

Nº 44
Cuarto trimestre 2025

Gabilex

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA**



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**



Castilla-La Mancha

Gabilex

Nº 44

Diciembre 2025

<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

Número 44. Diciembre 2025

Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR, Tirant lo Blanch

Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO, DULCINEA y REDALYC

Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO

Editado por Vicepresidencia

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

Revista Gabilex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen ni con los eventuales errores u omisiones.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.



DIRECCIÓN

D^a M^a Belén López Donaire

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Letrada del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

CONSEJO DE REDACCIÓN

D^a. Antonia Gómez Díaz-Romo

Letrada Coordinadora del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades Castilla-La Mancha

D. Roberto Mayor Gómez

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.

D. Leopoldo J. Gómez Zamora

Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha(exc)



COMITÉ CIENTÍFICO

D. Salvador Jiménez Ibáñez

Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

D. José Antonio Moreno Molina

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

D. Isaac Martín Delgado

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Álvarez*".

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

Magistrado de lo contencioso-administrativo en Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

D^a Concepción Campos Acuña

Directivo Público Profesional.
Secretaria de Gobierno Local



D. Jordi Gimeno Beviá

Prof. Derecho Procesal de la UNED

D. Jorge Fondevila Antolín

Jefe Asesoría Jurídica. Consejería de Presidencia y Justicia. Gobierno de Cantabria.
Cuerpo de Letrados.

D. David Larios Risco

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

D. José Joaquín Jiménez Vacas

Funcionario de carrera del Cuerpo Técnico Superior de Administración General de la Comunidad de Madrid

D. Javier Mendoza Jiménez

Doctor en Economía y profesor ayudante doctor de la Universidad de La Laguna.



SUMARIO

EDITORIAL

El Consejo de Redacción..... 11

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

OBSTÁCULOS A LA TRANSPARENCIA Y EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA: REFLEXIONES DESDE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

D^a Anabelen Casares Marcos.....17

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO LEGISLADOR EN LA GESTIÓN DE LA PANDEMIA POR EL COVID-19.

D^a Lucía López Ortega113

DERECHOS Y GARANTÍAS DE LOS CIUDADANOS COMO USUARIOS Y CONSUMIDORES DE SERVICIOS DIGITALES A LA LUZ DEL REGLAMENTO 2022/2065 DE 19 DE OCTUBRE

D^a María Jesús García García197

LA FISCALIDAD DEL COMERCIO ELECTRÓNICO



D^a Lena Carazo Sánchez.....273

**DIFICULTADES, RETOS Y OPORTUNIDADES ACTUALES
EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ESTRATÉGICA**

D^a Patricia Cervera Valencia371

RECENSIÓN

**EL ACTO DE CERTIFICACIÓN: ANÁLISIS DE LA FUNCIÓN
CERTIFICANTE DEL SECRETARIO DE LOS ÓRGANOS
COLEGIADOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.**

D. José Joaquín Jiménez Vacas.....418

SECCIÓN INTERNACIONAL

**EL DIÁLOGO COMPETITIVO EN LA CONTRATACIÓN
PÚBLICA**

D. Rodolfo Cancino Gómez433

BASES DE PUBLICACIÓN469



EDITORIAL

En el número 44 de la Revista Gabilex, se incluyen en la sección nacional cinco artículos doctrinales que se suman a un artículo de la sección internacional y una reseña, todos ellos de máximo interés.

En primer lugar, debe destacarse el excelente trabajo de D^a. Anabelen Casares Marcos ganadora de la categoría general de los premios Gabilex 2025 con el trabajo "Obstáculos a la transparencia y el derecho de acceso a la información pública: reflexiones desde el ordenamiento jurídico español".

El siguiente artículo que podrán disfrutar los lectores corresponde a D^a Lucía López Ortega, ganadora de la categoría TFG, TFM y Másteres de los premios Gabilex 2025 con el trabajo "La responsabilidad patrimonial del estado legislador en la gestión de la pandemia por el Covid 19".

A continuación, D^a María Jesús García García realiza un estudio brillante sobre "Derechos y garantías de los ciudadanos como usuarios y consumidores de servicios digitales a la luz del Reglamento 2022/2065 de 19 de octubre". Como destinatarios de servicios digitales, los



usuarios de los mismos pueden ver afectados no solo sus derechos como consumidores, es decir sus derechos de contenido patrimonial y económico, sino también sus derechos fundamentales, con lo que se ponen en peligro sus derechos cívicos y políticos derivados de la condición de ciudadanos de un sistema democrático.

D^a Lena Carazo Sánchez aborda bajo el título “La fiscalidad del comercio electrónico” las principales problemáticas fiscales derivadas de la digitalización, como el fraude fiscal, la evasión de impuestos y la dificultad de aplicar conceptos tradicionales como residencia fiscal o establecimiento permanente.

La sección nacional se cierra con la obra de D^a. Patricia Cervera Valencia sobre “Dificultades, retos y oportunidades actuales en la contratación pública estratégica”. A pesar del compromiso político y normativo, los datos muestran una escasa presencia de cláusulas estratégicas en los contratos públicos. Esta brecha entre discurso y práctica evidencia la necesidad de reforzar la gobernanza de la contratación pública estratégica, dotando al sistema de estructuras sólidas, coordinación interinstitucional y mecanismos de supervisión eficaces.

D. José Joaquín Jiménez Vacas realiza la recensión de la obra “El acto de certificación: análisis de la función certificante del secretario de los órganos colegiados de las administraciones públicas”.



La sección internacional cuenta con el excelente trabajo de D. Rodolfo Cancino Gómez que hará las delicias de los lectores sobre “El diálogo competitivo en la contratación pública”.

El 16 de abril del 2025 entró en vigor en México la nueva Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (LAASP), cuyas novedades son sustanciales y trascendentales para la Contratación Pública de las entidades y dependencias en los tres niveles de gobierno. Analiza el procedimiento de diálogo competitivo y sus implicaciones con otras figuras similares que se encuentran en normativas de carácter internacional, fuente de inspiración para su incorporación en la legislación mexicana.

El Consejo de Redacción



REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO DE CASTILLA-LA MANCHA

SECCIÓN NACIONAL

ARTÍCULOS DOCTRINALES



LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO LEGISLADOR EN LA GESTIÓN DE LA PANDEMIA POR EL COVID-19

D^a. Lucía López Ortega

Graduada en Derecho

Resumen: Los presupuestos de la responsabilidad del Estado legislador, en sus tres modalidades, se encuentran regulados en la Ley 40/2015, de 1 de octubre; si bien los requisitos y condiciones que en ella se prevén distan mucho de ser acordes con los principios del Derecho comunitario, sobre todo a raíz de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de junio de 2022 y la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo. Esta responsabilidad del Estado legislador y sus presupuestos ha adquirido un papel protagonista en la gestión de las reclamaciones interpuestas, como consecuencia de las medidas restrictivas adoptadas por el COVID-19. En este trabajo, además de examinar los efectos de la citada Sentencia



sobre nuestra legislación básica, se aborda si las medidas adoptadas en los Reales Decretos adoptados durante la pandemia sobrepasaron las garantías reconocidas en el Estado de Alarma y, finalmente, cómo todo este contexto normativo y jurisprudencial está jugando en las decisiones de nuestros tribunales a la hora de dar respuesta a las numerosas reclamaciones de responsabilidad patrimonial que han sido interpuestas, tras decretarse el Estado de Alarma.

Palabras clave: responsabilidad del Estado legislador; leyes contrarias al derecho comunitario; leyes inconstitucionales.

Abstract: The three types of legislature's liability are regulated by Law 40/2015, of October 1; however, the requirements and conditions set forth therein are far from being in line with the principles of Community law, particularly in light of the judgment of the Court of Justice of the European Union of June 28, 2022, and the recent case law of the Supreme Court. This liability of the legislative State and its budgets has taken on a central role in the management of claims filed as a result of the restrictive measures adopted due to COVID-19. This paper, in addition to examining the effects of the aforementioned ruling on our basic legislation, addresses whether the measures adopted in the Royal Decrees during the pandemic exceeded the guarantees recognized in the State of Emergency and, finally, how this entire regulatory and jurisprudential context is affecting the decisions of our courts when responding to



the numerous claims for financial liability that have been filed following the declaration of the State of Emergency.

Key words: *Legislature's liability; breach of law attributable to the national legislature; unconstitutional laws.*

Sumario: 1. Introducción. 2. Marco normativo de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador. 2.1. Marco constitucional. 2.2. Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público: marco material (LRJSP). 2.3. Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP): marco procedimental. 2.4. Requisitos del artículo 32 de la Ley del Régimen Jurídico del Sector Público. A) Caracteres de la responsabilidad patrimonial. B) Presupuestos de la responsabilidad patrimonial. B.1) Lesión resarcible y antijuricidad. B.2) Funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. B.3) Relación de causalidad. 3. Los presupuestos de la responsabilidad del Estado legislador en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 3.1. Cuestiones previas. 3.2. Sobre la Sentencia del TJUE del 28 de junio de 2022. A) Requisito relativo a la existencia previa de una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que haya declarado el carácter contrario al Derecho de la Unión Europea. B) Requisito de que el perjudicado haya alegado la infracción del Derecho de la Unión posteriormente declarada en el recurso interpuesto contra el acto administrativo. C) Plazo para ejercitar la acción de responsabilidad. D) Limitación de los daños indemnizables. E) Valoración de la sentencia. 4. Responsabilidad patrimonial del Estado legislador en la



gestión de la pandemia por COVID-19. 4.1. Medidas sanitarias adoptadas. Especial mención al Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. 4.2. Efectos de la declaración de inconstitucionalidad parcial. Especial mención a la Sentencia 148/2021, de 14 de julio, del Tribunal Constitucional. A) Análisis del término “suspensión” del artículo 55.1 CE. B) Análisis de la inconstitucionalidad de los apartados 1, 3 y 5 del artículo 7 del RD 463/2020, de 14 de marzo. C) Alcance de la declaración de inconstitucionalidad. 4.3. Desestimación de la responsabilidad patrimonial del Estado por COVID-19: especial mención a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2023. 4.3.1. Argumentos de la defensa. 4.3.2. Argumentos del TS. A) Inexistencia de un sistema de responsabilidad patrimonial objetivo singular y nuevo. B) Doble título de imputación: la responsabilidad patrimonial del Estado legislador y el funcionamiento anormal de los servicios públicos. C) Ausencia de antijuricidad y proporcionalidad de las medidas. D) Cuestión de la fuerza mayor y funcionamiento de los servicios públicos. E) Exclusión del instituto de la expropiación forzosa. 4.3.3. Valoración de la Sentencia. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

Abreviaturas empleadas

BOE: Boletín Oficial del Estado

CE: Constitución Española



CCAA: Comunidades Autónomas

DUE: Derecho de la Unión Europea

IVA: Impuesto sobre el Valor Añadido.

LEF: Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre Expropiación Forzosa.

LJ: Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa.

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

LPACAP: Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

LRJ-PAC: Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

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

RD: Real Decreto.

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

TS: Tribunal Supremo.

1. Introducción.



Este trabajo aborda la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, concretamente en la gestión de la crisis sanitaria provocada por el COVID-19. Bajo esta denominación, se recogen aquellos supuestos en los que los particulares han sufrido un daño económicamente evaluable imputable a los servicios públicos, y que, en consecuencia, es susceptible de ser indemnizado a través del citado instituto.

Los presupuestos bajo los cuales nace la responsabilidad del Estado legislador son similares a los de la responsabilidad de la Administración. Sin embargo, en comparación con esta última, que ha sido resuelta de manera favorable y precisa, la regulación en el supuesto del Estado legislador ha sido complicada e incluso contradictoria en ocasiones -cuestionada incluso por la justicia europea, como tendremos ocasión de exponer. "A diferencia de la actividad administrativa -vicarial y subordinada-, el legislador - en nuestro país Cortes Generales y, en el marco de las competencias autonómicas, los Parlamentos territoriales- representa al pueblo, en quien reside la soberanía, lo cual impregna su actuación¹". Gracias a las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales, se ha conseguido ir asentando las bases de su funcionamiento, a pesar de que sigue siendo un tema

¹ QUINTANA LÓPEZ, T., "La responsabilidad del Estado legislador", *Revista de Administración Pública*, núm. 135, 1994, p.104.



controvertido.

Esto se debe a que, recientemente, la responsabilidad del Estado legislador ha adquirido un papel protagonista en la gestión de las reclamaciones interpuestas, como consecuencia de las medidas restrictivas adoptadas por el COVID-19. Así, el debate se centra en considerar si las medidas adoptadas en los Reales Decretos adoptados durante la pandemia sobrepasaron las garantías reconocidas en el Estado de Alarma.

Para abordar estas cuestiones, el trabajo se divide fundamentalmente en tres partes:

En primer lugar, se abordará un marco normativo que nos permita conocer los aspectos formales en su regulación, detallando las normas legales en las que se desarrolla y los presupuestos para su aplicabilidad. En segundo lugar, analizaremos el papel del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), en la interpretación de la Ley nacional buscando un sentido acorde a la normativa comunitaria que, previsiblemente, dará lugar a una modificación de la norma nacional actualmente vigente. Por último, abordaremos cómo todo este contexto normativo actúa como base para dar respuesta a las numerosas reclamaciones de responsabilidad patrimonial que se interpusieron tras declarar el Estado de Alarma.



2. Marco normativo de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador.

2.1. Marco constitucional.

Según el artículo 1 de la Constitución Española de 1978 (CE), España se constituye en un Estado Social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

Así, observamos el carácter imperante tanto del principio constitucional que implica la sujeción de todos los poderes públicos a la supremacía de la CE; como del principio de legalidad, que implica la sujeción de la Administración pública, de los poderes públicos y del poder ejecutivo al imperio de la ley.

Para asegurar un efectivo Estado de Derecho, este debe comprender un sistema de garantía efectiva patrimonial, en especial frente a las actuaciones que voluntaria y, la mayor parte de veces involuntariamente, provocan daños a los ciudadanos.

De esta forma se configura la responsabilidad del Estado legislador, como una institución jurídica que se puede definir como la "obligación de resarcimiento que contrae el legislador, como consecuencia de la aprobación de una ley inconstitucional o contraria al Derecho de la Unión Europea, que provoque un daño económicamente evaluable al ciudadano y que este no



tenga el deber jurídico de soportar²".

En nuestro ordenamiento jurídico se considera una figura de especial relevancia dado que partimos de una "concepción roussoniana de la Ley, según la cual el Legislador crea las leyes que son un reflejo de la voluntad del pueblo³". El principio de legalidad mencionado anteriormente manifiesta la supremacía del poder legislativo como manifestación de la voluntad general, indicando los poderes y potestades que le corresponden frente al poder ejecutivo.

Para poder contextualizar esta figura en profundidad, es importante partir de nuestra Carta Magna de Derechos, la Constitución Española de 1978.

Partimos en primer lugar del artículo 9.3 CE, en el que a modo genérico se garantiza la responsabilidad de los poderes públicos. Sin embargo, la base constitucional de esta institución se encuentra en el artículo 106.2 CE, el cual establece que "Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos".

² MILLÁS, V. y GATÓO JIMÉNEZ DE LAIGLESIA, S., "La responsabilidad del Estado-Legislator tras la reforma de 2015", *Revista de las Cortes Generales*, núm.100-102, 2017, p. 8.

³ MILLÁS, V. y GATÓO JIMÉNEZ DE LAIGLESIA, S., "La responsabilidad del Estado-Legislator tras la reforma de 2015", *cit.*, p. 8.



Dado que el presente trabajo concreta esta responsabilidad patrimonial del Estado en el ámbito sanitario como consecuencia de la pandemia por COVID-19, procede asimismo hacer cita del artículo 43.2 CE, según el cual “compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto”.

Finalmente, la relación entre la declaración del Estado de Alarma y la responsabilidad del Gobierno se recoge en el artículo 116.6 CE: “La declaración de los estados de alarma, de excepción y de sitio no modificarán el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes”.

Este marco constitucional se complementa con las regulaciones dispuestas en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Ley de Régimen del Sector Público (LRJSP), las cuales comentaremos a continuación.

2.2. Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público: marco material (LRJSP).

Como hemos mencionado anteriormente, la relevancia de esta institución se ha reflejado en los numerosos



intentos que han existido a nivel doctrinal y jurisprudencial para conseguir una interpretación uniforme en la que se establezcan los principios y condiciones para su reconocimiento. Así, la presente ley junto con la LPACAP, han permitido que por primera vez se regule esta figura de manera clara y precisa. Con esta regulación se proporciona al ciudadano una mayor seguridad jurídica al reclamar una indemnización por responsabilidad del legislador, pues se dispone un marco jurídico que engloba tanto las condiciones, como el procedimiento.

En lo atinente a las condiciones, el actual artículo 32 de la LRJSP regulador de los principios de la responsabilidad, encuentra dos antecedentes principales.

Por un lado, la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre Expropiación Forzosa (LEF), la cual incorporó al sistema de garantías patrimoniales no sólo las expropiatorias a través de la correspondiente indemnización, sino también los daños extracontractuales producidos por los poderes públicos.

Por otro lado, el artículo 139.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), incorpora y perfecciona el régimen jurídico de este instituto resarcitorio: "Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezcan en los propios actos



legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos”.

Así, a partir de la entrada en vigor de esta ley, la responsabilidad procedente de los actos legislativos parece derivarse o bien del carácter expropiatorio de la norma, lo cual implicaría la remisión a la LEF, o bien de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria, remitiendo al artículo 139.

La interpretación de este precepto generó un largo debate. Por un lado, se planteaba el conflicto de que interpretando este precepto a sensu contrario, parece decir que la responsabilidad por los daños causados queda excluida cuando así se prevea en la Ley o cuando no se contemple. Por otro lado, se observa el problema de fondo de determinar con qué alcance se reconoce esta posible indemnización, lo cual ha sido resuelto con la jurisprudencia del TS revelando una flexibilización en los márgenes del artículo.

Esto nos lleva al actual apartado 3 del artículo 32 LRJSP, en el cual se recogen los tres supuestos generadores de responsabilidad: “a) [...] como consecuencia de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos que no tengan el deber jurídico de soportar cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen; b) cuando los daños deriven de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional [...]; y c) cuando los daños deriven de la aplicación de una norma contraria al



Derecho de la Unión Europea [...]”.

En lo atinente al primer supuesto, el contenido no varía mucho con respecto al artículo 139 anteriormente citado, puesto que le corresponde a la propia Ley determinar en qué supuestos y en qué condiciones habrá de hacerse efectivo el derecho.

La responsabilidad como consecuencia de una ley declarada inconstitucional encuentra su origen en la Sentencia del Tribunal Constitucional 173/1996, de 31 de octubre, sobre la aplicación retroactiva del gravamen compensatorio sobre la tasa fiscal del juego, impuesta por la Ley 5/1990, de Medidas Urgentes en Materia Presupuestaria, Financiera y Tributaria, y que suponía un quebrantamiento del principio consagrado en el artículo 9.3 CE sobre la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. Tras esta sentencia, se presentaron numerosas reclamaciones ante el Estado para la devolución del importe de esa tasa complementaria anulada, previamente impugnada, formalizándose con carácter general como una responsabilidad patrimonial del Estado⁴.

En atención a los actuales requisitos para la obtención de la indemnización según el apartado 4 del artículo 32 LRJSP, es necesario que el particular haya obtenido en cualquier instancia una sentencia firme desestimatoria

⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado como autor de una ley declarada inconstitucional”, *Revista de administración pública*, núm. 166, 2005, p. 110.



de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siendo obligatorio que hubiera alegado previamente la inconstitucionalidad posteriormente declarada.

Finalmente, se recoge la responsabilidad como consecuencia de una vulneración del Derecho de la Unión Europea, que, al igual que en el caso anterior, requiere que el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa causante del daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la UE posteriormente declarada.

Así, se observa una redacción de los supuestos de responsabilidad que permite rechazar una reclamación de responsabilidad por falta de agotamiento previo de las vías de recurso, haciendo así más gravosa la posibilidad de actuación contra los actos del legislador⁵.

2.3. Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP): marco procedimental.

El procedimiento para la exigencia de la responsabilidad patrimonial se regula en la LPACAP, concretamente en el Capítulo II, con especial incidencia en los artículos 91

⁵ MILLÁS, V. y GATÓO JIMÉNEZ DE LAIGLESIA, S., "La responsabilidad del Estado-Legislador tras la reforma de 2015", *cit.*, p. 43.



y 92.

A rasgos generales, el procedimiento no difiere de cualquier otro procedimiento administrativo, dado que este puede ser iniciado de oficio, o mediante solicitud de un particular presuntamente afectado.

La instrucción del procedimiento se recoge en el artículo 81, según el cual resulta preceptivo solicitar el informe al servicio responsable del daño ocasionado, con un plazo de diez días para su emisión. Resulta igualmente preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico competente cuando la indemnización reclamada tenga un importe igual o superior a los 50.000 euros -en el caso del Consejo de Estado- o a la que se establezca en la correspondiente legislación autonómica -en el caso de órganos consultivos autonómicos-.

A los efectos que se acaban de expresar, el órgano instructor, también en el plazo de diez días, remitirá al órgano competente para solicitar el dictamen, una propuesta de resolución. Este dictamen deberá ser emitido en el plazo de dos meses, pronunciándose sobre la existencia o no de una relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de indemnización de acuerdo con los criterios que establece la propia ley.

Especial mención merece el artículo 92 LPACAP, dado que inicialmente, al tratarse de la responsabilidad del legislador, se podría considerar directamente a las Cortes generales como las titulares del poder legislativo



competentes para adoptar la resolución. Sin embargo, el citado artículo atribuye la competencia para resolver al ministro respectivo o Consejo de Ministros en el ámbito de la Administración General del Estado, así como los órganos correspondientes en el ámbito autonómico y local. Como señala Quintana López, se observa una “disociación entre las Cámaras que aprobaron la ley de que se trate y la Administración a quien se le imputa la responsabilidad⁶”.

2.4. Requisitos del artículo 32 de la Ley del Régimen Jurídico del Sector Público.

A. Caracteres de la responsabilidad patrimonial.

Para ahondar en la cuestión de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, es importante destacar tanto los caracteres como los presupuestos necesarios para el surgimiento de ésta.

Esto lo realizaremos partiendo de los elementos exigibles en la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, dado que lo que cambia es el sujeto al que se reclama la correspondiente indemnización, pero no los presupuestos configurativos.

En atención a los caracteres, tomaremos como punto

⁶ QUINTANA LÓPEZ, T., “La responsabilidad del Estado legislador”, *cit.*, p.135.



de partida la Sentencia de la Sala 3ª del TS de 22 de abril de 2016, en la cual, en el Fundamento de Derecho tercero, se asientan los mismos: “[...] a) unitario: rige para todas las Administraciones; b) general: abarca toda la actividad -por acción u omisión- derivada del funcionamiento de los servicios públicos [...] c) de responsabilidad directa: la Administración responde directamente, sin perjuicio de una eventual y posterior acción de regreso contra quienes hubieran incurrido en dolo, culpa, o negligencia grave; d) objetiva, prescinde de la idea de culpa [...]; y, e) tiende a la reparación integral”.

La primera característica destacable del régimen es el carácter unitario. El estado español se basa en una configuración federal o cuasi federal, lo que implica la descentralización del poder político entre los órganos centrales del Estado y las comunidades autónomas. Pues bien, a pesar de este reparto de la competencia legislativa, todo el conjunto de entidades está sujeto al mismo régimen de responsabilidad. Esto se extrae tanto de la lectura del artículo 106.2 CE: “[...] siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”, como del artículo 149.1.18ª que establece las competencias exclusivas del Estado, “sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa, legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas”.

En segundo lugar, atendemos al carácter general, dado que la responsabilidad engloba cualquier actividad



extracontractual de los servicios públicos. Esto se refleja en la Sentencia del TS de 4 de enero de 1991, la cual establece que “siempre que se produzca un daño en el patrimonio de un particular [...] hay que entender que se origina la obligación de resarcir por parte de la Administración.” Para entender este concepto de “servicio público”, partimos de la definición proporcionada por Garrido Falla y coincidente con la doctrina tradicional, según la cual se trata de un “servicio técnico prestado al público de una manera regular y constante mediante una organización de medios personales y materiales cuya titularidad pertenece a una Administración Pública y bajo un régimen jurídico especial”⁷.

Finalmente, cabe destacar el carácter objetivo y directo de la responsabilidad.

Cuando afirmamos que la responsabilidad es directa quiere decirse que la víctima del daño no tiene obligación de identificar al agente público causante del mismo, sino que es el ente administrativo del cual forma parte, el encargado de los efectos indemnizatorios por la acción dañosa. De esta forma, el funcionario únicamente se ve obligado a responder frente a la propia Administración con su patrimonio.

El carácter objetivo se refiere a que, además de los

⁷ GARRIDO FALLA, F. “El concepto de servicio público en derecho español”, *Revista de administración pública*, núm. 135, 1994, p. 21.



daños causados a los particulares como consecuencia de actividades culpables o dolosas de los agentes públicos, el sistema de responsabilidad cubre los daños que se derivan del funcionamiento normal, legal y correcto de los mismos. Así, se presenta como contraposición a la responsabilidad extracontractual o aquiliana del Derecho Privado del artículo 1902 CC, lo que implica la necesidad de superar tanto la responsabilidad subsidiaria como la existencia de culpabilidad: “El que por acción u omisión causa daño a otro está obligado a reparar el daño causado”.

De esta forma, el artículo 32.1 de la LRJSP pone de manifiesto este carácter objetivo al hablar del “funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”, concepto en el que profundizaremos más adelante, pero que ya deja entrever el abandono de la idea de culpa y la indiferencia hacia el tipo de funcionamiento.

Estos dos últimos caracteres encuentran un consolidado apoyo jurisprudencial, tomando a modo de ejemplo el Fundamento Jurídico 2º de la Sentencia del TS Sala 3ª (Sección 6ª) de 29 de mayo de 1991: “La Administración responde de manera directa y objetiva según el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y artículo 106.2 de la Constitución Española [...], prescindiendo de toda suerte de ilicitud o culpa”.

B. Presupuestos de la responsabilidad patrimonial.

Para poder detallar los caracteres descritos



anteriormente, es importante resaltar cuáles son los presupuestos que se deben dar para que opere la responsabilidad patrimonial del Estado. Así, podemos partir del Fundamento Jurídico 3º de la Sentencia del TS, 27 de septiembre de 2016: “Pues bien, esta modalidad de responsabilidad de los poderes públicos precisa también de la concurrencia, para que nazca la obligación de indemnizar, de los requisitos tradicionales (daño efectivo y antijurídico, imputabilidad, y nexo causal).”

De esta forma, expuestos los presupuestos de la responsabilidad patrimonial, se procede a detallar cada uno individualmente;

a. Lesión resarcible y antijuricidad.

El primer elemento configurativo de la responsabilidad es el concepto de lesión, al ser el objeto de la eventual reparación. En este sentido, cabe destacar el artículo 34 de la LRJSP, que dispone en relación con la indemnización “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”.

Esta última parte del artículo, cuando menciona la ausencia de un deber jurídico de soportar el daño causado, refleja el criterio de la antijuricidad. Es decir, debe tratarse de un sacrificio singular y no justificado que no pueda ser considerado como una carga de obligado cumplimiento. De esta forma, se refleja el



carácter objetivo mencionado anteriormente, dado que no se entra a valorar la conducta del legislador, sino la consecuencia y el daño que esta tiene en la persona perjudicada.

b. Funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

La fórmula recogida en el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, quedó reflejada en el artículo 32.1 de la LRJSP, al hablar del “funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”.

El concepto de “funcionamiento anormal”, se refiere a una actividad administrativa en la que o bien en la conducta del agente existe un elemento de ilicitud o culpabilidad, o bien la conducta en sí es simplemente ilegal. Por lo tanto, podemos hablar de la anormalidad como sinónimo de ilegalidad, no ajustada al ordenamiento jurídico.

Más duda genera el concepto de “funcionamiento normal”. La interpretación de este precepto se puede realizar partiendo de la idea del autor García de Enterría. Este establece la idea de trasladar el elemento de la ilicitud en la valoración de la antijuricidad, del agente causante del daño al patrimonio dañado⁸. De esta forma, al hablar de daño ilícito, la Administración puede incurrir en responsabilidad aun cuando su comportamiento es calificado como “normal”.

⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Civitas, Madrid, 1984, p. 176.



c. Relación de causalidad.

El último elemento configurador es la existencia de un nexo- causal directo entre el funcionamiento del servicio público y el perjuicio patrimonial ocasionado al particular sin que intervengan componentes perturbadores ajenos.

En este sentido, encontramos el pronunciamiento del TS en la Sentencia 14 de junio de 1991: "que se pueda establecer un vínculo de causalidad entre el agente público y el resultado lesivo, y no estemos en presencia de un caso de fuerza mayor [...]".

Así, la fuerza mayor es la única causa de exoneración de responsabilidad de la Administración, prevista legalmente.

3. Los presupuestos de la responsabilidad del Estado legislador en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

3.1. Cuestiones previas.

En la configuración de la responsabilidad patrimonial tal y como la conocemos por la regulación de la misma plasmada en la LPACAP y la LRJSP, el TJUE ha jugado un papel fundamental al introducir trascendentes rectificaciones y cambios. Sin embargo, antes de comentarlas, es necesario realizar un breve repaso en la evolución histórica que ha tenido este principio y la



intervención interpretativa y creadora del Tribunal.

Como hemos mencionado anteriormente, la responsabilidad patrimonial se consolida gracias al artículo 9.3 CE y el artículo 139.3 LRJ-PAC. En este último artículo, se reconocía el derecho a una persona a ser indemnizado por los perjuicios que hubieran podido ser causados por aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria. Sin embargo, el hecho de que el derecho a la posible indemnización se supeditase a que la propia ley lo reconociese, generó un conflicto que fue finalmente resuelto por la Sala Tercera del TS, como se aprecia en la Sentencia de 25 de febrero de 2002: "no hay en nuestro sistema constitucional ámbitos exentos de responsabilidad, de manera que el Estado está obligado a reparar los daños antijurídicos que tengan su origen en la actividad de los poderes públicos, sin excepción alguna".

De esta forma, la misma jurisprudencia fijó las condiciones y requisitos para que el derecho indemnizatorio derivado de la ley pudiera ser reconocido, distinguiendo así entre la responsabilidad derivada de leyes inconstitucionales o de leyes contrarias al Derecho de la Unión Europea (en adelante, DUE). En efecto, se observaron diferencias procedimentales, dado que en el primer caso no era exigible una previa impugnación de la víctima del acto legislativo, mientras que en el segundo sí. Por ello, en este último supuesto, la falta de impugnación del particular suponía la imposibilidad de obtener un posterior resarcimiento pecuniario.

La diferencia entre los casos de vulneración del DUE y



los casos de inconstitucionalidad se justificaba en el hecho de que los ciudadanos disponían en el primer caso de una herramienta mientras que en el segundo no. Así, en los supuestos de vulneración del Derecho Comunitario, los ciudadanos podían invocar directamente ante la Administración y los Tribunales la primacía de este, pudiendo los Tribunales no aplicar cualquier acto nacional que sea contrario, incluidas las Leyes.

Esto no ocurría en el supuesto de una ley inconstitucional, dado que mientras el TC no declarase otra cosa, la Ley se presumía constitucional y el Juez se veía obligado a aplicarla; “ya que tal contradicción es directamente invocable ante los Tribunales Españoles y por tanto la recurrente puede recurrir primero en vía administrativa y en vía contenciosa después, y tanto la Administración como la jurisdicción deben aplicar directamente el ordenamiento comunitario⁹”.

La distinción no duró mucho tiempo, dado que fue la propia Sala Tercera del TS quien acabó planteando cuestión prejudicial ante el TJUE, a fin de determinar si se vulneraban o no los principios de equivalencia y efectividad del DUE.

Esta cuestión prejudicial surgió del recurso contencioso- administrativo interpuesto por la empresa “Transportes Urbanos y Servicios Generales, S. A. L”,

⁹ Sentencia del TS de 29 de enero de 2004 y de 24 de mayo de 2005.



la cual se vio afectada por la aplicación de la ley española sobre el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) en los ejercicios correspondientes a los años 1999-2000. Esta ley fue posteriormente declarada contraria a la Sexta Directiva reguladora del impuesto por el TJUE al restringir el derecho a la deducción más allá de lo permitido por la normativa comunitaria.

Aunque la empresa no impugnó el cobro del impuesto en su momento, tras la sentencia del TJUE, presentó una reclamación ante el Consejo de ministros que fue rechazada. Posteriormente, al presentar un recurso contencioso- administrativo ante el TS, este planteó la cuestión prejudicial mencionada, cuestionando una aplicación contraria a los principios comunitarios de equivalencia y efectividad.

La Sentencia del TJUE de 26 de enero de 2010, acabó resolviendo la misma afirmando una oposición al principio comunitario de equivalencia, dado que se observaron diferentes normas de procedimiento dependiendo de si la responsabilidad se derivaba de una infracción del DUE o de la normativa interna.

Este principio exige que las normas aplicables a los recursos, incluidos los plazos establecidos, se apliquen indistintamente tanto a las reclamaciones basadas en la violación del Derecho de la Unión como a las fundadas en la infracción del Derecho Interno¹⁰. En

¹⁰ *El principio de efectividad de la jurisprudencia comunitaria.* (s. f.). vLex. <https://vlex.es/vid/principio-efectividad-jurisprudencia-comunitaria-707111385> (último acceso: 19 de abril de 2024).



atención al mismo, y una vez se valoró que el objeto y los elementos esenciales de los dos recursos se consideraban similares, las diferencias en las reglas procesales de indemnización no estaban justificadas, lo que llevó al TS a eliminar el requisito de la indemnización en las leyes contrarias al DUE.

Como consecuencia de este favorecedor criterio, los números de reclamaciones patrimoniales aumentaron considerablemente, y fenómenos como el “céntimo sanitario¹¹” entre otros, hicieron que le legislador restringiese dicha extensión con la promulgación de la LPACAP y de la LRJSP.

Es en este momento cuando en el artículo 32.4 y 32.5 LRJSP queda corregida la jurisprudencia del TS, estableciendo, tanto para los daños derivados de leyes inconstitucionales, como los derivados de leyes contrarias al DUE, lo siguiente: “procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la

¹¹ Término coloquial referido al Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos (IVMDH). Fue un impuesto indirecto sobre los carburantes utilizados en países como España, para financiar gastos relacionados con la sanidad pública. Este impuesto fue declarado ilegal por la Sentencia de la Sala 10ª del TJUE de 25 de abril de 2013, por la infracción de la Directiva 2003/96/CE del Consejo, estableciendo su incompatibilidad con la normativa comunitaria.



inconstitucionalidad posteriormente declarada.”

Sin embargo, esta similitud en ambos supuestos es parcial, dado que en el artículo 32.5, párrafo 2º de la LRJSP, se añaden como requisitos a cumplir:

- a) La norma ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares.
- b) El incumplimiento ha de estar suficientemente caracterizado.
- c) Ha de existir una relación de causalidad directa [...]”.

Por lo demás, se establece en ambos casos un plazo de prescripción de un año a contar desde la fecha de publicación de la sentencia que declare la supuesta inconstitucionalidad o incumplimiento del DUE¹², así como el alcance de la indemnización, a cubrir los daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de publicación de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea, salvo que la sentencia disponga otra cosa¹³. - artículo 34.1, segundo párrafo de la LRJSP-.

3.2. Sobre la Sentencia del TJUE del 28 de junio de 2022.

Los requisitos expresados anteriormente, reflejan el difícil y largo camino que los particulares debían recorrer para que sus pretensiones de indemnización se viesen satisfechas y es por ello, que el 24 de junio de

¹² Artículo 67, apartado 1, párrafo 2º de la LPACAP

¹³ Artículo 34, apartado 1 párrafo 2º de la LRJSP.



2020, la Comisión Europea interpuso un recurso por incumplimiento (as. C-278/20) contra el régimen español de responsabilidad patrimonial del Estado legislador alegando el incumplimiento del principio de efectividad y equivalencia. En atención al primer principio indicado, la Gran Sala del Tribunal de Justicia en su Sentencia de 28 de junio de 2022 (as. C.278/20) afirma lo siguiente:

“1) Declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del principio de efectividad al adoptar y mantener en vigor los artículos 32, apartados 3 a 6, y 34, apartado 1, párrafo segundo, de la LRJSP, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y el artículo 67, apartado 1, párrafo tercero, de la LPACAP, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en la medida en que dichas disposiciones someten la indemnización de los daños ocasionados a los particulares por el legislador español como consecuencia de la infracción del Derecho de la Unión:

-al requisito de que exista una sentencia del Tribunal de Justicia que haya declarado el carácter contrario al Derecho de la Unión de la norma con rango de ley aplicada;

-al requisito de que el particular perjudicado haya obtenido, en cualquier instancia, una sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, sin establecer



ninguna excepción para los supuestos en los que el daño deriva directamente de un acto u omisión del legislador, contrarios al Derecho de la Unión, cuando no exista una actuación administrativa impugnabile;

-a un plazo de prescripción de un año desde la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea de la sentencia del Tribunal de Justicia que declare el carácter contrario al Derecho de la Unión de la norma con rango de ley aplicada, sin abarcar aquellos supuestos en los que no exista tal sentencia, y

-al requisito de que solo son indemnizables los daños producidos en los cinco años”.

Por otro lado, el TJUE no considera que el sistema legal español viole el principio de equivalencia, explicado anteriormente. Así, la Comisión denunciaba que existiese una triple condición para la reparación en el ámbito comunitario (que la norma confiera derechos a los particulares, incumplimiento suficientemente caracterizado y relación de causalidad directa), mientras que los dos primeros no se requieren en el supuesto de normas inconstitucionales.

Sin embargo, el TJUE afirma que la valoración del principio de equivalencia entra en juego una vez que ha nacido el derecho de indemnización conforme a los requisitos establecidos en el artículo 32.5 LRJSP. Así, este se respeta, siempre y cuando no pueda justificar una obligación para los Estados miembros de permitir que surja el derecho a la indemnización con criterios más favorables que los establecidos en la jurisprudencia del TJUE.



La sentencia concreta lo expuesto afirmando que el segundo motivo se basa en una interpretación errónea de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Por consiguiente, debe desestimarse por infundado.

Antes de entrar a detallar el contenido de la sentencia, podemos destacar la valoración realizada por el autor T.R. Fernández¹⁴, quien la califica como “aparatoso y extraordinariamente densa, pero que no trastorna demasiado el sistema establecido por la LRJSP y, por lo tanto, no resulta difícil de encajar.” Así, el autor considera que realizando una interpretación diferente (la cual será explicada más adelante), no habría sido necesario anular los preceptos legales: “La Sentencia en cuestión es muy discutible y en el fondo poco acertada, ya que hubiera sido perfectamente posible, como luego podrá comprobarse, llegar a una interpretación conforme de la Ley con el Derecho de la Unión Europea”.

A. Requisito relativo a la existencia previa de una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que haya declarado el carácter contrario al Derecho de la Unión Europea.

¹⁴ FERNÁNDEZ, T.R., “La responsabilidad del Estado legislador tras la Sentencia del TJUE de 28 de junio de 2022”, *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 36, 2021, p. 43.



En atención a este requisito, el TJUE falla en contra del Reino de España, considerando que dicha disposición, como denuncia la Comisión, vulneraría el principio de efectividad.

Este principio establece que la legislación interna procesal no puede hacer ineficaz la aplicación de los derechos reconocidos a los ciudadanos en el Ordenamiento de la Unión Europea. Así, este principio está dirigido a que la aplicación del Derecho de la UE sea real y efectiva. Su reconocimiento se ve reflejado en numerosas sentencias, destacando a modo de ejemplo la Sentencia del TJUE de 16 de diciembre de 1976 en el asunto "Rewe"; "esta regulación no puede ser menos favorable que la correspondiente a reclamaciones similares de carácter interno [...]".

Dicho principio se encontraría vulnerado en la medida en que se supedita la posibilidad de exigir la responsabilidad del Estado legislador, a que previamente el TJUE declare que el Derecho Nacional es incompatible con el Derecho de la UE. Así, esto no sería necesario en virtud del principio de primacía y de efecto directo, que permite al juez doméstico pronunciarse sobre la ilegalidad de la norma directamente.

El pronunciamiento del TJUE sobre este aspecto lo encontramos en el apartado 104 de la citada sentencia: "la reparación del daño causado por una infracción del Derecho de la Unión imputable a un Estado miembro no puede estar subordinada al requisito de que una sentencia dictada por el Tribunal de Justicia con



carácter prejudicial declare la existencia de tal infracción”.

En este punto, destaca la interpretación que el Abogado del Estado realiza mencionada anteriormente, y que el profesor T.R. Fernández¹⁵, califica como “inteligente”.

En este sentido, la defensa considera que en vez de valorar el artículo 32.5 de la LRJSP aisladamente, éste debe ser contemplado en conjunto con el sistema general de responsabilidad de la Administración del artículo 32.1 de la misma Ley. De este modo, una vez se hubiese interpuesto la reclamación por esta vía legal, y no hubiese prosperado, podría entrar en juego la Sentencia posterior del TJUE declarando la inconstitucionalidad de la Ley Española. Es lo que el autor denomina “cláusula de cierre del sistema jurídico español o remedio específico y residual”.

El autor lo expresa de la siguiente forma: “La exigencia de una Sentencia del Tribunal de Justicia que declare que la Ley española productora del daño es contraria al Derecho de la Unión no es, en absoluto, contraria al principio de efectividad, que quedaría perfectamente satisfecho con el despliegue de la vía general del artículo 32.1 que para nada requiere tal Sentencia, que sólo es necesaria para el supuesto adicional de que en esa vía general no tenga éxito la reclamación del

¹⁵ FERNÁNDEZ, T.R., “La responsabilidad del Estado legislador tras la Sentencia del TJUE de 28 de junio de 2022”, *cit.*, p. 45.



afectado”.

B. Requisito de que el perjudicado haya alegado la infracción del Derecho de la Unión posteriormente declarada en el recurso interpuesto contra el acto administrativo.

En atención a este segundo requisito, el TJUE falla de nuevo a favor de la Comisión, al afirmar que se trata de un precepto contrario al nombrado principio de efectividad.

En este sentido, el TJUE sí que considera lícito que el tribunal nacional compruebe que el perjudicado ha actuado con la diligencia razonable y exigible para impedir o limitar el perjuicio, y en particular, que haya ejercido las acciones judiciales que le corresponden contempladas en Derecho. Sin embargo, sí que es cierto que esto requeriría del particular haber impugnado la validez del acto administrativo que le perjudica, y haber identificado cuál es la disposición concreta del Derecho de la UE, lo que se consideraría una carga desproporcionada. Por ello, el TJUE considera que el requisito de haber obtenido una sentencia firme en cualquier instancia en un recurso contra la actuación administrativa no resulta admisible cuando el daño se deriva de un acto u omisión del legislador, sin que exista una actuación administrativa que el legislador pueda impugnar. En este sentido, destacamos la opinión del autor Cienfuegos Mateo, al considerar que se trata de un “argumento bien fundado, porque no son infrecuentes los daños que provienen directamente de



leyes incompatibles con el Derecho de la Unión y tampoco faltan casos de daños resultantes de omisiones legislativas que lo menoscaban¹⁶”.

“Esto quedaría reflejado en el apartado 132: [...] al requisito de que el particular perjudicado haya obtenido, en cualquier instancia, una sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, sin prever una excepción para los supuestos en los que el daño derive directamente de una acción u omisión del legislador, contrarios al Derecho de la Unión, cuando no exista una actuación administrativa impugnabile”.

De esta forma, la manera de resolver el incumplimiento por parte de la LRJSP es estableciendo expresamente en el propio precepto que citado requisito no será exigible, cuando los daños se deriven de una ley que no necesita un acto aplicativo.

C.Plazo para ejercitar la acción de responsabilidad.

En tercer lugar, nos encontramos con que el apartado 1, párrafo 3º del artículo 67 de la LPACAP, también imposibilita la acción de la responsabilidad patrimonial,

¹⁶ CIENFUEGOS MATEO, M., “La incompatibilidad de la legislación española relativa a la responsabilidad del Estado legislador con el Derecho de la Unión Europea a la luz de la sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de junio de 2022”, *Revista Catalana de Dret Públic*, 67, p. 151-169.



dado que establece un plazo de prescripción de un año desde la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea de la sentencia que declara la infracción.

Así, si como hemos indicado anteriormente, si no es necesario el pronunciamiento judicial del TJUE sobre el incumplimiento del Derecho, tampoco será válido un plazo de prescripción que se empiece a contar desde esa sentencia que el sistema no exige. Debería este plazo computarse desde que el perjuicio se manifiesta o se produce.

Atendiendo al apartado 159, el TJUE establece: “la publicación de tal sentencia en el Diario Oficial tampoco puede constituir, sin vulnerar ese mismo principio, el único punto de partida posible del plazo de prescripción de la acción que tiene por objeto exigir la responsabilidad patrimonial de dicho legislador por las infracciones del Derecho de la Unión que le sean imputables”.

D.Limitación de los daños indemnizables.

Finalmente, el TJUE también se opone a la disposición recogida en el artículo 34, párrafo 2 apartado 1º LRJSP, en la cual se recoge la indemnización de los daños producidos en el plazo de cinco años anteriores a la sentencia.

Esta limitación temporal introducida por la LRJSP se opone al principio general del Derecho Comunitario al considerarse una traba para los particulares en la obtención de una reparación adecuada de su perjuicio, sobre todo si se tiene en cuenta la necesaria dilación del proceso con el cumplimiento del requisito del



artículo 32.5 LRJSP que exige una sentencia firme desestimatoria contra la actuación administrativa causante del daño.

“El Reino de España pone trabas a que los particulares puedan, en todos los casos, obtener una reparación adecuada en su perjuicio (apartado 165)”.

De los cuatro reproches planteados por la Comisión Europea, T.R. Fernández¹⁷, muestra una especial conformidad con este último, al pensar que “la limitación es, en principio, explicable, pero a poco que se reflexione sobre ella es inevitable su rechazo.”

E. Valoración de la sentencia.

La sentencia del TJUE objeto de estudio adquiere una especial relevancia, en la medida en que obliga al Reino de España a adoptar las medidas que sean necesarias para su ejecución. En este sentido, consideramos procedente incluir la valoración que el autor Cienfuegos Mateo expresa sobre esta.

Una vez que se declara la vulneración del principio de efectividad, el Estado español goza de cierta discrecionalidad para asegurar el cumplimiento de la normativa europea, pudiendo derogar la norma declarada contraria, modificarla, o incluir un régimen de excepciones aplicable a las reclamaciones por

¹⁷ FERNÁNDEZ, T.R., “La responsabilidad del Estado legislador tras la Sentencia del TJUE de 28 de junio de 2022”, *cit.*, p. 44.



responsabilidad del Estado legislador. Sin embargo, "lo que no es de recibo es mantener inalterada esta normativa contraria al Derecho de la UE dentro de nuestro ordenamiento, toda vez que ella vulneraría la fuerza obligatoria de las sentencias del Tribunal de Justicia, afectaría a la primacía del Derecho de la Unión y, a la postre, cuestionaría la seguridad jurídica en su seno¹⁸".

Precisamente con el propósito de cumplir con la sentencia del TJUE que cuestionó el régimen español de responsabilidad patrimonial del Estado legislador, el Gobierno comenzó a tramitar el pasado año el anteproyecto de Ley sobre responsabilidad patrimonial del Estado legislador por los daños derivados de la infracción del Derecho de la Unión. El proyecto normativo incluye una triple modificación que afecta a la LPACAP a la LRJSP y también a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En torno a su tramitación, cabe traer a colación el informe sobre el anteproyecto de Ley aprobado el 19 de julio de 2023 por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, Las modificaciones normativas proyectadas se expresan de la siguiente forma¹⁹:

¹⁸ CIENFUEGOS MATEO, M., "La incompatibilidad de la legislación española relativa a la responsabilidad del Estado legislador con el Derecho de la Unión Europea a la luz de la sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de junio de 2022", *cit.*, p. 162.

¹⁹ Comunicación Poder Judicial. (2023). *El CGPJ aprueba el informe al anteproyecto de Ley sobre responsabilidad*



En primer lugar, ante el primer requisito expresado, al anteproyecto posibilita que la sentencia del TJUE que declare el carácter contrario al Derecho de la Unión, pueda ser dictada también por el TS, así como por cualquier otro órgano jurisdiccional interno. En segundo lugar, con respecto a la exigencia de haber obtenido una sentencia firme desestimatoria por el perjudicado, el anteproyecto mantiene este requisito cuando se trata de una actividad administrativa impugnada, y lo elimina cuando el daño se derive de una conducta del poder legislativo. En tercer lugar, el plazo de prescripción del ejercicio de la acción se mantiene en un año, sin embargo, el inicio del cómputo de este plazo será desde la publicación de la sentencia del TJUE o del TS, así como desde la fecha de firmeza de la sentencia de la jurisdicción nacional. Finalmente, elimina la limitación temporal de los cinco años al prever la indemnización de los daños en los términos previstos en la sentencia firme que declare la norma nacional contraria al Derecho de la UE, sin afectar a las situaciones jurídicas prescritas. De esta manera, esta

patrimonial del Estado legislador por daños derivados de la infracción del Derecho de la Unión. Poder Judicial España. Disponible en

<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Oficina-de-Comunicacion/Archivo-de-notas-de-prensa/El-CGPJ-aprueba-el-informe-al-anteproyecto-de-Ley-sobre-responsabilidad-patrimonial-del-Estado-Legislator-por-danos-derivados-de-la-infraccion-del-Derecho-de-la-Union>.
(último acceso: 3 de mayo de 2024).



reforma supone un gran punto de partida para modificar la legislación española en materia de responsabilidad y adaptarla a la normativa europea.

Sin embargo, como apunta el profesor Cienfuegos Mateo "se requiere también de una voluntad política clara y de una buena técnica legislativa, aspectos que lamentablemente no siempre están presentes en estos lares²⁰".

4. Responsabilidad patrimonial del Estado legislador en la gestión de la pandemia por COVID-19.

Los Estados democráticos, en ocasiones, pueden verse inmersos en problemas y situaciones de anormalidad provocadas por factores y causas múltiples; ya sea por la actividad humana como atentados terroristas, o desastres provocados por fenómenos naturales. Esto último fue lo que ocurrió, como consecuencia de la pandemia conocida como COVID-19 y ocasionada por el virus SARS-Co-V-2.

En España, los estados excepcionales se encuentran graduados (según la situación de emergencia) y regulados en el artículo 116 CE, bajo el Título V: "De

²⁰ CIENFUEGOS MATEO, M., "La incompatibilidad de la legislación española relativa a la responsabilidad del Estado legislador con el Derecho de la Unión Europea a la luz de la sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de junio de 2022", *cit.*, p. 163.



las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales.” De los tres previstos -alarma, de excepción y de sitio-, resulta de especial relevancia el estado de alarma (artículo 116.2 CE), el cual será declarado por el Gobierno y acordado por el Consejo de Ministros, mediante decreto por un plazo máximo de 15 días prorrogable. El mismo deberá determinar tanto los efectos como el ámbito territorial de aplicación.

Este precepto constitucional, se desarrolla por la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio. Concretamente, el artículo 1 recoge unas disposiciones generales a tener en cuenta: se reafirma el carácter excepcional de la norma al justificar su aplicación como consecuencia de circunstancias extraordinarias, se establece una limitación material y temporal de interpretación restrictiva, y finalmente, se establece la no interrupción del funcionamiento de los poderes del Estado.

Característica especial de este estado en relación con la suspensión de derechos fundamentales, es lo señalado en la Sentencia del TC de 28 de abril de 2016²¹: “A diferencia de los estados de excepción y sitio, la declaración del estado de alarma no permite la suspensión de ningún derecho fundamental (art. 55.1 CE contrario sensu), aunque sí la adopción de medidas que puedan suponer limitaciones o restricciones a su

²¹ Esta sentencia resuelve el recurso de amparo 4703-2012, interpuesto por los controladores aéreos ante la declaración del Gobierno del estado de alarma en el año 2010



ejercicio”.

Tales limitaciones son las que se recogen en el artículo 11 de la citada Ley Orgánica:

a) Limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos; b) Practicar requisas temporales de todo tipo de bienes e imponer prestaciones personales obligatorias; c) Intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, con excepción de domicilios privados, dando cuenta de ello a los Ministerios interesados; d) Limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad; e e) Impartir las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios de los centros de producción afectados en situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad.

De esta forma, para hacer frente a la pandemia, el Gobierno aprobó el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, modificado por el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo y otros, que comentaremos en el siguiente apartado, así como los principales efectos de estos.

4.1 Medidas sanitarias adoptadas. Especial mención al Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de



crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

Como hemos indicado anteriormente, el Gobierno de la Nación aprobó el Real Decreto 463/2020, con el objetivo de adoptar unas medidas eficaces que pudiesen hacer frente a la situación de emergencia de la salud pública ocasionada por la pandemia. Las medidas previstas presentan el propósito de evitar al máximo el contacto interpersonal, y limitarlo a aquellos casos en los que venga motivado por una necesidad justificada. Esto se expresa en la exposición de motivos del RD: "las medidas previstas en la presente norma se encuadran en la acción decidida del Gobierno para proteger la salud y seguridad de los ciudadanos, contener la progresión de la enfermedad y reforzar el sistema de salud pública".

A continuación, explicaremos el contenido del RD, destacando los preceptos de mayor trascendencia para el tema que nos ocupa.

En atención a los aspectos formales, en el artículo 4 se declara al propio Gobierno de la Nación como autoridad competente, concentrando en su figura todas las funciones y potestades previstas. Así, se establece como autoridades competentes delegadas en sus respectivas áreas de responsabilidad a los ministros de Defensa, del Interior, de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana y de Sanidad. Posteriormente, mediante el RD 555/2020, se designa como autoridad competente delegada al Ministro de Sanidad y a los presidentes de las CCAA.



Consecuencia directa de esta concentración de poderes en el ejecutivo central es la sujeción de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, los Cuerpos de Policía de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales a las órdenes del Ministro del Interior (art. 5.1).

A continuación, en los artículos 7 al 19, se recoge el contenido esencial de las medidas y lo que constituye el ámbito material del estado de alarma declarado.

En primer lugar, en el artículo 7, se recoge la limitación (casi total) de la libertad de circulación de las personas, estableciéndose como excepciones aquellos desplazamientos por vías y espacios de uso público para realizar actividades esenciales, como en el apartado c) del artículo 7.1: “desplazamiento al lugar de trabajo para efectuar su prestación laboral, profesional o empresarial”.

Posteriormente, el RD 465/2020, modifica este artículo cambiando el primer inciso, así como la letra h) del artículo 7.1, para puntualizar que los desplazamientos para realizar actividades esenciales se realizarán de modo individual: “salvo que se acompañe a personas con discapacidad, menores, mayores, o por otra causa justificada”. El RD 492/2020, de 24 de abril, también modifica dicho artículo, incluyendo el precepto número cinco en su redacción: “El Ministro del Interior podrá acordar el cierre a la circulación de carreteras o tramos de ellas por razones de salud pública, seguridad o fluidez del tráfico o la restricción en ellas del acceso de determinados vehículos por los mismos motivos”.



Como veremos posteriormente, este fue uno de los preceptos más problemáticos, y objeto de algunos de los recursos planteados contra la declaración del estado de alarma, al incidir en derechos y libertades fundamentales que están reconocidos en el artículo 19 CE: “Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional”.

Siguiendo con el artículo 9 del Real Decreto 463/2020, dentro de las medidas de contención en el ámbito educativo y de formación, se suspende la actividad educativa presencial en todos los centros, etapas y grados, incluyendo la enseñanza universitaria. No obstante, se mantiene la modalidad “on-line”, para la realización de las actividades.

Otro artículo que resultará especialmente problemático es el artículo 10, en relación con las medidas de contención en el ámbito de la actividad comercial, equipamientos culturales, establecimientos y actividades recreativas, hostelería y restauración y otras adicionales. Así, se suspende con carácter general “la apertura al público de los locales y establecimientos minoristas”, a excepción de aquellos que proporcionan bienes de primera necesidad tales como alimentos productos higiénicos etc. No obstante, no se limita la actividad en el interior de estos.

El mencionado RD 465/2020, añade el precepto número seis, de especial relevancia, al habilitar “al Ministro de Sanidad para modificar, ampliar o restringir las medidas, lugares, establecimientos y actividades



enumeradas en los apartados anteriores por razones justificadas de salud pública.” Este es de nuevo modificado por el RD 492/2020, añadiendo “con el alcance y ámbito territorial que específicamente se determine”.

En línea con los derechos fundamentales, en el artículo 11 del Real Decreto 463/2020, se condiciona la asistencia a lugares de culto y ceremonias civiles y religiosas²², a la adopción de medidas de carácter organizativo que eviten las aglomeraciones de personas, asegurando la distancia entre ellos.

Finalmente, en los artículos 13 al 15, se recogen una serie de medidas bajo las órdenes del Ministerio de Sanidad, relacionadas con el aseguramiento de bienes y servicios necesarios para la protección de la salud pública, en materia de transporte y para garantizar el abastecimiento alimentario.

Hemos de destacar que en el artículo 20, se establece el régimen sancionador en el caso de incumplimiento de las órdenes establecidas por las autoridades competentes, remitiendo a lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio.

4.2 Efectos de la declaración de

²² Recuérdesse el reconocimiento de la libertad religiosa y de culto como derecho fundamental en el artículo 16 CE: *se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley,*



**inconstitucionalidad parcial. Especial
mención a la Sentencia 148/2021, de 14 de
julio, del Tribunal Constitucional.**

La Sentencia del Tribunal Constitucional 148/2021, de 14 de julio, se ha pronunciado sobre uno de los problemas más relevantes y que más debate suscitó en el ámbito del derecho público durante la pandemia del COVID-19. El alto Tribunal se encargó de resolver el recurso de inconstitucionalidad número 2045/2020, interpuesto por más de cincuenta diputados del grupo parlamentario Vox del Congreso de los Diputados, contra el RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma, el RD 465/2020, de 17 de marzo, que modificó el anterior, otros que prorrogaron el estado de alarma, y contra la Orden SND/298/2020, de 29 de marzo, por la que se establecían medidas excepciones en los velatorios y ceremonias fúnebres. Al tratarse de una extensa sentencia, que puede ser analizada desde numerosas perspectivas, centraré el análisis en las cuestiones más trascendentales por lo que aquí interesa.

La sentencia declara la inconstitucionalidad de los apartados 1, 3 y 5 del artículo 7 del RD 463/2020, cuyo objeto de regulación es el popularmente conocido “confinamiento domiciliario”; así como los términos “modificar, ampliar o”, del apartado 6 del artículo 10, en la modificación resultante del RD 465/2020. Los recurrentes plantearon ante el TC que la restricción de la libertad ambulatoria contemplada en dichos preceptos suponía una suspensión de este derecho



fundamental, vulnerando así el artículo 19 CE, el 55.1 CE, arts. 11 y 12 LOAES y 116 CE.

En el plano material, los recurrentes no cuestionan la legalidad del estado de alarma, ya que coinciden en la necesidad de adoptar medidas de carácter excepcional para hacer frente a la gravedad y extensión de la situación sanitaria que atravesaba en ese momento la sociedad española. En consecuencia, el debate se plantea en un plano formal, en relación con el instrumento jurídico constitucionalmente idóneo para adoptar las medidas limitativas o restrictivas necesarias.

A. Análisis del término “suspensión” del artículo 55.1 CE.

La demanda basa la inconstitucionalidad de los preceptos impugnados en el hecho de que establecen una verdadera suspensión de los derechos fundamentales, en concreto, del artículo 19 CE, regulador de la libertad de residencia y circulación. Si partimos de la lectura del artículo 55.1 CE “a sensu contrario”, se desprende que dicha suspensión sólo sería posible en la declaración de los estados de excepción y sitio, quedando la “limitación” de derechos reservada para el estado de alarma según el artículo 11.1 “a) de la LOAES: el decreto de declaración del estado de alarma, o los sucesivos que durante la vigencia se dicten, podrán acordar las medidas siguientes: a) Limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos [...]”.



La sentencia ahonda en este concepto en el Fundamento Jurídico tercero, y lo hace en primer lugar, partiendo de la distinción entre los tres estados excepcionales, desde un plano “de mecanismos de adopción y control, y por otro, desde sus efectos”. Centrándonos en la distinción entre el estado de alarma y de excepción, y en atención al primer criterio, en el artículo 116 CE se establece que ambos son declarados por el Gobierno, con una previa autorización por parte del Congreso de Diputados en la declaración del estado de excepción, que no es requerida en el caso del de alarma. En cuanto a sus efectos, y si nos remitimos a la Sentencia del TC del 28 de abril del 2016 indicada anteriormente, en el estado de alarma solo cabe la limitación de derechos, mientras que en el de excepción es posible su suspensión.

Por ello, es obvio que la declaración de uno u otro estado tiene unos efectos relevantes, no solo en cuanto a la posible rapidez procedimental, sino también en cuanto a la incidencia sobre los derechos fundamentales y su posible restricción.

Para determinar si las restricciones impuestas exceden lo dispuesto en la CE, el TC no se basa en el contenido del artículo 55.1 CE, ya que “este precepto no es pauta para enjuiciar un decreto declarativo del estado de alarma, ya que su virtualidad se limita a permitir una eventual suspensión de derechos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio, algo que obviamente, no ha sucedido”.



Así, el TC, utiliza como criterio si estas restricciones interpuestas exceden de las previsiones que la Constitución prevé para el estado de alarma. El mismo Fundamento Jurídico establece cuáles son los límites que se deben respetar: “el primero genérico: que las condiciones y requisitos de ejercicio del derecho no supongan la “suspensión” del derecho fundamental, incompatible con el estado de alarma (i); y otros, específicos, derivados del obligado respeto a los principios de legalidad (ii) y (iii) de proporcionalidad”.

Doménech²³, en la interpretación de este concepto alude a dos tesis. Una de ellas, la cualitativa, considera que la suspensión no constituye una restricción especialmente intensa de un derecho, sino una “derogación temporal y total del mismo.” Así lo afirma el magistrado Conde-Pumpido en su voto particular a la sentencia, al afirmar que es una “supresión temporal de la vigencia de la norma constitucional”. Por otro lado, la tesis gradualista, entiende que la suspensión es una limitación (temporal) de especial intensidad. La propia sentencia, parte de este último enfoque.

Finalmente, el TC perfila ambos conceptos jurídicos de

²³ DOMÉNECH, G. “Juzgar sin mirar las consecuencias: A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el primer estado de alarma decretado con ocasión de la COVID-19”, *PostC Minipapers*, Otoño 2021. Disponible en: <https://postc.umh.es/minipapers/juzgar-sin-mirar-las-consecuencias-a-proposito-de-la-sentencia-del-tribunal-constitucional-sobre-el-primer-estado-de-alarma-decretado-con-ocasion-de-la-covid-19/> (último acceso: 19 de abril de 2024).



“suspensión” y “limitación”, afirmando que éste último es más amplio que el primero: “La suspensión -que es, sin duda, una limitación- parece configurarse como una cesación, aunque temporal, del ejercicio del derecho y de las garantías que protegen los derechos”. Así, se entiende que la suspensión es una limitación especialmente cualificada. Por ello, y en atención a los requisitos anteriormente expuestos, además del criterio de legalidad y proporcionalidad, habría que sumar otro de tipo cualitativo para valorar la inconstitucionalidad de la norma que restringe el derecho fundamental; esto es, que la limitación no sea tan intensa que el derecho quede prácticamente suspendido.

B.Análisis de la inconstitucionalidad de los apartados 1, 3 y 5 del artículo 7 del RD 463/2020, de 14 de marzo.

Una vez establecida la diferencia entre el concepto de “suspensión” y “limitación”, conviene profundizar en el aspecto de la sentencia que más controversia suscitó: la restricción de la libertad deambulatoria recogida en los preceptos 1, 3 y 5 del artículo 7 del RD 463/2020 supuso una suspensión del derecho fundamental recogido en el artículo 19 CE, según el cual “los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional”, declarándose por lo tanto inconstitucional. Esto se argumenta en el Fundamento Jurídico quinto.



El TC comienza analizando si la limitación excepcional de la libertad constitucional de circulación encuentra un soporte en la LOAES. Así, por remisión del artículo 116 CE, la LOAES reconoce la posibilidad de limitar la circulación con el cumplimiento de unos requisitos en el artículo 11 a) citado anteriormente, así como en el artículo 12.1, que establece que “la Autoridad competente, podrá adoptar por sí, según los casos, además de las medidas previstas en los artículos anteriores, las establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas [...]”.

El iter discursivo continúa planteando la principal cuestión a dilucidar: “en qué medida el “derecho a [...] circular por el territorio nacional” garantizando en el art. 19 CE se ve (simplemente) limitado, o (directamente) suspendido, en el sentido de que cesa pro tempore en su contenido protector, por una disposición que prescribe, literalmente, que durante la vigencia del estado de alarma “las personas únicamente podrán circular por las vías de uso público para la realización de [ciertas] actividades”.

Tras este planteamiento, el TC procede a descartar el artículo 53 CE como solución para resolver el caso. En éste, se recoge que el legislador debe “en todo caso” respetar el “contenido esencial” de los derechos fundamentales. Al ser un límite que forma parte del régimen ordinario de restricción de derechos, no sirve como parámetro para valorar la constitucionalidad de las restricciones, dado que, si consideramos el carácter excepcional del estado de alarma y de la situación sanitaria, se debe partir de “categorías propias del régimen extraordinario”, donde nos encontraríamos



con limitaciones excepcionales.

Así, el “juego combinado de los artículos 116 y 55.1 CE convierte en inconstitucional cualquier ejercicio de tal poder extraordinario que se hiciera con ocasión del estado de alarma”.

En conclusión, el TC interpreta el concepto de “suspensión” del artículo 55.1 CE con un carácter sustantivo y no meramente formal. Así, la sentencia considera que los apartados 1, 3 y 5 del artículo 7 del RD plantean la posibilidad de circulación como una excepción y no como la regla general, la cual condiciona por un lado a la realización de un listado restringido de actividades de carácter primario y bajo restrictivas circunstancias. Es por ello, que al ser tan intensa la constricción que establece a la libertad reconocida en el artículo 19 CE, esta solamente puede ser calificada de “suspensión” y no de “limitación”, lo cual desborda el marco legal establecido en la declaración del estado de alarma del art. 116 CE y su regulación en la correspondiente LOAES.

C.Alcance de la declaración de inconstitucionalidad.

En el Fundamento Jurídico onceavo, el TC establece cuál es el alcance de la declaración de inconstitucionalidad, precisando lo siguiente:

a)“Deben declararse no susceptibles de ser revisados como consecuencia de la nulidad que en esta sentencia



se declara, no solo los procesos concluidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada [...] o las situaciones decididas mediante actuaciones administrativas firmes [...] sino tampoco las demás situaciones jurídicas generadas por la aplicación de los preceptos anulados.

b) Por el contrario, sí es posible la revisión expresamente prevista en el art. 40.1 in fine LOTC, esto es, “en el caso de los procesos penales o contenciosos-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad.

c) Por último, al tratarse de medidas que los ciudadanos tenían el deber jurídico de soportar, la inconstitucionalidad apreciada en esta sentencia no será por sí misma título para fundar reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio”.

En el apartado a), se hace referencia a la imposibilidad de ser objeto de revisión, aquellos procesos que han finalizado con fuerza de cosa juzgada ya sea por sentencia o por resolución, así como aquellas situaciones jurídicas creadas por preceptos anulados.

Tal aseveración trae causa en que, como hemos indicado anteriormente, la sentencia no cuestiona el contenido material del RD 463/2020, al considerar que



las medidas excepcionales adaptadas son necesarias, idóneas y proporcionales a la situación sanitaria. Lo que en este caso se cuestiona es el aspecto formal, el instrumento jurídico empleado. Por ello, no se permite la satisfacción de demandas individuales de revisión fundamentadas en esta inconstitucionalidad, al considerar que se estaría atentando contra el principio de seguridad jurídica del art. 9.3 CE, y el principio de igualdad del art. 14 CE.

Por otro lado, la excepción planteada en el apartado b) se deriva del artículo 25.1 CE, regulador del principio de legalidad penal: “el mantenimiento de la sanción penal o administrativa que traiga causa de una disposición declarada nula vulneraría el derecho a la legalidad penal consagrado en el indicado precepto constitucional”.

Finalmente, en el apartado c) se regula el alcance de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad. El Tribunal recuerda que los ciudadanos tienen el deber jurídico de soportar dichas medidas, dejando como vía de actuación la que se establece en el artículo 3.2 LOAES: “Quienes como consecuencia de la aplicación de los actos y disposiciones adoptadas durante la vigencia de estos estados sufran, de forma directa, o en su persona, derechos o bienes, daños o perjuicios por actos que no les sean imputables, tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las leyes”.



4.3 Desestimación de la responsabilidad patrimonial del Estado por COVID-19: especial mención a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2023.

En los epígrafes anteriores hemos detallado la progresiva evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador y su especial aplicación tras la crisis sanitaria causada por el COVID-19. Resulta especialmente relevante detenernos a continuación en los recientes pronunciamientos del TS, que sirven para resolver algunas de las dudas que sigue suscitando esta materia.

Así, nos encontramos con la Sentencia 1360/2023, de 31 de octubre, cuyo ponente ha sido el magistrado CARLOS LESMES, y que resuelve el recurso contencioso- administrativo interpuesto por la empresa hostelera Alhambra Palace S.A., frente a la desestimación por silencio administrativo por parte del Consejo de Ministros de la reclamación de responsabilidad patrimonial como consecuencia de los daños sufridos por la aplicación de las medidas de contención contenidas en el artículo 10.4 del RD 463/2020, en el contexto de la declaración del primer Estado de Alarma.

La parte actora alega haber sufrido daños al aplicar las medidas del citado artículo, que establecían la suspensión de la apertura al público de su establecimiento. Evalúa este daño en una cuantía de 417.316,70 euros, más el interés legal y moratorio



correspondiente, y solicita que se condene a los poderes públicos, en concreto la Administración Pública y el Estado legislador, a su pago.

El TS desestima finalmente el recurso interpuesto por las razones que a continuación se explican.

4.3.1 Argumentos de la defensa.

En primer lugar, la defensa de la empresa hostelera fundamenta la responsabilidad patrimonial en el artículo 3.2 de la LOAES, considerando éste como un supuesto de responsabilidad diferente del expresado con carácter general en la LRJSP. De esta forma, no sería necesario el cumplimiento de los requisitos para obtener la indemnización.

Fundamenta el título de imputación sobre la base de considerar que los daños causados no son atribuibles a la pandemia en sí, sino a las medidas de cierre de establecimientos comerciales, actividades de hostelería y restauración, a través del RD 463/2020 y sus sucesivas prórrogas, resultando afectado el Hotel del que la empresa recurrente es titular. La empresa considera que el título de imputación de la responsabilidad a la Administración es un funcionamiento anormal de los servicios públicos, vulnerando los principios recogidos en el art. 3 de la LRJSP: principio de confianza legítima, de eficacia, de seguridad jurídica, de proporcionalidad, de motivación y principio de buena regulación.



En segundo lugar, considera la defensa de la parte actora que las medidas interpuestas del artículo 10.4 no son medidas de alcance general, sino que son específicas y concretas del sector de hostelería y restauración. Aduce a este respecto haber sido expuestos a un “sacrificio especial, en pro del bien general de los ciudadanos”, lo que le ha supuesto haber sufrido más que cualquier otro sector económico, calificando este daño de antijurídico al no tener el deber jurídico de soportarlo.

En tercer lugar, y por lo que respecta a la fuerza mayor como causa de exclusión del deber de indemnizar, considera que no se aplicaría al supuesto, dado que la pandemia no se ajusta a las exigencias del 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”. El demandante considera que la pandemia no es ajena al ámbito de decisión y capacidad de actuación de la Administración, quienes aplicaron las medidas restrictivas más tarde de lo debido para la información que disponían desde enero de 2020. En esta línea, dado que el Gobierno conocía las alertas por parte de los organismos internacionales y no se desplegó medida alguna, sostiene que el artículo 10 “adolesce de una notoria falta de motivación y justificación suficiente”.

Finalmente, la empresa hostelera fundamenta el derecho a la indemnización en el instituto de la expropiación forzosa, lo que el autor Picón Arranz



califica de posición “a la desesperada²⁴”. Considera que las medidas aprobadas son auténticas privaciones singulares del patrimonio por lo que, fundamentando sus pretensiones en los artículos 120 y 121 LEF, atribuye el deber de indemnización a los poderes públicos.

Descritas las principales líneas de defensa de la empresa hostelera recurrente, pasaremos a profundizar en las razones y los argumentos proporcionados por el TS para fundamentar la desestimación del recurso interpuesto.

4.3.2 Argumentos del TS.

A. Inexistencia de un sistema de responsabilidad patrimonial objetivo singular y nuevo.

Como hemos indicado, la empresa hotelera fundamenta su derecho a recibir una compensación económica por parte de los poderes públicos por los daños sufridos en el artículo 3.2 LOAES, el cual cita lo siguiente: “Quienes como consecuencia de la aplicación

²⁴ PICÓN ARRANZ, A., “¿La gestión de la pandemia del COVID-19 generó responsabilidad patrimonial de los poderes públicos? La diáfana posición del Tribunal Supremo plasmada en la STS 1360/2023, de 31 de octubre, *Aranzadi digital*, núm. 1, 2023, p. 4.



de los actos y disposiciones adoptadas durante la vigencia de estos estados sufran, de forma directa, o en su persona, derechos o bienes, daños o perjuicios por actos que no les sean imputables, tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las leyes". Esta cuestión se resuelve en el Fundamento Jurídico octavo de la Sentencia.

Si partimos de la interpretación que realiza el TC en la Sentencia 148/2021 del citado artículo, se podría entender la existencia de un sistema de responsabilidad diferente del contemplado en la LRJSP cuando afirma "sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio". En este caso, bastaría con acreditar la existencia de una relación causal entre el daño patrimonial y alguno de los estados excepcionales para que nazca el derecho a obtener una indemnización.

Sin embargo, en el artículo 3.2, cuando regula el derecho a la indemnización durante la vigencia de un estado de alarma, excepción y/o sitio "de acuerdo con lo dispuesto en las leyes", sólo puede estar haciendo referencia al régimen de responsabilidad general contemplado en la LRJSP, y al cumplimiento de los requisitos de este. A la misma conclusión se llega si partimos del artículo 116.6 CE, según el cual "La declaración de los estados de alarma, de excepción y de sitio no modificarán el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes". Queda claro que son las normas de derecho ordinario las que deben seguirse, a pesar de la situación de excepcionalidad en la que se



encuentran, resultando de aplicación por lo tanto el artículo 106. 2 CE y el artículo 32.2 de la LRJSP.

B. Doble título de imputación: la responsabilidad patrimonial del Estado legislador y el funcionamiento anormal de los servicios públicos.

Esta cuestión es resuelta en el Fundamento Jurídico sexto, cuando los daños patrimoniales sufridos por la parte actora se imputan por un lado, al conjunto de medidas restrictivas recogidas en el RD 463/2020 y sus sucesivas prórrogas, lo cual conduciría a una responsabilidad patrimonial del Estado- legislador; y por otro, a la inadecuación de la respuesta de los poderes públicos ante la situación sanitaria, lo que implicaría una responsabilidad patrimonial de ésta por un funcionamiento anormal de los servicios públicos.

El TS rechaza esta doble imputación, al afirmar que la responsabilidad no se debe exigir a la Administración, sino al Estado-legislador si consideramos que los daños causados se derivan de los Reales Decretos dictados por el Gobierno, los cuales ostentan rango de ley. La situación excepcional del estado de alarma faculta al Gobierno a dictar normas controladas por el Congreso de los Diputados actuando como órgano constitucional. Tienen un carácter normativo que desplazan la legalidad ordinaria en vigor.

Centrándonos en la responsabilidad del Estado-legislador, aunque no está expresamente



constitucionalizada, encuentra su fundamento en el artículo 9.3 CE, regulador del principio de responsabilidad de los poderes públicos. Si atendemos a los apartados 3 y 4 del art. 32 de la LRJSP, el legislador reconoce el nacimiento del derecho en tres supuestos: cuando se trate de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria que provoquen un daño, cuando se trate de una ley que posteriormente es declarada inconstitucional y cuando se trate de una ley contraria al Derecho de la Unión.

Partiendo de estos tres supuestos, las pretensiones del demandante podrían encuadrarse en el supuesto de la ley declarada posteriormente inconstitucional. Sin embargo, no sólo el RD que se impugna fue declarado "parcialmente" inconstitucional (habría que tener en cuenta de qué preceptos en concreto se trata), sino que, además, habría que considerar lo dispuesto por la STC 148/2021, al afirmar que "no resulta justificado que puedan atenderse pretensiones singulares de revisión fundadas exclusivamente en la inconstitucionalidad apreciada, cuando no concurren otros motivos de antijuricidad."

Finalmente, es necesario destacar que para que se aplique ese supuesto de responsabilidad, es necesario que operen los requisitos enunciados en los apartados 1 y 2 del artículo 32, es decir; la existencia de un daño que no se tenga el deber jurídico de soportar (antijuricidad), que el daño sea efectivo, evaluable e individualizado, y que exista un nexo causal. De todos ellos, especial mención merece la ausencia de la antijuricidad.



C. Ausencia de antijuricidad y proporcionalidad de las medidas.

Sobre la cuestión de la antijuricidad resuelve el TS en el Fundamento Jurídico séptimo. Esta se relaciona con la idea de si existe o no el deber jurídico de soportar los daños que han sido producidos. Esto aparece reflejado tanto en el artículo 32.1 como en el 34.1 de la LRJSP al afirmar en este último que “sólo serán indemnizables las lesiones producidas por el particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”.

Las normas en las que se imponen obligaciones excepcionales, al igual que el resto de las leyes, son consideradas imperativas y de aplicación general a todos sus ciudadanos, de tal forma que las cargas impuestas se justifican en la necesidad de proteger el interés público. Si atendemos a la situación causada por el COVID-19, el alto índice de propagación, así como el riesgo de colapso de los servicios sanitarios justificaron la imposición de estas medidas restrictivas. Así se recoge en la sentencia de la siguiente manera: “Es por ello por lo que, el mantenimiento de la integridad física de la población (artículo 15 CE) y el derecho a la protección de la salud pública (artículo 43 CE), otorgan cobertura constitucional y legitiman, las restricciones en el ejercicio de determinadas actividades económicas”. Esta idea es confirmada por la propia Sentencia 148/2021, la cual califica las medidas de necesarias, proporcionales e idóneas para preservar la salud y vida de las personas. De esta forma, de sufrir algún daño por las medidas interpuestas, la única vía



de reparación sería la del otorgamiento de ayudas públicas, pero no la de la responsabilidad patrimonial puesto que no está justificada la demandada antijuricidad.

El TS también fundamenta este deber jurídico de soportar las cargas impuestas por remisión a los artículos 26.1 de la Ley General de Sanidad 14/1986, así como los apartados c) y d) del artículo 54.1 de la Ley general de Salud Pública 33/2011, en los casos que “concurran riesgo inminente y extraordinario para la salud”, en la primera disposición, así como “motivos de extraordinaria gravedad o urgencia”, en la segunda. Además, en el artículo 54.3 de esta última ley, se establece que los gastos derivados de adoptar las medidas especiales contenidas correrán por cuenta de la persona o empresa responsable, y no de la Administración sanitaria, sentando por tanto la obligación de asumir las cargas sin derecho a una indemnización alguna.

Por otro lado, la empresa hotelera trata de fundamentar su derecho a la indemnización al afirmar la existencia de un sacrificio patrimonial singular en relación con el resto de los sectores económicos a los que van dirigidos la normativa. De esta forma, se estaría vulnerando el principio constitucional de igualdad ante las cargas públicas. Frente a esto, el TS afirma la dificultad para valorar si las cargas impuestas suponen un mayor o menor daño si las consideramos individualmente. Esto se afirma en el siguiente fragmento de la Sentencia: “La mayor o menor afección de una norma jurídica en relación con sus destinatarios, su diferente intensidad desde el punto de vista de la carga que supone su



aplicación, en sí misma no permite establecer la distinción querida por el recurrente, pues esas diferencias se producen ordinariamente en la aplicación de todas las normas jurídicas en relación con el círculo de intereses de sus destinatarios”.

No obstante, este extremo quedaría resuelto si consideramos la exposición de motivos del RD 463/202, que de nuevo incide en la idea de promulgar las medidas contenidas “para proteger la salud y seguridad de los ciudadanos, contener la progresión de la enfermedad y reforzar el sistema de salud pública.” Por ello, resulta difícil acreditar la lesión singular de los intereses económicos legítimos de la empresa hotelera en relación con el resto de las actividades comerciales que se vieron afectadas.

Finalmente, especial mención merece el principio de precaución²⁵ referido por el TS. El autor Picón Arranz indica lo siguiente al respecto: “La aplicación justificada del principio de precaución no sólo invierte la carga de la prueba para demostrar la idoneidad de las medidas, sino que cierra la puerta a la exigencia de responsabilidad a los poderes públicos”.

²⁵ Este principio, recogido en el artículo 191 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), supone un enfoque de la gestión del riesgo. Según el mismo, en el caso de que una determinada política pudiera causar daños a las personas o al medio ambiente, y no exista consenso científico al respecto, la política en cuestión deberá abandonarse. Sin embargo, se permite una revisión posterior en el caso de que se disponga de información científica nueva.



D. Cuestión de la fuerza mayor y funcionamiento de los servicios públicos.

Según el artículo 32.1 de la LRJSP, la fuerza mayor actúa como causa de exclusión de la responsabilidad de los poderes públicos. Si atendemos al artículo 1105 CC, citado anteriormente, la fuerza mayor se caracteriza por la imprevisibilidad de la causa, así como la inevitabilidad del resultado. La Sala considera que efectivamente, la pandemia se ajusta a estas características.

Ahora bien, como hemos indicado al aludir a los argumentos de la defensa, los daños que se reclaman no se imputan a la pandemia, sino a la actuación de los poderes públicos y su respuesta tardía. Por ello, sería necesario acreditar el nexo causal entre el funcionamiento de dichos servicios públicos y la lesión sufrida.

En este sentido, además de apoyarse reiteradamente en la idea de que las medidas adoptadas fueron proporcionales e idóneas, para reforzar la idea introduce el concepto de la jurisprudencia anglosajona denominado "cláusula hindsight" o "prohibición del regreso lógico desde acontecimientos futuros". Según esta, la valoración de la actuación administrativa no puede realizarse sobre criterios que han sido conocidos con posterioridad al momento de adopción de las concretas medidas que se cuestionan. Por ello, la idoneidad con la que califica la Sala la actuación de los



poderes públicos, la realiza en base a los conocimientos científicos que se disponían sobre la pandemia en el momento de adaptar los Decretos. Con arreglo a esos conocimientos, las medidas tan restrictivas que se adaptaron tales como el distanciamiento social o el confinamiento fueron las que se consideraron más eficaces para hacer frente a la situación de incertidumbre y de temor generalizado.

Finalmente, en relación con la actuación de los servicios públicos, el TS descarta directamente en el Fundamento Jurídico undécimo que los principios que enumera el artículo 3 de la LRJSP hayan sido vulnerados: "Principio de confianza legítima, principio de eficacia, principio de seguridad jurídica, principio de proporcionalidad, principio de motivación y principio de buena regulación".

E. Exclusión del instituto de la expropiación forzosa.

El TS emplea el Fundamento Jurídico noveno para negar rotundamente la aplicación del instituto de la expropiación forzosa como mecanismo de reparación de los daños derivados, y en especial en los artículos 120 y 121 de la LEF aducidos por la parte demandante.

Sin entrar demasiado en el contenido de estos artículos, la Sala utiliza el artículo 1 de la LEF para negar su aplicación. Así, la expropiación forzosa se considera *cualquier* "forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales



legítimos". En apartado anterior he expresado por qué el TS considera que no existe una privación singular, entendida como un sacrificio especial en aras de la utilidad pública o el interés social.

4.3.3.Valoración de la Sentencia.

Dada la actualidad de la Sentencia y el carácter controvertido de su contenido, seguido en numerosos pronunciamientos posteriores²⁶, he considerado procedente incluir las opiniones de dos de autores que reflejen posturas contrarias en su valoración.

Por un lado, nos encontramos con la opinión López y García de la Serrana²⁷. Considera este autor que el

²⁶ Con posterioridad a la Sentencia de 31 de octubre de 2023, la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse de manera reiterada y uniforme en numerosas sentencias, pudiendo citarse aquí, entre otras muchas, las siguientes: 1.497/2023, de 21 de noviembre (Rec. 646/2022, sobre transporte aéreo); 1.554/2023, de 23 de noviembre y 537/2024, de 3 de abril (Rec. 102/2022 y Rec 23/2023, respectivamente, sobre comercio en general); 1.556/2023, de 23 de noviembre y 1567/2023, de 27 de noviembre (Rec. 469/2022 y Rec 491/2022, respectivamente, sobre ocio nocturno); 1.628/2023, de 4 de diciembre (Rec. 576/2022, sobre locales abiertos al público) 1.733/2023, de 20 de diciembre y 179/2024, de 2 de febrero (Rec. 213/2022 y Rec 428/2022, respectivamente) sobre transporte de viajeros por carretera); 476/2024, de 18 de marzo (Rec 404/2023, sobre actividad inmobiliaria) 500/2024, de 20 de marzo (Rec 943/2022, sobre sector hostelería y restauración)

²⁷ LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J., "Responsabilidad del Estado por el cierre de establecimiento hotelero



fundamento principal con el que el TS niega la aplicabilidad del régimen de responsabilidad patrimonial es el de la fuerza mayor. Así, considera la pandemia como una causa eximente de responsabilidad, al afirmar que “cuando hay esa fuerza mayor, el Estado no tiene que hacerse cargo de esa responsabilidad patrimonial [...]. Estamos hablando de un hecho imprevisible y excepcional que no es responsabilidad de la Administración y no hay nada que compensar porque está rota la relación de causalidad”.

Este autor, a diferencia de lo expresado en la Sentencia, sí que considera que existen sectores que sufren un sacrificio particular y especialmente intenso. En este sentido califica la tesis sostenida por la Sentencia de ser “muy restrictiva”, dado que niega la aplicación del régimen de responsabilidad patrimonial, y establece una compensación basada en el sistema de subvenciones. “Según la misma, cualquier compensación que se tuviera que haber dado, se tenía que haber hecho a través de un mecanismo que tenía que haber arbitrado el legislador mediante subvenciones para los distintos sectores afectados, pero no se puede exigir de los mecanismos de la

durante el estado de alarma”, *HispaColey*. 2023, disponible en:

<https://www.hispacoley.com/biblioteca/articulos-doctrinales/responsabilidad-estado-por-cierre-de-establecimiento-hoteler-durante-estado-de-alarma/>.

(último acceso: 18 de abril de 2024).



responsabilidad patrimonial del Estado”.

Por último, el autor expresa su rechazo acerca de la interpretación que la Sala hace del citado artículo 3.2 de la LOAES, dado que éste sí considera la existencia de un régimen de responsabilidad distinto del contemplado en el artículo 32 de la LRJSP. Se trataría de una responsabilidad “ex lege”, derivada de la propia regulación del estado de alarma, y no una remisión al régimen general: “no se trata de un mero recordatorio de la responsabilidad patrimonial, sino de un precepto legal, autónomo y plenamente aplicable en los supuestos de estados de alarma, excepción y sitio”.

De otra parte, Picón Arranz²⁸, sostiene una valoración más positiva y concordante con los fundamentos de la Sentencia, afirmando la existencia de un único sistema de responsabilidad patrimonial del Estado-legislador.

Con carácter relevante, este autor plantea un posible argumento que pudo ser empleado por la defensa, al cuestionarse qué ocurriría en aquellos supuestos de normas que, sin tener naturaleza expropiatoria, no prevén un sistema indemnizatorio al lesionar bienes y derechos de los particulares, en contraposición al artículo 32.3 de la LRJSP.

Considera que en estos casos la responsabilidad,

²⁸ PICÓN ARRANZ, A., “¿La gestión de la pandemia del COVID-19 generó responsabilidad patrimonial de los poderes públicos? La diáfana posición del Tribunal Supremo plasmada en la STS 1360/2023, de 31 de octubre, *Aranzadi digital*, núm. 1, 2023.



cuando no lo prevé el propio acto legislativo, se fundamentaría en el artículo 9.3 CE: “El fundamento último de estos supuestos sería directamente el art. 9.3 de la Constitución que consagra el principio de la responsabilidad de los poderes públicos”.

No obstante, procede a afirmar que, aun aplicándose este supuesto, sería necesario que se diese el criterio de la antijuricidad, es decir, que las partes no tengan el deber jurídico de soportar el daño. “Si bien hubiera podido ser un argumento de la parte actora, tampoco para este caso concreto creemos que podría aplicar, pues además de los requisitos ya expuestos en este comentario sobre la responsabilidad del Estado-legislador se exige que el daño provocado no tenga el deber jurídico de soportarse”. Este requisito no se aprecia, dada la generalidad de las normas aplicadas a la ciudadanía.

Finalmente, considera especialmente relevante un argumento que, si bien el TS no expresa en la Sentencia, a efectos prácticos es decisivo: “En efecto, reconocer cualquier tipo de indemnización basada en la aplicación de las medidas aprobadas por Real Decreto durante la pandemia supondría “abrir un melón” excesivamente oneroso para las arcas públicas que, a día de hoy, no gozan de la mejor salud y que, no debe olvidarse, nutrimos entre todos los ciudadanos”.

5. Conclusiones.



A lo largo de este trabajo, hemos podido comprobar que la regulación de la responsabilidad del Estado legislador ha sido un tema complicado, generador de numerosas controversias desde sus inicios, y que ha presentado una lenta, pero continuada evolución gracias a las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales habidas en la materia.

La obligación de reparar los daños que han sido causados a los sujetos particulares por la actuación de los poderes públicos constituye una de las piedras angulares del Estado social y democrático de Derecho en el que vivimos, como indica el artículo 1 CE. La otra se refiere al principio de legalidad, que implica la sujeción de todos los poderes públicos al imperio de la Ley como reflejo de la voluntad general.

PRIMERA. Como expresión de esta soberanía popular, un Estado de Derecho debe contener un sistema de garantía patrimonial efectivo, con los cauces jurídicos e instrumentos necesarios que posibiliten al sujeto un resarcimiento de los daños que, por la actuación voluntaria o incidental de los poderes públicos, se le haya ocasionado. La base de esta garantía, desde los inicios de la configuración de la responsabilidad del Estado legislador; tiene un claro fundamento constitucional en el artículo 9.3 CE que consagra el principio de responsabilidad de los poderes públicos.

SEGUNDA. Como antecedentes de esta institución, en los primeros apartados hemos destacado principalmente la LEF de 1954, así como la LRJ-PAC de 1992. En relación con la primera, la expropiación



forzosa, junto con la responsabilidad patrimonial, constituyen las principales instituciones jurídico-públicas creadas para contrarrestar las actuaciones de los poderes públicos cuando inciden negativamente en el patrimonio de los individuos. Por ello, cuando en el artículo 121 de esta Ley se reconoce la posibilidad de obtener una indemnización “que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”; se rompe radicalmente con la antigua irresponsabilidad de la Administración, instaurándose por primera vez un sistema de responsabilidad directa y objetiva que actuará como precedente para las sucesivas modificaciones. Igual importancia merece la segunda ley indicada, que terminó de asentar las bases para la configuración de la actual responsabilidad patrimonial en el artículo 139, incorporando además el requisito de la antijuricidad.

TERCERA. Sin embargo, la controversia de este precepto suscitó numerosos pronunciamientos por parte del TC y en especial del TJUE, que llevaron a perfilar el contenido de la regulación que incluyen las leyes actualmente vigentes en la materia: la LPACAP y la LRJSP. Si bien no es fácil determinar cuáles son los contornos ideales de la responsabilidad del Estado legislador, estas leyes intentaron proporcionar una mayor seguridad jurídica y certeza a los ciudadanos, alcanzando un equilibrio entre la defensa de sus derechos, y la obligación del legislador de salvaguardar el interés general.

Partiendo del artículo 32 de la LRJSP, y en palabras de



Millás Y Gatío Jiménez, "según el ordenamiento jurídico vigente, la responsabilidad del Estado legislador se puede definir como la obligación de resarcimiento que contrae el legislador como consecuencia de la aprobación de una ley inconstitucional o contraria al Derecho de la Unión Europea, que provoque un daño económicamente evaluable al ciudadano y que este no tenga el deber jurídico de soportar²⁹". Como hemos mencionado anteriormente, fue en el segundo supuesto operador de la responsabilidad que contempla el precepto -el de normas contraria al Derecho de la UE-, en el que el TJUE jugó un papel decisivo, al determinar en varios de sus pronunciamientos que algunos de los requisitos exigidos por la ley española no garantizaban el principio de efectividad.

Así, al resolver el recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión Europea frente al Reino de España en la STJUE 28 de junio de 2022, el Tribunal declaró que vulneraba dicho principio tanto el requisito de que existiese una previa declaración por parte del TJUE declarando el carácter contrario de la norma aplicada, como el plazo de prescripción de la acción de un año, así como la limitación temporal de los daños indemnizables. Aunque las sentencias del TJUE dictadas en un procedimiento por incumplimiento no implican la anulación de las normas nacionales declaradas contrarias, era previsible que, a partir de esta sentencia, el legislador, llevaría a cabo una reforma del régimen de responsabilidad, si bien esto por el

²⁹ MILLÁS, V. y GATÍO JIMÉNEZ DE LAIGLESIA, S., "La responsabilidad del Estado legislador tras la reforma de 2015", *cit.*, p. 8.



momento no se ha producido.

CUARTA. Efectivamente, la necesidad de una reforma que ya predijo el TJUE, sería avalada tras la crisis sanitaria causada por el COVID-19.

Cuando la pandemia iniciada en China en 2019 llega al territorio español, la rapidez en la propagación de los casos tanto a nivel nacional como internacional requiere de la adopción de medidas eficaces e inmediatas que hagan frente a la crisis sanitaria. Esta situación excepcional, lleva al Gobierno a declarar el Estado de alarma el 14 de marzo de 2020 contemplado en la LOAES. Así, a través del RD 463/2020 y sus sucesivas prórrogas, se recogen un conjunto de medidas que tienen como objetivo proteger la "salud y seguridad de los ciudadanos".

Si bien las medidas fueron calificadas inicialmente como proporcionadas y eficaces dada la gravedad de la situación, reclamaciones posteriores dejarían entrever la inconstitucionalidad de algunos de los preceptos que establecían constricciones extraordinarias. Esto se refleja en la STC 148/2021, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta diputados del grupo parlamentario Vox del Congreso de Diputados, en relación con el artículo 7 del RD 463/2020.

La Sentencia plantea dos puntos esclarecedores. En primer lugar, declara la inconstitucionalidad de las restricciones a la libertad de circulación interpuesta por



el citado artículo, de tal forma que la “suspensión” de derechos a la que hace referencia, supone una restricción tan intensa que excede del marco legal previsto para el Estado de alarma en el artículo 116 CE y en la LOAES. En segundo lugar, establece el alcance de la declaración de inconstitucionalidad, reafirmando la necesidad, proporcionalidad e idoneidad de las medidas, así como el “deber jurídico de las partes” de soportarlas. Este último aspecto es especialmente relevante, dado que el propio TC niega la posibilidad de fundar reclamaciones de responsabilidad patrimonial en esta declarada inconstitucionalidad.

Sin embargo, a pesar de que el TC asienta de manera tajante los pilares en la regulación de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador en la gestión de la pandemia por COVID-19, las reclamaciones sobre si procede o no imputar responsabilidad a los poderes públicos por los daños derivados siguen llegando.

QUINTA. Especial mención merece la STS 1360/2023, encargada de resolver la reclamación interpuesta por la empresa hotelera Alhambra Palace S.A, como consecuencia de los daños sufridos por las medidas de contención recogidas en el artículo 10.4 del RD 463/2021. Este pronunciamiento resulta esclarecedor, no sólo por la actualidad del mismo, sino por desestimar el primer recurso que demanda la responsabilidad del Estado.

Así, el TS rebate los argumentos de la defensa resolviendo alguno de los extremos que podían seguir generando controversia. De todos estos, que ya hemos detallado en el correspondiente apartado, podemos



destacar dos como los más relevantes. En primer lugar, la Gran Sala niega que el artículo 3.2 LOAES pueda constituirse como un sistema de responsabilidad patrimonial objetivo y distinto del contenido en la LRJSP. Cualquier reclamación que quiera interponerse como consecuencia de la aplicación de los Reales Decretos, deberá tramitarse por el artículo 32 de la LRJSP, y siempre con el Estado legislador -y no la Administración Pública- como título de imputación, dado el rango de ley que ostentan. En segundo lugar, el TS reafirma el carácter proporcional y el deber jurídico de soportar las medidas interpuestas, dado que fueron aplicadas en unas circunstancias excepcionales, y no pueden ser valoradas con conocimientos adquiridos con posterioridad al momento en el que las mismas fueron implantadas.

SEXTA. Podemos observar, tras este breve repaso, que la regulación de esta institución ha supuesto un largo y tortuoso proceso, cuyas bases se siguen asentando para asegurar la defensa de los derechos e intereses de los ciudadanos. Y decimos "se siguen asentando", porque en este mismo año 2024, el TC ha recibido el primer recurso de amparo interpuesto por el grupo de abogados y auditores Acountax en contra de la sentencia desestimatoria del Supremo hacia uno de sus clientes, un grupo hotelero.

Así, el socio director de la firma Manuel Lamela, fundamenta sus pretensiones en tres argumentos: en primer lugar, la vulneración de algunos derechos fundamentales protegidos constitucionalmente como



son "la igualdad ante la Ley, el derecho al trabajo, la libertad de empresa y el derecho a la propiedad privada". Se consideran vulnerados igualmente el "derecho a la reparación de daños", así como "el principio de proporcionalidad", al considerar que algunas empresas se vieron más afectadas por las medidas adoptadas. En segundo lugar, se plantea una situación de indefensión de las empresas durante todo el procedimiento judicial. Finalmente, el abogado cuestiona las altas costas procesales impuestas a las empresas, las cuales califica como "elemento disuasorio para evitar tener que analizar más sentencias a este respecto"³⁰.

En mi opinión personal creo que este último punto arroja un elemento importante que permite cuestionar no ya el fallo desestimatorio de la STS, sino las consecuencias sentadas para las múltiples empresas demandantes de indemnización: me parece poco prudente la postura adoptada en los constantes fallos que imponen reiteradamente el pago de las costas a aquéllas, lo que resulta chocante dada la notoria existencia de dudas de derecho, pues la sentencia habla por sí misma de la complejidad del caso. Entiendo que una solución más considerada del caso podría haber permitido que entrase en juego del artículo 139.1 de la LJ, que permite que las costas no se impongan a la parte que haya visto rechazada sus pretensiones,

³⁰ HERMIDA, B., *El Tribunal Constitucional recibe el primer recurso de amparo por las "Sentencias Covid"*, Confilegal, 2024, disponible en: <https://confilegal.com/20240215-tribunal-constitucional-recurso-amparo-sentencias-covid/> (último acceso: 19 de abril de 2024).



cuando se aprecie y razone que el caso presentaba dudas de derecho.

Por todas estas razones, consideramos necesario poner término a este trabajo con un final abierto, dado que, si algo se puede concluir con absoluta certeza, es que todavía quedan años para concretar el alcance de la institución jurídico- pública que constituye la responsabilidad patrimonial del Estado legislador.

6. Bibliografía.

ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I., Alarma y pandemia: problemática jurídico- constitucional de los estados de necesidad a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional: Comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional 148/2021, de 14 de julio, recurso de inconstitucionalidad núm. 2054-2020. (BOE núm. 182, de 31 de julio de 2021); a la Sentencia del Tribunal Constitucional 183/2021, de 27 de octubre, recurso de inconstitucionalidad núm. 5342-2020. (BOE núm. 282, de 25 de noviembre de 2021); y a la Sentencia del Tribunal Constitucional 168/2021, de 9 de octubre. Recurso de amparo núm. 2109-2020. (BOE núm. 268, de 9 de noviembre de 2021). *Revista de las Cortes Generales*, (111), 2021, pp. 547-574.

ÁNGEL, M., *Comentarios al Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19*. Crespín García, 2020.



ÁNGEL RUIZ LÓPEZ, M., "Retrospectiva y alcance actual de la responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador", *Revista Digital Facultad de Derecho*, núm. 66-95, 2013.

CIENFUEGOS MATEO, M., "La incompatibilidad de la legislación española relativa a la responsabilidad del Estado legislador con el Derecho de la Unión Europea a la luz de la sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de junio de 2022", *Revista Catalana de Dret Públic*, 67, p. 151-169.

DÍAZ GARCÍA, J. C., "El razonamiento del Tribunal Constitucional en la Sentencia 148/2021, que declara inconstitucional el primer estado de alarma", *Seminario Permanente de Ciencias Sociales, documento de trabajo*, núm. 8, 2021.

MÉNECH, G., *Juzgar sin mirar las consecuencias: A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el primer estado de alarma decretado con ocasión de la COVID-19*. Postc, 2021.

FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., "La inconstitucionalidad de los estados de alarma por el COVID-19", *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 10, 2022, p. 357-369.

FERNÁNDEZ FARRERES, G., "Una nueva incidencia en el tortuoso proceso de configuración legal de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador: la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 28 de junio de 2022 (As. C-278/20)",



Revista española de Derecho Administrativo, núm. 221, 2022.

FERNÁNDEZ NARBÓN, J., "La responsabilidad del Estado legislador por leyes declaradas inconstitucionales (en especial la perspectiva de los votos particulares)", *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 35, 2014.

FERNÁNDEZ, T.R., "La responsabilidad del Estado-legislador tras la Sentencia del TJUE de 28 de junio de 2022", *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 36, 2021.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el Derecho español", *Revista de administración pública*, núm. 168, 2005.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado como autor de una ley declarada inconstitucional", *Revista de administración pública*, núm. 166, 2005.

GARCÍA-MAZANO, P., *Las dos lógicas del estado de alarma (comentario a la STC 148/2021, de 14 de julio)*. Almacén de Derecho, 2021.

GARCÍA, M. C. A., Los nuevos límites de la responsabilidad patrimonial del estado legislador. *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, (2), 2015, p. 257-268.



GARRIDO FALLA, F., El concepto de servicio público en derecho español. *Revista de administración pública*, (135), 7-36, 1994.

GARRIDO FALLA, F., "La responsabilidad patrimonial del Estado: ¿hasta dónde debe indemnizar?", *In Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Ministerio de Justicia*, 1997.

HERMIDA, B., *El Tribunal Constitucional recibe el primer recurso de amparo por las "Sentencias Covid"*, Conflegal, 2024.

HERREROS, J.M., *Comentario sobre el estado de alarma por el COVID-19*. Superbia Jurídico, 2020.

INAP., *La responsabilidad patrimonial de la administración como resultado de la anulación de un acto administrativo (a propósito de la STS, Sala 3ª, de 17 de febrero de 2015, Rec. 2335/2012)*.

LÓPEZ, T. Q., La responsabilidad del Estado legislador. *Revista de Administración Pública*, (135), 1994, p. 103-148.

MILLÁS, V. y GATÓO JIMÉNEZ DE LA IGLESIA, S., "La responsabilidad del Estado-Legislator tras la reforma de 2015", *Revista de las Cortes generales*, núm. 7-46, 2017.

MUÑOZ GÓMEZ, Á., "El control de constitucionalidad del estado de alarma: comentario a la STC 148/2021, de 14 de julio", *Icade. Revista de la Facultad de Derecho*,



núm. 112, 2021.

PICÓN ARRANZ, A., "¿La gestión de la pandemia del COVID-19 generó responsabilidad patrimonial de los poderes públicos? La diáfana posición del Tribunal Supremo plasmada en la STS 1360/2023, de 31 de octubre, *Aranzadi digital*, núm. 1, 2023.

SOSPEDRA NAVAS, F. J., "ESTADO DE ALARMA. Las consecuencias de la declaración de inconstitucionalidad parcial del Real Decreto 463/2020, de Estado de Alarma. COVID-19. *La Administración práctica*, núm.9, 202