Revista Española
de la
Función Consultiva

CONSEJO ASESOR

Excma. Sra. D.ª Magdalena Valerio Cordero
Presidenta del Consejo de Estado

Hble. Sr. D. Joan Vintró Castells
Presidente del Consejo de Garantías Estatutarias de la Generalidad de Cataluña

D. Jaume Vernet i Llobet
Presidente de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña

Excmo. Sr. D. Pablo Matos Mascareño
Presidente del Consejo Consultivo de Canarias

D. Antonio José Diéguez Seguí
Presidente del Consejo Consultivo de las Illes Balears

Excma. Sra. D.ª María Jesús Gallardo Castillo
Presidenta del Consejo Consultivo de Andalucía

Hble. Sra. D.ª Margarita Soler Sánchez
Presidenta del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana

D.ª Vega Estella Izquierdo
Presidenta en funciones del Consejo Consultivo de Aragón

Excmo. Sr. D. Joaquín Espert Pérez-Caballero
Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja

Excmo. Sr. D. José Luis Costa Pillado
Presidente del Consejo Consultivo de Galicia

Excmo. Sr. D. Francisco Javier de Irizar Ortega
Presidente del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha

Excmo. Sr. D. Antonio Gómez Fayrén
Presidente en funciones del Consejo Jurídico de la Región de Murcia

Excmo. Sr. D. Alfredo Irujo Andueza
Presidente del Consejo de Navarra

D. Sabino Torre Díez
Presidente de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi

D. Agustín S. de Vega
Presidente del Consejo Consultivo de Castilla y León

D.ª Begoña Sesma Sánchez
Presidenta del Consejo Consultivo del Principado de Asturias

D. Javier de Manueles Muñoz
Presidenta de la Comisión Jurídica de Extremadura

Ilma. Sra. Dª Rocío Guerrero Ankersmit
Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid

CONSEJO DE REDACCIÓN

DIRECTORA
Margarita Soler Sánchez

Enrique F. Fliquete Lliso, María del Carmen Pérez Cascales, Joan Carles Carbonell Mateu, Javier de Lucas Martín, Fernanda María Lapresta Gascón, Francisco Camps Ortiz, Joan Tamarit i Palacios, Vicente Garrido Mayol, José R. Díez Cuquerella, Vicente Cuñat Edo, Alberto Jarabo Calatayud, Ana Castellano Vilar, Joan Ignasi Pla i Durà, María Luisa Mediavilla Cruz, Federico Fernández Roldán, Faustino de Urquía Gómez, Asunción Ventura Franch

Secretario
Fernando García Mengual

El Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana no se responsabiliza de las posiciones mantenidas o vertidas por los colaboradores de la REFC, que son, en consecuencia estrictamente personales

Revista Española de la

FUNCIÓN CONSULTIVA

35

ENERO-JUNIO 2021

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SANITARIA Y COVID-19

Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana

Edita: Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana
Maquetación: Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana
ISSN: 2792-5641
Depósito Legal: V-4523-2

SUMARIO

PRESENTACIÓN ---------- **11**

ESTUDIOS ---------- **13**

Jornadas Consejo Consultivo de Castilla y León "La función consultiva y responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas derivada de la Covid-19" 15

AGUSTÍN S. DE VEGA. Función Consultiva y Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas derivada de la Covid. Presentación de las jornadas y semblanza del Profesor Jorge Rodríguez Zapata 17

JORGE RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ. Retos de la Función Consultiva ante la Covid-19 25

AGUSTÍN S. DE VEGA. Responsabilidad patrimonial por Covid y función consultiva: apuntes doctrinales. 41

AGUSTÍN IRIONDO COLUBI. Responsabilidad patrimonial: cierres por pandemia y riesgos propios del sector de actividad 59

JAVIER PÍRIZ URUEÑA. La responsabilidad patrimonial y Covid-19: asuntos dictaminados por el Consejo Consultivo Castilla y León en el año 2022 67

RAQUEL HURTADO SOTO. La responsabilidad patrimonial de la Administración por la pandemia de Covid-19: algunas reflexiones a la luz de los dictámenes del Consejo de Estado 79

DICTÁMENES ---------- **87**

COMISSIÓ JURÍDICA ASSESSORA DE CATALUNYA

Dictamen 76/2022, de 10 de marzo de 2022, sobre responsabilidad patrimonial instada ante el Departamento de Salud por los daños y perjuicios derivados de la muerte de un familiar por causa de la infección por Covid19, y que atribuyen a la falta de adopción de medidas preventivas durante el ingreso en un centro sociosanitario 89

CONSEJO CONSULTIVO DE CANARIAS

Dictamen 271/2022, sobre la responsabilidad patrimonial derivada de las medidas adoptadas por la Administración, tanto estatal como autonóvica, en su condición de autoridad delegada, a consecuencia de la Covid-19, como consecuencia del funcionamiento del servicio público de la Dirección General de Salud Pública dependiente del Servicio Canario de Salud, de 6 dejulio de 2022 103

CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA Y LEÓN

Dictamen 74/2022, sobre un expediente de responsabilidad patrimonial por daños y perjuicios derivados de la administración de la primera dosis de la vacuna AstraZeneca. 129

Dictamen 463/2022, sobre un expediente de responsabilidad patrimonial por daños y perjuicios sufridos por el fallecimiento de su madre en una residencia de la tercera edad durante la situación de crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19 137

JURISPRUDENCIA ---------- 159

Sentencia 250/2022 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Segunda) del Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana, de 30 de marzo de 2022. recurso de núm. 528/2019 161

Sentencia 11/2023 del Tribunal Constitucional, de 23 de febrero de 2023. Recurso de Amparo núm. 899/2021..... 179

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS ---------- 207

Referencias bibliográficas sobre responsabilidad patrimonial sanitaria y Covid-19 209

NORMATIVA DE INTERÉS ---------- 213

CONSEJO CONSULTIVO DE CANARIAS

Ley 4/2023, de 23 de marzo, de la Presidencia y del Gobierno de Canarias (extracto) 215

COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE EUSKADI

Ley 1/2023, de 16 de marzo, de la Potestad sancionadora de las Administraciones públicas vascas (extracto)..... 233

COMISIÓN JURÍDICA DE EXTREMADURA

Ley 5/2022, de 25 de noviembre, de Medidas de mejora de los procesos de respuesta administrativa a la ciudadanía y para la prestación útil de los servicios públicos 235

INFORMACIÓN INSTITUCIONAL ---------- 239

Consejo de Estado 241

Consejo de Garantías Estatutarias de la Generalitat de Cataluña 242

Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat de Cataluña 242

Consejo Consultivo de Canarias 243

Consejo Consultivo de las Illes Balears 243

Consejo Consultivo de Andalucía 244

Consell Jurídic de la Comunitat Valenciana 245
Consejo Consultivo de Aragón 245
Consejo Consultivo de La Rioja 245
Consejo Consultivo de Galicia 246
Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha 246
Consejo Jurídico de la Región de Murcia 246
Consejo Consultivo de Navarra..... 247
Comisión Jurídica Asesora de Euskadi..... 247
Consejo Consultivo de Castilla y León 248
Consejo Consultivo del Principado de Asturias 248
Comisión Jurídica de Extremadura 248
Comisión Jurídica Asesora de Madrid..... 249
Escriben en este número ---------- 251
Consejo de Redacción ---------- 253
Instrucciones a las autoras y autores---------- 255

TABLE OF CONTENTS

PRESENTATION ---------- **11**

STUDIES ---------- **13**

Conference "The advisory function and caused by Covid-19", held by Consultative Council of Castilla y León 15

AGUSTIN S. DE VEGA. The advisory function and liability of public authorities caused by Covid-19..... 17

JORGE RODRIGUEZ-ZAPATA PEREZ. Challenges for advisory function before Covid-19 25

AGUSTIN S. DE VEGA. Liability of public authorities for Covid and advisory function: doctrinal notes. 41

AGUSTIN IRIONDO COLUBI. Liability of public authorities: closures due to pandemic and inherent risks to the sector of activity 59

JAVIER PÍRIZ URUEÑA. Liability of public authorities and Covid-19: matters ruled on by the Consultative Council of he Castilla y León in 2022..... 67

RACHEL HURTADO SOTO. The liability of public authorities due to the Covid-19 pandemic: some reflections in the light of the legal opinions of the Council of State. 79

OPINIONS ---------- **87**

LEGAL ADVISORY COMMISSION OF CATALONIA

Opinion 76/2022, on patrimonial liability claimed before the Health Department for damages caused by a relative's death due to Covid-19 infection, and which is attributed to the lack of preventive measures adopted during admission to a health center. 89

CONSULTATIVE COUNCIL OF THE CANARY ISLANDS

Opinion 271/2022, on patrimonial liability derived from the measures adopted by the Administration, both state and regional, in its capacity as delegated authority, as a result of COVID-19, as a consequence of the operation of the public service of the General Directorate of Public Health dependent on the Canary Islands Health Service, of July 6, 2022..... 103

CONSULTATIVE COUNCIL OF CASTILLA Y LEÓN

Opinion 74/2022, on patrimonial liability claim for damages derived from the administration of the first dose of the AstraZeneca vaccine. 129

Opinion 463/2022, on a patrimonial liability claim for damages suffered due to the death of his mother in a nursing home during the health crisis situation caused by COVID-19 137

CASE LAW ----------159

Judgment no. 250/2022, the High Court of the Valencian Community (Division of Administrative Litigation, Section 2), of 30 March 2022, on claim of patrimonial responsibility for violation of the right to honor 161

Judgment no. 11/2023, the Constitutional Court, of 23 February 2023, on alleged violation of fundamental rights of a pregnant woman during her hospital stay..... 179

BIBLIOGRAPHIC NOTES ----------207

Bibliographical references on health patrimonial responsibility and Covid-19..... 209

REGULATIONS OF INTEREST ----------213

ADVISORY COUNCIL OF THE CANARY ISLANDS

Law 4/2023, of March 23, of the Presidency and Government of the Canary Islands (excerpt)..... 215

LEGAL ADVISORY COMMISSION OF EUSKADI

Law 1/2023, of March 16, on the sanctioning power of the Basque public administrations (excerpt) 233

LEGAL COMMISSION OF EXTREMADURA

Law 5/2022, of November 25, on Measures to improve the processes of administrative response to citizens and for the useful provision of public services (excerpt) 235

INSTITUTIONAL INFORMATION ---------- 239

Council of State 241

Council for Statutory Guarantees of Catalonia..... 242

Legal Advisory Commission of Catalonia..... 242

Consultative Council of Canary Islands 243

Consultative Council of Illes Balears 243

Consultative Council of Andalusia..... 244

Legal Consultative Council of Valencian Community 245

Consultative Council of Aragón 245

Consultive Council of La Rioja..... 245

Consultive Council of Galicia 246

Consultative Council of Castilla-La Mancha..... 246
Legal Council of the Region of Murcia..... 246
Council of Navarra..... 247
Legal Advisory Commision of Euskadi 247
Consultative Council of Castilla y León..... 248
Consultative Council of the Principality of Asturias..... 248
Legal Advisory Commission of Extremadura 248
Legal Advisory Commission of the Community of Madrid 249
Authors---------- 251
Editorial Board ---------- 253
Instructions for the authors ---------- 255

PRESENTACIÓN

En el presente número, el 35 de la *Revista Española de la Función Consultiva*, se abordan cuestiones relativas a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas derivada de la Covid-19, cuestión de gran interés y actualidad para el conjunto de operadores jurídicos y especialmente para quienes nos dedicamos a la función consultiva.

Siguiendo con la estructura habitual, constan los siguientes apartados:

En el primero, "*Estudios*", se recogen las ponencias de las Jornadas organizadas por el Consejo Consultivo de Castilla y León, que con el título "*La función consultiva y responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas derivada de la Covid-19"* se celebraron en Segovia en junio de 2022. En los distintos artículos se aborda la problemática jurídica que ha comportado la exigencia de responsabilidad patrimonial a las diferentes administraciones para compensar los daños derivados de la pandemia, así como por las medidas que fueron adoptadas para hacer frente a la misma.

En el segundo apartado, "*Dictámenes*" contamos con una selección de dictámenes de los diferentes Consejos Consultivos sobre los asuntos que han generado mayor interés acerca de la materia que versan los precitados estudios.

En la sección de *Jurisprudencia* se analizan dos sentencias, la Sentencia núm. 11/2023, del Tribunal Constitucional, de 23 de febrero de 2023, sobre supuesta vulneración de derechos fundamentales de una gestante durante su estancia hospitalaria y la Sentencia núm. 250/2022, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda), de 30 de marzo de 2022, sobre reclamación de responsabilidad patrimonial por vulneración del derecho al honor en una Comisión de Investigación del parlamento autonómico..

Respecto a las *referencias bibliográ*ficas, se recogen una selección de libros, artículos y capítulos sobre la responsabilidad patrimonial sanitaria y Covid-19.

Por último, este número se cierra con la sección de *normativa de interés* y la sección de *información institucional* que refleja de los cambios en la composición de los Consejos Consultivos.

El Consejo de redacción agradece la colaboración de los autores y autoras que han participado que son quienes hacen posible la publicación de la Revista con trabajos de elevada calidad y de especial interés en el ámbito de la función consultiva. Asímismo, nuestro agradecimiento al personal del Consell Juridic Consultiu de la Comunitat Valenciana que colabora en la edición de la misma.

ESTUDIOS

Jornadas Consejo Consultivo de Castilla y León "La función consultiva y responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas derivada de la Covid-19"

Segovia
24 de junio de 2022

FUNCIÓN CONSULTIVA Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DERIVADA DE LA COVID-19. PRESENTACIÓN DE LAS JORNADAS.

(*Jornada organizada por el Consejo Consultivo de Castilla y León. Segovia, 24 de junio 2022*)

AGUSTÍN S. DE VEGA
Presidente del Consejo Consultivo de Castilla y León.
Prof. Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Salamanca.

Sumario:

I. INAUGURACIÓN.
II. SEMBLANZA DEL PROF. DR. D. JORGE RODRÍGUEZ-ZAPATA.
III. APERTURA DE LA JORNADA.

I. INAUGURACIÓN.

La Jornada celebrada en Segovia y organizada por el Consejo Consultivo de Castilla y León, sobre *"Función consultiva y responsabilidad de las Administraciones Públicas derivada de la covid-19",* se inició con un recuerdo hacia todos los que han sufrido los efectos de la pandemia, y con un mensaje de apoyo y ánimo a sus personas, familias, amigos y negocios; añadido al agradecimiento a todo el personal sanitario, que con su esfuerzo y desvelos han contribuido a minimizar los efectos del coronavirus.

El Presidente del Consejo (coordinador de la Jornada) planteó, en primer término, el objeto del Encuentro, que era –dijo- reflexionar, desde una perspectiva amplia, sobre la problemática jurídica que comporta la exigencia de responsabilidad patrimonial a las administraciones para compensar los daños derivados de la pandemia y de las medidas adoptadas para hacerle frente. Y servir como espacio científico propicio para el intercambio de conocimientos jurídicos entre los prestigiosos juristas que participaron como ponentes y los que nos acompañaron como público, presidentes, consejeros, letrados y funcionarios de prácticamente todos los órganos consultivos españoles.

La organización de la Jornada se enmarcó en el 20º aniversario de la aprobación de la ley que regula el Consejo de Castilla y León y obedeció al encargo que este recibió de la reunión del Consejo de redacción de esta Revista, tenida en el *Consell Jurídic Consultiu* de la Comunidad Valenciana, a finales del año 21. Se celebró en el moderno campus 'María Zambrano' de Segovia (de la Universidad de Valladolid); y los ingredientes de esa mañana intensa fueron: un magnífico conferenciante (el profesor,

letrado y magistrado Rodríguez-Zapata) y los ponentes de las mesas (todos ellos letrados al servicio de la función consultiva), a quienes expresamos nuestra gratitud y consideración, que hacemos extensiva a los asistentes a la Jornada, venidos de prácticamente todos los órganos consultivos de España. El desarrollo de la misma fue acorde con el interés despertado, un alto nivel técnico-jurídico de los participantes e profundo intercambio de conocimientos.

Añadió que unir en una Jornada técnica, función consultiva y responsabilidad patrimonial, es algo connatural a los consejos consultivos y al Consejo de Estado. La responsabilidad patrimonial de la Administración pública es materia de importancia para el mundo del Derecho, por su actualidad y por sus implicaciones para el Estado, para las administraciones, para las personas y para sus derechos. En este campo, los órganos consultivos son "grandes receptores" de peticiones de dictamen sobre reclamaciones de responsabilidad patrimonial, pues esta es una de las competencias que más tiempo ocupa a la función consultiva y que mayor receptividad encuentra en las administraciones consultantes.

Recordó que en el Consejo Consultivo de Castilla y León, junto a la particularidad que significa la adscripción del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales, se dictaminan las reclamaciones de responsabilidad patrimonial desde cuantías muy bajas: 3.000 y 6.000 euros, según si la consulta se plantea por la administración local o autonómica. Se comprenderá rápido que tales umbrales responden a la idea de facilitar el acceso al Consultivo a una estructura administrativa y de población dispersa en 2.248 municipios y más de 2.000 entidades locales menores; lo que resulta ser un mecanismo de garantía muy accesible para las administraciones más cercanas a las personas: la local y la autonómica.

Y argumentó que cuando la responsabilidad patrimonial está referida a las consecuencias derivadas del covid y de las medidas tomadas por las administraciones para afrontar la situación pandémica, la materia se convierte en ´tema de Estado´, por la envergadura de las implicaciones y consecuencias que comporta para los derechos y la vida de las personas, así como las que tendrán las medidas adoptadas en los ámbitos jurídico, económico y social, en los próximos años. La casuística y versatilidad de los asuntos relacionados con el covid –afirmó- es casi indefinida y está llegando ya a los órganos consultivos a través de las peticiones de dictamen preceptivo; lo que atribuye un papel relevante al Consejo de Estado y a los consejos consultivos autonómicos en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial derivadas de la covid.

Las implicaciones jurídicas y la amplia casuística del objeto de la Jornada, fue agrupada en dos mesas de trabajo: una dedicada a la responsabilidad patrimonial sanitaria; y la otra, relacionada con la responsabilidad patrimonial por daños a la actividad económica. En ambas, el protagonismo principal fue de los letrados de los órganos consultivos autonómicos y del Consejo de Estado. La primera, moderada por D. Javier Píriz Urueña (del Consejo Consultivo de Castilla y León), contó con la participación de Dña. Raquel Hurtado Soto (del Consejo de Estado), Dña. Patricia Boix Mañó (del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana), D. Carlos Hernández Claverie (de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid) y D. Ignacio Serrano Blanco (del Consejo Consultivo de La Rioja). En la segunda participaron D. José Ángel Oreiro Romar (del Consello Consultivo de Galicia), D. Agustín Iriondo Colubi (del Consejo consultivo del Principado de Asturias), D. Fernando Rius Rull (del Consejo Consultivo de Canarias) y Dña. María Ángeles Berrocal (del Consell Consultiu

de les Illes Balears), siendo moderador de la misma D. José María Jover Gómez-Ferrer (del Consejo de Estado). Cerró la Jornada Dña. Valle Ares (consejera del Consultivo de Castilla y León), que hizo un resumen conclusivo de los debates e intervenciones de los ponentes.

La inauguración contó con la presencia del presidente de la Junta de Castilla y León (D. Alfonso Fernández Mañueco) y de la presidenta del Consejo de Estado (Dña. Mª Teresa Fernández de la Vega).

Por una parte, el presidente del Gobierno de Castilla y León, tras felicitar al Consejo Consultivo de Castilla y León por la organización de la Jornada y al Consejo de Estado por su colaboración en la misma, inició sus palabras señalando la oportunidad de la Jornada; reunión técnica que le hace rememorar –dijo- el difícil momento vivido meses atrás y las secuelas personales, sociales y también jurídicas que han dejado tanto la pandemia como las medidas tomadas para afrontarla. Los gobiernos -señaló- "vivimos en primera línea las medidas que tuvimos que adoptar para hacer frente a las consecuencias de la pandemia, un camino inédito plagado de urgencia y novedad". Y agradeció a los presidentes, consejeros y letrados de los órganos consultivos su participación y presencia en Segovia.

Destacó la necesidad e importancia de los órganos consultivos, porque garantizan el buen gobierno, por la labor de control de legalidad de las normas y disposiciones y por su contribución a la defensa de los derechos e intereses de las personas. Por lo que respecta al Consejo Consultivo de Castilla y León, habló de la evidente legitimidad democrática en que se asienta: de un lado, en su carácter necesario para la comunidad como 'Institución propia' (arts. 19.2 y 33 del Estatuto de Autonomía); y de otro, en la elección parlamentaria de sus miembros, por mayoría cualificada.

Señaló también que el entramado de los órganos consultivos y su espíritu colaborativo constituyen una especie de "unidad armónica de la función consultiva", que comporta garantías adicionales para el ciudadano. En el caso de Castilla y León destacó la labor del Consejo, que, junto a su condición de Tribunal Administrativo de contratación pública, aporta una innegable *auctoritas* a sus dictámenes, seguidos, en general, en un 95% por las autoridades consultantes.

Finalizó sus palabras con la esperanza de que la Jornada arroje luz y claridad en cuanto a la responsabilidad patrimonial post- covid, materia respecto de la cual, "aunque estos órganos cargados de Justicia" no ejerzan la función jurisdiccional, suelen anticiparse a ella. Para el presidente de la Junta, seguir el criterio de los órganos consultivos evita dificultades a todos los gobiernos y, también, dificultades ante los Tribunales de Justicia y ante el propio Tribunal Constitucional. "Tomaremos buena nota de las reflexiones que aquí se hagan", concluyó.

A las palabras del presidente Mañueco, siguieron las de la presidenta del Consejo de Estado, felicitando al Consejo castellanoleonés y a los asistentes. Dijo ser "un verdadero placer" participar en la inauguración de esta Jornada, por la oportunidad del tema elegido. Lo que le sirvió para recordar que la pandemia "fue real", que "lo que sufrimos no fue un mal sueño"; que tal sueño "nos ha llevado a medir el tiempo no en segundos, sino en emociones"; y auguró que la experiencia sufrida debe ayudarnos a afrontar el futuro con mejores garantías jurídicas.

Adelantó que en el Consejo de Estado ya se habían examinado decenas de expedientes de responsabilidad patrimonial relacionados con covid (516 remitidos y 320 dictaminados), mediante una "ponencia especial rotatoria". Y centró su intervención en remarcar tres cuestiones, a modo de reflexiones generales, fruto de ese momento inicial. En primer término, que el Consejo de Estado ha proclamado que la declaración del estado de alarma no altera el régimen de responsabilidad general de las administraciones públicas y del Estado-legislador. En segundo lugar, que en muchos de los expedientes no se acredita suficientemente el daño, y que, aunque ello bastaría para desestimar las reclamaciones, el Consejo ha entrado en el examen del fondo para dejar claros algunos criterios doctrinales. Y, en tercer término, aclaró que los expedientes remitidos estaban referidos principalmente a dos ámbitos de la responsabilidad patrimonial: la del Estado-legislador, por los daños sufridos como consecuencia de las normas mediante las que se declaró el estado de alarma y sus prórrogas; y la de la responsabilidad patrimonial de la administración por una posible prestación anormal del servicio por parte del Centro Nacional de Coordinación de Alertas Emergencias Sanitarias (Ministerio de Sanidad).

Desde otro punto de vista, resaltó la labor de coordinación y colaboración de nuestras respectivas instituciones, de las que -dijo- debiéramos sentirnos "especialmente satisfechos por la cooperación, el diálogo permanente y la lealtad institucional entre nuestras instituciones y sus componentes"; y se sintió "agradecida por el apoyo, aliento, ideas, propuestas e iniciativas que comparten los órganos consultivos autonómicos con el Consejo de Estado. La Jornada –terminó- "permitirá compartir la inteligencia" del intenso diálogo entre los Letrados de nuestras respectivas instituciones.

II. SEMBLANZA DEL PROF. DR. D. JORGE RODRÍGUEZ-ZAPATA.

Tras la inauguración, la Jornada siguió con la conferencia inaugural del profesor Rodríguez-Zapata, quien disertó sobre "*Los retos de la función consultiva ante la covid-19*". Correspondió hacer su 'laudatio' al presidente del Consejo Consultivo de Castilla y León, que dijo ser un privilegio para él, pues "en el profesor Rodríguez-Zapata se aúnan el ejercicio de la función consultiva, la jurisdiccional y la labor académica al más alto nivel". Fue un honor que aceptara la invitación para inaugurar esta Jornada. El profesor Rodríguez-Zapata es un verdadero jurista, no sólo de formación sino de experiencia; que no escatima en acudir al pensamiento clásico para construir sus saberes y cuya solidez intelectual se añade a la dedicación al Estado, a la Constitución y al Derecho.

En su trayectoria académica y profesional, se muestra próximo a los problemas teóricos del Estado y del Derecho Constitucional, pero, también, es proclive a plantear y a participar en su solución práctica. Con el aval de una depurada técnica jurídica, aporta contribuciones siempre originales ante el diagnóstico de las cuestiones principales, también del Derecho internacional o del Derecho contencioso-administrativo.

La originalidad destaca en sus trabajos; cualidad, a la que se añade la valentía para expresar el pensamiento, siempre asentado en un profundo conocimiento histórico y comparado. Su doctrina está llena de intuición y de prospectiva, entrelazando el pasado y el futuro, con el ánimo de ensamblar la dogmática jurídica y la práctica del Derecho. Como lo hace en *Sanción, promulgación y publicación de las leyes* (1987), libro en el que convierte para el lector especializado en atractiva una materia tan técnica como el procedimiento legislativo, al descubrir su procedencia como costumbre de origen inglés

y considerar al protagonista de la sanción, el Rey, como vértice o cúspide de todo el sistema.

El ambiente de estudio que encuentra en la Universidad de Bolonia, en torno al Colegio de los Españoles y al 'Istituto di Diritto Comparato ítalo-ibero-americano', marca sus inicios en la carrera académica; que confirma con el título de Doctor en Derecho con Premio Vittorio Enmanuel II. Su estancia en Italia le permitirá conocer a los grandes maestros del Derecho público italiano de la época.

Una de sus primeras publicaciones, allá por el año 71 en la Revista de Estudios Políticos, refleja el debate sobre el fenómeno regional italiano. De la mano del maestro La Pérgola, la 'Crónica' expresa la posición doctrinal de profesores de altura académica en el campo del Derecho Público: nombres como los de Giannini, Roversi Monaco, Galgano y otros, como Sandulli, Mortati o Crisafulli, contagiarán al 'giovanotto Zapata' del saber jurídico-constitucional. Con tal magisterio no es casualidad que en 1976 publique *Constitución, Tratados Internacionales y sistema de fuentes del Derecho,* materia sobre la que años más tarde advertirá el impacto de las exigencias de la Unión Europea sobre los principios que rigen el sistema de fuentes en los Estados de la eurozona. Pero, ya por entonces le había entrado "el bacilo académico contraído en su juventud, enfermedad contagiosa y poco curable", como él mismo reconoce.

En su etapa como letrado del Consejo de Estado y después como letrado del Tribunal Constitucional publica *Teoría y práctica del Derecho Constitucional*, libro en el que descubrimos una construcción novedosa del Derecho Constitucional, asentada en el método técnico-jurídico. Así, cuando se refiere a los elementos del Estado lo hace con el rigor que exige la Teoría del Estado y el estudio de los *fragmentos* de Jellinek. Dice de los territorios del Norte de África que no es que sean *de* España, sino que *son España*; y cuando aborda el estudio de los derechos fundamentales y las libertades públicas no escatima la referencia a textos bíblicos y documentos históricos, para concluir que son expresión de "una cultura democrática que ennoblece al Derecho Constitucional como técnica de la libertad".

Tras su experiencia americana como profesor visitante del *College* de Virginia, que prolongó durante unos años explicando *Comparative judicial and Constitutional review*, accede a la Sala 3ª del Tribunal Supremo, primero como Magistrado (desde 1991 a 2002) y. años después (desde 2012), como presidente de su Sección de derechos fundamentales, que fue precisamente la que se ocupó de los asuntos covid en plena pandemia. En los nueve años que ejerció como Magistrado del Tribunal Constitucional (desde 2002 hasta enero de 2011), proyectó su profundo y extenso conocimiento del Derecho al texto de las Sentencias, en especial en las que fue ponente, y al de los votos particulares emitidos. *Dialogue entre juges* (sesión de apertura del año judicial 2007 en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de Estrasburgo), *Derecho procesal administrativo* o *Fundamentos de lo contencioso-administrativo* son títulos que culminan, por hoy, una dilatada vida académica de preocupación por el Estado, también como servidor público.

Sus reflexiones quedan igualmente impresas en la extensa colaboración en los medios de comunicación, con lenguaje claro y estilo propio no falto de humor incisivo junto a citas de historia del pensamiento político. Hoy sigue manteniendo una activa presencia como Académico de número en la Real Academia de Doctores de España. Desde la Sección de Derecho que preside, le preocupan las consecuencias derivadas del

covid, de nuevo para el Estado. Los últimos años ha dedicado sus horas a reflexionar sobre las implicaciones y consecuencias jurídicas de las decisiones políticas y jurisdiccionales tomadas para hacer frente a la crisis pandémica.

Su "espíritu conciliador y de servicio desinteresado al Estado" (en palabras de Juan José González Rivas, expresidente del Tribunal Constitucional), trae causa de la humildad alejada de personalismos; humildad que le induce a reconocer que la claridad de los conceptos que ha trasladado a la jurisprudencia la ha "aprendido de sus alumnos"- son sus palabras-.

III. APERTURA DE LA JORNADA TÉCNICA.

Tras la conferencia del Prof. Rodríguez-Zapata, se abrió la Jornada técnica con unas palabras introductorias del coordinador de la misma, en las que puso de manifiesto que a fecha de su celebración, en los órganos consultivos todavía era incipiente la apertura de expedientes abiertos sobre reclamaciones de responsabilidad patrimonial por coronavirus. El número de dictámenes emitidos no era todavía significativo. Los ponentes hicieron mención y debate de los casos que, en vía de reclamación, habían llegado a los consejos autonómicos y al Consejo de Estado. A fecha de cierre de esta crónica, al Consejo Consultivo de Castilla y León se habían solicitado 90 dictámenes, la mayor parte relacionados con perjuicios a la actividad económica (vid. Píriz, 2022).

Era un momento inicial de exigencia de responsabilidad patrimonial, por parte de los afectados, que ha ido incrementándose con el paso del tiempo y es esperable que, en los próximos años, llene de dictámenes los archivos de la función consultiva. Tampoco a fecha 31 de diciembre de 2021, la covid-19 había tenido impacto perceptible en las sentencias de los tribunales. La muestra del último Informe sobre Justicia Administrativa-2022 así lo confirma (p. 183).

El coordinador de la Jornada insistió en que este es un tema de gran interés para el mundo del Derecho. Las controversias jurídicas que genera tienen escasos precedentes y sugiere un debate jurídico teórico y de relevancia práctica, al que intentó dar respuesta la Jornada. Las reclamaciones que se avecinan y los diversos "escenarios" en que se han provocado daños a las personas, derechos, bienes e intereses hacen que el entendimiento del Derecho emanado durante la pandemia sea un reto: primero, por las dudas interpretativas a que nos puede llevar su aplicación práctica en los dictámenes de la función consultiva; además, es útil para comprender las líneas de acción procesal que tomarán los letrados de los particulares reclamantes; y también servirá para conocer la posición de la Administración en relación con las reclamaciones de responsabilidad patrimonial por covid.

Recordó, con carácter introductorio, que el relato histórico-jurídico de la pandemia ha dejado momentos, decisiones políticas y situaciones jurídicas que después fueron recordadas a lo largo de la Jornada. No solo por lo atropellado de los acontecimientos y de las medidas adoptadas para hacer frente a la pandemia, sino porque de ello se pueden extraer conclusiones dignas de ser tenidas en cuenta de cara al futuro. Creo –afirmó- que fue un enjambre de decisiones públicas en un contexto de difícil aprehensión y comprensión jurídica, de cuya crónica solo podemos hacer un apunte.

Finalizó sus palabras de apertura de la Jornada refiriéndose a la casuística casi interminable de situaciones y consecuencias derivadas de la crisis pandémica. Plantearse, en general, –dijo- cuestiones como la magnitud de la pandemia en sus

primeras semanas y la aplicación de la fuerza mayor; la antijuridicidad del daño y el deber ciudadano de soportarlo; el estado y conocimiento de la ciencia; la 'pérdida de oportunidad'; los daños desproporcionados o el sacrificio indemnizable; o, más en particular, la afección de los profesionales sanitarios, también en cuanto a sus obligaciones laborales; o los efectos sufridos por los tratamientos sanitarios o su falta, o por los retrasos diagnósticos, por ejemplo. O, por otro lado, la ocupación y requisa temporal de fábricas, la intervención de hoteles, empresas, etc., el cierre de establecimientos por motivo de la covid, la pérdida del negocio o su desequilibrio económico; o la responsabilidad patrimonial no indemnizable; significa abordar asuntos que, sin ánimo de exhaustividad, han llegado y llegarán para su dictamen a los expedientes de los consejos consultivos autonómicos y del Consejo de Estado.

El diseño jurídico y las características de la responsabilidad patrimonial fueron expuestos y debatidos a lo largo de la Jornada en las distintas intervenciones de los ponentes. Se puede decir que todos ellos coincidieron con la posición que, en general, mantiene la doctrina: que las reglas, principios generales y requisitos previstos en la legislación sobre responsabilidad patrimonial, así como la construcción jurisprudencial y doctrinal asentada durante decenios, son suficientes y válidas para dilucidar cuándo la Administración puede ser considerada jurídicamente responsable por los daños y perjuicios causados a los particulares por las medidas adoptadas u omitidas durante la emergencia sanitaria de la pandemia.

En fin, creo que los “ecos” de la Jornada han demostrado que las reflexiones que en ella se expresaron están sustentadas en la doctrina científica, la doctrina de los órganos consultivos y la jurisprudencia; y sirven para recordar y reconocer la contribución de los ponentes e intervinientes en la misma. Mi gratitud expresa a la Revista Española de la Función Consultiva, por su publicación.

RETOS DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA ANTE LA COVID-19

JORGE RODRIGUEZ-ZAPATA

Magistrado emérito del Tribunal Constitucional
Letrado del Consejo de Estado
y antiguo Magistrado presidente de la Sección Cuarta
de la Sala Tercera del Tribunal Supremo

Sumario:

I. PALABRAS DE INTRODUCCIÓN
II. LA ACTIVIDAD PRELEGISLATIVA.
III. LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA
IV. LAS RECLAMACIONES DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS POR LA GESTIÓN DE LA CRISIS PROVOCADA POR EL COVID-19

I. PALABRAS DE INTRODUCCIÓN

Ante todo, expreso mi agradecimiento al Excmo. Sr. presidente del Consejo Consultivo de Castilla y León, profesor Agustín Sánchez de Vega, por sus palabras de presentación. Suponen para mí un nuevo lazo que se añade a los largos años de amistad y de experiencias universitarias compartidas en muchos lugares, desde Italia hasta Salamanca. Mi aprecio por su talla intelectual queda sobrepasado desde hoy por la gratitud por la invitación a esta importante Jornada y por su muy amable presentación, que justifico en la subjetividad de un buen amigo, que comparto.

Me siento honrado de participar con las autoridades que nos acompañan y con todos Vds., en esta prestigiosa institución consultiva y en este marco inigualable.

La situación de crisis sanitaria ocasionada por la infección de lo que conocemos por el acrónimo COVID-19 ("*Coronavirus Disease, 2019*") ha sido la más grave que hemos sufrido durante la vigencia de la Constitución de 1978.

En los tiempos difíciles de pandemia las personas se encuentran en un estado mental de temor aleatorio a la enfermedad y a la muerte. Provoca una sensación general de indefensión que aconseja a volver la mirada a la protección de derechos que presta nuestra Constitución de 1978 y al derecho a la protección de la salud del artículo 43.1 de la misma, así como a la cobertura institucional de la Unión Europea.

El derecho a la salud no es un derecho fundamental en sentido propio, sino un principio rector de la política social y económica. Se encuentra en el capítulo III del

título I de la Norma Fundamental, dentro de lo que son doctrinalmente normas programáticas y el apartado 2 del artículo 43 exige que la actuación de los poderes públicos se dirija necesariamente a «*organizar y tutelar la salud pública través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios*».

Desde su sentencia 139/2016, de 21 de julio, —medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud— el Tribunal Constitucional advierte que el legislador ordinario tiene libertad de configuración en materia de sanidad, pero que ésta se ve modulada, a su vez, por la necesidad de establecer las medidas preventivas, las prestaciones y los servicios necesarios para garantizar el derecho a la salud de todos. En ese sentido el artículo 43.2 de la Constitución *obliga a mantener actualizadas las leyes sanitarias* para atender a una posible, aunque no sea deseada, repetición de las penosas circunstancias de crisis por la que hemos atravesado.

La pandemia de la Covid-19 ha planteado en todos los Estados democráticos una *repentina resurrección de los llamados poderes de emergencia* en Derecho constitucional, en términos que eran desconocidos desde la mal llamada «gripe española» en la primera guerra mundial.

Así lo ha entendido el Consejo de Estado francés, que ha recordado, en la pandemia reciente, aquella época de 1918 en la que los poderes de policía general del presidente de la República pudieron derogar excepcionalmente las reglas normales de los actos administrativos, ya que las circunstancias lo exigían en forma absoluta y autorizar medidas importantes de restricción del desplazamiento, el confinamiento dentro de los domicilios, con excepciones enumeradas y debidamente justificadas.

Con la pandemia el control parlamentario ha desfallecido en muchas formas de gobierno parlamentarias y el *Derecho constitucional de crisis* ha dado un poder exorbitante a los Gobiernos, de encaje difícil en ocasiones con la regulación de las situaciones de emergencia, como las que ofrece el artículo 116 de la Constitución Española de 1978.

Hemos sufrido tres estados de alarma en España durante la crisis de la Covid-19.

El primero (RD 463/2020, de 14 de marzo) duró hasta el 21 de junio de 2021, con seis prórrogas.

El segundo estado de alarma (RD 900/2020, de 9 de octubre) afectó únicamente a nueve municipios de la Comunidad de Madrid, en los que se prohibió entrar o salir durante quince días, hasta el 24 de octubre de 2020, sin que se sepa de su prórroga o de su constitucionalidad.

El tercer estado de alarma se dictó por el RD 926/2020, de 25 de octubre de 2020 con vigencia hasta el 9 de noviembre, modificado y prorrogado por el RD 956/2020, que duró hasta el 9 de mayo de 2021. Dio paso posterior a limitaciones de derechos muy polémicas por parte de las Comunidades Autónomas.

Estas situaciones de crisis plantean múltiples retos a la función consultiva, representada por el Consejo de Estado, los Consejos consultivos autonómicos y otros órganos tradicionales, entre los que no quiero olvidar a las Reales Academias, especializadas en conocimientos imprescindibles en esta época como medicina, farmacia, veterinaria, o varias de estas ciencias al mismo tiempo. Nuestro Manuel

Colmeiro, en su conocido «*Derecho administrativo español*» de finales del siglo XIX ya ponderaba el papel de las Reales Academias como *órganos consultivos del Gobierno*. En esta época en la que tanto se discute y se valora la opinión de los expertos habría sido muy pertinente recurrir a su consejo, que no es jurídico sino técnico y que procede, además, de corporaciones de Derecho público que reflejan una visión objetiva, ajena a los intereses de partido.

Pero voy a centrarme en el Consejo de Estado y los Consejos consultivos autonómicos; ceñiré mi intervención en el tiempo de que dispongo a examinar tres cuestiones de interés que me sugiere mi experiencia profesional en esta materia de la Covid-19. Las tres se orientan en un examen de futuro, que pretende mejorar nuestra respuesta en caso de que se repita, aunque sea del todo indeseable, una situación similar a la que hemos sufrido.

Son esas cuestiones: La función prelegislativa, la buena administración en el ejercicio de la potestad reglamentaria y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por la gestión de la crisis provocada por el Covid-19.

Las dos primeras convergen en forma necesaria en la última porque el descuido de ellas puede desembocar en una clara responsabilidad patrimonial del Estado o, dada la experiencia de los pasaportes Covid, de la misma Unión Europea. Habrá un antes y un después en la Unión Europea en esta materia de responsabilidad patrimonial por Covid-19; son varias las sentencias españolas que contemplan ya en forma expresa la situación en Derecho comparado al examinar casos de responsabilidad. Sin perjuicio del máximo respeto a la Sección Quinta de la Sala Tercera de nuestro Tribunal Supremo, a la que corresponde fijar doctrina, me voy a permitir recordar el «*test caparo*», del common law, que habla de previsibilidad y de criterios de justicia. En cualquier caso; las tres cuestiones que voy a tratar son tres retos para la función consultiva, que se han puesto de manifiesto como consecuencia de la gestión de las sucesivas oleadas de la Covid-19 que hemos sufrido hasta ahora.

II. LA ACTIVIDAD PRELEGISLATIVA.

Vittorio Emmanuele Orlando defendió que el Consejo de Estado ejerce en Italia una *función pretoria*, en cuanto promueve y favorece la evolución del Derecho con la sabiduría que le da la experiencia en su aplicación.

En España, esa *función pretoria* es la que, tras la reforma de la ley orgánica del Consejo de Estado por la ley orgánica 3/2004, de 28 de diciembre, expresa hoy que el Consejo de Estado actúa *en Comisión de Estudios*, además de en Pleno o en Comisión Permanente, como lo ha hecho tradicionalmente (artículo 3.1 de la LOCE) y la que justifica que en el seno del supremo órgano consultivo se nombren ponencias especiales o que se formen grupos de trabajo para realizar estudios, informes, memorias (artículo 13, apartados 4 y 5 de la LOCE) o, no se olvide, se eleven mociones al Gobierno (artículos 119 a 121 del Reglamento orgánico del Consejo de Estado).

Esa *potestad de moción* al Gobierno ha sido la que, desde antiguo, ha permitido manifestar el inmenso caudal de experiencia del Consejo de Estado, que se manifestó luego en las recomendaciones que se contienen en las memorias anuales del Consejo de Estado.

Ese perfil se extiende a los Consejos Autonómicos. Por limitarnos al Consejo Consultivo de Castilla y León, que nos acoge en esta jornada, el artículo 4 de su Ley

reguladora establece el dictamen preceptivo del Consejo Consultivo para los anteproyectos de ley, así como la posibilidad de consulta facultativa, en su artículo 5, respecto de asuntos de especial trascendencia y repercusión, recogiendo el artículo 17 de su reglamento de organización y funcionamiento que además de las competencias de dictamen que le atribuye la ley reguladora, el Pleno del Consejo Consultivo podrá hacer, en los asuntos de su competencia, mociones o recomendaciones que coadyuven a un mejor funcionamiento de la Administración.

La *función pretoria* de la que gozan nuestros órganos consultivos debe ser empleada para abordar las reformas legislativas que derivan de la pandemia, en cumplimiento de lo que exige a todos los poderes públicos el artículo 43.2 de la Constitución.

La declaración de pandemia por la Covid-19 estableció en España un auténtico *Derecho constitucional de excepción* en el que se recurrió en forma continuada y peligrosa al artículo 116 de la Constitución, que contempla los estados de alarma, excepción y sitio.

Las sentencias del Tribunal Constitucional 148/2021, de 14 de julio, 168/2021, de 5 de octubre y 183/2021, de 27 de octubre han sentado doctrina, y han puesto de manifiesto la clara insuficiencia de la ley orgánica 4/1981, de 1 de junio —de los estados de alarma, excepción y de sitio— así como la necesidad de reformarla para precisar, a la luz de la experiencia sufrida, cuáles son las medidas que pueden adoptarse en cada uno de los estados que contempla; el tiempo máximo de duración del estado de alarma y de cada una de sus prórrogas así como desarrollar con la máxima precisión y claridad cuáles son los mecanismos de control que son imprescindibles por parte del Congreso de los Diputados.

El ejercicio de la función de control parlamentario es imprescindible en nuestro Estado social y democrático de Derecho, como muestra la STC 168/2021, de 5 de octubre. La reforma inaplazable de la ley orgánica 4/1981 debería dar lugar a normas de garantía que contemplasen los acontecimientos que pueden dar lugar a la declaración de cada estado y a la obvia posibilidad de declarar al mismo tiempo alarma y excepción, por ejemplo, lo que niega la razón a las voces que se apresuraron a criticar en forma muy superficial la Norma Fundamental, olvidando que el artículo 116 de la CE no se puede modificar sin afectar al artículo 55.1 de la misma y que sus críticas no han aportado mucho al debate más importante para nuestros derechos fundamentales surgido desde 1978.

Una situación de pandemia que ha afectado a toda la Unión Europea hará también conveniente estudiar la situación atípica conocida vulgarmente como «*cogobernanza*». Tropieza ésta en forma frontal con el principio de que las competencias constitucionales son irrenunciables y deben ejercerse precisamente por quien las tiene atribuidas, sin que se pueda abandonar su ejercicio en ningún caso en el Estado autonómico o, como se ha advertido también en esta pandemia, aunque a la inversa, en el Estado federal alemán.

Habrá que despejar la constitucionalidad y la conveniencia de un traslado a las Comunidades Autónomas de la responsabilidad de hacer frente a la Covid-19.

Las dificultades de los primeros momentos y el colapso de algunos servicios sanitarios obligarán a definir con precisión el alcance de las competencias reservadas al

Estado en materia de <bases y coordinación general de la Sanidad> por el artículo 149.1 16ª de la Constitución.

Por último, la actualización de la legislación sanitaria debe llevar a una mayor precisión, singularmente, de la ley orgánica 3/1986, de medidas especiales en materia de Salud Pública y de las leyes ordinarias que no han previsto una situación como la sufrida con el Covid-19, ni que podamos afrontarla sin la declaración de estados excepcionales, para resolver las innumerables dudas de interpretación que se han producido y colmar las lagunas que se han detectado en nuestra legislación. Así lo ha recomendado la Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de guardia durante toda la situación de excepción por la Covid-19, en varias resoluciones firmes y se ha manifestado como necesidad en todos los casos que ha tenido la oportunidad de resolver.

Es paradójico, por ejemplo, que las cuarentenas que se regulaban en la Ley sobre el servicio General de la Sanidad de 28 de noviembre de 1855 carecieran de previsión normativa ciento setenta años después, cuando se declaró la crisis de la Covid-19. Es chocante la vacunación de toda la población, sin una cobertura normativa que haya amparado una situación de obligación de hecho, que podría derivar en responsabilidad.

La seguridad jurídica exige que se concreten con el mayor detalle posible cuáles son las medidas que se pueden adoptar en forma que evite las dolorosas circunstancias que acabamos de vivir.

Así nos lo muestra el intento fallido de atribuir a las Salas de lo contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia competencias consultivas, que se ha saldado con la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de la reforma del artículo 10.8 de la LJCA por la sentencia del Tribunal Constitucional 70/2022, de 2 de junio.

En el caso *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, de 1952, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos declaró que el presidente Truman no podía expropiar la producción de acero en ejercicio de sus poderes extraordinarios para impedir una huelga del metal, pretextando que necesitaba el acero para la guerra de Corea. En un voto concurrente a esa sentencia el juez Frankfurter dijo que la democracia era el reino de la razón en su mayor escala, pero que los constituyentes no habían hecho que el poder judicial fuese el supervisor general de los demás poderes, excepto en aquellos casos en que hubiese una controversia particular o litigio concreto ante ellos.

La STC 70/2022, al declarar inconstitucional y nulo el artículo 10.8 de la LJCA y el control judicial que establecía, como competencia contraria al principio de división de poderes, revela la actualidad de esta doctrina y el acierto del voto particular concurrente del juez Frankfurter. Los tribunales jurisdiccionales están lejos en España de las competencias consultivas, que solo conservan en Europa órganos similares al Consejo de Estado francés y nunca en sede jurisdiccional.

El Derecho constitucional de crisis que hemos sufrido durante la pandemia obliga en fin a introducir las reformas legislativas necesarias para prever y evitar al máximo los supuestos de colisión que se producen en crisis sanitarias entre el derecho fundamental a la integridad física (que dimana del derecho a la salud) y otros derechos

fundamentales troncales que han estado afectados por la pandemia, como la vida la libertad individual, la libertad de circulación o la libertad religiosa.

La omisión por los poderes públicos de la actualización legislativa puede valorarse en el futuro como un índice para exigir la responsabilidad patrimonial del Estado, en caso de que las reformas que exige el artículo 43.2 de la CE no se introduzcan.

III. LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA

Tras la activación de las potestades prelegislativas del Consejo de Estado, o del Consejo Autonómico de esta Comunidad Autónoma, resulta un reto ineludible para la función consultiva mantener su ejercicio efectivo en supuestos en los que la intervención del Consejo de Estado o de los Consejos autonómicos deba ser preceptiva, aunque nos encontremos en una situación de pandemia.

La realidad constitucional de nuestros Consejos consultivos autonómicos muestra que la función consultiva no está monopolizada por el Consejo de Estado.

La existencia de los Consejos Autonómicos es hoy sin duda un índice de lo que la doctrina enuncia hoy como *principio de buena administración*. Es de especial relieve en tiempos de pandemia que se mantenga el ejercicio de las funciones consultivas en tiempos de crisis porque la intervención del Consejo de Estado, o de un Consejo autonómico, es un control a poderes exorbitantes del poder ejecutivo con un consejo independiente que se ejerce dentro del propio poder ejecutivo, lo que dota de una mayor seguridad jurídica a las decisiones y potencia su legitimidad en Derecho y a efectos de su control posterior ante los Tribunales.

Conviene detenerse algo en esta materia. Los Consejos consultivos entroncan con la competencia de autoorganización autonómica que dimana en última instancia del artículo 148.1.1ª de la CE y que puede, o no, estar garantizada en el Estatuto de Autonomía.

En el ejemplo que he escogido, el artículo 33 de la Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León establece el Consejo Consultivo en términos homogéneos al artículo 107 de la Constitución para el Consejo de Estado. Dogmáticamente ambos órganos consultivos encajan como órganos de relieve constitucional o estatutario y de carácter necesario, en el sentido de que sus leyes reguladoras pueden ser modificadas y sustituidas por otras, pero nunca derogadas o abrogadas pura y simplemente, como expresó la doctrina del propio Consejo de Estado en numerosos dictámenes.

Sin embargo, si se atiende a los elementos originales del sistema, los Consejos Autonómicos tienen su encaje dogmático exacto en las garantías esenciales que rigen en el seno del procedimiento administrativo y que han impuesto una descentralización de la función consultiva, porque resultan transversales a la distinción entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

El encuadramiento dogmático correcto de la necesidad de intervención de un órgano consultivo en los supuestos de Derecho autonómico no radica sólo en que la potestad de autoorganización autonómica determine, o no, la existencia del órgano consultivo, sino en las garantías que el procedimiento administrativo común tiene establecidas no sólo en el interés propio de la Administración que consulta sino en el

interés público general y objetivo a la legalidad de la actuación administrativa, así como en la defensa de los derechos de los administrados. La STC 55/2018, de 24 de mayo, –Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas– no ha cambiado las cosas, respecto de lo que son las competencias del Estado, al menos para los temas que examino y desde luego ese era el sentir doctrinal general en el momento en el que se promulga la Ley orgánica del Consejo de Estado, que me voy a permitir recordar.

Así resulta, en efecto, del proyecto de ley orgánica del Consejo de Estado de 1980, remitida a las Cortes Generales tras una iniciativa prelegislativa del propio Consejo de Estado, donde se formó una ponencia especial prelegislativa –en el sentido que acabo de auspiciar– presidida por el consejero permanente de Estado don Luis Jordana de Pozas, en la que tuve el honor de participar y a la que se debe la orientación actual de la normativa vigente.

El texto del artículo 23, correspondiente al actual artículo 24 de la LOCE, establecía textualmente que: «*Las Comunidades Autónomas podrán, por conducto del presidente del Gobierno, solicitar dictamen del Consejo de Estado, bien en Pleno o en Comisión Permanente, en aquellos asuntos en que, por la especial competencia o experiencia del mismo lo estimen conveniente*». La justificación de esta disposición expresaba en la presentación del anteproyecto al Gobierno y a las Cortes (*Consejo de Estado, Trabajos parlamentarios, Cortes Generales, 1980, p. 8*) que las Comunidades Autónomas en el ejercicio de potestades propias y no delegadas no vienen obligadas a requerir dictamen del Consejo de Estado porque éste es fundamentalmente asesor del Gobierno y de la Administración Central.

Esta orientación acogía la tesis del dictamen 1/74, de 11 de julio de 1974, emitido por el *Consiglio di Stato* italiano que era contrario a que las Regiones de Estatuto ordinario, que acababan de ponerse en marcha en Italia, pudiesen pedir dictamen del *Consiglio di Stato*. Sin embargo, a lo largo de la tramitación parlamentaria en España del proyecto de nuestra Ley del Consejo de Estado, el Consejo de Estado italiano rectificó radicalmente esa posición y en el dictamen de su *Adunanza Generale* de 20 de marzo de 1980, consideró que el *Consiglio di Stato* italiano debía ser considerado un órgano de todas las Administraciones Públicas, por su colocación en el Estado-ordenamiento como un órgano general.

Este cambio de criterio radical del *Consiglio di Stato* determinó que, en forma paralela, y casi contemporánea, se presentase en el Senado de España una enmienda al proyecto (Consejo de Estado, Trabajos parlamentarios, Cortes Generales, 1980, p 141) que fue aprobada y pasó al texto definitivo de la Ley y estableció que «*El dictamen será preceptivo para la Comunidades en los mismos casos previstos en esta Ley para el Estado cuando hayan asumido las competencias correspondientes*» La reforma de la ley orgánica 3/2004 ha establecido con un retoque el texto actual según el cual «*El dictamen será preceptivo para las comunidades autónomas que carezcan de órgano consultivo propio en los mismos casos previstos por esta ley orgánica para el Estado, cuando hayan asumido las competencias correspondientes*».

Se acoge con este retoque la doctrina del Tribunal Constitucional en las SSTC 56/1990, de 29 de marzo y 204/1992 que Vds. conocen y se permite que los órganos consultivos propios de las Comunidades Autónomas se inserten hoy

constitucionalmente tanto en el artículo 149.1. 18ª de la CE como en la garantía de estatutoriedad que ofrecen Estatutos de Autonomía como el de Castilla y León.

Para respetar la autonomía de las Regiones italianas, la única posibilidad constitucional de que el dictamen se produjese en los procedimientos regionales con intervención del *Consiglio di Stato* era lo que se afirmó doctrinal y expresivamente en Alemania como «préstamo de órganos» (*Organleihen*), o lo que en Italia denominó el profesor Feliciano Benvenuti la «Administración impropia».

La sentencia de nuestra Sala Tercera del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1992 en un recurso promovido por el Colegio Oficial de Médicos de Asturias (*ECLI:ES:TS: 1992:16445*) se dictó en un momento en el que en Asturias no existía un Consejo Consultivo con las características que lo harían homologable al Consejo de Estado y, en esa situación, el Tribunal se inclinó por la solución de una interpretación conforme a la Constitución.

Se hizo eco así de estas construcciones del Derecho comparado para estimar un recurso en el que no se había consultado al Consejo de Estado. Se dijo en ella que, mediante las técnicas, acuñadas en ordenamientos basados también en la existencia de una división vertical -o territorial- de poderes, es posible que un órgano del Estado sea utilizado por una Comunidad Autónoma que quiere evitar una duplicación organizativa y burocrática que estima no necesaria devenga, para la función que realiza, órgano autonómico, aunque pertenezca a la organización del Estado.

Pero al mismo tiempo la jurisprudencia marcó las características que debían tener los Consejos consultivos autonómicos para ser homologables al Consejo de Estado central. Como recuerda la sentencia que acabo de citar, para entender cumplida por un órgano consultivo autonómico la garantía de legalidad que, tanto para el Estado como para las Comunidades Autónomas, rige en el ordenamiento jurídico estatal, es necesario que el órgano consultivo autonómico que haga las veces del Consejo de Estado ostente una posición institucional frente al órgano que asesora homogénea a la que presenta el Consejo de Estado frente al Gobierno de la Nación.

Hoy en día no son necesarias esas construcciones, pero deben recordarse para subrayar que la intervención de un órgano consultivo en forma previa a la expedición de un reglamento ejecutivo sigue siendo un requisito de orden público en la jurisprudencia. ¿Qué ha ocurrido durante la pandemia de la Covid-19?

Volviendo a la época actual, el párrafo 2 del artículo 4.3 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, de declaración del primer estado de alarma cercenó de raíz esa participación del Consejo de Estado en la elaboración de los reglamentos de desarrollo de la Ley – o en este caso, como era lógico, del propio Real Decreto de estado de alarma- al disponer que «*no será precisa la tramitación de procedimiento administrativo alguno*» (*sic*) para expedir la impresionante cascada de órdenes ministeriales que se dictaron durante el estado de alarma.

La experiencia del estado de alarma declarado como consecuencia de la crisis de los controladores aéreos, que dio lugar a la STC 83/2016, de 28 de abril, excluyó la declaración misma del estado de alarma, aunque está declarada por un Real Decreto, del control jurisdiccional de los tribunales de lo contencioso-administrativo.

Se trata de una decisión discutible, pero que fue confirmada por el Tribunal Constitucional en sus últimas sentencias sobre el estado de alarma. Creo que debería ser

corregida en la modificación legislativa de la Ley orgánica 4/1981 que acabo de auspiciar, porque hace retroceder muy gravemente las garantías de nuestro Estado de Derecho en favor de los administrados en el momento en el que deben exigirse en forma muy meticulosa.

El FJ 10 de la STC 83/2916 justifica que un Real Decreto de declaración de estado de alarma tiene fuerza de ley, y por ello no puede ser controlado por los tribunales del orden contencioso-administrativo con la siguiente declaración, en la que subrayo una parte importante:

«*La decisión gubernamental por la que se declara el estado de alarma no se limita a constatar el presupuesto de hecho habilitante de la declaración de dicho estado, esto es, la concurrencia de alguna o algunas de las situaciones o "alteraciones graves de la normalidad" previstas en la de la Ley Orgánica 4/1981que pueden dar lugar a la proclamación del estado de emergencia, ni se limita tampoco a la mera la declaración de éste.*

La decisión gubernamental tiene además un carácter normativo, en cuanto establece el concreto estatuto jurídico del estado que se declara. En otras palabras, dispone la legalidad aplicable durante su vigencia, constituyendo también fuente de habilitación de disposiciones y actos administrativos. La decisión gubernamental viene así a integrar en cada caso, sumándose a la Constitución y a la Ley Orgánica 4/1981, el sistema de fuentes del derecho de excepción, al complementar el derecho de excepción de aplicación en el concreto estado declarado.[…] La propia Constitución, y la ley reclamada por el art. 116.1 CE para desarrollar sus previsiones, habilitan los efectos jurídicos que sobre la legislación en vigor antes de la declaración, incluidas las normas con rango de ley, tiene o puede tener la decisión gubernamental que, revistiendo la forma de decreto del Consejo de Ministros, proclama el estado de alarma. Así pues, aunque formalizada mediante decreto del Consejo de ministros, la decisión de declarar el estado de alarma, dado su contenido normativo y efectos jurídicos, debe entenderse que queda configurada en nuestro ordenamiento como una decisión o disposición con rango o valor de ley. Y, en consecuencia, queda revestida de un valor normativo equiparable, por su contenido y efectos, al de las leyes y normas asimilables cuya aplicación puede excepcionar, suspender o modificar durante el estado de alarma».

Cierto es que se consultó con el Consejo de Estado, el cual dictaminó en el informe 615/2020, de 25 de octubre, sobre el tercer estado de alarma, que fue el declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, pero la mayor parte de las impugnaciones sobre la primera declaración del primer estado de alarma habrían tenido un sentido más clarificador si no se hubiera entorpecido la labor jurisdiccional del Tribunal Supremo, en un control que, en mi opinión, no le debería haber sido hurtado, máxime cuando un órgano como el Tribunal Constitucional no ha tenido la flexibilidad que ha ostentado la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que no dejó de reunirse en forma telemática y resolver con celeridad todas las impugnaciones que se produjeron durante la pandemia.

En una previsión de futuro los Reales Decretos de declaración del estado de alarma deberían ser enjuiciables por la jurisdicción del orden contencioso-administrativo para evitar los daños que provoca la demora en resolver que suele caracterizar a los Tribunales Constitucionales.

Si además consideramos la asombrosa sucesión de normas dictadas —bajo la forma de farragosas órdenes ministeriales— sin dictamen del Consejo de Estado entiendo que la excepción no puede ampararse en los «*reglamentos de necesidad*», que permitirían omitir la intervención del Consejo de Estado y considero que los principios de buena regulación y de calidad normativa, que defiende la última doctrina, aconsejaban la intervención del Alto Cuerpo consultivo o, en su caso, de los Consejos autonómicos, para encontrar el equilibrio entre las exigencias de la sanidad y los derechos fundamentales que exige nuestro Estado social y democrático de Derecho.

Ningún recurso, de los interpuestos ante el Tribunal Supremo durante la vigencia de los estados de alarma denunció esta cuestión, quizá por la tajante declaración que anteriormente he recordado, y esa situación dio origen a una situación claramente insatisfactoria para la garantía de los derechos fundamentales en nuestro Estado social y democrático de Derecho.

La reforma de la Ley orgánica 4/1981 debería dejar claro este extremo, a efectos futuros de una repetición indeseada e indeseable a la experiencia sufrida.

Por último, la impronta de la Unión Europea en la situación Covid-19, con su compromiso con los valores democráticos que la inspiran y que tiene previstos 750.000 millones de euros en los Presupuestos europeos 2021 a 2027 para la reconstrucción de la economía europea también debe reflejarse en su aplicación práctica dentro de las competencias consultivas de nuestro Consejo de Estado en la aplicación del Derecho de la Unión.

IV. LAS RECLAMACIONES DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS POR LA GESTIÓN DE LA CRISIS PROVOCADA POR EL COVID-19

El tercer reto para la función consultiva deriva del artículo 81.2 de la LPACAP 39/2015, de 1 de octubre, que establece imperativamente el dictamen preceptivo del Consejo de Estado o, en su caso, del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma cuando las indemnizaciones que se reclamen sean de cuantía superior a 50.000 euros o a la que se establezca en la correspondiente legislación autonómica, así como en aquellos casos que disponga la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado.

Para el caso de Castilla y León cuando las indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 6.000 € en el ámbito de la Administración autonómica y 3.000 € en el ámbito de otras administraciones públicas.

En línea de principio, los perjuicios sufridos como consecuencia de la situación de pandemia no son indemnizables en sí mismos. Esta afirmación es válida al menos para las primeras reclamaciones en las que el daño era imprevisible, sin perjuicio de que el funcionamiento posterior de los servicios públicos puede llevar a conclusiones distintas

En el apartado c) del FJ 11 de la STC 148/2021, de 14 de julio —*primer estado de alarma*—el Tribunal Constitucional modula con una atención máxima los efectos de su declaración de inconstitucionalidad parcial del estado de alarma que se declaró en el RD 463/2020, de 14 de marzo de 2020, con una atención que rara vez presta en casos similares.

Se declara en ese fragmento que las medidas de dicho estado de alarma eran –cito textualmente– «*medidas que los ciudadanos tenían el deber jurídico de soportar*» por lo que «*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*».

Esa cita del artículo 3.2 es en realidad una simple remisión al régimen general de responsabilidad, pero el Alto Tribunal precisa con gran cuidado que, «*la inconstitucionalidad parcial del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, no deriva del contenido material de las medidas adoptadas, cuya necesidad, idoneidad y proporcionalidad hemos aceptado, sino del instrumento jurídico a través del cual se llevó a cabo la suspensión de ciertos derechos fundamentales*». A lo cual añade –prosigue la sentencia– «*que, habiendo afectado la suspensión a la generalidad de la población, no resulta justificado que puedan atenderse pretensiones singulares de revisión fundadas exclusivamente en la inconstitucionalidad apreciada, cuando no concurran otros motivos de antijuridicidad. Entenderlo de otro modo pugnaría no solo con el principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) sino también con el de igualdad (art. 14 CE)*».

Volvamos ahora la mirada al artículo 32 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público 40/2015, de 1 de octubre, que, como Vds., saben, dispone:

«Los particulares tendrán 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**».**

Nos encontraríamos en el último supuesto

Por otra parte, si se incluyen los daños efectivos evaluables económicamente e individualizados con relación a una persona o grupo de personas la necesidad de individualización excluiría, *a contrario,* los daños provocados por medidas generales

El ciudadano tiene el deber jurídico de soportar las cargas generales. La antijuridicidad del daño se desprende de la no existencia de un título legítimo que justifique la carga irreversible impuesta. ¿Tiene el administrado el deber jurídico de soportar un acto declarado ilegal? Ya hemos visto el razonamiento inusualmente extenso del TC, que indica la orientación general.

La misma impresión se obtiene si atendemos a las limitaciones a la hostelería establecidas durante la vigencia de la pandemia por la Covid-19; resulta asimismo que el Tribunal Constitucional no las considera indemnizables.

Así se dice en el FJ 9 de la misma sentencia sobre las «medidas de contención en el ámbito de la actividad comercial, equipamientos culturales, establecimientos y actividades recreativas, actividades de hostelería y restauración, y otras adicionales».

El Tribunal desestima en ese punto la impugnación subrayando que «*cabe destacar que ni siquiera la demanda tacha estas reglas de desproporcionadas, con arreglo al tiempo y a las circunstancias de su adopción".* […] *"Tanto la decisión de suspender determinadas actividades empresariales con afluencia de clientes (número*

4), como la de hacer otro tanto respecto de la apertura al público de establecimientos, servicios o instalaciones (números 1 y 3) aparecen pues como idóneas y necesarias para frenar la expansión de la epidemia y revertir sus daños. Basta con remitirnos de nuevo a lo ya razonado, y con recordar que otros países europeos adoptaron medidas análogas por las mismas fechas». Concluyendo «*que se rechaza la pretensión de inconstitucionalidad formulada respecto a las medidas examinadas que, en la medida en que cuentan con suficiente respaldo constitucional, tienen capacidad para obligar tanto a los ciudadanos como a los poderes públicos (art. 9.1 CE), lo que se traduce en un correlativo deber de soportar dichas limitaciones, en atención a la gravedad de los bienes que se pretende proteger*».

Cierto es que esta afirmación está ceñida al primer estado de alarma. En el segundo –dejando aparte el que se declaró para nueve municipios de la Comunidad de Madrid, que también suscita reclamaciones– la respuesta se diversifica según las autoridades autonómicas delegadas, por lo que puede alterarse fácilmente el principio general sobre todo cuando nos encontremos ante un *sacrificio* de situaciones patrimoniales, distinto de su *limitación*. Sabido es que el *sacrificio* ataca derechos individuales concretos pertenecientes a individuos concretos mientras que *la limitación* afecta a los derechos en abstracto, con independencia de su pertenencia a titulares individuales concretos.

Además, el sacrificio puede estar legitimado por una norma que, en forma indirecta, presuponga daños imprevistos a los ciudadanos. Cuando el sacrificio esté legitimado por una necesidad absoluta y por una urgencia en defensa pública, lo está por un derecho de legítima defensa o estado de necesidad, del que resulta titular el Estado como cualquier otro individuo.

Ahora bien, la misma norma debe o puede prever una compensación que se fundamentará en la norma que la contempla y el fundamento ético último se encontrará en un principio de justicia distributiva, por el cual las medidas que benefician a una colectividad entera deben ser distribuidas proporcionalmente entre todos los miembros de esa colectividad y no beneficiar a uno solo ni perjudicar a los más débiles. Surgen así por ejemplo las figuras de los *ertes Covid*, las subvenciones, las ayudas o las suspensiones de plazos, la fuerza mayor o las cláusulas «*rebus sic stantibus*» en los contratos.

La experiencia de las impugnaciones jurisdiccionales formuladas durante la vigencia de los estados de alarma revela que los problemas se han provocado como consecuencia de la insuficiencia de la legislación, en las circunstancias que he expuesto antes, que puede ser disculpada jurisdiccionalmente en un primer momento, pero es injustificable más tarde a efectos de responsabilidad patrimonial.

Los recursos presentados desde la primera declaración de estado de alarma presentan una gran heterogeneidad en las impugnaciones originadas por las órdenes ministeriales a que me he referido, que tienen un fundamento poco explícito y razonable.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo declaró en forma inmediata que las referidas órdenes sí eran impugnables ante la jurisdicción ordinaria del orden contencioso-administrativo, con lo que se colmó en parte un déficit en las garantías de nuestro Estado de Derecho.

No ha habido una impugnación masiva por los recurrentes, lo que privó de la posibilidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad por la omisión de la consulta previa al Consejo de Estado o al Consejo autonómico correspondiente, para todas las disposiciones dictadas durante su vigencia. Tampoco se impugno esta cuestión específica en las impugnaciones al Tribunal Constitucional con lo que ha quedado imprejuzgada para el futuro la constitucionalidad o inconstitucionalidad del párrafo 2 del artículo 4.3 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, cuando dispuso que «*no será precisa la tramitación de procedimiento administrativo alguno*» para el desarrollo reglamentario de lo que ha sido un auténtico sistema de fuentes del Derecho paralelo al establecido en la Constitución y que ha afectado a la generalidad de nuestros derechos fundamentales.

Durante la vigencia del estado de alarma la Sección de derechos fundamentales de la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha dictado varias medidas cautelares de interés contrarias a la regulación contenida en las Órdenes ministeriales del estado de alarma.

Por su conexión con la dignidad humana y el derecho a la vida de las personas, una de las medidas cautelares más importantes fue la que representa el Auto de la Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2446A), que exigió informes quincenales al Ministerio de Sanidad sobre la adquisición de material básico de protección sanitaria para el profesional médico en los primeros momentos de la pandemia, estimando una pretensión de la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos contra la inactividad del Ministerio de Sanidad y declaró que los profesionales sanitarios recurrentes estaban afectados por un riesgo serio para los derechos fundamentales, que les reconoce el artículo 15 en relación con los artículos 43.1 y 40.2 de la Constitución. Esta medida cautelar fue seguida de otras muchas muy similares en Tribunales Superiores de Justicia, incluso en el ámbito laboral por incumplimiento de la Ley de Seguridad e Higiene en el Trabajo.

El recurso que motivó estas medidas cautelares fue estimado después parcialmente, en cuanto al fondo, por la sentencia de 8 de octubre de 2020 recaída en el recurso 91/2020 (ECLI:ES:TS: 2020: 3024). Se discutía en el caso los daños provocados por no haber suministrado equipos de protección a los profesionales de la salud que tuvieron que enfrentarse a la pandemia y que eso supuso serios riesgos para sus derechos a la vida y a la salud.

Subraya la sentencia que es notorio que la pandemia ha llevado a unas circunstancias absolutamente excepcionales, desconocidas desde hace muchas décadas y subraya que esa excepcionalidad se ha manifestado a escala mundial y puede haber ocasionado serias dificultades de abastecimiento de medios de protección en los mercados internacionales.

Aun así, admite que no hay duda de que las Administraciones correspondientes debían proveer de medios de protección a los profesionales sanitarios, ni de que estos profesionales tenían derecho a que se les dotara de ellos. Sin embargo, no se les facilitaron los necesarios y como consecuencia su integridad física y su salud sufrieron riesgos. Lo relevante es que se declara que los medios disponibles no fueron los suficientes en los momentos iniciales para proteger debidamente al personal sanitario; que esa insuficiencia no sólo la ha apreciado el Tribunal, sino que ha sido admitida por las partes y, además –dice– no cuesta esfuerzo relacionarla con la elevada incidencia de

la pandemia entre los profesionales sanitarios y, por tanto, con los derechos fundamentales de los que se vieron afectados.

Concluye no obstante la sentencia que no le corresponde, al resolver en un procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales, efectuar un juicio de culpabilidad, ni imputaciones de responsabilidad sino establecer si ha existido o no afectación de derechos fundamentales. Ese extremo se acoge en la sentencia y con él la primera de las pretensiones de la demanda que lo declara así, con la precisión de que la incapacidad se ha de predicar del Sistema Nacional de Salud en su conjunto. También señala como hecho notorio que los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas han podido, al flexibilizarse la centralización de las adquisiciones que se decretó en el primer momento, hacerse con más medios. La progresiva normalización de la dotación y distribución de medios de protección –no cuestionada por la recurrente– nos permiten descartar, concluye, que exista en la actualidad — 8 de octubre de 2020— la carencia que sí hubo en los primeros momentos de la pandemia.

Habrá un antes y un después en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas como consecuencia de la Covid-19. La responsabilidad por Covid-19 en España y en los demás Estados de la Unión Europea tiene contornos poliédricos que no son fácilmente definibles. Nuestra construcción doctrinal y jurisprudencial de la responsabilidad basada en el dato objetivo de la diferencia entre daño y lesión se verá enriquecida probablemente con una mirada que contemple las diversas soluciones de Derecho comparado. Es conveniente no olvidar que la responsabilidad extracontractual por daños sigue regulada con carácter general, en los artículos 1089 y 1902 del Código civil, basados en la teoría de la culpa o negligencia, como criterio definidor de la responsabilidad.

En definitiva, es discutible que se responda por los daños que se hacen sin culpa o negligencia, lo que ha tenido reflejo en Gran Bretaña en la *Crown Proceedings Act de 1947*; en la responsabilidad sin falta francesa o en la práctica norteamericana de Tribunales que se enfrentan en Washington a cuestiones administrativas.

En Gran Bretaña el caso «*Caparo Industries, dlc v Dickman*» de 1990 ha dado lugar al «*test caparo*» que exige además de la previsibilidad del daño, la proximidad de las partes y «*que sea justo y razonable imponer la responsabilidad*».

El concepto de la falta del servicio (*faute de service*) del *Conseil d'Etat* francés como origen de la responsabilidad, al margen de cualquier consideración subjetiva o culpa por parte de los funcionarios responsables es sólido en el Derecho comparado en el sentido que acabo de expresar. Ampliado a lo largo de todo el siglo XIX a otros supuestos de responsabilidad sin falta como la cercanía de todo servicio público desemboca en la responsabilidad con falta del servicio y en diversos regímenes de responsabilidad sin falta. Así se supera la idea civil, penal e incluso moral de la culpa en la responsabilidad.

Pero, en realidad el sistema español traslada la responsabilidad patrimonial al principio abstracto de la garantía de los patrimonios, dejando de ser una sanción por un comportamiento inadecuado (*falta del servicio*) para convertirse en un mecanismo objetivo de reparación.

Concluyo recurriendo al «*common law*» y al *test caparo*: Habrá responsabilidad siempre «*que sea justo y razonable exigir la responsabilidad*». El Tribunal Supremo tiene la palabra

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR COVID Y FUNCIÓN CONSULTIVA: APUNTES DOCTRINALES.

AGUSTÍN S. DE VEGA

Prof. Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Salamanca
Presidente del Consejo Consultivo de Castilla y León

Sumario:

I. INTRODUCCIÓN.
II. REGLAS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y DEL PROCEDIMIENTO DE RECLAMACIÓN.
III. LEGITIMACIÓN PASIVA Y PERIODOS DE PANDEMIA; EL "PERIODO CERO" Y LA FUERZA MAYOR.
IV. EL DAÑO, LA ANTIJURIDICIDAD Y EL TÍTULO DE IMPUTACIÓN. EL DAÑO RESARCIBLE Y LAS VÍAS DE RESARCIMIENTO.
V. LA POSIBLE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR.
VI. ALGUNAS CONCLUSIONES.
VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN.

La responsabilidad patrimonial de la Administración pública durante la pandemia es materia de importancia e interés para el mundo del Derecho, por su actualidad y por sus implicaciones para el Estado, para las administraciones, para las personas y para sus derechos. La base constitucional de la responsabilidad patrimonial es bien conocida: arts. 9.3 y 106 de la Constitución (CE); y su desarrollo legal, contenido principalmente en las Leyes 39/2015 y 40/2015. En este campo, los órganos consultivos son "grandes receptores" de peticiones de dictamen sobre reclamaciones de responsabilidad patrimonial, pues esta es una de las competencias que más tiempo ocupa a la función consultiva y que mayor receptividad encuentra en las administraciones consultantes.

Las controversias jurídicas derivadas del covid y de las medidas para combatirlo, tienen escasos precedentes y sugieren un debate jurídico teórico con importante relevancia práctica. Los innumerables recursos y reclamaciones que se avecinan ante la jurisdicción ordinaria y ante la función consultiva, y los diversos "escenarios" en que se han provocado daños a las personas, derechos, bienes e intereses

durante la pandemia, hacen que el entendimiento del Derecho emanado en ese lapso de tiempo sea un reto: en general, por las dudas interpretativas a que nos puede llevar su aplicación práctica tras el vaivén de normas, disposiciones, actos, autos y sentencias recaídas durante la pandemia. También para conocer las líneas de acción procesal que tomarán los letrados de los particulares reclamantes y la posición de las administraciones en su cuádruple posición en relación con las reclamaciones de responsabilidad patrimonial.

En este ámbito jurídico, la Administración es la autoridad responsable de la aprobación y puesta en marcha de las medidas; además, ha de conocer, *prima facie*, los casos en que se reclama una indemnización por daños, con el -preceptivo y no vinculante- dictamen de la función consultiva y concluir con una resolución estimatoria o desestimatoria; es también la autoridad que ha de colmar el derecho a una indemnización de los ciudadanos directamente afectados; y le corresponde cumplir la decisión judicial que recaiga sobre los asuntos que los particulares, tras la resolución administrativa, eventualmente recurran a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Así las cosas, la responsabilidad patrimonial de la administración por covid tiene condición de 'tema de Estado'. No solo por la envergadura de las implicaciones y consecuencias que la pandemia ha comportado para los derechos y la vida de las personas, y las que comportarán las medidas adoptadas en el ámbito jurídico, económico y social, en los próximos años, sino por la casuística y versatilidad, casi indefinidas, de los asuntos que ya está llegando a los órganos consultivos a través de las peticiones de dictamen preceptivo. Lo que previsiblemente traerá consigo una suma de peticiones de resarcimiento de cuantía incalculable para el Estado, en cuya resolución el Consejo de Estado y los consejos consultivos autonómicos tendrán un papel relevante.

El relato histórico-jurídico de la pandemia ha dejado momentos, decisiones políticas y situaciones jurídicas que son dignas de apunte. No solo por lo atropellado de los acontecimientos y de las medidas adoptadas para hacer frente a la pandemia, sino porque de ello se pueden extraer conclusiones dignas de ser tenidas en cuenta de cara al futuro. Creo que fue un enjambre de decisiones públicas en un contexto de difícil aprehensión y comprensión jurídica, de cuya crónica solo podemos hacer mención.

En el contexto temporal de la pandemia, **a)** se han entrelazado decisiones políticas excepcionales, con reformas legislativas de 'calado constitucional': la declaración de tres estados de alarma, mediante los R.D. 463/2020, de 14 de marzo, 900/2020, de 9 de octubre (este limitado a determinados municipios madrileños), y 926/2020, de 25 de octubre; y dos reformas de la LJCA (mediante la Ley 3/2020, de 18 de septiembre y el R.D.-Ley 8/2021, de 4 de mayo); **b)** se alternaron reuniones políticas multilaterales y decisiones de gobierno, con planes sin publicidad y órdenes "comunicadas", con efectos para los derechos de los ciudadanos (el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, la llamada "cogobernanza", el Plan para la transición hacia una "nueva normalidad", o las vicisitudes de la Orden 1008/2020, de 18 de agosto, de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, que precipitó la declaración del segundo estado de alarma, entre otros); **c)** el Juez asumió el extraño papel de "coadministrador" de las medidas, autorizando o ratificando decisiones gubernativas (atribuido por las reformas de la LJCA), con soluciones diversas, de muy distinto signo y estatus; **d)** y el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) dictó varias sentencias declarando la inconstitucionalidad de los estados de alarma y de ese papel

atribuido a la judicatura (STC 148/2021, de 14 de julio y 183/2021, de 27 de octubre, y 70/2022, de 2 de junio, respectivamente), con contenido y consecuencias controvertidas.

A ello se une la casuística casi interminable de situaciones y consecuencias derivadas de la crisis pandémica. Plantearse, en general, cuestiones como la magnitud de la pandemia en sus primeras semanas y la aplicación de la fuerza mayor; la antijuridicidad del daño y el deber ciudadano de soportarlo; el estado y conocimiento de la ciencia; la 'pérdida de oportunidad'; los daños desproporcionados o el sacrificio indemnizable; o, más en particular, la afección de los profesionales sanitarios, también en cuanto a sus obligaciones laborales; o los efectos sufridos por los tratamientos sanitarios o su falta, o por los retrasos diagnósticos, por ejemplo. O, por otro lado, la ocupación y requisa temporal de fábricas, la intervención de hoteles, empresas, etc., el cierre de establecimientos por motivo de la covid, la pérdida del negocio o su desequilibrio económico; o la responsabilidad patrimonial no indemnizable; plantearse estas cuestiones –digo- significa abordar asuntos que, sin ánimo de exhaustividad, han llegado y llegarán, sin duda, para su dictamen a los expedientes de los consejos consultivos autonómicos y del Consejo de Estado.

II. REGLAS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y DEL PROCEDIMIENTO DE RECLAMACIÓN.

Como se sabe, el punto de partida de la responsabilidad patrimonial es el art. 106.2 de la Constitución Española (CE), que trae causa del 9.3 CE, al proclamar el principio de la responsabilidad de los poderes públicos. Dispone el art. 106.2 que "*Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos*". Es, por tanto, una institución jurídica que goza de garantía constitucional, cuyo desarrollo, mediante 'legislación básica', corresponde en exclusiva al Estado (art. 149.1. 18ª CE), principalmente contenida en los arts. 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP), que establecen los principios de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. Por su carácter de competencia básica del Estado, la regulación establecida por la legislación estatal vincula a toda actividad administrativa que origine un daño a un particular, sea cual sea la administración de que se trate y cualesquiera que sean "las autoridades y demás personal a su servicio" (art. 36 LRJSP).

De la regulación contenida en los arts. 32 y siguientes de la LRJSP, en cuanto al derecho a la indemnización por daños, pueden extraerse las siguientes características: a) que los daños sufridos no sean imputables al particular que pretende la indemnización; b) que la causa de los daños no proceda de un supuesto de fuerza mayor; c) que el particular no tenga el deber jurídico de soportar tales daños; d) que el derecho a ser indemnizado por los daños sufridos comprende el normal y el anormal funcionamiento de los servicios públicos; e) que ha de haber una relación de causalidad entre el daño sufrido y la actividad de la administración, que habilite el derecho a la indemnización.

La responsabilidad patrimonial tiene naturaleza extracontractual y es objetiva. Pero no es una responsabilidad objetiva global (pues la administración no es una aseguradora universal), sino que la exigencia de responsabilidad requiere título de

imputación, al margen de su repetición contra los responsables del resultado lesivo, doloso, culposo o gravemente negligente y al margen de otras responsabilidades patrimoniales del Estado, en que pueda incurrir el poder judicial o el legislativo. La responsabilidad patrimonial por covid es objetiva: está unida al funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. De tal manera que la obligación de la administración de indemnizar por los daños irrogados a consecuencia de su actuación u omisión, se articula cuando se dan los requisitos y condiciones antedichos, La excepción son los supuestos mencionados de fuerza mayor o de daños que los particulares tengan el deber jurídico de soportar; a los que habría que añadir el de haber sido ya resarcidos los daños mediante compensación por otras vías (art. 34.1 LRJSP) y el propio comportamiento de la persona afectada.

En relación con las medidas sanitarias, el marco jurídico se completa con la atribución a las autoridades de facultades para intervenir mediante "*acciones preventivas generales*", adoptando "*las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible*" (art. 3 Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública). A las que se añaden expresamente medidas como "*la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de empresas o sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas*" (art 26.1 Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad), que se concretan aún más en el art. 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre.

Así pues, las administraciones públicas disponen de amplias potestades para adoptar medidas frente a situaciones de emergencia sanitaria, incluidas medidas de restricción de las libertades debidamente justificadas y motivadas, sin que ello implique necesariamente la adopción de la medidas excepcionales que prevé el art. 116 CE.

No obstante, durante la pandemia, y para hacer frente a la situación, general y excepcional vivida, el Gobierno declaró, en tres ocasiones, el estado de alarma que prevé el art. 116 CE. Respecto de la responsabilidad patrimonial, la Ley Orgánica 4/1981, de los Estado de Alarma, Excepción y Sitio, de 1 de junio (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*" (art. 3.2.).

En este contexto jurídico, la responsabilidad de los poderes públicos no muta por causa de la declaración del estado de alarma: no modificará, dice el art. 116.6 CE, "el principio de la responsabilidad del Gobierno y sus agentes". Tampoco, el artículo 32 LRJSP cambia el régimen jurídico de la responsabilidad de las administraciones, respecto del art. 106.2 CE; y, aunque hay autores que mantienen que la LOEAES no excluye como indemnizables los daños provocados incluso en supuestos de fuerza mayor (Nieto, 2020, p.2), tal Ley Orgánica refuerza el principio de la responsabilidad de la administración durante la vigencia de la declaración de los estados excepcionales (art. 3.2.), al disponer 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".

Los ponentes coincidieron en que uno de los elementos esenciales del sistema, tanto en situaciones de normalidad institucional, como los que prevé la declaración de los estados excepcionales, radica en la ausencia del deber jurídico del particular de soportar el daño. Es decir, en la identificación de lo que la doctrina ha llamado profusamente 'el sacrificio especial sufrido' por los daños imputables a la administración. Y se completa con la relación de causalidad entre la actividad administrativa, mediante un título, y el daño causado. Por ello, el comportamiento del particular o los supuestos de fuerza mayor rompen la relación causal.

También destacaron que la responsabilidad patrimonial no requiere la previa declaración de nulidad de las medidas adoptadas como consecuencia de la declaración del estado de alarma. Basta con la aplicación de las medidas, disposiciones o actos legislativos lesivos de derechos, para que el particular no tenga "el deber jurídico de soportar" los daños que provengan de tal aplicación. Así pues, en la responsabilidad patrimonial, el daño indemnizable es el sacrificio especial del particular, que, no teniendo el deber jurídico de soportar, lo sufre sin embargo en aras del interés general. De manera que la finalidad indemnizatoria es precisamente compensar es ´sacrificio especial en aras del interés general´. El supuesto legal del estado de alarma tiene similitud con otros supuestos de responsabilidad patrimonial indemnizatorios previstos en la ley, como la indemnización por los perjuicios causados a consecuencia de la prisión provisional seguida de absolución (art. 294.1 LOPJ; STC 85/2019, de 19 de junio; ponente: Valdés Dal-Ré).

A la vista del diseño jurídico y las características de la responsabilidad patrimonial (que no cambian por la declaración del estado de alarma), nos llevan a plantear como conclusión previa, que las reglas, principios generales y requisitos previstos en la legislación sobre responsabilidad patrimonial, así como la construcción jurisprudencial y doctrinal asentada durante decenios, son suficientes y válidas para dilucidar cuándo la administración puede ser considerada jurídicamente responsable por los daños y perjuicios causados a los particulares por las medidas adoptadas u omitidas durante la emergencia sanitaria de la pandemia.

Las mesas de debate coincidieron también en que la declaración del estado de alarma no afecta al procedimiento administrativo para reclamar la responsabilidad patrimonial ante la administración. El art. 3.2 de la LOEAES remite expresamente a la legislación ordinaria ("*lo que dispongan las leyes*"), que principalmente está contenida en los arts. 67 y siguientes de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP).

A este respecto, prevé el plazo de un año para interponer la reclamación, desde que se produjo "*el hecho, daño o acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo*" (art. 67). Y dispone que en la instrucción del procedimiento se respeten "*los principios de contradicción e igualdad de los interesados*" (art. 75.4), que los hechos relevantes puedan "*acreditarse con cualquier medio de prueba admisible en Derecho*" (art. 77.1), que "*es preceptivo solicitar el informe del servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable*" (art. 81.1), que el dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo equivalente formará parte de la tramitación tras el trámite de audiencia a los interesados (art 82.1), y que la resolución

ha de pronunciarse, conforme al art. 91.2, "*sobre la existencia o no de la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado, la cuantía y el modo de la indemnización, cuando proceda, de acuerdo con los criterios que para calcularla y abonarla se establecen en el artículo 34 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público*".

La administración ha de resolver en 6 meses, pasados los cuales, si no hay valoración expresa, la reclamación se entiende desestimada por silencio administrativo (art. 91.3); a partir de lo cual, el administrado tiene dos meses para interponer demanda contencioso-administrativa ante la jurisdicción ordinaria.

En la tramitación de la reclamación tiene un peso especial la función consultiva. El preceptivo dictamen del Consejo de Estado y de los consejos consultivos autonómicos conforma la base argumental y doctrinal para dirimir el contraste entre las posiciones del reclamante y de la administración consultante. Cuando el dictamen es preceptivo, debe constar expresamente en el expediente antes de la resolución, estimatoria o desestimatoria, de la administración; la reclamación del particular activa, *ex lege*, la competencia de los órganos consultivos para dictaminar las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, y la administración por su parte ha de someter su propuesta a la consulta de la función consultiva. Los umbrales para la emisión del dictamen varían entre los órganos consultivos: desde 50.000 euros en las reclamaciones contra la Administración General (que dictamina el Consejo de Estado), a los 6.000 euros del Consejo Consultivo de Castilla y León; recordando que la mayor parte de los órganos consultivos autonómicos dictaminan reclamaciones desde 15.000 euros.

Los ponentes insistieron en que el análisis de las circunstancias concretas del caso es un elemento clave para la convicción, en la función consultiva, porque la casuística de los expedientes condicionará la aplicación de las reglas de la responsabilidad patrimonial a los casos covid, sometidos a dictamen. De aquellas, podrán los órganos consultivos extraer conclusiones acerca de los elementos esenciales que constituyen el régimen de la responsabilidad patrimonial de la administración.

III. LEGITIMACIÓN PASIVA Y PERIODOS DE LA PANDEMIA; EL "PERIODO CERO" Y LA FUERZA MAYOR.

La pretensión en que se concreta la reclamación de indemnización ha de dirigirse a la administración responsable de las medidas que a cada particular le haya producido el daño en su persona, derechos o bienes. El momento o periodo temporal en que se tomaron las medidas (limitativas o restrictivas de derechos, expropiatorias, o que en general exigieron un sacrificio especial al particular), determinan la legitimación pasiva de la administración ante la que se ha de formular la reclamación.

Entre los ponentes fue opinión compartida el señalar que la determinación de esa titularidad (de la Administración del Estado, de las comunidades autónomas o de otras administraciones) viene definida con arreglo a la diferenciación de los distintos periodos por los que ha transcurrido la pandemia. A la designación de la administración responsable se une la del momento concreto de la vigencia de las medidas que supuestamente produjeron el perjuicio. La circunstancia temporal y la determinación del régimen jurídico aplicable, que fue objeto de numerosas modificaciones impuestas por el devenir de los acontecimientos epidemiológicos, sociales, jurídicos y económicos, son elementos clave para construir la reclamación del particular.

Con carácter general, se considera que no es imputable a las autoridades autonómicas el daño causado por las medidas derivadas del primer estado de alarma, declarado por el RD 463/2020, de 14 de marzo (desde el 14 de marzo hasta el 21 de junio de 2020), ni por las previstas en el segundo (que, desde el 7 de octubre de 2021, afectó a determinados municipios de Madrid –RD 900/2020, de 9 de octubre–), ni las que se derivaron del tercer estado de alarma, declarado por el RD 956/2020, de 3 de noviembre (periodo comprendido entre el 25 de octubre de 2020 y el 9 de mayo de 2021). Entre el primero y el tercer estado de alarma (del 22 de junio al 25 de noviembre de 2021), el protagonismo de las comunidades autónomas supuso en general la vuelta a la aplicación de la legislación sanitaria vigente. Desde el fin del tercero (10 de mayo de 2021) se puede decir que las comunidades autónomas gozan de práctica normalidad en el ejercicio de sus competencias.

Los consejos consultivos, para identificar a la administración responsable, o bien parten de la diferencia entre dichos periodos temporales (como el caso del Consejo Consultivo de Castilla y León –Dictamen 111/2022, de 6 de abril–) u optan por apreciar falta de legitimación pasiva de la comunidad autónoma por las medidas adoptadas durante los estados de alarma, incluso como autoridades delegadas; o, también, se inclinan por constatar la ausencia de antijuridicidad de los daños, al ser adoptados al amparo de la LOEAES y en virtud del ejercicio de competencias sanitarias propias (Dictámenes coetáneos a la celebración de la Jornada: 271/2022, de 6 de julio, del Consejo Consultivo de Canarias y 56/2022, de 13 de julio, del Consell Consultiu de les Illes Balears) (Vid. Martín Lorenzo, 2022, p.5).

La vigencia del primer estado de alarma (14/3/20-21/6/20) se caracterizó por la concentración de poder en manos del Gobierno y por la designación de varios Ministros como autoridades delegadas, con la correspondiente alteración de la distribución de competencias prevista en la CE. Se caracterizó igualmente por la limitación de la libertad de circulación de las personas, mediante el confinamiento domiciliario y la prohibición de circular por las vías públicas, excepto para determinadas actividades (art 7) y por la suspensión de las actividades de hostelería y restauración (art. 10.4). La STC 148/2021, de 14 de julio (ponente: González-Trevijano), que, recayó resolviendo recurso de inconstitucionalidad, declaró nulos los apartados 1, 3 y 5 del art. 7, relativos a la "limitación de la libertad de circulación de las personas". También, declaró inconstitucional la habilitación en favor del Ministro de Sanidad para modificar o ampliar las medidas de contención en el ámbito de la actividad comercial, hostelería y restauración, pero no las medidas en sí. El TC no las consideró suspensiones de derechos (lo que hubiera determinado su nulidad), sino "limitaciones muy intensas". Lo que confirma la responsabilidad del Gobierno en su condición de titular de la potestad para tomar las medidas adoptadas. En este periodo, las comunidades tuvieron escaso protagonismo en cuanto a la toma de decisiones frente a la crisis pandémica, al margen de las competencias de gestión ordinaria de la sanidad.

Durante el tercer estado de alarma (25/10/20-9/5/21), la declaración incorporó la estrategia de descentralización a favor de los presidentes de las comunidades autónomas para la gestión de las medidas frente a la crisis sanitaria. En cierto modo, reflejaba la realidad jurídico-política a la que debía acomodarse una situación de normalidad en cuanto a la distribución competencial en un Estado descentralizado: la dirección y la gestión de la aplicación de las medidas en cada territorio quedaba en

manos autonómicas, mientras que la dirección coordinada en todo el territorio del Estado, en las del Gobierno de la Nación.

Sin embargo, al declararse la inconstitucionalidad de la delegación a favor de los presidentes de las comunidades autónomas (STC 183/2021, de 27 de octubre; ponente: Narváez), las posibles dudas acerca de la autoridad responsable quedaron disipadas: el Estado fue la autoridad responsable de la adopción de las medidas, tanto de limitación de los derechos, como de la restricción de la actividad económica. Por lo que respecta a las medidas concretas contenidas en la declaración, el Tribunal Constitucional coincidió con el Gobierno en que las medidas previstas en el decreto se orientaron al cumplimiento de una finalidad legítima "como era la de reducir sustancialmente la movilidad del virus" y aceptó la constitucionalidad de su contenido material en razón de su "necesidad, idoneidad y proporcionalidad".

Durante el periodo intermedio y tras la aprobación del R.D.-Ley 21/2020, de 9 de junio (de "desescalada"), en el que se aprobaron medidas urgentes de prevención, contención y coordinación frente a la pandemia, las comunidades autónomas aprobaron distintas medidas para evitar el contagio del virus cuya cobertura se basaba en la legislación sanitaria vigente. Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo reconocía la idoneidad de la legislación sanitaria general para dar cobertura a medidas restrictivas de derechos fundamentales, porque -dirá- "ofrece suficientes precisiones, objetivas, subjetivas, espaciales, temporales y cualitativas para satisfacer la exigencia de certeza que han de tener los preceptos que fundamentan restricciones o limitaciones puntuales de derechos fundamentales" (STS 719/2021, de 24 de mayo, f.j.4º; ponente: Lucas Murillo).

En el periodo actual, que se inicia tras el fin del tercer estado de alarma (9 de mayo de 2021), las comunidades autónomas han vuelto a recuperar protagonismo y competencias que les son propias. Al amparo de dicha la legislación sanitaria, han adoptado variadas medidas de distinta intensidad en lo que se refiere a la contención del virus, en función de los distintos y sucesivos niveles epidemiológicos. El marco proporcionado por aquellas, junto a la Ley 2/2021, de 29 de marzo y el R.D.-Ley 8/21, de 4 de mayo (relativas ambas normas a disponer medidas urgentes frente a la crisis sanitaria y sobre el orden sanitario, social y jurisdiccional, respectivamente), habilitaba tal recuperación.

Cabría preguntarse, no obstante, por el periodo previo, el "periodo cero", anterior al 14 de marzo de 2020. De una parte, porque, como es sabido, en enero de 2020 la OMS declaró "problema de importancia internacional" la crisis que se avecinaba provocada por el SARS-CoV-2, y numerosos indicadores y organismos alertaban de la situación de emergencia sanitaria que había llegado a los países de nuestro entorno. De otra, porque algunas autoridades autonómicas y locales, con base en la legislación sanitaria general tomaron medidas limitativas de derechos (como el confinamiento de turistas en un hotel de Tenerife), que fueron ratificadas por el Juez (Auto del Juzgado contencioso-administrativo de Santa Cruz, de 2 de marzo) o aprobaron disposiciones, como la Orden 338/2020, de 9 de marzo, de la Comunidad de Madrid, en la que se acordó la suspensión temporal de la actividad docente presencial en todos los centros, ciclos y niveles de enseñanza. A estos casos, se añadieron otras administraciones autonómicas y locales, adoptando decisiones parecidas.

Además, porque ha habido ya resoluciones judiciales, referidas a las primeras semanas del año 2020 (principalmente en el ámbito de las relaciones laborales) en las que se ha declarado que la pandemia no es un caso de fuerza mayor [Sentencias de los Juzgados de lo Social de Teruel, 60/2020, de 3 de junio (ponente: Alcalde) por falta de acopio de material sanitario, y de Alicante, 1/2022, de 7 de enero (ponente: Barrio), que determina indemnizaciones a favor del personal sanitario del hospital, ante la situación de grave riesgo para la salud sufrida].

Como se sabe, la fuerza mayor se define como un suceso imprevisible, o que, aun siendo previsible, es absolutamente inevitable o irresistible. A la fuerza mayor alude el art. 34.1 LRJSP, que 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 económica que las leyes puedan establecer para estos casos*".

A priori, el 'periodo cero' podría encajar en este supuesto: los daños causados no lo fueron por el funcionamiento activo de los servicios públicos, sino por un hecho supuestamente imprevisible, o que, siendo previsible, resultó inevitable para la administración en los inicios de la pandemia y los daños no pueden, *tout court*, ser imputados a la administración.

La cuestión permite plantear, sin embargo, el vidrioso escenario de una administración cuya omisión, lentitud o tardanza (funcionamiento pasivo) pudo agravar los efectos de la pandemia, o, acaso, no contribuyó a disminuir su incidencia. Coincido con Doménech en que "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" (2020, p. 105). La duda es, pues, si en el caso de haberse tomado las medidas con mayor prontitud y celeridad, la administración podría haber evitado algunos perjuicios adicionales, e incluso podrían haberse disgregado los daños inevitables, de los que podrían haberse impedido o evitado.

La doctrina de la pérdida de oportunidad puede traerse a colación a los casos especialmente graves (fallecimiento de un familiar o de personal sanitario sin provisión de las debidas precauciones), si la negligencia en el funcionamiento de los servicios públicos incrementó la probabilidad de causar el daño o aumentó la lesión del sacrificio especial soportado, en aras del interés general; en cuyo caso, la indemnización debiera ser ponderada en función de ese incremento de probabilidad del daño (Doménech, 2020, p. 106).

IV. EL DAÑO, LA ANTIJURIDICIDAD Y EL TÍTULO DE IMPUTACIÓN. EL DAÑO RESARCIBLE Y LAS VÍAS DE RESARCIMIENTO.

Si el objetivo de la responsabilidad patrimonial es resarcir la lesión causada en la persona, derechos o bienes, el daño es el presupuesto esencial sobre el que se articula todo el sistema de responsabilidad. Sin daño acreditado, no hay responsabilidad. Para la LRJSP, la acreditación del daño requiere que este sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado. "*En todo caso* -dispone el art. 32.2 LRJSP- *el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas*".

Acerca de la acreditación del daño, se hicieron variadas consideraciones. Se recordó la reiteradísima doctrina jurisprudencial de que el derecho a la indemnización no puede tener su base "en meras especulaciones o expectativas". Y que, en virtud del principio de reparación integral de la lesión, son indemnizables tanto los daños sufridos como el lucro cesante, aunque ambos han de comportar un perjuicio efectivo y susceptible de valoración, "quedando excluidos del resarcimiento las meras expectativas o ganancias dudosas o hipotéticas" (STS 670/2006, de 22 de febrero, f.j. 3º; ponente: Robles).

De manera que la concreción e individualización de los daños efectivamente causados es parte indispensable de la pretensión contenida en la reclamación de responsabilidad patrimonial. La doctrina es pacífica al reconocer que el deber jurídico de soportar el daño por toda la población, no es indemnizable. No hay un sacrificio especial en soportar las medidas que afectan a todos (uso de mascarillas, confinamiento general, distancia social, etc.), porque el beneficio logrado para el interés general se ha extendido también a toda la población. Todos los ciudadanos han resultado beneficiados objetivamente por las medidas generales de protección de la salud. Y, en consecuencia, los daños derivados de las medidas y sufridos por la mayoría de la población son restricciones de derechos no indemnizables; con carácter general, no son daños resarcibles aquellos que no implican un sacrificio especial para "una persona o grupo de personas". Se cumple, así, el "principio de igualdad de reparto de las cargas públicas", al que reiteradamente se ha referido la doctrina y la jurisprudencia.

Por otra parte, la concreción, como elemento clave de la individualización del daño, no solo significa identificar al perjudicado y a la administración responsable, sino que implica además cuantificar el daño, determinando los conceptos en virtud de los cuales se ha sufrido el sacrificio especial indemnizable o resarcible. Y se sabe que estos pueden comprender tanto los relativos a daños físicos como a los psicológicos, los daños morales y los materiales, y pueden extenderse desde la compensación de gastos, pérdidas, tasas, obligaciones fiscales, laborales o de la Seguridad Social hasta el lucro cesante. La precisión debe abarcar también a aspectos de detalle (que pueden condicionar la determinación de la posible indemnización) como los temporales, la ubicación geográfica u otros, que sirvan para precisar y evaluar los daños sufridos en el *petitum*, como se ha argumentado ya en distintos dictámenes de la función consultiva.

Asimismo, la individualización del daño exige concretar el grupo o número de personas, o el grupo o sector de actividad afectado por las medidas que le han exigido un sacrificio especial sin tener el deber jurídico de soportarlo. De Ahumada (2022, p. 7) ha puesto de relieve la falta de criterio uniforme de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a este respecto, contrastando la doctrina contenida en las SSTS 11517/1987, de 4 de julio, f.j. 6º (ponente: De Mendizábal) y 7735/1996, de 4 de marzo, f.j.1º (ponente: Sieira).

La calificación del daño y la antijuridicidad ocupan un lugar esencial en el dictamen consultivo y en la jurisprudencia sobre reclamación de responsabilidad patrimonial. También tiene un lugar esencial la verificación de la imputabilidad de la autoría de la actuación u omisión a la administración. Tal es así que el derecho a la indemnización se asienta en la antijuridicidad del daño y en el título de imputación de la administración.

Dado su carácter objetivo, no es necesario determinar un autor individual concreto. Se ha de constatar razonablemente la conexión causa-efecto, es decir, que el resultado lesivo pueda ser atribuido a la administración y, en consecuencia, que haya un título de imputación. La imputación a la administración exige la previa relación de causalidad entre la actividad y el daño: solo si hay nexo causal puede valorarse si hay imputación a la administración. En consecuencia, no hay derecho de indemnización automático, ni siquiera por la nulidad de los actos de los que derivaron las medidas para frenar la crisis pandémica (art. 32.2 LRJSP).

El derecho a la indemnización se fundamenta en un título de imputación mediante el que sea posible construir el nexo causal entre las medidas adoptadas y la lesión sufrida. Por ello, la conducta del particular no ha de haber contribuido a causarlos (conducta causal de la víctima), porque en ese caso el sacrificio especial en aras del interés general no existiría; ni tampoco pueden indemnizarse daños derivados de circunstancias imprevisibles o que siendo previsibles no se hayan podido evitar (causa de fuerza mayor). Tampoco el perjuicio sufrido debe haber sido compensado por otras vías, a fin de evitar un enriquecimiento injusto (STC 85/2019, f.j. 13º; ya citada).

En la Jornada se reiteró la importancia que la antijuridicidad del daño tiene en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial por covid. Para la doctrina también es el requisito principal de las reclamaciones. Sólo cabe indemnizar los daños que el particular perjudicado no tenga el deber jurídico de soportar, provengan estos tanto del funcionamiento normal como anormal de los servicios públicos.

El régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial objetiva de la administración abarca tanto el funcionamiento normal como anormal del funcionamiento de los servicios públicos y en consecuencia, la antijuridicidad se predica del daño sufrido: un actuar lícito puede provocar daños o perjuicios indemnizables, si ha habido un sacrificio especial, singular o adicional. Y un actuar ilícito, también, si la reclamación no se fundamenta únicamente en esa ilicitud.

En el funcionamiento normal de los servicios públicos, la antijuridicidad reside en los propios daños sufridos. El sufrimiento por los daños que no se tiene el deber jurídico de soportar transfiere al particular un sacrificio especial en su persona, derechos o bienes en beneficio del interés general. Ese es el daño resarcible. De este modo, el derecho indemnizatorio se activa para no soportar también ese sacrificio en su patrimonio personal. En el funcionamiento anormal, sin embargo, es la propia actividad administrativa la que provoca el daño, que trae para el particular un sacrificio especial: la antijuridicidad se asienta en la ilicitud de la actuación de la administración (Dictamen del Consejo de Estado 481/2016, f.j. II).

Se ha dicho que este es un planteamiento teórico, que, sin embargo, en la práctica, con cierta frecuencia, en la jurisprudencia y en la doctrina de los órganos consultivos, la antijuridicidad del daño se superpone al título de imputación. Por ello, se ha dicho que este es un planteamiento teórico, porque en la práctica hay circunstancias mediante las cuales la jurisprudencia trata de modular ese carácter objetivo que gravita sobre el sacrificio especial soportado. Modulación que parece responder, al menos, a un doble motivo: de una parte, desdibujar el papel de la administración como aseguradora universal de todos los riesgos y daños, papel que no le corresponde; y, por otra, buscar fórmulas que sirvan para enmascarar un cierto pragmatismo de la jurisprudencia, casi siempre orientada a encontrar el título de imputación bajo el requisito del nexo causal.

Este suele ser la responsabilidad por culpa, la falta de servicio o el funcionamiento indebido o anormal de los servicios públicos. La sencillez de asentar todo el peso de la antijuridicidad en la relación causa-efecto, mitiga el indagar y encontrar la antijuridicidad en el ´sacrificio especial sufrido´, sobre todo en los casos de funcionamiento normal de los servicios públicos, en los que constatar el nexo causal es más complicado que en los casos de funcionamiento anormal.

Así pues, en la práctica, la antijuridicidad de la actividad administrativa sí incide en el sentido de los dictámenes consultivos y de las resoluciones judiciales, en cuanto significa de responsabilidad objetiva, de búsqueda de criterios objetivos (como la falta de diligencia de funcionamiento), para fundamentar si el particular ha sufrido o no el sacrificio especial que no tenía que soportar. Así las cosas, aunque la antijuridicidad debiera gravitar teóricamente sobre ´el sacrificio especial sufrido´, como título de imputación de la responsabilidad a la administración, la práctica jurisdiccional y de la función consultiva cae en otro tipo de planteamientos menos teóricos y más pragmáticos.

El esquema más frecuente es el de contrastar la antijuridicidad con el resultado dañoso, o mejor constatar y concluir que la antijuridicidad es el resultado dañoso en sí, resultado que la víctima no tiene el deber jurídico de soportar. Es la posición jurisdiccional más común y más cómoda: aplicar *de facto* un régimen de responsabilidad por culpa: solo se condena a la administración cuando el daño es consecuencia de un funcionamiento defectuoso o anormal del servicio público; "en muy pocas ocasiones no hay responsabilidad sin culpa" (Doménech, 2020, p. 107).

Así las cosas, los daños indemnizables son los sufridos de forma efectiva y directa por los particulares en su persona, derechos o bienes. Han de ser daños reales y evaluables. Pero también han de ser daños resarcibles. Es decir, el ´sacrificio especial sufrido´ activa el derecho a la indemnización, a su compensación, restitución o reparación integral, porque los daños indemnizables son los sufridos de forma efectiva y directa por los particulares en su persona, derechos o bienes. Es decir, el sacrificio activa el derecho al resarcimiento pleno en proporción a la lesión soportada, "a fin de restablecer el equilibrio y poder así remediar la desigualdad que produce el acto dañoso en el patrimonio del particular por el obrar del Estado" (Cassagne, 2022, p. 26).

Los daños, pues, han de ser resarcibles. Esto es, la articulación del derecho a la indemnización no es automática, sino que ha de pasar el tamiz de determinadas causas que, ponderadamente, pudieran invalidar su aplicación: el comportamiento de la persona afectada y la compensación lograda por otras vías (subvenciones, bonificaciones, reducciones, acuerdos privados, etc.), debiéndose en este último caso valorar la plusvalía o minusvalía obtenida en la compensación del sacrificio especial irrogado (STC 85/2019, de 19 de junio, f.j. 5; ponente: Valdés Dal-Ré y, entre otras, STS 3324/2020, de 27 de octubre, f.j. 9º; ponente: Olea).

Esta valoración ponderada de la evaluación del daño (al que acabamos de referirnos), opera en todos los casos de responsabilidad patrimonial, pero acaso sea más común en relación con las medidas compensatorias de las restricciones al ejercicio de determinadas actividades económicas. A este respecto, en el marco del principio de solidaridad, puede tener especial sentido compensar los perjuicios de sectores económicos o grupos de actividades especialmente castigados por la pandemia. Pero, en todo caso, las numerosas disposiciones emanadas de la Administración del Estado y de

la autonómica, destinadas a reducir el impacto de la crisis sanitaria (financieras, laborales, patrimoniales, etc.), han de ser ponderadas con el objetivo de equilibrar o restablecer el equilibrio económico en relación con el sacrificio especial sufrido. La indemnización por la suspensión temporal de actividades comerciales u otras medidas restrictivas con motivo de la pandemia, unida a la compensación obtenida por otras vías, no puede comportar la doble indemnidad o un beneficio que exceda del daño patrimonial ocasionado (*compensatio lucri cum damno*).

Con respecto al derecho de resarcimiento, en la Jornada se planteó la problemática jurídica acerca de las vías que el particular puede utilizar para su ejercicio; es decir, para obtener la indemnización de los daños derivados de las medidas que imponen limitaciones temporales en derechos o bienes. Estas medidas están autorizadas en tres grupos de normas:

a) En las declarativas del estado de alarma arts. 8 del RD 463/2020 ["*requisas temporales de todo tipo de bienes*" (ap. 1), "*realización de prestaciones personales obligatorias imprescindibles*" (ap. 2)] y 13 ["*intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales…, incluidos los centros, servicios, y establecimientos sanitarios de titularidad privada" (ap. b), así como "practicar requisas temporales de todo tipo de bines e imponer prestaciones personales obligatorias*" (ap. c)].

b) En las prevenidas en las leyes sanitarias generales ["*inmovilización y decomiso de productos y sustancias*", "*intervención de medios materiales y personales*", "*cierre preventivo de instalaciones, establecimientos, servicios e industria", "suspensión del ejercicio de actividades*"] (art. 54.2. ap. 2, LGSP).

Y c) las referidas en el art. 120 de la Ley de Expropiación Forzosa (LEF), que dispone que cuando por motivos de "*epidemias, inundaciones u otras calamidades, hubieren de adoptarse por las autoridades civiles medidas que implicasen destrucción, detrimento efectivo o requisas de bienes o derechos… el particular dañado tendrá derecho a indemnización…*".

Las medidas a que se refiere el tenor literal de los preceptos, en realidad pueden constituir todas ellas formas de expropiación que generan la obligación de indemnizar. El triple origen de las medidas abre la posibilidad de que el particular pueda utilizar dos vías distintas para el reconocimiento e indemnización de los daños sufridos: la de la responsabilidad patrimonial de la administración y la vía de la expropiación forzosa. La duda es cómo distinguir si las medidas de restricción tienen la consideración de derechos indemnizables o no indemnizables, o de verdaderas expropiaciones, a efectos de que el particular decida qué vía ha de plantear.

Una interpretación jurídico-formal (Durán, 2020, p. 303 ss.) lleva a plantear la singularidad de la vía expropiatoria frente a la vía de la responsabilidad patrimonial. Es la que ha mantenido el Consejo de Estado (Dictamen de 23 de julio de 2014). Afirma que no procede encauzar peticiones indemnizatorias por la vía de la responsabilidad patrimonial de la administración cuando para el hecho causante y su resarcimiento se prevé un cauce procedimental específico como es el de la vía expropiatoria. Ambas figuras son instituciones distintas, tienen diferentes regulaciones y objetos formalmente no coincidentes ("derechos e intereses patrimoniales" *versus* "persona, derechos y bienes"), por lo que, siguiendo al TC, obedecen a un título competencial distinto (STC 55/2018, de 24 de mayo, f.j. 4; ponente: Ollero).

Esta no es una cuestión menor, porque la esperada acumulación de demandas de indemnización puede desaconsejar una separación tajante de los mecanismos para dar respuesta al derecho a la indemnización por covid. A este respecto, podría tenerse presente que la invocación de uno u otro fundamento resarcitorio no debe afectar ni perjudicar al particular en el ejercicio del derecho a la indemnización ni al *quantum* del *petitum*, porque los criterios de valoración para el cálculo de la indemnización en ambas vías caen bajo la influencia e inspiración del principio de la reparación integral del daño. Anticiparse a esta problemática significa buscar instrumentos en favor del objetivo constitucional pretendido con la responsabilidad patrimonial del Estado: resarcir el sacrificio especial sufrido por algunos ciudadanos en beneficio del interés general, con motivo de la pandemia y de la aplicación de las medidas adoptadas por las administraciones para hacerle frente.

V. LA POSIBLE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO LEGISLADOR.

Una cuestión más: el fallo de tal STC se remite al fundamento jurídico 11, *in fine*, en el que el TC afirma que "*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*". Se ha planteado la posible responsabilidad patrimonial del Estado legislador derivada de la aplicación de las medidas, como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad del estado de alarma.

A propósito de esta afirmación, pueden hacerse algunas apreciaciones:

a) Por una parte, el TC parece entornar la puerta de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, cuyo resbaladizo régimen jurídico genera inseguridad y dudas, puestas de manifiesto por la doctrina. Corrobora tal posición la sentencia de 28 de junio de 2022, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), que declaró contraria al Derecho europeo la regulación de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador contenida en distintos preceptos de las Leyes 39/2015 (LPACAP) y 40/2015 (LRJSP).

La demanda de responsabilidad patrimonial contra el Estado legislador exige una celeridad en los reclamantes que parece difícil de llevarse a cabo: no solo han de acreditar que la aplicación de las medidas les ha producido un sacrificio especial (cosa que contraría la afirmación del TC de que fueron "medidas que los ciudadanos tenían el deber jurídico de soportar"), sino que, además, conforme al art. 32.4 LRJSP, "*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*".

b) Por otra parte, el fallo de la STC excluye la acreditación de la antijuridicidad basada única y exclusivamente en la nulidad de los preceptos del estado de alarma, declarados inconstitucionales; lo que el TC modula con la afirmación de que tal acreditación será posible "sin perjuicio de lo dispuesto en la LOEAES". Es decir, la posibilidad de reclamar la responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por una disposición declarada inconstitucional no queda excluida. Lo que se cercena es que la reclamación se fundamente, única y exclusivamente, en la declaración de nulidad. Pero,

nada impide que la antijuridicidad en los casos covid pueda ser acreditada mediante otros argumentos jurídicos.

c) El argumento del fallo tiene similitudes con el art. 32.2 LRJSP, que dispone que la anulación de un acto o disposición administrativa "*no presupone, por sí misma, el derecho a la indemnización*". La intención de la norma es evitar que la mera anulación de una actuación administrativa constituya un derecho automático de indemnización, sin haberse acreditado los requisitos de la responsabilidad patrimonial. Es decir, tanto el precepto normativo como la sentencia determinan que la antijuridicidad no presupone, por sí misma, el sacrificio especial que provoca el daño e incitan a encontrar la antijuridicidad no solo en la anulación de la norma o la disposición.

d) Sin embargo, y en relación con ello, la declaración de ilegalidad de una norma puede no dar derecho a una indemnización, aun cuando la antijuridicidad se asienta en el sacrificio especial que provoca el daño, si el Tribunal Supremo aplica el "principio del margen de apreciación razonable", construido jurisprudencialmente, pero muy criticado por la doctrina, en especial por el profesor T.R. Fernández Rodríguez (Alonso, 2021, p. 162). La aplicación de este criterio tiene relación directa con la razonabilidad interpretativa de las normas en que la administración fundamenta su actuación, aunque esta hubiese sido declarada ilegal por la jurisdicción y el particular hubiese acreditado haber cumplido los requisitos legales de la responsabilidad patrimonial.

Es decir, el carácter indemnizable de los daños derivados de esa actuación depende de la complejidad de la operación interpretativa. La dificultad de la operación interpretativa es alta si comprende la dotación de sentido de conceptos jurídicos indeterminados; ante esta compleja labor, la jurisprudencia mantiene que, aunque la norma en que se fundamentan las medidas haya sido declarada ilegal, el resarcimiento del particular puede quedar condicionado a la razonabilidad de la interpretación hecha por la administración. Así las cosas, la aplicación de este principio por la jurisprudencia comportará que, a salvo de casos palmarios de arbitrariedad, el margen de razonabilidad de la operación interpretativa (a mayor dificultad, mayor margen) es el que determina el carácter indemnizable o no del daño.

El riesgo de utilización por la jurisprudencia de este "criterio del margen de apreciación o de tolerancia razonable" en los casos covid, puede llevar a los tribunales a desestimar sistemáticamente la indemnización por responsabilidad patrimonial por covid, a pesar de que el particular haya acreditado que los daños soportados encajan en los requisitos exigidos por la LRJSP y a pesar de la declaración de ilegalidad de las normas en que se basa la actuación administrativa.

e) Cuestión distinta sugieren las medidas declaradas lícitas, calificadas por el TC como limitaciones de derechos no indemnizables. En este caso, la antijuridicidad y el título de imputación de las reclamaciones de responsabilidad descansará en la razonabilidad de las medidas concretas, que provocan un ´sacrificio especial´; esto es, en su idoneidad, en su necesidad y en su adecuación o carácter proporcionado, para hacer frente a la crisis sanitaria.

VI. ALGUNAS CONCLUSIONES.

1.- Aunque la legislación sanitaria vigente atribuye a las administraciones potestades suficientes para luchar contra la pandemia, numerosas voces de la política, la

doctrina y la jurisprudencia han planteado la necesidad de dar una respuesta jurídica, integrada y actualizada, a los problemas de la legislación sobre pandemias (Álvarez). Un planteamiento de ese tipo requeriría superar problemas de encaje constitucional, en relación, al menos, con la protección de los derechos fundamentales, la distribución de competencias y el papel de las comunidades autónomas, en situaciones de emergencia.

2.- La posición general de la doctrina coincide en que las reglas, principios generales y requisitos previstos en la legislación sobre responsabilidad patrimonial, así como la construcción jurisprudencial asentada durante decenios, son suficientes y válidos para dilucidar cuándo la administración puede ser considerada jurídicamente responsable por los daños y perjuicios causados a los particulares por las medidas adoptadas u omitidas durante la emergencia sanitaria de la pandemia.

3.- Con respecto al carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, se han sugerido propuestas para deslindar el funcionamiento normal de los servicios públicos del anormal, a fin de superar la actual insuficiencia jurídica al respecto; esto es, acometer la regulación por separado de la responsabilidad en función de la actividad legítima o ilegítima de la administración (Cassange).

4.- Convendría precisar la antijuridicidad del daño. Desde el plano teórico, prevalece en la doctrina la identificación de la antijuridicidad con el sacrificio especial soportado en beneficio del interés general que el particular no tiene el deber jurídico de soportar. Sin embargo, en la práctica, la jurisprudencia modula el carácter objetivo de la responsabilidad, aplicando *de facto* un régimen de responsabilidad por culpa (Doménech).

5.- Sería conveniente unificar criterios para la aplicación de los principios de proporcionalidad de las medidas y de razonabilidad del actuar de la administración, principalmente en los supuestos de funcionamiento anormal de los servicios públicos, así como aclarar los criterios de aplicación del principio de ponderación de la indemnización en relación con la doctrina de la pérdida de la oportunidad.

6.- Con respecto al "periodo cero", la exclusión de la responsabilidad por causa de fuerza mayor debiera ser aplicada con proporcionalidad. La duda de si la administración podría haber evitado algunos perjuicios adicionales de especial gravedad por no haber tomado las medidas con mayor prontitud y celeridad, tiene cierto sentido, sobre todo ante los casos más graves, ante los que el funcionamiento pasivo de la administración pudo no contribuir a disminuir su incidencia.

7.- La puerta de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador parece haber quedado entornada tras el contenido del fallo del Tribunal Constitucional en su STC 148/2021, en paralelismo con el art. 32.2 de la LRJSP. El resbaladizo terreno de su configuración legal exige una celeridad a los reclamantes que parece difícil de acometerse.

8.- La incompatibilidad jurídico-formal de las vías de resarcimiento de los daños sufridos (responsabilidad patrimonial *versus* expropiación forzosa) no debe afectar ni perjudicar al particular en el ejercicio de su derecho indemnizatorio ni a la cuantía pretendida. La previsible avalancha de demandas puede ayudar a prever instrumentos aplicativos e interpretativos a favor del objetivo constitucional de la responsabilidad patrimonial perseguido ante la emergencia sanitaria vivida: proteger la

vida y la salud de las personas y resarcir el sacrificio especial sufrido por algunos ciudadanos en beneficio del interés general.

9.- En fin, creo intuir que a lo largo de la Jornada latía la necesidad de sumar bajo un único corpus las principales líneas de argumentación de los consejos autonómicos y del Consejo de Estado, a fin de dotar de homogeneidad a la doctrina aplicable y unificar criterios de solución para supuestos con perfiles análogos. Utilidad recíproca, también, para con el Poder Judicial, como una nueva versión del diálogo institucional ante la ingente tarea de resolución de los cientos de casos que están llamando ya a la "puerta de la admisión a trámite" del Tribunal Supremo.

VII. BIBLIOGRAFÍA.

ALONSO TIMÓN, A.J., *Visión crítica de la gestión del* covid-*19 por la Administración*, Lefevbre, 2021.

ÁLVAREZ GARCÍA, V., "Propuestas para la reordenación del Derecho destinado a hacer frente a las grandes pandemias de nuestro país", *El cronista del Estado social y democrático de Derecho*, 100-102, 2022, pp. 70 ss.

CASSAGNE, J.C., "Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado en el Derecho comparado", *El cronista del Estado social y democrático de Derecho,* 100-102, 2022, pp. 12 ss.

DOMÉNECH PASCUAL, G., "Responsabilidad patrimonial del Estado por la gestión de la crisis del covid-19", *El cronista del Estado social y democrático de Derecho*, 86-87, pp. 102 ss.

DURÁN VICENTE, H., "La indemnización de los daños causados por las medidas de intervención u ocupación transitoria de empresas y servicio durante la pandemia", *La crisis sanitaria derivada del covid-19: retos jurídicos de la Comunidad de Madrid,* (Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid), 2021, pp. 303 ss.

FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., *Los estados de alarma por el covid-19*, Ratio Legis, Salamanca, 2021.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., "¿Existe un deber jurídico de soportar los perjuicios producidos por un acto administrativo declarado nulo por sentencia firme?", *Revista de Administración Pública*, 205, 2018, pp. 221-237.

Informe sobre la Justicia Administrativa-2022, CIJA, Madrid, 2022.

MARTÍN LORENZO, B., "Responsabilidad patrimonial y *covid* 19. Los daños a la hostelería", *Actualidad Administrativa*, 12, 2022, pp. 1-13.

NIETO GARRIDO, E., "La indemnización de daños o perjuicios causados por las medidas adoptadas durante el estado de alarma", *Diario La Ley*, 15/9/2022, pp. 1-8.

RESUMEN

A propósito de la Jornada sobre "La función consultiva y la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas derivada de la covid-19" (organizada por el Consejo Consultivo de Castilla y León, en Segovia, en junio de 2022), el autor hace algunas reflexiones doctrinales acerca de este interesante tema, sustentadas en la

doctrina científica, la de los órganos consultivos y la jurisprudencia. El trabajo contiene reflexiones, a modo de anotaciones, sobre los principales problemas que se plantean en torno al régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de las administraciones durante la pandemia. Y aborda cuestiones interesantes, como las relativas a la identificación de la administración responsable, la fuerza mayor y el "periodo cero", el procedimiento de reclamación, el daño y la antijuridicidad, el nexo causal o el derecho a la indemnización.

Palabras clave: Responsabilidad patrimonial de la administración por covid. Periodos de pandemia. Fuerza mayor. Daño, antijuridicidad y nexo causal. Estado legislador. Resarcimiento.

ABSTRACT

With regard to the Conference held on June 24, 2022, in Segovia (organized by the Advisory Council of Castilla y León), on "Advisory function and patrimonial liability of the public administrations derived from the covid -19", the author makes some doctrinal reflections on this interesting subject, based on scientific doctrine, that of the advisory bodies and case law. The work contains reflections, in the form of annotations, on the main problems that arise regarding the legal regime of the liability of the administrations during the pandemic. It deals with interesting issues, such as those related to the identification of the responsible administration, force majeure and the "zero period", the claims procedure, the damage and unlawfulness, the causal nexus or the right to compensation.

Key words: Administrative liability for covid. Pandemic periods. Force majeure. Damage, antijuridicity and causal nexus. State legislator. Compensation.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL: CIERRES POR PANDEMIA Y RIESGOS PROPIOS DEL SECTOR DE ACTIVIDAD

AGUSTÍN IRIONDO COLUBI

Secretario General del Consejo Consultivo del Principado de Asturias

Sumario:

I. INTRODUCCIÓN
II. APROXIMACIÓN A LOS RIESGOS DE LA NAVEGACIÓN MARÍTIMA
III. PROYECCIÓN A LAS RESTRICCIONES POR PANDEMIA

I. INTRODUCCIÓN

Hay riesgos que uno asume cuando sale -más o menos alegremente- a la calle, y riesgos que uno asume cuando se embarca en una empresa. Los primeros suelen ser predecibles o sorteables si el caminante mira donde pisa -y no hace camino al andar-, pero el emprendedor navega por otras aguas. Ventura y desventura son consustanciales a su actividad y a su expectativa de lucro, que se desenvuelve en un escenario sujeto a imponderables e "inimputables", pues si el viento sopla de cola o de cara, si llueve o hace sol, si hay tormenta o galerna, no tendrá un responsable a quien dirigirse. Tampoco lo tendrá -pues el olvido no le libera- si se materializa un riesgo infrecuente o extraordinario, como alguno de los contemplados como tales en el artículo 1575 del Código Civil ("peste, inundación, insólita, langosta, terremoto"), ya que no es la cadencia del evento sino su naturaleza lo que lo sitúa en la esfera de quien lo sufre, quien queda sometido a todas sus "consecuencias naturales", que incluyen las medidas de la autoridad inherentes a la situación crítica. Tales riesgos son así consustanciales al sector de actividad, porque objetivamente le acompañan, aunque subjetivamente se hubieran soslayado, incluso aunque fueran desconocidos para el emprendedor.

En estas líneas se trata de delimitar esa categoría. ¿Cuáles son los riesgos propios o "no repercutibles" de una actividad?: son aquellos que cuando se materializan no encuentran una causa eficiente en la actuación u omisión de un sujeto responsable. Pero no por eso dejan de ser antijurídicos. La Administración no responde porque quiebra el nexo causal. Si respecto a algunos daños -como los derivados de limitaciones desproporcionadas- media relación de causa a efecto con la actuación administrativa, habría que plantearse seguidamente si son o no antijurídicos. Pero respecto a los excluidos por falta de nexo causal, no procede descender a la antijuridicidad, a riesgo de proyectar una misma consideración en dos elementos distintos de imputación o exención.

Esta idea de riesgos propios de la actividad podría asentarse remotamente en el derecho romano. No en el *cuius commoda eius incommoda* ni en el *commodum eius esse debet, cuius periculum est* (Instituciones de Justiniano 3, 23, 3), pues esa regla llanamente determina que se imponga a quien obtiene el provecho la obligación de indemnizar el quebranto sufrido por un tercero. Pero la formulación del Digesto *commoda cuiusque rei eum sequi quem sequentur incommoda* (Paulo: *Digesto* 50, 17, 10), parece sugerir algo más amplio. 'Las ventajas de una cosa corresponden al que se expone a sus inconvenientes', lo que se aproxima a la formula más extendida en el derecho internacional: *qui habet commoda, ferre debet onera, et contr*a. Aunque me temo que el derecho romano, que bastante hemos ya expandido, no tenía ningún propósito a este respecto ni se planteaba la posibilidad de la indemnizar la desventura de un comerciante, más bien trataba de señalar un responsable solvente del *damnum emergens*.

II. APROXIMACIÓN A LOS RIESGOS DE LA NAVEGACIÓN MARÍTIMA

En rigor, el desarrollo de la doctrina del riesgo en la actividad empresarial es tributario del Derecho marítimo del siglo XIX, y más específicamente del campo del seguro, del que pocos navieros o cargadores se aventuraban a prescindir.

En el mundo anglosajón se venía imputando el daño a su "causa próxima", conforme a la teoría que institucionalizara LORD BACON, de forma ciertamente rígida. Así, el Juez WATKIN WILLIAMS, en su sentencia de 1881 (LAWRENCE v. ACCIDENTAL INSURANCE CO. LDT. 7 QBD 216) afirma que "sólo debe ser buscada la causa inmediata y próxima, ya que es impracticable indagar finalmente en el nacimiento de una persona, en base a que de no haber nacido, el accidente jamás hubiese tenido lugar". En la sentencia IONIDES v. UNIVERSAL MARINE INSURANCE (1863) 14 CBNS 259, puede leerse que "no se deben molestar en la búsqueda de causas lejanas, ni adentrarse en distinciones metafísicas entre causa eficiente y natural y causa final, sino que deben buscar exclusivamente la causa inmediata y próxima de la pérdida".

Uno de los casos relevantes del Derecho anglosajón es el de 1883 del CORY versus BURR. El buque CORY entró en aguas territoriales españolas para efectuar contrabando (del que el armador era ajeno), siendo capturado y confiscado por las autoridades aduaneras españolas. Los tribunales ingleses siguiendo la teoría de la causa próxima, consideraron la pérdida del buque como un caso de "captura" y no de "baratería", por lo que la entidad aseguradora no se vio obligada a indemnizar, ya que el riesgo de "captura" no quedaba cubierto por la póliza, mientras que la "baratería", sí lo estaba. Conclusión ya extraña a nuestro Derecho, en el que se hubiera estimado que la causa de la pérdida del buque fue el acto de "baratería" del capitán, constituyendo la "captura" uno de los efectos de la causa [1].

Este principio se materializa en Derecho en la Marine Insurance Act (M.I.A.) de 1906, cuyo párrafo primero del artículo 55 establece que el asegurador no es responsable de ninguna pérdida cuyo riesgo asegurado no sea causa próxima del siniestro[1]. Pero este criterio eminentemente cronológico estaba condenado a

1 Referencia: (1882-83) LR 8 App Cas 393.

Revista Española de la Función Consultiva
ISSN: 1698-6849, núm. 35, enero-junio (2021) págs. 59-66

evolucionar, para apreciar al menos que esa proximidad no debía entenderse como algo anterior en el tiempo[2].

Así se acoge por el juez SHAW en 1918, en el caso del buque IKARIA, al concluir que "la causa próxima de una pérdida no es necesariamente la última en el tiempo, sino en la eficiencia"[3] Son diversas las aristas y significaciones de este supuesto. El mercante IKARIA es alcanzado en 2017 por un torpedo alemán (la póliza de seguro excluía los riesgos de guerra); tocado pero no hundido consigue alcanzar puerto, el de Le Havre, que era un puerto de interés militar. Allí sólo encuentra en la bocana un acomodo que le permite iniciar la descarga, mientras amenaza hundimiento. Inmediatamente, la autoridad portuaria ante el riesgo de bloqueo de la bocana del puerto, da orden de retirar el buque, que se ve obligado a salir a la escollera, dónde una tempestad termina de hundirlo con el grueso de la carga. El cargador invoca la vigente teoría de la causa próxima: la responsabilidad es del puerto y eso no está excluido del seguro. Pero aquí pesa una evidencia: la autoridad portuaria estaba obligada a mantener la bocana expedita, de otro modo hubiera incurrido en responsabilidad, y se limitó a ejercitar sus legítimas potestades, sin que pueda sostenerse que el poder público incurra en responsabilidad tanto si ejercita rectamente sus atribuciones como si se abstiene de actuarlas. Así, la legítima orden de la autoridad portuaria no alcanza a interrumpir el nexo causal, concluyéndose que la carga se perdió por el torpedo (la causa eficiente está en un riesgo de guerra) y afectando ese riesgo a la navegación marítima debe residenciarse en la esfera de quien la emprende, que podrá dirigirse frente a quien le torpedea pero no frente a la aseguradora que -en el contrato aleatorio- no asumió ese riesgo.

Desde entonces, la tendencia generalizada es que cuando la generación del siniestro parte de una sucesión temporal de eventos, concatenados entre sí, debe identificarse la causa del primero de ellos y verificarse que el daño sea resultado inevitable del mismo para que se identifique como causa eficiente. Cuando por el contrario, el daño es consecuencia de una combinación de eventos que por sí mismos independientemente considerados no hubiesen sido capaces de producirlo, y no es posible identificar una causa como dominante o directa, habrá que realizar una ponderación e interpretación de los hechos a la luz del principio de universalidad de los riesgos. En este caso, no se trata tampoco de acreditar una relación causal directa e indiscutible, sino la mera posibilidad o razonabilidad de que el daño sufrido pueda ser atribuido a un determinado evento[4].

Se advierte en el Derecho anglosajón, aun después del caso IKARIA, una tendencia a estimar causa lo que no es más que un efecto de la misma, y aplicar ese efecto como causa próxima, en alguna construcción que no parece asumible en nuestro Derecho. Así, el buque norteamericano TEXAS PRIDE, fue detenido y capturado por las autoridades jamaicanas en 1983, y su capitán procesado y encarcelado acusado de

2 Art. 55 M.I.A.: "(1) Subject to the provisions of this Act, and unless the policy otherwise provides, the insurer is liable for any loss proximately caused by a peril insured against, but, subject as aforesaid, he is not liable for any loss which is not proximately caused by a peril insured against.

3 En los mismos términos, el mismo Lord SWAN consideró que: "to treat proxima causa as the causa which is nearest in time is out of the question. The cause which is truly proximate is that which is proximate in efficiency" (LEYLAND SHIPPING CO. LTD. V. NORWICH UNION FIRE INSURANCE SOCIETY, LTD. 1918, App. Cas. 350, 368-71).

4 Una aproximación al seguro marítimo de defensa jurídica Autora: VANESSA AMARELLE GUILLIN Tesis doctoral UDC / 2017

tráfico de drogas, al haber dejado sus faenas de pesca y desviado el buque a Jamaica para embarcar un cargamento de marihuana. El armador del TEXAS PRIDE, reclamó el valor asegurado del buque por pérdida total del mismo imputable a "baratería del patrón", riesgo cubierto por la póliza. Sin embargo, la aseguradora rechazó el siniestro, en base a que la pérdida total había sido causada por la captura del buque por las autoridades jamaicanas, y tal circunstancia no quedaba cubierta por la póliza. La postura de la entidad aseguradora fue ratificada tanto por el Tribunal de Primera instancia norteamericano, como por el de apelación, al entender que el daño había sido causado por la detención del buque y no por la baratería del capitán. No se apean del precedente inglés (CORY versus BURR 1883, era demasiado parecido).

Pero no es arriesgado afirmar que los tribunales españoles hubieran resuelto en otro sentido, al considerar la causa de la pérdida del buque el contrabando de marihuana –baratería del capitán-, siendo uno de sus efectos la captura del buque. Baste recordar el caso del abordaje del petrolero español CASTILLO DE MONTEARAGÓN, que sufrió una colisión en 1985 con el buque griego PATMOS, en el estrecho de Mesina en Italia, siendo ambos detenidos por las autoridades para la investigación de los hechos, lo que dio lugar a pérdidas por la inmovilización que fueron reclamadas por los armadores del Montearagón a su aseguradora. En el proceso se asume que de aplicarse el Derecho inglés (en la póliza se incorporaban cláusulas del Instituto de Aseguradores de Londres, de 1983), la "causa próxima" de la pérdida (del alquiler) sería la detención del buque por las autoridades italianas y el abordaje sólo representaría la "causa remota", pero aplicado el Derecho español la única causa es el abordaje, ya que la detención del buque no sería más que una de sus consecuencias (efecto). Siendo el abordaje la causa directa, natural y eficaz de la pérdida de alquiler, la indemnización de su valor ha de ser abonada por la aseguradora.

III. PROYECCIÓN A LAS RESTRICCIONES POR PANDEMIA

Mutatis mutandis, con la distancia que imponen hechos distintos y la coherencia que proporciona el derecho de daños, se observa que ante las restricciones en actividades mercantiles derivadas de las medidas adoptadas para contener la pandemia, la respuesta anglosajona no dista del caso IKARIA (ni contraría los otros que se reseñan) al acudir al test de razonabilidad o proporcionalidad de las medidas. De estimarse adecuadas al riesgo pandémico, serían efecto -mera traslación obligada- de una eventualidad que pesa sobre los actores en el mercado, ya sea más o menos infrecuente. De resultar excesivas o desproporcionadas se acercan a la requisa jamaicana o la detención prolongada italiana, ya que en la primera subyace un enriquecimiento injusto en detrimento del armador y en la segunda una inmovilización evitable cuyos tiempos no se ajustan a su limitada finalidad.

En definitiva, ante el daño subsiguiente a las previsibles restricciones que se asocian a una pandemia, la causa próxima "en la eficiencia" -en los términos del juez SHAW-, o causa "hábil" o "adecuada" en el lenguaje común entre nosotros, reside en el evento dañoso -más o menos extraordinario, pero concreción de un riesgo incardinable en los sectores de actividad que se nutren de la congregación de personas- que aboca a la adopción de restricciones acordes a la magnitud de la amenaza. La respuesta de la autoridad, en tanto consista en medidas adecuadas y proporcionadas, es un efecto o consecuencia de la pandemia -pues le compete tutelar la salud pública a través de las medidas preventivas necesarias-, y no puede elevarse a causa del daño cuando atiende -tal como se ha de esperar- a las obligaciones que le impone la ley. Hay

una suerte de medidas que el legislador contempla como "estabilizadores automáticos" en el terreno de la salud pública, y por su necesidad de adaptación a cada crisis no se ha articulado su automática vigencia como ocurre en el terreno de la economía, pero poco dista, pues lo que la ley trata de amparar es su rauda aplicación pese a su calado.

Conviene examinar la concreción de estos riesgos en el campo de la relación de causalidad, pues hay algunos riesgos próximos, aunque distintos de los propios de la actividad, que merecen un tratamiento paralelo, como es el caso del incendio provocado por una persona. Así, cuando nos enfrentamos a un incendio derivado de causas naturales, y se reclaman los daños ocasionados por el agua vertida por los bomberos que cumplen su legal cometido, negamos la relación de causalidad del daño con el servicio público, sin excluir su resarcimiento por falta de antijuridicidad. De lo contrario, ante la misma reclamación tras un incendio causado accidentalmente por un funcionario, se estaría exonerando a la Administración de los daños que provoquen las labores de extinción del fuego.

Así, en los dictámenes del Consejo de Estado (por todos, Dictamen núm. 1129/2021) se aprecia "la inexistencia de una lesión en sentido técnico jurídico" al faltar el requisito de la antijuridicidad del daño, dejando patente que en el ámbito de la responsabilidad patrimonial "la antijuricidad está (…) desplazada desde la conducta subjetiva del causante del daño, donde lo sitúa la responsabilidad civil, al dato objetivo del patrimonio dañado". Parece así que el examen de la antijuridicidad del daño sólo procedería ante los causados por la Administración –aquellos cuya causa eficiente sea la actuación u omisión del servicio público-, por lo que no procedería anticipar su análisis al de la relación de causalidad. El propio Consejo de Estado razona inmediatamente que "debe afirmarse la ausencia de una relación de causalidad entre las eventuales lesiones y el funcionamiento del servicio público" que se ajustó al "conocimiento científico de la epidemia habido entonces", no resultando desproporcionas las precauciones adoptadas, de modo que "los hipotéticos perjuicios sufridos por la parte reclamante no se debieron pues, ni a una falta de ejercicio de las competencias por los servicios administrativos, ni a que las medidas adoptadas por éstos (…) fueran defectuosas o erróneas. Traen causa de la situación de epidemia habida, a cuya causación resultó completamente ajena la Administración".

Advertida la relevancia de la relación causal, no puede orillarse que múltiples resoluciones recaídas tras la pandemia descansan singularmente en la falta de antijuridicidad del daño. En efecto, suele razonarse que el perjuicio alegado no entraña un sacrificio "singular, excesivo y desigual" que sustente su carácter antijurídico, sino la concreción del riesgo inherente al ejercicio de una actividad económica proclive a la propagación del virus, sin que en las restricciones impuestas -extensivas a otros sectores que igualmente comportan la concentración de personas en espacios cerrados- se observe discriminación arbitraria o desproporción. Ahora bien, cuando se inserta la materialización de un riesgo -con sus consiguientes y esperables limitaciones- entre los inherentes a un sector de actividad y, como correlato, se niega el carácter antijurídico de los daños que se asocien a las lógicas medidas subsiguientes, no podemos obviar que la actuación de la Administración es reactiva -existe un agente, identificable o no, que desencadena la situación crítica, y en el que radica la causa eficiente del daño. La razonabilidad de las medidas restrictivas no comporta en rigor que los afectados deban soportar el daño -que no sea en sí mismo antijurídico- sino que ese daño no encuentra su causa eficiente o idónea en la actuación administrativa y sí en un evento externo, de

fuerza mayor o no imputable a la Administración, o no evitable por esta. Así, cuando un incendio o riesgo de derrumbe conduce a delimitar un perímetro de seguridad, no negamos la antijuridicidad del daño -que tendrá acaso un responsable- sino su falta de nexo causal con la actuación del servicio público. Y un eventual exceso de este llevará a que se residencie en la actuación administrativa la causa de una parte de los daños, no a que se redima su antijuridicidad. Cuando se trata de un terremoto o un volcán en erupción el matiz parece ocioso, ya que no habrá un responsable, y en el caso de una pandemia ocurre prácticamente lo mismo, por lo que en estos casos viene a afirmarse el "deber de soportar el daño".

Pero los reclamantes no accionan frente a la Administración por los daños provocados "por la pandemia" sino por los derivados del obligado cierre de sus negocios, de modo que al razonar la Administración la adecuación y proporcionalidad de sus restricciones está afirmando que los perjuicios tienen su causa idónea en la situación de crisis sanitaria que origina aquellas limitaciones (son su efecto). Si algunas de las medidas de contención se estimaran improcedentes o excesivas, los daños que provoquen sí guardarían un nexo causal con el servicio público, y procedería entonces plantearse si son o no antijurídicos. Aquí es donde ha de jugar el elemento de la antijuricicidad, quizás con más margen del aparente pues la anulación judicial de una medida no se traduce en la obligación de indemnizar. Si la restricción horaria de los bares se anula por discriminatoria en relación con las discotecas, que disponían de un horario más amplio, la sentencia sólo está sentando que ambos eran, a efectos de la pandemia, sectores asimilables. No que la respuesta consistente en relajar las restricciones a todo el sector hubiera sido más razonable que la de aplicar la restricción mayor a todos los negocios asimilados, de la que sólo se deduciría que hubo un beneficio anómalo para las discotecas y no un perjuicio para los bares. Es claro que los parámetros de enjuiciamiento difieren cuando se aborda la responsabilidad patrimonial, pues en el escenario de pandemia, y considerado el principio de cautela, parece que sólo sería antijurídico el daño derivado de limitaciones manifiestamente improcedentes o inadecuadas, o cuya desproporción fuera patente desde una perspectiva amplia, que excede del *tertuim comparationis* que motivó su anulación.

Podría suscitarse también si la autoridad sanitaria debió prever y evitar la pandemia, a fin de articular un nexo causal, pero esta no suele ser una línea esgrimida por los reclamantes, ya que difícilmente se explica cómo pudo evitarse.

En este sentido, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias viene reparando (por todos, Dictamen Núm. 85/2022) en que "no se reclaman aquí los daños provocados por el hecho de la pandemia -asumido que es ajeno a la Administración del Principado de Asturias-, por lo que no procede detenerse en si es un suceso de fuerza mayor o sus consecuencias pudieron ser previstas o evitadas. El reproche se dirige frente a las medidas restrictivas de apertura y aforo que en respuesta a ese evento no imputable a la Administración se adoptaron por la autoridad autonómica, por lo que lo relevante es determinar si esa respuesta fue razonada o arbitraria, lógica o irracional, proporcionada o excesiva. De superar este juicio, más allá del de legalidad formal, nos enfrentaríamos a la concreción de unos riesgos que pertenecen a cada sector de actividad, ya que es claro que aquellos negocios que giran sobre la afluencia de personas en espacios cerrados están expuestos -en sí mismos y permanentemente- a la eventual necesidad de que se restrinja la presencia física o el aforo, al igual que quienes operan por cauces electrónicos quedan sometidos a las hipotéticas limitaciones que hayan de

adoptarse a raíz de un ciberataque masivo, pues se trata de riesgos inherentes a la iniciativa económica".

En suma, cuando se asume con naturalidad que un evento -más o menos extraordinario- pertenece a la ventura y desventura del empresario, este ha de soportarlo en toda su significación o alcance -incluidas las medidas que la autoridad ha de adoptar para preservar la salud pública- en tanto no exista o no puede aislarse un responsable primigenio de la situación crítica (volcán, terremoto, pandemia…), pues desechada su relación causal con el servicio público no hay nadie frente a quien reclamar. Pero conviene dejar de manifiesto que lo que quiebra es ese nexo causal -en términos de causa idónea o eficiente-, ya que si alguna medida aplicada se reputa impertinente o desproporcionada y se estima el resarcimiento, este vendrá determinado porque el daño encuentra su causa adecuada en esa restricción que no debió adoptarse y no en la pandemia, y en consecuencia el afectado acaso no debe soportarlo. En los supuestos en que media un suceso de fuerza mayor o que no puede imputarse a un sujeto, parece que el examen de la antijuridicidad del daño no puede anticiparse al de la relación causal, pues son precisamente los daños causados al margen de ese suceso extraordinario -los que guardan un nexo causal con el servicio público- los que merecen el examen de su antijuridicidad.

Evidenciado que el daño es consecuencia de una sucesión temporal de eventos, concatenados entre sí, se observa que el primero de ellos -la pandemia COVID19, en su acreditada dimensión- tiene por lógico resultado la adopción de medidas de contención y se identifica causa eficiente, capaz por sí misma de producir los perjuicios que se reclaman e incluso más graves. Cabe reparar en la precariedad del relato de daños de muchos de los reclamantes, pues no ignoran que en el escenario de pandemia las expectativas de negocio de no mediar medidas de contención eran cuando menos inciertas. No ya por tratarse de meras expectativas, más o menos esperables en un curso normal de acontecimientos, sino porque la deriva de estos sería anormal o perniciosa de no adoptarse restricciones, sin que ninguno de los reclamantes explique -como corresponde a quien acciona por una pérdida de oportunidad- el mecanismo alternativo por el que se hubiera contenido la pandemia con un perjuicio menor para sus intereses.

Todo lo anterior son consideraciones, más o menos desafortunadas, en estrictos términos de responsabilidad patrimonial, en exceso severas para los emprendedores, acaso útiles como "aviso a navegantes". En la experiencia vivida, más pesan las virtudes y carencias del Estado social, que -esto es lo verdaderamente trascendente- se ha revelado capaz de mantener sustancialmente el tejido empresarial viable.

RESUMEN

Quien sale al mercado se somete a ciertas adversidades, como las pandemias, que ha de soportar en toda su significación o alcance, incluidas las medidas que la autoridad ha de adoptar para preservar la salud pública. Se argumenta aquí acerca de esos riegos propios de la actividad mercantil, retrocediendo a las primigenias construcciones del derecho marítimo en torno a la causa hábil o eficiente. Se estima que cuando se materializan riegos propios de un sector de actividad lo que quiebra es el nexo causal entre los daños y el servicio público -en términos de causa idónea o eficiente-, y si alguna medida aplicada por los poderes públicos se reputara impertinente o desproporcionada entra en juego la nota de antijuridicidad: el daño encuentra entonces

su causa adecuada en esa restricción que no debió adoptarse y no en la pandemia, y en consecuencia el afectado acaso no debe soportarlo.

***Palabras Clave*:** Responsabilidad patrimonial, riesgos propios de un sector de actividad, causa eficiente, antijuridicidad.

ABSTRACT

Those who enter the market are subjected to certain adversities, such as pandemics, which they must bear in all their significance or scope, including the measures that the authority must adopt to preserve public health. It is argued here about those risks typical of commercial activity, going back to the original constructions of maritime law around the skillful or efficient cause. When risks specific to a sector of activity materialize, what breaks is the causal link between the damage and the public service -in terms of a suitable or efficient cause-, and if any measure applied by the public authorities is considered irrelevant or disproportionately, the note of unlawfulness comes into play: the damage then finds its proper cause in that restriction that should not have been adopted and not in the pandemic, and consequently the person affected may not have to bear it.

***Keywords**:* heritage liability regime, risk specific to a sector of activity, efficient cause, unlawfulness (anti-juridicity).

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y COVID-19: ASUNTOS DICTAMINADOS POR EL CONSEJO CONSULTIVO CASTILLA Y LEÓN EN EL AÑO 2022

JAVIER PÍRIZ URUEÑA

Letrado jefe del Consejo Consultivo de Castilla y León

Sumario:

I. INTRODUCCIÓN.
II. ASUNTOS DICTAMINADOS POR EL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA Y LEÓN EN EL AÑO 2022.
a) Ámbito medico asistencial.
1. Efectos adversos de una vacuna frente a la COVID-19.
2. Asistencia sanitaria prestada a una usuaria en una residencia de mayores.
b) Ámbito económico: en especial, los perjuicios a la hostelería.
c) Otros supuestos.
III. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN.

La crisis sanitaria originada por la COVID-19 y las medidas adoptadas por los poderes públicos para hacer frente a la pandemia han supuesto una alteración en el funcionamiento ordinario del Estado de Derecho, no solo con la declaración del estado de alarma en dos periodos distintos (con los reales decretos 463/2020, de 14 de marzo, y 926/2020, de 25 de octubre[1]), con la consiguiente limitación de derechos, sino también con la adopción, por parte de las comunidades autónomas, de restricciones y limitaciones de numerosas actividades individuales, sociales y económicas.

Las decisiones adoptadas por las administraciones públicas en sus respectivos ámbitos con el fin de frenar la propagación de la pandemia han producido, de forma irremediable, efectos lesivos a derechos e intereses de particulares derivados de las limitaciones y restricciones establecidas durante este periodo.

Son de muy diversa índole y naturaleza los derechos e intereses que han podido verse lesionados, no por la irrupción súbita del virus (hecho natural no imputable a la Administración), sino por la actuación y decisiones adoptadas por las administraciones públicas para contener y paliar los efectos de la pandemia. Con carácter general, los efectos lesivos han podido derivar de medidas como la puesta a disposición de centros

1. Ténganse en cuenta las SSTC 148/2021, de 14 de julio de 2021 y 183/2021, de 27 de octubre de 2021.

sanitarios, el confinamiento, el toque de queda o los cierres perimetrales de territorios, y las limitaciones de aforo y horario que han afectado de manera muy directa a las actividades económicas en general (comercios, centros de ocio y deporte, etc.), y de hostelería en particular. De forma más concreta, también se han producido daños y perjuicios derivados de la actividad médica o asistencial (prestada u omitida) en centros médicos u hospitalarios o en residencias de mayores, o relacionados con la administración de vacunas contra el virus.

Ello ha motivado que se hayan presentado numerosas reclamaciones de responsabilidad patrimonial frente a las administraciones públicas con el fin de obtener el resarcimiento de los daños que se consideran infringidos. En estos expedientes, una vez tramitado el procedimiento y antes de dictar resolución, se ha de emitir, cuando resulte preceptivo según la normativa, dictamen por el Consejo de Estado o por los Consejos Consultivos autonómicos.

Es sabido que la responsabilidad patrimonial de la Administración exige la concurrencia de los siguientes requisitos sustantivos: a) daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; b) antijuridicidad del daño, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la ley; c) imputabilidad a la Administración de la actividad dañosa, es decir, la integración del agente en el marco de la organización administrativa a la que pertenece o la titularidad pública del servicio o la actividad en cuyo ámbito se produce el daño; d) relación de causalidad entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, esto es, que el daño sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público; e) ausencia de fuerza mayor. Asimismo, se exige, desde un punto de vista procedimental, que la reclamación se presente antes de que transcurra un año desde el momento en que se produjo el hecho causante.

En las jornadas sobre "*Función consultiva y responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas derivada de la COVID-19*"[2], celebradas en Segovia el 24 de junio de 2022, se constató el criterio homogéneo que mantienen en esta materia el Consejo de Estado y los Consejos Consultivos autonómicos, que consideran que, con carácter general, los daños y perjuicios ocasionados por la actuación administrativa derivada de la COVID-19 no revisten la nota de antijuridicidad necesaria para apreciar responsabilidad patrimonial de la Administración. Así se puso de manifiesto en las dos mesas redondas celebradas en esa jornada, tituladas "Responsabilidad patrimonial sanitaria" y "Responsabilidad patrimonial por daños a la actividad económica".

El Consejo Consultivo de Castilla y León dictaminó durante el año 2022 numerosos expedientes de responsabilidad patrimonial en los que se solicitaba el resarcimiento de daños y perjuicios derivados de actuaciones de la Administración durante la pandemia. Los asuntos sobre los que se ha pronunciado el Consejo han sido en su mayor parte reclamaciones por perjuicios económicos causados a la hostelería durante los dos estados de alarma (del 14 de marzo al 20 de junio de 2020, y del 25 de octubre de 2020 al 8 de mayo de 2021), en el periodo intermedio entre ambos (del 21 de

2 Para ver más sobre este extremo véase SÁNCHEZ DE VEGA, A.: "Responsabilidad patrimonial por COVID y función consultiva. (Ecos de una Jornada organizada por el Consejo Consultivo de Castilla y León. En Segovia, 24 de junio 2022)", *en este número págs…*

junio al 25 de octubre) y en el periodo posterior al levantamiento del segundo estado de alarma (desde el 9 de mayo de 2021).

Pero también se han abordado otros asuntos no menos relevantes: una reclamación por los daños causados por los efectos adversos de una vacuna frente a la COVID-19; otra, por el fallecimiento de una usuaria en una residencia de mayores, que se achacaba a la deficiente la asistencia médica que se le prestó en la residencia antes y al inicio del primer estado de alarma; y, por último, otra reclamación por los perjuicios económicos sufridos por un hospital privado por la obligación de poner a disposición las instalaciones durante la vigencia del primer estado de alarma.

Se expone a continuación, de forma sintética, el criterio adoptado por el Consejo Consultivo en los dictámenes emitidos en estos asuntos.

II. ASUNTOS DICTAMINADOS POR EL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA Y LEÓN EN EL AÑO 2022.

a) Ámbito médico asistencial.

Dos son los expedientes de responsabilidad patrimonial que se han dictaminado en relación con el ámbito médico o asistencial durante la pandemia: el primero, sobre daños y perjuicios sufridos tras la administración de una vacuna frente a la COVID-19, y el segundo, un expediente en el que se reclamaba por el fallecimiento de una usuaria de una residencia de mayores en las primeras semanas del estado de alarma declarado en marzo de 2020.

1. Efectos adversos de una vacuna frente a la COVID-19.

En el Dictamen 74/2022, de 17 de marzo[3], se analizó un expediente de responsabilidad patrimonial en el que se reclamaba por los efectos adversos (miocarditis aguda) sufridos por el reclamante tras la administración de la primera dosis de la vacuna AstraZeneca.

La Consejería de Sanidad formuló propuesta de resolución en la que, por un lado, apreciaba falta de legitimación pasiva de la Administración autonómica, al no ser la competente para la autorización, homologación control y planificación de las vacunas contra la COVID-19; y, por otro, consideraba que no hubo infracción de la *lex artis* por parte de los profesionales del servicio público de salud de Castilla y León, ni en la administración de la primera dosis de la vacuna Vaxzevria, de AstraZeneca, ni en la asistencia médica prestada al reclamante con posterioridad.

El Consejo Consultivo de Castilla y León abordó la cuestión analizando tres aspectos: la responsabilidad concurrente de las administraciones públicas, el título de imputación de la responsabilidad patrimonial, y la relación de causalidad entre la asistencia prestada y la lesión.

a) En cuanto a la primera cuestión, se señaló que en estos supuestos "la eventual responsabilidad en la que pueden incurrir las Administraciones intervinientes no parece encontrar encaje en la responsabilidad concurrente del artículo 33.1 de la Ley 40/2015, en la medida en la que no deriva de fórmulas conjuntas de actuación más o menos

3 Sitio web: https://www.cccyl.es/es/dictamenes/responsabilidad-patrimonial/covid-19/vacunas/2022-b1b5/dictamen-74-2022 [Fecha de consulta: 16 de enero de 2023].

formalizadas, sino que pudiera hallarse en la cláusula residual del artículo 33.2, que contempla otros supuestos, distintos del anterior, de concurrencia de varias Administraciones, en los que la responsabilidad se fija para cada Administración atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención, por lo que en principio habrá que exigir la responsabilidad individualmente a cada una de las Administraciones Públicas concurrentes en función de su participación en el hecho lesivo; y solo en el caso de que no sea posible la determinación de su participación, se podrá exigir la responsabilidad de forma solidaria como vía para facilitar el resarcimiento del daño".

b) En cuanto al título de imputación, el dictamen señala que la lesión podía derivar del propio acto de vacunación, o del producto de vacuna porque sea defectuoso o porque provoque efectos adversos no advertidos. La Consejería de Sanidad admitía que la Administración autonómica podía eventualmente responder del acto sanitario de administración de la vacuna o del diagnóstico y tratamiento de la miocarditis que padeció el reclamante, atendiendo al criterio de la *lex artis*, pero, por el contrario, rechazaba cualquier responsabilidad derivada del producto de la vacuna, con fundamento en que la Administración autonómica no es la competente para la autorización y control de la vacuna administrada.

Sobre ello, debe tenerse en cuenta la jurisprudencia establecida en interés casacional por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo a partir de la Sentencia 1806/2020, de 21 de diciembre, y reiterada en otras posteriores como las sentencias 1340/2021, de 17 de noviembre, o 1259/2022, de 6 de octubre (sentencias dictadas en recursos en los que se examina la responsabilidad patrimonial del servicios de salud autonómicos por permitir la utilización del gas tóxico Ala Octa en las intervenciones quirúrgicas de desprendimiento de retina, y que rechazan que pueda erigirse en título de imputación de la Administración autonómica el riesgo creado por permitir aquella utilización). Dichas sentencias señalan que "la Administración sanitaria -cuyos facultativos realizan correcta y adecuadamente una intervención quirúrgica de conformidad con la *lex artis* no debe responder de las lesiones causadas a un paciente como consecuencia de la utilización de un producto sanitario defectuoso, cuya toxicidad se descubre y alerta con posterioridad a su utilización, previamente autorizada por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, debiendo la responsabilidad recaer en el productor o, en su caso, en la Administración con competencias para autorizar y vigilar los medicamentos y productos sanitarios, de concurrir las concretas circunstancias necesarias para ello".

Sentado lo anterior, el informe de la Dirección General de Salud Pública de la Consejería de Sanidad, emitido en relación con la reclamación, señala que la vacuna Vaxzevria, de AstraZeneca fue autorizada el 29 de enero de 2021 por la Comisión Europea y que la vacunación con Vaxzevria comenzó en España el 9 de febrero de 2021, en Castilla y León el 10 de febrero de 2021 y en Valladolid el 17 de febrero de 2021; que la vacuna administrada al reclamante se ajustó a los criterios acordados en la Estrategia de vacunación vigente en el momento en que la recibió ; y que en la fecha de vacunación del reclamante no se reconocían contraindicaciones de esta vacuna, que aparecieron posteriormente.

Conforme a ello, se concluyó que, al carecer la Administración autonómica de competencia para la autorización, homologación y control de los medicamentos y

productos sanitarios y, en particular, de la vacuna en cuestión, no procedía atribuir a aquella la responsabilidad fundada en este título.

c) En cuanto a la relación de causalidad entre la asistencia prestada y la lesión, el Consejo Consultivo no apreció que se produjera actuación sanitaria contraria a la *lex artis* ni en el acto mismo de inyección de la vacuna ni en el diagnóstico y tratamiento de la miocarditis padecida, por lo que no procedía tampoco apreciar responsabilidad de la Administración autonómica por este motivo.

En todo caso, el informe de la Dirección General de Salud Pública de la Consejería concluyó que hasta la fecha del informe no se había establecido relación causal entre la miocarditis o pericarditis y las vacunas disponibles para la COVID-19, y que la miocarditis no figuraba entre las contraindicaciones o reacciones adversas.

Por ello, se concluyó, sobre la cláusula de progreso recogida en el artículo 34.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que en todo caso el daño sufrido no sería antijurídico.

2. Asistencia médica prestada a una usuaria en una residencia de mayores.

El Dictamen 463/2022, de 17 de noviembre[4], abordó un expediente en el que se reclamaba por el fallecimiento de una usuaria de una residencia de mayores el 3 de abril de 2020, durante las primeras semanas de la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19. Los reclamantes achacaban a la Administración autonómica su inactividad, al no haber adoptado medidas preventivas ante la inminente irrupción de la pandemia y no haber prestado una adecuada asistencia médica a la usuaria, que no fue derivada a un centro hospitalario sino a otra residencia de mayores.

El dictamen se limita a abordar la posible responsabilidad de la Administración autonómica, sin analizar la eventual responsabilidad de la residencia de mayores, de carácter privado, que también solicitaban los reclamantes con carácter solidario.

Tras exponer las notas caracterizadoras del instituto de la responsabilidad patrimonial y su vigencia durante las situaciones constitucionales de excepcionalidad, el dictamen alude a las normas, directrices, instrucciones y recomendaciones dictadas por el Ministerio de Sanidad, como autoridad competente, que afectaron a las residencias de mayores y a los centros sociosanitarios.

Como cuestión previa, el dictamen parte de la premisa de que "la abrupta irrupción de la COVID-19, enfermedad nueva que alcanzó la consideración de pandemia en las fechas a que se refiere la reclamación -y que motivó la declaración del estado de alarma-, ocasionó una situación límite en los servicios sociales y sanitarios españoles durante varios meses y provocó decenas de miles de fallecidos. Ante este escenario resulta imposible desvincular un caso como el objeto del presente dictamen de la situación límite que se experimentó al comienzo de la pandemia". En sentido similar se habían pronunciado ya el Consejo Consultivo de Andalucía (dictámenes 424/21, de 1 de junio y 100/22, de 10 de febrero) y la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid (dictámenes 177/22 y 184/22, de 29 de marzo; 342/22, de 31 de mayo;

4 Sitio web: https://www.cccyl.es/es/dictamenes/responsabilidad-patrimonial/covid-19/asistencia-residencias-mayores/2022/dictamen-463-2022 Fecha de consulta: 16 de enero de 2023].

177/2022, de 29 de marzo; y 581/2022, de 20 de septiembre), al dictaminar en asuntos semejantes.

También se pone de manifiesto en el dictamen que "los escasos conocimientos que se tenían sobre la enfermedad determinaron que los protocolos de actuación, normas y recomendaciones que se aprobaron estuvieran en permanente revisión, a fin de acomodarlos a las nuevas informaciones y conocimientos que resultaban de la experiencia médica y las investigaciones que se estaban desarrollando". Circunstancia que debe ponerse en conexión con el artículo 34.1, inciso segundo, de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, conforme al cual, "*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, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos*".

Tres eran los motivos en los que se fundamentaba la reclamación:

a) En primer lugar, se alegaba falta de adopción de medidas preventivas pese a que la emergencia sanitaria ya era conocida desde el 30 de enero de 2020.

El dictamen hace un recorrido sobre las fechas de los primeros casos confirmados de COVID-19 en Castilla y León y sobre las fechas de las primeras recomendaciones previas a la declaración del estado de alarma, y advierte que no constaba en el expediente incumplimiento alguno de las obligaciones de la residencia antes de la declaración del estado de alarma que precisara la adopción de medidas por parte de la Administración autonómica, por lo que se consideró que esta no incurrió en responsabilidad por inactividad durante dicho periodo. Y tampoco una vez declarado el estado de alarma, puesto que la autoridad competente era el Ministro de Sanidad -al que le correspondía prever y adoptar las medidas pertinentes durante la vigencia del estado de alarma-, sin que pudiera atribuirse a la Administración autonómica responsabilidad por tales medidas.

b) En segundo lugar, se invocaba falta de vigilancia, por parte de la Administración de la Comunidad, del cumplimiento de las obligaciones exigibles a la residencia y de las condiciones en la que se encontraban los residentes, tras la declaración de la alerta sanitaria.

El dictamen, tras relatar las actuaciones desarrolladas, concluye que la Administración autonómica, teniendo en cuenta la difícil situación existente tras la declaración del estado de alarma, actuó con diligencia al visitar y constatar pocos días después la situación en la que se encontraba la residencia y adoptar las medidas de intervención precisas, entre ellas el traslado de residentes asintomáticos a otra residencia. Por ello, no se apreció incumplimiento de las obligaciones o falta de vigilancia por parte de la Administración.

c) Finalmente, los reclamantes afirmaban que se había producido una deficiente asistencia y seguimiento médico, en la residencia, de la infección que padecía su madre, y que no se había derivado a esta a un hospital pese a la situación médica que presentaba (por una infección distinta a la COVID-19). Alegaban, asimismo, que el traslado a otra residencia estaba desaconsejado a la vista de su estado general.

Ante la falta de otras informaciones o datos que permitieran alcanzar otra conclusión (los reclamantes no aportaron informes periciales que avalaran sus alegaciones), los informes médicos obrantes en el expediente permitieron considerar que la residente fue debidamente tratada de la patología que presentaba (infección de orina) y que su situación general los días previos y el día del traslado (sin fiebre y con buen estado general) permitían y aconsejaban, vista la situación del centro residencial en el que se encontraba, el traslado a otra residencia sin riesgo para su salud.

Por último, el dictamen formula algunas consideraciones sobre la fuerza mayor invocada por la Administración consultante. El Consejo pone de manifiesto que "a la hora de valorar la posible concurrencia de fuerza mayor, debe distinguirse entre los daños producidos por la pandemia, en cuanto acontecimiento o hecho imprevisible e inevitable, y los daños derivados de la actuación y de las medidas adoptadas por la Administración como consecuencia de la pandemia. En este segundo caso, la Administración deberá justificar tanto la diligencia en su actuación para mitigar los daños y perjuicios derivados de la pandemia como la adecuación y proporcionalidad de las medidas adoptadas para evitar los daños, sin que, por ello, pueda exonerarse de responsabilidad invocando, sin más, la concurrencia de fuerza mayor". Y concluye que "En el supuesto analizado, ha de tenerse en cuenta, por un lado, que el fallecimiento no se produjo por COVID-19 sino por una infección distinta, y, por otro, que los daños reclamados se achacan a la falta de previsión e indebida actuación de la Administración autonómica durante la pandemia". Y la concurrencia de fuerza mayor solo podría invocarse en relación con la actuación de la Administración por la que se reclama, circunstancia cuya concurrencia, sin embargo, no quedó acreditada.

b) Ámbito económico: en especial, los perjuicios a la hostelería.

El Consejo Consultivo de Castilla y León ha abordado en el año 2022 numerosos expedientes de responsabilidad patrimonial por daños y perjuicios causados a la hostelería como consecuencia de las medidas administrativas, restrictivas y limitativas, adoptadas por las administraciones públicas durante la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19. Tal ha sido el número de expedientes que en la página web del Consejo se ha creado un apartado específico de dictámenes relacionados con la COVID-19[5], y dentro de ellos, por perjuicios causados a la actividad económica[6], cuya consulta se recomienda.

En todos ellos, tras analizar la vigencia del instituto de responsabilidad patrimonial durante las situaciones constitucionales de excepcionalidad y su diferenciación de otros mecanismos de resarcimiento, se procede a la caracterización de la situación y el régimen jurídico aplicables a los distintos periodos que se han distinguido a estos efectos: en primer lugar, entre el 14 de marzo y el 21 de junio de 2020 (periodo correspondiente al primer estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo); en segundo lugar, desde el 25 de octubre de 2020 hasta el 9 de mayo de 2021 (periodo correspondiente al segundo estado de alarma, declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre); en tercer lugar, el habido entre el 21 de junio y el 25 de octubre de 2020 (correspondiente al período intermedio entre ambos

5 Sitio web: https://www.cccyl.es/es/dictamenes/responsabilidad-patrimonial/covid-19 [Fecha de consulta: 16 de enero de 2023].
6 Sitio web: https://www.cccyl.es/es/dictamenes/responsabilidad-patrimonial/covid-19/perjuicios-actividad-economica [Fecha de consulta: 16 de enero de 2023].

estados de alarma); y por último, el existente desde el 9 de mayo de 2021, fecha en que concluyó el segundo estado de alarma.

El Consejo Consultivo concluye en todos los dictámenes que durante la vigencia de los dos estados de alarma (correspondientes al primer y al tercer periodo referidos) la responsabilidad no puede imputarse a la Administración autonómica, ya que no tuvo intervención alguna en la adopción de medidas de contención, restrictivas y limitativas, en el ámbito de las actividades de hostelería y restauración, sino que fueron adoptadas por el Gobierno de la Nación.

En cuanto al periodo intermedio entre los dos estados de alarma indicados y al existente desde el 9 de mayo de 2021 (correspondientes al segundo y al cuarto periodo referidos), el Consejo ha considerado en todos los dictámenes que los perjuicios reclamados no tienen la nota de antijuridicidad y, por ello, la Administración autonómica no debe responder de ellos, ya que, "de acuerdo con los informes técnicos incorporados al expediente y en atención a la cláusula de progreso recogida en el artículo 34.1 de la LRJSP, aquella adoptó las medidas preventivas que los conocimientos científicos disponibles revelaban como más eficaces para evitar la propagación de la enfermedad y la saturación del sistema sanitario en ejercicio de sus competencias sobre protección de la salud pública". En este sentido, los informes emitidos por la Dirección General de Salud Pública durante los procedimientos de responsabilidad patrimonial describen con exhaustivo detalle las circunstancias acontecidas y las medidas adoptadas por la Administración durante la pandemia en esos periodos (con especial referencia al ámbito de la hostelería), así como su evidente incidencia en la contención del virus.

c) Otros supuestos

Como caso particular, cabe citar el Dictamen 6/2022[7], en el que se analizó un expediente de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración de la Comunidad, en el que un hospital privado reclamaba por los daños y perjuicios ocasionados por la suspensión de su actividad privada y por la puesta a disposición de la Gerencia Regional de Salud del centro hospitalario durante el primer estado de alarma declarado por la pandemia de COVID-19. En concreto, reclama por 47 días de perjuicios, desde el 21 de marzo hasta el 6 de mayo de 2020, por aplicación de la Orden 232/2020, de 15 de marzo, del Ministerio de Sanidad, por la que se adoptan medidas en materia de recursos humanos y medios para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19 y, en el ámbito de la Comunidad de Castilla y León, de la Orden SAN/331/2020, de 20 de marzo, por la que se adoptan medidas para la puesta a disposición del Servicio Público de Salud de Castilla y León de los centros y establecimientos sanitarios privados en el territorio de la Comunidad de Castilla y León como consecuencia del estado de alarma ocasionado por la COVID-19.

Pese a las circunstancias gravosas que refería en su escrito inicial, limitó su reclamación al reintegro del coste de los servicios prestados a la Administración autonómica por la estancia de los pacientes ingresados, las intervenciones quirúrgicas y las pruebas diagnósticas realizadas.

7 Sitio web: https://www.cccyl.es/es/dictamenes/responsabilidad-patrimonial/covid-19/motivos/2022/dictamen-6-2022 [Fecha de consulta: 16 de enero de 2023].

La Consejería de Sanidad, después de tramitar el expediente de responsabilidad patrimonial, proponía estimar parcialmente la reclamación y reconocer la cuantía indemnizatoria calculada y consignada por el Servicio de Inspección y Evaluación de Centros de la Gerencia Regional de Salud en el informe emitido en el procedimiento.

Al analizar el expediente, el Consejo Consultivo realiza con carácter previo unas consideraciones relativas a la diferencia entre responsabilidad patrimonial y otras figuras afines (expropiación), a la responsabilidad concurrente de las administraciones públicas, y al marco normativo de la actuación desarrollada por la Gerencia Regional de Salud.

Las consideraciones contenidas en el dictamen sobre dichas cuestiones llevaron a este Consejo a descartar, en este supuesto, la responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica derivada de la puesta a disposición del hospital al servicio de la sanidad pública, ya que esta decisión fue adoptada al amparo de la Ley Orgánica 4/1981 y del Real Decreto 463/2020, en el ejercicio de la potestad reglamentaria por las autoridades delegadas del Estado.

Señala el dictamen que "Por el mismo motivo no serían imputables a la Administración de Castilla y León los daños alegados que pudieran derivarse de una falta de actuación preventiva suficiente; inacción temprana; adopción de medidas precipitadas, discriminatorias, maximalistas y/o no matizadas que llevaron a la declaración maximalista de servicios esenciales realizada mediante la Orden Ministerial SND/310/2020, de 31 de marzo, por la que se establecen como servicios esenciales determinados centros, servicios y establecimientos sanitarios, la cual, al calificarles como servicio esencial les imposibilitó a acudir a medidas de flexibilización del empleo, como ERTEs, (…)"-

En cuanto a la suspensión de las actividades, la reclamante alegaba que "a raíz de la comunicación efectuada por la Dirección General de Planificación y Asistencia Sanitaria de la activación del Nivel 3, Hospitalario, procedió a la desprogramación de todas las prestaciones sanitarias no urgentes o inaplazables, así como a la suspensión de toda su actividad hospitalaria desde el 21 de marzo hasta el 6 de mayo de 2020, lo que le ha ocasionado un importante perjuicio económico por la pérdida de actividad y de los ingresos a ella vinculados".

Sin embargo, el Consejo Consultivo considera que "de los informes y del resto de documentación incorporada al expediente, no resulta que por parte de la Dirección General de Planificación y Asistencia Sanitaria se efectuara ninguna comunicación al Hospital [reclamante] acerca de la activación del referido Nivel 3, el cual, de acuerdo con el Plan de respuesta asistencial frente a la infección coronavirus COVID-19, elaborado por la mencionada Dirección General, únicamente tenía como destinatarios a los centros e instituciones sanitarias dependientes de la Gerencia Regional de Salud, no a los centros privados. En este sentido, frente a lo que afirma la interesada, en la nota interior de 5 de julio de 2021 que obra en el expediente, el director general de Planificación y Asistencia Sanitaria indica que la Instrucción de Activación Nivel 3, Hospitalario, del Plan de Respuesta Asistencial a la Infección Coronavirus COVID-19 no fue notificada a ningún hospital privado y por lo tanto tampoco al Hospital [reclamante]". Y se añade que "pese a haber sido requerida al efecto, la reclamante no ha acreditado la recepción de aquella comunicación ni que la suspensión de su actividad tenga su origen en ella".

En definitiva, a juicio de este Consejo Consultivo, "no parece razonable que la intervención administrativa sobre los centros hospitalarios privados supusiese una paralización total de su actividad", como alegaba la reclamante. Además, la propuesta de resolución, sobre la base del informe técnico, señalaba que en el caso concreto de este hospital se habían mantenido reuniones entre la Gerencia de Salud y el hospital, "buscando concentrar y especializar en el centro público toda la asistencia a pacientes COVID que así lo necesitaran y promover que el Hospital [reclamante] permaneciera libre de COVID para poder desarrollar con la mayor normalidad posible el resto de su actividad y la que se pudiera derivar desde el CAAV para evitar su sobrecarga. (…) la puesta a disposición fue limitada y condicionada, ajustándose en la práctica a la remisión de una serie de pacientes para su intervención e ingreso en camas en unas pocas especialidades (Cardiología, Cirugía, Ginecología, ORL, Traumatología y Urología)".

El dictamen concluye que procede desestimar la reclamación, "sin perjuicio de que los servicios realizados por el Hospital (…) deban ser evaluados en expediente contradictorio e indemnizados en el marco de la legislación expropiatoria, al amparo del ya comentado artículo 120 de la LEF".

III. CONCLUSIÓN.

Como se infiere de la breve reseña de doctrina expuesta, el Consejo Consultivo de Castilla y León ha considerado en todos los asuntos dictaminados en el año 2022 (los que se califican como supuesto de responsabilidad patrimonial) que los daños y perjuicios reclamados por la actuación administrativa derivada de la COVID-19 no revisten la nota de antijuridicidad necesaria para apreciar responsabilidad patrimonial de la Administración.

Se considera, vistos los informes emitidos por los servicios responsables y atendiendo a la cláusula de progreso recogida en el artículo 34.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, que, teniendo en cuenta las circunstancias, el daño sufrido no tiene la consideración de antijurídico.

Como se ha expuesto, este es el criterio que se viene manteniendo hasta la fecha por los diferentes órganos consultivos (Consejo de Estado y Consejos Consultivos autonómicos), tal y como se constató en la jornada sobre "Función consultiva y responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas derivada de la COVID-19", celebrada en Segovia el 24 de junio de 2022, y en concreto en sus dos mesas redondas en las que se debatió sobre "Responsabilidad patrimonial sanitaria" y sobre "Responsabilidad patrimonial por daños a la actividad económica".

RESUMEN

El presente estudio expone los asuntos dictaminados por el Consejo Consultivo de Castilla y León en el año 2022, en expedientes sobre responsabilidad patrimonial derivada de la COVID-19. Y pone de manifiesto la homogeneidad de criterio de los órganos consultivos (Consejo de Estado y Consejos Consultivos autonómicos) sobre esta cuestión, constatada en las Jornadas celebradas en Segovia el 24 de junio de 2022, que inciden en la ausencia del requisito de antijuridicidad de los daños y perjuicios reclamados.

Palabras clave: Responsabilidad patrimonial de la administración por COVID. Periodos de pandemia.

ABSTRACT

This study sets out the matters ruled on by the Advisory Council of Castilla y León in the year 2022, in cases of patrimonial liability derived from COVID-19. It also shows the homogeneity of criteria of the advisory bodies (Council of State and Regional Advisory Councils) on this issue, as stated in the Conference held in Segovia on June 24, 2022, which emphasize the absence of the requirement of unlawfulness of the damages claimed.

Key words: Administrative liability for covid. Pandemic periods

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN POR LA PANDEMIA DE COVID-19: ALGUNAS REFLEXIONES A LA LUZ DE LOS DICTÁMENES DEL CONSEJO DE ESTADO

RAQUEL HURTADO SOTO

Letrada del Consejo de Estado

Sumario:

I. INTRODUCCIÓN
II. ESTADO DE ALARMA Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN
III. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL O EXPROPIACIÓN FORZOSA
IV. LA ANTIJURIDICIDAD DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR LA APROBACIÓN DE LOS ESTADOS DE ALARMA
V. FUERZA MAYOR Y COVID-19
VI. LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA HINDSIGHT BIAS O SESGO RETROSPECTIVO
VII. REFLEXIONES FINALES

I. INTRODUCCIÓN

Decía una célebre cita de Maurice Hauriou que "hay dos correctivos de la prerrogativa de la Administración que reclama el instinto popular (…): que la Administración actúe, pero que obedezca a la ley; que actúe, pero que pague el perjuicio".

Resulta evidente que la pandemia de Covid-19 y las medidas adoptadas para luchar contra ella han causado en la población toda una serie de daños y perjuicios, tanto de carácter sanitario, como relacionados con el ejercicio actividades económicas o con la restricción de derechos fundamentales, que plantean numerosos interrogantes vinculados con el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Lejos de intentar abordar todas estas cuestiones con pretensión de exhaustividad, se destacarán a continuación algunas de las que han sido analizadas por el Consejo de Estado en los numerosos dictámenes que ha emitido en relación con los daños provocados por el Covid-19.

II. ESTADO DE ALARMA Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

A la hora de analizar la eventual existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración a resultas del Covid-19 debe partirse de la consideración de que la pandemia de Covid-19 y las medidas adoptadas para hacerle frente, en particular, los estados de alarma declarados mediante Real Decreto 463/2020, de 14 de mayo, y Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, no han alterado, en términos generales, el régimen general de la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos.

No cabe sostener que la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio establezca un derecho de indemnización autónomo e independiente del que deriva de las normas generales que disciplinan la responsabilidad patrimonial.

El artículo 116.6 de la Constitución establece que: "La declaración de los estados de alarma, excepción y de sitio no modificarán el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocido en la Constitución y en las leyes".

Por su parte, el artículo 3.2 de la Ley Orgánica 4/981, de 1 de junio, dispone: "Quienes como consecuencia de la aplicación de los actos y disposiciones adoptadas durante la vigencia de estos estados sufran, de forma directa, en su persona, derecho 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".

Como ha señalado el Consejo de Estado, "la mención a la responsabilidad del Gobierno contenida en el primero de los artículos trascritos pudiere hacer entender que se ciñe a afirmar que la declaración de los mencionados estados no altera el régimen de responsabilidad política constitucionalmente definido y que, por tanto, su ámbito es ajeno a la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos. Sin embargo, a la vista de la remisión a las leyes hecha por ambos preceptos, una interpretación conjunta de ellos lleva a la conclusión de que afirman que la declaración del estado de alarma no altera en modo alguno el régimen de responsabilidad general de las Administraciones públicas y del Estado legislador. Las reclamaciones por daños derivados de la aplicación de los actos y medidas adoptados a su amparo deben sustanciarse conforme con las normas que la disciplinan. Ha de estarse pues a las previsiones contenidas en los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, para solventarlas."

Así pues, tanto si se trata de responsabilidad del Estado-legislador por los daños sufridos como consecuencia de las normas con fuerza y valor de ley aprobadas, como si se trata de responsabilidad del Estado-Administración por los daños derivados del funcionamiento de los servicios públicos, habrá de estarse a los requisitos que establece la Ley 40/2015, de 1 de octubre, para determinar si procede reconocer la existencia de dicha responsabilidad.

Lo anterior resulta relevante también a efectos de determinar la Administración competente para conocer las reclamaciones que se formulen como consecuencia del Covid-19.

La regla general en esta materia es que la Administración pública que ostente la titularidad del servicio público o que sea competente para el ejercicio de la actuación

pública a la que se imputa el daño es la que debe responder por los perjuicios ocasionados y conocer, en consecuencia, las reclamaciones que se formulen por los mismos. Los reales decretos declarativos de los estados de alarma no han alterado esta regla, puesto que no han comportado un desapoderamiento competencial de las Comunidades Autónomas, de tal forma que las reclamaciones por daños relacionados con los servicios públicos prestados por éstas, como son, en la mayoría de los casos, los daños sanitarios, deberán seguir siendo formuladas ante ellas y resueltas por los órganos competentes de las mismas.

En este ámbito, el artículo 12 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, dispuso en su apartado 1:

"Todas las autoridades civiles sanitarias de las administraciones públicas del territorio nacional, así como los demás funcionarios y trabajadores al servicio de las mismas, quedarán bajo las órdenes directas del Ministro de Sanidad en cuanto sea necesario para la protección de personas, bienes y lugares, pudiendo imponerles servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza."

A lo que añadía a continuación:

"Sin perjuicio de lo anterior, las administraciones públicas autonómicas y locales mantendrán la gestión, dentro de su ámbito de competencia, de los correspondientes servicios sanitarios, asegurando en todo momento su adecuado funcionamiento. El Ministro de Sanidad se reserva el ejercicio de cuantas facultades resulten necesarias para garantizar la cohesión y equidad en la prestación del referido servicio."

En consecuencia, salvo que el servicio sanitario o asistencial al que se impute el daño se encuentre causalmente vinculado de manera directa e inmediata con el efectivo cumplimiento por la organización autonómica de una orden del Ministro de Sanidad u otras autoridades estatales, en cuyo caso el resultado lesivo debe imputarse a la Administración del Estado, la competencia para conocer de las reclamaciones que se formulen en estos casos corresponde a las Comunidades Autónomas.

Del mismo modo, el primer estado de alarma y, sobre todo, el segundo, delegaron la adopción de numerosas medidas en las Comunidades Autónomas, que podrían adoptarlas en el marco determinado por los reales decretos declarativos de los mismos y las normas que los prorrogaron o modificaron. Las Comunidades Autónomas también son competentes para conocer las reclamaciones por los daños derivados de esas decisiones.

III. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL O EXPROPIACIÓN FORZOSA

Algunas de las reclamaciones de las que ha conocido el Consejo de Estado como consecuencia de los daños derivados de la declaración del estado de alarma por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, se fundaban, además de en la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por la aprobación y aplicación de dicha norma, en el carácter expropiatorio de las medidas de limitación de la actividad económica contenidas en su artículo 10.

El Consejo de Estado ha rechazado el carácter expropiatorio de tales medidas. El artículo 1 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 establece

que por expropiación forzosa ha de entenderse "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".

Este precepto ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional (entre otras, STC 41/1990, de 15 de marzo) en el sentido de exigir que concurran dos elementos esenciales para poder considerar que existe una expropiación: "que se trate de derechos, y no de meras expectativas, y que la privación de los mismos sea de carácter singular, esto es, represente un sacrificio especial impuesto a uno o varios sujetos, y no una limitación o regulación general del contenido de un derecho, que no priva del mismo, sino que lo configura ex novo o bien modifica una situación normativa general anterior".

Sobre esta base, el Consejo de Estado ha considerado que "las medidas impuestas por el artículo 10 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, más que una privación singular del derecho de la entidad reclamante a ejercer su actividad económica, constituyeron una limitación del mismo justificada por la necesidad de proteger otros bienes de relevancia constitucional, como es la salud, que, aunque no fue general, afectó a numerosos ámbitos de actividad, sometiéndolos a una reglamentación específica durante el tiempo que duró el estado de alarma".

A esta conclusión conduce también la sentencia del Tribunal Constitucional 148/2021, de 14 de julio, que estableció que las reglas del artículo 10 del citado Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, "se ajustan más a la naturaleza de una limitación muy intensa que a la de una suspensión general" (FJ 9).

IV. LA ANTIJURIDICIDAD DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR LA APROBACIÓN DE LOS ESTADOS DE ALARMA

El examen de la responsabilidad derivada de la aprobación y aplicación de los reales decretos declarativos de los estados de alarma ha de partir necesariamente de su consideración como normas con fuerza y valor de ley, tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional en sus sentencias 83/2016, de 28 de abril, 148/2021, de 14 de julio y 183/2021, de 27 de octubre, por lo que el régimen jurídico que ha de regir los eventuales daños derivados de su aplicación habrá de ser el de la responsabilidad del Estado legislador.

Junto con esta constatación, recuerda el Consejo de Estado en sus dictámenes que "la noción de lesión a los efectos de la responsabilidad de las Administraciones Públicas no es la vulgar, cualquier perjuicio patrimonial", sino que "solo la lesión en sentido técnico jurídico es indemnizable", lo que implica que no es resarcible "el perjuicio causado antijurídicamente (criterio subjetivo de responsabilidad), sino que solo lo es el perjuicio antijurídico en sí mismo (criterio objetivo)", lo que viene determinado por "la inexistencia de un deber de soportarlo a cargo del lesionado (Ley 40/2015, artículo 34.1); es decir, por la ausencia de causas de justificación, no en la comisión del hecho causante, sino en la producción del daño respecto al titular del patrimonio lesionado". La antijuridicidad, por tanto, se desplaza desde la conducta subjetiva del causante del daño, donde lo sitúa la responsabilidad civil, al dato objetivo del patrimonio dañado.

Sobre esta base, el Consejo de Estado niega que exista un daño antijurídico como consecuencia de las restricciones a las actividades económicas impuestas por el artículo 10 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, al haber considerado el Tribunal Constitucional, en su sentencia 148/2021, de 14 de julio, que tales medidas eran constitucionales y que, en consecuencia, los particulares tenían "el deber de soportar dichas limitaciones, en atención a la gravedad de los bienes que se pretende proteger". Esta conclusión se alcanzaba tras constatar que las medidas previstas en el artículo 10 del citado Real Decreto cumplían con las condiciones que justificaban que el estado de alarma estableciera "excepciones o modificaciones pro tempore en aplicabilidad de determinadas normas del ordenamiento vigente", como son "que se orienten a la protección de otros bienes de relevancia constitucional, cuenten con soporte en la LOAES [Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio] y resulten razonablemente adecuadas y necesarias a tal propósito".

V. FUERZA MAYOR Y COVID-19

Como señaló la memoria del Consejo de Estado del año 2001, "la fuerza mayor en el ámbito administrativo tiene una significación relevante, pero no uniforme si se atiende a las consecuencias jurídicas de su concurrencia y según las específicas y dispares previsiones legales". Mientras que en algunos casos, la existencia de fuerza mayor supone la exoneración de responsabilidad, como acontece en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración (así lo establece el artículo 106.2 de la Constitución y lo reitera el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre), en otros casos provoca un efecto diametralmente opuesto, obligando a la Administración a compensar los daños y perjuicios ocasionados por dicho evento, como ocurre en el ámbito de los contratos administrativos (artículos 239, 270 y 290 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público).

A la anterior circunstancia se une la dificultad de determinar cuándo concurre fuerza mayor. Algunas normas sectoriales enumeran los supuestos que, a efectos de su aplicación, se consideran fuerza mayor, pero en la mayoría de los casos tal definición no existe, sino que se alude a la fuerza mayor de forma genérica. Es por ello que un mismo evento podría llegar a ser considerado como fuerza mayor en unos casos y en otros no.

El artículo 239.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, dispone que tienen la consideración de fuerza mayor:

"a) Los incendios causados por la electricidad atmosférica.

b) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes.

c) Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público."

La crisis sanitaria provocada por una pandemia no encaja adecuadamente en ninguno de estos casos, lo que ha llevado al Consejo de Estado a rechazar su concurrencia en dictámenes relativos a solicitudes de reequilibrio económico de contratos públicos (dictamen número 741/2021), debiendo tener en cuenta, asimismo, que la invocación de la fuerza mayor ha sido expresamente excluida en algunas de las

normas dictadas para paliar el impacto negativo del Covid-19 (por ejemplo, artículos 24 y 25 del Real Decreto-ley 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del Covid-19 en los ámbitos del transporte y vivienda, o artículo 2 del Real Decreto-ley 37/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda y en materia de transporte).

Ahora bien, esto no implica necesariamente que la fuerza mayor haya de ser descartada también en otros casos para los que el ordenamiento jurídico no establece una definición precisa y acotada de lo que ha de entenderse por tal, como ocurre en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración. En estos supuestos habrá de estarse a la definición de fuerza mayor contenida en el artículo 1.105 del Código Civil, que exige imprevisibilidad de la causa del daño e inevitabilidad del resultado.

En los dictámenes relativos a reclamaciones de responsabilidad patrimonial de la Administración, el Consejo de Estado ha dejado la puerta abierta a apreciar la existencia de fuerza mayor vinculada con el Covid-19, al señalar que "la epidemia constituyó un acontecimiento insólito, inevitable e incontrolable a la vista del estado de la ciencia en el momento de generarse".

VI. LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA HINDSIGHT BIAS O SESGO RETROSPECTIVO

Estrechamente vinculado con lo anterior, el Consejo de Estado ha señalado que en el enjuiciamiento de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de tenerse en cuenta la cláusula denominada hindsight bias o sesgo retrospectivo, según la cual no pueden valorarse los hechos del pasado con el conocimiento del presente. En palabras del Alto Cuerpo Consultivo, "los conocimientos sobrevenidos y los avances tecnológicos o científicos posteriores a un hecho no pueden ser tenidos en cuenta, ni para valorar la actuación de los servicios administrativos en un momento anterior, ni para determinar su standard de funcionamiento en ese tiempo. Ha de estarse al estado de conocimiento y de la ciencia en los días en que dicha actuación se produjo".

En muchas de las reclamaciones de las que ha tenido conocimiento el Consejo de Estado se alegaba que las medidas adoptadas por los servicios administrativos y autoridades competentes -Centro Nacional de Epidemiología, Centro Nacional de Microbiología, Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias del Ministerio de Sanidad, Ministerio de Sanidad, etc.- fueron inadecuadas, a la vista de los conocimientos adquiridos después y de la experiencia acumulada tanto en nuestro país como en otros de nuestro entorno.

Respecto de esta cuestión, se ha dicho que tales servicios y autoridades "propusieron y adoptaron las medidas que se consideraron pertinentes a la vista de las circunstancias entonces concurrentes (…). Esas medidas se tomaron de acuerdo con el conocimiento científico de la epidemia habido entonces, no resultando desproporcionas a la vista de la situación existente, según ha dicho el Tribunal Constitucional en la sentencia antes citada [sentencia 148/2021, de 14 de junio]. Su procedencia o eventual desacierto no pueden, ni considerarse o enjuiciarse conforme a lo conocido con posterioridad -la denominada cláusula hindsight bias o sesgo retrospectivo de la jurisprudencia anglosajona-, ni generar responsabilidad incluso aun cuando fueren mejorables a la vista de los conocimientos adquiridos luego".

VII. REFLEXIONES FINALES

No cabe duda de que la crisis provocada por la pandemia de Covid-19, además de haber planteado retos jurídicos excepcionales y haber obligado a gastar enormes cantidades de recursos públicos, ha causado numerosos daños y perjuicios a los ciudadanos y a las empresas. Aquellos para los que no se ha previsto un mecanismo de resarcimiento específicos, no parece que vayan a ser reparados masivamente por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración, la cual presenta, como se ha puesto de manifiesto en los apartados anteriores, algunas dificultades para prosperar en estos casos.

Pese a lo anterior y al carácter excepcional de la pandemia, resulta posible aún obtener algún provecho de esta situación y utilizar la experiencia adquirida como una oportunidad para introducir mejoras en determinados ámbitos del ordenamiento jurídico.

Por un lado, algunas de las insuficiencias de la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración que ya habían sido puestas de manifiesto anteriormente, se han hecho aún más patentes con ocasión de las reclamaciones formuladas a resultas del Covid-19. Así, cuestiones como la definición de fuerza mayor, la concurrencia de responsabilidad entre Administraciones Públicas en supuestos en los que no exista una fórmula conjunta de actuación o la responsabilidad sanitaria, podrían obtener una respuesta más satisfactoria en nuestro ordenamiento jurídico, a fin de mejorar la seguridad jurídica en su aplicación.

Por otro, cabría servirse del impulso de la pandemia para positivizar y desarrollar el principio de precaución o cautela, de tal manera que más allá de que algunas normas lo citen (por ejemplo, el artículo 3.d) de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública), se concretasen los presupuestos para su aplicación, las medidas que pueden adoptarse a su amparo o el control que puede ejercerse sobre él.

RESUMEN

El presente trabajo expone algunas de las cuestiones que han sido analizadas por el Consejo de Estado en los dictámenes emitidos con ocasión de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial formuladas a resultas del Covid-19 y propone que se aproveche esta situación para acometer ciertos cambios en el ordenamiento jurídico.

Palabras clave: Covid-19, responsabilidad patrimonial, Consejo de Estado

ABSTRACT

This paper exposes some of the issues that have been analyzed by the Council of State in the opinions issued on the claims for public liability presented as a result of Covid-19 and proposes certain changes in the legal system.

Key words: Covid-19, public liability, Council of State

DICTÁMENES

COMISSIÓ JURÍDICA ASSESSORA DE CATALUNYA

Dictamen 76/2022, de 10 de marzo de 2022

Reclamación de responsabilidad patrimonial instada ante el Departamento de Salud por los daños y perjuicios derivados de la muerte de un familiar por causa de la infección por COVID19, y que atribuyen a la falta de adopción de medidas preventivas durante el ingreso en un centro sociosanitario.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 25 de mayo de 2020, la Sra. A, la Sra. B y los Sres. C y D presentaron ante el Servicio Catalán de la Salud (CatSalut) una reclamación de responsabilidad patrimonial, cuantificada en 200.000 euros, por los daños y perjuicios derivados de la muerte del familiar, el Sr. E, a causa de la infección por COVID-19 en un centro sociosanitario, donde había ingresado para convalecencia después de una intervención por fractura de fémur realizada en un hospital. La reclamación se fundamenta en una falta de medidas idóneas para proteger a los pacientes de acuerdo con los protocolos de prevención y una falta de atención y de seguimiento adecuado del estado del paciente desde el momento del contagio.

[…]

9. En la sesión de 20 de enero de 2022, el Pleno de la Comisión admitió a trámite la petición y designó ponente.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

IV. Consideraciones formales

[…]

IV.4. Temporalidad del procedimiento

Se constata que se ha rebasado el plazo previsto legalmente para resolver, que es de seis meses. La reclamación tuvo entrada en el CatSalut el 28 de mayo de 2020, la propuesta de resolución es de 12 de noviembre de 2021 y ha tenido entrada en este órgano consultivo el 17 de enero de 2022.

Cuando se agota el plazo legal para resolver, las personas reclamantes pueden entender que la resolución es contraria a la indemnización (artículo 91.3 de la LPAC) y que la desestimación por silencio administrativo "tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente" (artículo 24.2 de la LPAC). Con todo, la Administración conserva la obligación de resolver expresamente y notificar (artículos 21.1, 24.1 y 24.3 de la LPAC). En los casos de desestimación por silencio administrativo, "la resolución

expresa posterior al vencimiento del plazo se adoptará por la Administración sin vinculación alguna al sentido del silencio" (artículo 24.3.b) de la LPAC).

V. Tempestividad de la acción

En cuanto al ejercicio de la acción y, en concreto, al plazo para reclamar, hay que destacar que, según dispone el artículo 67.1 de la LPAC, el derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. También se establece que, en caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.

En el caso objeto de dictamen, el daño es la muerte del paciente, y, por lo tanto, la fecha de la defunción es la que constituye el *dies a quo* del cómputo del plazo prescriptivo (dictámenes 266/2020, 139/2021 y 408/2021, entre otros). El plazo se inició, pues, el X de marzo de 2020, y la reclamación es tempestiva porque se presentó antes de un año.

Esta Comisión constata que, en el momento de presentarse la reclamación, por aplicación de la disposición adicional cuarta del Real 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, se habían suspendido los plazos de prescripción y caducidad de cualquiera de las acciones y derechos durante la vigencia del estado de alarma y sus prórrogas; suspensión que se levantó con efectos desde el 4 de junio de 2020, en virtud del apartado 1 de la disposición derogatoria única del Real decreto 537/2020, de 22 de mayo.

VI. Consideraciones de fondo

VI.1. Las circunstancias del caso

Del historial clínico del paciente, aportado en parte por los reclamantes y enviado por el centro sociosanitario, se infiere la siguiente relación de hechos:

El paciente, con diversos antecedentes médicos, entre otros, insuficiencia venosa renal crónica, incontinencia urinaria y osteoartrosis de columna vertebral, el X de marzo de 2020 fue intervenido en el hospital de una fractura subcapital del fémur izquierdo y colocación de prótesis de cadera después de una caída en la vía pública.

El X de marzo siguiente, con buena evolución clínica, fue alta hospitalaria, con una visita de seguimiento pendiente en el Servicio de Traumatología. En cuanto al periodo de convalecencia, se había tramitado su traslado a un centro sociosanitario para rehabilitación funcional, donde ingresó el mismo X de marzo. En la valoración geriátrica realizada, se valoró al paciente con poco grado de dependencia (Barthel 90), sin deterioro cognitivo, con necesidad de pañales y ayuda para la movilidad con andadores. Antes de la intervención andaba sin ayuda. Consta también una auscultación respiratoria con murmullo vesicular conservado, sin estertores, y sin disnea.

Al cabo de 24 horas consta una valoración por el Servicio de Fisioterapia, donde se hace constar que anda distancias cortas con andador y supervisión, con una leve disminución de la velocidad de deambulación y tolerancia al esfuerzo, y con dificultades en las transferencias.

El X de marzo de 2020, la familia solicitó trasladar al paciente del centro sociosanitario a un centro ubicado cerca de la familia. Se realizaron las gestiones pertinentes, con inclusión en lista de espera, porque en aquel momento no se estaban haciendo ingresos, de lo cual se informó a la familia por teléfono.

El X de marzo de 2020, el paciente refirió sensación de "falta de aire", con una saturación de oxígeno del 96 % (normal), sin objetivar tiraje, aleteo nasal ni signos de distrés respiratorio, habla fluida y sin dificultad. Conseguía descansar de una manera correcta.

En fecha X de marzo de 2020, debido a la situación de pandemia por COVID-19 y dado que no se podía realizar la rehabilitación en el gimnasio, le hicieron la asistencia de fisioterapia en la habitación. El paciente anduvo con el andador, con realización de bipedestación. Tenía un plan de ejercicios para hacer cada día. Este mismo día se efectuó una llamada telefónica a la familia, la cual indicó que llevarían el móvil al paciente, y también se acordó un seguimiento telefónico al cabo de unos días.

En el seguimiento que se hizo al cabo de 48 horas, se comentó que el paciente no sabía utilizar el móvil correctamente y se acordó mantener los contactos con la familia mediante el personal del centro.

El X de marzo siguiente, se volvió a informar a los familiares sobre el estado del paciente. Este mismo día, en la valoración realizada por fisioterapia en planta, consta que el paciente anduvo por la planta con el andador, con realización de bipedestaciones, y que se continuaba con el plan de ejercicios que hacía cada día. Al cabo de 48 horas se intentó un contacto telefónico con la familia, que no fue posible.

El X de marzo de 2020, a las 10:58 h, inició sintomatología consistente en tos seca persistente, junto con febrícula de 37,4 ºC y mínima sensación de ahogo. El paciente refirió decaimiento desde hacía tres días. Se recogió una muestra de orina, para descartar una infección urinaria que podría justificar la presencia de febrícula y malestar general, con resultado negativo. El mismo día, a las 16:04 h, el paciente no tenía fiebre (36,9 ºC), refería sensación de ahogo y presentaba desaturación de oxígeno del 76 %, y se avisó el médico de guardia por un cuadro de insuficiencia respiratoria aguda. En la exploración física se observó hipofonesis generalizada a la auscultación respiratoria, con estertores y crepitantes difusos en ambos campos pulmonares. Le pusieron gafas nasales con aportación de oxígeno de dos litros por minuto, y se obtuvo una saturación de oxígeno del 90 %. La orientación diagnóstica fue de alta sospecha de infección por COVID-19 con distrés respiratorio. Se indicó trasladarlo a la planta de aislamiento (2.ª planta), pendiente del resultado de la PCR de COVID-19 solicitada, y se informó a los familiares del probable diagnóstico y de su traslado, que se hizo a las 18:30 h.

Durante la madrugada del X de marzo, el paciente permaneció sin cambios clínicos destacables, hasta las 06:35 h, cuando le encontraron sin el oxígeno puesto, con tiraje abdominal. Le volvieron a poner el oxígeno y obtuvieron una saturación del 90 %, con una temperatura axilar de 36,5 ºC. Posteriormente, presentó un empeoramiento repentino y fue *exitus* al cabo de 4 horas (10:20 h). Se procedió a certificar la defunción y a informar a los familiares.

VI.2. Posición de quien reclama

En el escrito de reclamación, los instantes, después de referirse a los antecedentes clínicos del paciente, alegan que, cuando el familiar manifestó síntomas

compatibles con el diagnóstico de COVID-19, ya llevaba dieciséis días ingresado en el centro sociosanitario, de manera que la infección se produjo dentro del centro, el cual, según afirman, no adoptó las medidas idóneas para proteger a los pacientes de acuerdo con los protocolos de prevención.

Por otra parte, alegan que, cuando le trasladaron a la planta de aislamiento, la atención diligente que hasta el momento le habían prestado pasó a ser la menor posible, y era próxima a la desatención. Así, el paciente se vio con la necesidad de llamar a la familia por el móvil para que, a su vez, los familiares llamaran al centro con el fin de que le llevaran pañuelos, agua y todo aquello que necesitara, dado que, según se afirma, no había médicos ni enfermeros que le atendieran. Y, si bien es cierto que disponía de un botón para avisar, estaba a tal distancia que no podía llegar a él, y alegan que eso mismo sucedió la noche del deceso, pues el paciente estaba solo y desatendido. En relación con el X de marzo, alegan que constan varias llamadas del móvil del paciente al de la familiar, las últimas a las 23:11 h, en que pedía agua y no pasaba nadie; posteriormente, al cabo de una hora –ya el X de marzo–, para decir que ya le habían traído el agua; y a las 01:06 h, en otra llamada con la familiar, apareció el enfermero que le llevaba pañuelos y que, cuándo pidió hablar con él, le dijo que "él no estaba allí para repartir pañuelos ni para entrar en cada momento en aquella área que era la zona O, y que si tenía alguna queja que se la pusiera a la dirección del centro". Indican que la última llamada del paciente a la familia se produjo a las 04:33 horas, "avisando de que tenía mucha tos, se estaba ahogando, no podía respirar, quería beber agua... y nadie lo atendía".

Los reclamantes consideran que hubo un funcionamiento deficiente del servicio público sanitario, puesto que, según indican, no se aplicaron correctamente las medidas de prevención ante el COVID-19. También alegan que el funcionamiento deficiente se produjo al ponerle el oxígeno y dejarlo desatendido, por no hacer un seguimiento adecuado de su estado desde el momento del contagio, y por dejarlo desatendido sin aplicar medidas asistenciales ni los medios a su alcance. Consideran, en definitiva, que no se adoptó ninguna medida para evitar el deceso.

La relación de causalidad según los instantes, deriva del deterioro del paciente hasta el fatal desenlace, según indican, a consecuencia de "la actividad y falta de actividad de los profesionales sanitarios".

Como prueba documental, aportan las hojas de curso clínico del centro sociosanitario, varios informes asistenciales y una lista de las llamadas hechas por el paciente desde el centro sociosanitario a dos familiares. Aunque en el escrito de reclamación los reclamantes indicaban que aportarían un informe pericial, este informe no ha sido aportado ni en el transcurso de instrucción ni en el trámite de audiencia, en el cual no se han formulado alegaciones.

VI.3. El informe *ad hoc* emitido por el director asistencial del centro sociosanitario

El director asistencial del centro sociosanitario, en el informe emitido con motivo de la reclamación, resume el ingreso del paciente e indica que ingresó el X de marzo de 2020 para realizar una recuperación funcional después de una fractura de fémur intervenida y que durante el ingreso no presentó incidencias destacables hasta el día X de marzo, cuando inició una clínica de dificultad respiratoria. Según indica, vista la situación de pandemia vivida en aquel momento, se orientó como probable infección

por coronavirus y se inició tratamiento con oxigenoterapia, con estabilización de la clínica respiratoria, y trasladaron al paciente a la zona de aislamiento del centro a la espera de confirmación por el laboratorio. Añade que el cambio de estado del paciente, la sospecha diagnóstica y las medidas terapéuticas fueron informadas a la familia por el médico referente el mismo día X de marzo. Durante la noche del X al X de marzo, el paciente se mantuvo sin cambios clínicos destacables y por la mañana presentó un empeoramiento brusco de su estado, con sospecha de causa inicial de infección por coronavirus.

VI.4. El informe valorativo del ICAM

La médica evaluadora del ICAM, después de hacer mención de los antecedentes clínicos del paciente, valora las circunstancias del caso en el contexto de la declaración de pandemia mundial por el COVID-19 decretada por la OMS y el estado de alarma declarado tres días después por el Gobierno español mediante el Real decreto de 14 de marzo de 2020.

El ICAM pone de relieve que el 5 de marzo de 2020 se publicó un documento técnico –"Recomendaciones a residencias de mayores y centros sanitarios para el COVID-19"– con las recomendaciones del Ministerio de Sanidad a seguir en los centros sociosanitarios de acuerdo con la información epidemiológica disponible hasta el momento, según la cual la forma de contagio era aérea, mediante las gotas respiratorias mayores de cinco micras, por contacto directo de las mucosas con secreciones y materiales contaminantes, y transmisión mediante manos y objetos. Las medidas de prevención, según indica, estaban orientadas a proteger el grupo de población más vulnerable, ya que, de acuerdo con el conocimiento científico en aquel momento, el COVID-19 afectaba de una manera más grave a las personas de más de 65 años, con patología previa cardiovascular, y se estimaba que la mortalidad en personas de más de 80 años podía llegar al 66 %, aproximadamente. A continuación, el ICAM destaca algunas de las medidas de aplicación en los centros sociosanitarios y, en relación con el caso, indica que, como norma general, todos los residentes que presentaran sintomatología respiratoria aguda, ya fuera considerado caso probable o confirmado, tenían que restringir sus movimientos al máximo posible y quedarse en una habitación con buena ventilación y lavabo propio, y, si no era posible el aislamiento de forma individualizada, se podía hacer por cohorte, y era aconsejable la distribución por plantas como criterio de agrupación preferible para los diferentes grupos de residentes. También señala, entre otros aspectos, que las visitas de familiares quedaban suspendidas durante el tiempo en que el paciente tuviera indicación de aislamiento, que si fueran imprescindibles se tenían que utilizar equipos de protección individualizada (EPI), y que, en la medida de lo posible, se tenía que disminuir el número de trabajadores en contacto directo con un residente afectado por un caso posible o positivo de COVID-19, así como el tiempo de exposición.

El ICAM indica que, desde su ingreso, el 10 de marzo de 2020, el paciente recibió asistencia médica por parte de todo el personal sanitario, así como por parte de rehabilitadores y de la trabajadora social, al mismo tiempo que se informó a los familiares en diferentes momentos de la estancia en el centro. Pone de manifiesto, asimismo, que, en el momento del aislamiento por sospecha de infección por COVID-19, la asistencia se mantuvo siguiendo la normativa y las medidas de prevención y actuación ante el COVID-19 vigentes en aquel momento, sin que se haya objetivado una desatención; que hasta el día X de marzo de 2020 el paciente no presentó sintomatología

respiratoria aguda compatible con una posible infección por COVID19; y que, a partir de aquel momento, se aplicaron las medidas recomendadas oportunas (aislamiento respiratorio, solicitud de PCR para COVID-19), así como medidas médicas después de haber sido valorado por el médico de guardia. Hasta el día siguiente no se detectaron cambios repentinos en la clínica respiratoria, que finalizaron con la muerte del paciente. El centro se hizo cargo del certificado correspondiente y del proceso de información a los familiares.

Concluye que, "Así, de la revisión, valoración y estudio de toda la prueba documental médica a nuestro alcance se desprende que la atención y asistencia prestada al paciente fue correcta y diligente, siguiendo las recomendaciones realizadas por las autoridades sanitarias en relación con la infección por COVID-19 en aquel momento, de acuerdo con el estado el conocimiento científico disponible, junto con el uso de los medios diagnósticos y las pruebas necesarias y según la práctica clínica habitual en estos casos, por lo cual consideramos que se actuó de acuerdo con la *lex artis ad hoc*".

VI.5. La propuesta de resolución

La propuesta de resolución considera que se tiene que desestimar la reclamación al considerar que la asistencia fue correcta y adecuada y que no existe un nexo causal entre los daños alegados y el funcionamiento del servicio público sanitario.

Destaca que no puede olvidarse que los hechos analizados se produjeron durante los primeros días de estallido de la pandemia de COVID-19, en que este virus, en aquel momento poco conocido, se propagó de una manera rápida y generalizada, con afectación en todos los ámbito de convivencia, también en los centros sanitarios y residencias de personas mayores, motivo por el cual el Ministerio de Sanidad elaboró el documento técnico de recomendaciones que cita el ICAM, que establecía una serie de medidas de prevención y control de la infección a partir de la detección de casos en los centros. En relación con el familiar de los reclamantes, la propuesta indica que ingresó en el centro en un régimen de no aislamiento, de manera que es plausible que durante aquellos primeros días estableciera contacto con personas contagiadas asintomáticas, ya fuera personal sanitario, otros pacientes o incluso visitantes esporádicos, y que, en estas circunstancias y en el contexto de la pandemia mundial que acababa de estallar provocada por un virus respiratorio todavía poco conocido y de tan alta transmisibilidad, no se puede pretender que desde el centro sociosanitario se hubiera podido evitar su propagación. Considera que en este contexto de pandemia hay que reputar el contagio como inevitable, ya que sostener una imputación de responsabilidad supondría exigir al centro sociosanitario un nivel de diligencia exorbitante que excede, en mucho, los estándares de normalidad que, de acuerdo con las circunstancias del lugar y del momento, son los que determinan la *lex artis* del caso. Y añade que este es también el sentido de la previsión contenida en el artículo 34.1 de la LRJSP, según el cual no son indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de su producción.

Por otra parte, indica que no fue hasta el día X de marzo cuando el paciente presentó sintomatología respiratoria aguda compatible con una posible infección por COVID-19 y que, a partir de este momento, consta que se aplicaron las medidas de actuación vigentes en aquel momento, recogidas tanto en el documento de recomendaciones del Ministerio de Sanidad, antes mencionado, como en la Orden

SND/265/2020, de 19 de marzo, de adopción de medidas relativas a las residencias de personas mayores y centros sociosanitarios, ante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE de 21 de marzo de 2020): aislamiento inmediato, apoyo respiratorio, solicitud de PCR para COVID-19, así como medidas médicas después de haber sido valorado por el médico de guardia. Sin embargo, el paciente, a pesar de su estabilidad inicial, evolucionó desfavorablemente y de una manera rápida en las horas siguientes y fue *exitus* al día siguiente, día X de marzo, a las 10:20 horas, cuando sólo habían transcurrido 24 horas desde el diagnóstico.

Finalmente, en cuanto a la alegación de los reclamantes que durante la última noche, ya en aislamiento, el paciente permaneció solo y desatendido, hasta el extremo que se tardó una hora en llevarle el agua que había pedido, la propuesta indica que, más allá de la falta de apoyo probatorio (salvo un registro de llamadas telefónicas), no puede atribuirse a este hecho, en caso de ser cierto, la lamentable muerte del paciente, la cual tiene que imputarse única y exclusivamente a la evolución rápida y fulminante de la infección por COVID-19 en tan solo 24 horas desde la aparición de los primeros síntomas.

VII. El parecer de la Comisión Jurídica Asesora

VII.1. El daño

Los reclamantes han sufrido un daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente, tal como requiere la legislación que regula la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Este daño es el daño moral propio o *pretium doloris* por la muerte del familiar. Como ha señalado reiteradamente la Comisión, se presume la existencia de este daño. En efecto, "la jurisprudencia y este órgano consultivo no exige ninguna prueba del daño moral por muerte de un familiar dadas las características intrínsecas del daño moral, de gran carácter subjetivo al inferir en la esfera individual de la persona. Por este motivo, existe una presunción *iuris tantum* que este daño moral existe cuando está acreditada una relación de parentesco entre el instante y el finado [...]" (dictámenes 416/2019, 61/2021 y 408/2021).

En este caso, los reclamantes fijan la cuantía de la indemnización en 200.000 euros, en aplicación orientativa del baremo del texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, en la redacción introducida por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes circulación, vigente en el momento de la defunción. Esta Comisión constata que los importes solicitados no coinciden con los que resultan aplicables de acuerdo con los baremos vigentes el año 2020, año de la defunción. La Administración instructora, con carácter subsidiario, tomando también como referencia el baremo establecido en esta misma Ley, fija la cuantificación del daño en 126.133,23 euros, a razón de 110.053,42 euros para una familiar y 16.079,81 euros para otra. No se indica cuáles son las tablas que por razones temporales se aplican al caso. Unos familiares del difunto, según la propuesta, no tienen derecho a ser indemnizados, según el artículo 65.2 de la Ley 35/2015. Además, se establece que la avanzada edad y el estado pluripatológico del paciente serían circunstancias concurrentes que comportarían aplicar un factor corrector y reducir en dos terceras partes la cuantía resultante de aplicar los baremos.

Esta Comisión recuerda que el artículo 34.2 de la LRJSP contempla expresamente la posibilidad de tomar como referencia los baremos de la normativa vigente en materia de seguros obligatorios para cuantificar la indemnización cuando se trata de casos de muerte o lesiones corporales.

VII.2. La relación de causalidad

Los instantes consideran que la muerte del paciente por COVID-19 es atribuible al funcionamiento del servicio sanitario, que no adoptó las medidas idóneas de acuerdo con los protocolos de prevención para proteger al familiar del contagio del COVID, producido durante el ingreso en el centro sociosanitario. También alegan que no se hizo un seguimiento adecuado de su estado desde el momento del contagio y que lo dejaron desatendido, sin aplicar medidas asistenciales ni los medios al alcance.

Los reclamantes no cuestionan la asistencia sanitaria prestada del 10 al 25 de marzo, sino a partir del X de marzo de 2020, cuando se estableció la sospecha diagnóstica de infección por COVID-19 y posteriormente lo trasladaron a la planta de aislamiento, ya que, según indican, a partir de este momento la atención diligente que hasta el momento le habían prestado pasó a ser la menor posible, y era próxima a la desatención.

Con respecto al primer fundamento de la responsabilidad, que no se adoptaron las medidas idóneas de acuerdo con los protocolos de prevención para proteger al paciente del contagio del COVID-19, hay que indicar, en primer lugar, que ciertamente el contagio se habría podido producir dentro del centro sociosanitario y, por lo tanto, se trataría de una infección nosocomial, teniendo en cuenta que el paciente ingresó el 10 de marzo y los síntomas compatibles con COVID-19 se evidenciaron el X de marzo siguiente. Tal como se dijo en los recientes dictámenes 280/2020, 166/2021 y 15/2022, que al mismo tiempo hacen mención, a dictámenes anteriores, "son infecciones nosocomiales las que se adquieren como consecuencia de un ingreso o una estancia hospitalaria o asistencial y que el paciente o usuario no había manifestado antes, ni estaban en período de incubación en el momento del ingreso; o como una enfermedad o afección (dolores, inflamación) causada por un agente infeccioso o por toxinas por haber estado el paciente en un centro asistencial o haberse sometido a un procedimiento sanitario (así, dictámenes 166/2015, 270/2015, 140/2018 y 310/2018)".

En el caso examinado, la infección se habría producido, por lo tanto, durante la estancia hospitalaria, aunque no estuviera vinculada a una intervención médica determinada, de tipo quirúrgico u otro procedimiento invasivo. De acuerdo con la historia clínica, el paciente ingresó en el centro sociosanitario para recuperarse de la intervención de una fractura y, específicamente, para recibir la fisioterapia necesaria, la cual, pocos días después del ingreso, se tuvo que hacer en la planta donde estaba ingresado debido a la situación de pandemia por el COVID-19. Como indica la propuesta de resolución, es posible que durante los primeros días de ingreso el paciente estableciera contacto con personas contagiadas, en aquel momento asintomáticas, ya fueran otros pacientes, personal sanitario o visitantes.

La posible responsabilidad de la Administración en los casos de infecciones nosocomiales se basa, como en la generalidad de los supuestos de asistencia sanitaria, en la infracción de la *lex artis ad hoc*, con las particularidades de que la obligación de medios se concreta al tener que adoptar las medidas de prevención de la infección

previstas en los protocolos vigentes y, también, de que se produce una inversión de la carga de la prueba sobre el cumplimiento de esta obligación.

En este sentido, resulta aplicable al caso la doctrina reiterada de esta Comisión (dictámenes 210/2020, 248/2021, 35/2022, entre muchos otros), de acuerdo con la cual la obligación de la Administración titular del servicio sanitario no consiste en todo caso en obtener un resultado –la curación del enfermo o la evitación de un daño–, sino a utilizar los medios disponibles y razonables para obtenerlo, de acuerdo con la *lex artis*, es decir, teniendo en cuenta el conjunto de conocimientos y técnicas médicas disponibles en el momento de los hechos. En otros términos, el criterio que determina, con carácter general, la responsabilidad de la Administración por la prestación de la asistencia sanitaria pública es si la actuación sanitaria se ajustó al estándar de diligencia que marca el estado de los conocimientos y la técnica médica existentes en el momento en que se llevó a cabo la asistencia sanitaria.

En cuanto a la obligación de medios, la jurisprudencia también se ha pronunciado en términos similares: "[…] es exigible a la Administración sanitaria la aportación de todos los medios que la ciencia en el momento actual pone razonablemente a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales […] a la Administración no es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente" (Sentencia 1806/2020, de 21 de diciembre, del Tribunal Supremo, Sala Contencioso-Administrativa, Sección Quinta, con cita de numerosas sentencias). «La regularidad del funcionamiento del servicio implica la puesta de los medios disponibles y que sean exigibles; así es antijurídico el daño cuando se tiene la legítima expectativa –y no se cumple– de que se dediquen los medios y los instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las administraciones sanitarias. Esta exigibilidad se formula en sentido negativo por la Ley 30/1992 […] cuyo artículo 141.1 a efectos de antijuridicidad del daño y como modalidad de fuerza mayor exonerante de responsabilidad, prevé que no se indemnizarán los daños derivados 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"» (Sentencia de 6 de octubre de 2015 del Tribunal Supremo, Sala Contencioso-Administrativa, Sección Cuarta, recurso de casación 3808/2013).

También el Consejo Consultivo de Andalucía ha tenido en cuenta el estado de los conocimientos y de la técnica existentes en el momento de los hechos y ha propuesto desestimar dos reclamaciones de responsabilidad patrimonial en supuestos de muerte por COVID-19 (dictámenes 424/2021 y 100/2022, con cita del Dictamen 99/2021 del mismo Consejo Consultivo de Andalucía, emitido en un supuesto no relativo al COVID-19).

En concreto, en el Dictamen 424/2021, los reclamantes alegaban la falta de un tratamiento adecuado y atención sanitaria y una falta de control adecuado en la recogida de muestras para diagnosticar la enfermedad. El Consejo Consultivo de Andalucía propone desestimar la reclamación teniendo en cuenta el estado de los conocimientos y de la técnica existentes en el momento de los hechos: "A la vista de los anteriores

informes y de la fecha en que tuvo lugar la asistencia sanitaria (del 4 al 18 de marzo de 2020), no puede cuestionarse que se trata de uno de los primeros casos de Covid-19 confirmados en España, por tanto resulta imposible desvincular este caso de la situación límite que se experimentó al comienzo de la pandemia […] Pero como se ha explicado en los informes obrantes en el expediente las pruebas que existían al inicio de la pandemia no eran fiables al 100%, pues aún no se habían desarrollado. Como tampoco existía, y sigue sin existir, un tratamiento de la enfermedad. Debemos destacar que se inició el tratamiento con los medicamentos recomendados en aquellos momentos ante la falta de conocimientos exacta sobre la infección y su diagnóstico. De esta forma, la asistencia sanitaria recibida por la paciente se ajustó a la *lex artis* exigible en aquel momento inicial de la pandemia, ya que en todo momento prevaleció la sospecha clínica sobre las pruebas diagnósticas, aplicando los protocolos existentes." En términos similares se pronunció en el Dictamen 100/2022, en una reclamación en que se denunciaba insuficiencia de medios, especialmente porque el paciente no fue ingresado en la UCI ni fue intubado: "[…] al principio de la pandemia, como es el caso, la intubación orotraqueal llegó a estar en entredicho ya que en un principio parecía aumentar la mortalidad de dichos pacientes, por lo que se recomendó la ventilación no invasiva como primera opción; ventilación que sí se puso al paciente. Como tampoco existía, y sigue sin existir, un tratamiento de la enfermedad debemos destacar que se inició el tratamiento con los medicamentos recomendados en aquellos momentos ante la falta de conocimientos sobre la infección y su diagnóstico. De esta forma, la asistencia sanitaria recibida por el paciente se ajustó a la *lex artis* exigible en aquel momento inicial de la pandemia, aplicando los protocolos existentes."

Como ya se ha advertido, la doctrina anterior debe completarse con la particularidad en términos de prueba que presentan las reclamaciones relativas a infecciones nosocomiales. La obligación de medios que está presente en este tipo de reclamaciones es el cumplimiento efectivo de los protocolos razonables de prevención de la infección y, como ha establecido la Comisión, en estas se produce una inversión de la carga de la prueba, de manera que corresponde a la Administración acreditar que el paciente fue atendido de acuerdo con los controles y las medidas de asepsia exigibles. Esta inversión de la carga de la prueba se fundamenta en que la Administración es la que dispone de los elementos probatorios para aportar esta prueba (así, dictámenes 310/2018 y 36/2020 y, en términos similares, dictámenes 166/2015 y 282/2016). Por lo tanto, la adquisición por parte del paciente de una infección nosocomial no comporta automáticamente la responsabilidad de la Administración; es necesario que esta no haya podido acreditar que ha adoptado las medidas preventivas exigibles y que el paciente ha recibido un tratamiento ajustado a la *lex artis* (entre otros, dictámenes 270/2015, 366/2019 y 185/2020).

A partir de esta doctrina, hay que tener en cuenta que en el caso que se examina la asistencia sanitaria durante la cual el paciente se contagió se produjo entre el X y el X de marzo de 2020, periodo que coincide con el comienzo de la pandemia por el COVID-19. En este momento, el conocimiento científico sobre el alcance de la letalidad del virus, sus vías de transmisión y los tratamientos más adecuados para atender a los enfermos eran limitados y, sobre la base de este conocimiento científico, el Ministerio de Sanidad estableció las primeras medidas de prevención y control encaminadas a prevenir la infección en los centros sociosanitarios. Estas medidas se concretaron en el documento técnico elaborado para el Ministerio de Sanidad "Recomendaciones a residencias de mayores y centros sociosanitarios para el COVID-19", de 5 de marzo de

2020, y, posteriormente, en la Orden SND/265/2020, de 19 de marzo, de adopción de medidas relativas a las residencias de personas mayores y centros sociosanitarios, ante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE de 21 de marzo de 2020). Estas medidas tenían como objetivo principal la protección de la población más vulnerable de la infección por el COVID-19: personas mayores, personas con discapacidad y otros usuarios de residencias y centros sociosanitarios, que normalmente presentan patología de base o comorbilidad y están en contacto estrecho con otras personas como son los cuidadores y los convivientes.

Las recomendaciones mencionadas partían, como se puede leer en el apartado sobre su justificación, de una situación en la que la mayoría de los casos (aproximadamente el 80 %) de COVID-19 notificados hasta el momento eran cuadros leves y en la que la información disponible indicaba que el mecanismo principal de transmisión era por gotas respiratorias que no quedaban suspendidas en el aire y por contacto directo de las mucosas con secreciones o con material contaminado por estas y que puede transportarse en manos y objetos.

No fue hasta el 18 de noviembre de 2020 cuando el Ministerio de Sanidad publicó el documento técnico "Evaluación del riesgo de transmisión de SARS-CoV-2 mediante aerosoles. Medidas de prevención y recomendaciones", en el cual se establecía que el grupo de expertos consideraba demostrado que el virus se transmitía mediante aerosoles que contienen virus viables generados por la persona infectada, especialmente en espacios cerrados y mal ventilados. Esta constatación hacía necesario ampliar las medidas en espacios interiores, en particular, asegurar una ventilación correcta de los espacios interiores.

En relación con el contenido de las recomendaciones mencionadas, se establecía como norma general aplicar las mismas estrategias que los centros usan para detectar y prevenir la propagación de otros virus respiratorios como la gripe. En cuanto a los controles de los pacientes que ingresaban en el centro, se indicaba que se tenían que evaluar los síntomas de infección respiratoria de los residentes en el momento de su admisión en el centro e implementar las medidas adecuadas de prevención de la infección para los residentes sintomáticos que ingresaran. También se recomendaba que aquellos residentes que presentaran sintomatología respiratoria aguda tenían que restringir sus movimientos al máximo posible y quedarse en una habitación con buena ventilación e idealmente con un lavabo propio, y se tenían que seguir estrictamente los protocolos de los centros para la prevención de enfermedades transmitidas por vía aérea, como la gripe. También se recomendaba que todo residente con sintomatología respiratoria que tuviera que ser atendido por un trabajador llevara la mascarilla quirúrgica. El documento técnico también preveía las actuaciones ante contactos y casos de COVID-19, medidas generales dirigidas a la protección de la salud de los trabajadores, medidas de limpieza y desinfección de las superficies y espacios, gestión de residuos, vajilla y ropa de cama, y cómo proceder para identificar los contactos de los casos en investigación.

Nueve días después del ingreso del paciente se publicó la Orden precitada, que prevé que se tienen que clasificar los residentes de los centros en cuatro grupos en función de si se trata de residentes sin síntomas y sin contacto estrecho con un caso posible o confirmado de COVID-19; residentes sin síntomas, en aislamiento preventivo por contacto estrecho; residentes con síntomas compatibles con el COVID-19, y casos confirmados de COVID-19. A partir de esta clasificación, la Orden establece la medida

de aislamiento de los residentes con casos posibles o confirmados de infección por COVID-19. También prevé que, con carácter general, se tiene que practicar la prueba diagnóstica de confirmación de los casos que presenten síntomas de infección respiratoria aguda. También establece medidas relativas a la limpieza de los centros y medidas dirigidas al personal, sanitario y no sanitario.

Por lo tanto, se constata que, en el periodo en que el paciente fue atendido en el centro sociosanitario, las medidas previstas en las recomendaciones y en la Orden mencionadas no preveían practicar, en todo caso, una prueba diagnóstica de la infección por COVID-19 en el momento del ingreso, y las medidas específicas de prevención, en particular, el aislamiento del paciente, se reservaban para los pacientes sintomáticos, para los pacientes que habían estado en contacto con un caso posible o confirmado de COVID-19 y para los pacientes con diagnóstico de COVID-19 confirmado. El cumplimiento de estos primeros protocolos no evitaba, por ejemplo, el riesgo de contagio derivado de personas que, a pesar de estar infectadas, eran asintomáticas. Como se ha indicado con anterioridad, se trata de una limitación derivada de la información científica también limitada de la cual disponían entonces las autoridades sanitarias.

En el caso examinado, de la historia clínica se deduce que la exploración respiratoria del paciente en el momento del ingreso, el 10 de marzo, no mostró que presentara sintomatología de infección respiratoria, y no era exigible, por lo tanto, de acuerdo con las recomendaciones aludidas, practicar medidas específicas de prevención, más allá de las generales aplicables para impedir la transmisión de agentes infecciosos como la gripe, ni tampoco era exigible aislar al paciente. Cuando este presentó esta sintomatología, el X de marzo, se solicitó la prueba PCR para confirmar la sospecha de infección y lo aislaron, como exigía la Orden referenciada.

Teniendo en cuenta el estado del conocimiento médico sobre la infección en aquel momento incipiente de la pandemia y la sintomatología que presentaba el paciente, se infiere del mismo expediente que el centro se ajustó, con respecto al paciente, a la práctica habitual en materia de prevención contra el COVID-19 que era exigible de acuerdo con los únicos protocolos médicos específicos para prevenir el COVID-19 en el ámbito sociosanitario existentes entonces.

Por otra parte, los reclamantes alegan que no se realizó un seguimiento adecuado de su estado desde el momento del contagio y que lo dejaron desatendido sin aplicar medidas asistenciales ni los medios al alcance. La historia clínica demuestra que, una vez evidenciados los síntomas de la enfermedad, la asistencia se ajustó a las medidas de prevención y actuación ante el COVID-19 vigentes en aquel momento, sin que se haya objetivado ninguna infracción de la *lex artis ad hoc*. Así, figura en la historia clínica que, cuando el paciente inició sintomatología de sensación de ahogo y desaturación de oxígeno del 76 %, se avisó el médico de guardia por cuadro de insuficiencia respiratoria aguda, quien le realizó una exploración física, en la cual se observó hipofonesis generalizada a la auscultación respiratoria con estertores y crepitantes difusos en ambos campos pulmonares; le pusieron gafas nasales con aportación de oxígeno de dos litros por minuto, y se obtuvo una saturación de oxígeno del 90 %. Con la orientación diagnóstica de alta sospecha de infección por COVID-19 con distrés respiratorio, se indicó trasladar al paciente a planta de aislamiento, pendiente del resultado de la PCR para COVID-19 solicitada, y se informó a los familiares del posible diagnóstico y de su traslado, que se efectuó a las 18:30 h. El paciente murió a

las 10:20 h de la mañana siguiente, después de presentar un empeoramiento repentino de la clínica respiratoria. Según indica el ICAM, en el momento del aislamiento por sospecha de infección se aplicaron las medidas médicas disponibles recomendadas por las autoridades sanitarias y de acuerdo con el estado del conocimiento científico disponible. Y hay que tener presente, como también sostiene el ICAM, que no existía un tratamiento para la enfermedad.

Por último, hay que valorar las alegaciones de los instantes sobre las numerosas llamadas que habían tenido con su familiar, a partir de las cuales conocieron que el personal de enfermería tardaba en llevar al paciente las cosas que requería (agua, pañuelos, etc.), y que, finalmente, el paciente murió solo y desatendido. Es evidente que la situación a la cual se refieren los reclamantes causó al paciente un sufrimiento que se puede calificar como daño moral, el cual también afectó a sus familiares, dada la incertidumbre y la preocupación que tuvieron que vivir, y que se proyectaban sobre si el familiar tenía cubiertas sus necesidades y sobre su estado de salud. Estos perjuicios de los familiares se pueden considerar incluidos en el importe adicional que los instantes solicitan bajo el concepto de perjuicios excepcionales, previsto por el artículo 33.5 del texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aunque la reclamación no lo explicita: "[…] los perjuicios relevantes, ocasionados por circunstancias singulares y no contemplados conforme a las reglas y límites del sistema, se indemnizan como perjuicios excepcionales de acuerdo con las regles establecidas al efecto en los artículos 77 y 112."

A pesar de lo anterior, la obligación de medios en el ámbito sanitario no se puede valorar de una manera abstracta, sino que se debe poder modular en función de las circunstancias del caso. Por este motivo, el criterio que determina la posible responsabilidad es la *lex artis ad hoc*. En este sentido, el nivel de atención asistencial que es legítimamente esperable para el paciente y los familiares en condiciones normales no es el mismo que el que se puede exigir en un contexto de situación de emergencia como la que existía en el momento de los hechos, con un gran número de pacientes, y con las limitaciones humanas de los trabajadores sanitarios, así como con la necesidad de proteger a dichos trabajadores expuestos al riesgo de contagio. Hay que destacar que las recomendaciones sanitarias establecían que, en la medida de lo posible, había que disminuir el número de trabajadores en contacto directo con un residente afectado por un caso posible o positivo de COVID 19, así como el tiempo de exposición. Lo anterior no significa que en un contexto de emergencia sanitaria no puedan existir supuestos de responsabilidad por mala praxis, pero será necesario que el error, el retraso o el defecto en la asistencia sanitaria que se acredite supere lo que se puede considerar justificado en aquel contexto de emergencia sanitaria. En el caso que se examina, no se ha acreditado que se produjera una desatención o tardanza en la atención superiores a lo que se puede justificar en una situación de emergencia sanitaria.

En vista de todo lo expuesto, en el caso que se examina no es posible establecer la relación causal necesaria entre el funcionamiento del servicio público sanitario y el resultado lesivo. Por consiguiente, no se cumplen los requisitos legales para reconocer la responsabilidad patrimonial de la Administración, y la reclamación deberá desestimarse.

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial instada ante el Departamento de Salud por la Sra. A y tres personas más por los daños y perjuicios derivados de la muerte de un familiar por causa de la infección por COVID-19, y que atribuyen a la falta de adopción de medidas preventivas durante el ingreso a un centro sociosanitario.

CONSEJO CONSULTIVO DE CANARIAS

Dictamen 271/2022

Sobre la responsabilidad patrimonial derivada de las medidas adoptadas por la Administración, tanto estatal como autonómica, en su condición de autoridad delegada, a consecuencia de la COVID 19, como consecuencia del funcionamiento del servicio público de la Dirección General de Salud Pública dependiente del Servicio Canario de Salud, de 6 de julio de 2022.

I

1. El presente Dictamen −solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias− tiene por objeto la Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación en concepto de responsabilidad patrimonial, iniciado a instancia de (...), en nombre y representación de la empresa (...) y de (...), como representante de la compañía (...) -entidades mercantiles titulares del Centro Comercial (...) situado en el municipio de Adeje-, y en cuya virtud se solicita el resarcimiento de los daños y perjuicios irrogados a las precitadas sociedades mercantiles como consecuencia de las diversas medidas restrictivas (especialmente, en lo que a la libertad de empresa se refiere) adoptadas por las Administraciones Públicas −tanto estatal como autonómica− para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19.

2. Los reclamantes solicitan una indemnización por importe de 1.516.369,69 € −folio 14−. Esta cuantía determina la preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo, y la legitimación del Sr. Consejero para solicitarlo, según los arts. 11.1.D.e) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (en adelante, LCCC), en relación con el art. 81.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP).

Los reclamantes interesan *« (...) el abono en concepto de indemnización por los daños sufridos a consecuencia directa de la declaración del estado de alarma (...) y que se cuantifica en la pérdida de beneficios económicos que se hubieran percibido si no se hubieran adoptado las medidas que suspendieron y prohibieron la actividad comercial desde el 14 de marzo de 2020 al 25 de mayo de 2020, por las rebajas de las rentas que se vieron obligados a realizar, así como esos mismos daños hasta la finalización del estado de alarma del pasado 9 de mayo de 2021, por la reducción de aforos, menos metros de venta y reducción de horario (...) ».*

3. En el análisis jurídico a efectuar resulta de aplicación la citada Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP).

Igualmente, se ha de observar lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública; la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública; y la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias (en adelante, LOSC).

4. Las empresas reclamantes ostentan la condición de interesadas, en cuanto titulares de un interés legítimo [art. 32.1 LRJSP y art. 4.1.a) LPACAP], puesto que alegan daños sufridos en su esfera jurídica como consecuencia, presuntamente, del funcionamiento de los servicios públicos de titularidad autonómica (y estatal). Sólo con este título están presentes en el procedimiento de responsabilidad en el que reclaman, ya que no consta en el expediente que también intervengan en nombre de otros reclamantes. Constatación ésta que resulta señalable dado que entre la documentación remitida por los señores (...) y (...) para ser incorporada al mismo figura (Anexo 8, folio 2038 del expediente) un «*modelo de carta*», de fecha 15 de abril de 2020, presuntamente dirigida por estos últimos a todos y cada uno de los arrendatarios de los locales comerciales integrados en el Centro Comercial (...). Y es que en tal carta, los ahora reclamantes proponen a los arrendatarios suscribir un contrato por el que:

- los propietarios del centro comercial «*suspenden*» el cobro de la renta de abril y mayo de 2020, para paliar los efectos del cierre de establecimientos ordenado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

- los daños derivados de tal cierre de establecimientos podrán reclamarse «*del Estado*» por los propietarios a través de un procedimiento de responsabilidad administrativa, obligándose los arrendatarios a «*colaborar con la Propiedad en la formulación de tal reclamación y, en la medida que fuera preciso, ceden (los arrendatarios) cuantos derechos y acciones pudieran corresponderle para reclamar del Estado (...) »*.

Por otro lado, también en el escrito inicial de reclamación (pág. 13 del mismo) se intenta conectar las bonificaciones que los reclamantes afirman haber aplicado a las rentas arrendaticias con la «*merma de la actividad económica de los inquilinos*». Ello, unido a lo consignado en la carta-contrato antes referida, induce a pensar que los reclamantes pretenden actuar en el procedimiento de responsabilidad sobre el que se dictamina no sólo en su nombre sino también en el de los arrendatarios, que son propiamente los titulares de la actividad comercial suspendida o limitada por efecto de la normativa anti-COVID.

Tal pretensión, indirectamente aludida, de actuar en nombre de los arrendatarios-titulares de los establecimientos comerciales, que habrían cedido su acción de reclamación, debe ser firmemente desatendida. No hay en el expediente documento alguno, suscrito por tales comerciantes, que confiera representación a los reclamantes. Ni la carta-contrato, que además la reproducida sólo se refiere a los meses de abril y mayo de 2020, aparece firmada por estos últimos [propiamente ni siquiera por los señores propietarios del (...)].

En fin, en este procedimiento la legitimación activa la ostentan sólo y exclusivamente las empresas (...) y (...), que intervienen representadas por los señores (...) y (...) (art. 5 LPACAP).

5. En lo que se refiere a la legitimación pasiva, resulta necesario efectuar las siguientes consideraciones jurídicas.

Las entidades mercantiles formulan su reclamación solidariamente contra la Administración General del Estado y la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias, al entender, a su juicio, que no resulta posible determinar el grado de responsabilidad de cada una de ellas en la producción del evento dañoso (art. 33.2, in fine, LRJSP). Particularmente a la Administración autonómica atribuyen responsabilidad ya que «*el Presidente del Gobierno de Canarias dictó numerosas resoluciones como autoridad delegada del Gobierno de España*» (pág. 3 del escrito de reclamación); pero el hecho de que califiquen de solidaria la responsabilidad por la que reclaman supone que exigen de cada una de las Administraciones, y en este procedimiento de la Autonómica canaria, la totalidad del daño que alegan habérseles infligido. En consecuencia, de entrada procede aclarar si existe esta responsabilidad solidaria, para todo el daño o para parte de él, o si por el contrario la eventual imputación de responsabilidad puede atribuirse por separado a una o la otra Administración.

Del contenido del escrito de reclamación se infiere que las empresas reclamantes articulan su pretensión indemnizatoria tomando en consideración los siguientes periodos temporales:

a) Primer periodo. Es el correspondiente a la declaración del primer estado de alarma en España a raíz de la crisis sanitaria originada por la COVID-19 y sus sucesivas prórrogas. Este periodo abarca desde el 14 de marzo de 2020 hasta el 20 de junio de 2020, inclusive.

b) Segundo periodo. Se corresponde a la fase intermedia, esto es, el periodo posterior a la finalización del estado de alarma inicial y anterior a la declaración del segundo estado de alarma en España. Este periodo se extiende desde el día 21 de junio hasta el día 24 de octubre de 2020.

c) Tercer periodo. Se trata de la última fase, que se inicia el 25 de octubre de 2020 con la declaración del segundo estado de alarma y culmina el 9 de mayo de 2021.

Pues bien, la legitimación pasiva de la Administración autonómica ha de ser analizada atendiendo a dichos periodos temporales, en el marco del régimen aplicable a la responsabilidad concurrente de las Administraciones públicas.

[…]

6.1. Desde la entrada en vigor del estado de alarma -el mismo día de la publicación en el Boletín Oficial del Estado del Real 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-, se produjo un cambio del marco jurídico ordinario, que trajo consigo una redistribución de las competencias entre las Administraciones Públicas para adoptar las medidas de carácter sanitario y epidemiológico destinadas a hacer frente a la crisis derivada de la pandemia, correspondiendo desde aquel momento dichas competencias al Gobierno de la Nación (arts. 7 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio y 4 a 6 del Real Decreto 463/2020).

Respecto a este periodo inicial, se ha de traer a colación lo afirmado recientemente por el Consejo Consultivo de Castilla y León en su dictamen n.º

111/2022, de 6 de abril de 2022 -y cuyos argumentos jurídicos se comparten plenamente-:

«Aunque formalizada mediante decreto del Consejo de Ministros, la decisión de declarar el estado de alarma, dado su contenido normativo y efectos jurídicos, debe entenderse que queda configurada en nuestro ordenamiento como una decisión o disposición con rango o valor de ley. Y, en consecuencia, queda revestida de un valor normativo equiparable, por su contenido y efectos, al de las leyes y normas asimilables cuya aplicación puede excepcionar, suspender o modificar durante el estado de alarma (STC 83/2016, de 28 de abril).

Como declaró el Tribunal Constitucional en el Auto 7/2012, de 13 enero, "todos los estados que cabe denominar de emergencia ex art. 116 CE (...) suponen (...) excepciones o modificaciones pro tempore en la aplicabilidad de determinadas normas del ordenamiento vigente, incluidas, en lo que ahora importa, determinadas disposiciones legales, que sin ser derogadas o modificadas sí pueden ver alterada su aplicabilidad ordinaria (arts. 9 a 12; 16 a 30; 32 a 36 de la Ley Orgánica 4/1981), pues el fundamento de la declaración de cualquiera de estos estados es siempre la imposibilidad en que se encuentran las autoridades competentes para mantener mediante «los poderes ordinarios» la normalidad ante la emergencia de determinadas circunstancias extraordinarias (art. 1.1 de la Ley Orgánica 4/1981)" (FJ 4).

De esta forma, a los efectos del estado de alarma la Autoridad competente es el Gobierno ex artículo 7 de la Ley Orgánica 4/1981 (o, por su delegación, el Presidente de la Comunidad Autónoma, cuando la declaración afecte exclusivamente a su territorio), de manera que en la adopción de las medidas para solucionar la emergencia que motiva la declaración del estado de alarma se altera temporalmente el esquema normal de distribución competencial, de modo que aquella se residencia en el Gobierno del Estado, aunque la Comunidad Autónoma afectada disponga en la materia de competencias exclusivas o, como sucede en la materia sanitaria, de desarrollo de la legislación básica.

A este respecto, el artículo 4 del citado Real Decreto 463/2020 designó inicialmente a los titulares de distintos departamentos ministeriales como autoridades delegadas competentes, entre ellos al Ministro de Sanidad, que en el ejercicio de esta delegación pueden dictar las órdenes, resoluciones, disposiciones e instrucciones interpretativas necesarias "para garantizar la prestación de todos los servicios ordinarios o extraordinarios, en orden a la protección de bienes y lugares, mediante la adopción de cualquiera de las medidas previstas en el artículo 11 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio".

Sin perjuicio de ello, el artículo 6 del Real Decreto 463/2020 prevé que, en el marco de las órdenes directas de la autoridad competente, cada Administración conserva las competencias que le atribuye la legislación vigente en la gestión ordinaria de sus servicios para adoptar las medidas que estime necesarias, sin perjuicio de lo establecido en sus artículos 4 y 5».

En efecto, desde el día 14 de marzo de 2020, todas las medidas contenidas en el Real Decreto 463/2020, así como en los sucesivos Reales Decretos de prórroga del estado de alarma inicial y en las órdenes ministeriales e instrucciones dictadas por las autoridades competentes delegadas, han constituido el marco normativo para gestionar

tanto la emergencia sanitaria provocada por la pandemia, como para adoptar medidas socioeconómicas y para regular la nueva situación generada a consecuencia de aquélla.

En conclusión, desde el 14 de marzo hasta el 20 de junio de 2020 (inclusive), la legitimación pasiva para responder de los eventuales daños y perjuicios derivados de las medidas restrictivas adoptadas dentro del marco jurídico del estado de alarma no correspondió a la Comunidad Autónoma de Canarias, pues todas las competencias correspondieron en exclusiva al Gobierno de la Nación.

6.2. A punto de finalizar la aplicación del anterior primer estado de alarma el Gobierno acordó el 28 de abril de 2020 un Plan de Desescalada, para ir retornando escalonadamente a la que denominó *Nueva Normalidad*. El RD 555/2020, de 5 de junio mantuvo la competencia del Gobierno en la aplicación de las medidas que atribuyó a cada una de las tres fases de este Plan, pero reconoció un ámbito competencial para las Comunidades Autónomas en una fórmula de colaboración con el primero que denominó de *cogobernanza*. La norma que inmediatamente siguió a tal RD fue el Real Decreto-Ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (popularmente conocido como Real Decreto-ley de la «*nueva normalidad*», y que ha sido objeto de derogación tácita por la Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19).

Para una vez finalizado el primer estado de alarma, manteniéndose la situación de crisis sanitaria, el RDL 21/2020 estableció un modelo de colaboración entre la Administración General del Estado y la de las Comunidades Autónomas al que denominó de cogobernanza. No existe una definición jurídica precisa de este nuevo concepto, que parece aludir a una determinada modalidad dentro del marco de las relaciones interadministrativas; al respecto, ha de señalarse que no figura entre las reguladas en los artículos 140 y siguientes de la LRJSP. Pues bien, esta cogobernanza, según el RD 555/2020 y el RDL 21/2020 y otras normas sobre la llamada *Nueva Normalidad*, supone la recuperación por las Comunidades Autónomas de sus competencias propias, pudiendo adoptar en su ejercicio determinadas medidas preventivas complementarias de las de la Administración General del Estado especialmente en materia sanitaria. Compatible con tal ejercicio de competencias propias resulta el despliegue de actividades de colaboración entre ambas Administraciones [art. 140.1.c) LRJSP: «*entendido como el deber de actuar con el resto de Administraciones Públicas para el logro de fines comunes*»]. Finalmente, mientras permanezca la situación de crisis sanitaria la Administración General del Estado conserva determinadas funciones de coordinación sobre las Comunidades Autónomas en la prevención y control epidemiológicos.

Pues bien, es en este escenario donde se enmarca el Acuerdo adoptado por el Gobierno de Canarias, en sesión extraordinaria, el día 19 de junio de 2020, por el que se establecen medidas de prevención para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, una vez superada la fase III del plan para la transición hacia una nueva normalidad, finalizada la vigencia de las medidas propias del estado de alarma (publicado en el B.O.C. n.º 123, de 20 de junio de 2020).

En dicho Acuerdo de Gobierno se señala lo siguiente respecto a su justificación y naturaleza:

«Por Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de abril de 2020, se aprobó el Plan para la Transición hacia una Nueva Normalidad que concibe el levantamiento de las medidas de contención de modo gradual, asimétrico, coordinado con las comunidades autónomas y adaptable a la evolución de los datos epidemiológicos y del impacto de las medidas adoptadas.

El Real Decreto 555/2020, de 5 de junio, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, prevé que la superación de todas las fases previstas en el Plan para la desescalada de las medidas extraordinarias adoptadas para hacer frente a la pandemia de COVID-19 (artículo 5) implicará que queden sin efecto las medidas derivadas de la declaración del estado de alarma en las correspondientes provincias, islas o unidades territoriales. Asimismo, permite que sean las comunidades autónomas las que puedan decidir -según su artículo 6- cuándo se supera la fase III en las diferentes provincias, islas o unidades territoriales de su Comunidad y, con ello, la entrada en la «Nueva Normalidad» y el fin de las medidas derivadas de la declaración del estado de alarma.

El Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, establece en su capítulo II el mantenimiento de determinadas medidas de prevención e higiene que han de ser complementadas por la adopción de otras medidas de prevención con fundamento en las previsiones de la normativa sanitaria que habilitan para ello. Esta normativa sanitaria se concreta en Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública que establecen la posible adopción de medidas por parte de las autoridades sanitarias en situaciones de riesgo para la salud de las personas.

En este sentido, cabe señalar que, una vez finalizado el estado de alarma, dada la subsistencia de la situación de crisis sanitaria provocada por la pandemia es necesario la adopción de estas medidas preventivas para la protección de la salud pública de forma complementaria a las ya previstas en el citado Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, que asimismo habilita a las autoridades sanitarias para su adopción. Estas medidas, si bien podrán ser modificadas, mantendrán su vigencia hasta tanto se declare por el Gobierno del Estado oficialmente la finalización de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19».

Este Acuerdo de Gobierno ha sido objeto de diversas actualizaciones −mediante Acuerdos de Gobierno de 2 y 9 de julio, 3, 13, 20 y 27 de agosto, 3, 4, y 10 de septiembre, 1 y 8 de octubre, −en el concreto ámbito temporal de este segundo período que va desde el 21 de junio al 25 de octubre de 2020 al que ahora nos estamos refiriendo− y 23 de diciembre de 2020; 21 y 28 de enero de 2021; 1, 18 y 31 de marzo; 22 y 29 de abril; 12 de mayo y 10, 17 y 23 de junio; 1, 8 y 22 de julio; y 5 de agosto de 2021 –sin solución de continuidad, con posterioridad a dicho período− (B.O.C., n.º 134, de 4.7.2020; B.O.C., n.º 139, de 10.7.2020; B.O.C., n.º 157, de 5.8.2020; B.O.C., n.º 164, de 14.8.2020; B.O.C., n.º 169, de 21.8.2020; B.O.C., n.º 175, de 29.8.2020, B.O.C., n.º 182, de 5.9.2020; B.O.C., n.º 187, de 11.9.2020; B.O.C., n.º 203, de 3.10.2020; B.O.C., n.º 208, de 9.10.2020; B.O.C., n.º 266, de 24.12.2020; B.O.C., n.º 15, de 22.1.2021; B.O.C., n.º 20, de 29.1.2021; B.O.C., n.º 42, de 2.3.2021; B.O.C., n.º 57, de 20.3.2021 −c.e., B.O.C., n.º 60, de 23.3.2021−; B.O.C., n.º 67, de 1.4.2021; B.O.C., n.º 83, de 23.4.2021 −c.e., B.O.C., n.º 84, de 26.4.2021−; B.O.C., n.º 88, de 30.4.2021;

B.O.C., n.º 99, de 14.5.2021; B.O.C., n.º 120, de 11.6.2021; B.O.C., n.º 125, de 18.6.2021; B.O.C., n.º 130, de 23.6.2021; B.O.C., n.º 140, de 9.7.2021; B.O.C., n.º 141, de 10.7.2021; B.O.C., n.º 152, de 26.7.2021 y B.O.C., n.º 163, de 9.8.2021) −; habiendo sido dejado sin efecto mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno de Canarias, de 2 de septiembre de 2021 (B.O.C., n.º 183, de 6 de septiembre de 2021), como consecuencia de la entrada en vigor -el 6 de septiembre de 2021- del Decreto ley 11/2021, de 2 de septiembre, por el que se establece el régimen jurídico de alerta sanitaria y las medidas para el control y gestión de la pandemia COVID-19 en Canarias (B.O.C. extraordinario n.º 183, de 6 de septiembre de 2021).

Este acuerdo de Gobierno −y sus posteriores actualizaciones− es trasunto de la actividad de intervención administrativa en la esfera de los particulares por motivos de salud pública, amparado no sólo en la normativa estatal emitida durante la pandemia (significativamente, el Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, sustituido posteriormente por la Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19), sino, además, en la legislación sanitaria. Como certeramente se indica en los antecedentes del Acuerdo de 2 de septiembre de 2021, del Consejo de Gobierno de Canarias, « *(...) las medidas adoptadas con ocasión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 tras los dos estados de alarma -declarados por Reales Decretos 463/2020, de 14 de marzo, y 926/2020, de 25 de octubre-, lo han sido hasta el momento, como medidas de intervención administrativa del Gobierno de Canarias, como responsable último del funcionamiento ordenado, eficiente y eficaz, de las actividades sanitarias de las Administraciones Públicas de Canarias, que tiene asignadas las competencias de ordenación, planificación, dirección, supervisión, control, inspección y sanción sanitarias, sociosanitarias y de salud pública -Capítulo V del Título II de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias, artículos 42 y siguientes-, ostentando, en virtud de lo dispuesto en el artículo 28 del mismo texto legal, el carácter de autoridad sanitaria para la determinación de las actuaciones de intervención administrativa en el ámbito de la salud que se contemplan en sus artículos 24 y siguientes*».

Es precisamente en todo este periodo intermedio donde sí podemos encontrar medidas tanto normativas como administrativas de la exclusiva competencia de la Comunidad Autónoma de Canarias. En consecuencia, se encuentra legitimada pasivamente en relación con las reclamaciones que pudieran presentarse con fundamento en tales medidas.

6.3. La tercera fase a la que el escrito de reclamación se refiere es la del segundo estado de alarma. Se extiende desde el 25 de octubre de 2020 hasta el 9 de mayo de 2021. En el curso de esta fase, sin embargo, hay que tener presente ante todo que conviven en el tiempo dos grupos de medidas diferentes que inciden sobre la legitimación pasiva de la CAC para entender de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial que pudieran suscitársele en esta materia.

Así, en primer lugar, similares argumentos jurídicos a los expuestos en el apartado 6.1 anterior llevarían a concluir que en principio tampoco le resultan imputables a la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias durante esta fase los daños derivados de eventuales limitaciones a la circulación de personas, a la entrada o salida de la Comunidad Autónoma, a la permanencia de personas agrupadas o en lugares de culto, establecidas para el período de vigencia del segundo estado de

alarma declarado mediante el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, que fue prorrogado durante seis meses por el Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, hasta las 00:00 horas del día 9 de mayo de 2021, en tanto que se trata de medidas contempladas en el Real Decreto 926/2020 (arts. 5 a 8) y adoptadas como autoridad delegada por el Presidente de la Comunidad Autónoma de Canarias (arts. 2 y 10 del Real Decreto 926/2020).

Como bien se señala en el precitado dictamen n.º 111/2022, de 6 de abril de 2022, del Consejo Consultivo de Castilla y León, *«el Real Decreto 926/2020, a diferencia del anterior, no prevé una suspensión generalizada de las actividades ni un confinamiento domiciliario, pero sí que establece una serie de medidas restrictivas a la circulación en horario nocturno, a la entrada y salida de personas en Comunidades Autónomas o ámbitos inferiores, límites a la participación en grupos y a la permanencia en lugares de culto.*

A su vez, en su artículo 2, el citado Real Decreto dispuso lo siguiente:

"1. A los efectos del estado de alarma, la autoridad competente será el Gobierno de la Nación.

»2. En cada comunidad autónoma y ciudad con Estatuto de autonomía, la autoridad competente delegada será quien ostente la presidencia de la comunidad autónoma o ciudad con Estatuto de autonomía, en los términos establecidos en este real decreto.

»3. Las autoridades competentes delegadas quedan habilitadas para dictar, por delegación del Gobierno de la Nación, las órdenes, resoluciones y disposiciones para la aplicación de lo previsto en los artículos 5 a 11. Para ello, no será precisa la tramitación de procedimiento administrativo alguno ni será de aplicación lo previsto en el segundo párrafo del artículo 8.6 y en el artículo 10.8 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa".

La Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 183/2021, de 27 de octubre, recaída en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el Real Decreto 926/2020, estima las pretensiones de inconstitucionalidad relativas a la duración de los seis meses de la prórroga autorizada por el Congreso de los Diputados y al régimen de delegación que efectuó el Gobierno del Estado en los presidentes de las Comunidades Autónomas, al desconocer la esencia de la posición institucional del Congreso y del Gobierno y de las relaciones entre ambos poderes, durante la vigencia del estado de alarma y de su prórroga.

Declara la Sentencia que "La delegación acordada, (...) no respondió a lo que es propio de un acto de tal naturaleza (...), que implica que el delegante, en cuanto titular y responsable de la potestad atribuida, establezca, al menos, los criterios o instrucciones generales que deba seguir el delegado para la aplicación de las medidas aprobadas; para el control que haya de ejercer durante su aplicación; y, por último, para la valoración y revisión final de lo actuado".

De este modo, la Sentencia vuelve a poner el acento en que, también durante la vigencia del estado de alarma declarado mediante el Real Decreto 926/2020, es el Gobierno del Estado la autoridad responsable de la adopción de las medidas restrictivas o limitativas de derechos fundamentales, y declara por ello la inconstitucionalidad de los apartados 2 y 3 del artículo 2, y la de aquellos que permitían

a la autoridad delegada fijar limitaciones en cuanto a su contenido (apartado 2 de los artículos 5, 6, 7, 8; artículo 9.1 -salvo el inciso inicial de su párrafo segundo- y 9.2 -salvo su párrafo primero-; artículo 10; y artículo 11).

Aun así, la declaración de inconstitucionalidad no implica por sí sola, la nulidad de los actos y disposiciones dictados por las autoridades de la Comunidad Autónoma, pues, la Sentencia precisa el alcance de su pronunciamiento en el sentido de que "Esta declaración de inconstitucionalidad y nulidad no afecta por sí sola, de manera directa, a los actos y disposiciones dictados sobre la base de tales reglas durante su vigencia. Ello sin perjuicio de que tal afectación pudiera, llegado el caso, ser apreciada por los órganos judiciales que estuvieran conociendo o llegaran aún a conocer de pretensiones al respecto, siempre conforme a lo dispuesto en la legislación general aplicable y a lo establecido, específicamente, en el art. 40.1 LOTC".

Sin perjuicio de lo expuesto, hay que recordar aquí también, que la STC 183/2021 desestima las impugnaciones formuladas contra las limitaciones de derechos fundamentales establecidas en los artículos 5 a 8 del Real Decreto 926/2020, a las que el reclamante atribuye la producción del daño, por haberse ajustado al principio de proporcionalidad en su determinación. En concreto, se trata de la limitación de la libertad de circulación en horario nocturno, la restricción de entrada y salida de personas en comunidades autónomas o en ámbitos territoriales inferiores, así como la limitación de la permanencia de grupos de personas tanto en espacios públicos como privados. Considera el Tribunal a este respecto que la medida de restricción de la movilidad ha superado el juicio de proporcionalidad, ya que "resultó adecuada porque era apta para dar cumplimiento a una finalidad legítima como era la de reducir sustancialmente la movilidad del virus" y "necesaria para hacer frente a las constatadas mutaciones del virus y a su creciente propagación, como también al previsible incremento de la presión asistencial y hospitalaria". Asimismo, la limitación de la permanencia de grupos de personas en espacios públicos y privados y en lugares de culto se considera como "una medida necesaria y adecuada con los mismos argumentos citados anteriormente"».

En definitiva, desde el 25 de octubre de 2020 hasta las 00.00 horas del día 9 de mayo de 2021, la legitimación pasiva para responder de los eventuales daños y perjuicios derivados de las medidas restrictivas adoptadas dentro del marco jurídico del segundo estado de alarma –esto es, al amparo del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, y su prórroga efectuada por el Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre- le correspondería, única y exclusivamente, en principio, al Gobierno de la Nación en su condición de autoridad competente; la posible participación de la Administración autonómica lo sería como autoridad delegada, de cuya condición no provendría legitimación pasiva alguna (art. 2.1 del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre).

Ahora bien, sí hay legitimación pasiva de la Comunidad Autónoma de Canarias en este tercer período en relación con los daños por lo que en este caso se reclama, en tanto que no resultan encuadrables en las anteriores limitaciones impuestas por el segundo estado de alarma, sino que provienen en exclusiva del ejercicio de sus competencias en materia sanitaria, que se siguieron ejerciendo mediante sucesivas actualizaciones del Acuerdo de 19 de junio de 2020.

Como la reclamación que es objeto de este procedimiento se fundamenta en las limitaciones impuestas en concepto de aforos, superficie y horarios a los

establecimientos comerciales, en efecto, la CAC ostenta la legitimación pasiva para entender de dicha reclamación en tanto que tales medidas son el resultado del ejercicio de sus propias competencias en materia sanitaria.

6.4. En este sentido, se entiende que la Comunidad Autónoma de Canarias se encuentra legitimada pasivamente para conocer de las reclamaciones en concepto de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (art. 32 y ss. LRJSP) que tengan por objeto el resarcimiento de los daños y perjuicios irrogados a los particulares como consecuencia de la adopción (en calidad de autoridad sanitaria ex art. 28 LOSC -y no como autoridad competente delegada bajo el paraguas de los diferentes estados de alarma- y al amparo de la normativa sanitaria ordinaria) de las medidas de prevención para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, y que fueron implementadas por la Administración autonómica en el periodo comprendido entre las 00.00 horas del día 21 de junio de 2020 y las 00.00 horas del día 9 de mayo de 2021 −*dies ad quem* fijado por las mercantiles reclamantes y que coincide con la finalización de la prórroga del segundo estado de alarma−.

Así pues, desde el punto de vista de la legitimación pasiva, los únicos daños y perjuicios de los que debería responder la Administración autonómica canaria son los derivados de la implementación de las medidas de salud pública adoptadas por aquella en el ejercicio de sus competencias constitucional y estatutariamente otorgadas en materia de sanidad (art. 148.1.21ª CE, 141 del Estatuto de Autonomía de Canarias), por los órganos -autonómicos- que tienen atribuida la condición de autoridades sanitarias (art. 28 en relación con el art. 43 LOSC) y amparados en la legislación sanitaria ordinaria que habilita para adoptar tales medidas de salud pública frente a enfermedades contagiosas (la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública; la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública; y, específicamente, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias, la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias). Medidas sanitarias que, en el supuesto analizado, se circunscriben a las contenidas en el Acuerdo de Gobierno de 19 de junio de 2020, por el que se establecieron las medidas de prevención para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, una vez superada la Fase III del plan para la transición hacia una nueva normalidad, finalizada la vigencia de las medidas propias del estado de alarma, y sus sucesivas actualizaciones.

Así se deduce con meridiana claridad del párrafo final de la Exposición de Motivos del tan citado Acuerdo del Gobierno de Canarias de 19 de junio de 2020: «*Teniendo en cuenta lo anterior, el Gobierno, tras deliberar y a propuesta del Consejero de Sanidad, de conformidad con las competencias que como autoridad sanitaria otorga el artículo 43 de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias, acuerda (...)* ».

Y se explicita, durante la tercera fase, en la primera y siguientes actualizaciones del citado Acuerdo adoptadas con posterioridad a la fecha de la declaración del segundo estado de alarma. Sirva de ejemplo lo consignado en el Antecedente VII del Acuerdo de 23 de diciembre de 2020 (BOC n.º 266, de 24 de diciembre), del siguiente tenor literal):

VII.- Tal y como señala el propio Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, en todo caso, durante la vigencia del estado de alarma, las administraciones sanitarias competentes en salud pública, en lo no previsto en esta norma, deberán continuar

adoptando las medidas necesarias para afrontar la situación de emergencia de salud pública ocasionada por el COVID-19, con arreglo a la legislación sanitaria, en particular, la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, así como en la normativa autonómica correspondiente, la cual, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias, viene constituida por la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias.

Por ello se entiende que, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias, se hace preciso actualizar el Acuerdo de Gobierno de 19 de junio de 2020, y sus sucesivas modificaciones, a la nueva regulación general del régimen de alerta sanitaria para combatir la pandemia COVID-19 mediante los niveles de alerta sanitaria que son de competencia de la autoridad sanitaria, según el documento de *"Actuaciones de respuesta coordinada para el control de la transmisión de COVID-19",* de 22 de octubre de 2020, incorporando los nuevos indicadores derivados del citado documento, y actualizándose las medidas en función de la situación epidemiológica, la capacidad asistencial y la capacidad de salud pública, las características y vulnerabilidad de la población susceptible expuesta (...) .

Con esta línea argumental coincide la PR en sintonía con el Acuerdo de admisión a trámite recaído en este procedimiento de reclamación patrimonial, de fecha 7 de julio de 2021. A juicio de este Consejo Consultivo resulta aceptable haber admitido sólo parcialmente la reclamación, pues se rechaza la existencia de responsabilidad solidaria, y no se asume participación alguna de la Comunidad Autónoma de Canarias en la adopción de las medidas integradas en los dos estados de alarma. No coincide este Organismo, sin embargo, con la afirmación de que las competencias ejercitadas por la Comunidad Autónoma (integradas en el Acuerdo de 19 de junio de 2020 y sucesivos) tuvieran la condición de competencias delegadas (entre otras razones, porque si fuera así y todas las medidas adoptadas se hubieran acordado en el ejercicio de competencias delegadas, la consecuencia lógica y natural siguiendo la propia línea argumentativa de la Propuesta de Resolución sería que habría que descartar la legitimación pasiva de la Comunidad Autónoma con carácter general, en lugar de aceptarla para las medidas adoptadas como autoridad sanitaria, como por el contrario, acertadamente, se hace), y menos aún que a ellas les resultara de aplicación el art. 9.4 LRJSP, que se refiere sólo a la delegación entre órganos de una misma Administración.

En fin, ha de concluirse que en este procedimiento la legitimación pasiva le corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias en cuanto titular de las competencias en materia de sanidad pública ex arts. 141.2, letra b) del Estatuto de Autonomía de Canarias en relación con los arts. 23, 24 a 28 y 42 a 45 LOSC.

7. De conformidad con lo establecido en el art. 67.1, párrafo segundo LPACAP, *«el derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo».*

Pues bien, en el supuesto analizado, la reclamación se entiende interpuesta dentro del plazo legalmente establecido. Teniendo en cuenta que las entidades reclamantes imputan a la Administración autonómica la producción de daños y perjuicios a la actividad económica desarrollada por aquellas hasta el día 9 de mayo de 2021, y que el escrito de reclamación inicial se formuló con fecha 27 de mayo de 2021, se ha de concluir que la acción indemnizatoria ha sido planteada dentro del plazo

legalmente habilitado a tal efecto. Circunstancia esta que no es puesta en entredicho por la Propuesta de Resolución.

[…]

9. El órgano competente para instruir y resolver este procedimiento es la Dirección del Servicio Canario de la Salud, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 60.1, apartado n) LOSC.

No obstante, en virtud de la Resolución de 23 de diciembre de 2014 (B.O.C., n.º 4, de 8 de enero de 2015) de la Dirección del Servicio Canario de la Salud, se delega en la Dirección General de Salud Pública « *(...) la competencia para incoar y tramitar los expedientes de responsabilidad patrimonial que se deriven de su respectivo ámbito de actuación, elevando a la Dirección del SCS la correspondiente Propuesta de Resolución*». De esta manera, la resolución que ponga fin a este procedimiento debe ser propuesta por la Dirección General de Salud Pública, de conformidad con el art. 19.1 del Decreto 212/1991, de 11 de septiembre, de Organización de los Departamentos de la Administración Autonómica, en relación con el art. 14.3 del Decreto 32/1995, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Canario de la Salud.

II

Las empresas presuntamente perjudicadas formulan reclamación de responsabilidad patrimonial solidariamente contra la Administración General del Estado y la Administración autonómica -folio 5-, solicitando la indemnización de los daños y perjuicios que les han sido irrogados como consecuencia de las diversas medidas restrictivas (especialmente, en lo que a la libertad de empresa se refiere) adoptadas por las referidas Administraciones Públicas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19.

A este respecto, el escrito de reclamación inicial señala lo siguiente -folios 4, 5, 12 y 13-:

«La actividad económica en los centros comerciales estuvo totalmente paralizada desde el 14 de marzo de 2020 hasta el 25 de mayo de 2020, lo que ha causado cuantiosas pérdidas económicas, a las que se suman las ocasionadas por las innumerables restricciones de aforos (entre el 40% primero y el 75% después), así como los metros de venta y horarios de apertura que desde entonces y hasta el paso 9 de mayo de 2021 se han mantenido. Estos daños traducidos en pérdidas económicas constituyen el objeto de reclamación.

(...) estamos ante un sacrificio especial, en este caso, soportado por los titulares de centros comerciales a quienes se les impidió el cobro de las rentas de los locales donde no se ejercitó la actividad empresarial prohibida, sufriendo daños que exceden con creces el sacrificio general impuesto a toda la población como fue el confinamiento generalizado, y que no puede conllevar dejar sin indemnizar aquellos daños objeto de sacrificio especial. Asimismo, en la vuelta a la denominada "nueva normalidad" las restricciones de aforo, metros de venta y horarios implican un sacrifico especial que genera daños evaluables económicamente.

(...)

Durante todo el estado de alarma desde el 14 de marzo de 2020 al 9 de mayo de 2021, debido a las bonificaciones o descuentos en la renta que tuvieron que ser aplicados a los contratos de arrendamientos suscritos, primero, por la suspensión total de la actividad comercial y después, por las limitaciones horarias, de aforo y metros de venta, una vez iniciada la fase de desescalada, la pérdida total de ingresos del centro comercial "(...) uno", se cuantifica en (...) 1.516.369,69 €. (...) .

Los que suscriben, en cuanto titulares del centro comercial, se les obligó a realizar descuentos en las rentas de los locales por cuanto se alquilaban espacios donde el Estado no permitió ejercitar actividad empresarial o comercial alguna, y luego se hizo con fuertes restricciones que implicaban merma de la actividad económica de los inquilinos y de su capacidad de pago de la renta. Con ello, por las medidas adoptadas, se sufrieron daños económicos que exceden con creces del sacrificio general impuesto a toda la población como fue el confinamiento generalizado, y que, por ser un sacrificio especial, deben ser objeto de indemnización en el importe de las rentas dejadas de percibir por las bonificaciones a las que se vieron obligados a aplicar a los contratos de arrendamiento ante el riesgo de perder la actividad de explotación de los locales del centro comercial, para siempre, incluso una vez se produjera el cese de las restricciones».

(…)

IV

1. La Propuesta de Resolución formulada por el Director General de Salud Pública del Gobierno de Canarias con fecha 29 de abril de 2022 desestima « *(...) la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por (...) en nombre y representación de (...) y por (...), en nombre y representación de (...), mercantiles titulares del Centro Comercial "(...)", por no concurrir los requisitos legalmente exigibles que conforman la responsabilidad patrimonial de la Administración*». En concreto, al no apreciarse la antijuridicidad del daño alegado, de acuerdo con los diversos criterios expuestos en su Fundamento de Derecho séptimo.

2. Centrándonos en la cuestión de fondo, y una vez examinado el contenido del expediente remitido a este Consejo Consultivo de Canarias, se entiende que procede desestimar la reclamación formulada por las empresas titulares del (...), y en cuya virtud se interesa el resarcimiento de los daños y perjuicios irrogados a las citadas mercantiles como consecuencia de las medidas restrictivas (de aforo, metros de venta, horarios, etc.) adoptadas por la Administración autonómica para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19. Y ello sobre la base de los argumentos jurídicos que se exponen a continuación.

3. La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas se recoge en el artículo 106.2 de la Constitución Española, que garantiza el derecho de los particulares a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, en los términos establecidos por la ley. El desarrollo legal de este precepto se contiene en los arts. 32 y siguientes LRJSP, complementado con lo dispuesto en la LPACAP, en lo que a la tramitación procedimental se refiere.

Pues bien, la viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, según doctrina jurisprudencial reiterada (por todas las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2016 (recurso 1111/2015) y 25 de mayo de 2016 (recurso 2396/2014), precisa de la observancia de los siguientes requisitos (dictamen n.º 506/2021, de 21 de octubre, del Consejo Consultivo de Canarias, entre otros):

«A) Un hecho imputable a la Administración, bastando, por tanto, con acreditar que un daño antijurídico, se ha producido en el desarrollo de una actividad cuya titularidad corresponde a un ente público.

B) Un daño antijurídico producido, en cuanto detrimento patrimonial injustificado, o lo que es igual, que el que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportar. El perjuicio patrimonial ha de ser real, no basado en meras esperanzas o conjeturas, evaluable económicamente, efectivo e individualizado en relación con una persona o grupo de personas.

C) Relación de causalidad directa y eficaz, entre el hecho que se imputa a la Administración y el daño producido, así lo dice la Ley 30/1992, en el artículo 139, cuando señala que la lesión debe ser consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y

D) Ausencia de fuerza mayor, como causa extraña a la organización y distinta del caso fortuito, supuesto éste que sí impone la obligación de indemnizar. La fuerza mayor entroncaría con la idea de lo extraordinario, catastrófico o desacostumbrado, mientras que el caso fortuito haría referencia a aquellos eventos internos, intrínsecos al funcionamiento de los servicios públicos, producidos por la misma naturaleza, por la misma consistencia de sus elementos, por su mismo desgaste con causa desconocida, correspondiendo en todo caso a la Administración, tal y como reiteradamente señala el Tribunal Supremo, entre otras y por sintetizar las demás, la de 6 de febrero de 1996, probar la concurrencia de fuerza mayor, en cuanto de esa forma puede exonerarse de su responsabilidad patrimonial» (Fundamento de Derecho cuarto, de la Sentencia n.º 757/2006, de 28 de julio, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña)».

Por otra parte, y respecto a los principios generales de distribución de la carga de la prueba, este Consejo Consultivo de Canarias ha venido señalando reiteradamente cuanto se expone a continuación (v., Dictamen 156/2022, de 26 de abril, con cita del Dictamen 272/2019, de 11 de julio):

«Cabe recordar, a este efecto, que, en aplicación del art. 60.4 de la vigente Ley 29/1998, de 13 de julio (...), rige en el proceso contencioso-administrativo el principio general, inferido del Código Civil (...), que atribuye la carga de la prueba a aquél que sostiene el hecho («semper necesitas probandi incumbit illi qui agit») así como los principios consecuentes recogidos en los brocardos que atribuyen la carga de la prueba a la parte que afirma, no a la que niega («ei incumbit probatio qui dicit non qui negat») y que excluye de la necesidad de probar los hechos notorios («notoria non egent probatione») y los hechos negativos («negativa no sunt probanda»). En cuya virtud, este Tribunal en la administración del principio sobre la carga de la prueba, ha de partir del criterio de que cada parte soporta la carga de probar los datos que, no siendo notorios ni negativos y teniéndose por controvertidos, constituyen el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor (por todas, sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S. de 27.11.1985, 9.6.1986, 22.9.1986,

29 de enero y 19 de febrero de 1990, 13 de enero, 23 de mayo y 19 de septiembre de 1997, 21 de septiembre de 1998). Ello, sin perjuicio de que la regla pueda intensificarse o alterarse, según los casos, en aplicación del principio de la buena fe en su vertiente procesal, mediante el criterio de la facilidad, cuando hay datos de hecho que resultan de clara facilidad probatoria para una de las partes y de difícil acreditación para la otra (sentencias TS (3ª) de 29 de enero, 5 de febrero y 19 de febrero de 1990, y 2 de noviembre de 1992, entre otras)».

2. A la vista de la jurisprudencia expuesta, es a la parte demandante a quien corresponde, en principio, la carga de la prueba sobre las cuestiones de hecho determinantes de la existencia, la antijuridicidad, el alcance y la valoración económica de la lesión, así como del sustrato fáctico de la relación de causalidad que permita la imputación de la responsabilidad a la Administración. Como ha reiterado en múltiples ocasiones este Consejo Consultivo, el primer requisito para el nacimiento de la obligación de indemnizar por los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos es que exista daño efectivo y que éste sea consecuencia del dicho funcionamiento. La carga de probar este nexo causal incumbe al reclamante, tal como establece la regla general que establecen los apartados 2 y 3 del art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), conforme a la cual incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone. Sobre la Administración recae el onus probandi de la eventual concurrencia de una conducta del reclamante con incidencia en la producción del daño, la presencia de causas de fuerza mayor o la prescripción de la acción, sin perjuicio del deber genérico de objetividad y colaboración en la depuración de los hechos que pesa sobre la Administración y, del principio de facilidad probatoria (art. 217.7 LEC), que permite trasladar el onus probandi a quien dispone de la prueba o tiene más facilidad para asumirlo, pero que no tiene el efecto de imputar a la Administración toda lesión no evitada, ni supone resolver en contra de aquélla toda la incertidumbre sobre el origen de la lesión (STS de 20 de noviembre de 2012)».

Finalmente, y como ha señalado de forma reiterada este Consejo Consultivo « (...) es necesario acreditar la realidad del hecho lesivo y la relación causal entre el actuar administrativo y los daños que se reclamen, como se hace en los recientes Dictámenes 40/2017, de 8 de febrero y 80/2017, de 15 de marzo, en los que se afirma que: «Además, como este Consejo ha manifestado recurrentemente (ver, por todos, los Dictámenes 238/2016, de 25 de julio y 343/2016, de 19 de octubre), sin la prueba de los hechos es imposible que la pretensión resarcitoria pueda prosperar. El art. 6.1 RPAPRP, en coherencia con la regla general del art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), impone al reclamante la carga de probar los hechos que alega como fundamento de su pretensión resarcitoria. Toda la actividad de la Administración está disciplinada por el Derecho (art. 103.1 de la Constitución, arts.3, 53, 62 y 63 LRJAP-PAC), incluida la probatoria (art. 80.1 LRJAP-PAC). Para poder estimar una reclamación de responsabilidad por daños causados por los servicios públicos es imprescindible que quede acreditado el hecho lesivo y el nexo causal (art. 139.1 LRJAP-PAC, arts.6.1, 12.2 y art. 13.2 RPAPRP), recayendo sobre el interesado la carga de la prueba (art. 6.1 RPAPRP). Esta prueba puede ser directa o por presunciones, pero para recurrir a estas es necesario que exista un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano entre un hecho probado y aquel cuya certeza se pretende presumir. No basta para ello la mera afirmación del reclamante,

porque ésta no constituye prueba (art. 299 LEC en relación con el art. 80.1 LRJAP-PAC)».

Finalmente, y en lo que se refiere a la acreditación del lucro cesante, este Organismo consultivo ha tenido ocasión de señalar lo siguiente (Dictamen 153/2020, de 1 de junio):

«El Tribunal Supremo ha sido muy riguroso analizando la teoría del enriquecimiento injusto, advirtiendo de la imposibilidad de lucrarse por causa de una responsabilidad de la Administración:

"Tanto el daño emergente como el lucro cesante deben ser probados por el reclamante y no cabe, desde luego, que la responsabilidad patrimonial se constituya en motivo de lucro, ni que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario se transformaría aquel en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico" (STS de 5 de junio de 1998).

A mayor abundamiento, en el Dictamen 900/2010, de 20 de diciembre, entre otros, este Organismo ha manifestado lo siguiente:

"Así, se puede entender por lucro cesante aquella lesión patrimonial consistente en la pérdida de un incremento patrimonial neto que se haya dejado de obtener como consecuencia de un hecho lesivo causado por un funcionamiento anormal de un Servicio público.

Asimismo, el Tribunal Supremo exige, además, la prueba de la realidad de los daños a la hora de determinar el lucro cesante; así, en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 18 de julio de 1989 (RJ 1989/809), establece que "(e)n consecuencia, se trata de daños eventuales o meramente posibles, resultado de un cálculo apoyado en factores inciertos. En consecuencia, esta falta de certeza, unida a la no aportación de prueba alguna justificadora de lo pedido, conduce inexcusable el rechazo de esta partida, como así se formula en la propuesta de resolución".

En este supuesto que analizamos, el lucro cesante reclamado no deja de ser un daño eventual basado en un cálculo apoyado en valores inciertos, por lo que debe ser rechazada la reclamación formulada por este concepto».

En efecto, como se indica en la sentencia n.º 2647/2016, de 15 de diciembre de 2016, de la Sección quinta, Sala Tercera, del Tribunal Supremo, «*la jurisprudencia del Tribunal Supremo orienta esta cuestión exigiendo "una prueba rigurosa de las garantías dejadas de obtener, observándose que la indemnización de lucro cesante, en coherencia con reiterada jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha de apreciarse de modo prudente y restrictivo, puesto que no es admisible una mera posibilidad de dejar de obtener unos beneficios. Y, en el mismo sentido, la de 22 de febrero de 2006, en la que se dice que "la indemnización por lucro cesante requiere demostrar que se ha producido de forma inmediata, exclusiva y directa, un perjuicio efectivo y susceptible de valoración económica, derivado de la pérdida de unos ingresos no meramente contingentes, quedando excluidas de resarcimiento las meras expectativas o ganancias dudosas o hipotéticas" (STS 20 febrero de 2015)*».

En definitiva, *« (...) constituye doctrina jurisprudencial reiterada la que excluye como elemento indemnizable las meras expectativas o ganancias dudosas o contingentes, esto es, ganancias dejadas de percibir que aunque posibles, por derivar de resultados inseguros o desprovistos de certidumbre, merecen el calificativo de inciertas (sentencias de 12 de mayo de 1997 -recurso de casación 670/1994-; 15 de noviembre de 2002 -recurso de casación 5974/1998-; 24 de marzo de 2004 -recurso de casación 593/2000-; 18 de abril de 2005 -recurso de casación 5568/2002-; y 11 de enero de 2008 -recurso de casación 1190/2002 -)»* (sentencia de 5 de noviembre de 2010, de la Sala Tercera, sección 6ª, del Tribunal Supremo -Rec.1767/2006-).

4. Dicho lo anterior cumple analizar si en el presente supuesto concurren los requisitos sobre los que se sustenta la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica.

4.1. Las reclamantes solicitan el resarcimiento de los daños y perjuicios que le fueron irrogados como consecuencia de las medidas de salud pública instauradas por las Administraciones Públicas -estatal y autonómica- para contener la propagación de las infecciones causadas por el SARS-CoV-2. De tales medidas, como se ha visto, sólo resultan en su caso imputables a la Comunidad Autónoma de Canarias aquellas acordadas en el ejercicio de competencias propias, de entre las incluidas en el Acuerdo de Gobierno de 19 de junio de 2020, y sucesivos. Pues bien, de entre ellas sólo resultan limitativas de la libertad de empresa que pretenden defender las reclamantes las que en su momento impusieron el cierre total de los establecimientos, y las que más tarde establecieron límites a los aforos de los mismos, superficie máxima de venta, o las que fijaron horarios de cierre a los establecimientos. Como ya ha quedado fundado más atrás sólo estas dos últimas resultan atribuibles a la competencia autonómica, pues el cierre de establecimientos la impuso en exclusiva el Gobierno de la Nación. Procede, en consecuencia, describir el régimen que se aplicó tanto a la limitación de aforo como al horario de cierre de establecimientos, en ambos casos referidos a locales y centros comerciales:

A) El Acuerdo del Gobierno de Canarias de 19 de junio de 2020 impuso a los establecimientos comerciales el siguiente régimen de aforos:

«3.6. Establecimientos comerciales.

Con carácter general, cualquier otro local o establecimiento comercial para el que no se recojan expresamente unas condiciones de aforo en el presente acuerdo ni en protocolos o normativa específica que les sea aplicable, no podrá superar el setenta y cinco por ciento del aforo autorizado o establecido.

No obstante, lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación en los establecimientos comerciales de alimentación, bebidas, productos y bienes de primera necesidad, establecimientos farmacéuticos, servicios médicos o sanitarios, ópticas, productos ortopédicos, productos higiénicos, peluquerías, prensa y papelería, combustible para la automoción, estancos, equipos tecnológicos y de telecomunicaciones, alimentos para animales de compañía, comercio por internet, telefónico o correspondencia, tintorerías y lavanderías, sin perjuicio de la necesidad de cumplir las medidas generales de higiene y protección».

Esta medida sobre aforo se mantiene en los textos consolidados de las medidas de prevención para hacer frente a la crisis sanitaria, integrados como Anexo 2 en los

Acuerdos del Gobierno de 3 y 4 de septiembre de 2020 (BOC n.º 182, de 5 de septiembre) y de 8 de octubre de 2020 (BOC n.º 208, de 9 de octubre).

Más adelante los límites de aforo se modifican, en atención al nivel de alerta de cada isla (Acuerdo de 1 de marzo de 2021, BOC n.º 42, de 2 de marzo):

«3.6. Otros establecimientos y locales comerciales y de actividades de servicios profesionales abiertos al público. Centros y parques comerciales.

"1. En los establecimientos y locales comerciales minoristas y de actividades de servicios profesionales abiertos al público para los que no se indican aforos específicamente en otros apartados no se podrá superar, los siguientes aforos en función de su situación epidemiológica:

a) En el nivel de alerta 1, el 50% de su capacidad total, debiendo el aforo resultante permitir el mantenimiento de las distancias de seguridad interpersonal en todo momento. b) En los niveles de alerta 2 y 3, este aforo no podrá superar el 33%. c) En el nivel de alerta 4, este aforo no podrá superar el 25%. En el caso de establecimientos o locales distribuidos en varias plantas, las limitaciones anteriores deberán cumplirse en cada una de ellas.2. En el caso de centros y parques comerciales la capacidad de las zonas comunes se limitará, hasta el nivel de alerta 3, al 33% del aforo autorizado, y al 25% del aforo autorizado en el nivel de alerta 4. Durante los niveles de alerta 3 y 4, queda prohibida la utilización de zonas recreativas como zonas infantiles, o áreas de descanso, que deberán permanecer cerradas, salvo aquellas en las que pueda garantizarse la desinfección tras cada uso. En el caso de centros comerciales distribuidos en varias plantas, la limitación anterior deberá cumplirse en cada una de ellas».

La medida de aforo reproducida en el párrafo anterior se mantiene idéntica en el posterior Acuerdo de 18 de marzo de 2021 (BOC n.º 57, de 20 de marzo).

B) El Acuerdo de admisión parcial a trámite y la Propuesta de Resolución no incluyen la fijación de horarios de cierre de establecimientos entre las medidas de la competencia autonómica susceptibles de generar responsabilidad administrativa para la Comunidad Autónoma de Canarias. Tal omisión debe ser salvada, pues a esa medida sí se refiere el escrito inicial de los reclamantes, y se trata de una limitación impuesta por el Gobierno de Canarias y que además incide en el ejercicio de la libertad de empresa.

En el Acuerdo del Gobierno de 19 de junio de 2020 no figura tal medida de limitación de horarios, pero sí se incluye en la Resolución de 21 de enero de 2021, publicada en el BOC n.º 15, Esta modificación se introduce, indica tal Resolución, «*por no encontrarse dentro del ámbito del Real Decreto 926/2020 por el que se declara el estado de alarma, (por lo que) han de acordarse por el Gobierno en su condición de autoridad sanitaria*» (apartado VIII de los Antecedentes). El apartado referido a los horarios señala:

«1.6. Limitación de horarios de actividades, servicios o establecimientos. En el nivel de alerta 4 se establece una limitación horaria de las 18.00 horas en todas las actividades, servicios o establecimientos regulados en el presente Acuerdo, con las excepciones que se indican a continuación: a) La actividad industrial y el comercio mayorista. b) Los establecimientos comerciales minoristas de alimentación, bebidas, productos y bienes de primera necesidad (...) ».

Esta medida de limitación de horarios aún se mantiene el Acuerdo de 1 de marzo de 2021 (BOC n.º 42, de 2 de marzo).

4.2. Procede enseguida abordar la cuestión de la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la producción del daño.

En el supuesto ahora examinado, las mercantiles reclamantes se limitan a señalar, de forma genérica, la responsabilidad indistinta de la Administración estatal y autonómica en la producción del daño (lucro cesante consistente en la disminución de las cantidades percibidas por las empresas titulares del centro comercial en concepto de rentas por el alquiler de los locales comerciales, durante el periodo que abarca desde el 14 de marzo de 2020 al 9 de mayo de 2021, como consecuencia de la aplicación de las correspondientes bonificaciones a las rentas de los arrendatarios -acordadas de mutuo acuerdo entre las titulares del centro comercial, en calidad de arrendadoras, y las empresas arrendatarias de los diversos locales existentes en el centro comercial de referencia-); afirmando, sin más, y sin sustento probatorio alguno, la concurrencia de la necesaria relación de causalidad. En efecto, tal y como se indica en el escrito de reclamación inicial «*existen beneficios económicos netos que se hubieran percibido si no se hubieran adoptado las medidas restrictivas de la actividad. Es un daño (...) con una evidente relación de causalidad en la medida de cierre, suspensión total o parcial de la actividad. La relación de causalidad directa es tan clara y evidente (...) que no merece mayores elementos probatorios ni comentarios*».

Esta última afirmación, «*(l)a relación de causalidad directa es tan clara y evidente (...) que no merece mayores elementos probatorios ni comentarios*», anticipa el incumplimiento de la jurisprudencia y de la doctrina de este Consejo descritas en el fundamento IV anterior, en el sentido que «*(l)a carga de probar este nexo causal incumbe al reclamante, tal como establece la regla general que establecen los apartados 2 y 3 del art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), conforme a la cual incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone*».

El daño que la reducción de aforos habría producido incidiría, de estimarse, sobre los comerciantes, sobre los titulares de la actividad comercial, al haberse producido una limitación de su libertad de empresa. Pero de ningún modo resulta aceptable transferir el eventual daño de los titulares de los establecimientos a los propietarios del entero Centro comercial, por la vía de amortizarlos con cargo a bonificaciones de renta libremente concedidas por el arrendador. Un eventual daño derivado de la limitación de aforos sólo resulta referible a los titulares de la actividad comercial, en los diferentes establecimientos. Por esta vía de expandir los efectos del daño más allá de los inmediatamente damnificados se alcanzaría a incluir a todos los agentes económicos de la entera economía del país. Y cierto es que ésta se ha visto afectada, toda ella, por los efectos de las medidas preventivas y reparadoras de la acción pública frente a la COVID, pero sólo resultan incluibles en la valoración jurídica de su presunta imputación a las Administraciones públicas aquellos daños inmediatamente referibles al ejercicio de esa libertad de empresa.

A menos que se acreditara por los reclamantes la existencia del nexo causal, no cabe ampliarla a los propietarios de los locales en que se ejerce, como tampoco, en un encadenamiento sin fin, a los hipotéticos acreedores hipotecarios de éstos, o a cualquier otro titular de derechos que indirectamente se encontrara damnificado. Si como

consecuencia del cierre de los establecimientos los comerciantes dejaron de pagar la renta al arrendador ahora reclamante éste disponía de vías jurídicas de Derecho privado para exigirlas y, eventualmente, resarcirse de ese daño.

No hay relación de causa-efecto entre las alegadas disminuciones de rentas arrendaticias y la actividad administrativa frente a la COVID. Efectivamente, amén de no acreditar de qué manera y/o en qué grado han influido las medidas de salud públicas implementadas por la Comunidad Autónoma durante la pandemia en la producción del daño (lucro cesante), lo cierto es que la pérdida de beneficios económicos (rentas) derivados de los contratos de arrendamiento suscritos por las propietarias del centro comercial se debe, única y exclusivamente, a su actuación, esto es, a las bonificaciones/reducciones de las rentas del alquiler de los locales presuntamente pactadas con los arrendatarios de estos para hacer frente a la situación de crisis económica.

Ciertamente, una cosa es la crisis económica subsiguiente a la crisis sanitaria derivada de la COVID-19, con las graves consecuencias desfavorables (pérdida de ganancias, productividad, empleos, etc.) para la situación económico-financiera de las empresas (hecho notorio ex art. 281 LEC), lo que ha impedido que estas hayan podido desarrollar con normalidad su actividad; y, otra bien distinta, es que la implementación de las medidas de salud pública instauradas por la Administración para hacer frente a la crisis sanitaria constituyan una lesión resarcible (siendo necesario, acreditar a tal fin -art. 217 LEC-, la concurrencia de los requisitos legales y jurisprudenciales sobre los que se asienta la declaración de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas; entre ellos la relación de causalidad).

Así pues, y a falta de prueba en contrario, se entiende que la causa determinante del resultado lesivo (pérdida de rentas derivadas del arrendamiento de los locales comerciales) no viene representada por la intervención administrativa en materia de salud pública (medidas preventivas instauradas por la Comunidad autónoma de Canarias), sino por la decisión libre y voluntariamente adoptada por arrendador y arrendatario -fruto de la autonomía de la voluntad de las partes y en el ejercicio de su poder empresarial (art. 38 de la CE)- de reducir el importe de las rentas de alquiler por los locales comerciales, como medida instituida -de mutuo acuerdo- para hacer frente a la crisis económica derivada de la pandemia.

Como complemento a lo anterior se ha de significar que, en términos generales -y como se constata en la realidad diaria-, las Administraciones Públicas no sólo no han contribuido a la producción y/o al empeoramiento de la grave situación económico-financiera de las empresas en el contexto de la actual crisis sanitaria por coronavirus, sino que, por el contrario, desde un primer momento, han venido arbitrando, a todos los niveles (europeo, estatal, autonómico, etc.) medidas compensatorias de distinta índole -art. 34.1, in fine, LRJSP- (expedientes de regulación temporal de empleo, moratorias, aplazamientos, avales, reestructuración de la deuda financiera, etc.) y, en particular, diferentes ayudas públicas destinadas a minimizar el impacto económico de la pandemia (particularmente, fondos «*Next Generation EU*»).

Por lo demás, cabe recordar -una vez más- que *«de acuerdo con la reiterada doctrina jurisprudencial (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998) no es acorde con el principio de responsabilidad patrimonial su generalización más allá del principio de causalidad, aun de forma mediata, indirecta o concurrente,*

de manera que, para que exista aquélla, es imprescindible la existencia de nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo o dañoso producido, y la socialización de riesgos que justifica la responsabilidad de la Administración cuando actúa al servicio de los intereses generales no permite extender dicha responsabilidad hasta cubrir cualquier evento. Lo que, en otras palabras, significa que la prestación por la Administración de un determinado servicio público (...) no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico. Así las cosas, como también ha sido razonado reiteradamente por este Consejo Consultivo, para que surja la obligación de indemnizar de la Administración (...) es necesario que entre el daño alegado y el funcionamiento anormal haya una relación de causalidad» (Dictamen 155/2022, de 26 de abril, de este Consejo Consultivo de Canarias).

4.3. La Propuesta de Resolución no plantea la existencia de fuerza mayor como eximente de la responsabilidad administrativa en este caso; como tampoco se refiere al argumento que se contiene en la reclamación en relación con la responsabilidad del Estado legislador como fundamento -uno más- de su pretensión, extremos sobre los que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 88.1 LPACAP debería contener pronunciamiento.

4.4. Por otra parte, no se aprecia la necesaria antijuridicidad del daño (art. 34.1 LRJSP). Y ello en atención a las consideraciones jurídicas que se exponen a continuación.

A) En primer lugar, y como ha tenido ocasión de señalar la doctrina jurisprudencial, « *(...) el daño es antijuridico cuando está injustificado y los perjudicados no tienen la obligación legal de soportarlo*» (Sentencia 237/2017, de 6 de abril, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 10ª, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid -Rec., 273/2015-; y Sentencia 21/2019, de 10 de enero -Rec., 785/2015, del precitado órgano judicial); siendo necesario, para poder declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración, « *(...) la constatación de una suerte de irrazonable, inmotivada, arbitraria o injustificada actuación de la administración demandada en el ejercicio de las funciones que tiene encomendadas que permitan afirmar que el daño que se ha producido tiene la consideración de daño antijurídico que los particulares no tienen la obligación de soportar*» (Sentencia 503/2016, de 26 de octubre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 10ª del Tribunal Superior de Justicia de Madrid).

Teniendo en cuenta lo afirmado anteriormente, y una vez examinado el contenido del expediente remitido, resulta obligado concluir que la actuación de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias en modo alguno puede considerarse injustificada, inmotivada, irrazonable o arbitraria. Y es que, pese a las alegaciones de las reclamantes respecto a la falta de proporcionalidad e idoneidad de las medidas de salud pública instauradas por la Comunidad Autónoma (afirmaciones carentes de cualquier clase de sustento probatorio -art. 217.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento civil-), lo cierto es que aquellas tienen el deber jurídico de soportar los perjuicios derivados de las medidas preventivas -y las consecuentes restricciones a su actividad empresarial- instituidas por la Administración autonómica a partir del 21 de

junio de 2020 (contenidas en el Acuerdo de Gobierno de 19 de junio de 2020 y sus posteriores actualizaciones), al haber sido adoptadas por la autoridades sanitarias competentes, amparadas en la legislación ordinaria en materia sanitaria y de salud pública, y debidamente motivadas y justificadas por la protección de bienes jurídicos superiores como son el derecho a la salud y/o a la vida y a la integridad física ex arts. 43 y 15 de la CE.

A este respecto, parece oportuno transcribir los razonamientos jurídicos contenidos en la Sentencia 148/2021, de 14 de julio, del Tribunal Constitucional y que, *mutatis mutandi*, resultan de aplicación al supuesto ahora analizado (Fundamento Jurídico noveno):

«El derecho fundamental a la libertad de empresa que reconoce el art. 38 CE ampara «el iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial» (STC 8/1984, FJ 3, reiterada entre otras en SSTC 112/2006, de 5 de abril, FJ 8; 135/2012, de 19 de junio, FJ 5, y 35/2016, de 3 de marzo, FJ 3). No hay duda de que las mencionadas reglas del art. 10 constriñen intensísimamente, con carácter temporal, el libre mantenimiento de la actividad empresarial en algunos de los sectores directamente concernidos. Pero como ya se ha señalado anteriormente, el estado de alarma puede justificar «excepciones o modificaciones pro tempore en la aplicabilidad» ordinaria de determinadas normas del ordenamiento vigente (STC 83/2016, FJ 9), siempre que se orienten a la protección de otros bienes de relevancia constitucional, cuenten con soporte en la LOAES, y resulten razonablemente adecuadas y necesarias a tal propósito.

La primera de estas condiciones concurre en las decisiones adoptadas en los apartados ahora discutidos del art. 10, pues con estas medidas se procuró, limitando la concentración de personas, atajar o contener la propagación del virus y proteger tanto la salud de todos como la suficiencia del sistema sanitario nacional (art. 43.1 y 2 CE). Tales decisiones se adoptaron con fundamento en el artículo 12.1 LOAES y, por su remisión, en los artículos 26.1 de la Ley 14/1986, general de sanidad, y 54. 2 (letras c] y d]) de la Ley 33/2011, general de salud pública. Ambos preceptos legales prevén expresamente, como quedó dicho en el fundamento anterior, la posible «suspensión del ejercicio de actividades», así como «cierres de empresas» o el «cierre preventivo de (...) instalaciones, establecimientos, servicios e industrias» cuando las circunstancias en ellos descritas («riesgo inminente y extraordinario para la salud», en la primera de estas disposiciones, y «motivos de extraordinaria gravedad o urgencia», en la segunda) lo justifiquen. No cabe dudar que circunstancias de ese tipo fueron las que justificaron las medidas que ahora se consideran (y que los propios recurrentes consideran posiblemente necesarias), por lo que sería suficiente con remitirnos a lo ya expuesto.

(...)

Tanto la decisión de suspender determinadas actividades empresariales con afluencia de clientes (número 4), como la de hacer otro tanto respecto de la apertura al público de establecimientos, servicios o instalaciones (números 1 y 3) aparecen pues como idóneas y necesarias para frenar la expansión de la epidemia y revertir sus daños. Basta con remitirnos de nuevo a lo ya razonado, y con recordar que otros países europeos adoptaron medidas análogas por las mismas fechas (por todas, Reglamento BGBI. II núm. 96/2020, de 16 de abril, del ministro federal de Asuntos Sociales,

Asistencia y Protección de los Consumidores del Gobierno austriaco en relación con las medidas provisionales para evitar la propagación del COVID-19).

La constricción extraordinaria del derecho fundamental a la libertad de empresa que se estableció en los apartados 1, 3 y 4 del artículo 10 del Real Decreto 463/2020 contó pues con fundamento en la Ley Orgánica a la que remite el artículo 116.1 CE (LOAES), y no resultó desproporcionada, por lo que se rechaza la pretensión de inconstitucionalidad formulada respecto a las medidas examinadas que, en la medida en que cuentan con suficiente respaldo constitucional, tienen capacidad para obligar tanto a los ciudadanos como a los poderes públicos (art. 9.1 CE), lo que se traduce en un correlativo deber de soportar dichas limitaciones, en atención a la gravedad de los bienes que se pretende proteger».

En efecto, los argumentos expuestos por el Tribunal Constitucional nos conducen a afirmar que las mercantiles reclamantes tienen el deber jurídico de soportar los perjuicios derivados de las medidas preventivas, limitaciones de horarios y aforos y restricciones a su actividad empresarial (art. 38 de la CE) acordadas por la autoridad sanitaria autonómica, al amparo de la legislación ordinaria en materia de salud pública, y debidamente motivadas y/o justificadas, con fundamento en la protección de otros bienes jurídicos superiores -como es el derecho a la salud, o el derecho a la vida e integridad física consagrados, respectivamente, en los arts. 43 y 15 de la CE-.

Por lo demás, las medidas de salud pública adoptadas por la Comunidad Autónoma responden a los principios generales de acción en salud pública; entre ellos, el de pertinencia, evaluación, seguridad y precaución (art. 3 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública). Principio este último que, de conformidad con lo establecido por la doctrina jurisprudencial (véase la Sentencia 237/2017, de 6 de abril de 2017, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 10ª, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid -Rec., 73/2015-) actúa -caso de verificarse, como sucede en el supuesto analizado- como causa de exclusión de la antijuridicidad del daño.

Así pues, y de acuerdo con las consideraciones anteriores, cabe concluir que no se aprecia la concurrencia de los presupuestos exigidos por la ley para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica (en este caso, la antijuridicidad del daño), puesto que, de acuerdo con los informes técnicos incorporados al expediente -que no han sido desvirtuados por los reclamantes mediante la aportación de los correspondientes medios de prueba- y en atención a la cláusula de progreso recogida en el art. 34.1 LRJSP («*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, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos*»), aquella adoptó las medidas preventivas que los conocimientos científicos disponibles revelaban como más eficaces para evitar la propagación de la enfermedad y la saturación del sistema sanitario en ejercicio de sus competencias sobre protección de la salud pública.

B) En segundo lugar, las empresas reclamantes, como toda la ciudadanía, tenían el deber inexcusable de cumplir las medidas sanitarias dictadas, ya que responderían al concepto de «*cargas generales*». Así, se trata de una reclamación por daños y perjuicios derivados de la aplicación de las medidas de salud pública adoptadas por la Administración autonómica, en cuyo caso los perjuicios generales derivados de

la actuación administrativa, al constituir cargas sociales o colectivas que los ciudadanos (y las empresas) están obligados a soportar -en aras a la protección de un bien jurídico superior como es el derecho a la salud ex art. 43 de la CE-, no generarían indemnización alguna, siempre, por supuesto, que los perjuicios ocasionados por el actuar administrativo no se circunscribiesen exclusivamente a personas individuales, ya que, en este último caso, no se estaría ante una carga colectiva o social sino ante unas cargas concretas e individualizadas.

En efecto, las mercantiles reclamantes cuestionan, fundamentalmente, la proporcionalidad y la necesidad de las medidas adoptadas por la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias, incidiendo en que esta reacción ante la pandemia fue especialmente intensa en su sector de actividad (centros comerciales), lo que les supone un sacrificio especial o singular que ha de ser resarcido.

Sin embargo, resulta obligado advertir que las restricciones al horario de apertura, aforos, etc., se implantaron en todos los sectores económicos cuya actividad no fuera esencial (y no sólo a los centros comerciales en general, o al regentado por las reclamantes, en particular). Y que la afectación a la actividad económica desarrollada en el centro comercial -en el periodo a que se contrae la reclamación contra la Administración autonómica- fue parcial, limitada en el tiempo y progresiva [« *(...) siendo objeto de revisión y/o modificación con carácter periódico según la evolución de la situación epidemiológica, sanitaria y la presión hospitalaria y según el nivel de alerta sanitaria señalado en cada momento por el Gobierno de Canarias*», como indica la Propuesta de Resolución], tal y como reconocen expresamente las reclamantes. Por lo que los hipotéticos daños que se le hubiese podido ocasionar al centro comercial, habrán de ser soportados por éste en concepto de cargas colectivas o generales impuestas a todos los operadores del sector económico de referencia. Y es que el sacrificio particular sufrido en aras de la protección del interés público (arts. 15 y 43 CE) no es indemnizable si los afectados son todos los integrantes de un determinado sector de actividad.

En conclusión, los daños que se hayan podido infligir a los titulares de los centros comerciales como consecuencia de las medidas restrictivas instauradas por la Comunidad Autónoma por motivos de salud pública no constituyen un sacrificio singular, excesivo o desigual que sea susceptible de resarcimiento. Y es que dichas medidas afectaron por igual a todos los establecimientos comerciales del sector, sin perjudicar especial y particularmente a unos u otros, puesto que las precitadas medidas fueron objeto de adopción con carácter general, destinadas a una pluralidad indeterminada de destinatarios. Circunstancias éstas que excluyen la antijuridicidad del daño e impiden el resarcimiento pretendido por las reclamantes.

C) En tercer lugar, no resulta antijurídico el eventual daño derivado de las restricciones impuestas por razones de salud pública a una actividad (actividad comercial) que en su desarrollo concentra riesgos particularmente elevados en el contexto de una pandemia, a pesar de que el agente económico (centro comercial) que la desarrolla no tiene ninguna responsabilidad en el origen de esa peligrosidad. Es decir, se trata de la limitación de una actividad especialmente susceptible de generar situaciones de alto riesgo para la salud pública, en un contexto determinado (crisis sanitaria mundial originada por la COVID-19), en el que el origen de dicho peligro no está en el titular de la actividad sino en un factor externo al mismo (intensidad de las concentraciones de personas en estos establecimientos).

En este sentido, el Dictamen n.º 15/2022, de 27 de enero, del Consejo Consultivo del Principado de Asturias señala:

«El reproche se dirige frente a las medidas restrictivas de apertura, horario y aforo que en respuesta a ese evento no imputable a la Administración se adoptaron por la autoridad autonómica, por lo que lo relevante es determinar si esa respuesta fue razonada o arbitraria, lógica o irracional, proporcionada o excesiva. De superar este juicio, más allá del de legalidad formal, nos enfrentaríamos a la concreción de unos riesgos que pertenecen a cada sector de actividad, ya que es claro que aquellos negocios que giran sobre la reunión de personas en espacios cerrados están expuestos -en sí mismos y permanentemente- a la eventual necesidad de que se restrinja la presencia física o el aforo».

Pues bien, en el caso analizado, la actividad económica afectada por las medidas restrictivas adoptadas por el Gobierno de Canarias era (y sigue siendo) intrínsecamente peligrosa, al constituir una posible fuente de contagios, contribuyendo a la transmisión de la enfermedad. Los establecimientos comerciales no se encontraban en una posición neutral, por más que no tuviesen responsabilidad en el origen de la pandemia y hubieran superado los correspondientes controles administrativos sanitarios. De esta manera, la apertura de los centros comerciales durante una situación de crisis sanitaria como la actual no es una actividad socialmente inocua, sino peligrosa (tal y como se constata en el informe de la Dirección General de Salud Pública de 17 de enero de 2022), por cuanto el derecho a la integridad física de todos los ciudadanos -no sólo de los que acuden al centro comercial-, es puesto en peligro o menoscabado cuando se lleva a cabo una determinada actividad privada que supone un riesgo de contagio de la enfermedad. En definitiva, los riesgos inherentes a dicha actividad socialmente peligrosa es otra circunstancia más que excluye la antijuridicidad del daño y, consecuentemente, la obligación de indemnizar.

5. Finalmente, visto que las empresas interesadas en este procedimiento afirman dirigir su reclamación no sólo contra la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias sino también, de forma solidaria, contra la Administración General del Estado, procede que en este procedimiento también se acuerde remitir a esta última la Resolución que en él recaiga.

El art. 33.4 LRJSP exige que en el supuesto, que no es el del presente Dictamen, de una actuación concurrente a través de un órgano de gestión conjunta, la Administración competente para tramitar «*deberá consultar a las restantes Administraciones implicadas para que, en el plazo de quince días, éstas puedan exponer cuanto consideren procedente*».

Tal exigencia no se plantea en el supuesto que dictaminamos, pero en cumplimiento del deber de colaboración entre Administraciones públicas (art. 140 LRJSP), y atendiendo además a las particularidades de este procedimiento, ya señaladas, procede que se acuerde remitir la Resolución resultante a la Administración General del Estado, meramente para su conocimiento.

6. En mérito a lo expuesto anteriormente, se concluye que no concurren los presupuestos exigidos por la Ley para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica, por lo que procede:

6.1. Desestimar la reclamación formulada contra la Comunidad Autónoma de Canarias por los daños y perjuicios aducidos desde el 14 de marzo al 21 de junio de 2020, por falta de legitimación pasiva.

6.2. Desestimar la reclamación, al no ser antijurídicos los daños alegados por las reclamantes derivados de competencias propias de la Comunidad Autónoma de Canarias en materia sanitaria, a partir del 21 de junio de 2020.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución sometida al Dictamen de este Consejo Consultivo de Canarias, se entiende que es conforme a Derecho en atención a los razonamientos jurídicos expuestos en el Fundamento IV de este Dictamen

CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA Y LEÓN

Dictamen 74/2022

Sobre un expediente de responsabilidad patrimonial por daños y perjuicios derivados de la administración de la primera dosis de la vacuna AstraZeneca

ANTECEDENTES DE HECHO

(…)

Primero.- El 6 de abril de 2021 D. (…), de 39 años de edad, presenta una reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Administración Autonómica, debido a los efectos adversos derivados de la primera dosis de la vacuna AstraZeneca que se le administró el 3 de marzo de 2021, que han motivado su baja laboral y la falta de percepción de ingresos en el negocio de fisioterapia del que es titular, que se encuentra en pérdidas desde su ausencia.

Señala en su escrito que «Desde el tercer día tras ponérsela, comienza a sentir dolor en el pecho, agotamiento físico, malestar general, apatía... Puesto que no era un dolor agudo, consideró que podría tratarse de un dolor muscular, acompañado de un malestar generalizado por la vacuna. Ninguno de los síntomas remitió, y se fueron sumando palpitaciones y algún mareo. El día 22 [de marzo de 2021] es derivado a su centro de salud para hacerle un electro y tomarle la tensión, tras consultar con el teléfono de información COVID. Desde allí le mandan a urgencias del [hospital], donde quedará ingresado en la planta de Cardiología hasta el viernes 26. El diagnóstico es miocarditis aguda, recomendación de no ponerse la segunda dosis de la vacuna. El caso es enviado al Servicio de Farmacovigilancia para estudiarlo como posible caso adverso de la vacuna. La serología que le realizan es completamente negativa, no hay patógenos asociados a la miocarditis vírica diagnosticada. La baja laboral se prolongará al menos hasta finales de junio (cuando le realizarán la revisión protocolaria). (…) Considera que se da una relación inequívoca entre la administración de la citada vacuna y la miocarditis aguda e indica que no fue informado en ningún momento por ningún personal sanitario de los posibles efectos adversos, ni se le ofreció firmar un consentimiento informado (que habría carecido de sentido, ya que este efecto adverso no estaba recogido, por entonces, como tal)».

(…)

Segundo.- El 3 de agosto de 2021 se emite informe por la Dirección General de Salud Pública de la Consejería de Sanidad en el que se explica la planificación y evolución en Castilla y León de la administración de la vacuna COVID-19 de AstraZeneca, Vaxzevria, así como los beneficios y riesgos de la vacunación, en particular, el riesgo de miocarditis/pericarditis con vacunas COVID-19, cuestión sobre la que se concluye que «puede presentarse muy raramente miocarditis y/o pericarditis después de la administración de las vacunas Comirnaty (BioNTech/Pfizer) o Spikevax

(Moderna). No se ha establecido que exista relación causal con las otras dos vacunas disponibles (Vaxzevria y COVID19 Vaccine Janssen). La mayoría de los casos evolucionan favorablemente y aparecen tras la segunda dosis en varones jóvenes».

El informe contiene un anexo con la ficha técnica o resumen de las características del producto.

Tercero.- El 18 y el 20 de agosto el reclamante, representado por su cónyuge Dña. (…), presenta escrito en el que pone de manifiesto un nuevo ingreso hospitalario durante dos semanas y que continúa de baja. Cuantifica el daño por la pérdida de ingresos en 7.500 euros, a los que dice deben añadirse otros gastos habituales, que entran con regularidad y puntualidad. A instancia de la Administración, aporta posteriormente documentación acreditativa de la representación.

Cuarto.- Concedido trámite de audiencia al reclamante, presenta alegaciones el 4 de noviembre, en las que reitera la pretensión.

Quinto.- El 15 de diciembre de 2021 se formula propuesta de orden que declara, por un lado, la falta de legitimación pasiva de la Administración autonómica, en cuanto que no es competente para la autorización, homologación control y planificación de las vacunas contra la COVID-19 y, por otro lado, la inexistencia de infracción de la *lex artis* por parte de los profesionales del servicio público de salud de Castilla y León, tanto en la administración de la primera dosis de la vacuna Vaxzevria, de AstraZeneca, como en la asistencia médica prestada al reclamante.

Sexto.- El 16 de diciembre se traslada la propuesta de orden anterior al Ministerio de Sanidad, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 33.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, sin que conste la presentación de alegaciones o de documentación.

Séptimo.- El 4 de enero de 2022 se formula nueva propuesta de orden, similar a la anterior, que es informada favorablemente por la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad el 18 de enero.

(…)

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1ª.- El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en el presente expediente, con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1.i),1º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León. Corresponde a la Sección Primera emitir el dictamen según lo establecido en el apartado tercero, 1.g), del Acuerdo de 6 de marzo de 2014, del Pleno del Consejo, por el que se determina la composición y competencias de las Secciones.

2ª.- El procedimiento se ha instruido con arreglo a lo previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

No obstante, se incumple el plazo máximo de resolución y notificación establecido en su artículo 91.3, lo que no elimina la obligación de dictar resolución expresa conforme a lo dispuesto en el artículo 21.1 de la Ley 39/2015. Tal dilación ha de considerarse como una vulneración por parte de la Administración del artículo 12.b)

del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, que consagra el derecho de los ciudadanos a la resolución de los asuntos que les conciernan en un plazo razonable; e igualmente contraría los principios de buena administración y el de control del gasto público ligado a la consecución de los objetivos de estabilidad presupuestaria, considerado el incremento que ha de conllevar necesariamente la cantidad que como indemnización se vaya a conceder al reclamante, en su caso, mediante la oportuna resolución.

3ª.- Concurren en el interesado los requisitos de capacidad y legitimación exigidos por la Ley 39/2015 y se ha acreditado la representación en los términos por ella establecidos. La competencia para resolver la presente reclamación corresponde al Consejero de Sanidad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 82.2 de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.

El interesado ha ejercitado su derecho en tiempo hábil, de acuerdo con lo previsto en el artículo 67.1 de la Ley 39/2015.

4ª.- El artículo 106.2 de la Constitución establece que «Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos».

La referencia constitucional a la ley debe entenderse hecha a los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, a la que se remite el artículo 81 de la Ley 3/2001, de 3 de julio.

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la reiterada doctrina del Consejo de Estado, así como la de este Consejo Consultivo, la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública exige la concurrencia de los siguientes requisitos: a) daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; b) antijuridicidad del daño, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la ley; c) imputabilidad a la Administración de la actividad dañosa, es decir, la integración del agente en el marco de la organización administrativa a la que pertenece o la titularidad pública del servicio o la actividad en cuyo ámbito se produce el daño; d) relación de causalidad entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, esto es, que el daño sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público; e) ausencia de fuerza mayor. Asimismo, se exige que la reclamación se presente antes de que transcurra un año desde el momento en que se produjo el hecho causante.

5ª.- El asunto sometido a consulta versa sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por los efectos adversos derivados de la administración de la primera dosis de la vacuna frente al COVID-19.

Para solventar la cuestión planteada cabe efectuar un análisis centrado en las cuestiones relativas a la concurrencia de diversas administraciones en la producción del daño, sus implicaciones respecto al título de imputación de la responsabilidad, y en la relación causal entre la lesión y la asistencia sanitaria prestada por la Administración Autonómica, que se expone a continuación:

a) La responsabilidad concurrente de las Administraciones Públicas

La declaración del estado de alarma puede suscitar la duda de la Administración a la que debe imputarse el daño y, en cualquier caso, si se produce un supuesto de responsabilidad concurrente entre Administraciones por los daños

causados. El propio reclamante en los escritos que presenta pone de manifiesto la necesidad de que le sea aclarada esta cuestión.

El artículo 33 de la Ley 40/2015 regula la responsabilidad concurrente de las Administraciones Públicas, en los términos siguientes:

> «1. Cuando de la gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación entre varias Administraciones Públicas se derive responsabilidad en los términos previstos en la presente Ley, 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.
>
> 2. 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.
>
> 3. En los casos previstos en el apartado primero, la Administración competente para incoar, instruir y resolver los procedimientos en los que exista una responsabilidad concurrente de varias Administraciones Públicas, será la fijada en los Estatutos o reglas de la organización colegiada. En su defecto, la competencia vendrá atribuida a la Administración Pública con mayor participación en la financiación del servicio.
>
> 4. Cuando se trate de procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial, la Administración Pública competente a la que se refiere el apartado anterior, deberá consultar a las restantes Administraciones implicadas para que, en el plazo de quince días, estas puedan exponer cuanto consideren procedente».

En supuestos como el planteado, la eventual responsabilidad en la que pueden incurrir las Administraciones intervinientes no parece encontrar encaje en la responsabilidad concurrente del artículo 33.1 de la Ley 40/2015, en la medida en la que no deriva de fórmulas conjuntas de actuación más o menos formalizadas, sino que pudiera hallarse en la cláusula residual del artículo 33.2, que contempla otros supuestos, distintos del anterior, de concurrencia de varias Administraciones, en los que la responsabilidad se fija para cada Administración atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención, por lo que en principio habrá que exigir la responsabilidad individualmente a cada una de las Administraciones Públicas concurrentes en función de su participación en el hecho lesivo; y solo en el caso de que no sea posible la determinación de su participación, se podrá exigir la responsabilidad de forma solidaria como vía para facilitar el resarcimiento del daño.

b) Título de imputación de la responsabilidad patrimonial

En relación con el acto de administración de la vacuna, hay que tener en cuenta que la lesión puede derivar del acto de vacunación mismo o del propio producto, bien porque sea defectuoso o provoque efectos adversos no advertidos. La propuesta de resolución admite que la Administración Autonómica pueda eventualmente responder

desde el parámetro de la *lex artis*, del acto sanitario de vacunación en sí mismo o del diagnóstico y tratamiento de la miocarditis padecida por el reclamante, pero, por el contrario, niega el segundo título de imputación, con fundamento en que la Administración Autonómica no es la competente para la autorización y control de la vacuna administrada.

A este respecto, por su relación con la cuestión planteada, cabe traer a colación la jurisprudencia establecida en interés casacional que considera que «la Administración sanitaria -cuyos facultativos realizan correcta y adecuadamente una intervención quirúrgica de conformidad con la *lex artis*- no debe responder de las lesiones causadas a un paciente como consecuencia de la utilización de un producto sanitario defectuoso, cuya toxicidad se descubre y alerta con posterioridad a su utilización, previamente autorizada por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, debiendo la responsabilidad recaer en el productor o, en su caso, en la Administración con competencias para autorizar y vigilar los medicamentos y productos sanitarios, de concurrir las concretas circunstancias necesarias para ello».

Así se pronuncia la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo nº 1340/2021, de 17 de noviembre, que reitera doctrina de la misma Sala, recogida en la Sentencia nº 1806/2020, de 21 de diciembre. Estas Sentencias, dictadas en los recursos en los que se examina la responsabilidad patrimonial del Servicio Cántabro de Salud por permitir la utilización del gas tóxico (Ala Octa) en las intervenciones quirúrgicas de desprendimiento de retina, rechazan que pueda erigirse en título de imputación de la Administración autonómica el riesgo creado por permitir aquella utilización, sobre la base de los siguientes argumentos:

> «A) Porque la competencia para la autorización, homologación y control de los medicamentos y productos sanitarios corresponde, única y exclusivamente, al órgano estatal con competencia para ello, cual es la Agencia Española de los Medicamentos y Productos Sanitarios.
>
> No resulta posible la imposición -no puede atribuirse-, al Servicio Cántabro de Salud un a modo de culpa in vigilando derivada de una supuesta competencia, complementaria de la competencia estatal de control; esto es, no es exigible un -otro- control autonómico del producto, bien desde la perspectiva de la decisión de adquisición contractual del producto tóxico, bien desde la perspectiva de un supuesto complementario control técnico o médico del producto adquirido, debidamente autorizado y validado por la Agencia Española de los Medicamentos y Productos Sanitarios.
>
> La responsabilidad pretendida del Servicio Cántabro de Salud no puede derivar de la adquisición, a través de un contrato de suministro, de un producto debidamente autorizado por la Agencia Española de los Medicamentos y Productos Sanitarios, por cuanto ninguna intervención tiene, la paciente afectada por la utilización del producto tóxico, en la relación contractual bilateral del Servicio sanitario con el fabricante o distribuidor del producto.
>
> Y, desde la perspectiva de la obligación de control del producto utilizado, obvio es que el mismo se lleva a cabo por la Agencia Española de los Medicamentos y Productos Sanitarios, de conformidad con lo establecido en el

Real Decreto 1275/2011, de 16 de septiembre, por el que se crea la citada Agencia estatal y se aprueba su Estatuto.

Esto es, ningún título de imputación de la responsabilidad patrimonial permite exigir esta del Servicio Cántabro de Salud, bien por algún incumplimiento de las obligaciones derivadas de la legislación de contratos públicos, o bien por la omisión del algún control del producto al que estuviera obligado. Y,

B) Porque tampoco resulta posible la imputación con base en el riesgo creado por permitir, el Servicio, la utilización del gas tóxico, pues, la realidad es que el riesgo no deriva de la aplicación del producto defectuoso -del acto médico, sino de la fabricación del mismo por su productor, así como de la falta de control por la Administración competente para ello, como era la Agencia Española de los Medicamentos y Productos Sanitarios. (…)».

Pues bien, el informe emitido por la Dirección General de Salud Pública de la Consejería de Sanidad el 3 de agosto de 2021 pone de manifiesto que la vacuna Vaxzevria, de AstraZeneca fue autorizada el 29 de enero de 2021 por la Comisión Europea y que la vacunación con Vaxzevria comenzó en España el 9 de febrero de 2021, en Castilla y León el 10 de febrero de 2021 y en [la ciudad] el 17 de febrero de 2021.

La vacuna administrada al reclamante se ajustó a los criterios acordados en la Estrategia de vacunación vigente en el momento en que la recibió (3 de marzo de 2021), Actualización 4, de 26 de febrero, de modo que «la población diana para recibir esta vacuna era la población entre 18 y 55 años de edad incluida en los grupos 3B y 3C, “otro personal sanitario y sociosanitario y trabajadores de instituciones penitenciarias”, así como el grupo 6, “colectivos con actividad esencial”. Las personas del grupo 3, fundamentalmente del 3B (Los profesionales sanitarios fisioterapeutas están incluidos en el grupo 3B) y 3C, que comiencen con la pauta de vacunación y hayan nacido entre 1966 y 2003 (entre 18 y 55 años), se vacunarán con AstraZeneca. (…)».

De este modo, en la fecha de vacunación del reclamante no se reconocen contraindicaciones de esta vacuna, que aparecen posteriormente, según relata el mismo informe:

«En la semana del 8 al 14 de marzo de 2021, algunos países decidieron dejar de administrar Vaxzevria de un lote específico por la aparición de acontecimientos adversos que se podían relacionar con la vacunación. Progresivamente, se fue aclarando la posible señal en los sistemas de notificación de farmacovigilancia de la UE sobre un tipo específico de trombosis de senos venosos cerebrales en personas, fundamentalmente mujeres, que habían recibido la vacuna de AstraZeneca entre 2 y 16 días antes del comienzo de los síntomas. El día 16 de marzo, en España, al igual que en otros países de la UE, se decidió suspender temporalmente el programa de vacunación con esta vacuna aplicando el principio de precaución, mientras se evaluaban en detalle los eventos adversos desde la Agencia Europea de Medicamentos (EMA) y se hiciera una evaluación preliminar de la relación causal entre los mismos y Vaxzevria. Tras el comunicado emitido el día 18 de marzo por la Agencia Europea de Medicamentos (EMA), en el que establece que el balance beneficio/riesgo sigue siendo positivo, es decir, que los casos de COVID-19 que se previenen con la vacunación superan ampliamente los

Revista Española de la Función Consultiva
ISSN: 1698-6849, núm. 35, enero-junio (2021) págs. 129-136

riesgos que pueden suponer la vacunación. La EMA indicó que no se había podido establecer una relación causal entre los acontecimientos notificados y la vacuna. Después de la notificación realizada por la EMA, se decidió reiniciar de nuevo el programa (…) en la semana del 22 de marzo.

En la Actualización 5 de la Estrategia de vacunación de 30 de marzo, se amplía la edad de utilización de la vacuna Vaxzevria por encima de los 55 años. A fecha 7 de abril, el Comité para la Evaluación de Riesgos en Farmacovigilancia europeo (PRAC) de la EMA comunicó que se había encontrado un posible vínculo entre casos muy raros de trombosis con trombocitopenia y esta vacuna y que este efecto se incluiría en la ficha técnica como eventos secundarios muy infrecuentes de Vaxzevria.

En la Actualización 6 de la Estrategia de vacunación, de 20 de abril, se eleva la edad mínima de utilización de Vaxzevria y los mensajes fundamentales a transmitir en relación a la infrecuencia de los efectos adversos trombóticos tras la administración de esta vacuna. Se recomienda continuar la utilización de esta vacuna en grupo de edad de 60-69 años y se pospone la decisión de qué vacuna utilizar como 2ª dosis en los menores de 60 años que se vacunaron con la primera dosis de Vaxzevria».

De acuerdo con lo expuesto, cabe concluir que al carecer de competencia para la autorización, homologación y control de los medicamentos y productos sanitarios y, en particular, de la vacuna en cuestión, no procede atribuir a la Administración Autonómica la responsabilidad fundada en este título.

c) Relación de causalidad entre la asistencia sanitaria prestada y la lesión.

Sobre esta cuestión, hay que partir de que la carga de la prueba pesa sobre la parte reclamante de acuerdo con los viejos aforismos *necessitas probandi incumbit ei qui agit* y *onus probandi incumbit actori*, y con el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La Administración, por su parte, deberá probar los hechos que, en su caso, desvirtúen los alegados. Ello, sin perjuicio de que la regla pueda intensificarse o alterarse, según los casos, en aplicación del principio de la buena fe en su vertiente procesal, mediante el criterio de la facilidad, cuando hay datos de hecho que resultan de clara facilidad probatoria para una de las partes y de difícil acreditación para la otra (Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de enero, 5 de febrero y 19 de febrero de 1990, y 2 de noviembre de 1992, entre otras).

Según el criterio de la *lex artis ad hoc*, solo existirá responsabilidad cuando se infrinjan los parámetros que constituyen dicho criterio, que está, pues, en relación con el elemento de la antijuridicidad, de modo que existe obligación de soportar el daño –por no ser este antijurídico- cuando la conducta del médico que ha tratado al paciente ha sido adecuada a la *lex artis*, mientras que, en caso contrario, cuando la actuación del médico ha sido contraria a la *lex artis*, la obligación de reparar recae sobre la Administración.

En este caso, el reclamante no ha acreditado, ni tan siquiera alegado, una actuación sanitaria contraria a la *lex artis* en el acto mismo de inyección de la vacuna o en el diagnóstico y tratamiento de la miocarditis padecida, por lo que no procede tampoco derivar responsabilidad por esta causa.

En cualquier caso, hay que tener en cuenta que el informe de la Dirección General de Salud Pública de la Consejería de Sanidad de 3 de agosto de 2021, citado anteriormente, tampoco permite establecer el indicado nexo de causalidad, pues concluye que hasta este momento no se ha establecido relación causal de miocarditis o pericarditis con las vacunas disponibles COVID-19: Vaccine Janssen, y la que fue administrada al reclamante, la Vaxzevria. Junto a ello, en la ficha técnica de esta vacuna no se describe la miocarditis/pericarditis en los apartados de «Contraindicaciones» (4.3), «Advertencias y precauciones especiales de empleo» (4.4) y «Reacciones adversas» (4.8).

Así las cosas, de acuerdo con la cláusula de progreso recogida actualmente en el artículo 34.1 de la Ley 40/2015, no cabe exigir a la Administración, en el ámbito de la salud pública, sino la aplicación de los medios posibles en función del estado de la ciencia en el momento en que aquella presta sus servicios, puesto que, en todo caso, esta prestación es de medios y no de resultado. La Administración sanitaria no está obligada, como es natural, a obtener un resultado siempre positivo, pues entender otra cosa supondría aceptar un principio de aseguramiento universal, que convertiría a la Administración en una especie de aseguradora de todas las enfermedades, independientemente de la prestación de todos los medios que pone a su alcance la ciencia en cada momento (doctrina del Tribunal Supremo, por todas la Sentencia de 23 mayo 2007, de la Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª). Esta circunstancia excluiría la responsabilidad, puesto que el daño que pretende resarcirse no sería antijurídico y en consecuencia no sería resarcible.

Por último, procede indicar que del informe de alta hospitalaria de 26 de marzo de 2021 se extrae una actuación administrativa diligente, acomodada al estándar de funcionamiento de los servicios públicos, cuando indica que «Ante la sospecha clínica, se ha realizado RMN cardiaca que confirma diagnóstico de miocarditis aguda. Pese a que en revisión de literatura científica específica de la vacuna contra SARS-COVID 19 de AstraZeneca no nos consta que pueda provocar dicho cuadro, ante la coincidencia temporal con primera dosis de la misma se efectúa notificación al sistema de farmacovigilancia español como posible efecto adverso. (…) Dada la posible relación causal con vacunación COVID 19, se recomienda no continuar con siguiente dosis».

De acuerdo con las consideraciones anteriores, cabe concluir que no se aprecia en este caso la concurrencia de los presupuestos exigidos por la ley para declarar la responsabilidad patrimonial del servicio autonómico de salud.

CONCLUSIONES

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa:

Procede dictar resolución desestimatoria en el procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. (…), debido a los daños y perjuicios derivados de la administración de la primera dosis de la vacuna AstraZeneca.

CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA Y LEÓN

Dictamen 463/2022

Sobre un expediente de responsabilidad patrimonial por daños y perjuicios sufridos por el fallecimiento de su madre en una residencia de la tercera edad durante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

ANTECEDENTES DE HECHO

(…)

Primero.- El 10 de julio de 2020 D. (…) y D. (…) presentan una reclamación de responsabilidad patrimonial frente a la Administración autonómica, debido a los daños y perjuicios sufridos por el fallecimiento de su madre Dña. (…), ocurrido el 6 de abril de 2020, durante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

Alegan que el óbito se produjo a causa de una deficiente actuación de la Administración, al no alertar o prever las medidas a adoptar frente a una emergencia sanitaria conocida al menos desde el 30 de enero de 2020 (fecha de la declaración como emergencia de importancia internacional del COVID-19 por el Comité de Emergencias de la OMS); al no dotar a la residencia en la que estuvo ingresada su madre de los medios necesarios para afrontar la grave situación producida por el virus; y al no proporcionarle, por razón de su edad, la necesaria asistencia médica y hospitalaria para ser tratada de la infección ajena al COVID-19 que le causó el fallecimiento, lo que, según los reclamantes, habría evitado este.

Exponen que su madre estuvo ingresada en la residencia privada (…), desde el 7 de agosto de 2019 hasta el 3 de abril de 2020, fecha en la que, por orden de la Consejería de Sanidad, fue trasladada a la residencia (…), donde falleció el 6 de abril siguiente a los 85 años de edad.

Afirman que en febrero de 2020 Dña. (…) tuvo infección de orina que requirió tratamiento; que en el historial médico de la residencia (entregado a su hijo (…)) no consta seguimiento médico alguno entre el 2 y el 18 de marzo de 2020; que «Sobre el 23 de marzo de 2020, se le informó (al mismo hijo) por mensajería que su madre cayó enferma con infección urinaria (según la enfermera de la residencia) y a continuación mostró todos los síntomas de coronavirus, por lo cual, según información recibida, fue aislada y con el tratamiento de antibiótico para intentar corregir la infección urinaria, tomando Paracetamol para bajar la fiebre, más tarde a partir del día 27 o 28, estaba encamada con asistencia de oxígeno»; y que el 27 de marzo se le realizó el test de coronavirus (que había sido solicitado por la residencia días antes) y el día 30 se obtuvo el resultado como negativo.

Aseguran además que «La residencia (…) estaba desbordada y lo demuestra el hecho, que fue intervenida por la Junta el día 1 de abril, haciéndose cargo como nuevo gerente un funcionario de la Junta de Castilla y León.

Los días del 28 de marzo hasta el 2 de abril, aunque no parecía tener fiebre, apareció una falsa mejoría, que teniendo en cuenta los aproximadamente 15 días que estuvo malísima, quedó muy débil y apenas tenía fuerza para comer.

Considerando estas circunstancias y que la residencia ya no puede hacer más, Don (…) reiteró la necesidad de su traslado a un centro sanitario, indicándole un simple `NO ES POSIBLE´, ya que la residencia ha recibido instrucciones del Centro de Salud de (…), que este a su vez recibe órdenes del Hospital (…) `NO DERIVEN A NINGUNA PERSONA MAYOR DE 80 AÑOS´.

Al único lugar que la trasladan (junto a otras 29 personas) por orden del nuevo gestor de la Junta, es a la residencia (…).

Y el motivo que indicaban es que el test de coronavirus realizado era negativo.

A Dña. (…) la trasladaron muy debilitada, siendo esto una grave decisión como por desgracia se demostró, falleciendo el 6 de abril lunes a las 4h 45' sin tan siquiera haberla visitado el médico, ya que ingresó el viernes a las 18 h y no pasaría visita hasta el lunes por la mañana.

En el certificado de defunción consta como causa de fallecimiento: insuficiencia respiratoria aguda».

Afirman finalmente que la Administración autonómica es responsable del fallecimiento «por la absoluta falta de previsión, planificación y alerta a las residencias de ancianos hhh1 respecto a una posible situación de emergencia que se conocía desde enero de 2020 y para la que tomó medidas para los centros médicos del Sacyl olvidando las residencias de ancianos.

También debe responder porque no controló que se cumplieran en dicha residencia los protocolos de actuación que aunque tarde se dieron tras el decreto del estado de alarma respecto al cuidado de los ancianos. No realizó ninguna supervisión ni control en la residencia ni les doto de medidas de protección que no tenían.

La [Junta de Castilla y León] no dio instrucciones a las residencias de ampliar la ratio de personal y trabajadores para que hicieran frente al cuidado de los residentes dado que en la situación de emergencia se incrementaron las necesidades de estos, así como de higiene.

En el caso concreto de Doña (…), no se realizaron las pruebas diagnósticas que necesitaba para el tratamiento de sus patologías de base y en concreto para la infección de orina que sufría desde hacía días. Ni siquiera consta que se le realizara una analítica de sangre para controlar el avance de la infección.

Tampoco se la trasladó a un centro hospitalario para ser tratada, ni público ni privado, infrautilizando los medios y recursos sanitarios públicos y privados existentes en la propia CCAA y en el resto del estado español al que se pudiera haber acudido, solicitándolo.

No se proporcionó a la residencia los medios técnicos ni humanos para hacer frente a la situación de emergencia. El propio director de la residencia solicitó la intervención de la Junta de Castilla y León ante la situación que se estaba viviendo en la residencia.

Doña (…) fue trasladada a "otra residencia" donde finalmente falleció sin la asistencia que le hubiera proporcionado un tratamiento acorde con sus patologías. No tuvo a su disposición ningún recurso.

Por su edad, se le privó de la asistencia que pudiera haberle salvado la vida. No era una paciente de covid con resultado irreversible. Era una anciana con buen estado de salud que necesitaba control y cuidado de su medicación y patologías que si bien eran propias de su edad no suponían un inminente fallecimiento en tan lamentables condiciones».

Por todo ello, reclaman una indemnización de 54.164,82 euros.

La reclamación se interpone también, de forma solidaria, frente a la residencia privada (…).

(…)

Segundo.- El 22 de mayo de 2021 se requiere a los reclamantes para que acrediten su legitimación y para que concreten si el servicio público a cuyo funcionamiento achacan el óbito se refiere a la actuación de la Gerencia de Servicios Sociales de Castilla y León o también a la de otras Consejerías de la Junta de Castilla y León.

El 14 de junio los reclamantes presentan un escrito en el que imputan la responsabilidad, de forma solidaria, a las Consejerías de Sanidad y de Servicios Sociales y a la residencia de la tercera edad. Y aportan, para acreditar su legitimación, copia del Libro de Familia y de la escritura de manifestación y adjudicación de la herencia de la fallecida.

Tercero.- Por Resolución de 9 de agosto de 2021, del Gerente de Servicios Sociales de Castilla y León, se dispone la instrucción del procedimiento de responsabilidad patrimonial y se nombra instructora, lo que se notifica a los reclamantes.

Cuarto.- El 23 de agosto siguiente el Gerente de Servicios Sociales de Castilla y León solicita informe a la Gerencia Regional de Salud (Servicio de Inspección y Evaluación de Centros) sobre actuación de los servicios sanitarios en el asunto de referencia. Dicha petición se reitera el 4 de octubre.

Quinto.- El 24 de agosto se da traslado de la reclamación al Ministerio de Sanidad, a los efectos de su conocimiento y actuación procedente.

Sexto.- El 9 de noviembre de 2021 la Gerencia Regional de Salud remite a la Gerencia de Servicios Sociales la siguiente documentación:

- Informe del Coordinador del Centro de Salud de (…), como médico responsable del equipo de residencias del centro, de 19 de octubre de 2021. Adjunta un resumen cronológico de consultas de la paciente en el Centro de Salud de (…), y un informe suyo, de 29 de abril de 2020, emitido a petición de los familiares de la fallecida.

- Escrito del Coordinador médico del Centro de Salud (…), de 22 de octubre de 2021, en el que comunica, tras ser solicitada la historia clínica de la fallecida, «que no podemos adjuntar la historia clínica al no haberse tramitado la asignación de médico a este Centro de Salud, en el traslado a la Residencia (…), efectuada el 3 de abril de 2020 hasta el 6 de abril de 2020 fecha de su fallecimiento, según se menciona en el oficio que se adjunta. Habiendo permanecido adscrita, según el programa de Medora, al

Centro de Salud de (…) con el Dr. D. (…) desde el 28 de septiembre de 2018, de lo que se adjuntan fotocopias».

- Escrito del Gerente Regional de Salud, fechado el 26 de agosto (sic) de 2021, por el que se da traslado a la Gerencia de Servicios Sociales de «los informes y documentación facilitados por la Gerencia de Salud de Área de (…) referentes a la asistencia sanitaria prestada a la Sra. (…) en los meses de marzo y abril de 2020». Igualmente, informa «que se han trasladado sus oficios y la documentación generada hasta este momento al Servicio de Evaluación, Normativa y Procedimiento de la Consejería de Sanidad, por ser el competente en procedimientos de responsabilidad patrimonial por actuaciones en materia de Salud Pública que según indican en su solicitud se cuestionan en la reclamación».

Séptimo.- Se ha incorporado al expediente la siguiente documentación:

- Informe de situación y propuesta de intervención en la residencia (…), de fecha 1 de abril de 2020, firmado por la Gerente Territorial de Servicios Sociales de (…) y la trabajadora social.

- Solicitud de 1 de abril de 2020, de la Gerencia Regional de Salud y de la Gerencia de Servicios Sociales de Castilla y León, de autorización de resolución por la que se acuerdan medidas excepcionales para garantizar la continuidad de la actividad del centro residencial (…), de carácter privado, en (…). Entre las medidas solicitadas se encuentran la designación de un funcionario público para dirigir y coordinar la actividad asistencial del centro, y «el traslado de 30 residentes asintomáticos a la residencia (…), para permitir aligerar la carga asistencial de este centro, de manera que, con los medios de los que dispone en actualidad, pueda cubrir las necesidades de atención de los que residentes que permanezcan en el centro».

- Resolución de 1 de abril de 2020 de la Dirección General de Salud Pública, por la que se autoriza «que los residentes asintomáticos de centros residenciales de personas mayores puedan ser recogidas por sus familiares para llevárselos a sus domicilios particulares, previa solicitud o consentimiento de los mismos, conforme al modelo que se adjunta a la presente resolución, así como acreditación por parte del personal médico de la Residencia o en su caso del personal médico de SACYL que, en el día y hora de su salida del Centro, se encuentran asintomáticos». En la propia Resolución se solicita autorización judicial para dicha medida.

- Providencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 de Valladolid, de 1 de abril de 2020, por la que se requiere a la Administración la subsanación del escrito presentado, y que «Amplíe, a fin de evitar dilaciones innecesarias si la citada autorización se solicita respecto de residentes en aquellos centros incapacitados por resolución judicial o plenamente capaces, así como si tales medidas se interesan en contra del consentimiento de unos y otros».

- Ampliación de la Resolución de 1 de abril de 2020, firmada el 2 de abril de 2020, en la que se precisa que «las medidas autorizadas se solicitan tanto para residentes que sean plenamente capaces, como respecto de residentes incapacitados judicialmente», conforme a lo que se indica.

- Auto de 6 de abril de 2020, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Valladolid, por la que se deniega la autorización judicial de las medidas adoptadas en la Resolución de 1 de abril de 2020 y ampliación de 2 de abril, por los motivos que

se recogen en él. En síntesis, no es procedente en términos procesales porque la solicitud «se ha planteado en términos generales, colectivos o abstractos, sin concreta referencia a personas, así como a la situación personal de estas», y porque «se ha planteado respecto de una resolución no firme en vía administrativa, pues contra la misma cabe recurso de alzada». Y «no es procedente sustantivamente pues no es necesaria. Se refiere a residentes que por sí o por medio de sus representantes legales se han manifestado a favor; han consentido su traslado. No hay pues atisbo de lesión o limitación de derecho o libertad fundamental alguno».

Octavo.- Mediante escrito de 18 de noviembre de 2021 se comunica a la residencia privada (…) la reclamación interpuesta, «a efectos de su conocimiento y actuación procedente».

Noveno.- El 3 de diciembre de 2021 se concede trámite de audiencia a los reclamantes y a la residencia (…) (que reciben la notificación el 13 de diciembre), y el 7 de diciembre al Ministerio de Sanidad (que recibe la notificación el 17 de diciembre).

El 10 de enero de 2022 Dña. (…), en nombre y representación de D. (…), presenta un escrito en el que alega que el expediente está incompleto, y solicita que se complete con la documentación (que relaciona) que se solicitó como prueba en la reclamación. Señala, además, que no se ha incorporado documentación concreta sobre la asistencia prestada a la residente, que existió una clara descoordinación que motivó la intervención de la Junta de Castilla y León en la residencia, y que existió un incumplimiento claro e injustificado de las instrucciones del Ministerio de Sanidad por parte de la residencia. Afirma, asimismo, que la Junta de Castilla y León incumplió el Auto del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Valladolid, al realizar al traslado de los residentes; un traslado «que fue a todas luces contraproducente en su estado y que abocó a su fallecimiento» (el de Dña. (…)). Anuncia la aportación de un informe médico pericial.

Décimo.- Obra en el expediente una propuesta de resolución (de fecha y firma ilegibles) por la que se desestima la reclamación «por concurrir fuerza mayor, no existir nexo causal entre el actuar de la administración autonómica y el daño producido, y por no ser este daño antijurídico».

Undécimo.- El 10 de agosto de 2022 la Asesoría Jurídica de la Gerencia de Servicios Sociales informa favorablemente la propuesta de resolución.

(…)

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1ª.- El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en el presente expediente, con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1.i), 1º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo a la Sección Primera emitir el dictamen según lo establecido en el apartado tercero, 1.g), del Acuerdo de 6 de marzo de 2014 del Pleno del Consejo, por el que se determina la composición y competencias de las Secciones.

2ª.- El procedimiento se ha instruido con arreglo a lo previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las

Administraciones Públicas (en adelante, LPAC), con las especialidades que se recogen en relación con los procedimientos de responsabilidad patrimonial.

No obstante, se incumple el plazo máximo de resolución y notificación establecido en su artículo 91.3 (seis meses), lo que no elimina la obligación de dictar resolución expresa tal y como establece el artículo 21.1 de la LPAC. En particular, llama la atención que haya transcurrido más de un año desde que se presentó la reclamación (10 de julio de 2020) hasta que esta se admitió a trámite y se nombró instructora (Resolución de 9 de agosto de 2021, por la que se dispuso la instrucción del procedimiento). Esta demora en la tramitación constituye una vulneración por parte de la Administración del artículo 12.b) del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, que consagra el derecho de los ciudadanos a la resolución de los asuntos que les conciernan en un plazo razonable; e igualmente contraría los principios de buena administración establecidos en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP).

[…]

5ª.- En cuanto al fondo del asunto, se solicita la responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica por el fallecimiento de la madre de los reclamantes el 6 de abril de 2020 en una residencia de la tercera edad, durante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, siendo la causa certificada de la muerte una «insuficiencia respiratoria aguda».

Como cuestión previa, ha de señalarse que el presente dictamen se limitará a abordar la posible responsabilidad de la Administración autonómica, sin que proceda analizar la eventual responsabilidad de la residencia privada, que también solicitan los reclamantes con carácter solidario.

Sentado lo anterior, y dado que la reclamación se fundamenta en la actuación de la Administración antes y durante la situación de crisis sanitaria, procede realizar algunas consideraciones preliminares.

Expuestas anteriormente las notas generales que caracterizan el instituto de la responsabilidad patrimonial, conviene hacer una breve referencia a su vigencia durante las situaciones constitucionales de excepcionalidad, así como a la configuración del estado de alarma, declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

A) El principio de responsabilidad, como contrapeso del ejercicio del poder público, no queda enervado por la declaración del estado de alarma, al tratarse de un mandato constitucional insoslayable de acuerdo con los artículos 9 y 106 de la Constitución (CE). Su vigencia, además, se hace especialmente necesaria en los estados de excepcionalidad, pues «la declaración de cualquiera de estos estados conlleva necesariamente una potenciación de las potestades públicas, con la consiguiente constricción de los derechos de los ciudadanos», tal como declara la Sentencia del Tribunal Constitucional 148/2021, de 14 de julio, que estima parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto frente al citado Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el primer estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

El mismo artículo 116 CE, en su apartado 6, dispone expresamente que «La declaración de los estados de alarma, de excepción y de sitio no modificarán el principio

de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes».

Pero esta responsabilidad no puede limitarse a la meramente política. Y por ello la propia Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, incluye la «responsabilidad» entre los principios rectores de la declaración y vigencia de los estados de emergencia. Según su artículo 3.2, «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».

B) Mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116 CE y en el artículo 4 de la Ley Orgánica 4/1981. El estado de alarma finalizó a las 00:00 horas del 21 de junio de 2020, de acuerdo con el artículo 2 del Real Decreto 555/2020, de 5 de junio, por el que se prorrogó el estado de alarma.

Aunque formalizada mediante real decreto del Consejo de Ministros, la decisión de declarar el estado de alarma, dado su contenido normativo y efectos jurídicos, debe entenderse que queda configurada en nuestro ordenamiento como una decisión o disposición con rango o valor de ley. Y, en consecuencia, queda revestida de un valor normativo equiparable, por su contenido y efectos, al de las leyes y normas asimilables cuya aplicación puede excepcionar, suspender o modificar durante el estado de alarma (STC 83/2016, de 28 de abril).

Como declaró el Tribunal Constitucional en el Auto 7/2012, de 13 de enero, «todos los estados que cabe denominar de emergencia ex art. 116 CE (…) suponen (…) excepciones o modificaciones pro tempore en la aplicabilidad de determinadas normas del ordenamiento vigente, incluidas, en lo que ahora importa, determinadas disposiciones legales, que sin ser derogadas o modificadas sí pueden ver alterada su aplicabilidad ordinaria (arts. 9 a 12; 16 a 30; 32 a 36 de la Ley Orgánica 4/1981), pues el fundamento de la declaración de cualquiera de estos estados es siempre la imposibilidad en que se encuentran las autoridades competentes para mantener mediante «los poderes ordinarios» la normalidad ante la emergencia de determinadas circunstancias extraordinarias (art. 1.1 de la Ley Orgánica 4/1981)» (FJ 4).

De esta forma, a los efectos del estado de alarma, la autoridad competente es el Gobierno *ex* artículo 7 de la Ley Orgánica 4/1981 (o, por su delegación, el Presidente de la Comunidad Autónoma, cuando la declaración afecte exclusivamente a su territorio), de manera que en la adopción de las medidas para solucionar la emergencia que motiva la declaración del estado de alarma se altera temporalmente el esquema normal de distribución competencial, de modo que aquella se residencia en el Gobierno del Estado, aunque la Comunidad Autónoma afectada disponga en la materia de competencias exclusivas (como ocurre en el caso de los servicios sociales), o de desarrollo de la legislación básica, como sucede en la materia sanitaria.

A este respecto, el artículo 4 del citado Real Decreto 463/2020 designó inicialmente a los titulares de distintos departamentos ministeriales como autoridades delegadas competentes, entre ellos al Ministro de Sanidad, que en el ejercicio de esta delegación pueden dictar las órdenes, resoluciones, disposiciones e instrucciones

interpretativas necesarias «para garantizar la prestación de todos los servicios ordinarios o extraordinarios, en orden a la protección de bienes y lugares, mediante la adopción de cualquiera de las medidas previstas en el artículo 11 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio».

Sin perjuicio de ello, el artículo 6 del Real Decreto 463/2020 prevé que, en el marco de las órdenes directas de la autoridad competente, cada Administración conserva las competencias que le atribuye la legislación vigente en la gestión ordinaria de sus servicios para adoptar las medidas que estime necesarias, sin perjuicio de lo establecido en sus artículos 4 y 5.

Durante la vigencia de dicho estado de alarma (en algún caso, incluso, anterior a su vigencia), y en las fechas concretas en las que sucedieron los hechos a los que se refiere este procedimiento, se dictaron diversas normas, directrices, instrucciones y recomendaciones que afectaron a las residencias de mayores y a los centros sociosanitarios, entre las que cabe citar las siguientes:

- Si bien es anterior a la declaración del estado de alarma, cabe citar el documento técnico «Recomendaciones a residencias de mayores y centros sociosanitarios para el COVID-19», publicado el 5 de marzo de 2020. En su apartado 2, «Medidas dirigidas a la prevención y control de la infección», se indicaba que «Los centros deberán elaborar planes de actuación dirigidos a la eventual aparición de brotes adaptados a las características de cada centro. En este plan se incluirán las necesidades de equipos de protección en estas situaciones, la provisión de jabón, papel y soluciones desinfectantes, así como un plan de continuidad de la actividad ante una previsible baja de personal». Tales aspectos se desarrollan en los apartados 2.1 a 2.7 del mismo documento.

- 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.

- Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

- Orden SND/265/2020, de 19 de marzo, de adopción de medidas relativas a las residencias de personas mayores y centros socio-sanitarios, ante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Ordenó el aislamiento por grupos de residentes, a consecuencia de los insuficientes resultados de los procesos de adquisición centralizada de productos sanitarios y de incorporación de pruebas de detección a los protocolos de actuación en las residencias de mayores, evitándose también las rotaciones de personal.

- Orden SND/275/2020, de 23 de marzo, por la que se establecen medidas complementarias de carácter organizativo, así como de suministro de información en el ámbito de los centros residenciales en relación con la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Dicha Orden regula las medidas de intervención, la inspección sanitaria y la concurrencia de situaciones excepcionales. En relación con estas últimas, el apartado quinto.1, dispone que, cuando concurra alguna de las situaciones excepcionales que se indican, los centros deberán comunicarla de inmediato a las correspondientes Consejerías de Sanidad y Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma, así como a la Delegación o Subdelegación de Gobierno que corresponda, a fin de recabar auxilio urgente. Las situaciones excepciones que se relacionaban en dicho

apartado eran las siguientes: «a) Imposibilidad, por ausencia de medios personales, materiales, circunstancias físicas o de otra índole» para cumplir, en especial, las medidas de aislamiento; «b) Imposibilidad para gestionar adecuadamente la conservación y retirada de cadáveres por acumulación y/o ausencia de servicios funerarios disponibles»; y «c) Cualquier otra circunstancia análoga que ponga en grave peligro la integridad y el sostenimiento del servicio que se presta».

- Guía de prevención y control frente al COVID-19 en residencias de mayores y otros centros de servicios sociales de carácter residencial, publicada por el Ministerio de Sanidad el 24 de marzo de 2020. En su apartado 5, «Medidas generales dirigidas a la protección de la salud de Residentes», se señala que «En el escenario actual, es prioritario evitar la introducción del virus en los centros. Por ello, (…) se suspenden las salidas del centro para los residentes hasta que una nueva evaluación del riesgo haga reconsiderar esta recomendación».

- Orden SND/295/2020, de 28 de marzo, por la que se adoptan medidas en materia de recursos humanos en el ámbito de los servicios sociales ante la situación de crisis ocasionada por el COVID-19, cuyo objetivo era el de garantizar el correcto funcionamiento del sistema de servicios sociales en su conjunto, y la continuidad de los mismos.

- Orden SND/322/2020, de 3 de abril, por la que se modifican la Orden SND/275/2020, de 23 de marzo y la Orden SND/295/2020, de 26 de marzo, y se establecen nuevas medidas para atender necesidades urgentes de carácter social o sanitario en el ámbito de la situación de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. En concreto, modificó la Orden SND/275/2020, con el fin de prever la intervención de las residencias de mayores por parte de la autoridad sanitaria autonómica en el plazo de 24 horas desde que se produjera cualquiera de las circunstancias excepcionales previstas en el apartado quinto de la citada Orden SAN/275/2020.

- Informe del Ministerio de Sanidad sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia: El SARS-CoV-2, publicado el 4 de abril de 2020.

- Finalmente, y aunque posterior al periodo al que se refieren los hechos de la presente reclamación, cabe citar el Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención y contención de riesgos, y de coordinación sociosanitaria, para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, cuyo artículo 10 se refiere a los servicios sociales.

Fue, por tanto, el Ministerio de Sanidad, como autoridad competente, el que aprobó normas, directrices, instrucciones y recomendaciones que debían seguirse por las Comunidades Autónomas en la gestión de la crisis sanitaria.

6ª.- Expuestos los antecedentes jurídicos y fácticos, procede abordar el fondo del asunto sometido a consulta.

Como cuestión previa, no cabe prescindir de que la abrupta irrupción del COVID-19, enfermedad nueva que alcanzó la consideración de pandemia en las fechas a que se refiere la reclamación -y que motivó la declaración del estado de alarma-, ocasionó una situación límite en los servicios sociales y sanitarios españoles durante varios meses y provocó decenas de miles de fallecidos. Ante este escenario resulta imposible desvincular un caso como el objeto del presente dictamen de la situación límite que se experimentó al comienzo de la pandemia. Así lo han señalado también el

Consejo Consultivo de Andalucía (Dictámenes 424/21, de 1 de junio, y 100/22, de 10 de febrero) y la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid (Dictámenes 177/22 y 184/22, de 29 de marzo; 342/22, de 31 de mayo; 177/2022, de 29 de marzo; y 581/2022, de 20 de septiembre), al informar asuntos semejantes.

También debe resaltarse que los escasos conocimientos que se tenían sobre la enfermedad determinaron que los protocolos de actuación, normas y recomendaciones que se aprobaron estuvieran en permanente revisión, a fin de acomodarlos a las nuevas informaciones y conocimientos que resultaban de la experiencia médica y las investigaciones que se estaban desarrollando.

Todo lo cual debe ponerse en conexión con lo previsto en el artículo 34.1, inciso segundo, de la LRJSP, conforme al cual «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, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos».

Los reclamantes fundamentan su pretensión en varios motivos: a) falta de previsión de las medidas a adoptar ante una emergencia sanitaria conocida desde el 30 de enero de 2020; b) falta de vigilancia del cumplimiento de las obligaciones exigibles a la residencia y de las condiciones de los residentes, tras la alerta sanitaria; y c) deficiente asistencia y seguimiento médico, en la residencia, de la infección que padecía su madre, y falta de derivación de la residente a un hospital pese a la situación médica que presentaba por una infección distinta al COVID-19.

A) En primer lugar, los reclamantes alegan falta de previsión de las medidas a adoptar ante una emergencia sanitaria conocida desde el 30 de enero de 2020, fecha de la declaración del Comité de Emergencia de la OMS.

En este sentido, y por lo que se refiere al periodo comprendido entre el 30 de enero y el 14 marzo de 2020 (fecha de la declaración del estado de alarma por el Real Decreto 463/2020), es público, y consta en las informaciones periodísticas de esos días, que el primer caso confirmado de COVID-19 en Castilla y León se detectó el 27 de febrero en Segovia (cuando en España el total de casos registrados era inferior a 20), que el primer caso registrado en [la ciudad] se confirmó el 2 de marzo siguiente, y que la Organización Mundial de la Salud declaró el coronavirus como pandemia el 11 de marzo de 2020.

Como se ha expuesto, el 5 de marzo el Ministerio de Sanidad publicó el documento técnico «Recomendaciones a residencias de mayores y centros sociosanitarios para el COVID-19». Según se exponía en el apartado relativo a su «Justificación», tales recomendaciones «de prevención y control de la infección se basan en el escenario actual en el que se desarrolla la infección por SARS-CoV-2 y en la última información disponible». Es decir, se realizan conforme a los conocimientos de la ciencia que en ese momento existían sobre la enfermedad.

En el periodo referido no se habían aprobado normas o disposiciones de obligado cumplimiento relativas al COVID-19, más allá de las recomendaciones citadas. En cualquier caso, en el ámbito de nuestra Comunidad cabe destacar:

- Los Gerentes Territoriales de Servicios Sociales comunicaron por escrito a los directores y directoras de las residencias de mayores y otros centros sociosanitarios

el documento técnico del Ministerio de Sanidad, versión de 5 de marzo anterior, de «Recomendaciones a residencias de mayores y centros sociosanitarios», y otras medidas sobre cierre de centros, prohibición de visitas, carteles informativos, y presencia en los centros de valoradores de dependencia. (Los reclamantes han aportado la comunicación de 10 de marzo de 2020 realizada por la Gerente Territorial de Servicios Sociales de Valladolid, e indican que se «supone que se haría en todas las gerencias»).

- La Orden SAN/295/2020, de 11 de marzo, adoptó un primer grupo de medidas preventivas y recomendaciones ante la nueva situación de crisis sanitaria, en la que se incluyen restricciones a visitas en las residencias.

- La Orden SAN/300/2020, de 12 de marzo, amplía las medidas preventivas en relación con el COVID-19 para toda la población y el territorio de la Comunidad de Castilla y León. Se restringen las visitas en residencias de personas mayores públicas y privadas a un visitante al día por residente y con una duración máxima de una hora, salvo circunstancias individuales en las que fuesen de aplicación medidas adicionales de cuidados y humanización.

- La Orden SAN/306/2020, de 13 de marzo, amplía las medidas preventivas en relación con el COVID-19 para toda la población y el territorio de la Comunidad de Castilla y León. Se suspenden las visitas en los centros residenciales de personas mayores públicos y privados, salvo circunstancias individuales en las que fuesen de aplicación medidas adicionales de cuidados y humanización, adoptadas por la dirección del centro. Asimismo, se suspenden las salidas de los residentes al exterior.

Es el 14 de marzo de 2020, con la declaración del estado de alarma, cuando comienzan a aprobarse por el Gobierno medidas de obligado cumplimiento. Y en este punto deben reiterarse las consideraciones realizadas anteriormente, en el sentido de que al Ministro de Sanidad, como autoridad competente de acuerdo con el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, le correspondía prever y adoptar las medidas pertinentes durante la vigencia del estado de alarma. Por lo que la Comunidad de Castilla y León debía limitarse a cumplir y desarrollar las medidas acordadas por aquel, sin que se le pueda atribuir responsabilidad por dichas medidas.

En ese sentido, entre el 14 de marzo y el 6 de abril de 2020, fecha en la que fallece la madre de los reclamantes, cabe destacar las siguientes actuaciones en nuestra Comunidad:

- El 17 de marzo de 2020 se aprueba una Guía de Actuación para los centros dependientes de la Gerencia de Servicios Sociales en relación con el COVID-19, y entre ellos los centros residenciales de personas mayores. Guía que fue actualizada el 26 de marzo siguiente.

- El 18 de marzo de 2020 la Dirección General de Planificación y Asistencia Sanitaria aprueba unas Recomendaciones generales para residencias de carácter social en relación con la pandemia de coronavirus, con medidas de cierre a visitas, restricción de movimientos de residentes con síntomas, valoración médica telefónica y presencial de los mismos, pruebas y seguimiento, entre otras.

- El 23 de marzo de 2020 las Gerencias de Salud y de Servicios Sociales de Castilla y León aprueban una serie de medidas generales para contener el impacto de la crisis del COVID-19 en las residencias de carácter social. Entre ellas, se preveía la formación en las residencias de equipos asistenciales formados fundamentalmente por

los profesionales de los centros junto a los de los equipos de Atención Primaria de referencia, para valorar médicamente y asistir a los residentes sin necesidad de movilizarlos o derivarlos al hospital. Esas medidas serían actualizadas más tarde el 16 de abril de 2020.

- La Resolución de la Dirección General de Salud Pública de 1 de abril de 2020 autoriza el traslado de usuarios de residencias de personas mayores asintomáticas a domicilios de familiares.

- El 6 de abril de 2020 se aprueba el procedimiento para la reubicación temporal de personas dependientes que ingresan en el hospital con COVID-19 y otras prioridades sociales.

En consideración a lo anterior, este Consejo considera que todo lo expuesto permite razonablemente excluir el primer motivo de responsabilidad alegado por los reclamantes respecto de la Administración autonómica: a raíz de las Recomendaciones hechas por el Ministerio de Sanidad el 5 de marzo, y de declararse oficialmente la pandemia por la OMS el 11 de marzo siguiente, queda acreditado que la Administración autonómica adoptó una serie de medidas de prevención y de respuesta frente a la emergencia sanitaria, que deben ser valoradas en el extraordinario contexto de desconocimiento e incertidumbre en el que estaba produciendo el rápido agravamiento de la situación sanitaria general, y en particular la de las residencias de mayores. A partir de la declaración del estado de alarma por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, la Administración autonómica siguió adoptando medidas, pero ya en observancia y desarrollo de las normas de obligado cumplimiento acordadas por el Gobierno de la Nación, que era la autoridad competente para ello, y por tanto responsable directa del resultado de las medidas tomadas.

Finalmente, no cabe obviar que la residencia en la que estaba ingresada la Sra. (…) era un centro privado, sujeto a las normas que le eran aplicables como tal, y no consta en el expediente incumplimiento alguno de sus obligaciones, como centro residencial, antes de la declaración del estado de alarma, que precisara la adopción de medidas por la Administración autonómica. Ello no obsta para señalar que habría sido de interés incorporar al expediente las normas internas del centro residencial sobre la atención sanitaria de los residentes, así como las cláusulas del contrato que formalizaba la residencia sobre este extremo.

B) En segundo lugar, los reclamantes alegan falta de vigilancia, por parte de la Administración autonómica, del cumplimiento de las obligaciones exigibles a la residencia y de las condiciones de los residentes, tras la alerta sanitaria.

Como se ha expuesto, las sucesivas normas y disposiciones delimitaban el marco de actuación de las comunidades autónomas durante la vigencia del estado de alarma. En concreto, la Orden SND/265/2020, de 19 de marzo, de adopción de medidas relativas a las residencias de personas mayores y centros socio-sanitarios, ante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (publicada en el BOE de 21 de marzo), estableció medidas de carácter fundamentalmente organizativo, entre ellas algunas relativas a la ubicación y aislamiento de pacientes COVID.

Consta en el expediente que el 31 de marzo de 2020 la Gerente Territorial de Servicios Sociales y la trabajadora social efectuaron una visita a la residencia (…), y constataron «la grave situación en la que se encuentra el centro, tanto por el alto número

de casos de Covid-19, como de posibles contagios debido a que no se han adoptado las medidas de clasificación aislamiento de los residentes, tal como establece la Orden 265/2020, de 19 de marzo, y (…) la manifiesta incapacidad del actual equipo directivo para gestionar el centro, y proteger la salud y garantizar la adecuada atención de sus residentes». Por ello, en esa misma fecha propusieron «El traslado de 30 residentes asintomáticos [entre ellos, de Dña. (…)] a la residencia (…), donde pueden ser atendidos con garantías y que permita, asimismo rebajar la carga asistencial de este centro, de manera que, con los medios de los que dispone en actualidad, pueda cubrir las necesidades de atención de los que residentes que permanezcan el centro». Igualmente, propusieron nombrar a un funcionario público como director del centro. Tales medidas se acordaron el 1 de abril de 2020.

Esta actuación de la Administración autonómica, que debe ser valorada en el contexto de la difícil situación existente tras la declaración del estado de alarma, permitió inspeccionar en plena pandemia el funcionamiento y situación en que se encontraba la residencia en relación con las normas y recomendaciones adoptadas por la autoridad competente y, a la vista de ello, proponer y adoptar inmediatamente las medidas de intervención que se consideraron precisas, entre ellas, como queda dicho, el nombramiento de una nueva dirección y el traslado de los residentes asintomáticos a otra residencia.

En consecuencia, este Consejo considera que esta actuación sobre la residencia (…) no permite apreciar el incumplimiento de las obligaciones o la falta de vigilancia por parte de la Administración autonómica que alegan los reclamantes como motivo de su reclamación.

Tampoco cabe acoger la alegación, formulada en el trámite de audiencia (escrito de alegaciones de 10 de enero de 2022), de que el Juzgado no ratificó la medida de traslado de residentes y que la Administración autonómica desobedeció dicha resolución judicial. Como ya se ha expuesto en los antecedentes de hecho, el Auto de 6 de abril de 2020, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 de Valladolid, rechazó la autorización solicitada para que los residentes asintomáticos pudieran ser llevados por sus familiares a sus domicilios, por no ser la misma necesaria al requerirse la aceptación expresa de los interesados. Pero aquel Auto, en contra de lo afirmado por los reclamantes, no contiene pronunciamiento alguno sobre el traslado de los residentes a otras residencias, en este caso la (…), sobre todo cuando el fin perseguido con ello era salvaguardar la salud de los residentes no contagiados que se trasladaban, y facilitar con ello la atención a los restantes residentes que sí tenían COVID y debían permanecer en su centro. Por ello, tal alegación debe rechazarse.

C) Y en tercer lugar, los reclamantes alegan que la asistencia médica prestada en la residencia a Dña. (…) con motivo de la infección que padecía no fue adecuada, que el desplazamiento a otra residencia agravó su cuadro, y que la falta de derivación a un hospital, pese a la situación médica que presentaba por una infección distinta al COVID-19, impidió dispensarle un tratamiento que habría permitido su recuperación.

Hacen por tanto un reproche general a la atención sanitaria recibida por su madre, relacionada en concreto, no con el COVID, sino con las infecciones urinarias que, según indican, aquella sufrió y que realmente serían, a su juicio, las determinantes de su muerte por una insuficiencia respiratoria aguda. Una exigencia de responsabilidad

sanitaria que, a criterio de este Consejo, es la que debería haber estado en el centro de la reclamación y del procedimiento.

Al tratarse del reproche de una actuación médica, debe recordarse que, con carácter general, en el ámbito de la responsabilidad sanitaria el parámetro que permite apreciar el grado de corrección de la actuación sanitaria a la que se imputa el daño viene determinado por el criterio de la *lex artis*. La teoría de la *lex artis ad hoc* en la actuación médica parte de considerar que la obligación del médico o de los servicios sanitarios es una obligación de medios en tanto que no es posible asegurar la salud en términos absolutos. De ahí que la Administración Sanitaria y sus agentes estén obligados a poner a disposición del usuario todos los medios disponibles que hagan posible la protección de la salud, protección que no siempre alcanza un diagnóstico cierto rápido, una curación sin secuelas o una atención sanitaria en un determinado tiempo y sin espera. El paciente tiene derecho a que se le dispense una atención adecuada, según la *lex artis ad hoc*, y no a obtener un resultado curativo determinado, toda vez que la medicina no es una ciencia exacta; la *lex artis ad hoc* abarca no sólo intervenciones quirúrgicas, sino también tratamientos no quirúrgicos y de diagnóstico.

Por tanto, según el criterio de la *lex artis ad hoc*, sólo existirá responsabilidad cuando se infrinjan los parámetros que constituyen dicho criterio, que está, pues, en relación con el elemento de la antijuridicidad, de modo que existe obligación de soportar el daño –por no ser este antijurídico- cuando la conducta del médico que ha tratado al paciente ha sido adecuada a la *lex artis*, mientras que, en caso contrario, cuando la actuación del médico ha sido contraria a la *lex artis*, la obligación de reparar recae sobre la Administración.

Quiere con ello decirse que incluso en aquellos supuestos en los que pudiera producirse un error de diagnóstico, de tal circunstancia no cabe derivar automáticamente la responsabilidad patrimonial de la Administración, toda vez que pueden producirse situaciones en las que, la evolución silente de la dolencia u otras circunstancias, hayan impedido acertar con el diagnóstico, a pesar de la correcta actuación seguida a tal fin por los servicios sanitarios.

Finalmente, debe mencionarse la reiterada jurisprudencia (recogida, entre otras, por la Sentencia de 21 de mayo de 2018, de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, que alude a las Sentencias del Tribunal Supremo 15 de enero y 1 de febrero de 2008, y a otras anteriores como las de 7 y 20 de marzo, 12 de julio y 10 de octubre de 2007), según la cual «a la Administración no es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente».

Sobre la base de lo anterior, y para valorar el conjunto de la atención sanitaria recibida por Dña. (…) en el periodo de tiempo al que se refiere la reclamación, deben considerarse las alegaciones formuladas, los documentos aportados, las pruebas practicadas y los informes emitidos al respecto durante este procedimiento.

El historial médico disponible en el expediente es muy escaso y limitado, bien porque pudiera no estar completo (los reclamantes han venido insistiendo en la

incorporación de «todo» ese historial, sin que en ningún momento la Administración haya asegurado formalmente que este no existe), bien más probablemente porque la mayor parte de la asistencia sanitaria a la residente se produjo en el ámbito de su residencia privada por los profesionales de los que esta disponía.

En este sentido, y aunque consta la adscripción de la residente a uno de los médicos del Centro de Salud de (…), no queda acreditada ninguna actuación del mismo durante el mes de febrero y finales del mes de marzo de 2020, cuando, según afirman los reclamantes, su madre sufrió sendas infecciones de orina, por lo que cabe deducir que las mismas fueron tratadas en el propio centro residencial, que, como se ha repetido, tiene carácter privado.

Con su escrito inicial, los reclamantes aportan (doc. nº 18) una serie de «Informes médicos relativos al proceso asistencial que acreditan los hechos que se exponen en el presente escrito». Dentro de ellos, y además de un informe clínico de consulta externa del Servicio de Neurología del Hospital (…) y unos resultados analíticos del Centro de Salud de (…), ambos de octubre de 2016, figuran un conjunto de hojas manuscritas y otros documentos, cuyo origen es la residencia (…), donde constan los antecedentes clínicos personales de la paciente (en cuatro folios abiertos el 7 de agosto de 2019 y cerrados el 3 de abril de 2020, fechas de llegada y salida de la residencia), así como su valoración funcional y tratamiento farmacológico.

Entre esa documentación aparece también un informe médico del doctor colegiado con ejercicio profesional en la residencia (…), de fecha 3 de abril de 2020, en el que indica expresamente que «En el momento actual (la Sra. (…)) no padece ninguno de estos síntomas: fiebre, tos, cefalea, mialgias, malestar general, disnea, dolor costal, vómitos, ni diarreas, síntomas compatibles con Covid-19. El paciente ha podido estar en contacto con algún caso positivo. Día 27 marzo resultado prueba Covid-19 negativo».

Por último, esa documentación aportada por los reclamantes se cierra con un «Informe servicio médico residencial (…)», suscrito por los dos facultativos de ese centro, relativo al ingreso de la Sra. (…) en dicha residencia el 3 de abril de 2020, a la apertura de historia clínica con la documentación recibida de la residencia de origen (a la que acaba de hacerse referencia en los dos párrafos anteriores), al tratamiento y evolución de la paciente durante los días 4 y 5 de abril, y finalmente a las circunstancias de su fallecimiento en la madrugada del día 6 de abril.

Para completar cuanto antecede, hay que considerar también el informe emitido en relación con la presente reclamación, de 19 de octubre de 2021, por el Coordinador del Centro de Salud de (…), como médico responsable del equipo de residencias del Centro, en el que manifiesta que colaboró con el médico de la Residencia (…) en relación con el COVID-19 (en este sentido, véanse las Medidas sobre equipos asistenciales conjuntos aprobadas el 23 de marzo de 2020), y adjunta un «resumen cronológico» de las actuaciones médicas realizadas desde el Centro de Salud entre el 24 de marzo y el 5 de abril de 2020. En relación con ello, indica que:

«Aunque no se especifica cuáles son las valoraciones presenciales y cuáles telefónicas, puedo asegurar y se puede confirmar con el personal de dicha Residencia, que acudí a valorar de forma presencial no solo a Doña (…) sino a todos los pacientes cuando se requirió mi presencia. Además de acudir de forma presencial cuando yo lo considere a criterio particular.

Mi seguimiento y mi contacto con dicha Residencia fue diario, hasta el punto de estar en contacto telefónico en horario no laboral, incluso en festivos.

Por lo tanto, puedo asegurar que mi atención y mi supervisión fue la adecuada hasta que la paciente se recuperó, momento en el que dejé de supervisar a dicha paciente. Tal y como deja escrito mi compañera el día 31 de marzo la paciente se encontraba mejor.

La decisión de derivar a la Residencia (…) fue tomada por el médico responsable de dicha Residencia. Entiendo que si el 31 de marzo la paciente comenzó su mejoría y el 3 de Abril se decidió derivar, es porque su evolución continuo siendo favorable».

En idéntico sentido, el informe del mismo facultativo, emitido el 29 de abril de 2020, a petición de los familiares de la fallecida, señala que «Ante la nueva situación epidemiológica, desde el primer momento en el Centro de Salud de (…) se comenzó a colaborar con todas las residencias de (…). Posteriormente, la Gerencia de Atención Primaria de xxx3, en la primera modificación del plan de contingencia, añadió en el trabajo por equipos de los centros de salud, un equipo de Residencias para que hiciéramos seguimiento y apoyo a las residencias».

Afirma a continuación el Coordinador que él mismo se encargó de «colaborar con el médico de la residencia hhh1.

En el seguimiento de la evolución de Doña (…), ante la sospecha de enfermedad por coronavirus se procedió al aislamiento, notificación como enfermedad de declaración obligatoria y aplicación del protocolo establecido por la Junta de Castilla y León.

Durante su evolución presentó además de febrícula, episodios puntuales de bajada de saturación de oxígeno mejorando con el tratamiento recomendado en los protocolos de tratamiento. En su seguimiento, en ningún momento se planteó la posibilidad de derivación para ingreso hospitalario por las siguientes razones:

Buen estado general dentro de su situación basal.

Mejoría con tratamiento y ausencia de gravedad y de criterios de ingreso.

En ningún momento hizo falta plantearse hacer uso de los protocolos con los criterios de exclusión específicos para la actual pandemia covid-19.

A Dña. (…) se le aplicaron los tratamientos adecuados a su enfermedad. La evolución fue muy favorable y por eso se permitió la derivación a otra Residencia».

El objeto de este Dictamen no es el de valorar las características y debilidades del actual modelo de asistencia médica en los centros residenciales de la Comunidad, públicos y privados, y la necesidad evidenciada por la gravísima crisis sanitaria sufrida de reforzarlo a través de unas mejores condiciones y medios en los propios centros, y de una más adecuada coordinación con el Sistema de Salud, especialmente en el nivel de la atención primaria. Puede consultarse al respecto, entre otros documentos, la Resolución del Procurador del Común de Castilla y León de 13 de noviembre de 2020, sobre medidas de prevención y respuesta, y entre ellas de atención sanitaria, a la crisis COVID-19 en el ámbito de las residencias de mayores, así como muchas de las

aportaciones realizadas al proceso público de elaboración en nuestra Comunidad de un anteproyecto de ley de atención residencial.

El presente Dictamen debe centrase en el supuesto específicamente planteado en la reclamación formulada, y muy concretamente en la actuación de los profesionales del Sistema Público de Salud, cuyo mal funcionamiento en su caso es el que podría abrir la puerta a la responsabilidad patrimonial de la Administración que se pretende.

Y este sentido, puede considerarse acreditado que durante febrero y buena parte de marzo de 2020 la Sra. (…) recibió asistencia médica de forma exclusiva por los servicios médicos de la residencia (…), sin que haya sido alegado ni probado que dicho centro o los familiares de la residente requirieran en ese tiempo ninguna actuación del Servicio Público de Salud, y más en concreto por el Centro de Salud de (…).

A la vista de los informes antes relacionados, parece que, por lo que se refiere a la intervención del Coordinador del Centro de Salud de referencia a partir del 24 de marzo, la residente fue debidamente tratada de la patología que presentaba, y que la mejora de su situación general los días previos y el del traslado (sin fiebre y con buen estado general) permitían (y aconsejaban, vista la situación del centro residencial en el que se encontraba) el traslado a otra residencia sin riesgo para su salud, dentro de la debilidad provocada por las infecciones que había sufrido. Traslado además cuya aceptación, que figura en la historia médica que se adjunta a la reclamación, no ha sido impugnada por los familiares.

Ciñéndonos al periodo en que ha quedado acreditada la intervención asistencial de los profesionales del Centro de Salud de (…), que como se ha dicho es la que permite valorar y medir la responsabilidad de la Administración que se reclama, la documentación sanitaria facilitada por la residencia (…) y los informes del Coordinador del Centro de Salud de (…) (que forman parte del ya citado doc. nº 18 de la reclamación) ponen de manifiesto que Dña. (…) estuvo adecuadamente controlada médicamente entre el 24 de marzo de 2020, fecha en que comienza la colaboración/supervisión de dicho Coordinador, y el 3 de abril siguiente, momento en el que es trasladada a la nueva residencia. Y así constan apuntes y datos sobre control de temperatura, saturación y otros síntomas, estado general y capacidad respiratoria, oxigenoterapia, pautas de la medicación administrada, e incluso realización de la prueba COVID-19, con resultado negativo. También se argumentan en dichos documentos las razones médicas por la que «en ningún momento» se hizo necesario plantear la aplicación de los «protocolos de exclusión» relacionados con la pandemia, ni tampoco »la posibilidad de derivación para ingreso hospitalario».

Los reclamantes no han aportado informes médicos o documentos que enerven las consideraciones y conclusiones recogidas en los informes emitidos y aportados por ellos en su propia reclamación. Tampoco han llegado a aportar el informe médico pericial que citaban en su escrito de alegaciones de 10 de enero de 2022. De esta manera, ante la ausencia de otras informaciones, datos o pruebas que permitan alcanzar otra conclusión, este Consejo considera que los documentos expuestos permiten entender que, al menos en lo que se refiere a la participación de los profesionales del Sistema Público de Salud, y dentro de las gravísimas circunstancias que en ese momento se vivían, la atención y el seguimiento de la paciente se ajustó a la *lex artis*. Y que la decisión del traslado a otra residencia estaba avalada por la mejoría de la residente, respecto de una patología que no era COVID-19, y solo buscaba la mejor solución

posible para su estado, en el marco de la mejor solución posible para el conjunto de los residentes.

Así se deduce de los folios 155 y 156 del expediente (el repetido doc. nº 18 aportado en la reclamación). En concreto, en el folio 156 consta que el 31 de marzo y el 1, el 2 y el 3 de abril de 2020 la paciente no tenía fiebre y que el 31 de marzo y el 2 de abril presentaba buen estado general y buena saturación, sin precisar oxigenoterapia. En dicho documento se hace referencia expresa al traslado de la paciente, en los siguientes términos: «1/4/20 (…) La gerencia de asuntos sociales le da la doble opción a familiares de hacer un traslado a su domicilio al dar negativa la prueba de COVID-19 a una residencia (…). La familia decide traslado a residencia (…) de xxx2, ante la imposibilidad que sus familiares le puedan proporcionar los cuidados y atención sanitaria que precisa. Además, sus dos hijos son personas de riesgo».

Por su parte, el informe del servicio médico de la residencia (…), ya mencionado, describe las actuaciones que se realizaron al ingreso de la nueva residente, la valoración inicial que los profesionales hicieron de su situación, las pautas de alimentación asignadas, y los especiales controles de constantes, temperatura, saturación y vigilancia de síntomas que se llevaron a cabo los días 3, 4 y 5 de abril de 2020.

Dicho informe médico corrobora que la paciente ingresó en ese centro sin fiebre el 3 de abril. Expone que «Debido a la procedencia de un centro con posible contacto con Covid positivos, de lo que informa el Dr. (…) en su informe, se decide incluirla a ella junto con el resto de residentes de la misma procedencia en el grupo de control de tomas de temperatura, saturación de oxígeno y vigilancia de síntomas.

En los días siguientes, 4 y 5 de abril, la evolución clínica de la paciente, constatada con el control de constantes, son los siguientes: permanece apirética y con saturaciones en torno al 97-98 %, ambas tomas realizadas dos veces al día (mañana y tarde) y también se observa que realiza ingestas completas el día 4 y algo escasa el día 5.

En la noche del día 5 en una de las rondas de control se observa dificultad respiratoria, se procede a la toma de saturación de oxígeno con resultado de 82 %, a lo que se procede inmediatamente a la administración de oxígeno mediante concentrador. Según refiere el personal de noche remonta hasta un valor de 90 % quedando más tranquila y con menos fatiga respiratoria, constatándola ella misma. El personal regresa al poco tiempo para comprobar su estado y ven que se ha producido el éxitus. No pudiéndose hacer otra acción más que avisar al SUAP para diagnóstico y certificación del mismo».

Producido el fallecimiento el 6 de abril de 2020, consta en el expediente (folio 216) un escrito del Coordinador del Centro de Salud (…), en el que informa que en aquel momento aún no se había tramitado la asignación de médico de dicho Centro a Dña. (…), al haberse realizado el traslado de residencia el día 3 anterior.

A la vista de todo lo anteriormente expuesto, y desde la perspectiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica, este Consejo considera que la asistencia prestada a Dña. (…) por los servicios sociales y sanitarios de la Comunidad, dentro de las graves circunstancias del momento y de sus innegables limitaciones, no puede ser calificada como negligente o incorrecta.

Pese al desconocimiento e incertidumbre inicial, la Administración autonómica comenzó a adoptar medidas de prevención y de respuesta frente a la emergencia sanitaria en el ámbito de las residencias de personas mayores desde momento de la declaración oficial de la pandemia, y aún antes cuando el Ministerio de Sanidad hace públicas sus primeras recomendaciones al efecto. Más tarde, ajustó sus actuaciones a las normas y disposiciones aprobadas por el Gobierno de la Nación y por el Ministerio de Sanidad durante la vigencia del estado de alarma (como autoridades competentes y en su caso responsables directas por los efectos de las mismas). Respecto a la residencia privada (…), la Administración autonómica desarrolló, también bajo la vigencia del estado de alarma, las oportunas funciones de inspección y valoración de la situación de desbordamiento a la que había llegado, adoptando de manera inmediata una serie de decisiones para asegurar la continuidad de la actividad del centro, y en particular la atención a sus residentes. Finalmente, ha quedado acreditado que la asistencia sanitaria prestada por los profesionales del Servicio Público de Salud, en particular los del Centro de Salud de (…), cuando fue efectivamente requerida, y cuando se pusieron en marcha los equipos asistenciales conjuntos entre ellos y los servicios médicos propios de las residencia, fue sustancialmente acorde a la *lex artis ad hoc*, si bien no fue suficiente para evitar la insuficiencia respiratoria aguda que desgraciadamente causó el fallecimiento de la Sra. (…).

Por todo lo cual, atendidas las particulares circunstancias del caso concreto, cabe concluir que los daños reclamados no tienen la nota de antijuridicidad exigida para apreciar la responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica, y en consecuencia la reclamación debe ser desestimada.

7ª.- Por último, este Consejo Consultivo considera conveniente formular unas consideraciones finales en relación con la propuesta de resolución.

Dicha propuesta argumenta que la reclamación debe desestimarse por concurrir fuerza mayor, por no existir nexo causal entre la actuación de la Administración autonómica y el daño sufrido, y por no ser el daño antijurídico.

a) En relación con la concurrencia de fuerza mayor, señala la propuesta que «la epidemia causada por el coronavirus SARS-CoV-2 y la enfermedad asociada a este, COVID-19, así como su rápida propagación constituye un hecho jurídico que dimana de la naturaleza, sin lugar a ninguna duda, irresistible e inevitable, pues la propagación del virus, hecho determinante, es una causa extraña a la propia administración autonómica a la que ahora se reclama, dimanante de la naturaleza y que por lo mismo escapa a su control y es, en definitiva, una causa ajena a la propia organización. Es decir, mientras el virus exista irremediablemente se propagará, haciéndose hincapié en que se trata de un virus nuevo altísimamente trasmisible para el que no ha habido vacuna en España hasta finales de diciembre de 2020 y que produce una enfermedad desconocida, de riesgos y consecuencias todavía inciertos y capaz de colapsar el sistema asistencial. Desde esta perspectiva concurren los elementos necesarios para apreciar fuerza mayor, quedando exonerada de responsabilidad, por esta causa, la Administración de la Comunidad de Castilla y León».

Este Consejo, teniendo en cuenta los argumentos expuestos en el dictamen para desestimar la reclamación, no considera preciso entrar a valorar la concurrencia o no de fuerza mayor en este caso.

Ahora bien, ello no obsta para apuntar, como hace la propuesta de resolución, que en la fuerza mayor «hay determinación irresistible y exterioridad; indeterminación absolutamente irresistible, en primer lugar, es decir aun en el supuesto de que hubiera podido ser prevista; exterioridad, en segundo lugar, lo que es tanto como decir que la causa productora de la lesión ha de ser ajena al servicio y al riesgo que le es propio. En este sentido, por ejemplo, la STS de 23 de Mayo de 1986: "Aquellos hechos que, aun siendo previsibles, sean, sin embargo, inevitables, insuperables e irresistibles, siempre que la causa que los motive sea extraña e independiente del sujeto obligado"» (Sentencia de 12 diciembre 2012, de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, y las que en ella se citan).

Es por ello que, a la hora de valorar la posible concurrencia de fuerza mayor, debe distinguirse entre los daños producidos por la pandemia, en cuanto acontecimiento o hecho imprevisible e inevitable, y los daños derivados de la actuación y de las medidas adoptadas por la Administración como consecuencia de la pandemia. En este segundo caso, la Administración deberá justificar tanto la diligencia en su actuación para mitigar los daños y perjuicios derivados de la pandemia como la adecuación y proporcionalidad de las medidas adoptadas para evitar los daños, sin que, por ello, pueda exonerarse de responsabilidad invocando, sin más, la concurrencia de fuerza mayor.

En el supuesto analizado, ha de tenerse en cuenta, por un lado, que el fallecimiento no se produjo por COVID-19 sino por una infección distinta, y, por otro, que los daños reclamados se achacan a la falta de previsión e indebida actuación de la Administración autonómica durante la pandemia. Y la concurrencia de fuerza mayor, como se ha expuesto, puede invocarse en relación con la actuación de la Administración por la que se reclama.

b) En segundo lugar, la propuesta mantiene que no concurre nexo causal entre la actividad administrativa y el resultado dañoso por el que se reclama, al considerar «que los eventuales perjuicios derivan de otras causas esenciales generadoras del daño y no de la actuación administrativa». Y a tal efecto expone la consolidada doctrina existente sobre la relación de causalidad; enumera las actuaciones desarrolladas por la Administración «con el fin de aminorar los efectos de la pandemia»; describe las actuaciones realizadas en la residencia (…); y se refiere al contenido del informe «El impacto del COVID-19 en las residencias de personas mayores de Castilla y León y medidas adoptadas» de 20 de septiembre de 2020, publicado en la página web de la Junta.

Sin embargo, se echa en falta, como conclusión en la propuesta de resolución, una referencia a cuáles hayan sido esas «causas esenciales generadoras del daño» a que se alude en la misma. Por lo que se recomienda su revisión para completar este extremo en la resolución definitiva.

c) Finalmente, se argumenta que el daño sufrido no reviste la nota de antijuridicidad. Argumenta la propuesta que «Las medidas han sido adoptadas por las autoridades sanitarias competentes en el ejercicio legítimo de las facultades de intervención que tienen atribuidas y en el marco de lo ordenado por la Administración General del Estado, (…)»; y que «Han sido también adecuadas atendiendo al estado de conocimiento científico, en particular sobre las vías de transmisión, que hacía necesario intervenir en todos aquellos ámbitos en los que se realizaban actividades que implicaban

una mayor interacción social y, sobre todo si se realizaban en espacios cerrados, lo que así sucedía con los establecimientos de hostelería y restauración, entre otros, (…)».

El Consejo comparte este criterio. Como se ha expuesto en el presente Dictamen, se considera que la reclamación debe desestimarse por no revestir los daños reclamados la nota de antijuridicidad exigida para apreciar la responsabilidad de la Administración, no solo porque su actuación se ajustó a las normas, directrices y medidas adoptadas por el Gobierno, sino también porque la asistencia sanitaria prestada a la fallecida se ajustó a la *lex artis ad hoc*. En relación con esto último, la Sala Tercera del Tribunal Supremo tiene declarado que «constituye elemento esencial en materia de asistencia sanitaria, para determinar esa responsabilidad de la Administración, la apreciación del requisito legal que exige la antijuricidad del daño o, lo que es lo mismo, que el paciente objeto de asistencia sanitaria no esté obligado a soportar el daño; y ello partiendo de la base de que dicha asistencia sanitaria constituye, en esencia, una obligación por parte de la Administración de prestación de medios adecuados conforme a los estándares humanamente exigibles en función del estado de la técnica médica y que, por el contrario, se excluye toda pretensión indemnizatoria fundada en el mero hecho de haberse producido un resultado lesivo para el paciente, por cuanto que lo que cabe exigir de la Administración es la prestación de esos medios personales y técnicos en función de la situación y conocimientos de la técnica sanitaria, sin que en modo alguno pueda pretenderse que la Administración se convierta en responsable de todo daño cuando se compruebe que la asistencia recibida por el paciente fue conforme a la denominada *lex artis*». Teniendo en cuenta la documentación obrante en el expediente, así ha ocurrido en el presente caso, y la reclamación debe desestimarse.

CONCLUSIONES

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa:

Procede dictar resolución desestimatoria en el procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado a consecuencia de la reclamación presentada por D. (…) y D. (…), debido a los daños y perjuicios sufridos por el fallecimiento de su madre, Dña. (…), en una residencia de la tercera edad durante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

JURISPRUDENCIA

SENTENCIA 250/2022 DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO (SECCIÓN SEGUNDA) DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNITAT VALENCIANA, DE 30 DE MARZO DE 2022. RECURSO DE NÚM. 528/2019[1]

Extracto: *La sentencia trae causa del recurso contra el acuerdo de la Mesa de Les Corts Valencianes por el que se inadmite la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada ante la Asamblea legislativa de la Comunitat Valenciana por D. ABC, a raíz de la aprobación por el pleno de la Cámara del dictamen de una Comisión de Investigación en el que se realizaban afirmaciones sobre su actuación profesional que el Tribunal Constitucional consideró que vulneraban el derecho al honor el recurrente en la Sentencia 133/2018.*

La Sala considera que no procede la reclamación ante la cámara parlamentaria sino ante el Gobierno Valenciano, que ostenta la potestad ejecutiva y dirige la administración que se encuentra bajo la autoridad de la Generalitat.

[…]

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de la parte actora, según su escrito de interposición del recurso, se impugna la resolución de 24/septiembre/2019 de la Mesa de las Cortes Valencianas que inadmite y desestima la reclamación por responsabilidad patrimonial presentada el 25/julio/2019, por la que se solicitó que se reconociera la responsabilidad de las Cortes Valencianas en los daños morales y económicos producidos al Sr. ABC, al declararlo indebidamente responsable del accidente de la Línea 1 de Metrovalencia ocurrido el 03/julio/2016, en las Conclusiones del Dictamen de la Comisión Especial de Investigación creada al efecto, y vulnerar con ello su derecho al honor, y que se le indemnizara con la cantidad de 10.000 € en concepto de daños morales y otros 2.798,31 € por los gastos económicos por haber tenido que acudir en amparo al Tribunal Constitucional y obtener la nulidad de las conclusiones de dicha Comisión de Investigación del accidente de Metrovalencia.

SEGUNDO.- Acordada la incoación de los presentes autos, se les dio el cauce procesal previsto en la Ley jurisdiccional, habiendo despachado las partes, en momento oportuno y por su orden, los trámites de demanda y contestación, en cuyos escritos, en virtud de los hechos y fundamentos de derecho que constan en los mismos, suplicaron, respectivamente, la anulación del acto impugnado y la desestimación del recurso, en los términos que estimaron convenientes a sus derechos.

Ponente: Ilma. Sra. D.ª Ana María Pérez Tórtola.
Roj: STSJ CV 2418/2022 - ECLI:ES:TSJCV:2022:2418[1]

En concreto en la demanda solicita la anulación del acto recurrido, que se declare la contrariedad a Derecho de la resolución de 24/septiembre/2019 de la Mesa de las Cortes Valencianas y que se anule; y que se declare la responsabilidad patrimonial de las Cortes Valencianas y en consecuencia se reconozca como situación jurídica individualizada el derecho del Sr. ABC a ser indemnizado por dichas Cortes Valencianas en la cantidad de 10.000 € en concepto de daños morales y otros 2.796,31 € por los gastos económicos generados por haber tenido que acudir en amparo al Tribunal Constitucional y obtener la nulidad delas conclusiones de la Comisión de Investigación del accidente de Metrovalencia de 03/julio/2006, con los correspondientes intereses legales desde la fecha de la reclamación administrativa; con imposición de costas a la demandada.

En la contestación se pide que se declare la inadmisibilidad del recurso por falta de competencia y alternativamente que se confirme la legalidad del acto impugnado con pronunciamiento sobre costas.

[…]

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Tal como se deduce de los antecedentes de la presente resolución, el objeto del presente recurso es la impugnación de la resolución de 24/septiembre/2019 de la Mesa de las Cortes Valencianas que inadmitela reclamación por responsabilidad patrimonial presentada el 25/julio/2019, por la que se solicitó que se reconociera la responsabilidad de las Cortes Valencianas en los daños morales y económicos producidos al Sr. ABC, al declararlo indebidamente responsable del accidente de la Línea 1 de Metrovalencia ocurrido el 03/julio/2016, en las Conclusiones del Dictamen de la Comisión Especial de Investigación creada al efecto, y vulnerar con ello su derecho al honor, y que se le indemnizara con la cantidad de 10.000 € en concepto de daños morales y otros 2.798,31 € por los gastos económicos por haber tenido que acudir en amparo al Tribunal Constitucional y obtener la nulidad de las conclusiones de dicha Comisión de Investigación del accidente de Metrovalencia.

El contenido de la resolución recurrida de la Mesa de las Cortes se pronuncia sobre la reclamación del Sr. ABC diciendo que “es imposible atender” la petición que se formula dado que no le corresponde cuantificar reclamaciones por daños morales y económicos consecuencia de sentencias del TC; y añade que “deberá ser el órgano jurisdiccional correspondiente el que, en ejecución de Sentencia, determine la cuantía que eventualmente pudiera establecerse como indemnización, siempre teniendo en cuenta que no existe precedente de Sentencia del Alto Tribunal que conlleve una sanción de carácter económico para la Institución Parlamentaria”.

Dado el fundamento básico de la pretensión aquí esgrimida, es oportuno reproducir parte de la STC, 133/2018, de 13/diciembre:

Recordamos con el fundamento 1º de la STC 133/2018, que a través de la demanda de amparo se impugnaban «las conclusiones del dictamen de la comisión especial de investigación de las Cortes Valencianas, aprobadas en sesión de 5 de julio de 2016, sobre el accidente de la línea 1 de Metrovalencia ocurrido el 3 de julio de 2006,

en cuanto en ellas se declara al recurrente responsable de dicho accidente, entre otras personas, en el ámbito dela empresa pública FGV (Ferrocarriles de la Generalitat Valenciana), de la que entonces era director de recursos humanos, "por falta de cumplimiento de la Ley de prevención de riesgos laborales" y la resolución/comunicación del Presidente de la Cámara de 12 de julio de 2017, en la que se le informó de las conclusiones de la comisión de investigación en los concretos términos que le afectaban, así como de que podía solicitar la documentación e información que considerase de interés generada por la citada comisión.»

Su fallo:

«*Estimar el recurso de amparo interpuesto por don ABC y, en su virtud:*

1º. Declarar vulnerado su derecho fundamental al honor (art. 18.1 CE).

2º. Restablecerle en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad exclusivamente de la conclusión referida al demandante de amparo contenida en el apartado IX conclusiones de la resolución de las Cortes Valencianas 289/IX, de 13 de julio, "sobre la aprobación del dictamen de la comisión especial de investigación sobre el accidente de la línea 1 de Metrovalencia ocurrido el 3 de julio de 2006".

Y parte del fundamento 9º, según el cual la vulneración del derecho al honor se habría producido por atribuir al ahora recurrente "falta de cumplimiento de la Ley de prevención de riesgos laborales" y se describe diciendo " Una imputación en los términos aseverativos que se formula como la que se recoge en la conclusión de la actividad investigadora parlamentaria recurrida en amparo excede, por las razones ya expuestas en el fundamento jurídico precedente, del ámbito propio de una actividad de ese tipo, pues a las Cámaras no les corresponde declarar la existencia de conductas punibles y la determinación de su autoría.»

Y añade:

«*Desde la perspectiva constitucional que ahora nos ocupa, lo relevante, sin embargo, no es esa extralimitación de la Cámara en el ejercicio de su actividad investigadora, sino que la conclusión aprobada en la que se viene a imputar al recurrente la autoría de ilícitos bien administrativos bien penales resulta lesiva de su derecho al honor (art. 18.1 CE). Derecho que se ve afrentado a no dudarlo cuando, sin intervención de los órganos constitucionalmente competentes y a través de los procedimientos legalmente previstos, un poder público atribuye a una persona conductas merecedoras del máximo reproche social, pues este derecho fundamental ampara la buena reputación de una persona "protegiéndola frente a expresiones o mensajes que la hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o sean tenidas en el concepto público por afrentosas" (STC 14/2003, FJ 3). No cabe duda que tal calificación merece la imputación a ciudadanos identificados de conductas punibles, trátese de infracciones administrativas (STC 266/2005, de 24 de octubre, FJ 5), de irregularidades (STC 68/2008, FF JJ 4 a 6, y 272/2006, de 25 de septiembre, FJ 9) o de ilícitos penales [SSTC 219/1992, de 3 de diciembre, FJ 5; 47/2002, de 25 de febrero, FJ 4; 1/2005, de 17 de enero, FJ 7, y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 4 c)], máxime cuando el autor de aquella imputación es un poder público (STC 178/1993, de 31 de mayo, FJ 5; ATC 19/1993, de 21 de enero) y está relacionada, como ocurre en este caso, con un acontecimiento de la desgraciada gravedad y de la indudable repercusión social que ha tenido el accidente de la línea 1 de Metrovalencia*

ocurrido el 3 de julio de 2006. Es evidente que la atribución al recurrente de la conducta ilícita que se describe en la conclusión impugnada puede hacerle desmerecer en su respeto y consideración social, quedando de facto sometido a cierto riesgo de estigmatización [STC127/2009, FJ 4 c)].

La afrenta padecida en este caso por el demandante resulta aún más intensa dada la directa conexión que presenta la imputación que se le hace con su actividad profesional en el momento de producirse el accidente, en el que desempeñaba la dirección de recursos humanos en la empresa pública FGV, correspondiéndole entre otros cometidos la prevención de riesgos laborales. El derecho al honor, como tiene declarado este Tribunal, también protege la probidad en la actuación profesional o laboral, que 'suele ser una de las formas más destacadas de manifestación externa de la personalidad y de la relación del individuo con el resto de la colectividad' (STC 216/2013, FJ 5). De forma que puede afirmarse que la descalificación profesional o laboral, como lo es sin duda, en este caso, la atribución de conductas ilícitas en el ámbito en el que uno desarrolla con elevado nivel de responsabilidad su actividad profesional con ocasión de un accidente de la gravedad e incidencia social del investigado, "tiene un especial e intenso efecto sobre ... aquella relación y sobre lo que los demás puedan pensar de una persona, repercutiendo tanto en los resultados patrimoniales de su actividad como en la imagen personal que de ella se tenga" (STC 180/1999, FJ 5; doctrina que reproduce, entre otras, la STC 216/2013, FJ 5).

En definitiva, las Cortes Valencianas, al aprobar en el ejercicio de sus facultades indagatorias la conclusión en la que declaran al demandante de amparo, entre otras personas, responsable del accidente objeto de investigación en el ámbito de la empresa pública FGV "por falta de cumplimiento de la Ley de prevención de riesgos laborales", no han respetado su derecho a recibir la consideración y trato de no autor o no partícipe en conductas ilícitas y, en consecuencia, han lesionado, por las razones expuestas, su derecho fundamental al honor (art. 18.1 CE).»

SEGUNDO.- Del escrito de la demanda se deduce que los fundamentos de su pretensión son los siguientes:

A) "Hechos":

1º La sentencia 133/2018, de 13 de diciembre, del Tribunal Constitucional, estimó el recurso de amparo interpuesto por el Sr. ABC, declarando que las Cortes Valencianas habían vulnerado su derecho fundamental al honor previsto en el art.18.1 de la Constitución Española al declararlo indebidamente como responsable del accidente de la línea 1 de Metrovalencia ocurrido el día 03/julio/2006 en las conclusiones del dictamen de la Comisión Especial de investigación de las Cortes Valencianas aprobadas en sesión de 05/julio/2016. En concreto se declaró la nulidad de la conclusión referida en el apartado IX de las conclusiones.

2º. Con base en esa vulneración del derecho fundamental y la nulidad declarada por parte del Tribunal Constitucional y de que esa declaración de responsabilidad en un suceso tan trágico y grave como aquel accidente y la publicidad que a la misma se dio, se había afectado a su honor, a su dignidad, y en consecuencia su reputación social y profesional se le generaron unos evidentes daños morales, fruto de la situación de zozobra, angustia, humillación, ansiedad y estrés que tal injusticia le generó y que no tenía obligación de soportar. Además, aquella declaración le acabó generando un coste económico por los gastos acometidos para acudir al amparo constitucional para obtener

esa nulidad. Por ello, presentó la reclamación por responsabilidad patrimonial (folios 2 al 24) dictándosela resolución que es objeto directo de la impugnación sobre la base del informe que se emitió por la Letrada Mayor de las Cortes.

B) En los fundamentos de Derecho se aduce en síntesis:

1º. Aunque en lo razonado por la Mesa de las Cortes, con base en el informe jurídico previo de la Letrada Mayor de 11/septiembre/2019 (folios 27 a 41), se dice que Las Cortes no disponen ni en la normativa interna ni en la general de un procedimiento de responsabilidad patrimonial para reconocer la obligación de indemnizar al reclamante por el daño derivado de un acto parlamentario no normativo y que la sentencia del Tribunal Constitucional no reconoce de forma específica un derecho a la indemnización como consecuencia de esa lesión, se arguye y cuestiona que se hable de "sanción de carácter económico para la institución parlamentaria "por parte del Tribunal Constitucional o de la necesidad de un incidente de ejecución ante el Tribunal Constitucional, pues no se trata ni de una cosa ni de la otra: no se solicitó en el amparo que se declarara su derecho a ser indemnizado; el derecho a ser indemnizado es una cuestión nueva e independiente que surge dela propia existencia de la sentencia del Tribunal Constitucional y de sus pronunciamientos; pudo haberla pedido en su demanda de amparo pero nada impide su derecho a solicitarla por la vía de la responsabilidad patrimonial una vez anulado el acto impugnado, vulnerador del derecho fundamental, momento en que puede determinarse totalmente el alcance del daño sufrido por tal vulneración e indebida actuación de la Administración.

Además, se sostiene que las Cortes no pueden ampararse en una supuesta ausencia de previsión normativa o de un procedimiento específico para no tramitar la reclamación pues se entiende que la responsabilidad patrimonial puede reclamarse y exigirse de todos los poderes públicos: arts. 9.3 y 106 CE, y 8.1 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana.

2º. Finalmente no estamos ante actos de naturaleza legislativa sino ante actos parlamentarios no normativos y por tanto ante una actuación de las Cortes Valencianas como Administración Pública sujeta al Derecho administrativo.

No estamos ante un derecho no previsto en el ordenamiento jurídico; de hecho las Cortes no niegan el mismo, solo que no existe una vía para poder hacerlo efectivo, supuesto en el que procede aplicar el procedimiento administrativo común al que podría haberse acudido sin problema alguno. Debe aplicarse lo dispuesto en el art. 88. 5 de la Ley 39/2015, de 01/octubre.

Entiende el recurrente que estamos ante una responsabilidad patrimonial de las Cortes y ante una materia y actuación de las Cortes netamente administrativa y sujeta al Derecho Administrativo.

3º Se sostiene que concurren los requisitos necesarios para valorar que existió un funcionamiento anormal de las Cortes Valencianas tal como se deduce del fundamento de derecho 9 de la sentencia del Tribunal Constitucional, funcionamiento anormal que provocó la vulneración del derecho al honor en sus bienes y derechos que no tenía el deber jurídico de soportar y solicita ser indemnizado en los términos que se han adelantado.

TERCERO.- Frente a ello, en la contestación a la demanda se aduce, en síntesis:

1. Tras recordar el contenido de lo dispuesto en el artículo 1.3 LJCA, se señala que la competencia de la jurisdicción contenciosa es de atribución legal y en relación con las actuaciones de Les Corts está limitada a las materias contenidas en ese precepto, entre las cuales no se encuentra el conocimiento de las consecuencias que pueda derivar de la actividad de órganos parlamentarios.

2. Posible exigencia ante el Tribunal Constitucional de los hipotéticos perjuicios derivados de la estimación del recurso de amparo y las consecuencias o efectos del presente recurso, refiriéndose a lo dispuesto en el artículo 55. 1 c) LOTC.

3. El art. 2.e) LJCA atribuye a este orden jurisdiccional contencioso-administrativo el conocimiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, siempre que el reconocimiento de ese derecho se haya solicitado con carácter previo, en las condiciones y con los requisitos legalmente previstos (art. 32 Ley 40/2015, y 65 Ley 39/2015). Entiende que Les Corts están excluidas en esta materia del control judicial de esta jurisdicción tanto por la actividad política realizada en la función de la investigación como por la pretensión de responsabilidad patrimonial ejercida; es la Administración quien finalmente tramita las reclamaciones y hace frente a la cuantía de su posible indemnización. Les Corts no ha entrado en el fondo porque no son competentes para pronunciarse sobre la procedencia de la indemnización que se reclama.

4. Adecuación a la legalidad del acto impugnado en tanto que no tiene asignada la competencia para tramitar ni para resolver el procedimiento instado por la parte actora. Adiciona que el TC no se pronunció sobre el reconocimiento de una indemnización al no existir una solicitud al respecto ni se ha seguido ante la Administración el procedimiento legalmente previsto, ni ante la Sala se ha probado la existencia de un daño indemnizable en los términos requeridos en la LRJSP.

CUARTO.- Se plantea en primer término la inadmisibilidad del presente recurso, por tanto, con base en señalar que la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa es tasada (arts. 5.1) y su ámbito debe ser delimitado por norma de rango legal ya que no tiene carácter residual (art. 2.f) LJCA) y porque la fiscalización judicial del acto impugnado no es de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa pues no hay atribución específica en ninguna ley: La demanda funda la competencia de la Sala en el art. 1.3 LJCA pero el acto impugnado no se encuentra en la categoría de actos y reglamentos sometidos al Derecho Público ni es de la competencia de la Mesa de Les Corts pronunciarse sobre la responsabilidad patrimonial derivada de una sentencia del Tribunal Constitucional.

Pues bien, para el análisis de esta cuestión recordemos que el actor defiende la adecuación a Derecho del examen por parte de esta jurisdicción contenciosa de la resolución recurrida, sobre la base de considerar que la misma es un acto sujeto al Derecho Público adoptado por el órgano competente de la Asamblea Legislativa, conforme al art. 1.3 LJCA.

Se considera referencia especialmente útil para la resolución del caso la doctrina que contiene la sentencia de la Sección 1ª, Sala de lo Contencioso-administrativo del TS, de 27/noviembre/2009 (ROJ: STS 7515/2009-ECLI:ES:TS:2009:7515, Recurso: 603/2007).

El objeto del recurso era en ese asunto, como se recoge en el antecedente 1º, "la resolución de la Comisión de Peticiones del Congreso de los Diputados de fecha 20 de diciembre de 2006, en la cual se acuerda el archivo en relación a la reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración pública por el anormal funcionamiento del servicio público de la Oficina del Defensor del Pueblo".

Se reproduce la sentencia destacando aquello que resulta de especial relevancia para el presente caso:

«*Esta Sala plenaria se enfrenta, pues, a un escenario asimétrico y defectuosamente dispuesto, donde se desarrolla un guion propio de su jurisdicción [artículo 2.e) de la Ley 29/1998] pero en el que uno de los papeles es representado por un actor que debe quedar al margen de su análisis crítico, por tratarse de un órgano permanente del Congreso de los Diputados, de composición estrictamente parlamentaria, y cuya tarea, de naturaleza esencialmente política, consiste en atender a las peticiones individuales o colectivas que se dirijan a la Cámara en ejercicio del derecho de petición, plasmado como fundamental en el artículo 29 de nuestra Constitución (véanse los artículos 40.1, 46.2.3ª y 49 del Reglamento del Congreso de los Diputados).*

Tal anomalía ha estado presente en el debate procesal y no puede quedar ausente del discurso de esta sentencia, que debe tomar nota de la intervención de una instancia no susceptible, en principio, de control jurisdiccional.

SEGUNDO.- La primera manifestación de esa anomalía se encuentra en la tesis del Congreso de los Diputados, que, al socaire de la naturaleza parlamentaria y política del acto impugnado, interesa que el recurso sea rechazado a limine.

Ha de repararse que el Sr. Lázaro impulsó inicialmente la acción contencioso-administrativa ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, suscitándose una cuestión de competencia (número 34/07) que la Sección Primera de esta Sala Tercera solventó en auto de 25 de septiembre de 2007, declarando que le correspondía conocer del asunto.

Dicho auto (fundamento 2º) se cimienta en unas consideraciones que dan respuesta a la causa de inadmisión suscitada por el Congreso de los Diputados y que reproducimos a continuación:

"Conforme a lo dispuesto en el artículo 1.3.a) de la LJCA, el ámbito de esta jurisdicción se extiende a las pretensiones que se susciten en relación con los actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial sujetos al derecho público adoptados por los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo, así como de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo.

Y dentro de esta jurisdicción, corresponde a esta Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Supremo, ex artículo 12.1.c) de la LJCA, conocer en única instancia de los recursos que se deduzcan en relación con los actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial, sujetos al derecho público y adoptados, por lo que ahora interesa, por los órganos competentes del Congreso de

los Diputados y del Defensor del Pueblo, integrando la remisión legal realizada por el artículo 58 primero de la LOPJ .

Pues bien, las actividades que realizan los órganos constitucionales que menciona el citado artículo 12.1.c) de la Ley de esta Jurisdicción, y significadamente el Defensor del Pueblo –al que se imputa la responsabilidad patrimonial presentada por el recurrente– y el Congreso de los Diputados –cuya Comisión de Peticiones archiva el caso–, no son esencialmente administrativas, sino constitucionales. Ahora bien, para el desarrollo y cumplimiento de tales funciones constitucionales encomendadas precisan realizar una serie de funciones de carácter instrumental y naturaleza administrativa, con competencias de autoorganización que comportan una propia y genuina actividad administrativa. De manera que realizan la selección de personal, celebran contratos, gestionan su patrimonio y, en fin, responden de la lesión que sufran los ciudadanos en cualquiera de sus bienes y derechos si es consecuencia de tal actividad administrativa, pues tal es el alcance de la expresión en "materia de personal, administración y gestión patrimonial".

En este sentido, la responsabilidad patrimonial es una actividad típica de "administración" prevista en el expresado inciso legal, que está sujeta al derecho público, y que, en consecuencia, determina que sea esta Sala Tercera el órgano judicial que tiene atribuida legalmente la competencia para conocer del presente recurso contencioso administrativo interpuesto en materia de responsabilidad patrimonial contra la actividad administrativa desarrollada por el Defensor del Pueblo."

Vistos los anteriores razonamientos, no cabe en este momento realizar un pronunciamiento que los contradiga, indicando, como pretende el Congreso de los Diputados, que el acto recurrido no es susceptible de control jurisdiccional por su carácter de acto político parlamentario, pues, como se razona en dicho auto, la responsabilidad patrimonial es siempre una actividad típica de "administración", siendo el tema debatido el dela "responsabilidad patrimonial contra la actividad administrativa desarrollada por el Defensor del Pueblo".

Esta última afirmación trae implícitamente a colación el artículo 2.e) de la propia Ley jurisdiccional, conforme al que, cualquiera que fuere la calificación que se otorgue a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, el conocimiento de los litigios que se susciten en torno a la misma corresponde siempre a nuestra jurisdicción. De este modo, en la medida en que los órganos constitucionales que se enuncian en el artículo 1.3.a) [entre los que se cuentan el Congreso de los Diputados y el Defensor del Pueblo] se reputan "Administración" a los efectos de la revisión judicial de los actos y disposiciones que produzcan en los ámbitos que menciona, pues participan de la misma sustancia que los propios de una Administración pública ("no sólo la Administración administra"), la eventual responsabilidad derivada de la actividad desenvuelta en dichos ámbitos, de los que forma parte, sin mayor precisión, la "administración", hade ventilarse ante esta jurisdicción.

TERCERO.- Cuestión distinta es la de si el Sr. Lázaro se dirigió a la instancia adecuada para formularla reclamación, en cuyo análisis no cabe olvidar que, como se indica en el repetido auto de la Sección Primera, el tema de fondo debatido es el de la "responsabilidad patrimonial contra la actividad administrativa desarrollada por el Defensor del Pueblo" y sobre él hemos de pronunciarnos.

Es verdad que, como hemos indicado en el primer fundamento, aparece en escena la Comisión de Peticiones del Congreso de los Diputados, actor inadecuado, cuya intervención provoca no pocos inconvenientes al discurso de esta sentencia, pues, dada su naturaleza y función, debe quedar inicialmente al margen de todo control jurisdiccional y de nuestro pronunciamiento. En efecto, su misión consiste en examinar las peticiones que se le dirijan al amparo del artículo 29 de la Constitución, donde se reconoce un derecho uti cives del que disfrutan por igual todos los españoles y mediante el que no se actúan auténticas pretensiones (sentencia del Tribunal Constitucional 161/1988, FJ 5º). Está obligada a acusar recibo de su recepción, tomando en consideración las solicitudes, y a remitirlas al órgano competente, sin perjuicio de acordar el archivo cuando proceda (artículo 49, apartados 2 y 3, del Reglamento del Congreso de los Diputados y sentencia del Tribunal Constitucional 242/1993, FJ 2º). Sus decisiones sólo pueden ser revisadas por el cauce del recurso de amparo [disposición final primera de la Ley Orgánica 2/2001, de 12 de noviembre, reguladora del Derecho de Petición (BOE de 13 de noviembre), en relación con el 42 de la Ley Orgánica 2/1979], de modo que nada puede decir esta Sala sobre su corrección.

Ahora bien, hay dos datos que no cabe soslayar. El primero ya lo hemos indicado: resulta indiscutible quela reclamación actuada por el demandante era la de responsabilidad amparada en el artículo 139 de la Ley 30/1992. El segundo, que es corolario del anterior, radica en que al Sr. Lázaro le hubiera bastado con dirigirse sin más al Congreso de los Diputados ejerciendo esa acción de responsabilidad. En cualquier caso, se ha de reparar en que la intervención de la Comisión de Peticiones no fue provocada por él sino por el Letrado Mayor del Congreso de los Diputados, a quien se dirigió. Este alto cargo funcionarial, ostentado normalmente por el Secretario General del Congreso de los Diputados [artículo 6.4 del Estatuto del Personal de las Cortes Generales, aprobado por acuerdo adoptado el 27 de marzo de 2006 por las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Sección Cortes Generales, de 31 de marzo)], no era tampoco la instancia adecuada a la que dirigir la reclamación, pero no cabe olvidar que su tarea consiste en dar asistencia, apoyo y asesoramiento administrativo a los órganos de la Cámara, a cuyo efecto contaba a la sazón con un Secretario General Adjunto que dirigía los asuntos administrativos [normas primera y tercera de las Normas de Organización de la Secretaría General del Congreso de los Diputados, aprobadas el 27 de junio de 1989 (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Sección Congreso de los Diputados, de 25 de julio)] y que ejerce competencias en materia de personal (artículo 5 del ya mencionado Estatuto), de modo que, en abstracto, su actividad pudiera ser susceptible, directa o indirectamente, de revisión por un tribunal ordinario en la medida en que produzca los actos materialmente administrativos a los que se alude en el artículo 1.3.a) de la Ley 29/1998 .

De las anteriores reflexiones se obtiene una doble consecuencia. En primer lugar, que ningún perjuicio puede derivarse para el Sr. Lázaro de la circunstancia de que su reclamación fuese reexpedida a una comisión parlamentaria exenta de control jurisdiccional, que se limitó a archivarlo, dándole cuenta. La segunda consecuencia consiste en la irrelevancia del dato de que el escrito instando la declaración de responsabilidad se dirigiera a una autoridad que, aunque por hipótesis pudiera ser objeto de aquel control, resultaba en todo caso inadecuada, pues, en realidad, a la sazón no existía órgano "adecuado" para tramitar la solicitud por ausencia en nuestro ordenamiento de cauce definido legalmente para dar curso a la acción, cuestión que

analizaremos más adelante, si es que llegamos a la conclusión de que la actuación del Defensor del Pueblo en el ejercicio de sus funciones puede ser causa de daños en el patrimonio jurídico de los ciudadanos que deba reparar el Estado.

Por consiguiente, resulta legítimo concluir que el Sr. Lázaro ejercitó ante la Administración del Estado, cuya única personalidad jurídica nadie discute [artículos 3.4 de la Ley 30/1992 y 2.2 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado (BOE de 15 de abril)], una acción de responsabilidad amparada en el ordenamiento jurídico (artículos 106,2 de la Constitución y 139 de la Ley 30/1992), que obtuvo la callada por respuesta, sin que, por consiguiente, el desenlace final de su pretensión pueda ser la ratificación de este silencio en cuanto tal. Una vez que ha tenido acceso a los tribunales, tiene derecho, pues así lo impone el artículo 24.1 de la Constitución, a que se le diga si la Administración debe resarcirle por los daños que dice haber padecido como consecuencia de la actuación de la Oficina del Defensor del Pueblo, descrita en el antecedente de hecho primero de esta sentencia.

Y para facilitar esa respuesta no queda más remedio que analizar si el Defensor del Pueblo puede ser centro de imputación de la responsabilidad del Estado, de modo que este último deba resarcir a los ciudadanos que sufran alguna lesión antijurídica por el funcionamiento de los servicios de aquel comisionado parlamentario. Si llegamos a una solución positiva, habrá que determinar el cauce adecuado para tramitar y resolver la correspondiente pretensión.

CUARTO.- Empezando por la primera incógnita, ya podemos anunciar que, para esta Sala, sólo cabe un resultado afirmativo.

El artículo 9.3 de nuestra Carta Magna positiviza el máximo nivel un conjunto de principios generales del derecho, entre los que se cuenta el de responsabilidad de los poderes públicos, de valor normativo directo y, por consiguiente, con virtualidad inmediata, en cuanto constituyen las bases sobre las que se estructura todo el sistema jurídico político que la Constitución diseña. Como todo principio general del derecho, el de responsabilidad de los poderes públicos cumple la triple función de (a) expresar uno de los fundamentos del orden jurídico, (b) servir de fuente inspiradora del ordenamiento y criterio orientador en su interpretación, así como (c) operar en cuanto fuente supletoria del derecho para los casos de inexistencia o de insuficiencia de la regulación legal.

El juego de esas tres funcionalidades autoriza a afirmar que no hay en nuestro sistema constitucional ámbitos exentos de responsabilidad. El Estado está obligado a reparar los daños antijurídicos que tengan su origen en la actividad de los poderes públicos, sin excepción alguna. No sólo por las actuaciones del poder ejecutivo (artículo 106.2 de la Constitución), sino también por las del judicial (artículo 121) y las del legislativo [sentencias del Pleno de esta Sala de 25 de septiembre (recurso 144/86, FJ 4º), 7 de octubre (recurso 142/86,FJ 4º) y 19 de noviembre de 1987, (recurso 141/86, FFJJ 7º y 8º) entre otras], alcanzando a todo órgano constitucional, incluido el máximo intérprete de la Norma Fundamental, según resolvemos en el día de hoyen la sentencia dictada en el recurso de casación 585/08. Las únicas excepciones son las que la propia Constitución contempla (v.gr.: la persona del Rey –artículo 64.2–) y aquellas otras que puedan prever las leyes que la desarrollan.

Ciertamente, la garantía que el principio de responsabilidad de los poderes públicos comporta permite al legislador un margen de maniobra en cuanto a su concreción, en atención al poder público del que se predique. No puede recibir el mismo tratamiento la responsabilidad de unas organizaciones serviciales, sometidas plenamente a la ley y al derecho (artículo 103.1 de la Constitución), como son las Administración públicas, quela que pueda emanar de los actos de los poderes legislativos, que representan directamente al pueblo y, por lo tanto, esencialmente soberanos (artículo 66 de la Constitución), con un gran libertad de configuración, sin más limites que la Constitución y, en su caso, los Estatutos de Autonomía; de igual modo, ha de responder a pautas propias el diseño de la responsabilidad de un poder disperso como el judicial, sustentado en la independencia de sus miembros para garantía de los justiciables y en su exclusivo y total sometimiento a la ley, empezando por la primera de ellas, la Constitución (artículo 117.1 de la misma), y que constituye un pilar central en la realización de la seguridad jurídica, consagrado también como principio constitucional en el artículo 9.3 dela Carta Magna.

En un ámbito distinto, pero muy cercano, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha proclamado la responsabilidad de los Estados miembros por los daños que causen a sus ciudadanos al incumplir sus compromisos comunitarios con independencia del poder interno causante de la lesión, si bien ha modulado su exigibilidad en función de la posición de la fuente del daño en el entramado institucional interno [sentencias de 19 de noviembre de 1991, Francovich (asuntos C- 6/90 y C-9/90, apartados 31 y siguientes), 5 de marzo de 1996, Brasserie du Pêcheur y Factortame (asuntos 46/93 y 48/93, apartados 37 y siguientes) y 30 de septiembre de 2003, Köbler (asunto C-224/01, apartados 30 y siguientes)].

Ahora bien, aquel margen de maniobra que se reconoce al legislador no autoriza, por lo dicho, a concluir que si se abstiene de regular la responsabilidad de un determinado poder o de un servicio haya querido crear un espacio inmune a las reclamaciones de los que sufran daños por su actuación, pues tal entendimiento queda impedido por la cláusula general del artículo 9.3 de la Constitución. En esa tesitura, si los tribunales detectan la existencia de una lesión antijurídica que deba resarcirse, así lo deben declarar, sin riesgo alguno de suplantar la labor de los legisladores, pues la acción ejercitada se enmarca en el núcleo indisponible que resulta del artículo 9.3 de la Constitución.

QUINTO.- Llegados a este punto, estamos en condiciones de afirmar que el mencionado precepto constitucional ofrece a los ciudadanos una garantía para resarcirse de toda lesión que les cause la actuación del Defensor del Pueblo en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas.

Además, en el caso de esta institución, creada por el artículo 54 de la Constitución, la aplicación del principio general de responsabilidad de los poderes públicos fluye con toda normalidad habida cuenta de la tarea que se le ha encomendado. En su condición de comisionado de las Cortes Generales tiene como función nuclear la de defender los derechos de los ciudadanos incluidos en el título I de la Constitución, a cuyo efecto supervisa la actividad de la Administración. Esta supervisión se desenvuelve mediante la iniciación y el impulso, de oficio o a petición de parte, de las investigaciones conducentes al esclarecimiento de los actos y resoluciones dela Administración pública y de sus agentes en relación con los ciudadanos a la luz del artículo 103.1 de la Constitución. A tal fin, sus atribuciones alcanzan a los ministros,

autoridades, funcionarios y cualquier persona que actúe al servicio de las administraciones públicas (artículos 1 y 9 de la Ley Orgánica 3/1981).

Siendo así, estando justificada su existencia por la defensa de los derechos constitucionales de los ciudadanos frente a la actividad de la Administración, a la que supervisa, su ocupación entronca directamente con esa actividad, observándola con los lentes que le proporcionan los principios a que, conforme al artículo 103.1 de la Constitución, debe ajustarse la Administración cuando actúa. Desde esta perspectiva, su función se presenta como una prolongación natural de la tarea administrativa para la defensa de los derechos ciudadanos, sugiriendo, cuando fuere menester, la adopción de las medidas oportunas a fin de enderezar el proceder torcido o inadecuado de la Administración, formulando las advertencias, las recomendaciones y los recordatorios necesarios a tal fin (artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981). Presenta así una dimensión "prestacional" que autoriza a incluir esta institución en la cláusula general del artículo 106.2 de la Constitución.

La jurisprudencia comunitaria, en relación con las funciones del Defensor del Pueblo Europeo, que cumple respecto de las instituciones de Unión la misma tarea que el nuestro para la Administración doméstica [véase el artículo 195 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (texto consolidado publicado en el Boletín Oficial de la Unión Europea, serie C, número 321 E, de 29 de diciembre de 2006)], y teniendo a la vista el artículo 288, párrafo 2º, del propio Tratado, donde se proclama la responsabilidad extracontractual de la Comunidad, que habrá de declararse "de conformidad con los principios generales comunes a los derechos delos Estados miembros", ha dejado sentado que la actividad de aquel mediador puede ser determinante de esa responsabilidad, naciendo para los afectados el derecho a la reparación [sentencia del Tribunal de Justiciade 23 de marzo de 2004, Médiateur/Lamberts (asunto C-234/02 P, apartado 52) y sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 10 de abril de 2002, Lamberts/Médiateur (asunto T-209/00, apartado 57), y 24 de septiembre de 2008, M/Médiateur (asunto T- 412/05, apartados 101 y siguientes)].

SEXTO.- Determinada la posibilidad de exigir responsabilidad por daños antijurídicos causado por la Oficina del Defensor del Pueblo, el segundo dilema a esclarecer estriba en determinar el órgano llamado a pronunciarse sobre la reclamación formulada por el actor don Lázaro.

El silencio del legislador no ofrece ninguna pista. Cabría sostener la competencia del Ministerio de la Presidencia, en el que se encuadra la Secretaría de Estado de Asuntos Constitucionales y Parlamentarios, con una Dirección General de Relaciones con las Cortes [artículo 11.1.a) del Real Decreto 438/2008, de 14 de abril, por el que se aprueba la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales (BOE de 16 de abril)], pues al fin y al cabo el Defensor del Pueblo es un alto comisionado de las cámaras legislativas (artículo 54 dela Constitución), teniendo sus servidores la condición de personal de las Cortes Generales y siendo la dotación económica precisa para su funcionamiento una partida de los presupuestos de las mismas (artículos 35.1 y 37 de la Ley Orgánica 3/1981). Así lo autorizaría el artículo 142.2 de la Ley 30/1992, donde, tratándose de procedimientos de responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado, la competencia se atribuye al ministro respectivo, admitiéndose únicamente la competencia del Consejo de Ministros cuando así lo disponga una ley. No obstante, esta norma, prevista para los supuestos de

responsabilidad expresamente regulados por el legislador, no resulta operativa para un caso, como el actual, en el que existe un vacío normativo.

El Defensor del Pueblo, vinculado, como acabamos de ver, con las Cortes Generales, no sólo por su condición de comisionado o delegado suyo, sino en razón de sus medios personales y económicos, se resiste a ser adscrito, a los efectos que nos ocupa, a un departamento ministerial en particular. En esta encrucijada, parece lógico considerar que las reclamaciones se resuelvan por el órgano que personifica el poder ejecutivo en su máximo rango, por dos razones. La primera reside en que tal solución, la del Consejo de Ministros, es la que ha adoptado esta Sala en el caso de la responsabilidad del Estado por actos normativos del poder legislativo estatal. En efecto, hemos declarado repetidamente [por todas, sentencias de 8 de enero de 1998 (recurso 310/95, FJ 2 º) y 20 de abril de 2007 (recurso 6289/02, FJ 3º)] que en tales supuestos, por tratarse de una responsabilidad resultante de una actividad que no puede atribuirse a ningún ministerio en concreto, corresponde pronunciarse al Consejo de Ministros como órgano que encarna al mayor nivel las tareas de gobierno. Razones de parecida sustancia aconsejan adoptar aquí idéntica solución, ya que se reclama la responsabilidad por los actos de un órgano constitucional del Estado sobre la que no existe una previsión legal expresa, no siendo posible residenciarla en un ramo específico.

La segunda razón, que abunda en la primera, atiende al vínculo estrecho que el Defensor del Pueblo mantiene con las cámaras legislativas, en cuyo nombre actúa y de cuyo presupuesto participa, teniendo su personal la condición de servidores de aquellas, por lo que, si ante productos de las mismas (los actos legislativos) la jurisprudencia ha residenciado la decisión sobre la existencia de responsabilidad en el Consejo de Ministros, parece coherente situarla en el mismo órgano tratándose de los daños derivados de la actividad de una institución tan estrechamente ligada a las Cortes Generales.

SÉPTIMO.- En suma, el Estado queda obligado a reparar las lesiones antijurídicas que los ciudadanos sufran en su patrimonio como consecuencia del funcionamiento de la Oficina del Defensor del Pueblo, responsabilidad que corresponde declarar y, en su caso, cuantificar y hacer efectiva al Consejo de Ministros, con la eventual revisión por esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, órgano jurisdiccional competente para controlar la actividad del Gobierno [artículo 12.1.a) de la Ley 29/1998].

La anterior constatación conduce a este recurso contencioso-administrativo a una vía muerta y obliga a desestimarlo, porque, de un lado –ya lo hemos dicho– no nos cabe pronunciarnos sobre la resolución de la Comisión de Peticiones del Congreso de los Diputados ni, por ende, anularla, tal y como implícitamente se nos pide en la demanda. De otro, siendo la Administración del Estado, encarnada por el Consejo de Ministros, laque debe asumir la responsabilidad, ha de concluirse que la relación jurídico- procesal está mal constituida pues no ha intervenido en el proceso quien está llamado a reparar el daño, circunstancia que, a la luz del artículo 24 de la Constitución, impide adoptar aquí y ahora una decisión sobre el particular.

Debemos, pues, desestimar la demanda, dejando a salvo el derecho de don Lázaro a dirigirse al Consejo de Ministros para, de acuerdo con lo razonado en esta sentencia, ejercitar la acción de responsabilidad por los daños que dice haber sufrido

como consecuencia de la actuación de la Oficina del Defensor del Pueblo descrita en el primer antecedente de hecho, en el bien entendido de que el plazo de prescripción para el ejercicio de la acción quedó interrumpido el 9 de octubre de 2006, día en el que presentó ante el Letrado Mayor de las Cortes Generales el escrito formulando la reclamación.»

De la doctrina de esa sentencia se hace eco el auto también del TS, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, de 29/julio/2019 (ROJ: ATS 8586/2019 - ECLI:ES:TS:2019:8586 A, recurso 305/2019) cuando reproduce lo siguiente de la sentencia anterior: «*En este sentido, la responsabilidad patrimonial es una actividad típica de "administración" prevista en el expresado inciso legal, que está sujeta al derecho público, y que, en consecuencia, determina que sea esta Sala Tercera el órgano judicial que tiene atribuida legalmente la competencia para conocer del presente recurso contencioso administrativo interpuesto en materia de responsabilidad patrimonial contra la actividad administrativa desarrollada por el Defensor del Pueblo*».

QUINTO.- Hemos de partir de que la resolución de la Mesa de Les Corts que es el objeto directo de impugnación no entra en el fondo: inadmite la reclamación.

Como se ha indicado más arriba, la resolución de la Mesa entiende que debería haberse planteado esta reclamación ante el propio TC; en la contestación a la demanda se aduce, además, lo dispuesto en el art. 55.1.c) LOTC, conforme al cual, entre los pronunciamientos que contenga la sentencia que otorgue el amparo está el "Restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación".

Pues bien, tal como se razona también en la STS reproducida en el fundamento anterior, no se puede obviar que la reclamación ha sido presentada por responsabilidad patrimonial y que a tal formulación es a la que ha de responderse. Ello sobre la base de los elementos de juicio siguiente:

1º. Es referente básico el contenido de lo dispuesto en el art. 32 de la Ley 40/2015, que establece, en lo que aquí se estima más relevante:

"1. Los particulares tendrán 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.

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

3. 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. 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.

5. Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada. Asimismo, deberán cumplirse todos los requisitos siguientes:...

7. La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia se regirá por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

8. El Consejo de Ministros fijará el importe de las indemnizaciones que proceda abonar cuando el Tribunal Constitucional haya declarado, a instancia de parte interesada, la existencia de un funcionamiento anormal en la tramitación de los recursos de amparo o de las cuestiones de inconstitucionalidad.

El procedimiento para fijar el importe de las indemnizaciones se tramitará por el Ministerio de Justicia, con audiencia al Consejo de Estado.

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

Los preceptos alegados por la parte actora defendiendo la responsabilidad de las Cortes van dirigidos a sostener un principio general de responsabilidad de las mismas como poder público.

Así, se aduce asimismo lo dispuesto en los arts. 8.1 y 2 Estatuto Autonomía Comunidad Valenciana

"1. Los valencianos y valencianas, en su condición de ciudadanos españoles y europeos, son titulares de los derechos, deberes y libertades reconocidos en la Constitución Española y en el ordenamiento de la Unión Europea y en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, individuales y colectivos, en particular, en la Declaración Universal de Derechos Humanos; en los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en la Convención Europea de Derechos del Hombre y Libertades Fundamentales, y en la Carta Social Europea.

2. Los poderes públicos valencianos están vinculados por estos derechos y libertades y velarán por su protección y respeto, así como por el cumplimiento de los deberes"

Es clara la generalidad con la que se plantea la responsabilidad patrimonial: Si bien cuando habla este precepto de Administraciones Públicas la vincula al

funcionamiento de los servicios públicos, es claro que también cabe frente a actos legislativos –responsabilidad del Estado legislador– o como consecuencia de la declaración de una norma como contraria a la CE o al Derecho de la UE –con las condiciones que ahí se establecen–. Ello al margen de la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia.

Y asimismo debe tenerse en cuenta lo previsto en el art. 88.5 Ley 39/2015: "En ningún caso podrá la Administración abstenerse de resolver so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de los preceptos legales aplicables al caso, aunque podrá acordarse la inadmisión de las solicitudes de reconocimiento de derechos no previstos en el ordenamiento jurídico o manifiestamente carentes de fundamento, sin perjuicio del derecho de petición previsto por el artículo 29 de la Constitución".

El dictamen de Les Corts es una actividad no normativa que como tal, a priori, no se presenta como susceptible de control jurisdiccional; pero el TC ha valorado la existencia de una lesión del derecho al honor con ocasión de esa actividad.

Pero asimismo a priori, no hay razón para descartar la exigencia de responsabilidad patrimonial respecto de actos "no legislativos" del poder legislativo, como es el caso, al menos a efectos de determinar la competencia de este orden jurisdiccional en lo que aquí debe ser examinado en primer lugar, se insiste, que es la conformidad a Derecho de la resolución de la Mesa que inadmite la petición del ahora demandante.

2º. No se podría excluir tampoco, a los efectos de la valoración para la admisibilidad del actual recurso contencioso-administrativo, que estemos ante alguno de los casos previstos en el art. 1.3. a) LJCA que atribuye a los tribunales de este orden contencioso-administrativo la competencia para conocer de las pretensiones que se deduzcan en relación con "a) Los actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial sujetos al derecho público adoptados por los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo, así como de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo". En el auto antes mencionado del TS se da una concepción "amplia" del concepto de "administración" cuando dice:

«*El término "administración" utilizado por el artículo 1.3 a) de la primera tiene un sentido objetivo, indica la actividad de administrar. No puede identificarse con o limitarse a las materias de personal y de gestión patrimonial porque en tal caso sería redundante. Esa noción objetiva de "administración" es más amplia que las otras dos, que no la agotan sino que se ven comprendidas por ella. En efecto, nos dice el Diccionario de la Real Academia Española que "administrar", en su primera acepción es "gobernar, ejercer la autoridad o el mando sobre un territorio y sobre las personas que lo habitan". Y en la segunda supone "dirigir una institución". Ambos significados son coherentes con la inclusión dentro de la noción de administrar de las actividades encaminadas a ordenar internamente aquello que se administra y a sancionar el incumplimiento del orden así establecido*.»

En el presente supuesto el daño que se invoca procede de una vulneración del derecho al honor que ha sido declarada por el TC en la sentencia de continua referencia.

No parece tampoco haber duda de que podría haber solicitado una pretensión indemnizatoria el ahora demandante en su recurso de amparo. Pero no ha sido el caso.

No entramos, ello no obstante, a valorar la naturaleza del acto parlamentario que generó la vulneración del derecho al honor, conforme ha establecido la sentencia del TC, salvo a efectos de declarar que dado que de aquél se pretende derivar responsabilidad patrimonial, una vez planteada la reclamación, debe ser la misma sustanciada ante el órgano competente correspondiente.

3º La cuestión es, a falta de procedimiento específicamente previsto y determinación de órgano competente para tramitarlo, ante quién debe formularse una pretensión por responsabilidad patrimonial frente a Les Corts derivada de un acto no normativo, como ocurre aquí; en otros términos, la idoneidad del procedimiento seguido por el recurrente para plantear su reclamación de responsabilidad patrimonial; y la respuesta es que no se justifica el haberse dirigido a Les Corts para ello. Como en este orden de cosas se dice en la contestación a la demanda, debe plantearse ante la "Administración" y no ante Les Corts, y conforme al procedimiento establecido para ello, pues lo que no está previsto es que sea el propio poder legislativo el que hubiera eventualmente de responder; no está autorizada por la ley para tramitar el procedimiento de exigencia de responsabilidad patrimonial ni dispone –se sigue alegando al contestar– de recursos públicos para en su caso responder por ello.

Así resulta de lo dispuesto en el art. de la Ley 40/20015, que ni siquiera para los actos legislativos permite quesea el órgano del poder legislativo el que responda, se reitera. Sólo la Administración lo puede hacer, en su caso, tanto en relación con actos legislativos como los "no legislativos" emitidos por el Parlamento, Les Corts Valencianes, aquí –dejando a salvo las prevenciones del art. 1.3 LJCA–.

Es *mutatis mutandis* el criterio que contiene el antecedente que se estima más próximo y que es el contenido en la sentencia antes referenciada.

Es por ello, que procede rechazar la causa de inadmisibilidad del recurso en los términos en que se plantea, considerar que procedía la inadmisión a trámite acordada por la Mesa de Les Corts y declarar que se deja a salvo el derecho del recurrente a instar su reclamación ante el Consell, en cuanto órgano colegiado de Gobierno de la Generalitat Valenciana, que ostenta la potestad ejecutiva y dirige la Administración que se encuentra bajo la autoridad de la Generalitat (art. 29 Estatuto de Autonomía Comunidad Valenciana).

En consecuencia, procede la estimación parcial del recurso en los términos antedichos.

SEXTO.- En los términos del art. 139 LJCA, no se advierte fundamento para apartarse de la regla general y no se hace expresa imposición de costas.

FALLAMOS

1º Se rechaza la causa de inadmisibilidad.

2º Se estima en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. ABC frente a la resolución de 24/septiembre/2019 de la Mesa de las Cortes Valencianas, que se confirma en cuanto inadmite la reclamación por responsabilidad patrimonial presentada el 25/julio/2019, dejando a salvo el derecho del recurrente a dirigirse al

Consell para, de acuerdo con lo razonado en esta sentencia, ejercitar la acción de responsabilidad por los daños que manifiesta haber sufrido como consecuencia de la actuación de Les Corts en el bien entendido de que el plazo de prescripción para el ejercicio de la acción quedó interrumpido el día en el que presentó ante la Mesa de las Cortes su reclamación.

3º No hacemos expresa imposición de costas.

[…]

Revista Española de la Función Consultiva
ISSN: 1698-6849, núm. 35, enero-junio (2021) págs. 161-178

SENTENCIA 11/2023 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, DE 23 DE FEBRERO DE 2023. RECURSO DE AMPARO NÚM. 899/2021

Extracto: *La sentencia se pronuncia sobre la atención dispensada en ingreso por parto en el Hospital Universitario Central de Asturias de Oviedo, por supuesta vulneración de los derechos a la igualdad y no discriminación, integridad física y moral, a no padecer penal o tratos inhumanos o degradantes, libertad ideológica, y a la intimidad personal y familiar.*

El Tribunal concluyó que la actuación del Servicio de Salud del Principado de Asturias, ejecutada a través del HUCA, no constituyó vulneración de los derechos fundamentales alegados.

[…]

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Mediante escrito presentado en este tribunal el día 16 de febrero de 2021, don L.M.G.C., doña C.P., y doña V.G.P., hija menor de edad de los anteriores, representados por el procurador de los tribunales don Jacobo García García, bajo la asistencia de la letrada doña Marta Busquets Gallego, interpusieron recurso de amparo contra la actuación en vía de hecho del Servicio de Salud del Principado de Asturias, ejecutada por el Hospital Universitario Central de Asturias de Oviedo (en adelante, HUCA).

2. Los hechos en los que tiene su origen el presente recurso y son relevantes para su resolución son, en síntesis, los siguientes:

a) Doña C.P., estaba siendo controlada en su embarazo por los servicios médicos del HUCA y, simultáneamente, al margen de la sanidad pública, por una comadrona, dado que la gestante y su pareja habían tomado la decisión de que el parto tuviera lugar en su domicilio de Oviedo, con la asistencia de la referida profesional.

b) Con fecha 23 de abril de 2019, doña C.P., y su pareja acudieron al HUCA con la finalidad de realizar un control de bienestar fetal, por haber sobrepasado el embarazo las cuarenta y dos semanas de gestación. En dicha consulta el jefe del servicio de partos les indicó que, por tratarse de una gestación cronológicamente prolongada, proponía «la inducción del parto “o, en su defecto, prolongación del monitorio y si se normaliza, control estricto del bienestar fetal”». Los interesados manifestaron que «adoptarían su decisión tras consultar con los profesionales privados que también les estaban controlando el embarazo». Sin embargo, no hubo contacto posterior con ese servicio médico por parte de doña C.P., o su pareja.

c) El día 24 de abril siguiente, el jefe de sección de obstetricia del HUCA remitió al subdirector de servicios quirúrgicos y críticos del área sanitaria IV del Servicio de Salud del Principado de Asturias un informe sobre la paciente doña C.P., en el que se relataba: «la paciente está actualmente embarazada de 42+3 semanas acorde a la datación ecográfica y amenorrea. Ha seguido controles de su embarazo en el Hospital Central de Asturias hasta la semana 35+2 que cursa sin alteraciones. No acude la semana 37 a consulta. Se establece contacto por teléfono siendo informados de que no va a hacer

más controles en nuestro centro. El 23 de abril se pone en contacto con nosotros que la citamos en el mismo día en consulta de monitorización fetal. […Tras la práctica de la prueba] [s]e informa a la paciente del requerimiento de terminación del embarazo por gestación prolongada, dado el incremento del riesgo de hipoxia fetal y muerte fetal intraútero a partir de la 42.ª semana de gestación. Esta recomendación está establecida en el protocolo del servicio, guía de práctica clínica del MSPS [Ministerio de Sanidad y Política Social] y en las guías basadas en la evidencia de las principales sociedades científicas internacionales. Se informa de que el monitor no es normal y precisa de controles frecuentes. La paciente solicita los informes para las matronas que le asisten el embarazo y parto domiciliario que se le adjuntan. Nos informa de que volverá a comentarnos tras la conversación, pero no aparece».

d) A la vista de ese informe, el subdirector de servicios quirúrgicos y críticos del área sanitaria IV del Servicio de Salud del Principado de Asturias, con fecha 24 de abril de 2019, dirigió un escrito al juzgado de guardia de Oviedo en el que, tras referir las conclusiones del jefe de sección de obstetricia y de acompañar el informe que este le había enviado, expuso que la «paciente ha manifestado su voluntad de llevar a término su gestación en su domicilio, por parto natural asistida por matronas», y que «[h]abiendo resultado infructuosos todos los intentos practicados por los facultativos de la sección de obstetricia para prevenirle acerca de la necesidad de ingresar en el hospital para inducción inmediata del parto, y dados los graves riesgos derivados para la vida del feto, se traslada a este juzgado de guardia el conocimiento de esta situación, sugiriendo la adopción de orden de ingreso obligado para la práctica inmediata de parto inducido».

e) El juzgado dictó auto en la misma fecha de 24 de abril de 2019, en el que consideró aplicable al caso el art. 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, así como los arts. 29 y 158 del Código civil (CC). Asimismo, en atención al informe emitido por el subdirector de servicios quirúrgicos y críticos del HUCA, en el que se constataba la necesidad de ingresar a la gestante de 42+3 semanas para su inmediata inducción al parto, estimó procedente acceder a lo interesado, «habida cuenta de que pese a que la señora [P] ha sido informada de que el feto presentaba riesgo de hipoxia fetal (deficiencia de oxígeno en la sangre) y de muerte intrauterina a partir de la semana 42, la misma manifestó su voluntad de no acudir al hospital y dar a luz en su domicilio, lo que, sin duda, podría poner en inminente y grave peligro la vida de su hijo». A tal fin, acordó «el ingreso obligado de doña [C.P.], para la práctica, de ser preciso, de un parto inducido». Igualmente, resolvió oficiar a la Policía Local de Oviedo para que acompañara a la gestante al HUCA, «debiendo verificarse el traslado de la misma en vehículo medicalizado», lo que así se llevó a efecto mediante oficio dirigido a la Policía Local de Oviedo, dando cuenta del acuerdo del «ingreso obligado» de doña C.P., en el HUCA, al subdirector de servicios quirúrgicos y críticos de aquel hospital.

f) Según consta en el historial clínico de doña C.P., el ingreso en el HUCA se realizó a las 17:30 horas del día 24 de abril. También figura que, a las 18:30 horas, el letrado de la administración de justicia del juzgado se personó en las dependencias hospitalarias para notificar a la paciente el auto del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Oviedo antedicho. A las 20:56 horas, la demandante de amparo fue ingresada en planta, sin custodia y permitiéndosele pasear fuera de su habitación.

g) El día 25 de abril de 2019, el gerente del área sanitaria IV del servicio de Salud del Principado de Asturias, a requerimiento del juzgado, le remitió informe en el que destacó que, una vez producido el ingreso de la gestante en el HUCA, «la situación clínica de ambos [gestante y nasciturus] precisa vigilancia continuada, según informa el jefe de obstetricia del Hospital Universitario Central de Asturias, en informe emitido a las 15:50 horas de hoy jueves 25 de abril, que se adjunta». Agrega que, a la vista de dicho informe, «no descarta la necesidad de intervenciones médicas y quirúrgicas», por lo que «sugiere mantener la medida adoptada». En el informe médico de actualización de la misma fecha, que se acompañaba al anterior documento, se destaca que la mujer se hallaba en la semana 42+4 de gestación y que presentaba «contracciones espontáneas, esto es, no ha sido inducido el parto». Asimismo, en conversación sostenida con ella y su pareja, se les explicó «la necesidad de realizar pruebas para evaluar el estado fetal, que entienden y aceptan». Igualmente, se describen las pruebas médicas realizadas (exploración abdominal, ecografía y cardiotocograma fetal) y se les informó de la «posible necesidad de realización de más pruebas para confirmar el bienestar del feto. (una pH de calota fetal que precisaría amniorexis)». Se señala que «la paciente permite la exploración pélvica que muestra una pelvis capaz» y se destaca que la gestante se encontraba «en fase de latencia, –previa al parto activo–». A continuación, se describe el estado psíquico de la paciente, expresando que la misma «no muestra síntomas psicóticos, ni clínica afectiva mayor, ni alteraciones cognitivas». Añade que «[d]ado el requerimiento de vigilancia fetal continuada se le ofrece y acepta, vigilancia en sala iluminada adjunta a partos con cardiotocografía que permite libre deambulación».

Finaliza el informe con tres conclusiones; (i) fase de latencia de parto; (ii) feto que precisa vigilancia continuada hasta el momento de su nacimiento; y (iii) no se descarta la realización de «intervenciones médicas y quirúrgicas (amniorexis, amnioinfusión o cesárea) para evaluar el estado fetal o tratar el estado fetal».

h) El día 26 de abril de 2019, el gerente del área sanitaria IV remitió un nuevo informe al juzgado en el que puso de manifiesto que se había producido «el nacimiento a la 1:40 horas de hoy 26 de abril». Adjuntaba, al efecto, un informe del jefe de obstetricia del HUCA en el que, de modo resumido, constaba lo que sigue:

– «El parto se inicia de forma espontánea sin administración de oxitocina en ningún momento».

– «Se mantiene comunicación e información continuada y a demanda con la paciente, su pareja y su acompañante (la matrona que le asistía en su domicilio). Se aportan documentos de consentimiento informado para el parto sus complicaciones y cesárea que leen y aceptan».

– «La paciente refiere dolor intenso resistente a medidas no farmacológicas y solicita analgesia epidural (16:36 h). Se solicita analítica, se avisa a anestesia que informa aporta consentimiento y firma».

– «El cardiotocograma del feto muestra períodos prolongados de 40 minutos de variabilidad mínima sin ascensos en la frecuencia fetal tras la estimulación de la cabeza fetal. Este signo se asocia a trazado poco tranquilizador y requieren la realización de una determinación de pH de sangre calota fetal […] Se explica a la paciente y acompañante (en este caso la matrona que le acompañaba en su domicilio) que entiende y acepta (20:30h). El resultado de la prueba es normal».

– «El parto no progresa de forma adecuada desde su primera exploración […]. La paciente presenta prurito tras la analgesia epidural. Ante una posible reacción alérgica el servicio de anestesia la suspende. La paciente solicita otro tipo de analgesia» y, de entre las que se le ofrecen como alternativa, la paciente opta por «morfina iv».

– «Las contracciones se incrementan de forma espontánea hasta alcanzar la taquisistolia, es decir, patrón patológico con más de 10 contracciones en 20 minutos. Este hecho, asociado a una presentación anómala del feto, nos lleva a un diagnóstico de útero de lucha, ante una desproporción pelvifetal de estrecho superior, con deterioro de la frecuencia cardíaca fetal». Se agrega que la «exploración permanece sin cambios significativos» y «[e]ste escenario clínico es indicación de cesárea».

– «A pesar de la analgesia administrada la paciente refiere dolor asociada a estado emocional muy comprometido. Pregunta por la posibilidad de realizar una cesárea».

– «Se le informa de que existe una indicación médica por diagnóstico de desproporción pelvifetal de estrecho superior por deflexión de la cabeza fetal en occipito sacra. Esta presentación persistente se asocia a fase de latencia prolongada y detención del primer periodo de parto y a más dolor resistente a fármacos».

– «Se le indica cesárea por detención del primer periodo de parto y se administra profilaxis de endometritis con cefazolina. La paciente y pareja entienden y aceptan verbalmente la indicación, que por otro lado ya tiene firmada en el consentimiento».

– «A la 1:40 horas nace un feto hembra en presentación cefálica con caput sucedaneum (edema en la cabeza fetal) con indicadores de calidad neonatal normales».

Como conclusiones se destacan: (i) «Gestación postérmino (42+5)»; (ii) «[p]arto de inicio espontáneo»; (iii) «[d]etención del primer periodo por desproporción pelvifetal y deflexión de la cabeza fetal en occipito sacra»; y (iv) «[c]esárea urgente».

i) Los ahora recurrentes en amparo, con fecha de 9 de mayo de 2019, presentaron ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Oviedo, escrito de interposición de recurso por el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales contra la actuación en vía hecho del Servicio de Salud del Principado de Asturias, ejecutada por el HUCA, en relación con el ingreso forzoso de doña C.P. A la demanda se acompañan los informes del señor Brito Medina, especialista en ginecología y obstetricia y de la señora Olza Fernández, especialista en psiquiatría. En las actuaciones consta el informe de 14 de junio de 2019, del servicio de ginecología y obstetricia del HUCA sobre «las cuestiones de hecho planteadas por la demandante doña C.P., en el recurso de protección de derechos fundamentales. Consideraciones sobre la asistencia médica prestada».

Por sentencia 164/2019, de 10 de septiembre, se desestima el recurso. Entre los hechos que considera probados la sentencia incluye que «el parto se inicia de forma espontánea sin administración de oxitocina en ningún momento», y que «se mantiene permanentemente informada a la paciente, su pareja y matrona que le acompaña y que le asistía en su domicilio». Asimismo que «a pesar de la analgesia administrada [doña C.P.], pregunta por la posibilidad de realizar una cesárea, siendo informada de que existe una indicación médica por diagnóstico de desproporción pelvifetal de estrecho superior por deflexión de la cabeza fetal en occipito sacra» y que «se indica cesárea por detención

del primer periodo de parto y se administra profilaxis de endometritis con cefazolina, firmando el correspondiente consentimiento».

En síntesis, la sentencia concluye que no concurre la vulneración de los derechos fundamentales denunciados. . Pone de relieve que «el informe del señor Adánez García, jefe de sección de obstetricia del HUCA de 14 de junio de 2019, suscrito también por el señor Ferrer Barriendos, jefe de servicio de ginecología y obstetricia del HUCA, deja constancia de una serie de datos que resultan determinantes en este caso: a) Que se trataba de una gestación con factores de riesgos (obesidad, tabaquismo, inadecuado control de embarazo –al menos en la sanidad pública, pues se había suspendido los controles siete semanas antes del 23 de abril–, y gestación postérmino). b) Sospecha de desproporción pelvicofetal (ante la posición, actitud y altura del feto)». Asimismo, la sentencia considera que «es un hecho científicamente acreditado, según expone el señor Adánez García en su informe de 24 de abril de 2019 (f. 1 del expediente administrativo), que se trata de un gestación de riesgo, entre otros motivos por tratarse de una gestación que había superado las 42 semanas, desaconsejándose en todo momento un parto domiciliario y sin seguimiento facultativo (Guía Nice británica, informes de American College of Obstetrics and Ginecology)» y que «el posterior informe del doctor Adánez García de 25 de abril de 2015 detalla las circunstancias en que se desarrolló el alumbramiento y pone de manifiesto que el parto, que se inició de forma espontánea, no progresó de forma adecuada, que la presentación del feto era anómala, porque permaneció en cefálica occipito-posterior deflexionada con la altura de presentación invariable, que se advirtió deterioro de la frecuencia cardiaca fetal y que este escenario clínico era indicación de cesárea».

Afirma la sentencia que «en contra de lo que parece entender la parte actora, el ingreso de [doña C.P.] por parte de los servicios médicos se contemplaba como algo necesario, pero no con la única finalidad de inducir el parto, sino como mecanismo de vigilancia y control de la madre y del nasciturus» y que ello queda corroborado con «la actualización de la historia clínica […], en el que se deja constancia de que lo que se hizo por los servicios médicos fue una vigilancia fetal continuada, sin descartar, lógicamente, la posibilidad de intervenciones médicas y quirúrgicas». Tras exponer la STEDH de 15 de noviembre de 2016 (Gran Sala), asunto Dubská y Krejzová c. República Checa, concluye que «[e]n este caso, nos encontramos ante un parto que en modo alguno era de bajo riesgo, antes al contrario, los informes del doctor Adánez García acreditan que se trata de un embarazo categoría II (NCHID), según explicó además en el acto de la vista, por lo que ante esta situación la administración sanitaria, como así hizo, optó por adoptar las medidas oportunas para preservar la vida y la salud del feto, […]. Por tanto, ante una situación de riesgo para el feto la actuación de los servicios médicos de la demandada, […] debe calificarse como diligente, profesional, ponderada, proporcionada, responsable y ética y jurídicamente irreprochable, anteponiendo, como no podía ser de otra forma, la vida y la salud del nasciturus, a cualquier otro interés». También considera que en modo alguno concurre la vulneración de los derechos fundamentales que se invocan por la actora, máxime a la vista del art. 9 de la citada Ley 41/2002. Y tampoco aprecia vulneración de derecho alguno de la actora «por la circunstancia de haber sido sometida a acto médico –tacto vaginal– que resultara, a la vista de las circunstancias concurrentes, innecesario». Afirma la sentencia que «[e]l tacto vaginal al que fue sometida, [es] una prueba absolutamente necesaria para el diagnóstico de la evolución del parto, como expuso el señor Adánez García, y […] consta en la historia clínica como el día 25 de abril sobre las 10:24 horas se ofreció a

[doña C.P.] que el tacto vaginal lo realizase cualquier obstetra o matrona que se encontraba en el área de partos, algo que es obvio que no es la forma ordinaria de actuar de los referidos profesionales, y que únicamente se explica por el trato deferente, y casi diríamos que exquisito, al que fue sometido la paciente. Lo que resulta […] contrario a la más simple lógica de la actuación administrativa y sanitaria, es la pretensión de la interesada de que el tacto vaginal lo realizase alguien ajeno al sistema sanitario público, como sucede con la señora María del Valle Pérez Rodríguez, que era la matrona que había venido atendiendo a la demandante de forma privada, y es que el servicio público no pude verse interferido por la actuación de terceros sujetos privados, por el simple capricho o interés de los usuarios, so pena de convertirlo en un servicio al gusto o interés de cada paciente».

j) Contra la sentencia interpuso recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, por errónea valoración de la prueba, y por infracción de los arts. 5 a), 12, 2 y 5 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), de los arts. 3 y 8 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH), de la STEDH de 14 de diciembre de 2010, asunto Ternovszky c. Hungría, y de los arts. 14, 15, 16 y 18.1 CE y de la Ley 41/2002 que los desarrolla, en concreto de su art. 9. Dicho recurso fue desestimado por sentencia núm. 84/2020, de 11 de febrero, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

k) Frente a dicha sentencia se interpuso recurso de casación que fue inadmitido mediante providencia de 17 de diciembre de 2020, de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, por falta de fundamentación suficiente de la concurrencia de alguno de los supuestos de interés casacional objetivo y la conveniencia de un pronunciamiento, conforme al art. 89.2 f) de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, toda vez que el escrito de preparación no menciona ni justifica los supuestos y presunciones de interés casacional recogidas en el precepto señalado.

3. La demanda de amparo aduce que la actuación en vía de hecho del Servicio de Salud del Principado de Asturias, ejecutada por el HUCA, ha vulnerado los derechos fundamentales de los recurrentes a la igualdad y no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), a la integridad física y moral (art. 15 CE), a la libertad ideológica (art. 16 CE) y a la intimidad familiar (art. 18 CE).

En primer lugar, especifica que el acto impugnado es la vía de hecho del Servicio de Salud del Principado de Asturias, ejecutada por el servicio de partos del HUCA, mediante la cual se le impusieron tratamientos forzosos a doña C.P., y se retrasaron sus peticiones de ayuda. Considera que es de aplicación el art. 43 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) pues las violaciones de los derechos fundamentales alegados vienen originadas por la vía de hecho llevada a cabo en este caso por órganos y funcionarios del Principado de Asturias.

[…]

Con la demanda se aporta el plan de parto presentado en el registro del HUCA con fecha de 14 de febrero de 2019 por doña C.P., en el que se especifica su deseo de estar acompañada en todo momento de su pareja, que esté presente el mínimo personal necesario y que no quiere: inducción al parto, epidural (ni que se le proponga), tactos

vaginales bajo ningún concepto ni administración de oxitociona, parto instrumental o cesárea por falta de progreso (solo si sus vidas corren un peligro inmediato). También expresa sus deseos en caso de cesárea.

Las vulneraciones aducidas en la demanda, resumidamente expuestas, son las siguientes:

a) En primer lugar, se aduce, tras exponer la doctrina constitucional contenida en la STC 97/2020, de 21 de julio, FJ 4, que, tanto la vía de hecho de la administración sanitaria, ejecutada por el HUCA, como las resoluciones judiciales posteriores «son claramente discriminatorios de forma directa e indirecta por razón de sexo y por lo tanto vulneradoras del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución Española». Partiendo de la doctrina constitucional sobre discriminación por razón de sexo, y de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, la demanda rebate los argumentos del Servicio de Salud del Principado de Asturias, del Ministerio Fiscal, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Oviedo y del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, que justificaron las intervenciones médicas forzadas y según los cuales, al entender de la demanda, doña C.P., no podía tomar decisiones en relación con su embarazo y parto porque su gestación se consideraba de riesgo por ser prolongada. Esto supone, a juicio de la demanda, que «el hecho de estar embarazada o de parto, teniendo en cuenta los potenciales riesgos y posibles complicaciones que puedan existir, implicaría en la práctica que los derechos a la autonomía y al consentimiento informado (a su vez directamente relacionados con los derechos a la integridad física y moral y prohibición de tratos inhumanos y degradantes – art 15 CE– y a la libertad ideológica –art 16 CE–) se tornarían impracticables para las mujeres embarazadas o de parto, es decir, quedarían vaciados de contenido». Por otra parte, indica que «ni el manejo expectante implicaba la muerte/hipoxia fetal aseguradas, ni una posible inducción/cesárea garantizaba que no hubiera resultado de muerte fetal o materna, entre otros posibles riesgos».

En todo caso, aduce que el supuesto al que se refiere el presente recurso de amparo no se encontraría entre los que no es necesario el consentimiento informado (art. 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre). Señala la demanda que «una mujer adulta y capaz, quien por cierto se preocupó en todo momento de contrastar informaciones, de pedir segundas opiniones médicas, de controlar el bienestar fetal (se hizo todos los seguimientos en el embarazo), y sabiendo que tanto las inducciones como las cesáreas acarrean riesgos no solo para ella, también riesgos importantes para su bebé, no se negaba a dichas intervenciones sino que únicamente quería asegurarse que estaban justificadas» y se pone de relieve que «[s]eguramente sea importante resaltar que nos hallamos en un país que dobla los máximos recomendados tanto para cesáreas como inducciones por los organismos internacionales, y en el que por lo tanto, cabe concluir, que de todas las cesáreas e inducciones que se practican, la mitad son innecesarias, poniendo en riesgos innecesarios e injustificados a las madres y a sus bebés». A ello se añade que la citada Ley 41/2002 establece mayores requisitos en cuanto al consentimiento informado a mayor riesgo, pero que en el caso de las mujeres embarazadas y de parto se utiliza el criterio contrario, esto es solo pueden decidir en los casos de bajo riesgo pero, en el momento en que entra en juego cualquier riesgo, sus derechos fundamentales a la autonomía y al consentimiento informado se ven automáticamente limitados y vaciados de contenido, lo que es discriminatorio.

La demanda se refiere a una serie de textos internacionales que, alegan los recurrentes, consagran el derecho a la salud de las mujeres, inclusive a una salud sexual y reproductiva sin coacción, discriminación o violencia. Así, cita la declaración de la Organización Mundial de la Salud sobre prevención y erradicación de la falta de respeto y el maltrato durante la atención del parto en centros de salud y la Resolución 71/170 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Asimismo, se refiere a la resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de septiembre de 2019 y al Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul). En la demanda se afirma que en su «resolución sobre violencia obstétrica y ginecológica, el Consejo de Europa […] define este tipo de violencia como una violencia de género que incluye intervenciones sin consentimiento (apartado 3), y que para su prevención se requiere la promoción de prácticas médicas compasivas, humanas, respetuosas y dignas (apartado 7)» (sic). Cita también como ejemplo países que, a su juicio, han salvaguardado el derecho de autonomía y el consentimiento informado. En concreto, se refiere a la sentencia de la Corte de Apelación del Reino Unido en el caso MB (1997) y a la sentencia de la Alta Corte de Irlanda de 2 de noviembre de 2016. Al respecto señala la demanda que «es posible interpretar la ley y fallar de forma respetuosa con los derechos humanos de las mujeres, preservando su humanidad. Es posible priorizar su autonomía y su dignidad, aunque a veces no entendamos los motivos para sus decisiones, aun existiendo riesgo, acompañarlas en su decisión y a la vez a pesar de las circunstancias y de contradecir lasrecomendaciones médicas, desearles que todo vaya bien, huyendo de tendencias punitivistas y castigadoras».

La demanda alega que la recurrente sufre daños psicológicos como consecuencia de la vulneración de sus derechos fundamentales al habérsele privado del consentimiento informado, además de haber terminado su parto en cesárea. También hace referencia a los tactos vaginales que habrían sido realizados sin su consentimiento y con su previo rechazo. Considera que las justificaciones del hospital y de los órganos judiciales son «discriminatorias en sí mismas al recurrir a estereotipos sexistas que desgraciada y frecuentemente están reservados a las mujeres». Reprocha la argumentación del Tribunal Superior de Justicia de Asturias en relación con la afirmación de que no era admisible rechazar el tacto vaginal que era imprescindible y porque la paciente ya habría sido explorada un año antes por un obstetra o porque se le habría insertado un DIU que precisa de tacto vaginal para su colocación.

En conclusión, la demanda aduce que por vía de hecho del Servicio de Salud del Principado de Asturias, ejecutada por el HUCA, se ha privado a doña C.P., de sus derechos a la autonomía y al consentimiento informado en el ámbito sanitario, priorizando de forma explícita el interés del nasciturus a sus derechos fundamentales, inclusive a la integridad física y psíquica, así como a la intimidad familiar y a la libertad ideológica. Existe discriminación directa porque el trato peyorativo guarda conexión directa e inequívoca con el sexo de doña C.P., mujer embarazada. Existe discriminación indirecta porque los servicios de salud, sus funcionarios y autoridades, así como los órganos judiciales hacen una interpretación y aplicación de la ley que produce efectos desfavorables para las mujeres y a más abundamiento se restringen y limitan derechos y se proporciona un trato peyorativo en un contexto de maternidad, de embarazo y de parto.

b) En segundo lugar, la demanda alega la vulneración del derecho a la integridad física y moral y de la prohibición de tratos inhumanos y degradantes (art. 3 CEDH). La demanda cita el asunto R.R. c. Polonia y afirma que la recurrente «ha sido tratada inhumanamente y se la ha degradado. Se la ha privado de sus derechos a la autonomía y consentimiento informado, se le han impuesto intervenciones y se la ha privado de sus libertades, se le han realizado tactos vaginales, es decir, se le han introducido manos literalmente en la vagina sin su consentimiento, se la ha presentado como una persona irracional e irresponsable por tratar de ejercer dichos derechos, se ha filtrado su caso a los medios, entre otras muchas actuaciones, que han tenido un impacto negativo en el mismo parto (ya había iniciado espontáneamente y al ser trasladada al hospital se paró debido al estrés y acabó en cesárea) y en la propia doña [C.P.] (que sufre de problemas psicológicos tal y como quedó acreditado en el informe de la perito psiquiatra […])».

c) También se alega la vulneración del derecho a la intimidad personal de doña C.P., y su familia, y en concreto los arts. 18 CE y 8 CEDH, ya que el embarazo y el parto forman parte de la intimidad personal. Al respecto, cita las SSTEDH asunto Konovalova c. Rusia (el cuerpo de una persona es íntimo y cualquier intervención médica puede interferir), asunto Ternovszky c. Hungría (las mujeres tienen el derecho fundamental a elegir las circunstancias de su parto), o asunto P. y S. c. Polonia (los tratos médicos fueron degradantes y generaron angustia, incertidumbre, inseguridad a la mujer, que se sintió humillada, además de vulnerar el art. 3 CEDH).

d) Se aduce la vulneración de la libertad ideológica (16 CE), dado que «el hecho de que ella manifestara que su intención era dar a luz en casa conllevó una reacción desproporcionada por parte del Servicio de Salud».

[…]

4. Por providencia de 10 de mayo de 2021, la Sección Cuarta del Tribunal Constitucional acuerda admitir a trámite el presente recurso de amparo, apreciando que concurre en el mismo una especial trascendencia constitucional (art. 50.1 LOTC) porque el recurso plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este tribunal [STC 155/2009, FJ 2 a)], y el asunto suscitado trasciende del caso concreto porque plantea una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica [STC 155/2009, FJ 2 g)].

[…]

5. Mediante escrito presentado en el registro del Tribunal Constitucional el día 24 de mayo de 2021, el letrado del Servicio de Salud del Principado de Asturias solicita se tenga por comparecido al Servicio de Salud del Principado de Asturias en el presente proceso constitucional.

6. Por diligencia de ordenación de 14 de junio de 2021 de la Secretaría de Justicia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, se acuerda tener por personado y parte en el procedimiento al letrado del Servicio de Salud del Principado de Asturias, acordándose entender con él las sucesivas actuaciones; y dar vista de las actuaciones recibidas a las partes personadas y al Ministerio Fiscal por plazo común de veinte días, dentro de los cuales podrían presentar las alegaciones que estimen pertinentes, conforme determina el art. 52.1 LOTC.

7. Mediante escrito registrado el 30 de junio de 2021, los recurrentes reiteran las alegaciones expuestas en su recurso de amparo.

8. Por escrito registrado el 8 de julio de 2021, el letrado del Servicio de Salud del Principado de Asturias solicita la inadmisión del recurso de amparo y, subsidiariamente, su desestimación.

[…]

9. Mediante escrito registrado el 17 de septiembre de 2021, la fiscal ante el Tribunal Constitucional solicita la inadmisión parcial del recurso de amparo por falta de legitimación respecto de don L.M.G.C., al no ostentar interés legítimo respecto de los derechos fundamentales que se invocan, y respecto de doña C.P., y don L.M.G.C., respecto de su actuación en representación de la hija menor de edad, al existir un conflicto de intereses. Interesa, asimismo, que se desestime el recurso de amparo planteado por doña C.P., en cuanto que las actuaciones de la administración sanitaria del Servicio de Salud del Principado de Asturias, en relación con su ingreso hospitalario involuntario y las actuaciones médicas durante el mismo, no han vulnerado los derechos fundamentales de igualdad y no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), de no sufrir tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE), de libertad ideológica (art. 16 CE) y de intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE).

[…]

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Objeto del recurso de amparo y pretensiones de las partes.

Los demandantes interponen recurso de amparo contra la actuación del Servicio de Salud del Principado de Asturias, ejecutada por el Hospital Universitario Central de Asturias de Oviedo (en adelante, HUCA) alegando que resulta lesiva de los derechos fundamentales que luego se dirán. También impugnan las resoluciones judiciales que no habrían remediado dicha vulneración pero sin dirigir reproche autónomo contra ellas: la sentencia núm. 164/2019, de 10 de septiembre, del Juzgado de lo ContenciosoAdministrativo núm. 3 de Oviedo; la sentencia núm. 84/2020, de 11 de febrero, de la Sección Única de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, y la providencia de 26 de enero de 2021, de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que inadmitió el recurso de casación interpuesto contra la sentencia anterior.

Los recurrentes alegan en su escrito de demanda, como ha quedado constancia en los antecedentes de esta sentencia, que la actuación impugnada, esto es la actuación del Servicio de Salud del Principado de Asturias, ejecutada por el HUCA, habría vulnerado el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), el derecho a la integridad física y moral y la prohibición de tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE), el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) y el derecho a la libertad ideológica (art. 16 CE). En concreto, se aduce que, a través de la actuación objeto del presente recurso de amparo, se ha privado a doña C.P., de sus derechos a la autonomía y al consentimiento informado en el ámbito sanitario, priorizando de forma explícita el interés del nasciturus a sus derechos fundamentales, incluso a la integridad física y psíquica, así como a la intimidad familiar y a la libertad ideológica, dando lugar a una discriminación directa e indirecta por razón de sexo. Al entender de la demanda, existe discriminación directa porque el trato peyorativo guarda

conexión directa e inequívoca con el sexo de doña C.P., mujer embarazada. Existe discriminación indirecta porque los servicios de salud, sus funcionarios y autoridades, así como los órganos judiciales hacen una interpretación y aplicación de la ley que produce efectos desfavorables para las mujeres, se restringen y limitan derechos y se proporciona un trato peyorativo en un contexto de maternidad, de embarazo y de parto.

El letrado del Servicio de Salud del Principado de Asturias solicita la inadmisión del recurso de amparo por falta de agotamiento de la vía judicial previa y por falta de justificación de la especial trascendencia constitucional. Subsidiariamente, interesa su desestimación, tal y como se ha expuesto en los antecedentes de esta sentencia.

El Ministerio Fiscal solicita la inadmisión parcial del recurso de amparo por falta de legitimación respecto de don L.M.G.C., al no ostentar interés legítimo respecto de los derechos fundamentales que se invocan, y respecto de doña C.P., y don L.M.G.C., respecto de su actuación en representación de la hija menor de edad, al existir un conflicto de intereses, así como interesa, en relación con el recurso de amparo planteado por doña C.P., se desestime el mismo, tal y como se ha resumido en los antecedentes de esta sentencia, en cuanto que no se han vulnerado por las actuaciones de la administración sanitaria del Servicio de Salud del Principado de Asturias, en relación con su ingreso hospitalario involuntario y las actuaciones médicas durante el mismo, los derechos fundamentales aducidos en la demanda.

2. Consideraciones previas.

Antes de entrar en el examen y resolución de la controversia constitucional que plantea el presente recurso de amparo, resulta preciso referirse a algunas cuestiones preliminares, tanto de orden procesal como sustantivo.

A) Aun cuando no haya sido solicitado por los recurrentes, entiende este tribunal que, dado el objeto de este recurso, las vulneraciones de derechos fundamentales que se denuncian en el mismo y ser menor de edad una de los recurrentes, le corresponde adoptar las medidas pertinentes para la adecuada protección de los derechos reconocidos en el art. 18.1 y 4 CE, en aplicación del art. 86.3 LOTC y del acuerdo del Pleno de 23 de julio de 2015, por el que se regula la exclusión de los datos de identidad personal en la publicación de las resoluciones jurisdiccionales («Boletín Oficial del Estado» núm. 178, de 27 de julio de 2015). En consecuencia, la presente sentencia identifica por sus iniciales a la menor a la que se refieren los hechos y a sus progenitores.

B) Delimitación y ámbito del recurso de amparo.

a) Tal y como pone de relieve el Ministerio Fiscal, hemos de poner de manifiesto la evidente relación que existe entre el presente recurso de amparo y el resuelto por la STC 66/2022, de 2 de junio, como por otra parte, se expone en su fundamento jurídico 2 B), que distinguió los dos tipos de presupuestos de hecho que se corresponden con las iniciativas de Derecho sustantivo y, también, de carácter procesal adoptadas por los demandantes en relación con los hechos de los que trae causa este proceso constitucional. Señaló la citada sentencia que «el primero de los presupuestos de hecho que dio lugar a una de las iniciativas de la parte recurrente tiene que ver con la cuestión relativa al ingreso obligado de doña C.P., en un centro hospitalario para ser atendida en su último período de gestación, previo al parto, como consecuencia de la valoración clínica, efectuada por los servicios sanitarios del establecimiento hospitalario

de Oviedo, de tratarse de una situación de riesgo inminente para la vida y la salud del feto, que podrían requerir de atención médica asistencial y hospitalaria. Y el segundo de los presupuestos, que se corresponde con la siguiente de las iniciativas viene referido a las actuaciones médicas que siguieron a aquel ingreso, realizadas durante su estancia hospitalaria.

Esta dualidad de presupuestos de hecho ha determinado que, de una parte, la ahora demandante impugnara, primero en la vía judicial y ahora en la de amparo, las resoluciones de los órganos de la jurisdicción penal que autorizaron y ratificaron el ingreso obligatorio de doña C.P., en el HUCA de Oviedo; pero, de otro lado y de modo paralelo, la misma demandante llevó a los tribunales la actuación de los servicios médicos del centro hospitalario en el que fue ingresada aquella, que calificó como "vía de hecho", haciéndolo en este último caso ante la jurisdicción contencioso-administrativa».

Pues bien, conforme a lo expuesto en la citada sentencia, ambas iniciativas procesales han llegado finalmente, por separado, a este Tribunal Constitucional, dando lugar a dos recursos de amparo: (i) el recurso de amparo núm. 6313-2019, en el que quedan identificadas, como resoluciones impugnadas, las dictadas por los órganos de la jurisdicción penal, Juzgado de Instrucción núm. 1 de Oviedo y Sección Segunda de la Audiencia Provincial de aquella capital, y que fue resuelto por la STC 66/2022; y (ii) el que ha impugnado la vía de hecho del Servicio de Salud del Principado de Asturias, ejecutada por el HUCA, y que ahora es objeto de nuestro enjuiciamiento.

La doble impugnación instada por la parte ahora recurrente en amparo obligó a este tribunal a delimitar el ámbito de los dos recursos de amparo [STC 66/2022, FJ 3 B) c)], de tal manera que el resuelto por dicha sentencia quedó circunscrito a las resoluciones judiciales que autorizaron el ingreso obligatorio de doña C.P., en el HUCA, y el presente recurso de amparo queda limitado al enjuiciamiento de la queja relativa a las actuaciones médicas que siguieron a aquel ingreso.

b) El presente recurso de amparo ha de entenderse formulado al amparo del art. 43 LOTC, tal y como se expone en la demanda y señala el fiscal en sus alegaciones. De la lectura de la demanda se infiere que las lesiones de derechos fundamentales aducidas por los recurrentes se atribuyen a la actuación del servicio de salud del Principado de Asturias, ejecutada por el HUCA, y no a las resoluciones judiciales que desestimaron la demanda y el recurso por entender que las decisiones de la administración sanitaria no habían vulnerado derecho fundamental alguno. No existe un reproche autónomo contra dichas resoluciones judiciales.

En este tipo de supuestos el Tribunal ha venido destacando «el carácter instrumental que tiene la vía previa al amparo constitucional en relación con el acto que produjo la vulneración del derecho, en tanto que "las decisiones producidas en esta vía judicial no han de ser objeto de impugnación por la sola razón de no haber estimado la pretensión deducida por el recurrente. Estas decisiones desestimatorias no alteran la situación jurídica creada por el acto de la administración presuntamente lesivo de un derecho fundamental y no son, por tanto, en sí mismas causa de lesión. Otra interpretación llevaría a entender, en definitiva, que no hay más actos u omisiones atacables en vía de amparo constitucional que los actos u omisiones de los órganos judiciales" […]» (por todas, STC 71/2020, de 29 de junio, FJ 2).

C) Requisitos de admisibilidad.

Debemos, asimismo, pronunciarnos ahora en relación con los óbices de procedibilidad alegados tanto por el Ministerio Fiscal como por el letrado del Servicio de Salud del Principado de Asturias. De conformidad con una reiterada doctrina constitucional, los defectos insubsanables de que pudiera estar afectado el recurso no resultan subsanados porque haya sido inicialmente admitido a trámite, de forma que la comprobación de los presupuestos procesales para la viabilidad de la acción se pueden volver a abordar o reconsiderar en sentencia, de oficio o a instancia de parte, dando lugar a un pronunciamiento de inadmisión por falta de tales presupuestos, sin que para ello constituya obstáculo el carácter tasado de los pronunciamientos previstos en el art. 53 LOTC (por todas, STC 47/2022, de 24 de marzo, FJ 2, y doctrina constitucional allí citada).

a) Agotamiento de la vía previa.

El letrado del Servicio de Salud del Principado de Asturias alega, como causa de inadmisibilidad de la demanda, la falta de agotamiento de la vía judicial previa, al no haberse promovido el correspondiente incidente de nulidad de actuaciones [art. 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)], de conformidad con lo dispuesto en el art. 50.1 a) LOTC.

No puede acogerse esta solicitud de inadmisión de la demanda de amparo por falta de agotamiento de la vía judicial previa. El recurso de amparo se ha impetrado, tal y como ya hemos señalado, por la vía del art. 43 LOTC. Las vulneraciones planteadas se imputan a la actuación de la administración sanitaria y no hay lesión autónoma ocasionada por los órganos judiciales. No era, en consecuencia, procedente interponer un incidente de nulidad de actuaciones conforme al art. 241 LOPJ contra la sentencia núm. 84/2020, de 11 de febrero, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

b) Justificación de la especial trascendencia constitucional.

El letrado del Servicio de Salud del Principado de Asturias interesa, asimismo, la inadmisión del presente recurso por el incumplimiento de la exigencia del art. 49.1 in fine LOTC de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo, porque la demanda omite toda argumentación o apartado encaminado a manifestar cuál es la especial trascendencia constitucional del recurso, sin que sea posible que la exposición sobre la verosimilitud de la lesión del derecho fundamental pueda suplir la omisión de una argumentación expresa sobre la trascendencia constitucional del recurso de amparo.

No podemos acoger tampoco esta causa de inadmisión. Como se recordó en la STC 47/2022, de 24 de marzo, FJ 2, «[c]omo expresión del carácter subsidiario del recurso de amparo, entre los requisitos de admisibilidad de toda demanda se exige que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo como consecuencia de su especial trascendencia constitucional [art. 50.1 b) LOTC] y así haya sido suficientemente argumentado» y que «el deber de justificar de modo suficiente la especial trascendencia constitucional del recurso "tiene un alcance instrumental", en cuanto se dirige a proporcionarle elementos de juicio para decidir sobre la admisibilidad de la demanda. Por esta razón, "si ab initio el Tribunal se consideró suficientemente ilustrado, no cabe sino hacer un uso prudente de la facultad de inadmitir posteriormente la demanda por meros defectos en el modo de redactarla" (SSTC 17/2011, de 28 de febrero, FJ 2, y 212/2013, de 16 de diciembre, FJ 2)».

En la demanda se dedica un apartado específico a justificar la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo. Tal y como se recoge con más detalle en los antecedentes de esta sentencia, se afirma que tiene engarce en la letra a) de los casos enumerados en la STC 155/2009, FJ 2, ya que aunque hay doctrina constitucional sobre el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo, esta está relacionada con el ámbito laboral y no existen pronunciamientos de este Tribunal Constitucional sobre el alcance de los derechos a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo en cuanto al embarazo y el parto en el ámbito de la salud. La demanda también expresa que concurriría el supuesto previsto en la letra g) del fundamento jurídico 2 de la STC 155/2009.

En la providencia de 10 de mayo de 2021 se apreció que concurre en el presente recurso de amparo una especial trascendencia constitucional (art. 50.1 LOTC) porque el recurso plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este tribunal [STC 155/2009, FJ 2 a)], y el asunto suscitado trasciende del caso concreto porque plantea una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica [STC 155/2009, FJ 2 g)]. Pues bien, en el caso enjuiciado no apreciamos que hayan sido aducidas razones que justifiquen de forma suficiente modificar la apreciación inicial hecha al admitir la demanda a trámite [SSTC 183/2011, de 21 de noviembre, FJ 2; 96/2012, de 7 de mayo, FJ 4; 27/2013, de 11 de febrero, FJ 2; 127/2013, de 3 de junio, FJ 2; 77/2015, de 27 de abril, FJ 1, y 9/2020, de 28 de enero, FJ 3 a)], mediante la providencia de 10 de mayo de 2021. En la demanda se han puesto de relieve los datos necesarios para justificar la proyección objetiva del amparo solicitado [SSTC 143/2011, de 26 de septiembre, FJ 2, y 1/2019, de 14 de enero, FJ 2 c)], por lo que hemos de entender satisfecha en el presente caso la carga de justificar la especial trascendencia constitucional a la que se refiere el art. 49.1 LOTC, in fine.

c) Legitimación.

El Ministerio Fiscal solicita la inadmisión parcial del recurso de amparo por falta de legitimación respecto de don L.M.G.C., al no ostentar interés legítimo respecto de los derechos fundamentales que se invocan, y respecto de doña C.P., y don L.M.G.C., respecto de su actuación en representación de la hija menor de edad, al existir un conflicto de intereses. Para resolver esta cuestión hemos de acudir a lo afirmado en la STC 66/2022, FJ 3 A), que ya se ha pronunciado sobre esta cuestión, teniendo en cuenta, en todo caso, que los derechos cuya vulneración se aduce en el presente recurso de amparo son tan solo parcialmente coincidentes con los derechos cuya lesión se había invocado en el recurso de amparo resuelto por la citada sentencia.

(i) No concurre la legitimación de don L.M.G.C., para actuar como parte demandante en este procedimiento constitucional de amparo, de acuerdo con la doctrina sobre la legitimación para comparecer ante este tribunal como demandante de amparo resumida en la citada STC 66/2022, FJ A) a), al que nos remitimos.

En primer lugar, no concurre dicha legitimación respecto a la vulneración del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo del art. 14 CE, con referencia a la condición de mujer embarazada y de parto, ya que, como señala el Ministerio Fiscal, no concurre en el recurrente don L.M.G.C., la condición de titular del derecho fundamental invocado ni ostenta un interés legítimo.

Por otra parte, tampoco concurre dicha legitimación en lo que afecta a los demás derechos cuya vulneración se alega en el presente recurso de amparo, de acuerdo

con lo ya resuelto en la citada STC 66/2022, FJ 3 A) c) que afirmó que «todo lo relacionado con el embarazo y parto debe entenderse vinculado, fundamentalmente, a la vida privada de la mujer y, por tanto, a su derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE), así como a su derecho a la integridad física (art. 15 CE)».

Atendiendo a las razones por las que se llegó a la conclusión de que don L.M.G.C., no ostentaba legitimación para interponer el recurso de amparo en la STC 66/2022, FJ 3 A) c) ii), en relación con los derechos a la intimidad personal y a la integridad física, a las que nos remitimos en su integridad, debemos concluir que tampoco ostenta ahora dicha legitimación. A ello ha de añadirse que la vulneración del derecho a la libertad ideológica y a la intimidad familiar están fundamentados en la presente demanda de amparo en relación con la vulneración del art. 14 CE, por lo que, entendiendo que don L.M.G.C., no ostenta legitimación para la interposición de recurso de amparo para la tutela de dicho derecho, tampoco la ostenta para la tutela de los derechos que reconocen los arts. 16 y 18 CE. En definitiva, debemos apreciar el óbice procesal planteado por el Ministerio Fiscal en relación con la legitimación de don L.M.G.C.

(ii) De acuerdo con la STC 66/2022, FJ 3 A) b) debemos declarar ab initio la falta de legitimación de doña V.G.P., para ostentar la condición de parte demandante en este procedimiento. Las razones por las que se llegó a dicha conclusión en la citada sentencia nos llevan ahora a adoptar la misma decisión. Siguiendo lo afirmado en dicha sentencia reiteramos que no puede serle reconocida la condición de «parte legítima procesal» como demandante de amparo porque, además de tratarse de la reclamación de derechos fundamentales de otra persona, en la posición de doña V.G.P., existe un interés contrapuesto al de sus padres, toda vez que estos denunciaron, tanto en vía judicial como en sede de amparo, que habían sido lesionados los principios de prohibición de discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), de prohibición de tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE), el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) y el derecho a la libertad ideológica (art. 16 CE) por la actuación de la administración sanitaria desde su ingreso hasta el nacimiento de doña V.G.P. Frente a la invocación de tales derechos y a la limitación en su ejercicio, la actuación de la administración sanitaria y las resoluciones judiciales posteriores han reconocido que las actuaciones médicas estuvieron justificadas y fueron proporcionadas para preservar la vida y la salud del feto.

Con fundamento, pues, en estas consideraciones debemos estimar el óbice procesal formulado por el Ministerio Fiscal en relación con la legitimación de doña V.G.P., como parte demandante en este proceso constitucional.

3. Doctrina constitucional.

A) Como en la STC 66/2022, FJ 4 A), antes de hacer mención de los derechos fundamentales que son invocados por la parte recurrente en su demanda de amparo, debemos partir necesariamente de la referencia previa a la dignidad como valor jurídico fundamental de la persona en general, pero, de modo particular, de la dignidad de la mujer en un aspecto tan esencial y exclusivo para ella como es el de su decisión de ser madre y de realizar el parto en su hogar familiar, teniendo en cuenta las específicas circunstancias concurrentes en este caso.

Siguiendo lo afirmado en dicha sentencia, debemos recordar que «[e]ste tribunal ha declarado que «nuestra Constitución ha elevado a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, "como germen o núcleo de unos derechos que le son

inherentes" y vinculada íntimamente con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE); así, la dignidad "es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás" (STC 53/1985, de 11 de abril, FFJJ 3 y 8). La dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad "suponen la base de nuestro sistema de derechos fundamentales"» (por todas, SSTC 212/2005, de 21 de julio, FJ 4; 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 8, y más recientemente, la STC 81/2020, de 15 de julio, FJ 11).

Asimismo, ha señalado que «[p]royectada sobre los derechos individuales, la regla del art. 10.1 CE implica que, en cuanto "valor espiritual y moral inherente a la persona" (STC 53/1985, FJ 8), la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre […], constituyendo, en consecuencia, un minimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona» [SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 4; 57/1994, de 28 de febrero, FJ 3 a); 192/2003, de 27 de octubre, FJ 7, y 81/2020, de 15 de julio, FJ 11]. […] Los derechos fundamentales invocados en la demanda son necesariamente una proyección de ese valor inherente a la condición humana que es la dignidad y, desde esta perspectiva, debemos realizar nuestro enjuiciamiento».

B) La demanda alega que la actuación de la administración sanitaria habría vulnerado el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), el derecho a la integridad física y moral y la prohibición de tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE), el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) y el derecho a la libertad ideológica (art. 16 CE).

a) Existe una consolidada doctrina de este tribunal sobre el derecho a la igualdad y sobre la prohibición de discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), especialmente en el ámbito de las relaciones laborales. La STC 153/2021, de 13 de septiembre, FJ 3 a), con cita de la STC 79/2020, FJ 4, afirma que «el derecho a la igualdad reconocido en el primer inciso del art. 14 CE exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, lo que veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación objetiva y razonable [SSTC 253/2004, de 22 de diciembre, FJ 5; 117/2011, de 4 de julio, FJ 4; 149/2017, de 18 de diciembre, FJ 4, y 91/2019, de 3 de julio, FJ 4 a), entre otras muchas]. Lo que prohíbe el principio de igualdad, en definitiva, son las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, de valor generalmente aceptado [STC 91/2019, FJ 4 a)]. El juicio de igualdad, siendo relacional, exige como presupuestos obligados, de un lado, que se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas; de otro, que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso. Solo una vez verificado uno y otro presupuesto resulta procedente entrar a determinar la licitud o ilicitud constitucional de la diferencia de trato (SSTC 27/2004, de 4 de marzo, FJ 2; 149/2017, de 18 de diciembre, FJ 5; 111/2018, de 17 de octubre, FJ 7, y 85/2019, de 19 de junio, FJ 6)». Con todo, «[l]a virtualidad del art. 14 CE, prosigue la STC 79/2020, FJ 4, "no se agota, sin embargo, en la proclamación del derecho a la igualdad sino que a continuación el

precepto se refiere a la prohibición de discriminación, entre otros motivos, por razón de sexo". Tal tipo de discriminación comprende no solo el tratamiento peyorativo que se funda en la pura y simple constatación del sexo de la persona afectada, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca, como sucede con el embarazo y la maternidad (por todas, SSTC 17/2003, de 30 de enero, FJ 3; 3/2007, de 15 de enero, FJ 2; 2/2017, de 16 de enero, FJ 5, y 79/2020, de 2 de julio, FJ 3)».

Por su parte, en la STC 71/2020, FJ 3 a), el Tribunal declara en relación con la cláusula de no discriminación por razón de sexo del art. 14 CE que, «"a diferencia del principio genérico de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad y solo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, las prohibiciones de discriminación contenidas en el art. 14 CE implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida ex constitutione, que imponen como fin y generalmente como medio la parificación, de manera que solo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad" (STC 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 5, y más recientemente la STC 108/2019, de 30 de septiembre, FJ 3, entre otras muchas)». Poniendo de relieve, además, que la «expresa exclusión de la discriminación por razón de sexo contenida en el art. 14 CE responde a la determinación del constituyente de terminar con la histórica situación de inferioridad en que, en la vida social y jurídica, se había colocado a la mitad de la población» y que «[p]ese a ello, a día de hoy las mujeres aún soportan situaciones de desigualdad y dificultades específicas que se traducen, entre otras consecuencias, en una menor incorporación de la mujer al trabajo o en una mayor dificultad para conciliar la vida personal, familiar y laboral, particularmente por razón de la maternidad».

Asimismo, en la citada STC 71/2020, el Tribunal recuerda, con cita de la STC 91/2019, de 3 de julio, FJ 4, las distintas formas de discriminación por razón de sexo que ha abordado la doctrina constitucional, en los siguientes términos: «Desde la STC 145/1991, de 1 de julio, este tribunal incluye en la prohibición de discriminación del art. 14 CE tanto la discriminación directa como la discriminación indirecta. La primera consiste en un tratamiento perjudicial en razón del sexo en el que el sexo es objeto de consideración directa. Y respecto a la discriminación indirecta por razón de sexo, la doctrina constitucional ha asumido el concepto elaborado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para referirse a aquellas medidas que, aunque formuladas de manera neutra, perjudican a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres: tales medidas están prohibidas salvo que estén justificadas por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo (SSTC 22/1994, de 27 de enero, FJ 4; 240/1999, de 20 de diciembre, FJ 6, y 253/2004, ya citada, FJ 7)».

Y añade que «[c]on relación a la discriminación directa, el Tribunal ha declarado de forma reiterada y constante, como recuerda la STC 108/2019, FJ 3, que "comprende no solo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada, sino también los que se funden en la concurrencia de condiciones que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca (por todas, y por referirnos a la última que lo afirma en esos estrictos términos, STC 2/2017, de 16 de enero, FJ 5), vinculando particularmente con esto último el embarazo y su incidencia en las condiciones de

trabajo de la mujer, toda vez que se trata de un elemento o factor diferencial que, en tanto que hecho biológico incontrovertible, incide de forma exclusiva sobre las mujeres. En este sentido, se afirma que 'la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo' (en el mismo sentido, por ejemplo, STC 162/2016, de 3 de octubre, FJ 6)"». Y, «por lo que se refiere a la discriminación indirecta, la STC 91/2019, de 3 de julio, FJ 4, reitera que "cuando se denuncia una discriminación indirecta por razón de sexo, no se exige aportar como término de comparación la existencia de un trato más beneficioso atribuido única y exclusivamente a los varones, sino que exista, en primer lugar, una norma o una interpretación o aplicación de la misma que produzca efectos desfavorables para un grupo formado mayoritariamente, aunque no necesariamente de forma exclusiva, por mujeres. Y, en segundo lugar, se requiere que los poderes públicos no puedan probar que la norma que dispensa una diferencia de trato responde a una medida de política social, justificada por razones objetivas y ajenas a toda discriminación por razón de sexo. En suma, como afirmamos en la STC 253/2004, "en estos supuestos, para que quepa considerar vulnerado el derecho y mandato antidiscriminatorio consagrado en el art. 14 CE debe producirse un tratamiento distinto y perjudicial de un grupo social formado de forma claramente mayoritaria por mujeres, respecto de bienes relevantes y sin que exista justificación constitucional suficiente que pueda ser contemplada como posible límite al referido derecho (FJ 7)"».

b) Como ha afirmado recientemente este tribunal en la citada STC 66/2022, FJ 3 A) c) ii), con cita de la STC 93/2013, de 23 de abril, FJ 9, «todo lo relacionado con el embarazo y parto debe entenderse vinculado, fundamentalmente, a la vida privada de la mujer y, por tanto, a su derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE), así como a su derecho a la integridad física (art. 15 CE)». Asimismo, en la citada sentencia el Tribunal afirmó que «[t]ambién en conexión con esa autodeterminación opera el derecho consagrado en el art. 15 CE, que protege "la inviolabilidad de la persona, no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular" (SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8, y 119/2001, de 24 de mayo, FJ 5). Su finalidad es proteger la "incolumidad corporal" (STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 2), habiendo adquirido también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a su plena efectividad (STC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 5). Como se indicó en la STC 37/2011, de 28 de marzo, FJ 3, este derecho fundamental conlleva una facultad negativa, que implica la imposición de un deber de abstención de actuaciones médicas salvo que se encuentren constitucionalmente justificadas y, asimismo, una facultad de oposición a la asistencia médica, en ejercicio de un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal, como distinto del derecho a la salud o a la vida, razón por la cual hemos afirmado que el derecho a la integridad física y moral resultará afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad».

c) Tanto la vulneración del art. 14 CE como del art. 15 CE, se asocian en la demanda, con carácter principal, a la falta de consentimiento informado en relación con determinadas actuaciones médicas, así como genéricamente a la limitación del derecho a la autodeterminación por la no obtención del alta hospitalaria una vez iniciado espontáneamente el parto, lo que, a criterio de la parte, hacía improcedente el

mantenimiento del ingreso, por no ser ya precisa la inducción del mismo. En la citada STC 37/2011, FJ 4, afirmamos que «[e]l art. 15 CE no contiene una referencia expresa al consentimiento informado, lo que no implica que este instituto quede al margen de la previsión constitucional de protección de la integridad física y moral. […] Evidentemente, las actuaciones médicas llevan implícita una posibilidad de afección a la integridad personal protegida por el art. 15 CE, en la medida en que este tutela la inviolabilidad de la persona contra toda intervención en su cuerpo, de manera que es preciso arbitrar los mecanismos necesarios para garantizar la efectividad del derecho dentro de ese ámbito, cohonestándolo con la función y finalidad propias de la actividad médica». Y señalamos que «cualquier actuación que afecte a la integridad personal, para resultar acorde con dicho derecho, según la delimitación que antes efectuamos del mismo, se ha de encontrar consentida por el sujeto titular del derecho o debe encontrarse constitucionalmente justificada. De ahí que el legislador deba establecer […] los mecanismos adecuados para la prestación del consentimiento del sujeto que se ha de ver sometido a una intervención médica, así como los supuestos que, desde una perspectiva constitucional permitirían prescindir del mismo, teniendo siempre presente, de una parte «que solo ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga al definir cada derecho o ante los que de manera mediata o indirecta de la misma se infieran al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos constitucionalmente protegidos, puedan ceder los derechos fundamentales (SSTC 11/1981, fundamento jurídico 7; 2/1982, fundamento jurídico 5; 110/1984, fundamento jurídico 5), y de otra que, en todo caso, las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho "más allá de lo razonable" (STC 53/1986, fundamento jurídico 3), de modo que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean "necesarias para conseguir el fin perseguido" (SSTC 62/1982, fundamento jurídico 5; 13/1985, fundamento jurídico 2) y ha de atender a la "proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquel a quien se le impone" (STC 37/1989, fundamento jurídico 7) y, en todo caso, respetar su [contenido] esencial (SSTC 11/1981, fundamento jurídico 10; 196/1987, fundamentos jurídicos 4, 5 y 6; 197/1987, fundamento jurídico 11), si tal derecho aún puede ejercerse» (STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8)».

Y, finalmente, que «[e]s consonante con la relevancia que se ha asignado a la información y al consentimiento previos a la realización de cualquier actuación médica la regulación de estos aspectos que se realiza en nuestro ordenamiento interno, contenida, esencialmente, en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que actualiza y completa la regulación contenida en la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, con observancia de las previsiones del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina de 4 de abril de 1997».

La citada Ley, como también expusimos en la citada STC 37/2011, FJ 5, establece la exigencia, con carácter general, del previo consentimiento de los pacientes o usuarios para toda actuación en el ámbito de la sanidad, «que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada» y que «se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley» (art. 2.2). Asimismo, queda recogido el derecho a decidir libremente entre las opciones clínicas disponibles, tras recibir la información adecuada (art. 2.3), y a negarse al tratamiento, salvo en los casos previstos en la ley (art. 2.4). El art. 4 regula el derecho a la información asistencial de los pacientes, como medio indispensable para ayudarle a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre

voluntad, correspondiendo garantizar esa información, con el contenido previsto en el art. 10, al médico responsable del paciente, así como a los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto, reconociéndose también el derecho a no recibir información (aunque con los límites contemplados en el art. 9.1). Por lo que se refiere al consentimiento informado, el art. 8 prevé que «[t]oda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso», y que, como regla general, se prestará verbalmente, salvo determinados supuestos, como las intervenciones quirúrgicas, en las que se efectuará por escrito. Como excepción, se permite llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables para la salud del paciente sin necesidad de su consentimiento en supuestos tasados (art. 9.2).

d) En el presente recurso de amparo se plantea, además, la posible vulneración del art. 18 CE, ya que el embarazo y el parto forman parte de la intimidad personal, y del art. 16 CE, relacionado con la reacción de la administración sanitaria por haber manifestado la recurrente su deseo de dar a luz en casa.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha abordado esta cuestión, haciéndolo, no obstante, desde un planteamiento central distinto del que ahora se suscita, toda vez que el objeto de su enjuiciamiento fueron los obstáculos que la legislación nacional de determinados Estados miembros del Consejo de Europa habían impuesto a las gestantes que desearan dar a luz en sus domicilios, mediante la iniciativa de favorecer el acceso a los servicios hospitalarios de aquellos alumbramientos, con el fin de encauzar, por razones de seguridad y de evitación de riesgos para la vida de la gestante y del feto, la atención sanitaria a aquellas en hospitales y no en sus domicilios familiares.

[…]

En síntesis, la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, relativa a la protección del derecho a la vida privada personal y familiar reconocido en el art. 8 CEDH, puede resumirse en los siguientes apartados:

(i) El derecho a la vida privada incorpora el derecho a decidir ser o no ser madre o padre, que, a su vez, incluye el derecho a elegir las circunstancias en que se desea dar a luz (STEDH de 14 de diciembre de 2010, asunto Ternovszky c. Hungría, § 22).

(ii) Las cuestiones relacionadas con el parto, incluida la elección del lugar de nacimiento, están fundamentalmente vinculadas a la vida privada de la mujer y están comprendidas en el ámbito de aplicación de ese concepto, a los efectos del art. 8 CEDH. «El Tribunal considera que, si bien el artículo 8 no puede interpretarse en el sentido de que confiere un derecho a dar a luz en el hogar como tal, el hecho de que en la práctica sea imposible que las mujeres reciban asistencia para dar a luz en su domicilio particular es una cuestión de su derecho al respeto de su vida privada y, por tanto, del artículo 8. De hecho, dar vida es un momento único y delicado en la vida de una mujer. El nacimiento de un niño abarca cuestiones relacionadas con la integridad física y moral, la atención médica, la salud reproductiva y la protección de la información relacionada con la salud. Por consiguiente, estas cuestiones, incluida la elección del lugar de parto, están fundamentalmente vinculadas a la vida privada de la mujer y están comprendidas en ese concepto a los efectos del artículo 8 de la Convención» [STEDH de 15 de noviembre de 2016 (Gran Sala), asunto Dubská y Krejzová c. República Checa, § 163].

(iii) Si bien el parto en el domicilio «no plantea en sí mismo cuestiones morales y éticas muy delicadas […] puede decirse, no obstante, que afecta a un importante interés general en el ámbito de la salud pública. Además, la responsabilidad del Estado en esta materia implica necesariamente un poder más amplio para que este dicte normas sobre el funcionamiento del sistema de salud, abarcando tanto a las instituciones de salud públicas como a las privadas. En este contexto, el Tribunal observa que el presente asunto se refiere a una cuestión compleja de política sanitaria que requiere un análisis por parte de las autoridades nacionales de datos especializados y científicos sobre los riesgos respectivos del parto hospitalario y del parto en casa» (STEDH, asunto Dubská y Krejzová c. República Checa, ya citada, § 182).

(iv) «El derecho a elegir ese modo de parto nunca es absoluto y siempre está sujeto al cumplimiento de determinadas condiciones médicas» (§ 183 de la STEDH, asunto Dubská y Krejzová c. República Checa). Se impone, pues, la necesidad de verificar que la decisión de la embarazada de dar a luz en el domicilio familiar esté en justo equilibrio con el interés general de preservar su vida y salud y, también, la del nasciturus, valorando para ello la posibilidad de que aquella disponga de un profesional de la salud que la pueda asistir en el parto.

(v) Dada la variedad de normativas nacionales existentes, que regulan de diferente modo la cobertura, con cargo al Estado, de la asistencia sanitaria en el domicilio familiar, el Tribunal «considera que el margen de apreciación que debe concederse a las autoridades nacionales en el presente asunto debe ser amplio, sin ser ilimitado. El Tribunal debe en efecto controlar si, a la vista de este margen de apreciación, la injerencia da fe de un equilibrio proporcionado de los intereses en juego […]. En un asunto derivado de una demanda individual, la misión del Tribunal no consiste en examinar en abstracto una normativa o práctica controvertida, sino que debe limitarse, en la medida de lo posible, sin olvidar el contexto general, a abordar las cuestiones planteadas por el asunto concreto del que se trata […] Por lo tanto, no tiene que sustituir su propia apreciación por la de las autoridades nacionales competentes para determinar la mejor manera de regular las cuestiones relativas a las condiciones del parto. Más bien, sobre la base del criterio de equilibrio justo antes mencionado, debe examinar si en el presente caso la injerencia del Estado es compatible con el artículo 8 de la Convención» (párrafo 184 de la STEDH ya citada).

C) Por otra parte, en relación con el trato en los hospitales de las mujeres gestantes se han pronunciado diferentes instrumentos internacionales, que cita la demanda y a los que hemos de hacer, asimismo, referencia. No sin antes recordar que, en todo caso, como se afirmó en STC 184/2021, de 28 de octubre, FJ 14, «"no le corresponde a este tribunal, al conocer un recurso de amparo, examinar la observancia o inobservancia, per se, de textos internacionales que obliguen a España, sino comprobar el respeto o la infracción de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de amparo (arts. 53.2 CE y 49.1 LOTC), sin perjuicio de que, por mandato del art. 10.2 CE, tales preceptos deban ser interpretados de conformidad con la Declaración universal de derechos humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España" (SSTC 107/2005, de 9 de mayo, FJ 3; 244/2007, de 10 de diciembre, FJ 2; 126/2009, de 21 de mayo, FJ 3; 66/2011, de 5 de mayo, FJ 2, y 138/2012, de 20 de junio, FJ 3, entre muchas)».

Pues bien, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, establece en su art. 12 que «1. Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia» y que «2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia».

Además, el art. 17 prevé que «[c]on el fin de examinar los progresos realizados en la aplicación de la presente Convención, se establecerá un Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer [CEDAW]». Dicho Comité emitió, en el año 1999, la recomendación núm. 24, en la que se pone de manifiesto que «[l]as mujeres tienen el derecho a estar plenamente informadas por personal debidamente capacitado de sus opciones al aceptar tratamiento o investigación, incluidos los posibles beneficios y los posibles efectos desfavorables de los procedimientos propuestos y las opciones disponibles», señalando, además, que son aceptables los servicios de atención médica de calidad que se prestan si se garantiza el consentimiento previo de la mujer con pleno conocimiento de causa, se respeta su dignidad, se garantiza su intimidad y se tienen en cuenta sus necesidades y perspectivas. Asimismo, que «[e]n sus informes, los Estados partes han de indicar también qué medidas han adoptado para garantizar a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto» y que los Estados deberán «exigir que todos los servicios de salud sean compatibles con los derechos humanos de la mujer, inclusive sus derechos a la autonomía, intimidad, confidencialidad, consentimiento y opción con conocimiento de causa».

Por otra parte, también resulta necesario tener presente, en relación con los dictámenes de los comités de Naciones Unidas, y específicamente, del CEDAW, que contienen recomendaciones para el Estado parte, pero no tienen funciones jurisdiccionales (en sentido similar, STC 46/2022, de 24 de marzo, FJ 6).

D) Bien constitucionalmente protegido.

Es preciso completar el marco preliminar del presente juicio de constitucionalidad con la necesaria identificación del bien constitucionalmente protegido, que debe ser objeto de consideración y ponderación ante los derechos fundamentales cuya lesión alega la demanda de amparo.

En las actuaciones de la administración sanitaria, tal y como se deja constancia en los antecedentes de esta sentencia que recogen el contenido de las resoluciones judiciales, se refleja la necesidad de su adopción, entre otras razones, por el incremento del riesgo fetal, esto es, al igual que se manifestó en la STC 66/2022, FJ 4 C), se trataba de preservar la vida y salud del nasciturus, a la par que satisfacer la necesidad de proporcionarle una atención sanitaria adecuada a la gestante, para superar un parto calificado como de «riesgo», eventualmente causado por aquella prolongación excesiva de la gestación. La vida y salud del precitado nasciturus constituye un bien constitucionalmente legítimo según ha declarado este tribunal «cuya protección encuentra en dicho precepto [art. 15 CE] fundamento constitucional».

En conclusión, «[h]emos, pues, de identificar la vida y salud del feto que albergaba en su seno la gestante, como bien susceptible de protección, que ha de ser tenido en cuenta en nuestro enjuiciamiento constitucional, en su confrontación con los derechos fundamentales cuya lesión alega la parte recurrente» [STC 66/2022, FJ 4 C)].

4. Análisis de las quejas planteadas.

Debemos analizar ahora si la actuación de la administración sanitaria ha vulnerado el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) y, en relación con el mismo, de alguno de los derechos reconocidos en los arts. 15, 16 y 18 CE.

Dicho análisis, como ya ha advertido el Tribunal en otras ocasiones (en este sentido, STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 5), ha de realizarse, ya que nos hallamos frente a un recurso de amparo, de manera ceñida al concreto contenido de dicha actuación y a las peculiares circunstancias que singularizan la situación en la que esta se ha producido, cuidando, por tanto, de limitar nuestras consideraciones de alcance genérico con el fin de evitar todo confusionismo con otros supuestos de asistencia médica distintos del presente.

[…]

Pues bien, la cuestión ahora controvertida se circunscribe, como ya hemos señalado, a determinar si, tal y como se aduce en la demanda, se ha privado a doña C.P., de sus derechos a la autonomía y al consentimiento informado en el ámbito sanitario, priorizando de forma explícita el interés del nasciturus a sus derechos fundamentales, específicamente los derechos a los que se refieren los arts. 15, 16 y 18 CE, dando lugar a una discriminación directa e indirecta por razón de sexo.

a) En el relato de los hechos, los recurrentes se refieren, tal y como ha quedado constancia en los antecedentes, al mantenimiento del ingreso de doña C.P., en el hospital, cuestionando su necesidad. En concreto, la demanda expone que «[d]urante este tiempo la pareja solicitaba el alta dado que todo estaba correcto y dado que no era necesario proceder con una inducción dado que doña [C.P.] ya estaba de parto». En todo caso, la permanencia en el hospital es consecuencia insoslayable de la orden de ingreso hospitalario que ya ha sido considerada conforme a derecho en la STC 66/2022, FJ 6 D), por lo que hemos de remitirnos a lo en ella expuesto. Así, las razones que justificaron el ingreso se mantuvieron con posterioridad al mismo, ya que como se afirma en sentencia 164/2019, de 10 de septiembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Oviedo, «se contemplaba como algo necesario, pero no con la única finalidad de inducir el parto, sino como mecanismo de vigilancia y control de la madre y del nasciturus», lo que es corroborado por la historia clínica.

b) De acuerdo con la doctrina constitucional, el análisis de la vulneración de la prohibición de discriminación por razón de sexo exige atender a las circunstancias del caso y, en principio, bastará que quien lo alega aporte un indicio de discriminación y la parte a la que se imputa no aporte la prueba que acredite que el trato que se alega desfavorable no responde a ese motivo. La demanda alega indicios de trato desfavorable discriminatorio por razón de la condición de mujer embarazada, consistentes en la imposición de unas actuaciones médicas, con supresión del derecho de autodeterminación y al consentimiento informado de la recurrente.

Sin embargo, frente a lo afirmado en la demanda, de la historia clínica y de los hechos probados por las sentencias, se infiere que en este caso concreto no hubo una limitación del derecho de autonomía y del consentimiento informado.

La historia clínica aportada pone de relieve que la actuación médica no contravino la voluntad de doña C.P., en cuanto a lo planteado en el plan de parto presentado, puesto que comprobado al ingresar que el parto se había iniciado no se realizó la inducción, sino que se hizo un seguimiento expectante de su evolución y del bienestar del feto, hasta que el diagnóstico médico determinó la práctica de la cesárea urgente. Las circunstancias que constan en la historia clínica a este respecto, no evidencian desatención del plan de parto propuesto por la paciente, como se apunta en la demanda, sino lo contrario. En este sentido es relevante que en el plan de parto que presentó la recurrente constaba que no quería parto instrumental o cesárea por falta de progreso salvo si sus vidas corrían peligro inmediato, que es lo que se valoró conforme al historial médico. Estas conclusiones se ven apoyadas, además, por lo afirmado en la propia demanda cuando se dice que la recurrente no se negaba a dichas intervenciones, en concreto a la cesárea, sino únicamente quería asegurarse que estaban justificadas.

De otro lado, la cesárea fue consentida por la madre tras ser informados de la situación ella y su pareja. Así consta en el informe de curso de hospitalización, en el informe de alta, en el informe del jefe de obstetricia del HUCA, de 26 de abril, tal y como consta en los antecedentes de esta sentencia, y en el informe de 14 de junio de 2019 del servicio de ginecología y obstetricia del HUCA. En este último se afirma que el doctor «le aporta consentimientos de parto y cesárea. Se le informa que es deseable que los lea y esté informada (están recogidos en la cartilla de embarazo del SESPA). La paciente los lee y los firma voluntariamente». Asimismo, se afirma en la sentencia 164/2019, de 10 de septiembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Oviedo, como hechos probados que «[a] pesar de la analgesia administrada [doña C.P.] pregunta por la posibilidad de realizar una cesárea, siendo informada de que existe una indicación médica por diagnóstico de desproporción pelvifetal de estrecho superior por deflexión de la cabeza fetal en occipito sacra» y que «[s]e indica cesárea por detención del primer periodo de parto y se administra profilaxis de endometritis con cefazolina, firmando el correspondiente consentimiento». Es una operación realizada con el consentimiento de la madre (sentencia núm. 84/2020, 11 de febrero, de la Sala de lo ContenciosoAdministrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias).

En definitiva, de la documentación aportada se desprende que la recurrente consintió las actuaciones médicas a las que tuvo que ser sometida a la vista de las circunstancias concurrentes.

Constatado el consentimiento de la recurrente, queda vacía de contenido su alegación sobre el supuesto trato discriminatorio que alega haber sufrido, puesto que lo justifica la recurrente en la lesión de su derecho a decidir cómo quería que trascurriera el parto. Como ha quedado acreditado, a la vista de las delicadas circunstancias que rodearon el parto, todas las actuaciones médicas a las que tuvo que ser sometida la recurrente para la protección de su propia salud y del nasciturus, fueron debidamente explicadas por el servicio médico y consentidas por la recurrente.

Como afirma el Ministerio Fiscal, no se desprende de la historia clínica, aportada por los recurrentes junto a la demanda, que las actuaciones e intervenciones médicas realizadas por los facultativos del HUCA se practicasen sin el consentimiento

de doña C.P., o que se hubieran firmado los consentimientos informados por coacciones ejercidas por los facultativos que le atendieron, teniendo en cuenta además que la ahora recurrente en amparo estuvo acompañada en todo momento por su pareja y por su comadrona de confianza y que ella misma reconoce que estaba en plenas condiciones en cuanto a su capacidad para tomar decisiones. A ello se añade que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la reciente sentencia de 8 de marzo de 2022, asunto Reyes Jiménez c. España, afirma que «el Convenio no exige en absoluto que el consentimiento informado se preste por escrito siempre que sea inequívoco» (§ 37).

A la vista de las circunstancias concretas del caso hemos de rechazar que la actuación del Servicio de Salud del Principado de Asturias, ejecutada materialmente a través del HUCA, constituya un trato discriminatorio desfavorable hacia la recurrente por razón de sexo con vulneración del art 14 CE, que le haya privado del derecho de autodeterminación como paciente y del derecho al consentimiento informado, por el hecho de ser mujer embarazada. Lo anterior conduce a descartar la discriminación indirecta que se aduce ya que ha quedado demostrado con los informes médicos que obran en los autos que la actuación médica, además de consentida, fue adecuada a las circunstancias planteadas teniendo en cuenta la necesidad de salvaguardar la vida de la gestante y del nasciturus, necesidad ante la que debe necesariamente ceder el derecho de la gestante de decidir acerca del lugar y el modo en que quería dar a luz.

c) La demanda valora determinadas actuaciones de la administración sanitaria, tal y como ha quedado pormenorizadamente recogido en los antecedentes de esta sentencia, como humillaciones, burlas, amenazas, reproches y coacción.

No se determinan los hechos que pudieran calificarse como tales. Se trata de afirmaciones subjetivas de la parte, carentes de respaldo probatorio y que contradicen los datos que aparecen en la historia clínica.

Del historial clínico, cuya veracidad no se cuestiona en el presente recurso de amparo, se deriva lo contrario. Como se ha puesto de manifiesto, se intentó respetar el plan de parto presentado por la recurrente en amparo hasta que fue posible, atendiendo al riesgo de la gestante y el feto. Además, y como el Ministerio Fiscal pone de manifiesto, ningún dato permite establecer que la recurrente fuera objeto de un trato peyorativo y humillante por parte de los facultativos que le atendieron y realizaron las intervenciones médicas precisas, previo su consentimiento informado.

Además, la invocación de que las pretendidas humillaciones, reproches, amenazas o coacciones pudieran haber determinado una situación de estrés que diera lugar a que el parto no evolucionara de forma natural y acabara dando lugar a la práctica de una cesárea queda desvirtuada, conforme se apunta en las resoluciones judiciales, por los informes médicos que especifican que la referida intervención fue precisa, por la desproporción pelvifetal de estrecho superior por deflexión de la cabeza fetal en occipito sacra, con deterioro de la frecuencia cardiaca del feto que exigieron cesárea urgente.

d) Respecto a las actuaciones médicas cuya realización cuestiona la demanda, hemos de tener en cuenta que los hechos considerados probados por las resoluciones judiciales no han sido discutidos en el presente recurso de amparo y que las valoraciones de los hechos que realizan los recurrentes carecen de respaldo probatorio.

En la historia clínica se refleja que, ante la petición de doña C.P., de evitar la exploración ginecológica se le informa que se evitará, si es posible, o se sustituirá por

otra prueba, ofreciéndole que se practique por el/la obstetra o por la matrona del HUCA que ella desee. En este sentido, la sentencia 164/2019, de 10 de septiembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Oviedo pone de relieve que es una prueba absolutamente necesaria para el diagnóstico de la evolución del parto. Asimismo, destaca que se ofreció a la recurrente «que el tacto vaginal lo realizase cualquier obstetra o matrona que se encontraba en el área de partos, algo que es obvio que no es la forma ordinaria de actuar de los referidos profesionales, y que únicamente se explica por el trato deferente, y casi diríamos que exquisito, al que fue sometido la paciente. Lo que resulta […] contrario a la más simple lógica de la actuación administrativa y sanitaria, es la pretensión de la interesada de que el tacto vaginal lo realizase alguien ajeno al Sistema Sanitario Público, […], y es que el servicio público no pude verse interferido por la actuación de terceros sujetos privados, por el simple capricho o interés de los usuarios, so pena de convertirlo en un servicio al gusto o interés de cada paciente».

Por otra parte, consta que la primera exploración se realizó tras prestar el consentimiento la paciente a las 12:45 horas del día 25 de abril de 2019. Por lo que se refiere a la administración de la epidural fue solicitada por la propia recurrente ante el dolor que presentaba, si bien se decidió suspender la administración por posible reacción alérgica de la paciente, ofreciéndole a la paciente otras medidas analgésicas no farmacológicas y farmacológicas, optando la paciente por estas últimas.

En cuanto a la práctica de la cesárea, como ya hemos puesto de relieve, igualmente consta tanto en la historia clínica como en las resoluciones judiciales que fue consentida por la paciente que, como también se ha señalado, estuvo acompañada en todo momento por su pareja y por su comadrona de confianza.

e) La demanda alega también que la actuación del Servicio de Salud del Principado de Asturias y, en concreto, del HUCA, ha vulnerado el derecho a la intimidad personal de doña C.P., y su familia, y en concreto los arts. 18 CE y 8 CEDH ya que el embarazo y el parto forman parte de la intimidad personal, citando al respecto las SSTEDH asunto Konovalova c. Rusia, asunto Ternovszky c. Hungría y asunto P. y S. c. Polonia. La demanda se limita, por tanto, en relación con la vulneración del art. 18 CE a afirmar que la vulneración de dicho precepto se produce porque el embarazo y el parto forman parte de la intimidad personal. Esta afirmación no cumple con la carga de proporcionar la fundamentación fáctica y jurídica que es de esperar y que se integra en el deber de colaborar con la justicia del Tribunal Constitucional. En último término, lo mismo sucede con la vulneración del art. 16 CE, que se sustenta en la demanda en el hecho de que la recurrente en amparo manifestara que su intención era dar a luz en casa, lo que conllevó una reacción desproporcionada por parte del servicio de salud. Dicha escueta afirmación no puede estimarse suficiente para entender cumplida la carga procesal de proporcionar fundamentación fáctica y jurídica de la conculcación del art. 16 CE.

En cualquier caso, podría entenderse que la vulneración de los arts. 16 y 18 CE que se aduce no es consecuencia de la actuación sanitaria que ahora se cuestiona, sino del ingreso y su mantenimiento. A este respecto debemos remitirnos a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos recogida en el fundamento jurídico 3 B) d). Tal como recuerda la citada STC 66/2022, FJ 6, «[l]o que aquí se dilucida es un conflicto entre los derechos fundamentales de la madre y el bien jurídico constitucionalmente protegido que es la vida del nasciturus» y que «en la STC 53/1985, FJ 5, dijo este tribunal que el nasciturus constituye un bien jurídico cuya protección encuentra

fundamento constitucional en el art. 15 CE, en cuanto encarna el valor fundamental de la vida humana, garantizado en dicho precepto constitucional». Como en aquel caso, en el mantenimiento del ingreso se ha de dilucidar un «conflicto que entiende concurrente entre la decisión de la madre de dar a luz en su casa, asistida por una matrona, y el riesgo que dicha decisión podía suponer para la vida del nasciturus, en la medida en que se trataba de un embarazo que se encontraba en la semana 42+3 (según el informe médico que acompañaba a la solicitud de ingreso forzoso), y los servicios médicos del hospital público en el que se había llevado a cabo el seguimiento del embarazo de la madre expresaban el riesgo de hipoxia fetal y de muerte intrauterina» (STC 66/2022, FJ 6).

En consecuencia, y por dichas razones hemos de desestimar la vulneración de los arts. 16 y 18 CE.

Atendiendo a lo anteriormente expuesto, y a la vista de las circunstancias concretas del caso que resultan de las actuaciones y cuya veracidad no ha sido cuestionada ante este tribunal, se debe concluir que la actuación del Servicio de Salud del Principado de Asturias, ejecutada a través del HUCA, no ha constituido un trato discriminatorio desfavorable hacia la recurrente por razón de sexo con vulneración del art. 14 CE, que le haya privado del derecho de autodeterminación como paciente y del derecho al consentimiento informado, ni tampoco haya vulnerado los derechos reconocidos en los arts. 15, 16 y 18 CE. Por todo lo anterior, debemos desestimar el presente recurso de amparo.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación española, ha decidido desestimar el recurso de amparo interpuesto por doña C.P., don L.M.G.C., y doña V.G.P.

[…]

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS SOBRE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SANITARIA Y COVID-19

Pablo Javier Collado Beneyto
Jefe del Servicio de Coordinación y Documentación
Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana
Mercedes Altarriba Comes
Bibliotecaria-Documentalista
Servicio de Coordinación y Documentación
Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana

Esta sección de referencias bibliográficas de la revista recoge una selección de libros, artículos y partes de monografías publicados recientemente hasta febrero de 2022, sobre la responsabilidad patrimonial sanitaria y COVID-19.

Los documentos han sido ordenados alfabéticamente en atención al primer apellido de cada autor.

Libros

ALONSO TIMÓN, Antonio J. (coord.); VEGA LABELLA, José Ignacio; et al. *Visión crítica de la gestión del COVID-19 por la Administración*. Madrid: Lefebvre-El Derecho, 2021.

BLANQUER CRIADO, David. *La responsabilidad patrimonial en tiempos de pandemia: (los poderes públicos y los daños por la crisis de la COVID-19).* Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

CRUZ LÓPEZ, Pablo de la; MOLL FERNÁNDEZ-FÍGARES, Luis S. (dirs.); ALONSO PRADA, Víctor Ernesto; et al. *Responsabilidad patrimonial y COVID-19 en los distintos sectores de actividad*. Madrid: Lefebvre-El Derecho, 2021.

GALLARDO CASTILLO, Mª Jesús. *Administración sanitaria y responsabilidad patrimonial.* A Coruña: Colex, 2021.

JIMÉNEZ MORIANO, Óscar. *El ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial por daños producidos durante la pandemia de coronavirus: Y otras responsabilidades en el ámbito civil, penal y mercantil.* Las Rozas (Madrid): Wolters Kluwer, 2020.

MONEREO PÉREZ, José Luis; et al. (dirs.); FERNÁNDEZ RAMÍREZ, Marina; PEDROSA ALQUÉZAR, Sonia Isabel (coords.). *Salud y asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia COVID-19.* 2 tomos. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi-Thomson Reuters, 2021.

Artículos de revista y partes de monografía

ÁLVAREZ LATA, Natalia. *Vacunación, tratamientos médicos impuestos y responsabilidad civil: Una revisión en tiempos de COVID-19*. En: Responsabilidad médico-sanitaria / Mariano José Herrador Guardia, Director. Las Rozas (Madrid): Sepin, 2022; p. 581-625.

BLANQUER CRIADO, David. *Los daños por la COVID-19 (responsabilidad patrimonial, ordenación y privación de derechos)*. En: COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá) / David Blanquer Criado (coord.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2020; p. 399-507.

CHAVES GARCÍA, José Ramón. *El reverdecimiento de la responsabilidad sanitaria tras el COVID-19.* En: Actualidad jurídica Aranzadi, n. 962, 2020. 2 p.

CUETO PÉREZ, Miriam. *Buen gobierno y buena administración en la sanidad pública.* En: Revista Vasca de Administración Pública, n. 120 (2021); p. 61-102.

DIVASSON MEDIVIL, Jesús; ORTILLÉS BUITRÓN, Jorge; MARTÍNEZ AGUIRRE, María Esther. *Administración sanitaria.* En: Responsabilidad patrimonial y COVID-19 en los distintos sectores de actividad / Directores, Directores: de la Cruz López, Pablo; Moll Fernández-Fígares, Luis S. Madrid: Lefebvre-El Derecho, 2021; p. 550-1299.

DOMÉNEQ PASCUAL, Gabriel. *Responsabilidad patrimonial del Estado por la gestión de la crisis del COVID-19*. En: El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, n. 86-87 (2020); p. 102-109.

ESPINOSA, Paula; CANO, Rubén. *La efervescencia de nuevos retos jurídico-sanitarios con motivo del Covid-19: Desafíos en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria y uso de datos de salud y muestras biológicas.* En: Diario La Ley, n. 9648 (2020); 7 p.

ESTEVE GIRBÉS, Jordi. *El mito de la responsabilidad objetiva global de la administración pública: pandemia por coronavirus como oportunidad para una reevaluación del sistema*. En: Revista aragonesa de Administración Pública, n. 57 (2021); p. 43-71.

GONZÁLEZ CARRASCO, Mª Carmen. *Responsabilidad patrimonial y civil por contagios del SARSCOV-2 en residencias de mayores: nexo causal y criterios de imputación*. En: Revista Derecho y Salud, vol. 30 extraord. (2020); p. 22-35.

MAGIDE HERRERO, Mariano. *Responsabilidad patrimonial de la Administración y COVID-19*. En: Visión crítica de la gestión del COVID-19 por la Administración / Coordinador, Antonio J. Alonso Timón; Autores. Madrid: Lefebvre-El Derecho, 2021.

MANENT ALONSO, Luis. *Las singularidades de las reclamaciones por daños causados por las administraciones públicas como consecuencia de la COVID-19*. En: Revista Jurídica de Les Illes Balears, n. 20 (2021); p. 139-173.

MARTÍNEZ BARROSO, María de los Reyes. *Responsabilidad por defectuosa prestación de la asistencia sanitaria en el contexto del COVID-19*. En: Salud y asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia Covid-19 / José Luis Monereo Pérez, María Pilar Rivas Vallejo, María Nieves Moreno Vida, Francisco Vila Tierno y Juan Carlos Álvarez Cortés Directores; Marina Fernández Ramírez y Sonia Isabel

Pedrosa Alquézar Coordinadores. Tomo I. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi-Thomson Reuters, 2021; p. 1599-1651.

MARTÍNEZ NAVARRO, Juan Alejandro. *Los efectos de la Covid-19 en las residencias de mayores.* En: Revista Vasca de Administración Pública, n. 119 (2021); p. 127-166.

REBOLLO PUIG, Manuel. *Responsabilidad y ayudas públicas por daños de las vacunas contra la Covid.* En: El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, n. 93-94 (2021); p. 68-79.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *La responsabilidad patrimonial del Estado por las medidas adoptadas en estado de alarma declarado para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el covid-19: consideraciones generales del caso español*. En: Actualidad administrativa, n. 10 (2021). 26 p.

RODRÍGUEZ AYUSO, Juan Francisco. *Responsabilidad proactiva de las administraciones públicas ante el Covid-19.* En: Actualidad Administrativa, n. 6 (2020); 9 p.

SANTAELLA SÁEZ, Óscar.

- *La responsabilidad patrimonial de la Administraciones Públicas en la gestión del Coronavirus*. En: Diario La Ley, n. 9617 (2020); 8 p.
- *La responsabilidad de las residencias de mayores por fallecimiento durante la crisis del Covid-19.* En: Diario La Ley, n. 9638 (2020); 9 p.

NORMATIVA DE INTERÉS

NORMATIVA DE INTERÉS

En este ejemplar de la Revista Española de la Función Consultiva se da cuenta de la Ley 4/2023, de 23 de marzo, de la Presidencia y del Gobierno de Canarias; la Ley 1/2023, de 16 de marzo, de la Potestad sancionadora de las Administraciones públicas vascas y de la Ley 5/2022, de 25 de noviembre, de Medidas de mejora de los procesos de respuesta administrativa a la ciudadanía y para la prestación útil de los servicios públicos, de Extremadura, que contemplan previsiones específicas sobre el proceso de elaboración de normas en los respectivos ámbitos.

CONSEJO CONSULTIVO DE CANARIAS

LEY 4/2023, DE 23 DE MARZO, DE LA PRESIDENCIA Y DEL GOBIERNO DE CANARIAS

–EXTRACTO–

(Publicada en el *Boletín Oficial de Canarias*, núm. 66, de 3 de abril de 2023)

[…]

PREÁMBULO

I

El régimen, organización y funcionamiento del Gobierno, así como el estatuto de sus miembros, se ha venido rigiendo durante cuatro décadas por las normas contenidas en la Ley 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno y de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, cuyo título II, que abordaba la regulación de la Administración pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, fue derogado por la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias.

Dicha ley se aprobó en uso de la competencia exclusiva en materia de organización, régimen y funcionamiento de sus instituciones de autogobierno que el Estatuto de Autonomía de Canarias, aprobado por Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto, atribuía a la comunidad autónoma, y en cumplimiento del mandato contenido en su artículo 16.2, que establecía que una ley determinará la composición y atribuciones del Gobierno, así como el estatuto de sus miembros.

Hay que resaltar, además, que dicha ley fue la primera y única ley aprobada por el Parlamento provisional, determinado por una proyección de los resultados de las elecciones generales de octubre de 1982, en el que los diputados autonómicos fueron designados por acuerdo de la asamblea mixta parlamentarios-mancomunidades provinciales interinsulares de 4 de diciembre de 1982. Pese a ello, la misma ha cumplido durante su prolongada vigencia la misión que tenía confiada, contribuyendo a definir y a dar continuidad a los órganos de autogobierno de la comunidad autónoma, y, en

definitiva, ganando su aceptación institucional por su funcionalidad y por su adecuación a las circunstancias. Por ello, solo ha sido objeto de modificaciones posteriores en aquellos aspectos que se consideraron imprescindibles para garantizar el correcto funcionamiento del Gobierno.

Sin embargo, la necesidad de adecuar el régimen, organización y funcionamiento de la Presidencia y el Gobierno de Canarias a las circunstancias actuales, básicamente se impone por dos motivos.

El primero, como consecuencia de la reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias, aprobada por la Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, que ha introducido distintas previsiones que modifican la configuración tanto de la Presidencia como del Gobierno de Canarias, entre las que, sin perjuicio de otros aspectos, hay que destacar la atribución a la Presidencia de la facultad de disolución anticipada del Parlamento de Canarias, la supresión de la limitación numérica del Gobierno de Canarias, la posibilidad de que el Gobierno dicte decretos leyes en caso de extraordinaria y urgente necesidad y las limitaciones del Gobierno cesante o en funciones. Aspectos del régimen de configuración, organización, atribuciones y funcionamiento de la Presidencia y del Gobierno de Canarias que deben articularse en la regulación legal de las mismas, máxime cuando el propio Estatuto de Autonomía de Canarias remite a la ley, por una parte, el desarrollo del estatuto y atribuciones de quienes forman parte del Gobierno (artículo 51.2); y, por otra, la regulación de las atribuciones del Gobierno cesante (artículo 52.2).

Y el segundo atiende a la conveniencia de corregir en este preciso momento las deficiencias, insuficiencias y carencias que se han puesto de manifiesto a lo largo del dilatado periodo de vigencia de la Ley 1/1983, de 14 de abril, aun cuando la mayoría se han superado con una aplicación de la norma conciliadora con los propósitos de la acción de Gobierno y con el eficaz y transparente fucionamiento de este.

II

La ley aborda el desarrollo estatutario de dos instituciones básicas del autogobierno de la comunidad autónoma, como son la Presidencia de Canarias y el Gobierno de Canarias, con una regulación actualizada y más completa de su régimen, organización y funcionamiento, en ejercicio de la competencia que reconoce el artículo 148.1.1.ª de la Constitución española para la organización de sus instituciones de autogobierno, así como en ejecución de las reservas de ley contenidas en los artículos 50, 51 y 52 del Estatuto de Autonomía de Canarias.

Se ha optado, tanto en el título de la ley como en el contenido de la misma, por esta regulación de la Presidencia y del Gobierno de Canarias, con base en la necesidad de poner de relieve que al presidente o presidenta de Canarias, además del desempeño de la Presidencia de la Comunidad Autónoma de Canarias, le corresponde la jefatura del órgano colegiado ejecutivo, lo que le confiere especial relevancia institucional, al detentar la máxima representación de la Comunidad Autónoma de Canarias y, conjuntamente, la representación ordinaria del Estado en la misma.

Junto a ello, resulta necesario que la ley contenga las normas imprescindibles relativas a las relaciones del Gobierno de Canarias con el Parlamento de Canarias, sin que con ello se menoscabe el ámbito reservado estatutariamente al Reglamento del

Parlamento de Canarias, que no es otro que la organización y funcionamiento del órgano representativo del pueblo canario.

Asimismo, en la medida en que el Gobierno tiene atribuidas la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria, así como, en el marco de lo establecido en el Estatuto de Autonomía, las facultades para dictar normas con rango de ley, bien decretos leyes, en caso de extraordinaria y urgente necesidad, o bien decretos legislativos, previa delegación del Parlamento de Canarias, resulta también necesario abordar el régimen de ejercicio de la iniciativa legislativa y de las potestades normativas, así como el procedimiento de elaboración de las disposiciones normativas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1.18.ª de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia sobre las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas.

III

La ley se estructura en un título preliminar, limitado al objeto de la ley, seis títulos, tres disposiciones adicionales, una derogatoria y tres disposiciones finales.

El título I aborda la regulación del presidente o presidenta de Canarias, en su condición constitucional y estatutaria de presidente o presidenta de la comunidad autónoma y de presidente o presidenta del Gobierno. En dicho título, su elección se remite a las normas y procedimiento que se contienen en el Estatuto de Autonomía de Canarias y en el Reglamento del Parlamento de Canarias; se establecen las normas que regulan su nombramiento y toma de posesión; se recoge su estatuto personal y atribuciones, destacando respecto de estas últimas la distinción entre las que le corresponden como presidente o presidenta de la Comunidad Autónoma de Canarias y como presidente o presidenta del Gobierno de Canarias; y concluye con la regulación del estatuto de los expresidentes o expresidentas.

El título II contiene las normas de régimen, organización y funcionamiento del Gobierno, como órgano superior colegiado de dirección política de la comunidad autónoma y de su administración.

El título III está dedicado al vicepresidente o vicepresidenta y a los consejeros o consejeras, y se destina a regular los requisitos de acceso al cargo, nombramiento, cese y suplencia, así como su estatuto y atribuciones como miembros del Gobierno de Canarias.

El título IV recoge las normas relativas a las relaciones del Gobierno de Canarias con el Parlamento de Canarias, destacando la regulación de la disolución del Parlamento y de la exigencia de responsabilidad política en concordancia con lo establecido en el Estatuto de Autonomía de Canarias.

El título V está destinado a regular la iniciativa legislativa, la legislación de urgencia y delegada, así como la potestad reglamentaria del Gobierno de Canarias, recogiéndose el procedimiento de elaboración de las disposiciones normativas.

El título VI, bajo la rúbrica de control de la actuación del Gobierno, consta de un único artículo, en el que se recoge el régimen de control político y judicial de las actuaciones del Gobierno.

En las disposiciones adicionales se recoge, por una parte, el uso de las nuevas tecnologías en el funcionamiento del Gobierno y sus comisiones, la previsión de existencia de delegaciones del Gobierno de Canarias en el exterior, y la posibilidad de

desconcentración y delegación de las competencias del presidente o presidenta como titular del departamento.

La disposición derogatoria procede a la derogación expresa de la Ley 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno y de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, y de la disposición adicional segunda de la Ley 4/1997, de 6 de junio, sobre sedes de los órganos de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, así como de todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan, contradigan o resulten incompatibles con esta nueva ley.

Las disposiciones finales contienen, en primer término, la modificación parcial de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias; en segundo lugar, la habilitación al Gobierno y al presidente o presidenta, en cada uno en los ámbitos que se determinan en el articulado de la propia ley, para el desarrollo y ejecución de la misma; y, por último, su entrada en vigor, que se producirá al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial de Canarias, pues su aplicación no presenta dificultades que exijan que se demore su entrada en vigor.

TÍTULO PRELIMINAR

DISPOSICIÓN GENERAL

Artículo 1. ***Objeto de la ley*.**

Es objeto de la presente ley la regulación del estatuto y atribuciones del presidente o presidenta, así como de la organización, régimen jurídico y funcionamiento del Gobierno de Canarias y de sus relaciones con el Parlamento de Canarias. Asimismo, se regula la iniciativa legislativa y las potestades normativas del Gobierno.

TÍTULO I

PRESIDENCIA DE CANARIAS

[…]

CAPÍTULO III

Atribuciones del presidente o presidenta

[…]

Artículo 13. ***Atribuciones como titular de la jefatura del Gobierno de Canarias.***

Al presidente o presidenta, como titular de la jefatura del Gobierno de Canarias, le corresponden las siguientes funciones:

[…]

Revista Española de la Función Consultiva
ISSN: 1698-6849, núm. 35, enero-junio (2021) págs. 215-232

u) Solicitar dictámenes del Consejo Consultivo de Canarias en los supuestos establecidos en su ley reguladora.

[…]

Artículo 14. ***Delegación de funciones.***

1. La presidenta o presidente podrá delegar temporalmente las funciones ejecutivas previstas en los apartados d), e), f), q), t), u) y v) del artículo anterior en el vicepresidente o vicepresidenta.

2. En los casos previstos en el apartado anterior, la delegación deberá justificar las circunstancias que la hacen necesaria o conveniente y su efectividad estará supeditada a su publicación en el *Boletín Oficial de Canarias*. De la delegación se dará cuenta al Parlamento de Canarias, en forma de comunicación para su debate ante en el Pleno de conformidad con el Reglamento del Parlamento de Canarias.

3. El presidente o presidenta podrá delegar en el vicepresidente o vicepresidenta, así como en los consejeros o consejeras, su representación en actos oficiales, así como la suscripción de convenios con las comunidades autónomas para la gestión y prestación de servicios propios de las mismas.

[…]

CAPÍTULO III

Atribuciones del Gobierno

[…]

Artículo 28. ***Atribuciones del Gobierno relativas a la potestad normativa.***

En ejercicio de las funciones relativas a la iniciativa legislativa, a la legislación delegada y a la potestad reglamentaria, corresponde al Gobierno:

a) Aprobar los proyectos de ley.

b) Dictar decretos leyes en los supuestos y con los requisitos establecidos en el Estatuto de Autonomía.

c) Dictar decretos legislativos, previa delegación expresa del Parlamento de Canarias.

d) Ejercer la potestad reglamentaria, en los términos establecidos en el Estatuto de Autonomía, la presente ley y el resto del ordenamiento jurídico.

e) Ejercer cualquier otra función o competencia atribuida por el ordenamiento jurídico.

[…]

Artículo 31. ***Atribuciones del Gobierno en materia ejecutiva y administrativa.***

En ejercicio de las funciones ejecutivas y administrativas, corresponde al Gobierno:

[…]

i) Resolver aquellos asuntos que le sometan las personas miembros del Gobierno cuando estos disientan del dictamen del Consejo Consultivo de Canarias.

[…]

TÍTULO V

INICIATIVA LEGISLATIVA Y POTESTADES NORMATIVAS DEL GOBIERNO

CAPÍTULO I

Disposiciones generales

Artículo 65. ***Ejercicio de la iniciativa legislativa y potestades normativas del Gobierno.***

El Gobierno ejerce, de acuerdo con este título, la iniciativa legislativa y las potestades normativas que le atribuye el Estatuto de Autonomía.

Artículo 66. ***Principios de buena regulación.***

1. En el ejercicio de la iniciativa legislativa y de las potestades normativas previstas en este título se actuará de acuerdo con los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia, en los términos previstos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, o norma que la sustituya.

2. En la exposición de motivos de los anteproyectos de ley y de los decretos leyes, o en el preámbulo de los proyectos de reglamento, según se trate, se justificará la adecuación a los mencionados principios.

Artículo 67. ***Programa legislativo y reglamentario.***

1. El Gobierno de Canarias hará público en el Portal de Transparencia y mantendrá actualizado anualmente su programa legislativo y reglamentario, indicando las iniciativas normativas cuya elaboración, tramitación y aprobación estén previstas de acuerdo con el programa de gobierno, así como las modificaciones que, en su caso, se hayan acordado por el Gobierno.

2. Asimismo, se harán públicas las iniciativas legislativas y reglamentarias que se hayan iniciado, tramitado o aprobado sin estar incluidas en el programa legislativo o reglamentario, expresando los motivos que justificaron su elaboración sin estar recogidas en dicho programa.

Artículo 68. ***Procedimiento de elaboración y aprobación.***

El procedimiento para la elaboración y aprobación de proyectos de ley, proyectos de decretos legislativos, decretos leyes y de proyectos de reglamentos se ajustará a lo establecido en esta ley y en las disposiciones de desarrollo que se dicten por el Gobierno.

Artículo 69. ***Transparencia y participación ciudadana en el procedimiento de elaboración.***

1. La elaboración y tramitación de los anteproyectos de ley y proyectos de reglamentos se harán públicas en el Portal de Transparencia, de acuerdo con lo establecido en las disposiciones reguladoras de la transparencia de la Comunidad Autónoma de Canarias.

2. Para la participación ciudadana en el procedimiento de elaboración de las disposiciones normativas de la comunidad autónoma, conforme a lo establecido en esta ley, se habilitará una dirección electrónica en la que la ciudadanía tendrá acceso a la información y podrá participar en los trámites de consulta previa, información pública y audiencia que se convoquen por el Gobierno de Canarias.

3. Para la cumplimentación de los trámites de consulta previa, información pública y audiencia previstas en este título bastará que los órganos responsables de la tramitación de las disposiciones normativas inserten el correspondiente anuncio en la dirección electrónica de participación ciudadana en la elaboración normativa, sin perjuicio de que se hagan públicos por cualquier otro medio.

CAPÍTULO II

INICIATIVA LEGISLATIVA Y POTESTAD LEGISLATIVA DEL GOBIERNO

Sección 1.ª Iniciativa legislativa del Gobierno

Artículo 70. ***Iniciativa legislativa.***

El Gobierno de Canarias ejercerá la iniciativa legislativa prevista en el Estatuto de Autonomía mediante la aprobación y posterior remisión de los proyectos de ley al Parlamento de Canarias.

Artículo 71. ***Procedimiento de elaboración de los proyectos de ley.***

1. El procedimiento para la elaboración previsto en esta sección no será de aplicación a los proyectos de ley que tengan fijada por ley un procedimiento especial. En todo caso, la elaboración de los proyectos de ley de presupuestos generales de la comunidad autónoma se ajustará a lo establecido en la legislación reguladora de la hacienda canaria.

2. Con carácter previo a la iniciación del procedimiento, podrán realizarse los estudios, informes o consultas que se estimen necesarios, así como celebrar encuentros o reuniones con los interesados u organizaciones de los sectores afectados, con el objeto de conocer la opinión y las reivindicaciones de los mismos. Las actuaciones previas que pudieran haberse realizado deberán quedar documentadas en el correspondiente expediente administrativo de elaboración de la iniciativa legislativa.

3. La iniciación del procedimiento de elaboración de los proyectos de ley precisa de la conformidad previa del Gobierno, para lo cual se someterá a la consideración del mismo mediante un informe sobre la oportunidad de la iniciativa legislativa, sus objetivos y los principios generales que la inspiran. El Gobierno, cuando

dé su conformidad a la oportunidad de la iniciativa, podrá acordar que en su tramitación se lleve a cabo la realización de trámites adicionales a los que sean preceptivos.

4. Iniciado el procedimiento de elaboración, y con anterioridad a la redacción del texto de la iniciativa legislativa, se podrá efectuar una consulta previa para recabar la opinión de la ciudadanía y de las organizaciones más representativas potencialmente afectadas por la misma, acerca de:

a) Los problemas que se pretenden solucionar con la iniciativa.

b) La necesidad y oportunidad de su aprobación.

c) Los fines y objetivos perseguidos con la iniciativa.

d) Las posibles soluciones alternativas regulatorias y no regulatorias.

Cuando se decida realizar la consulta pública previa, la misma deberá efectuarse de forma que la ciudadanía y todos los potenciales destinatarios de la iniciativa legislativa tengan la posibilidad de emitir su opinión, concediendo para ello un plazo adecuado que no podrá ser inferior a veinte días naturales.

5. La elaboración del texto del anteproyecto se realizará atendiendo a los fines y objetivos perseguidos por la norma, debiendo contener una exposición de motivos, en la que fundamentará la necesidad y oportunidad de su aprobación.

Conjuntamente con la elaboración del anteproyecto de ley, se elaborará una memoria justificativa con el siguiente contenido:

a) Identificación de la situación jurídica y de hecho.

b) Justificación del proyecto.

c) Alternativas a una actuación legislativa.

d) Aspectos técnico-jurídicos.

e) Impactos normativos requeridos por las normas sectoriales.

f) Efectos económicos y sociales.

Reglamentariamente se desarrollará el contenido de la memoria justificativa y se preverán los supuestos en que la misma podrá realizarse de forma abreviada, así como el contenido de la misma.

6. Elaborado el texto del anteproyecto de ley y la memoria justificativa, se procederá a recabar los informes y dictámenes preceptivos, así como, en su caso, a cumplimentar los demás trámites que haya acordado el Gobierno. La cumplimentación de los mencionados trámites se impulsará simultáneamente, salvo que esté previsto su cumplimiento sucesivo por las disposiciones aplicables al procedimiento de elaboración.

En todo caso, el texto del anteproyecto, la memoria justificativa y, en su caso, la documentación aportada al expediente, se remitirán a los departamentos al objeto de que puedan formular las observaciones que estimen procedentes.

7. Cuando un anteproyecto de ley afecte a derechos e intereses legítimos de las personas, será objeto de trámite de audiencia, durante un plazo razonable y no inferior

a veinte días hábiles, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley que las agrupe o las represente y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición. La decisión sobre el procedimiento escogido para dar audiencia a la ciudadanía afectada será debidamente motivada en el expediente por el órgano que acuerde la apertura del trámite de audiencia.

Asimismo, cuando la naturaleza del anteproyecto lo aconseje, se someterá a información pública, salvo cuando haya sido sometido al proceso de participación ciudadana, conforme a lo establecido en la normativa autonómica que la regula.

Solo podrá omitirse el trámite de audiencia cuando graves razones de interés público lo exijan, que habrán de constar en el expediente administrativo. No obstante, no será necesario dicho trámite si las organizaciones o asociaciones mencionadas hubieran participado por medio de informes o consultas en el proceso de elaboración.

El trámite de audiencia, en sus diversas formas, no será aplicable a los anteproyectos de ley que regulen la organización del Gobierno o de la Administración pública de la comunidad autónoma y de los organismos públicos dependientes o vinculados a la misma.

8. Concluidos los trámites anteriores, se elevará el anteproyecto de ley al Consejo de Gobierno para su toma en consideración como proyecto de ley, a efectos de solicitar el dictamen del Consejo Consultivo de Canarias.

9. Emitido el dictamen del Consejo de Consultivo de Canarias, el anteproyecto se someterá al Gobierno para su aprobación como proyecto de ley y su remisión al Parlamento de Canarias. El proyecto de ley que se remita al Parlamento irá acompañado de una copia completa, en formato electrónico, del expediente administrativo de elaboración de la iniciativa legislativa.

Artículo 72. ***Tramitación urgente de iniciativas legislativas.***

1. El Gobierno, a propuesta de la Presidencia y por iniciativa del departamento o departamentos competentes por razón de la materia, podrá acordar la tramitación urgente del procedimiento de elaboración y aprobación de anteproyectos de ley cuando concurran alguno de los siguientes casos:

a) Cuando sea preciso que la ley entre en vigor en el plazo establecido para la transposición de directivas comunitarias o en otras normas de la Unión Europea.

b) Cuando sea necesaria la adaptación a la legislación básica, se haya declarado la inconstitucionalidad de una determinada norma, o sean consecuencia de acuerdos de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Canarias, adoptados al amparo de lo establecido en el artículo 33.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

c) Cuando concurran otras circunstancias extraordinarias que exijan la aprobación urgente de la norma.

2. El acuerdo de tramitación urgente de la iniciativa legislativa, desde la fecha de su adopción, tendrá los efectos siguientes:

a) Los plazos previstos para la realización de los trámites del procedimiento de elaboración, establecidos en esta ley o en otra norma, se reducirán a la mitad de su duración. No obstante, en los casos en que legislación reguladora de los órganos

consultivos que deban emitir informe o dictamen exigiese acuerdo para requerirlo en dicho plazo, se adoptará el mismo por el órgano competente.

b) El plazo de realización de los trámites de audiencia o de información pública será de siete días.

c) La falta de emisión en plazo de un dictamen o informe preceptivo no impedirá la continuación del procedimiento, sin perjuicio de su incorporación y consideración cuando se reciba, siempre que la recepción sea anterior a la elevación de la propuesta de aprobación al Gobierno.

3. El acuerdo de tramitación urgente de la iniciativa legislativa podrá adoptarse por el Gobierno con anterioridad a la iniciación del procedimiento de elaboración o en cualquier momento posterior.

Artículo 73. ***Nueva aprobación de determinados proyectos de ley*****.**

1. Los proyectos de ley cuya tramitación en el Parlamento de Canarias haya decaído por disolución o expiración de su mandato, así como los que hayan sido devueltos por aquel o retirados por el Gobierno, se podrán someter nuevamente a la aprobación del Consejo de Gobierno sin necesidad de repetir los trámites ya realizados, siempre que concurran las circunstancias siguientes:

a) Que su texto sea sustancialmente idéntico al tramitado y aprobado con anterioridad.

b) Que no hayan cambiado sustancialmente las circunstancias de hecho o de derecho que justificaron la aprobación.

c) Que el tiempo transcurrido no haga aconsejable el inicio de un nuevo procedimiento para su reelaboración.

2. En el acuerdo de aprobación por el Gobierno de los proyectos de ley a que se refiere este artículo se hará constar la causa en que se justifica y se dispondrá su remisión al Parlamento.

Sección 2.ª Decretos leyes

Artículo 74. ***Decretos leyes*****.**

1. El Gobierno, en caso de extraordinaria y urgente necesidad y de acuerdo con lo establecido en el Estatuto de Autonomía, podrá dictar normas con rango de ley, que recibirán el nombre de decretos leyes.

2. La elaboración de los decretos leyes se inicia por el departamento o los departamentos competentes por razón de la materia, a los que corresponde elaborar el proyecto y la memoria justificativa abreviada correspondiente. El inicio de la tramitación debe comunicarse a quien desempeñe la Secretaría del Consejo de Gobierno.

3. Los proyectos de decretos leyes contendrán una exposición de motivos en la que se recojan las razones de extraordinaria y urgente necesidad de la iniciativa y que

las medidas que contiene son congruentes y guardan relación directa con la situación que debe afrontarse, así como las competencias estatutarias que se ejercen.

4. La memoria justificativa abreviada deberá recoger las razones de interés general y la extraordinaria y urgente necesidad que justifican su aprobación, los fines y objetivos perseguidos, así como la proporcionalidad entre estos y el contenido de la iniciativa. Asimismo, podrán acompañarse los estudios, informes y dictámenes sobre la adecuación de las medidas propuestas a los fines que se persiguen que se estimen necesarios.

5. Los proyectos de decretos leyes se someterán a la aprobación del Gobierno, a propuesta de las personas titulares de los departamentos que lo hayan elaborado.

6. Los decretos leyes serán publicados en el Boletín Oficial de Canarias y en el Boletín Oficial del Estado, de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de Autonomía.

7. Los decretos leyes se comunicarán al Parlamento de Canarias inmediatamente después de su publicación en el Boletín Oficial de Canarias, acompañando una copia completa del expediente administrativo, a efectos de que se pronuncie sobre su convalidación o derogación, en los términos establecidos en el Estatuto de Autonomía y en el Reglamento del Parlamento.

Sección 3.ª Decretos legislativos

Artículo 75. ***Decretos legislativos*****.**

1. Las disposiciones con rango de ley que se dicten por el Gobierno, con la denominación de decretos legislativos, se ajustarán a lo establecido en el Estatuto de Autonomía de Canarias y a lo dispuesto en la ley que otorgue la delegación legislativa, quedando sujetos a los mecanismos de control establecidos en el Estatuto de Autonomía.

2. La tramitación de los decretos legislativos se ajustará a lo establecido para la elaboración de los proyectos de ley, con las especialidades que se establecen en este artículo.

3. Cuando la delegación legislativa tenga por objeto la formación de textos articulados, el órgano competente procederá a la elaboración del proyecto de decreto legislativo y de una memoria justificativa abreviada, en la que se recogerán los extremos que se establezcan por decreto de la Presidencia del Gobierno.

Elaborado el proyecto de decreto legislativo y la memoria justificativa, los departamentos competentes, con carácter previo a la cumplimentación de los restantes trámites del procedimiento, deberán someterlo a la consideración del Gobierno, a efectos de que dé su conformidad a la oportunidad de la iniciativa y, en su caso, acuerde los trámites adicionales a los que debe someterse el mismo.

Concluida la tramitación, el departamento o departamentos competentes elevarán el proyecto de decreto legislativo al Consejo de Gobierno para su toma en consideración y se solicitará por el presidente o presidenta del Gobierno el dictamen del Consejo Consultivo de Canarias.

4. Cuando la delegación tenga por objeto refundir varios textos legales en uno, la tramitación de proyectos de decretos legislativos podrá limitarse a los trámites siguientes:

a) La solicitud de informe del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias.

b) La solicitud de dictamen del Consejo Consultivo de Canarias, que se hará por el presidente o presidenta del Gobierno, previa su toma en consideración por el Gobierno, a propuesta de la persona titular del departamento o de los departamentos competentes.

5. Emitido el dictamen del Consejo de Consultivo de Canarias, el proyecto de decreto legislativo se someterá al Gobierno para su aprobación y su comunicación al Parlamento, conforme a lo establecido en el Reglamento del Parlamento de Canarias.

6. El decreto legislativo aprobado será publicado en el *Boletín Oficial de Canarias* y en el *Boletín Oficial del Estado*, de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de Autonomía.

7. El Gobierno podrá acordar la tramitación urgente de los decretos legislativos cuando concurran las causas y con los efectos previstos para los anteproyectos de ley en esta ley.

CAPÍTULO III

Potestad reglamentaria del Gobierno

Sección 1.ª Principios generales

Artículo 76. *Órganos competentes*.

1. El ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno se ajustará a lo establecido en la Constitución, el Estatuto de Autonomía y las leyes.

2. Las comisiones delegadas del Gobierno podrán dictar reglamentos cuando sean habilitadas para ello por la ley y dentro del ámbito propio de su competencia.

3. El presidente o presidenta, el vicepresidente o vicepresidenta y los consejeros y consejeras titulares de los departamentos tienen potestad reglamentaria en lo relativo a la organización y al ámbito interno de funcionamiento de sus departamentos. Asimismo, podrán dictar reglamentos cuando sean específicamente habilitados para ello por ley.

Artículo 77. *Forma de las disposiciones reglamentarias*.

1. Las disposiciones generales emanadas del Gobierno de Canarias y de sus miembros adoptarán la siguiente forma:

a) Decretos: las disposiciones generales del Consejo de Gobierno.

b) Decretos de Comisión Delegada: las disposiciones generales acordadas por las comisiones delegadas del Gobierno.

c) Decretos del presidente o presidenta: las disposiciones generales del presidente o presidenta.

d) Orden: las disposiciones generales del vicepresidente o vicepresidenta y de los consejeros o consejeras.

2. Las disposiciones generales en materia de la competencia de más de un departamento revestirán la forma de orden conjunta.

3. Los decretos son firmados por la presidenta o presidente y también, si emanan del Gobierno, por los consejeros o consejeras que hayan formulado la propuesta. Los decretos de Comisión Delegada son firmados por el presidente o presidenta de la comisión y por las consejeras o consejeros proponentes. Las órdenes son firmadas por el vicepresidente o vicepresidenta o los consejeros o consejeras competentes en razón de la materia.

Artículo 78. ***Jerarquía y competencia*****.**

Las disposiciones reglamentarias emanadas del Gobierno y de sus miembros se ajustarán a las siguientes normas de jerarquía y competencia:

1.º. Disposiciones aprobadas por decreto del Gobierno, por decreto de Comisión Delegada y por decreto de la Presidencia, en este último caso cuando las apruebe en ejercicio de las competencias que le atribuyen el Estatuto de Autonomía y las leyes como presidente o presidenta del Gobierno.

2.º. Disposiciones aprobadas por decreto de la Presidencia, en los casos no previstos en el apartado anterior, y disposiciones aprobadas por orden.

Artículo 79. ***Publicación*****.**

La entrada en vigor de las disposiciones reglamentarias exige su íntegra publicación en el *Boletín Oficial de Canarias*.

Sección 2.ª Procedimiento de elaboración y aprobación

Artículo 80. ***Procedimiento de elaboración y aprobación*****.**

1. La iniciación del procedimiento de elaboración de un reglamento se llevará a cabo por resolución de la persona titular del departamento o departamentos competentes para su aprobación o para proponer la misma al Gobierno, previo informe justificativo de la iniciativa reglamentaria del órgano que promueva su aprobación.

2. Con anterioridad a la redacción del texto de la iniciativa reglamentaria, se deberá efectuar una consulta previa para recabar la opinión de la ciudadanía y de las organizaciones más representativas potencialmente afectadas por la misma, acerca de:

a) Los problemas que se pretenden solucionar con la iniciativa.

b) La necesidad y oportunidad de su aprobación.

c) Los fines y objetivos perseguidos con la iniciativa.

d) Las posibles soluciones alternativas regulatorias y no regulatorias.

La consulta pública deberá realizarse de tal forma que la ciudadanía y todos los potenciales destinatarios de la iniciativa reglamentaria tengan la posibilidad de emitir su opinión, concediendo para ello un plazo adecuado que no podrá ser inferior a quince días naturales.

3. No será necesaria la consulta previa en los supuestos siguientes:

a) Reglamentos presupuestarios.

b) Reglamentos organizativos.

c) Reglamentos que tengan una escasa incidencia económica, jurídica o social.

d) Reglamentos que no impongan obligaciones relevantes a los destinatarios.

e) Reglamentos que recojan aspectos parciales de una materia.

f) Reglamentos cuyo contenido venga sustancialmente determinado por una norma de rango superior o por acuerdos vinculantes adoptados, de acuerdo con la legislación básica, por órganos mixtos Estado-comunidad autónoma.

g) Cuando concurran razones graves de interés público que lo justifiquen.

h) Cuando se acuerde la tramitación urgente del procedimiento de elaboración.

4. Se elaborará un informe justificativo de la iniciativa reglamentaria con el siguiente contenido:

a) Identificación de la situación jurídica y de hecho.

b) Justificación del proyecto.

c) Aspectos técnico-jurídicos.

d) Impactos normativos requeridos por las normas sectoriales.

e) Efectos económicos y sociales.

Reglamentariamente se desarrollará el contenido del informe justificativo y se preverán los supuestos en los que el mismo podrá realizarse de forma abreviada, así como el contenido del mismo.

5. La redacción del texto del proyecto se realizará atendiendo a los fines y objetivos perseguidos por la norma. En el texto del proyecto, antes de su parte dispositiva se incluirá un breve preámbulo en el que se justifique la iniciativa y su adecuación a los principios de buena regulación.

6. Redactado el texto de la iniciativa reglamentaria y el informe justificativo, se cumplimentarán los trámites preceptivos y los que se estime convenientes, debiendo impulsarse simultáneamente, salvo que esté previsto su cumplimiento sucesivo por las disposiciones aplicables al procedimiento de elaboración.

7. Cuando una disposición afecte a derechos e intereses legítimos de las personas, será objeto de trámite de audiencia durante un plazo razonable y no inferior a quince días hábiles. Asimismo, cuando por la naturaleza de la disposición lo estime conveniente el órgano responsable de la instrucción, se podrá someter al trámite de información pública por un plazo no inferior a quince días hábiles.

Solo podrá omitirse el trámite de audiencia cuando graves razones de interés público lo exijan, que habrán de constar en el expediente administrativo. No obstante, no será necesario dicho trámite si las organizaciones o asociaciones mencionadas hubieran participado por medio de informes o consultas en el proceso de elaboración.

El trámite de audiencia, en sus diversas formas, no será aplicable a los proyectos de disposiciones presupuestarias o que regulen la organización del Gobierno o de la Administración pública de la comunidad autónoma y de los organismos públicos dependientes o vinculados a la misma, siempre que no tengan incidencia sobre los intereses de la ciudadanía y las organizaciones que la representan.

8. Concluida la tramitación, cuando sea preceptivo el dictamen del Consejo Consultivo de Canarias, por la Presidencia del Gobierno se solicitará el dictamen en la forma siguiente:

a) Los proyectos de reglamentos cuya aprobación corresponde al Gobierno se someterán a su toma en consideración con carácter previo a la solicitud de dictamen. No obstante, excepcionalmente y por razones de urgencia, la Presidencia del Gobierno, a iniciativa del departamento o departamentos competentes, podrá solicitar el dictamen sin la toma en consideración previa por el Gobierno.

b) Para los proyectos de reglamento cuya aprobación corresponde a los departamentos, la solicitud de dictamen se realizará a iniciativa de la persona titular del departamento o departamento competentes.

9. Emitido el dictamen del Consejo Consultivo de Canarias, el proyecto de reglamento se someterá al órgano competente para su aprobación.

10. Las disposiciones reglamentarias entrarán en vigor conforme a lo dispuesto en el artículo 2 del Código Civil.

11. El procedimiento previsto en este artículo no será de aplicación a la elaboración y aprobación de las normas que establecen las bases reguladoras de concesión de las subvenciones, que se ajustarán al procedimiento establecido en la normativa en materia de subvenciones.

Artículo 81. ***Tramitación urgente de iniciativas reglamentarias*****.**

1. El órgano competente para acordar el inicio del procedimiento de elaboración de las disposiciones reglamentarias podrá acordar su tramitación urgente cuando concurra alguna de las causas siguientes:

a) Cuando sea preciso que la norma entre en vigor en el plazo establecido para la transposición de directivas comunitarias o en otras normas de la Unión Europea.

b) Cuando sea necesaria la adaptación a la legislación básica, se haya declarado la inconstitucionalidad o la nulidad judicial de una determinada norma, o sea consecuencia de acuerdos de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Canarias, adoptados al amparo de lo establecido en el artículo 33.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

c) Cuando concurran otras circunstancias extraordinarias que exijan la aprobación urgente de la norma.

2. La tramitación por la vía de urgencia implicará que:

a) Los plazos previstos para la realización de los trámites del procedimiento de elaboración, establecidos en esta o en otra norma, se reducirán a la mitad de su duración. Si en aplicación de la normativa reguladora de los órganos consultivos que hubieran de emitir dictamen fuera necesario un acuerdo para requerirlo en dicho plazo, se adoptará por el órgano competente.

b) No será preciso el trámite de consulta pública previa y, en su caso, el plazo de realización de los trámites de audiencia o de información pública será de siete días.

c) La falta de emisión de un dictamen o informe preceptivo en plazo no impedirá la continuación del procedimiento, sin perjuicio de su incorporación y consideración cuando se reciba, siempre que sea anterior a la elevación de la propuesta de aprobación al órgano competente.

3. El acuerdo de tramitación urgente de la iniciativa reglamentaria podrá adoptarse en la misma resolución de inicio del procedimiento de elaboración o en cualquier momento posterior.

Artículo 82. ***Especialidades de la elaboración de normas de organización.***

1. La aprobación de las disposiciones reglamentarias de la Presidencia, del Gobierno o de las consejerías que tengan carácter organizativo irá precedida de la resolución de inicio y de un informe justificativo de la iniciativa reglamentaria, así como de los informes del Servicio Jurídico y de los órganos competentes en materia de organización administrativa y en materia de gasto público, cuando sean preceptivos por una disposición general.

2. El informe justificativo de las iniciativas reglamentarias de carácter organizativo tendrá el siguiente contenido:

a) El análisis pormenorizado de las áreas funcionales afectadas.

b) La justificación de la propuesta de distribución de competencias en cada sector material de funciones.

c) El informe de impacto por razón de género.

d) La valoración económica de la iniciativa reglamentaria.

3. Los proyectos de reglamentos en materia organizativa no serán objeto de consulta previa, pero podrán someterse al trámite de información pública cuando así lo considere conveniente el órgano competente para su aprobación o para proponer su aprobación al Gobierno.

4. La tramitación de los decretos que determinen el número, denominación y competencias de las consejerías, así como los que establezcan la estructura orgánica y las sedes de las consejerías, se limitará a los informes del Servicio Jurídico y del órgano competente en materia de gasto público, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 14/1990, de 26 de julio, o ley que la sustituya.

Artículo 83. ***Iniciativas reglamentarias en caso de cese del Gobierno.***

Las iniciativas reglamentarias cuya tramitación no haya concluido por el cese del Gobierno podrán proseguir y finalizar su tramitación una vez que se haya nombrado el nuevo Gobierno, siempre que el órgano competente para su aprobación dé su conformidad al texto elaborado y a la tramitación seguida.

CAPÍTULO IV

EVALUACIÓN Y TRANSPARENCIA

Artículo 84. ***Evaluación normativa*.**

1. Los departamentos de la Administración pública de la comunidad autónoma revisarán periódicamente la normativa aplicable a los sectores funcionales que tenga atribuidos para verificar su adaptación a los principios de buena regulación y comprobar el grado de cumplimiento de objetivos previstos, la corrección del coste inicialmente contemplado y la justificación de las cargas eventualmente impuestas.

2. La revisión y evaluación se efectuará bajo la coordinación de la Presidencia del Gobierno, que plasmará su resultado en un informe que se hará público en el Portal de Transparencia.

Artículo 85. ***Medidas de transparencia y simplificación del ordenamiento autonómico.***

1. Sin perjuicio de la publicación en el Boletín Oficial de Canarias de las disposiciones normativas previstas en este título, el Gobierno hará públicos en el Portal de Transparencia los textos actualizados y consolidados de las disposiciones vigentes, incorporando en los mismos las modificaciones parciales de que hayan sido objeto.

2. En los textos consolidados que se hagan públicos en cumplimiento de lo establecido en el apartado anterior se contendrá la información siguiente:

a) Las normas que hayan introducido las modificaciones y las derogaciones que se hayan incorporado, con su correspondiente enlace a la norma modificativa o derogatoria.

b) Las sentencias que afecten a la validez e interpretación de las normas, con enlace al texto de las mismas.

c) La fecha en la que se ha elaborado cada texto consolidado y la última fecha de actualización.

d) La indicación de que el texto es de carácter informativo y carece de valor jurídico.

3. Para facilitar el conocimiento de las normas de la comunidad autónoma, la publicación de los textos consolidados podrá hacerse en recopilaciones normativas por sectores de la organización institucional o por áreas de la acción pública.

[…]

DISPOSICIONES FINALES

Primera.- ***Modificación de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias***.

Se modifica la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias, en los términos siguientes:

[…]

Tres.- Se añade un nuevo artículo 33 bis, con el siguiente contenido:

«Artículo 33 bis.

1. Los actos administrativos de los órganos de la Administración pública adoptarán la forma siguiente:

a) Decreto: los dictados por el presidente o presidenta.

b) Orden: los dictados por el vicepresidente o vicepresidenta y los consejeros o consejeras.

c) Resolución: los dictados por los demás órganos administrativos.

2. En cada órgano superior de la Administración pública autonómica deberá existir un registro de actos en el que se inscribirán todos los dictados por el mismo.»

[…]

Revista Española de la Función Consultiva
ISSN: 1698-6849, núm. 35, enero-junio (2021) págs. 215-232

COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE EUSKADI

LEY 1/2023, DE 16 DE MARZO, DE LA POTESTAD SANCIONADORA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS VASCAS

–EXTRACTO–

(Publicada en el *Boletín Oficial del País Vasco*, núm. 60, de 27 de marzo de 2023) y en el *Boletín Oficial del Estado* núm. 89, de 14 de abril de 2023)

[…]

Artículo 40. ***Audiencia a las personas interesadas.***

1. La propuesta de instrucción se notificará a las personas interesadas, indicándoles que disponen de un plazo de quince días para formular alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes. En tal notificación se comunicará a las personas interesadas que durante dicho plazo se les pondrá de manifiesto el expediente, a fin de que puedan consultarlo por sí mismas o a través de representantes y obtener copias de los documentos que obren en dicho expediente. A estos efectos se tendrán en cuenta las limitaciones previstas, en su caso, en la legislación de transparencia y acceso a la información pública que resulte aplicable.

2. La audiencia a las personas interesadas será anterior a la solicitud del informe del órgano competente para el asesoramiento jurídico o a la solicitud del dictamen a la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi u órgano consultivo equivalente de los territorios históricos, en el caso de que cualquiera de ellos tuviera que intervenir en el procedimiento.

3. Si antes del vencimiento del plazo las personas interesadas manifiestan su decisión de no efectuar alegaciones ni aportar nuevos documentos o justificaciones, se tendrá por realizado el trámite.

4. Se podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por las personas interesadas.

5. Concluido el trámite de audiencia, si el órgano instructor no plantea introducir modificaciones respecto del contenido de su propuesta, elevará esta a propuesta de resolución, notificándola a las personas interesadas, y la cursará inmediatamente al órgano competente para resolver el procedimiento, junto con los documentos, alegaciones e informaciones que obren en el expediente.

6. En caso contrario, cuando la propuesta de resolución contenga modificaciones respecto de lo estrictamente contenido en la propuesta de instrucción, se otorgará a las personas interesadas un nuevo plazo de diez días para formular alegaciones y presentar los documentos e informaciones que se estimen pertinentes directamente ante el órgano competente para resolver el procedimiento.

[…]

Artículo 50. ***Tramitación simplificada.***

1. Se podrá adoptar la tramitación simplificada del procedimiento, en los términos previstos en la legislación básica, cuando el órgano competente para iniciar el procedimiento considere que, de acuerdo con lo previsto en su normativa reguladora, existen elementos de juicio suficientes para calificar la infracción como leve. En cualquier momento del procedimiento anterior a su resolución, el órgano competente para su tramitación podrá acordar continuar con arreglo a la tramitación ordinaria.

2. Esta decisión será notificada a las personas interesadas, pero sin que la oposición por parte de estas a dicha forma de tramitación implique que la Administración deba seguir la tramitación ordinaria en los términos del artículo 96.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, o en la norma que en el futuro la sustituya.

3. Salvo que reste menos para su tramitación ordinaria, los procedimientos tramitados de manera simplificada deberán ser resueltos en treinta días, a contar desde el siguiente a aquel en que se notifique a la persona interesada el acuerdo de tramitación simplificada del procedimiento, y constarán únicamente de los siguientes trámites:

a) El inicio del procedimiento, de oficio o a solicitud de la persona interesada.

b) La subsanación de la solicitud presentada, en su caso.

c) Las alegaciones formuladas al inicio del procedimiento durante el plazo de cinco días.

d) El trámite de audiencia, únicamente cuando la resolución vaya a ser desfavorable para la persona interesada.

e) El informe del servicio jurídico, cuando este sea preceptivo, o, en su caso, si así se introduce en la ley o norma correspondiente, el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi u órgano consultivo equivalente del territorio histórico, en los casos en que sea preceptivo.

f) La resolución.

4. En el caso de que un procedimiento exija la realización de un trámite no previsto en el apartado anterior, deberá ser tramitado de manera ordinaria.

[…]

Disposición final. ***Entrada en vigor.***

La presente ley entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el «*Boletín Oficial del País Vasco*».

Revista Española de la Función Consultiva
ISSN: 1698-6849, núm. 35, enero-junio (2021) págs. 233-234

COMISIÓN JURÍDICA DE EXTREMADURA

LEY 5/2022, DE 25 DE NOVIEMBRE, DE MEDIDAS DE MEJORA DE LOS PROCESOS DE RESPUESTA ADMINISTRATIVA A LA CIUDADANÍA Y PARA LA PRESTACIÓN ÚTIL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

–EXTRACTO–

(Publicada en el *Diario Oficial de Extremadura*, núm. 229, de 29 de noviembre de 2022, y en el *Boletín Oficial del Estado* núm. 298, de 13 de diciembre de 2022)

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

[…]

CAPÍTULO IV

Medidas en materia organizativa y de procedimiento

[…]

Artículo 25. ***Modificación de la Ley 1/2002, de 28 de febrero, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura.***

1. Se añade una nueva letra h) en el apartado 1 del artículo 50 con el siguiente tenor literal:

> «h) El impacto, en su caso, en el ecosistema de administración digital si su contenido está relacionado con servicios de las tecnologías de la información y comunicación.»[1]

---

[1] El texto del artículo, tras la modificación, es el siguiente:
Artículo 50. ***Del contenido de los Convenios de colaboración.***
1. Los instrumentos de formalización de los Convenios deberán especificar:
a) Los órganos que celebran el Convenio y la capacidad jurídica con la que actúa cada una de las partes.
b) La competencia que ejerce cada Administración.
c) Su financiación.
d) Las actuaciones que se acuerden desarrollar para su cumplimiento.
e) La necesidad o no de establecer una organización para su gestión.
f) El plazo de vigencia, lo que no impedirá su prórroga si así lo acuerdan las partes firmantes del Convenio.
g) La extinción por causa distinta a la prevista en el apartado anterior, así como la forma de terminar las actuaciones en curso para el supuesto de extinción, cuando así proceda.
h) El impacto, en su caso, en el ecosistema de administración digital si su contenido está relacionado con servicios de las tecnologías de la información y comunicación.
2. Cuando se cree un órgano mixto de vigilancia y control, éste resolverá los problemas de interpretación y cumplimiento que puedan plantearse respecto de los Convenios de colaboración.
3. Cuando los Convenios se limiten a establecer pautas de orientación política sobre la actuación de cada Administración en una cuestión de interés común o a fijar el marco general y la metodología para el desarrollo de la colaboración en un área de interrelación competencial o en un asunto de mutuo interés se denominarán

2. El apartado 1 del artículo 66 queda redactado como sigue:

> «1. El procedimiento para la elaboración de disposiciones administrativas de carácter general se iniciará en el centro directivo correspondiente o por el órgano al que en su caso se encomiende, mediante la elaboración del correspondiente proyecto, al que se acompañará un informe sobre la necesidad y oportunidad de aquél, así como los estudios e informes previos que hubieren justificado, en su caso, la resolución o propuesta de la iniciativa. Además, se incorporará, en su caso, una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar incluyendo los gastos en medios o servicios electrónicos, un informe acerca del impacto de género de la totalidad de las medidas contenidas en la disposición, así como un informe sobre el impacto de diversidad de género y la tabla de vigencias de disposiciones anteriores sobre la misma materia y de disposiciones que pudieran resultar afectadas.»[2]

Protocolos Generales.
4. Los Convenios o acuerdos suscritos por la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, incluida su Administración Institucional, con cualquier otra Administración o entidad pública, así como todos aquellos que el Consejo de Gobierno estime oportuno, habrán de ser inscritos en el Registro General de Convenios integrado en la Consejería que ejerza las funciones de Presidencia, y cuyo funcionamiento se determinará reglamentariamente.

[2] El texto del artículo, tras la modificación, es el siguiente:

Artículo 66. ***De la iniciación.***

1. El procedimiento para la elaboración de disposiciones administrativas de carácter general se iniciará en el centro directivo correspondiente o por el órgano al que en su caso se encomiende, mediante la elaboración del correspondiente proyecto, al que se acompañará un informe sobre la necesidad y oportunidad de aquél, así como los estudios e informes previos que hubieren justificado, en su caso, la resolución o propuesta de la iniciativa. Además, se incorporará, en su caso, una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar incluyendo los gastos en medios o servicios electrónicos, un informe acerca del impacto de género de la totalidad de las medidas contenidas en la disposición, así como un informe sobre el impacto de diversidad de género y la tabla de vigencias de disposiciones anteriores sobre la misma materia y de disposiciones que pudieran resultar afectadas.

2. A lo largo del proceso de elaboración deberán recabarse, además de los informes, dictámenes y aprobaciones previas preceptivas, cuantos estudios y consultas se estimen convenientes para garantizar el acierto y la legalidad del texto.

Transcurrido el plazo máximo fijado para la emisión de los informes y dictámenes preceptivos a los que hace referencia este artículo sin pronunciamiento expreso y motivado del órgano competente para su evacuación, se entenderán emitidos en sentido favorable a la continuación del procedimiento de aprobación de la disposición de carácter general afectada, debiendo motivarse por el secretario general competente por razón de la materia la ausencia de su evacuación ante la Comisión de Secretarios Generales en la que se proceda a la preparación de la correspondiente moción que haya de ser aprobada, en su caso, por Consejo de Gobierno.

3. Cuando el proyecto afecte a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, se les dará audiencia, durante un plazo razonable y no inferior a quince días hábiles, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley que los agrupen o los representen, cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición y entre los cuales se encuentre la defensa de los intereses de sus miembros. En el supuesto de que las expresadas organizaciones o asociaciones participen de una organización común que englobe los intereses de éstas, dicho trámite se entenderá directamente con la misma. La decisión sobre el procedimiento escogido para dar audiencia a los ciudadanos afectados será debidamente motivada en el expediente por el órgano que acuerde la apertura del trámite de audiencia. Asimismo, y cuando la naturaleza de la disposición así lo aconseje, será sometida a información pública durante el plazo indicado.

4. Este trámite podrá ser abreviado hasta el mínimo de siete días hábiles cuando razones debidamente motivadas así lo justifiquen. Sólo podrá omitirse dicho trámite cuando graves razones de interés público, que asimismo deberán explicitarse, lo exijan.

5. No será necesario el trámite a que se refiere este apartado si las organizaciones o asociaciones mencionadas hubieran participado por medio de informes o consultas en el proceso de elaboración indicado en el apartado 2 de este artículo.

6. Junto a la memoria o informe sucintos que inician el procedimiento se conservarán en el expediente todos

3. El apartado 3 del artículo 67 queda redactado como sigue:

> «3. Será necesario informe previo de la Consejería que ejerza las funciones de Presidencia cuando la norma pudiera afectar a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Asimismo, si el proyecto la necesidad de incremento o dotación de medios personales, requerirá informe de la Consejería que ejerza las funciones de función pública y autorización de la Consejería que ejerza las funciones de Hacienda. También será preciso informe de la Consejería con competencias en administración digital cuando el proyecto impacte sobre la forma en que la ciudadanía se relaciona con la Administración o sobre los medios, sistemas o servicios electrónicos disponibles.»[3]

4. El apartado 2 del artículo 82 queda redactado como sigue:

> «2. En el ámbito de la Administración de la Comunidad Autónoma existirán órganos de carácter interdepartamental, cuya composición, organización y funcionamiento se determinará reglamentariamente, para homogeneizar, racionalizar y dar uniformidad y seguridad a los aplicativos y servicios tecnológicos.»[4]

[…]

---

los estudios y consultas evacuados y demás actuaciones practicadas.

[3] El texto del artículo, tras la modificación, es el siguiente:

Artículo 67. ***De la tramitación e informes.***

1. El órgano responsable de la tramitación de los respectivos procedimientos en cada Consejería será la Secretaría General, que deberá informar preceptivamente todos los proyectos de disposiciones administrativas de carácter general.

2. La Secretaría General deberá recabar el informe del Gabinete Jurídico de la Junta de Extremadura.

3. Será necesario informe previo de la Consejería que ejerza las funciones de Presidencia cuando la norma pudiera afectar a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Asimismo, si el proyecto la necesidad de incremento o dotación de medios personales, requerirá informe de la Consejería que ejerza las funciones de función pública y autorización de la Consejería que ejerza las funciones de Hacienda. También será preciso informe de la Consejería con competencias en administración digital cuando el proyecto impacte sobre la forma en que la ciudadanía se relaciona con la Administración o sobre los medios, sistemas o servicios electrónicos disponibles.

4. Cuando la disposición pueda suponer incremento de gasto o disminución de ingresos, se incorporará la memoria económica a que se hace referencia en el artículo anterior, siendo preceptivo en este caso, informe de la Consejería que ejerza las funciones de Economía y Hacienda.

5. Cuando por razón de la importancia de la materia objeto de regulación o por aplicación de lo establecido en las disposiciones vigentes sea preceptivo o, en su caso, se entienda conveniente, el proyecto de disposición será sometido a dictamen de los órganos consultivos correspondientes.

6. Una vez que hayan sido recabados todos los informes, será solicitado, en su caso, el dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad Autónoma.

[4] El texto del artículo, tras la modificación, es el siguiente:

Artículo 82. ***De los medios informáticos y telemáticos.***

1. La introducción de medios informáticos y telemáticos en la gestión administrativa estará presidida por los principios de eficiencia y proporcionalidad de las inversiones realizadas.

2. En el ámbito de la Administración de la Comunidad Autónoma existirán órganos de carácter interdepartamental, cuya composición, organización y funcionamiento se determinará reglamentariamente, para homogeneizar, racionalizar y dar uniformidad y seguridad a los aplicativos y servicios tecnológicos.

INFORMACIÓN INSTITUCIONAL

INFORMACIÓN INSTITUCIONAL

Se inserta a continuación la información actualizada de la composición del Consejo de Estado y del resto de órganos consultivos.

CONSEJO DE ESTADO

Presidenta

Excma. Sra. D.ª Magdalena Valerio Cordero

Consejeros y Consejeras permanentes

Excmo. Sr. D. Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón

Excmo. Sr. D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer

Excma. Sra. D.ª Paz Andrés Sáenz de Santa María

Excmo. Sr. D. Fernando Ledesma Bartret

Excmo. Sr. D. Alberto Aza Arias

Excmo. Sr. D. José Luis Manzanares Samaniego

Excma. Sra. D.ª María Teresa Fernández de la Vega

Excmo. Sr. D. Enrique Alonso García

Excma. Sra. D.ª María Luisa Carcedo Roces

Consejeros natos y Consejeras natas

Excmo. Sr. D. Santiago Muñoz Machado

Excmo. Sr. D. Antón Costas Comesaña

Excmo. Sr. D. Manuel Pizarro Moreno

Excmo. Sr. D. Teodoro Esteban López Calderón

Excma. Sra. D.ª Victoria Ortega Benito

Excmo. Sr. D. Antonio Pau Pedrón

Ecxma. Sra. D.ª Consuelo Castro Rey

Excma. Sra. D.ª María Yolanda Gómez Sánchez

Excmo. Sr. D. Pablo Hernández de Cos

Excmo. Sr. D. Benigno Pendás García

Excmo. Sr. D. Álvaro García Ortiz

Consejeros electivos y Consejeras electivas

Excmo. Sr. D. Juan Carlos Rodríguez Ibarra

Excmo. Sr. D. José María Michavila Núñez

Excmo. Sr. D. Jordi Guillot i Miravet

Excma. Sra. D.ª María Emilia Casas Baamonde

Excma. Sra. D.ª Elisa Pérez Vera

Excma. Sra. D.ª María Soraya Sáenz de Santamaría Antón

Excma. Sra. Dª. Elena Valenciano Martínez-Orozco

Excmo. Sr. D. Francisco Javier Losada de Azpiazu

Excmo. Sr. D. Pedro María Sanz Alonso

Excmo. Sr. D. Juan Carlos Aparicio Pérez

Secretaria General

Excma. Sra. D.ª Guadalupe Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos

CONSEJO DE GARANTÍAS ESTATUTARIAS DE LA GENERALITAT DE CATALUÑA

Presidente

Hble. Sr. D. Joan Vintró Castells

Consejeros y Consejeras

Ilustre Sra. D.ª Margarida Gil i Domènech, consejera-secretaria

Ilustre Sr. D. Enoch Albertí i Rovira

Ilustre Sra. D.ª Mercè Barceló i Serramalera

Ilustre Sra. D.ª Montserrat Rosell Martí

Ilustre Sra. D.ª Eva Pons i Parera

Ilustre Sr. D. Francesc Esteve i Balagué

Ilustre Sr. D. Eduard Roig Molés

COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE LA GENERALITAT DE CATALUÑA

Presidente

D. Jaume Vernet i Llobet

Vocales

D.ª Esther Arroyo i Amayuelas

D.ª Meritxell Barnola Sarri

D. Agustí Cerrillo i Martínez

D. Lluís Maria Corominas i Díaz

D.ª Mercè Corretja i Torrens

D.ª Maria Mercè Darnaculleta i Gardella

D.ª Judith Gifreu i Font

D. Francesc Homs i Molist

D. Albert Lamarca i Marquès

D. Marc Marsal i Ferret

D. Carles Mundó i Blanch

D.ª Montserrat Peretó Garcia

D. Joan Ridao i Martín

D. Miquel Sàmper i Rodríguez

CONSEJO CONSULTIVO DE CANARIAS

Presidente

Excmo. Sr. D. Pablo Matos Mascareño

Consejeros y Consejeras

Excmo. Sr. D. Luis Fajardo Spínola

Excma. Sra. Dª María Rosa de Haro Brito

Excmo. Sr. D. José Suay Rincón

Excmo. Sr. D. Alfredo Belda Quintana

Excma. Sra. Dª Estella María Marrero Sánchez

Excma. Sra. Dª Cristina de León Marrero, consejera-secretaria

Letrada Mayor accidental

Ilma. Sra. Dª Begoña Delgado Castro

CONSEJO CONSULTIVO DE LAS ILLES BALEARS

Presidente

Hble. Sr. D. Antonio José Diéguez Seguí

Consejera secretaria

Hble. Sra. Maria Ballester Cardell

Consejeros y Consejeras

Hble. Sr. D. Joan Oliver Araujo

Hble. Sr. D. Octavi Josep Pons Castejón

Hble. Sr. D. Felio José Bauzá Martorell

Hble. Sra. D.ª Catalina Pons-Estel Tugores

Hble. Sra. D.ª María de los Ángeles Berrocal Vela

Hble. Sr. D. José Argüelles Pintos

Hble. Sra. D.ª Antònia Maria Perelló Jorquera

Hble. Sr. D. Bartolomé Jesús Vidal Pons

CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

Presidenta

Excma. Sra. D.ª María Jesús Gallardo Castillo

Consejeros electivos y Consejeras electivas

Ilma. Sra. D.ª Eva Blanco Argente del Castillo

Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Carrillo Donaire

Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Lara Peláez

Ilmo. Sr. D. Miguel Olmedo Cardenete

Ilma. Sra. D.ª Eloisa Pérez de Andrés

Ilma. Sra. D.ª Ana Pérez Vallejo

Consejeros electivos y Consejeras electivas con dedicación exclusiva

Ilmo. Sr. D. Antonio Dorado Picón

Ilmo. Sr. D. Luis García Navarro

Ilmo. Sr. D. Diego Martín Reyes

Ilma. Sra. D.ª Maria del Carmen Mingorance Gosálvez

Ilma. Sra. D.ª María del Mar Moreno Ruiz

Ilma. Sra. D.ª María Luisa Roca Fernández-Castanys

Consejeros natos y consejera nata

Excmo. Sr. D. Leandro Cabrera Mercado

Ilma. Sra. Dª. María Luisa Ceballos Casas

Ilmo. Sr. D. Rafael López Cantal

Ilma. Sra. D.ª María Dolores Pérez Pino

Excma. Sra. D.ª Ana Tárrago Ruiz

Secretaría General

D.ª María Angustias Linares Rojas

CONSELL JURÍDIC DE LA COMUNITAT VALENCIANA

Presidenta

Hble. Sra. D.ª Margarita Soler Sánchez

Consejeros electivos y consejeras electivas

Ilmo. Sr. D. Enrique Fliquete Lliso

Ilma. Sra. D.ª M.ª Carmen Pérez Cascales

Ilmo. Sr. D. Joan Carles Carbonell Mateu

Ilmo. Sr. D. Javier de Lucas Martín

Ilma. Sra. D.ª Fernanda María Lapresta Gascón

Secretario General

Ilmo. Sr. D. Joan Tamarit i Palacios

CONSEJO CONSULTIVO DE ARAGÓN

Consejeros y consejeras

Dª. Vega Estella Izquierdo, presidenta por sustitución

D. Jesús Colás Tenas

D. Jesús Antonio García Huici

D. José Manuel Marraco Espinós

D. Gabriel Morales Arruga

Dª. Elisa Moreu Carbonell

D. Miguel Ángel Gil Condón

Dª. María José Ponce Martínez

CONSEJO CONSULTIVO DE LA RIOJA

Presidente

Excmo. Sr. D. José Ignacio Pérez Sáenz

Consejeros y consejeras

Ilmo. Sr. D. José María Cid Monreal

Ilmo Sr. D. Enrique de la Iglesia Palacios

Ilma Sra. Dª Amelia Pascual Medrano

Ilma Sra. Dª Ana Reboiro Martínez-Zaporta

Letrado-Secretario General

Excmo. Sr. D. Ignacio Serrano Blanco

CONSEJO CONSULTIVO DE GALICIA

Presdiente

Excmo. Sr. D. José Luis Costa Pillado

Consejeros y consejera

Excmo. Sr. D. Ignacio de Loyola Aranguren Pérez

Excmo. Sr. D. José Antonio Fernández Vázquez

Excma. Sra. D.ª Nora María Martínez Yáñez

Excmo. Sr. D. Alberto Souto Souto

Secretario General

Ilmo. Sr. D. José Ángel Oreiro Romar

CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA

Presidente

Excmo. Sr. D. Francisco Javier de Irízar Ortega

Consejeros electivos y consejera electiva

Excmo. Sr. D. Antonio Conde Bajén

Excmo. Sr. D. Sebastián Fuentes Guzmán

Excmo. Sr. D. José Miguel Mendiola García

Excma. Sra. D.ª Araceli Muñoz de Pedro

Secretaria General

Ilmo. Sr. D. Juan Luis Ramos Mendoza

CONSEJO JURÍDICO DE LA REGIÓN DE MURCIA

Presidente

Excmo. Sr. D. Antonio Gómez Fayrén

Consejeros

Excmo. Sr. D. Manuel Martínez Ripoll

Excmo. Sr. D. Luis Alberto Gálvez Muñoz

Letrado-Secretario General

D. Manuel María Contreras Ortiz

CONSEJO CONSULTIVO DE NAVARRA

Presidente

Excmo. Sr. D. Alfredo Irujo Andueza

Consejero-Secretario

Ilmo. Sr. D. Hugo López López

Consejeros y Consejera

Ilma. Sra. D.ª M.ª Ángeles Egusquiza Balmaseda

Ilmo. Sr. D. José Luis Goñi Sein

Ilmo. Sr. D. José Iruretagoyena Aldaz

COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE EUSKADI

Presidente

D. Sabino Torre Díez

Vicepresidente

D. Xabier Unanue Ortega

Vocales

D.ª M.ª Teresa Astigarraga Goenaga.

D. Iñaki Beitia Ruiz de Arbulo.

D.ª Fátima Saiz Ruiz de Loizaga.

D. Iñaki Calonge Crespo.

D.ª M.ª Jesús Urkiola Mendibil.

D.ª M.ª Lourdes Pérez Ovejero.

D.ª Mirari Erdaide Gabiola.

D.ª Jaione Juaristi Sánchez.

Secretario

D. Jesús M.ª Alonso Quilchano

CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA Y LEÓN

Presidente

D. Agustín S. de Vega

Consejero electivo y Consejera electiva

D. Francisco Ramos Antón

D.ª María del Valle Ares González

Consejero nato

Excmo. Sr. D. Juan Vicente Herrera Campo

CONSEJO CONSULTIVO DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS

Presidenta

D.ª Begoña Sesma Sánchez

Vocales

D.ª María Isabel González Cachero

D. Jesús Enrique Iglesias Fernández

D.ª Dorinda García García

D. Pablo Baquero Sánchez

Secretaría General

D. Agustín Iriondo Colubi

COMISIÓN JURÍDICA DE EXTREMADURA

Presidente

D. Javier de Manueles Muñoz

Vocales

D.ª M.ª José Rubio Cortés

D. José Luis Martín Peyró

D.ª Marina Godoy Barrero

D.ª M.ª Josefa Guerrero Hernández

Letrado-Secretario

D. Salvador Mateos Sánchez

Letrado-Secretario suplente

D. Javier Gaspar Nieto

COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE MADRID

Presidenta

Ilma. Sra. D.ª Rocío Guerrero Ankersmit

Vicepresidenta

D.ª Ana Sofía Sánchez San Millán

Secretaria

D.ª Carmen Cabañas Poveda

Letrados y Letradas vocales

D.ª Rosario López Ródenas

D. Francisco Javier Izquierdo Fabre

D.ª Silvia Pérez Blanco

D. Carlos Hernández Claverie

D. Javier Espinal Manzanares

ESCRIBEN EN ESTE NÚMERO DE LA *REVISTA ESPAÑOLA DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA*

Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia, fue Letrado del Consejo de Estado desde 1978 y Letrado Mayor desde 1987. Letrado del Tribunal Constitucional, siendo reconocido en su labor con la Mellada de la Orden del Mérito Constitucional. Desde 1991 ejerció las funciones de Magistrado del Tribunal Supremo y fue nombrado de Magistrado del Tribunal Constitucional en 2002. Elegido Presidente de la Sección 2ª. de dicho Tribunal en 2004. Finalizó su mandato en 2011, en que fue nombrado Magistrado emérito del Tribunal Constitucional. Ha sido Profesor de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en la UNED y Profesor del William & Mary College de Virginia (Estados Unidos). Actualmente, es Académico de Número de la Real Academia de Doctores de España y Presidente de la Sección de Derecho. Su producción científica abarca numerosas publicaciones, artículos de revistas jurídicas y colaboraciones en obras colectivas. Entre ellos, destacan sus libros "Teoría y práctica del Derecho Constitucional", "Sanción, promulgación y publicación de las leyes" y "Derecho Procesal Administrativo".

Raquel Hurtado Soto, Letrada del Consejo de Estado. Licenciada en Derecho y Administración y Dirección de Empresas en la Universidad Pontificia de Comillas (ICADE E-3). Letrada del Consejo de Estado. Profesora asociada de *Administrative Law and Economic Regulation* en IE University.

Agustín Iriondo Colubi, Secretario General del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, Letrado del Consejo Consultivo desde 2006 (ahora en servicios especiales), ocupó diversos puestos de Técnico Superior en la Administración activa en los ámbitos de contratación, consumo y ayudas públicas, es Asesor Jurídico de Organismos Públicos (en excedencia) habiendo desempeñado esta labor en el Instituto de Desarrollo Económico del Principado de Asturias. Miembro del consejo de redacción de la Revista QDL. Colaborador del Instituto Asturiano de Administración Pública Adolfo Posada, es coordinador y responsable de la guía de consulta "Revisión de actos en vía administrativa" y ponente en las áreas de responsabilidad del empleado público y responsabilidad patrimonial de la Administración.

Javier Píriz Urueña, Letrado Jefe del Consejo Consultivo de Castilla y León desde agosto de 2019. Letrado del Consejo Consultivo desde octubre de 2005 y Letrado del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León desde su puesta en funcionamiento en marzo de 2012.

Pertenece al Cuerpo de Letrados de la Comunidad de Castilla y León, en el que ha ejercido funciones consultivas en las Asesorías Jurídicas de las Consejerías de Industria, Comercio y Turismo y de Economía y Empleo. También ha desempeñado funciones consultivas y contenciosas como Jefe del Área de Asesoría Jurídica de la Agencia de Desarrollo Económico de Castilla y León.

Ha participado como profesor y como ponente en cursos, seminarios y conferencias sobre responsabilidad patrimonial, contratación y subvenciones. Es autor de artículos y ha colaborado en publicaciones sobre responsabilidad patrimonial y contratación pública.

Agustín S. de Vega, Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Salamanca. Presidente y consejero electivo del Consejo Consultivo de Castilla y León desde febrero de 2019. También es presidente del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León. Premio Extraordinario de Licenciatura y de Doctorado. Investigador del "Istituto Antonio Cicu" de la Universidad de Bolonia. Letrado-Investigador del Servicio de Estudios e Investigación de la Corte Constitucional Italiana (Roma). Sus principales publicaciones y líneas de investigación versan, entre otras, sobre el Tribunal Constitucional y su jurisprudencia; pluralismo y partidos políticos; el decreto-ley como instrumento de gobierno; los órganos consultivos y auxiliares del Gobierno; o Derecho de la Información.

Revista Española de la Función Consultiva
ISSN: 1698-6849, núm. 35, enero-junio (2021) págs. 251-252

CONSEJO DE REDACCIÓN DE LA REFC

Margarita Soler Sánchez
Presidenta del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.
Profesora Titular de Derecho Consitucional de la Universitat de València.

Enrique F. Fliquete Lliso
Consejero del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.
Abogado. Doctor en Derecho.
Profesor asociado de Derecho Constitucional de la Universitat de València.

Mª Carmen Pérez Cascales
Consejera del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.
Abogada.

Joan Carles Carbonell Mateu
Consejero del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.
Catedrático de Derecho Penal de la Universitat de València.

Javier de Lucas Martín
Consejero del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.
Catedrático de Filosofía del Derecho, de la universitat de València.
Senador en en la XIII legislatura.

Fernanda María Lapresta Gascón
Consejera del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.
Abogada.

Francisco Camps Ortiz
Consejero nato del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.
Expresidente de la Generalitat Valenciana.
Doctor en Derecho.

Joan Tamarit i Palacios
Secretario General del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.
Abogado.

Vicente Garrido Mayol
Presidente de honor del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.
Catedrático de Derecho Constitucional de la Universitat de València. Abogado.

José R. Díez Cuquerella
Consejero-Vicepresidente emérito del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.
Fiscal en excedencia. Abogado.

Vicente Cuñat Edo
Catedrático de Derecho Mercantil de la Universitat de València. Abogado.
Consejero emérito del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.

Alberto Jarabo Calatayud
Magistrado.
Consejero emérito del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.

Ana Castellano Vilar
Abogada.
Consejera emérita del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.

Joan Ignasi Pla i Durà
Abogado. Técnico de Administración General en excedencia.
Consejero emérito del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.

María Luisa Mediavilla Cruz
Magistrada.
Ex Consejera del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.

Federico Fernández Roldán
Técnico Superior de la Generalitat Valenciana.
Ex Consejero del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.

Faustino de Urquía Gómez
Magistrado emérito de la Audiencia Provincial de Alicante.
Consejero emérito del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.

Asunción Ventura Franch
Profesora Titular de Derecho Consitucional de la Universitat Jaume I de Castelló.
Consejera emérita del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.
Secretario:

Fernando García Mengual
Letrado de las Corts Valencianes. Doctor en Derecho.
Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Católica de Valencia «San Vicente Mártir» y de la Universitat de València.

NORMAS DE PUBLICACIÓN EN LA *REVISTA ESPAÑOLA DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA* PARA LAS AUTORAS Y AUTORES

1. Temas de interés. La *Revista Española de la Función Consultiva (REFC)* publica trabajos de investigación originales sobre la función consultiva en el ámbito jurídico.

2. Envío de originales. Los originales, que deberán ser inéditos, se enviarán en castellano, escritos en Microsoft Word o en formato compatible. Se harán llegar en soporte electrónico a la siguiente dirección de correo electrónico: refc@gva.es

3. Formato. Los originales deberán de usar la "Fuente – Times New Roman; tamaño – 10 pto." y además, las propiedades de los párrafos de los originales deberán de tener las siguientes características: "Interlineado – Sencillo" y "Espaciado – Posterior – 6 pto.". La extensión total no deberá superar las 10.000 a 12.000 palabras, incluidos notas a pie de página, bibliografía y apéndices en su caso. La primera página incluirá el título (y su traducción al inglés), sumario del artículo, nombre del autor/a o autores/as, filiación académica, direcciones de correo ordinario y electrónico y teléfono de contacto. En una segunda página se presentarán dos resúmenes, en español e inglés, de unas 150 palabras cada uno y entre tres y cinco palabras clave (en los dos idiomas).

4. Normas de edición:

a) Bibliografía. Las referencias bibliográficas, se ordenarán alfabéticamente por el primer apellido, en versales, del autor/a, bajo el título "Bibliografía" y al final del original. Ejemplo:

RUIZ MIGUEL, Carlos, Consejo de Estado y Consejos Consultivos autonómicos. Madrid: Dykinson, 1995.

BOSCH BENÍTEZ, Oscar, Consejo de Estado y Consejo Consultivo de Canarias: problemas de articulación de la competencia consultiva en el Estado autonómico. *Actualidad Administrativa*, 1987, nº 44, pp. 2.497-2.511.

Si se citan dos o más obras de un determinado autor/a publicadas en el mismo año, se distinguirán por medio de una letra. Ejemplo: CANO BUESO (2010a) y CANO BUESO (2010b).

b) Notas a pie de página. Todas las notas irán a pie de página, numeradas mediante caracteres arábigos y en formato superíndice.

c) Citas. Las citas irán entrecomilladas. Si exceden de tres líneas irán separadas del cuerpo principal del texto, sangradas, a espacio sencillo. Cualquier cambio introducido en la cita original deberá indicarse encerrándolo entre corchetes.

5. Proceso de publicación. La *Revista Española de la Función Consultiva* acusará recibo de todos los originales en el plazo de treinta días desde su recepción.

El Consejo de Redacción decidirá la publicación de los trabajos atendiendo a los informes de, al menos, dos evaluadores externos y anónimos. La publicación podrá quedar condicionada a la introducción de cambios con respecto a la versión original. La decisión sobre la publicación no excederá de seis meses. Esta decisión se comunicará al

autor/a y, en caso afirmativo, se le indicará el número de la REFC en el que se incluirá el trabajo.

Los artículos que sean devueltos por no cumplir con las normas de publicación podrán ser reenviados de nuevo una vez hechas las oportunas modificaciones.

Los artículos que hayan sido solicitados a sus autores/as por la REFC y aquellos que deriven de ponencias y comunicaciones en Jornadas y Seminarios no serán sometidos al proceso al que se refiere esta norma.

6. *Copyright*. Es condición para la publicación que el autor/a o autores/as ceda(n) expresamente y por escrito a la *REFC*, en exclusiva, los derechos de reproducción. Si se producen peticiones de terceros para reproducir o traducir artículos o partes de los mismos, la decisión corresponderá al Consejo de Redacción.

7. Reseñas. La REFC no publica reseñas ni recensiones de libros, salvo las expresamente solicitadas.

8. Advertencia. Cualquier incumplimiento de las presentes Normas constituirá motivo para el rechazo del original remitido.

9. Responsabilidad. De las opiniones sustentadas en los trabajos firmados responden exclusivamente sus autores/as. La publicación de los diferentes artículos no implica adhesión ni conformidad de la REFC con las opiniones mantenidas por los autores/as.