestación a la demanda, con argumentos que no usó en vía administrativa. Por lo tanto, considerar que la pasividad o silencio en vía administrativa genera dudas razonables de hecho o derecho en la parte contraria, es la interpretación que más se ajusta a la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la CE y a consideraciones de la buena fe que se impone tanto a particular como a la Administración.

El régimen de imposición de las costas procesales (en primera instancia) se regula por el artículo 139.1 de la ya citada LJCA. Desde finales del año 2011, y como consecuencia de la reforma operada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, se pasó a fijar como criterio de imposición de costas en primera instancia el del vencimiento objetivo, salvo que se aprecien “serias dudas de hecho o de derecho”. Pues bien, tanto en la situación existente hasta 2011 (imposición de costas en caso de sostener la acción con mala fe o temeridad), como en la actual situación (costas al que pierde el proceso salvo dudas de hecho o de derecho), el silencio administrativo juega un papel esencial. En la actualidad, vigente el criterio del vencimiento, salvo que existan dudas de hecho o derecho, el silencio administrativo es susceptible de generar situaciones, claramente injustas para el administrado, cuando se ve obligado a recurrir contra el silencio y finalmente obtiene una sentencia en primera y única instancia que desestima sus pretensiones, confirmando la legalidad del “acto presunto” y condenando a las costas procesales, en virtud del automatismo con que se aplica el criterio del vencimiento del artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional.

Siguiendo doctrina reiterada del Tribunal Constitucional (por todas, sentencia 6/1986), la falta de resolución en plazo de las solicitudes de la actora no pueden beneficiar a la Administración con la penalización de las costas de la recurrente. A mayor abun-



damiento, sobre esas “dudas”, la sentencia 376/2020, de 12 de marzo, de la propia Sala Tercera del Tribunal Supremo, señala lo siguiente: “En efecto, no puede perderse de vista que en mismo artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional, establece una excepción al criterio del vencimiento, el de aquellos supuestos en que el Tribunal sentenciador aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. Bien es verdad que esas “dudas” (tener dificultad para decidirse por una cosa o por otra), deben entenderse referidas a las pretensiones que se accionan en el proceso, en el sentido de que no existe evidencia sobre la procedencia o no de dichas pretensiones, conforme a las normas y jurisprudencia aplicables, generando esa dificultad sobre la aceptación o no de las mismas. Y será el debate procesal el que podrá poner de manifiesto su concurrencia o no cuando el objeto del recurso sea un acto presunto, en el bien entendido de que salvo supuestos de extrema evidencia, una cierta dificultad es consustancial a todo proceso en que los derechos más palmarios pueden verse dificultados por cuestiones de las más variadas naturalezas, incluidas las procesales; de ahí que la existencia de esas dudas deben suponer un plus de dificultad”.

Por lo tanto, en el presente caso, además de estar recurriendo en primera y única instancia un acto desestimatorio presunto o producido por silencio administrativo, nos encontramos ante un supuesto donde el recurrente considera aplicable el artículo 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de Junio, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio, por la remisión que hace a dicho artículo el Tribunal Constitucional en su STS 148/2021, de 14 de Julio, además de la no evidencia sobre la no procedencia de sus pretensiones conforme a las normas y jurisprudencia aplicable, lo que determina que concurren dudas de derecho que deberían haber conllevado la no imposición de condena en costas, a pesar de que sus pretensiones resulten desestimadas.

## 10.- CONCLUSIONES.

La sentencia descansa sobre el principal argumento de que nos encontramos ante un supuesto de fuerza

mayor. *«La fuerza mayor es algo que destruye la relación de responsabilidad del Estado en este tipo de situaciones. Cuando hay esa fuerza mayor, el Estado no tiene que hacerse cargo de esa responsabilidad patrimonial. Ese caso de fuerza mayor elimina la responsabilidad patrimonial de la administración. Estamos hablando de un hecho imprevisible y excepcional que no es responsabilidad de la Administración y no hay nada que compensar porque está rota la relación de causalidad».*

La tesis que mantiene la sentencia es muy restrictiva, lo que ha llevado a autores como Trayter Jiménez<sup>5</sup>, a señalar que *“la sentencia es un reflejo de la poca calidad democrática que padecemos”*, pues según la misma cualquier compensación que se tuviera que haber dado, se tenía que haber hecho a través de un mecanismo que tenía que haber arbitrado el legislador mediante subvenciones para los distintos sectores afectados, pero no se puede exigir de los mecanismos de la responsabilidad patrimonial del Estado porque los requisitos no se dan en este caso. De esta forma niega el derecho a la indemnización a los sectores económicos que tuvieron que realizar un sacrificio particular y especialmente intenso, por decisiones de las administraciones que eran de pura gestión de la pandemia. Y esa carga, esa afectación singular al derecho a la libertad económica, debió ser indemnizada porque la exigencia a un grupo de personas de determinados sacrificios en nombre de la colectividad debe ser compensada, ya que no se puede entender que exista una obligación jurídica de los sectores especialmente afectados a soportar los daños y perjuicios que se le ocasionaron.

Por otro lado, no podemos olvidar que el Tribunal Constitucional en relación con el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, señaló en su STC 148/2021, de 14 de julio: *“la inconstitucionalidad apreciada en la sentencia no será por sí misma título para fundar reclamaciones de responsabilidad patrimonial en las Administraciones Públicas sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3.2 de la LO 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio”.* Por lo tanto, el Tribunal Constitu-

5 Trayter Jiménez, J.M., catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Girona, en <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/el-fallo-del-supremo-marca-el-devenir-para-que-cientos-de-recursos-pendientes-sobre-responsabilidad-patrimonial-sean-desestimados/>.

cional está diferenciando -a nuestro entender- dos regímenes distintos de responsabilidad, por un lado la responsabilidad patrimonial y, por otro lado, la responsabilidad derivada del artículo 3.2 de la propia Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio, al que remite la propia STC 148/2021, de 14 de Junio, que prevé de forma expresa el derecho, tanto de personas físicas como personas jurídicas, a ser indemnizados por aquellos daños y perjuicios sufridos de forma directa, en su persona, derechos o bienes, con ocasión de los actos y disposiciones adoptadas durante la vigencia del estado de alarma y que no les resulten imputables, de acuerdo a lo dispuesto en las leyes. En efecto, el citado artículo 3.2 de la LO 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio establece, como disposición común a los tres estados, establece lo siguiente: “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”.

A tenor de lo dispuesto en el citado artículo, deben ser indemnizados por el Estado aquellos daños y perjuicios ocasionados a aquellas empresas que han sido un mero instrumento, un medio, para la consecución del interés general. Se trata de una responsabilidad ex lege, esto es, una responsabilidad de configuración legal derivada de la propia regulación del estado de alarma, a favor de aquellos ciudadanos o empresas que han sufrido como decimos un sacrificio especial y directo de sus derechos y libertades, con ocasión de los actos y disposiciones adoptados durante la vigencia del estado de alarma decretado por el RD 464/2020, de 14 de marzo y sus sucesivas prórrogas.

No puede descartarse, según nuestro criterio, la aplicación de una disposición legal, actualmente vigente y con plena eficacia, bajo el argumento que se trata de un mero recordatorio de los principios generales de responsabilidad patrimonial del artículo 116 de la CE que se pueden ver mermados durante las declaraciones de los estados de alarma, excepción o sitio. No se trata de un mero recordatorio de la responsabilidad patrimonial, sino de un precepto legal, autónomo y plenamente aplicable en los supuestos de estados de alarma, excepción y sitio. Asimismo, no

cabe entender que la frase “de conformidad con lo dispuesto en las leyes”, trata de acudir a los principios y reglas generales de la responsabilidad patrimonial del Estado, ya que, en ese caso, no tiene sentido que la citada Ley Orgánica 4/1981, de 1 de Junio, establezca una disposición tan clara y precisa para estos casos, es decir, para los supuestos donde haya sido declarado un estado de alarma, excepción o sitio.

Que se trate de un supuesto de responsabilidad de configuración legal, explica que no se excluyan los daños provocados en supuestos de fuerza mayor como puede ser una pandemia, como por el contrario sucede con los daños indemnizables ex artículo 106.2 de la CE, en el sentido de que no deriva del citado artículo constitucional, cláusula general de reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública por daños derivados del funcionamiento de los servicios públicos sino de la propia regulación de los estados de alarma, en concreto, del comentado artículo 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, al cual como ya hemos advertido nos deriva el propio Tribunal Constitucional en su sentencia 148/2021, de 14 de Julio, donde declaró que si bien la inconstitucionalidad apreciada respecto de la declaración del estado de alarma no resulta título suficiente para fundar reclamaciones de responsabilidad patrimonial en las Administraciones Públicas, cabe acudir a lo dispuesto en dicho artículo.

En definitiva, el fundamento legal de la responsabilidad que nos ocupa se encuentra en que el legislador orgánico reconoció el derecho de resarcimiento por los daños o perjuicios causados durante la vigencia de los estados de alarma, excepción y sitio, pues éste puede regular las instituciones del modo y manera que considere conveniente, siempre y cuando, tenga en cuenta el contenido constitucionalmente reconocido de los derechos fundamentales, y por lo tanto, estando previsto expresamente el derecho a ser resarcido por los daños y perjuicios ocasionados con ocasión de los actos y disposiciones acordadas durante el estado de alarma, nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad de configuración legal, por lo que, con independencia del cumplimiento de los requisitos o presupuestos de la responsabilidad patrimonial, deben ser indemnizados los daños y perjuicios que ocasionen al ciudadano los actos y disposiciones adoptados durante el estado de alarma.