



**Máster Universitario en Abogacía y en Asesoría Jurídica
de Empresas**

Curso Académico 2020-2021

**FUERZA MAYOR Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA
ADMINISTRACIÓN**

Autora: Paula Téllez Salas

Director académico: Eduardo Caruz Arcos

Febrero 2021

ÍNDICE

I. Resumen.....	3
II. Introducción. Justificación y objetivos	4
III. Metodología	5
IV. Resultados.....	6
1. Responsabilidad patrimonial de la Administración	6
1.1. Orígenes y evolución	6
1.2. Caracteres de la responsabilidad patrimonial	10
1.3. La problemática sobre el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial	11
1.4. Elementos de la responsabilidad patrimonial	15
a) Daño o lesión.....	17
b) Antijuridicidad.....	18
c) Criterios de imputación, funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos	22
d) Tipos de actuación extracontractual dañosa.	23
e) Relación de causalidad	26
2. Caso fortuito y fuerza mayor	32
2.1. Concepto y evolución.	32

2.2. La fuerza mayor como supuesto excluyente de la responsabilidad patrimonial de la Administración.....	37
2.3. Casos de fuerza mayor no excluyente de la responsabilidad patrimonial de la Administración	41
3. ¿Es la COVID-19 un supuesto excluyente de la responsabilidad patrimonial de la Administración?	44
4. Conclusión.	50
V. Bibliografía	53
VI. Jurisprudencia.....	56
VII. Legislación.	59

I. Resumen

Como puede observarse por el título de este trabajo, el mismo pivota sobre dos conceptos, por un lado, la fuerza mayor, y por otro, la responsabilidad patrimonial de la Administración. Inicialmente, me acercaré a ambos conceptos por separado, para después unirlos, investigando en qué casos la fuerza mayor es un supuesto de exclusión de la responsabilidad patrimonial de la Administración y en qué casos no. Por último, por ser un tema que se encuentra tan de actualidad, que tanto preocupa, y tantas consecuencias jurídicas parece que va a tener en un futuro cercano, analizaré si la COVID-19 debería ser o no considerada como un supuesto de fuerza mayor.

Palabras clave

Fuerza mayor; Responsabilidad patrimonial; Administración pública; daños; culpa; COVID- 19; supuesto excluyente.

Abstract

As can be seen from the title of this work, it pivots on two concepts, on the one hand, force majeure, and on the other, the State liability. At first, I will try to approach both concepts separately, to later unite them, investigating in which cases, force majeure is a case of exclusion of the State liability and in which cases it is not. Finally, as it is a topic that is so topical, that worries us so much, and that it seems to have so many legal consequences in the near future, we will analyze whether or not COVID-19 should be considered as a force majeure event.

Keywords

Force majeure; State liability; public administration; damages; fault; COVID-19; exclusive case.

II. Introducción. Justificación y objetivos

Los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, “LRJSP”), así como los artículos 24, 35, 61, 65, 67, 81, 82, 91 y 92 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, “LPAC”) regulan la figura de la responsabilidad patrimonial de la Administración, incluyendo los supuestos de fuerza mayor que excluyen dicha responsabilidad.

La crisis sanitaria, creada por la COVID-19 que se vive en el mundo desde hace ya un año, está causando múltiples daños, tanto personales (como el fallecimiento de personas), como patrimoniales (prohibiendo la actividad de diferentes sectores económicos). En esta situación está siendo clave la actuación de los Gobiernos y Administraciones de cada país.

En este punto conviene, por tanto, estudiar ambas instituciones. Por un lado, la responsabilidad patrimonial de la Administración, comenzando por su origen y evolución y ahondado en sus caracteres, elementos, así como los supuestos excluyentes de la misma para llegar a conocerla a fondo. Por otro lado, estudiaré la fuerza mayor en términos generales para después poder descender a los supuestos de fuerza mayor excluyentes de la responsabilidad patrimonial.

Tras este estudio, intentaré dilucidar si la COVID-19 puede ser o no un supuesto de fuerza mayor que excluya la responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños causados

durante este periodo. O bien, si al menos, se puede ponderar esa responsabilidad, teniendo en cuenta el incremento del riesgo de que esos daños se produjeran por la mala gestión de la misma Administración. Me encuentro ante una cuestión de suma importancia, puesto que se prevé que no sean pocas las reclamaciones de responsabilidad patrimonial que se presenten ante nuestros Tribunales.

III. Metodología

En cuanto a la metodología utilizada para la realización de este trabajo, he optado por la utilización de multitud de métodos de estudio, procurando en cada momento conseguir un equilibrio entre un contenido teórico y práctico.

Es por ello que, he escogido el método exegético o interpretativo de la jurisprudencia, normativa y doctrina científica sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración y la fuerza mayor, para el objeto del presente trabajo. Por tanto, he intentado abordar la interpretación de la norma a través de su significado literal, pero introduciendo, además la interpretación de la jurisprudencia.

Es decir, he utilizado el método teleológico por lo que he tenido en consideración el espíritu de la norma, así como su origen y razón de ser, pero también los fines y objetivos para los que se creó.

IV. Resultados.

Fuerza mayor y Responsabilidad Patrimonial de la Administración

1. Responsabilidad patrimonial de la Administración

1.1. Orígenes y evolución

La responsabilidad patrimonial de la Administración puede definirse en palabras del magistrado Guerrero Zaplana, a través de dos principios: “Debe exigirse de la Administración que actúe, pero debe exigirse que dicha actuación se produzca siempre con arreglo a la Ley” y, en segundo lugar, “si bien la Administración debe actuar con arreglo a la Ley, debe exigirse, también, que indemnice los daños que resulten de dicha actuación.” (Guerrero, 2013, p. 101). Como establece Pita Broncano (Pita, 2006, p.121), nos encontramos ante la responsabilidad extracontractual de la Administración.

La consolidación y aceptación de un principio general de responsabilidad patrimonial del Estado en el Derecho español se ha producido con bastante retraso respecto al resto de países europeos. En Reino Unido en 1947 se promulgó la *Crown Proceedings Act*, después de un largo recorrido en busca de un sistema que sometiera a la Corona a la responsabilidad que tendría una persona privada con plena edad y capacidad. En el caso del derecho alemán, la Constitución de Weimar de 1919, en su artículo 131 establecía “si el ejercicio de la potestad pública a él confiada el funcionario infringe los deberes que el cargo le impone frente a terceros, la responsabilidad alcanza por principio al Estado o a la Corporación a cuyo servicio se hallase el funcionario”, por lo que incluía ya una cobertura del daño ilícito causado por el Estado. En cuanto al derecho francés, a mitad del siglo XX, tenía ya una larga y profusa doctrina y jurisprudencia según la cual “aplicaban sin menor complejo a la Administración las mismas

reglas que regían la reparación de los daños en el tráfico privado” (García de Enterría, 2011, p. 379).

Centrándome ahora en España, tras varios intentos de imputación de responsabilidad a la Administración rechazados de plano por el Tribunal Supremo, lo que originó un clima de irresponsabilidad absoluta por parte del Estado, se promulgó en 1950, la Ley de Régimen Local, que en su artículo 405 reconocía la responsabilidad directa “cuando los daños hayan sido producidos con ocasión del funcionamiento de los servicios públicos o del ejercicio de las atribuciones de la Entidad Local, sin culpa o negligencia o negligencia graves imputables personalmente a sus Autoridades, funcionarios o agentes” mientras que en su artículo 409 reconocía una responsabilidad subsidiaria “cuando los daños hayan sido causado por culpa o negligencia graves imputables personalmente a sus Autoridades, funcionarios o agentes en el ejercicio de su cargo”.

Esta ley tuvo una buena acogida, lo que creo un ambiente idóneo para la promulgación, cuatro años después, en 1954, de la Ley de 16 de diciembre sobre Expropiación Forzosa (en adelante, LEF), que ya sí, en su artículo 121, **formuló con carácter general una cláusula de responsabilidad de la Administración**, cuyo alcance se extendía a todas las esferas administrativas, y que, tras varias modificaciones introducidas por leyes y reglamentos posteriores¹, quedó redactada de la siguiente manera:

¹ El Decreto de 26 de abril de 1957, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, en su artículo 133, declaró “dará lugar a indemnización toda lesión que los particulares sufran en sus bienes o derechos, siempre que sean susceptibles de ser evaluados económicamente”.

Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa. (LEF, 1954, art. 121).

Lo que diferenciaba la responsabilidad patrimonial de la Administración de la responsabilidad civil contenida en los artículos 1902 y 1903 del Código Civil, publicado por el Real Decreto de 24 de julio de 1889 (en adelante, “CC”) de los cuales se extrae la necesidad de un elemento subjetivo de culpabilidad, era que **la nueva responsabilidad de la Administración es plenamente objetiva**, es decir, no hay necesidad de que exista ese elemento culposo para poder imputarla.

La expresión “responsabilidad patrimonial de la Administración” que hoy se utiliza, no se encontraba en los primeros escritos y leyes, que utilizaban con total normalidad el concepto de “responsabilidad civil de la Administración Pública”. El término actual apareció por primera vez en el artículo 3. b) de la Ley de Jurisdicción Contenciosa-Administrativa de 1956 (en adelante, “LJCA”), que atribuía a la jurisdicción contencioso-administrativa “las cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública” con el fin de “establecer con la mayor claridad posible que la jurisdicción civil carecía de competencia para enjuiciarla” (Medina, 2020, p. 76).

El Decreto de 26 julio de 1957, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado, en su artículo 40, introdujo el principio de la responsabilidad patrimonial en una Ley básica de la organización administrativa.

Aun así, el cambio instaurado por la LEF no tuvo una sencilla consolidación, puesto que era un cambio demasiado grande y brusco, lo que llevó al Tribunal Supremo a negarse de pleno a que la Administración pudiera causar daños indemnizables sin culpa (STS de 30 de septiembre de 1959), insistiendo en la aplicación de las reglas del CC. No fue hasta principios de la década de los setenta cuando esta resistencia dio paso a una asunción del nuevo sistema legal (García de Enterría, 2011, p.384).

El mismo alcanzó su culmen con la promulgación de la Constitución Española de 1978 (en adelante, “CE”), que en su artículo 106.2, en palabras de Garrido Falla: “ha visto a constitucionalizar los resultados ya alcanzados, a nivel de Ley ordinaria, por nuestro Derecho positivo” (Garrido, 1989, p. 30), ya que establece:

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. (CE, 1978, art. 106.2).

De este modo se llega a la regulación de la responsabilidad patrimonial de los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común (en adelante, “LRJPAC”), que hoy ha sido sustituida por dos leyes distintas, la LPAC y la LRJSP.

La LRJSP se encarga de regular la mayoría de los aspectos de la responsabilidad patrimonial como puede ser su carácter directo y objetivo, así como los presupuestos o elementos imprescindibles de la misma, y la define, en su artículo 32.1, en los siguientes términos:

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. (40, 2015, art. 32.1).

Mientras que la LPAC se encarga de regular los procedimientos a seguir para la reclamación de la misma.

1.2. Caracteres de la responsabilidad patrimonial

- Carácter unitario

Este sistema de responsabilidad se aplica a todas las Administraciones Públicas sin excepción. Un sistema unitario que nace de la CE, que en su artículo 149.1.18, contempla como competencia exclusiva del Estado el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas.

- Carácter directo

La Administración responde directamente de los perjuicios causados por el funcionamiento tanto normal como anormal de los servicios públicos, es decir, no consiste en una responsabilidad subsidiaria del funcionario que pueda causar el daño, sino que, la misma, como persona jurídica en la que se integra dicho funcionario causante del daño, responde ante el ciudadano.

Como defiende Quintana López:

Quando los funcionarios actúan no es que lo hagan en representación de la Administración, sino que **se entiende que ella misma actúa**, esa es la teoría de la

imputación que permite que sea la Administración quien responda directamente de esos daños. (Quintana, 2013, p. 40).

- Carácter objetivo

La responsabilidad va a surgir **con independencia de que la conducta que cause el daño sea contraria derecho o no**. Si bien, por la complejidad de este extremo, lo trataré más adelante.

- Carácter integral

La responsabilidad patrimonial de la Administración debe ir encaminada a reparar el daño que se haya causado de manera total. La indemnización que se conceda deberá cubrir todos los perjuicios y daños que se hayan sufrido hasta conseguir **la reparación integral** de los mismos. Por tanto, aunque existan mecanismos específicos, legales o reglamentarios, para su reparación, si estos no son suficientes para reparar el daño en su totalidad, deberá darse al lesionado la oportunidad de ejercer la acción de responsabilidad.

1.3. La problemática sobre el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial

Como se ha expuesto anteriormente, el carácter directo y objetivo son dos de las notas esenciales de la responsabilidad patrimonial que la alejan de la responsabilidad civil entre particulares. Si bien el primero no presenta mayor complejidad.

En cuanto al carácter objetivo, se presenta como uno de los grandes debates y problemáticas del sistema moderno de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

Una parte de la doctrina, que tiene como uno de sus principales defensores a Martín Rebollo, afirma que **debe prescindirse completamente del tipo de funcionamiento** (normal o anormal) sin indagar en si la Administración ha funcionado o no correctamente, así como de

la idea de culpa en la determinación de la concurrencia o no de responsabilidad administrativa, y se centra en averiguar si ha existido lesión y si la misma es consecuencia del funcionamiento de la Administración².

No es poca la jurisprudencia que define el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, que se centra en la relación de causalidad y muestra indiferencia respecto a la idea de culpa. La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2007 afirma que la responsabilidad patrimonial de la Administración es “una responsabilidad objetiva, esto es, se prescinde de la idea de culpa, por lo que no es preciso demostrar su existencia, sino únicamente la realidad de una lesión imputable causalmente a la Administración de que se trate”.

En la misma línea, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2001:

Se configura como una responsabilidad objetiva o por el resultado, en la que es indiferente que la actuación administrativa haya sido normal o anormal, bastando para declararla que, como consecuencia directa de aquella, se haya producido un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado. (STS 7/05/01).

Si bien hay una clara preocupación de que este sistema objetivo, en palabras de Blanquer Criado, convierta la responsabilidad patrimonial de la Administración “en un seguro a todo riesgo”, de tal forma que el “Estado del Bienestar” no convierta a la Administración en

² Rebollo Puig defiende: “sobre todo, un régimen de carácter objetivo, en el que se prescinde por completo de la idea de culpa para fundamentar la consecuencia de la indemnización, por lo que únicamente debe demostrarse la realidad de una lesión imputable causalmente a la Administración de que se trate” (Rebollo, 1995, p.15).

“aseguradoras universales de todos los daños, desgracias, molestias o perturbaciones que sufren los ciudadanos”. (Blanquer, 1997, p. 21)³.

Muñoz Guijosa, analiza esta problemática, en su artículo “sobre el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial” encontrando como uno de los grandes inconvenientes:

La discordancia existente entre la identificación del carácter objetivo de la responsabilidad, con la indiferencia hacia el tipo de comportamiento o funcionamiento administrativo, y una interpretación y aplicación jurisprudencial del instituto resarcitorio, cada vez más consagrada, que sí atiende al tipo de funcionamiento a la hora de analizar la concurrencia de la responsabilidad administrativa. (Muñoz, 2012, p. 110).

A este respecto Rebollo Puig señala que:

La práctica y la jurisprudencia no se acomodan siempre fielmente a un sistema supuestamente objetivo y en el que la responsabilidad se compromete por igual ante el funcionamiento normal o anormal, sin perjuicio de que en otros supuestos los tribunales sí aplican rigurosamente y hasta en sus últimas consecuencias un régimen

³ También en la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2014, en su fundamento cuarto establece que existe “una reiterada Jurisprudencia que expresamente advierte que la responsabilidad objetiva no convierte a la Administración en aseguradora universal de todos los eventos dañosos”.

de responsabilidad objetiva, lo que aumenta el desconcierto y la inseguridad.
(Rebollo, 2004, p. 205).

Rebollo Puig afirma que:

Da la impresión de que lo que se echó por la puerta, la culpa y la antijuridicidad de la conducta administrativa entra por la ventana disfrazado con otros ropajes, distorsionando los conceptos y haciendo confuso e incomprensible el sistema. Incluso, al margen de ello, parece que no es posible sin consagrar un sistema excesivo prescindir completamente de que los servicios públicos hayan funcionado anormal o deficientemente. (Rebollo, 2004, p. 205).

En efecto, los tribunales tienden a reafirmar la pura objetividad de la responsabilidad patrimonial de la Administración, pero al mismo tiempo realizan ajustes en los conceptos de causa o antijuridicidad para encubrir la aplicación de los criterios de imputación y reducir con ellos el alcance del derecho resarcitorio⁴. No son pocas las sentencias que, en el ámbito de los daños médico-sanitarios, han tomado la infracción de la *lex artis* como sinónimo de culpa, pero

⁴ Reflexión realizada por Medina Alcoz, L “*El problema de la culpa en la responsabilidad patrimonial por acto administrativo*”. Revista de Administración pública, 213, 69-91. 2020, defiende también aquí que esto se trata de una “estrategia planteada ya a mediados de los setenta por el profesor Nieto. Sin tomar en absoluto en consideración la doctrina de los títulos de imputación y dando por sentado que la responsabilidad patrimonial es siempre objetiva, afirmo: «La exigencia de responsabilidad no puede ser ni infinita ni imprecisa. La responsabilidad necesita de un contrabalance técnico que ponga límite a su ambiciosa formulación inicial [...] Sólo de esta manera dejará de ser el instituto de la responsabilidad administrativa un juego de azar o una adivinanza»” (Nieto, 1975, p.92)

defienden el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial a través del siguiente razonamiento: “responsabilidad objetiva no quiere decir que baste con que el daño se produzca para que la Administración tenga que indemnizar, sino que es necesario, además, que no se haya actuado conforme a lo que exige la buena praxis sanitaria”⁵.

Muchos autores defienden que se sigue afirmando la responsabilidad patrimonial de la Administración como un sistema objetivo únicamente por inercia histórica, pero que, realmente, sólo son indemnizables los resultados lesivos causados por el mal funcionamiento de la misma. Ejemplo de ello es el dictamen del Consejo de Estado de 7 de octubre de 1993 que reza “Si el funcionamiento del servicio hospitalario ha sido correcto y adecuado como no procede declarar la responsabilidad, aunque haya resultado lesivo”.

Como se puede observar, no son pocos los problemas que surgen a raíz del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

1.4. Elementos de la responsabilidad patrimonial

Además de los elementos subjetivos que intervienen (titular del derecho a la indemnización y la administración pública responsable), existen una serie de elementos objetivos sin los cuales no puede darse la responsabilidad patrimonial de la Administración. Según la jurisprudencia, el instituto resarcitorio viene a tutelar la integridad patrimonial de los administrados frente a las intromisiones de los poderes públicos, atendiendo a la reparación de las lesiones producidas a los particulares en sus bienes o derechos, como consecuencia de la actividad desarrollada en

⁵ Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2009; 19 de abril y 29 de junio de 2011.

el ejercicio del poder. Por lo tanto, el presupuesto básico es la existencia de una lesión en el patrimonio del particular y que además, según la Sentencia del Tribunal Supremo 20 de junio de 2006, “exista una relación causa-efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que ésta sea producida por fuerza mayor”⁶. El artículo 32.2 y el 34.1 LRJSP, establece que **“En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.”**

Según establece Pérez Pino, reiteradísima doctrina exige la concurrencia de una serie de requisitos para apreciar la responsabilidad patrimonial de la Administración:

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal, es indiferente la calificación, de los servicios públicos, en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño causado.

(Pérez, 2015, p. 85).

⁶ En la misma línea Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 20 de mayo de 2020.

a) Daño o lesión

La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 1995, sentó las bases de este elemento de la responsabilidad patrimonial:

La existencia de un daño real y efectivo, no traducible en meras especulaciones o expectativas, constituye el núcleo esencial de la responsabilidad patrimonial traducible en una indemnización económica individualizada, de tal manera que resulte lesionado el ámbito patrimonial del interesado que es quien a su vez ha de soportar la carga de la prueba de la realidad del daño efectivamente causado. (STS 25/11/95).

De esta sentencia puede extraerse que, para que prospere una reclamación de responsabilidad patrimonial, es necesario que se haya producido un daño **efectivo** (no hipotético), esto hace referencia a su existencia y realidad. No son indemnizables los daños meramente conjeturados, eventuales o hipotéticos; **evaluables económicamente** (daños, materiales, morales o personales), en este sentido el TS indica que:

La evaluación o cuantificación económica de aquellos daños materiales o morales, del detrimento patrimonial o de las secuelas físicas o psíquicas de las lesiones ha de realizarla equitativamente el Tribunal tras un juicio estimativo, fundado en la apreciación conjunta, racional y prudente de todos los datos aportados al proceso que se realiza con la finalidad de señalar una cantidad de dinero que suponga aquella compensación, adecuada a la entidad de los daños y perjuicios sufridos (STS 17/11/90).

E **individualizado** en relación a una persona o grupo de personas (no generales), los daños causados a una colectividad de ciudadanos que no puedan individualizarse no son indemnizables. En palabras de García de Enterría con este requisito “se quiere indicar, en

primer lugar, que ha de tratarse de un daño concreto, residenciable directamente en el patrimonio del reclamante y que exceda además de lo que puedan considerarse cargas comunes de la vida social” (Fuentes, 2015, p. 36), es decir que no se trate de una carga colectiva, de modo que su posible indemnización exceda las posibilidades financieras de la Administración.

b) Antijuridicidad

El artículo 34 LRJSP señala que “sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”, es decir, cuando hablamos de antijuridicidad del daño, no se está haciendo referencia a que este derive de una acción ilegal, sino que el administrado no tenga el deber jurídico de soportar esos perjuicios, sin tener en cuenta si la acción que los causa es ajustada a derecho, o no. El deber jurídico de soportar, por tanto, tiene que ver con las causas de justificación y aquellos supuestos en los que la actuación de la Administración está justificada.

El Tribunal Supremo en su Sentencia de 5 de febrero de 2007 afirma:

Tampoco cabe olvidar que en relación con dicha responsabilidad patrimonial es doctrina jurisprudencial consolidada la que, entiende que la misma es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión (Sentencias de 10 de mayo, 18 de octubre, 27 de noviembre y 4 de diciembre de 1993, 14 de mayo, 4 de junio, 2 de julio, 27 de septiembre, 7 de noviembre y 19 de noviembre de 1994, 11, 23 y 25 de febrero y 1 de abril de 1995, 5 de febrero de 1996, 25 de enero de 1997, 21 de noviembre de 1998, 13 de marzo y 24 de mayo de 1999), aunque, como hemos declarado igualmente en reiteradísimas ocasiones es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público

y el resultado lesivo o dañoso producido, cuya concurrencia la Sala de instancia niega en el caso de autos. (STS 5/02/07)⁷.

García de Enterría entendió que la antijuridicidad debe servir para la delimitación de los daños indemnizables, considerando que existe lesión y por tanto responsabilidad, cuando “no exista causa de justificación capaces de legitimar el perjuicio material producido, es decir, siempre que no concurra un título jurídico que determine o imponga como rigurosamente inexcusable, efectivamente querido o, al menos, eventualmente aceptado, el perjuicio contemplado.” (García de Enterría, 1994, p.372).

En todo caso debo distinguir:

- a) antijuridicidad en supuestos de funcionamiento normal;
- b) antijuridicidad en supuesto de funcionamiento anormal.

En el caso de antijuridicidad en supuestos de funcionamiento anormal existen, por ejemplo, numerosas sentencias que condenan al Ayuntamiento por vías públicas deficientemente señalizadas o pavimentadas. Así, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ante la lesión producida a un peatón, dirá que:

Tal daño ha sido producido, en relación de causa a efecto, por el defectuoso funcionamiento de un servicio público, propio y específico de la entidad recurrente (el Ayuntamiento), cual es el actuar administrativo conducente al mantenimiento de las condiciones mínimas y elementales de la seguridad de las calles y paseos

⁷ En la misma línea la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2017.

públicos locales, toda vez que las entidades de la Administración local tienen la obligación inexcusable de mantener tales vías públicas abiertas a la circulación peatonal y viaria, en condiciones tales que la seguridad de quienes la utilizan este normalmente garantizada. (STS 10/11/94).

Mientras que en referencia al funcionamiento normal establece que:

Para que el daño concreto producido por el funcionamiento del servicio a uno o varios particulares sea antijurídico basta con que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social. No existirá entonces deber alguno del perjudicado de soportar el menoscabo, y consiguientemente, la obligación de resarcir el daño o perjuicio causado. (STS 29/10/98).

Por otro lado, González Pérez examina las causas legitimadoras del deber de soportar, distinguiendo tres apartados:

- 1) Que la Ley expresamente lo establezca; el deber de soportar tiene lugar en los supuestos en que la Ley y el grupo normativo que de ella deriva, justifican dichos detrimentos de un modo expreso o presunto.
- 2) Anormalidad del daño con ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, y
- 3) La actitud del perjudicado. Si el perjudicado, por su propia voluntad se ha colocado en una situación de riesgo, vendrá, en principio, obligado a soportar el daño (González, 2016, p. 48).

El artículo 34.1 LRJSP establece 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 aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos (40, 2015, art.34.1).

Este precepto encuentra su origen en ciertos supuestos de contagios en el ámbito sanitario:

De tal modo que sólo serán indemnizables a este respecto aquellos daños producidos y que según el estado de la ciencia o de la técnica hubieran podido preverse o evitarse, por lo que quedarían excluidos aquellos que debido a la situación de conocimiento no se hubieran podido prever o evitar, por lo que esa responsabilidad irá vinculada a los avances propios de la ciencia. (Casares, 2013, p. 47- 48).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2007, es un claro ejemplo de lo anterior. Se exigía responsabilidad patrimonial a la Administración por el contagio del virus hepatitis C a través de una transfusión sanguínea en una operación quirúrgica, antes de que este se descubriera. El Tribunal Supremo, en el Fundamento Tercero de su Sentencia dictaminó que resultaba imposible, según el estado de la ciencia y la técnica, conocer en el momento de la transfusión que existiera un riesgo de contagio, ya que es un riesgo que el paciente debía soportar al someterse a una intervención, quitando esto todo atisbo de antijuridicidad que pudiera contener la acción. Por tanto, aduce que:

Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley, sin que

sean 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, pues lo contrario convertiría a las Administraciones Públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos sociales, lo que no resulta acorde con el significado de la responsabilidad extracontractual, aunque sea objetiva o por el resultado, como declaró esta Sala, entre otras, en su Sentencia de 7 de febrero de 1998. (STS 18/01/07).

c) *Criterios de imputación, funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos*

El artículo 32.1 LRJSP establece que la lesión será indemnizable “siempre que [...] sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.”

- **Funcionamiento normal**

La calificación de la responsabilidad patrimonial de la Administración como una responsabilidad objetiva, hace que no sea necesario que el daño que dé lugar a la misma tenga porque ser culposo o ilegal, únicamente, como he explicado, será necesario que el perjudicado no esté obligado por norma alguna a soportar el daño.

El funcionamiento normal de la Administración, totalmente ajustado a la legalidad y sin presencia de atisbo alguno de culpabilidad en el agente público o funcionario, ni en el conjunto de la organización, puede, sin embargo, provocar riesgos que desemboquen en daños antijurídicos.

- Funcionamiento anormal

Cuando hablan de funcionamiento anormal de la actividad administrativa, se refieren a que el daño se produce por la conducta lesiva de un agente o funcionario, independientemente de su grado. Por tanto, siempre que se produzca una mala conducta que cause daños, nos enfrentaremos al funcionamiento anormal de un servicio público, siendo indiferente si existe o no culpa en el agente que cause el daño:

El carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración determina que la anormalidad en el servicio no debe necesariamente estar conectada a la existencia de una infracción subjetiva de los deberes de los funcionarios, sino que basta con demostrar, como aprecia la sentencia de instancia, que objetivamente existió una deficiencia, aun cuando fuera aislada, determinante de la omisión de cuidados que pudieron evitar el fallecimiento. El no haberse advertido al centro penitenciario de los antecedentes de tendencia suicida del interno constituye por sí mismo un elemento demostrativo de que la vigilancia practicada no fue suficiente, pues de haberse conocido esta circunstancia las autoridades del centro hubieran, como afirma la sentencia de instancia, ordenado cuidados especiales que hubieran podido impedir el suicidio. (STS 28/03/2000).

d) Tipos de actuación extracontractual dañosa.

- Los reglamentos

Los reglamentos establecen medidas que imponen cargas o limitaciones generales, para todos los sujetos a los que se destina, sin embargo, si dicha norma establece cargas singulares

o especiales a un sujeto o sujetos concretos, este podrá pedir a la Administración una indemnización por los daños patrimoniales que haya sufrido⁸.

- Los actos administrativos

El artículo 142.4 LRJPAC establecía de los actos administrativos declarados ilegales, que la mera anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo no presupone el derecho a indemnización. Pero esto no significa la exclusión de responsabilidad en estos casos, sino que es necesario que el acto anulado, haya causado una lesión de carácter patrimonial para el particular⁹.

⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1998: “Si bien las disposiciones reglamentarias son susceptibles, en principio, de generar supuestos indemnizatorios [...], debe tenerse en cuenta, sin embargo, que, según lo indicado por la doctrina jurisprudencial, los daños o lesiones indemnizables deben diferenciarse de lo que puede conceptuarse, en palabras del Abogado de Estado, como "cargas colectivas del sector", dado que, obviamente, como se infiere de todo lo que se ha venido razonando, dicho concepto no permite cumplimentar el requisito de la "individualización" del presunto daño o perjuicio producido.”

⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2000: “La anulación del acto administrativo de canje no genera por sí misma responsabilidad, pues el artículo 40.2 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, reiterado ahora por el artículo 142.4 de la Ley 30/1992, sobre el Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dispone que la simple anulación en vía administrativa o por los Tribunales de las resoluciones administrativas no presupone por sí misma derecho a indemnización y así lo tiene declarado la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo, entre otras, en sentencias de 6 de marzo de 1990, 6 de junio de 1990, 25 de junio de 1990 y 8 febrero 1991. Además, la existencia de un daño o lesión patrimonial traducible en una indemnización económica individualizada constituye el núcleo esencial de tal responsabilidad

- La actividad material

En este ámbito es en el que se dan con mayor frecuencia los daños imputables a la Administración. Estas actuaciones materiales pueden consistir bien en operaciones técnicas de puesta en marcha o sostenimiento de obras o servicios públicos, o bien en actos de ejecución material de previas decisiones administrativas¹⁰.

patrimonial; daño que ha de ser real y efectivo, no traducible en meras especulaciones o simples expectativas y pesa sobre el interesado la carga de la prueba del mismo”.

¹⁰ Sentencia de 15 de diciembre de 1999: “El tercer motivo de casación se funda en que concurren los requisitos para la existencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración que el Tribunal de instancia rechaza. El motivo debe, igualmente, fracasar, pues la conclusión fáctica sentada por la Sala a quo conduce derechamente a estimar la inexistencia de uno de dichos requisitos, a saber, el nexo de causalidad entre el daño producido y el servicio público o actividad administrativa. Esta conclusión sólo podría ser revisada realizando un nuevo examen o valoración de la prueba. Suprimido el motivo de casación consistente en el error de hecho en la valoración de la prueba, la naturaleza especial de dicho recurso determina que sólo pueda fundarse en motivos de infracción del ordenamiento jurídico y conlleva, según una jurisprudencia inmemorial acuñada especialmente en el ámbito de la casación civil, la imposibilidad de revisar la valoración de la prueba realizada por la sentencia recurrida como si de una nueva instancia se tratase, y no de un recurso *extraordinario* encaminado a una función de garantía del principio de legalidad y de unificación de la interpretación y aplicación de la ley por los tribunales.

- La inactividad

Se incluyen también las omisiones o inactividades de la Administración, en el caso que esa esté obligada a llevar a cabo una determinada actividad¹¹.

e) *Relación de causalidad*

La relación de causalidad es un requisito esencial o factor clave para poder determinar si existe o no responsabilidad patrimonial de la Administración, puesto que es necesario que exista una relación inmediata, directa y exclusiva de causa a efecto. El daño producido debe ser consecuencia del funcionamiento del servicio público, por lo que es imprescindible que haya una determinada relación o nexo entre ambos. La relación de causalidad, por tanto, es el enlace o nexo de unión real y lógico, entre una conducta (origen o causa) y el resultado formal o material (consecuencia o efecto)¹².

¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1999: “Es claro que existe una manifiesta deficiencia en la actuación municipal como responsable de la conservación y buen funcionamiento de los servicios de alcantarillado, circunstancia esta que desemboca en los resultados dañosos producidos, sin que se haya acreditado que las filtraciones no fueran ya anteriores al 15 de octubre de 1989, fecha en que se produjo una pluviosidad entre 109 y 115 litros/m², según las zonas, en el municipio de Aguilas, y sin que, aun admitiendo el carácter extraordinario de tales lluvias, esté acreditado que de funcionar correctamente el alcantarillado los daños se hubieran producido igualmente. En consecuencia, no puede estimarse que no exista relación de causalidad entre los defectos del citado servicio municipal y el resultado dañoso.”

¹² Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2009.

García de Enterría defendió en múltiples ocasiones que la responsabilidad patrimonial de la que hablamos es posible gracias a la teoría de la personalidad jurídica de la Administración, y al mismo tiempo a la teoría de la imputación, la cual permite que la actuación de sus agentes pueda ser atribuida a la misma.

Es de sobra sabido que, para hablar de responsabilidad es necesario que se produzca una imputación. Pero es necesario aclarar que no toda actuación de un funcionario vincula a la Administración, puesto que las actuaciones en su vida privada que ocasionen un daño no vincularán a la Administración. Si bien este extremo no resulta tan claro en los casos de daños producidos por miembros de los Cuerpos de Fuerzas de Seguridad con el arma reglamentaria, estando fuera de servicio. Existe una sentada doctrina jurisprudencial que atribuye la responsabilidad a la Administración por crear una situación de peligro no impidiendo que ese agente lleve el arma fuera de servicio¹³.

¹³ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2001: “permite también que a la luz de la misma pueda irse ampliando la responsabilidad patrimonial del Estado a los casos en que la organización y el funcionamiento de los servicios públicos creen situaciones de riesgo cuya realización concreta, aunque individualmente responda a una conducta del agente ajena al servicio, no obstante sea susceptible de imputarse razonablemente a aquél un riesgo específico, grave y peculiar cuyo origen se encuentre en el concreto sistema de organización y funcionamiento del propio servicio que impone la Administración, por considerar que es la opción más acorde con el interés público. Conforme a este criterio, lo primero que resalta en el acontecer que concluyó con las lesiones del demandante es que un policía nacional que de madrugada estaba divirtiéndose, fuera portador de su arma reglamentaria, siendo éste, con toda evidencia, el elemento determinante del final luctuoso del suceso. [...] lo cierto es que se trata de un sistema organizativo del que resultan gravísimos riesgos que, por desgracia, no es la primera vez que originan un siniestro mortal. Ahora bien, si a pesar de ello el sistema se

La conclusión a la que ha de llegarse es que, la Administración solo responderá de los daños que causen sus funcionarios en el ejercicio de su función propia, pero en casos excepcionales, como el que se ha expuesto anteriormente, también lo hará cuando la causa que origine el daño sea una situación de riesgo creada por la misma.

- **Teorías de la causalidad**

Una vez comprobada la existencia del daño y sus requisitos, y que existe una actuación u omisión de un funcionario o agente que sea imputable a la Administración en los términos antedichos, hay que establecer la relación de causalidad entre ambos.

Algunos autores como Fuentes Abril (Fuentes, 2009, pp. 16-17) distinguen entre las teorías de la causalidad adecuada, de la equivalencia de condiciones o de la causalidad exclusiva. Esta última, la **causalidad exclusiva**, es la más restrictiva de todas y ya apenas se utiliza, ya que defiende que la Administración solo responde cuando el nexo sea directo, es decir, no deben existir intervenciones de terceros o del lesionado mismo, ya que cualquier concurrencia ajena exoneraría a la Administración. La teoría de la **equivalencia de condiciones** establece que la obligación de indemnización alcanza a todos los actores que participen, en el caso de que este

mantiene, ha de presumirse que se debe a que la Administración entiende que el funcionamiento global del servicio así lo exige y consecuentemente debe de asumir el hacerse cargo de la responsabilidad por los resultados lesivos o dañosos de los hechos en los que concurra como factor esencial la forma en que ha considerado necesario organizar el servicio, porque en definitiva tales resultados serán imputables a su funcionamiento. Como queda indicado, esta circunstancia fue la prevalente en las lesiones del demandante, por lo que sí existe relación de causalidad entre el actuar de la Administración y el resultado dañoso producido y por tanto el motivo ha de ser desestimado”.

se hubiese producido por una pluralidad de causas. En cambio, la teoría de la **causalidad adecuada**, que es la más en boga en la actualidad, se encuentra en un lugar intermedio entre las dos teorías anteriores, ya que defiende la necesidad de seleccionar la causa que por sí sola es idónea y adecuada para producir el daño, con arreglo a la experiencia común.

Existen otros autores, como Fresnoa Clement, que distinguen entre la teoría extensiva y la teoría restrictiva:

La teoría extensiva supone partir de una concepción lo más amplia posible del nexo causal. Toda condición del resultado, por secundaria, alejada o indirecta que sea, es causa del mismo y, por tanto, a efectos causales, todas las condiciones son equivalentes, entendiéndose por condición todo factor sin el cual no se produciría el resultado, es decir, que lo condiciona. (Fresnoa, 2013, p.15).

Mientras que la teoría restrictiva “supone la necesidad de introducir valoraciones a efectos de determinar si existe o no relación de causalidad” (Fresnoa, 2013, p.15). Esta es la más ajustada a la teoría de causalidad adecuada.

- **Incidencia de causa externa**

La relación causal entre el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y el daño causado no siempre es clara. Por el contrario, no es infrecuente que otras causas externas (como la negligencia de la víctima o el comportamiento de un tercero) le afecten, aunque no todas las circunstancias destruyen la causalidad y, por tanto, excluyen la responsabilidad patrimonial.

Respecto a la culpa de la víctima, la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2007, modera la responsabilidad de la Administración por la intervención de la víctima. En el

caso objeto de estudio la víctima intentó quitarse la vida arrojándose desde la ventana de su habitación en un centro médico. El Tribunal Supremo entendió que no se rompía el nexo causal ya que la misma se encontraba en el centro por un intento de suicidio y que volviera a intentarlo se consideraba un hecho previsible y el deber de la Administración era evitarlo¹⁴.

¹⁴ “Así las cosas debe concluirse que no se tomaron en el Centro hospitalario las medidas de previsión y cuidado necesarios, sin que pueda considerarse como indebidamente hace la sentencia de instancia que la conducta de la actora constituyera una ruptura del nexo causal, porque sin perjuicio de tener en cuenta esa conducta a la hora de moderar la indemnización procedente, lo cierto es que debido persona en situación de normalidad eludiría, mientras que el conocimiento de todas esas circunstancias imponía a la Administración sanitaria el deber de vigilar cuidadosamente su comportamiento, lo que no ocurrió en el caso de autos, determinando esa omisión del deber de cuidado que la recurrente se lanzase por una ventana con los resultados lesivos que se han expuesto”. “Para la fijación de la indemnización hemos de tener en cuenta las lesiones y secuelas sufridas por la Sra. Gema, recogidas en la sentencia recurrida y que no han sido cuestionadas por las partes demandadas, con las graves limitaciones físicas que de ellas se derivan, vista además la edad de aquella. No obstante, y aun cuando como hemos expuesto la conducta de la propia recurrente no constituye una ruptura del nexo causal, sí que ha de ser tenida en cuenta como factor de moderación de la indemnización procedente, que valorando todas esas circunstancias debe fijarse en la cantidad de ciento ochenta mil trescientos tres euros con sesenta y tres céntimos (180.303,63), cantidad que se ha de entender como ya actualizada y que devengará los intereses que procedan en su caso por demora en el pago, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley General Presupuestaria y en el art. 106.2 y 3 de la Ley de la Jurisdicción”. En la misma línea Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2007 y 2 de noviembre de 2011.

¹⁴ Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2008 y 13 de julio de 2000.

Si bien es cierto que hay otros casos en los que la culpa de la víctima excluye por completo la relación de causalidad¹⁵. A título ilustrativo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2008, muestra como en dos supuestos aparentemente similares puede, la intervención de la víctima, exonerar o no la responsabilidad de la Administración. Así en un accidente producido por piedras en el arcén se puede excluir la responsabilidad de la Administración si concurre la imprudencia de la víctima, mientras que en otro caso en el que no existe imprudencia por parte de la víctima y las piedras se encuentran en la carretera por falta de acción de la Administración al no poner la malla necesaria en la ladera, esta tendrá que responder:

De los términos de la sentencia recurrida en esta casación se deduce que el Tribunal de instancia se plantea, como cuestión determinante de su decisión, la inexistencia de prueba que precise el momento en que el obstáculo existente sobre la calzada había aparecido ubicado en la misma, considerando esencial la acreditación de esa circunstancia. Por el contrario, y en la primera de las sentencias invocadas como de contraste de la Audiencia Nacional, el Tribunal sentenciador no se cuestiona en el recurso resuelto por esa sentencia dicho extremo, sino que, partiendo al parecer de que la caída de varias piedras sobre la calzada ha sido producida por falta de malla en la parte superior de la ladera donde pastan supuestamente cabras, reconoce la responsabilidad de la Administración por los daños derivados del accidente. En cuanto a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas, claramente se infiere de la misma que los daños enjuiciados en el caso derivaban de la existencia de una piedra en el arcén y no sobre la calzada,

¹⁵ Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2008 y 13 de julio de 2000.

y que dicha piedra era de grandes dimensiones, afirmando la existencia de una conducta imprudente de la accidentada al circular por un lugar inadecuado para la circulación, y posiblemente a velocidad excesiva y con escasa atención, si bien afirma la sentencia tales circunstancias no están debidamente acreditadas. (STS 16/07/08).

Otra opción posible es que interfiera un hecho de tercero que al igual que el supuesto anterior puede moderar o incluso excluir la responsabilidad.

2. Caso fortuito y fuerza mayor

2.1. Concepto y evolución.

El concepto de fuerza mayor en la normativa administrativa, únicamente está definido en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, “LCSP”) en su artículo 239 **respecto del contrato de obra**, en la que se dispone que:

1. En casos de fuerza mayor y siempre que no exista actuación imprudente por parte del contratista, este tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios, que se le hubieren producido en la ejecución del contrato.
2. Tendrán la consideración de casos de fuerza mayor los siguientes:
 - 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 (9, 2017, art. 239).

Además de esta última, la rama del derecho que lo define con mayor precisión es el derecho civil, cuando establece las situaciones producidas por la falta de realización del deudor de una obligación prevista, es decir, las causas del incumplimiento de una obligación.

Conforme al artículo 1105 CC “fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos **sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables.**”

Por tanto, define la fuerza mayor o el caso fortuito como “aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables”.

Por lo tanto, lo que este artículo establece, aunque no lo diga literalmente, es que, cuando el incumplimiento se deba a una de estas dos causas, caso fortuito o fuerza mayor, el deudor queda exonerado de responsabilidad.

La jurisprudencia no ha distinguido entre ambas instituciones en cuanto a los efectos que conlleva, y el mismo CC en varios de sus artículos, como el artículo 1602 y 1625 CC, los emplea refiriéndose a ambos como términos equivalentes, pero en otros casos solo se refiere a

uno u a otro¹⁶. En cualquier caso, la misión de ambas no es otra que exonerar al deudor del cumplimiento de la obligación (Fayos, 2018, p.28).

Doctrinalmente, se establece que el caso fortuito, siguiendo el artículo 1105 CC, serían los supuestos imprevisibles, mientras que la fuerza mayor serían los supuestos que, aunque hubieran podido preverse, fueran imposibles de evitar.

Otra rama de la doctrina entiende la distinción de otro modo, de manera que el caso fortuito sería aquel que tiene lugar en el círculo de la obligación, es decir, en el ámbito de control del deudor. Mientras que la fuerza mayor se origina fuera de la misma, es un hecho externo que tiene una violencia considerable y es imposible de evitar¹⁷. Y así está recogido en la jurisprudencia, en sentencias como la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1999:

a) En el caso fortuito hay indeterminación e interioridad; indeterminación porque la causa productora del daño es desconocida (o por decirlo con palabras de la doctrina francesa: «falta de servicio que se ignora»); interioridad, además, del evento en relación con la organización en cuyo seno se produjo el daño, y ello

¹⁶ Caso fortuito en los artículos 1136, 1183, 1744, 1745 y 1836 CC; Fuerza mayor en los artículos 457, 1777, 1784, 1905 y 1908 CC.

¹⁷ Esta distinción puede contemplarse en el artículo 1784 CC, en él se exonera al fondista o mesonero de los daños a los efectos de viajeros si se producen por robo a mano armada u otros sucesos de fuerza mayor, pero se exonera al mismo si aquellos robos provienen de criados o dependientes o de extraños.

Por otro lado, existen propuestas doctrinales que califican el caso fortuito como hechos que proceden de la naturaleza (tsunamis, terremotos) y fuerza mayor como aquellos que proceden de la actuación humana.

porque está directamente conectado al funcionamiento mismo de la organización. En este sentido, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1974: “evento interno intrínseco, inscrito en el funcionamiento de los servicios públicos, producido por la misma naturaleza, por la misma consistencia de sus elementos, con causa desconocida”. b) En la fuerza mayor, en cambio, 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”. (STS 31/05/99).

A título ilustrativo de lo que sería un supuesto de caso fortuito podría aludir a las infecciones nosocomiales (infecciones contraídas durante la estancia en el hospital) producidas en el ámbito de la Administración sanitaria. Existe profusa jurisprudencia sobre este tema, que concede la indemnización de los daños producidos por un contagio de este tipo, cuando no se hayan cumplido los protocolos médicos sobre prevención precisos para evitar las infecciones que se pueden contagiar en un hospital¹⁸. Otras veces entiende que, estos contagios eran totalmente inevitables, aun cumpliendo los protocolos de prevención necesarios, por lo que son

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2010.

calificadas como supuestos de fuerza mayor y se exonera a la Administración de la responsabilidad¹⁹

Es decir, en los casos de fuerza mayor existe un riesgo imprevisible para la Administración y un resultado inevitable. Ahora bien, como voy a tratar más adelante, no siempre basta con que el origen de la causa de ese daño sea externa al funcionamiento de los servicios públicos para excluir la responsabilidad.

En cuanto a la utilización de uno u otro término, como se ha expuesto anteriormente, los conceptos de caso fortuito y fuerza mayor no se encuentran perfectamente depurados, ni por la normativa, ni por la jurisprudencia, tanto civil, como administrativa. El artículo 1105 CC, establece que nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables. Es por ello, que, la jurisdicción civil los maneja habitualmente de forma indiscriminada, puesto que ambos son excluyentes de la responsabilidad.

Según Atienza Navarro y autorizada doctrina, para que el deudor quede exonerado de responsabilidad por alguno de estos dos casos, han de concurrir los siguientes requisitos:

- a) El incumplimiento ha de ser debido a un suceso impeditivo fuera de su esfera de control. Los incendios producidos en el seno de una empresa o en la esfera de actividad del deudor, no se consideran fuerza mayor, ya que esto debe ser controlado por él y no puede escapar de su previsión²⁰.

¹⁹ Sentencia de la Audiencia Nacional de 3 de diciembre de 2008 y Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2000

²⁰ Sentencias del Tribunal Supremo de 3 marzo 1999 y 23 noviembre 2004.

b) El suceso no debe ser razonablemente previsible en el momento de contratar. Esto me lleva al caso de los fenómenos meteorológicos, los cuales, si eran previsibles atendiendo al tiempo y lugar de ejecución del contrato, no podrán ser considerados caso fortuito o fuerza mayor²¹.

c) El deudor ha de haber empleado la diligencia exigible para evitar el suceso impeditivo y las consecuencias del mismo. Es importante, por tanto, y ha de valorarse la conducta del deudor, y el empleo de la diligencia exigible atendiendo a las circunstancias del caso y a la naturaleza de la obligación. (Atienza, 2015, p. 100)

Solo una vez cumplidos estos tres requisitos podrá considerarse caso fortuito o fuerza mayor y exonerar así al deudor de su responsabilidad.

2.2. La fuerza mayor como supuesto excluyente de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Como puede deducirse de la propia CE, en su artículo 106.2, el vínculo existente entre la actuación de la Administración y el daño desaparece cuando hablamos de supuestos de fuerza mayor (Pérez, 2002, p.1125). Por tanto, la fuerza mayor se considera una causa de exoneración de la responsabilidad, pero que deberá estudiarse para cada caso en concreto.

Como establece Guerrero Zaplana nos encontramos ante:

²¹ Sentencias del Tribunal Supremo de 6 junio 2002 y 2 enero 2006.

Un requisito negativo para la concurrencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración y ello por cuanto que junto a la concurrencia del resto de requisitos que ya hemos citado (actividad administrativa, lesión de bienes indemnizables, etcétera) resulta necesario para que surja la responsabilidad patrimonial de la Administración que no concurra fuerza mayor en la producción del daño. (Guerrero, 2013, p. 136)

El problema de la distinción entre fuerza mayor y caso fortuito que se ha tratado en el apartado anterior aparece con fuerza en el sistema administrativo, dado que aquí se contempla únicamente la fuerza mayor como causa de exoneración de la responsabilidad, ¿quiere decir esto que el caso fortuito no exonera de responsabilidad a la Administración?, es decir, ¿la Administración responde por todos los daños internos? La cuestión no es pacífica, pero la mayoría de la doctrina opta por descartar que los supuestos de caso fortuito sean excluyentes de la responsabilidad patrimonial de la Administración, al referirse a aquellos sucesos que se encuentran dentro del ámbito de control de la misma, aunque la falta de previsión no haya sido negligente.

En este sentido, cuando hablamos de funcionamiento anormal, es decir, que la Administración no ha tomado esas debidas precauciones a las que he referido en el párrafo anterior, López Menudo ha observado una tendencia jurisprudencial a considerar que, “cuando concurre una causa de fuerza mayor con funcionamiento anormal de los servicios públicos (tomándolas como dos concausas) ello debe llevar a reconocer la responsabilidad administrativa, si bien moderando el *quantum* indemnizatorio.” (López, 2005, p.113). Pero considera esta tesis bastante discutible ya que, si el daño era inevitable, aunque el funcionamiento hubiera sido normal, no resulta coherente, dice, que la Administración tenga

que abonar tal indemnización, a menos que el funcionamiento anormal hubiera contribuido a agravar el “volumen o entidad de los daños desencadenados por el suceso incardinable en la *vis maior*”. (López, 2005, p.113).

La exclusión de responsabilidad se justifica por el hecho de que en los casos en los que interviene una fuerza mayor, los daños no son causados realmente por el funcionamiento de los servicios públicos, sino por esa fuerza inevitable. Carecería de sentido obligar a la Administración a responder por daños que, aun tomando las precauciones necesarias, no podrían haberse evitado.

Por el contrario, reiterada jurisprudencia declara que para que pueda apreciarse la concurrencia de esta fuerza mayor, es necesario que el suceso sea ajeno al servicio público. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1995²²:

Sentado lo anterior, ha de señalarse que para que pueda prosperar la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración es necesaria la existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado, circunstancias que hemos visto concurren en el caso de autos, así como que ese daño sea imputable a la Administración, imputación que puede ser tanto por funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos como por riesgo, que puede proceder de un hecho o de un acto administrativo, sin referencia alguna a la idea de culpa, siempre que medie entre el hecho o acto determinante del daño y éste una relación de causalidad

²² En la misma línea: Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de septiembre y 18 de diciembre de 1995, 6 de febrero y 31 de julio 1996 y de 6 de noviembre de 2015, entre otras.

y la acción de responsabilidad se produzca dentro del plazo de un año. Sólo la existencia de fuerza mayor, concebida como evento imprevisible, externo y ajeno al servicio, probada por la Administración, exonera a ésta dándose las demás circunstancias. En definitiva, solo hace falta una actividad administrativa, por acción u omisión, un resultado dañino, y relación de causa o efecto entre aquella y éste. (STS 23/02/95).

Por otro lado, y como requisito para poder exonerarse de la responsabilidad patrimonial que se le imputa, la doctrina consolidada entiende que es la misma Administración la que debe acreditar la existencia de la fuerza mayor. Esto queda plasmado en la jurisprudencia en sentencias como la Sentencia del Tribunal Supremo 9 de abril de 2002²³:

Por otro lado la alegación acerca de la ruptura del nexo causal como consecuencia de la actuación del propio capitán del buque ha de resolverse de acuerdo con la doctrina de esta Sala conforme a la cual el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración impone que la prueba de la concurrencia de acontecimientos de fuerza mayor o circunstancias demostrativas de la existencia de dolo o negligencia de la víctima, suficientes para considerar roto el nexo de causalidad, corresponde a la Administración, pues no sería objetiva aquella responsabilidad que exigiese demostrar que la Administración que causó el daño

²³ En la misma línea: Sentencias de 2 de febrero de 1988, 13 de febrero de 1990, 11 y 30 de septiembre de 1995, 6 de febrero de 1996 y Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de marzo de 2016.

procedió con negligencia, ni aquélla cuyo reconocimiento estuviere condicionado a probar que quien padeció el perjuicio actuó con prudencia (Sentencia de 15 de febrero de 1997). En análogo sentido se expresan la Sentencia de 15 de marzo de 1999, y las que en ella se citan, y 6 de abril de 1999 conforme a las cuales, en caso de alegación de culpa de la víctima, la carga de la prueba pesa sobre la Administración. (STS 09/04/02).

En resumen, se puede observar que la Administración no deberá responder en los supuestos en los que exista una causa extraña, exterior con respecto al objeto dañoso y a sus riesgos, imprevisible o irresistible en el caso de que hubiera sido prevista, y hubiera funcionado con la diligencia debida.

2.3. Casos de fuerza mayor no excluyente de la responsabilidad patrimonial de la Administración

Como se puede observar existen ciertas circunstancias en las que la fuerza mayor deja de ser un supuesto excluyente de la responsabilidad patrimonial, o al menos obliga a la Administración a responder en cierta medida dependiendo del supuesto ante el que nos encontremos. Me refiero a la creación de riesgos por parte de la misma Administración o su inactividad o negligencia a la hora de tomar las medidas necesarias ante, por ejemplo, un fenómeno natural, el cual puede ser previsible, pero inevitable. Es decir, estaría hablando de supuestos en los que la fuerza mayor concurre con un funcionamiento anormal de los servicios públicos.

Cómo se ha expuesto anteriormente la fuerza mayor es un riesgo ajeno y externo al funcionamiento de los servicios públicos y el daño que provoca no puede ser evitado por la Administración. Esto ocurre, por ejemplo, con fenómenos naturales catastróficos que son

causados por fuerzas irresistibles de la naturaleza cómo puede ser un huracán, un terremoto o lluvias torrenciales, que pueden llegar a ser absolutamente imprevisibles en algunos puntos de nuestra geografía.

Si bien es cierto que estas desgracias son a menudo imprevisibles y sus daños inevitables y, por tanto, esto exonera a la Administración de toda responsabilidad, en muchas ocasiones es necesario estudiar la gestión que ha hecho la Administración ante estos desastres naturales.

Pero es necesario apuntar que, hay daños derivados de fuerzas de la naturaleza como pueden ser unas lluvias torrenciales, que son fenómenos climáticos no excepcionales ni insólitos porque se repiten de manera periódica a lo largo del tiempo. En estos casos serían fenómenos previsibles, por lo que la Administración no podrá escudarse en la fuerza mayor para exonerarse de la responsabilidad puesto que era un riesgo conocido y cierto.

En muchas ocasiones nuestros Tribunales han rechazado la exoneración de la responsabilidad patrimonial de la Administración que se escudaba en una supuesta existencia de fuerza mayor sin más, ya que no basta la externalidad de la causa, sino que es necesario que la Administración asuma la carga de la prueba de que efectivamente existió esa fuerza mayor.

Aquí se podría señalar de nuevo los daños causados por el desprendimiento de rocas a una carretera, normalmente la Administración se refugiara en la existencia de fuerza mayor puesto que fueron las lluvias las que hicieron desprender las rocas, pero en muchos casos los Tribunales analizando las particularidades del caso llegaron a la conclusión de que el resultado es imputable a la Administración, ya que el desprendimiento de las rocas era previsible y el daño causado se debe a la mala gestión por su parte.

Son dignos de mención dos casos que abordan muchos aspectos del sistema de responsabilidad y reafirman la doctrina consolidada sobre la presencia o no de un supuesto de fuerza mayor.

Por un lado, está la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1997. En el caso en cuestión, se había producido la rotura de la presa de Tous en circunstancias de absoluta excepcionalidad del volumen y concentración geográfica y temporal de las precipitaciones registradas y en el hecho de que presa fue construida siguiendo los cánones adecuados, si bien es cierto que las compuertas de evacuación no se abrieron cuando debían. El Tribunal Supremo excluyó la concurrencia de fuerza mayor aplicando su teoría de la causalidad adecuada:

Esta sala, por el examen de lo actuado, no aprecia la existencia de una fuerza mayor excluyente de la responsabilidad patrimonial de la Administración, aunque concurriera a otra concausa productora de daños (junto a la no apertura de compuertas), cómo fue la enorme cantidad de lluvia caída en la zona, pero además de no ser ineludible el requisito de la exclusividad en el nexo causal [...] la concurrencia de causas diferentes en la producción de un resultado dañoso no exonera de responsabilidad patrimonial a la Administración, sino que ha de valorarse para moderar equitativamente la cuantía de la reparación o indemnización, que en este caso, se concluía apreciando en las sumas reclamadas. (STS 20/10/97).

Cómo puede observarse el Tribunal Supremo aborda la fuerza mayor como una concausa, moderando la cuantía de la reparación, si bien en este caso, reconoce el derecho de indemnización sobre el total de lo que se había reclamado.

Por otro lado, se encuentra la Sentencia del Tribunal Supremo del 25 de febrero de 1998, que toma como referencia el caso anterior y se trata de la rotura de la arteria principal del Canal Isabel II. El Tribunal entiende, que al igual que en el caso de la presa Tous, existe un elemento de defectuosidad en el funcionamiento del servicio público, puesto que se había cometido negligencia en las medidas de gestión, conservación e inspección.

3. ¿Es la COVID-19 un supuesto excluyente de la responsabilidad patrimonial de la Administración?

El 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud, ante los alarmantes niveles de propagación de la enfermedad COVID-19, su gravedad y los niveles también alarmantes de inacción por parte de los gobiernos, determina en su evaluación que nos encontramos ante una pandemia.

Si bien estábamos totalmente informados de la crudeza con la que golpeaba este virus en otros países como China, o el más cercano Italia, donde por la gran cantidad de contagios y muertes, habían implantado ya un confinamiento domiciliario, no fue hasta el 14 de marzo cuando el Gobierno de España declara el primer estado de alarma en todo el territorio español por la COVID-19 a través del Real 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 la COVID-19, imponiendo el confinamiento domiciliario, así como el cierre de algunos sectores de la actividad, entre otras medidas.

Llegados a este punto, a febrero de 2021 y tras más de 11 meses desde que comenzó la pandemia, resulta oportuno analizar cuáles pueden ser las responsabilidades que pueda tener la

Administración, ya que nos encontramos ante un problema de indiscutible relevancia práctica, pues sin duda, no van a ser pocos los casos que van a llevarse a los Tribunales españoles.

He apuntado con anterioridad que, en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, Blanquer Criado considera que se tiene la idea de la Administración como una aseguradora universal y a todo riesgo de cualquier daño que sufren las personas (Blanquer, 1997, p.21) y en el actual escenario de pandemia, no va a ser de otro modo.

Como se ha abordado en el punto anterior, el problema reside en precisar cuándo un daño que proviene de una fuerza mayor externa a los servicios públicos, ha de ser resarcido por la Administración Pública.

Además de las disposiciones sobre responsabilidad patrimonial de la Administración que se contienen en la LPAC y LRJSP, existen varias disposiciones legales que específicamente regulan la obligación de la Administración de resarcir los daños que ocasione en situaciones de crisis sanitarias como la que ahora me ocupa.

Centrándome en el artículo 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (en adelante, “LOAES”) que establece:

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, tendrá derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las leyes (4, 1981, art. 3.2).

De este artículo, según Domenech Pascual, se desprende que los sujetos que han sufrido daños como resultado de las referidas medidas no tendrán derecho a indemnización si son los

responsables de la situación que ha motivado la adopción de dichas medidas, es decir, si las medidas les son imputables. Considera por tanto que “el estado no responde de los daños ocasionados por medidas policiales dirigidas a proteger la salud pública si estos los sufre la persona que ha perturbado menoscabando o poniendo en peligro dicho bien jurídico.” (Domenech, 2020, p.104).

Ante esta situación, se encuentra el inconveniente de que las leyes existentes sobre la materia no dan una respuesta clara ni específica a las cuestiones que pueda plantear una situación de crisis como la que vivimos. Si bien es cierto que algunos autores, como afirma Jerome Frank afirman que “los llamados conceptos difusos o indeterminados puede merecer una doble valoración; en parte positiva ya que son válvulas de seguridad que evitan la petrificación del ordenamiento; y en parte negativa porque generan una inseguridad” (Jerome, 1942, p.313). Este problema se ve acentuado por el hecho de que las medidas adoptadas ante esta crisis son extraordinarias, por lo que no se encuentra en la jurisprudencia ningún caso similar que pueda servir de guía.

Una vez presentada la situación ante la que nos encontramos, puedo adentrarme en los principales obstáculos que pueden encontrarse. En primer lugar, y como he adelantado antes, la fuerza mayor es el primero de muchos obstáculos con los que se van a encontrar los perjudicados por la COVID-19 que pretendan ser resarcidos por los daños que han sufrido, a través de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Esto se debe a que la COVID-19 encaja en la definición de fuerza mayor, a la que he dedicado un apartado entero en este trabajo, ya que esta enfermedad ha surgido por una causa extraña al funcionamiento de los servicios públicos españoles y ha provocado unos daños que

no podrían haberse evitado, aunque se hubieran tomado medidas más efectivas y con más celeridad.

Ahora bien, ¿podemos pensar que la concurrencia de fuerza mayor permite excluir totalmente la responsabilidad de las Administraciones Públicas por los daños sufridos por los ciudadanos en esta crisis?

No son pocos los autores que piensan que, a pesar de que los perjuicios provocados por la pandemia eran inevitables hasta cierto punto, la Administración con sus acciones y omisiones ha podido agravarlos o mitigarlos, cómo puede observarse del diferente impacto que ha causado esta pandemia en países similares pero que han tomado medidas distintas.

Blanquer Criado distingue por lo menos 3 escenarios distintos en los que se producen daño por diferentes causas y que dan paso a la aplicación de varias figuras jurídicas:

1. los daños causados por la COVID-19;
2. los daños causados por la mala gestión gubernamental o administrativa de la crisis gatosa sanitaria; y,
3. los daños causados por las medidas gubernamentales coactivamente impuestas durante el estado de alarma. (Blanquer, 2020, p. 404-405).

Centrándome en el segundo punto, si parto de esta base, es necesario reconocer que la exoneración causada por la fuerza mayor no alcanza a los daños que se podrían haber evitado o mitigado, ya que la Administración pudo impedir estos daños si hubiera actuado con la diligencia debida, en este caso podría entenderse que sí existe una relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos y el daño causado y, por tanto, sí existiría la obligación de indemnizar “las acciones u omisiones que hayan podido agravar los efectos de

la crisis sanitaria sí podrían considerarse como imputables a efectos indemnizatorios.” (Caruz, 2020, p. 2).

Los bienes jurídicos sensibles como la salud de las personas exigen que las Administraciones Públicas se anticipen a los acontecimientos, los anglosajones usan la frase *better safe than sorry* (mejor a salvo que arrepentido) para definir esto último. Blanquer Criado entiende qué si las autoridades no cumplen los estándares de cautela respondiendo con la celeridad ante un riesgo notorio (cómo es la propagación de una enfermedad contagiosa) ese mal funcionamiento puede dar lugar a responsabilidad patrimonial de la Administración (Blanquer, 2020, p. 402). Y la COVID-19 ha generado no pocos reproches contra medidas gubernamentales que muchos consideran erróneas, inadecuadas, insuficientes y tardías.

A título ejemplificativo podríamos pensar en unas lluvias torrenciales imprevisibles que arrastran barro a una carretera abierta al público. El servicio de conservación de carreteras tiene dos opciones, retirar ese barro, o dejarlo sobre la carretera. Si, por optar por la segunda opción se produce un accidente de tráfico, la Administración debe responder, porque si bien es cierto que no ha sido la que ha colocado el barro en la carretera, si ha actuado de manera negligente, gestionando mal un riesgo creado por la naturaleza²⁴.

Llevando este ejemplo a la crisis sanitaria que nos ocupa, es cierto que la Administración no ha creado el coronavirus que, efectivamente es un supuesto de fuerza mayor, pero eso no quiere decir que deba dejarse a un lado el debate sobre si la mala o buena gestión llevada a

²⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1997.

cabo a incrementado el riesgo de que se produjeran los daños que efectivamente se han producido. Es decir, en palabras de Blanquer Criado:

Aunque se admita que la COVID-19 puede ser calificada como una causa de fuerza mayor originada por la naturaleza, la existencia de múltiples deficiencias administrativas en la gestión de la pandemia genera un incremento del riesgo de que se produzca un resultado lesivo. No es imputable a la administración todo el resultado lesivo, pero si la parte del daño que está vinculada con ese incremento del riesgo. (Blanquer, 2020, p. 484).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de diciembre de 2001 entiende que “la existencia de una causa de fuerza mayor en el origen de la enfermedad, no exonera a la Administración de la exigencia de ser diligente para gestionar correctamente la emergencia, y así evitar o paliar las consecuencias de la fuerza mayor”.

Medina Alcoz encuentra aquí otro de los problemas ante el que se enfrenta al perjudicado por la COVID-19, y es que en la práctica habría que precisar o probar si un determinado daño cómo puede ser la muerte de cierta persona era evitable o inevitable y que éste opta por resolver a través de la doctrina de la pérdida de oportunidad, es decir, en qué casos la negligencia de la Administración supuso un incremento de la probabilidad de que ese daño se materializará. Pero como esto no se puede saber a ciencia cierta, Medina opta por una responsabilidad proporcional ponderándose “el incremento de probabilidad de causar el daño que supuso la negligencia” (Medina, 2019, p. 10).

Sobre el problema de la objetividad de la responsabilidad patrimonial que he tratado con anterioridad aplicado a la crisis de la COVID-19, no es de extrañar que algunos autores entre ellos Doménech Pascual defiendan que los daños sufridos por los ciudadanos por esta crisis, que

las Administraciones hubieran podido prevenir tomando ciertas precauciones, sólo se indemnizarán si la omisión de estas medidas se considera culposa en cuanto al deber de cuidado de la Administración (Doménech, 2020, p. 7).

Como se ha expuesto en el apartado del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial en la práctica, salvo supuesto excepcionales, los Tribunales solo admiten el resarcimiento de los perjuicios causados por el funcionamiento anormal de los servicios públicos. Es por ello que, Caruz Arcos defiende que:

Los administrados deberán acreditar la improcedencia o insuficiencia de las medidas adoptadas por la administración (como, por ejemplo, la demora en la toma de decisiones, los cambios injustificados de criterio, la eficiente gestión de la adquisición de los medios materiales indispensables, etc) y que estas le han generado un sacrificio singular, anormal o desproporcionado para la consecución del bienestar general de la población por lo que en la aplicación de los principios de solidaridad igualdad ante las cargas públicas como es debe serle resarcido. (Caruz, 2020, p. 2).

4. Conclusión.

Se ha estudiado, por un lado, el concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración y por otro el concepto de fuerza mayor, para después investigar en qué casos esto supone una exoneración de la responsabilidad, y en qué casos no.

Después de haber estudiado estos conceptos y casos en profundidad, me he preguntado si la COVID-19 debería o no ser un supuesto de fuerza mayor excluyente la responsabilidad patrimonial de la Administración. Pues bien, a lo largo de este trabajo me he creado una opinión

clara al respecto de esta pregunta. Y la respuesta es que no, no creo que la COVID-19 por ser una enfermedad ajena a los servicios públicos e imprevisible en su origen deba excluir, al menos por completo, la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Si bien es cierto, que puede considerarse como un supuesto de fuerza mayor, esto no exonera a la Administración como se ha visto en el apartado anterior, de responder por el riesgo creado con su mala gestión, que ha sido tardía, insuficiente y una fuente de inseguridad.

Pero más allá de esto, a mi modo de entender, el coronavirus podría considerarse un fenómeno imprevisible e inevitable en los meses de febrero o marzo de 2020 cuando comenzó la crisis sanitaria, y apenas existía información de su alcance o virulencia, pero, a día de hoy, febrero de 2021, cuando ya ha pasado casi un año desde que comenzamos a escuchar los primeros casos de COVID-19, yo me pregunto, ¿puede escudarse la Administración en un supuesto de fuerza mayor para exonerarse de la responsabilidad de los daños que se están causando aun a fecha de hoy?

Pongamos un ejemplo, si los hosteleros le reclaman por los daños sufridos en el mes de enero, cuando se recrudecen las medidas y pierden la oportunidad de dar el turno de cena, después de que la Administración diera manga ancha en Navidad, sabiendo que iba a tener sus consecuencias (como ya se comprobó después de las medidas relajadas del verano) y ahora se ven los efectos, ¿puede la Administración escudarse en la fuerza mayor para evitar la responsabilidad patrimonial? o ¿va a reconocer que los daños se deben a la mala gestión que están haciendo, tropezando una y otra vez con la misma piedra?

Pienso que, tras más de 11 meses de pandemia mundial, si bien al inicio era una situación inesperada y que a todos, incluido el Gobierno, cogió sin estar preparados, no creo que a día de hoy pueda considerarse una causa de fuerza mayor, sino de mala gestión por parte de las

Administraciones, que ya demuestran algunas sentencias como la Sentencia 60/2020, de 3 de junio, dictada por el juzgado de lo social de Teruel, la cual condena a la Administración sanitaria de esa provincia “por no haber suministrado equipos de protección individual (EPI) y demás material preciso para que ese personal sanitario se resguardase del riesgo de contagio por el agente biológico causante de la COVID-19”. Si bien es cierto que esta sentencia no entra a apreciar si ha existido o no causa de fuerza mayor, si demuestra el mal funcionamiento de los servicios públicos.

En los meses venideros se presenta ante nosotros un gran reto, puesto que en estos casos de reclamación ante los que nos encontraremos, será difícil demostrar tanto la imputabilidad del daño a la Administración, aunque sea como concausa con la fuerza mayor, así como probar que existe un nexo de causalidad entre el daño producido y la actuación de la Administración.

Es demasiado pronto, pues no existen aún sentencias de altos tribunales que resuelvan esta cuestión, habrá que esperar para ver qué postura toma la Administración, y que deciden los Tribunales.

A lo expuesto anteriormente se va a unir como obstáculo, el tiempo y los costes necesarios para obtener un pronunciamiento firme en vía judicial, así como la previsible postura de denegación de reclamaciones de responsabilidad patrimonial por parte de la Administración. Sin olvidar, como expresa Caruz Arcos “el efecto que esto tendrá sobre las arcas públicas, que ya se encontraran bastante mermadas” (Caruz, 2020, p. 3).

V. Bibliografía

- Atienza Navarro, M. L., y Verda y Beamonte, J. R. 2015. *Derecho civil II (obligaciones y contratos)*. Madrid, España: Tirant lo Blanch.
- Blanquer Criado, D. 1997. *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*. España: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Blanquer Criado, D. (2020) Los daños por la COVID-19 (responsabilidad patrimonial; ordenación y privación de derechos). En Blanquer Criado, D. (Ed.), *COVID-19 y Derecho Público* (pp. 399-507). Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Caruz Arcos, E. (12/10/2020). Responsabilidad patrimonial de la Administración y Covid-19. *Diario de Sevilla*. Recuperado de https://www.diariodesevilla.es/opinion/analisis/ResponsabilidadpatrimonialAdministracion-Covid-19_0_1463554247.html
- Doménech Pascual, G. (2020). Responsabilidad patrimonial del Estado por la gestión de la crisis del COVID-19. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 86-87, pp. 102-109. Recuperado de: <http://www.elcronista.es/El-Cronista-número-86-87-Coronavirus.pdf>
- Fayos Gardó, A. 2018. *Derecho Civil: Manual de derecho de obligaciones y contratos*. Madrid, España: Dykinson.
- Fresnada Clement, (2013). *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública en el ámbito Local..*

- Fuentes Abril, J. 2009. *La responsabilidad patrimonial de la Administración (análisis jurisprudencial)*. Noticias Jurídicas. Recuperado de <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4458-la-responsabilidad-patrimonial-de-la-administracion-analisis-jurisprudencial/>.
- Fuentes Bardají, J. 2015. *Manual de responsabilidad pública*. España: Aranzadi.
- García de Enterría, E. 2011. *Curso de Derecho Administrativo*. Cizur menor, Navarra, España: Aranzadi.
- García de Enterría, E. 2011. *Curso de Derecho Administrativo IP*; Madrid, España: Aranzadi.
- García de Enterría, E. Verso un concetto di diritto amministrativo como diritto statutario, 1960. *Revista Trimestrale de Diritto Pubbico*, 10.
- Garrido Falla, F. La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado. Agosto 1989. *Revista de Administración pública*, 119, p. 30.
- González Pérez, J. 2016. *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*. Madrid, España: Civitas.
- Guerrero Zaplana, J. (2013), *Guía Práctica de Reclamaciones Sanitarias*. Madrid, España: Lex Nova.
- López Menudo, F. (2005). *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*. Valladolid, España: Lex Nova.
- Jerome, F (1942). *If Men were Angels. Some aspect of government in a democracy*. New York, EEUU: Harper and brothers publishers.

- Martín Rebollo, L. (1995). La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España. En Barnés Vázquez, J. (Ed.), *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho Europeo y comparado* (pp. 13 y 44). Madrid, España: Civitas.
- Medina Alcoz, L. El problema de la culpa en la responsabilidad patrimonial por acto administrativo. 2020. *Revista de Administración pública*, 213, 69-91.
- Medina Alcoz, L. (2018). *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*. Civitas, cizur menor, Navarra, España.
- Muñoz Guijosa, M.A. Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial administrativa. Antijuridicidad y atención al tipo de funcionamiento administrativo. Enero-abril 2012. *Revista de Administración Pública*, 187, pp. 97-139.
- Nieto García, A. 1975. *La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado*, España: REDA.
- Pérez Monguio J. M. (2002) La fuerza mayor en la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública, En *Panorama jurídico de las Administraciones Públicas en el Siglo XXI: Homenaje al Profesor Eduardo Roca* (pp. 1123-1136). Madrid, España: INAP.
- Pérez Pino, D. 2015. *Manual sobre responsabilidad patrimonial de la administración pública*. Sevilla, España: Instituto Andaluz de Administración Pública.
- Pita Broncano, C.P., “La responsabilidad patrimonial de la Administración”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, nº24, 2006.

Quintana López, T. (Ed.) (2013). *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*. España: Tirant lo Blanch.

Rebollo Puig, M. (2004). Sobre la reforma del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración. En Sainz Moreno, F. (Ed.), *Estudios para la reforma de la administración pública* (pp. 215-244). España: Instituto Nacional de Administración Pública.

VI. Jurisprudencia.

- Sentencias del Tribunal Supremo

Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1959.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 116, de 2 de febrero de 1988.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 80, de 13 de febrero de 1990.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1.942, de 17 de noviembre de 1990.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 4.071, de 10 de noviembre de 1994.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 883, de 23 de febrero de 1995.

Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre 1995, núm. 3634/1994.

Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre 1995, núm. 675/1993.

Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 1995, núm. 8613/1990.

Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1995.

Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1996, núm. 1074/1993.

Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1997, núm. 1075/1992.

Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1997, núm. 6457/1992.

Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1998, núm. 7183/1992.

Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1998, núm. 13936/1998.

Sentencia del Tribunal Supremo de 3 marzo 1999, núm. 212/1997.

Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1999, 2132/1995.

Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1999, núm. 302/1998.

Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1999, núm. 3307/1994.

Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2000, núm. 7311/1995.

Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2000, núm. 1067/1996.

Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2000, núm. 736/1997.

Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2001, núm. 2093/2000.

Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2001, núm. 3348/1997.

Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 2002, núm. 6338/1998.

Sentencia del Tribunal Supremo de 6 junio 2002, núm. 880/2001.

Sentencia del Tribunal Supremo de 23 noviembre 2004, núm. 208/2003.

Sentencia del Tribunal Supremo de 2 enero 2006, núm. 314/2002.

Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2006, núm. 1344/2002.

Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2007, núm. 6030/2002.

Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2007, núm. 4067/2003.

Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2007, núm. 6151/2002.

Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2007, núm. 3194/2003.

Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2008, núm. 4152/2004.

Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2008, núm. 309/2007.

Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2009, núm. 8338/2004.

Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2010, núm. 4288/2006.

Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2011, núm. 3833/2009.

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2014, núm. 3021/2011.

Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 2015, núm. 720/2014.

Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2017, núm. 1972/2015.

- Otros Tribunales

Sentencia de la Audiencia Nacional de 3 de diciembre de 2008, núm. 7857/2004.

Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de marzo de 2016, núm. 3/2015.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 20 de mayo de 2020, núm. 1856/2019.

Sentencia del juzgado de lo social de Teruel de 3 de junio de 2020, núm. 114/2020.

VII. Legislación.

Código Civil, publicado por el Real Decreto de 24 de julio de 1889.

Texto articulado de la Ley de Régimen local, de 17 de julio de 1945, aprobado por el Decreto de 16 de diciembre de 1950.

Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, aprobado por el Decreto de 26 de abril de 1957.

Texto refundido de la Ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado, aprobado por el Decreto de 26 julio de 1957.

Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común.

Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Dictamen del Consejo de Estado de 7 de octubre de 1993.

ANEXO I. COMPROMISO DE CONFIDENCIALIDAD

COMPROMISO DE CONFIDENCIALIDAD Y DE EXPLOTACIÓN DE TRABAJOS Y DATOS DEL TRABAJO FIN DE MÁSTER

Por el presente documento, yo Paula Téllez Salas con DNI 77822772-H, mayor de edad y consciente de la responsabilidad que asumo,

ME COMPROMETO A:


- 1) Respetar la confidencialidad de todos los datos que por cualquier medio (escritos, recogidos, registrados mediante medios electrónicos o informáticos, presenciados o relatados) lleguen a mi conocimiento durante la realización de mi Trabajo Fin de Máster (en adelante TFM), no desvelando ni reproduciendo en modo alguno dichos datos fuera del grupo de investigación correspondiente. Asumo que los datos anteriormente citados pueden referirse tanto a los observados por mí o relatados por cualquier otro investigador del equipo.
- 2) No hacer uso o explotación de los trabajos realizados, así como los protocolos desarrollados para el análisis de los mismos, más allá de lo estrictamente necesario para el desarrollo de mi labor y siempre contando con la autorización de mi tutor/a de TFM, cuyo nombre aparece al final de este documento. Cualquier otro posible uso del trabajo realizado deberá ser expresamente autorizado asimismo por el/la tutor/a responsable.
- 3) Seguir aquellas normativas legales y éticas que sean de aplicación para mi trabajo. Estas normativas han sido convenientemente expuestas por el/la tutor/a responsable y en el caso de que surja cualquier duda podrán ser consultadas con el Comité de Ética de la Universidad Loyola Andalucía.

SI

NO

Como prueba de las responsabilidades que asumo, firmo el presente documento en presencia del/ de la tutor/a del TFM.

En Sevilla, a 18 de febrero de 2021

<p>Fdo: </p> <p>Nombre del /de la estudiante: Paula Téllez Salas</p>	<p>Fdo: CARUZ ARCOS EDUARDO MANUEL</p> <p>Nombre del /de la Tutor/a de TFM: CARUZ ARCOS EDUARDO MANUEL - 27320165Y</p> <p>Digitally signed by CARUZ ARCOS EDUARDO MANUEL - 27320165Y Date: 2021.02.18 21:47:09 +01'00'</p>
--	---