

**ADIÓS A LAS INDEMNIZACIONES POR DAÑOS A LA HOSTELERÍA,
CONSECUENCIA DE LAS MEDIDAS RESTRICTIVAS PARA FRENAR LA
PANDEMIA COVID- 19***

STS (Sala 3ª) de 31 de octubre de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:4431)

María Zaballos Zurilla
Profesora Ayudante Doctora
Universidad Autónoma de Madrid

Fecha de publicación: 20 de noviembre de 2023

1. Introducción

El COVID-19, las medidas para hacerle frente y sus consecuencias, han dado lugar a numerosos comentarios y estudios en muy diversos ámbitos, entre ellos, el jurídico. Sin duda, la reciente STS de 31 de octubre de 2023¹ (Sala 3ª) será también objeto de otros muchos.

La sentencia acaba con las esperanzas de miles de hosteleros, que pretendían que se declarara la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños fruto de la aplicación de la normativa adoptada para evitar o mitigar la propagación de la pandemia COVID-19², que ordenó el cierre de estos locales.

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación PID2021-128913NB-I00, del Ministerio de Ciencia e Innovación y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social: seguimiento y avances”, dirigido por Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato; y en el marco de las Ayudas para la realización de proyectos de investigación aplicada, en el marco del Plan Propio de investigación, cofinanciadas en un 85% por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), para el proyecto titulado “Modelos jurídicos eficientes de consumo sostenible”, con Ref.: 2022-GRIN-34487 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana I. Mendoza Losana.

¹ ECLI:ES:TS:2023:4431

² Como señala el CGPJ hay casi mil asuntos más pendientes en la Sala 3ª del TS, y varios miles más se encuentran en tramitación en el Gobierno. [C.G.P.J](#) | [Poder Judicial](#) | [Noticias Judiciales](#) | [El Tribunal](#)



En este caso concreto, el TS examina el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el procurador don Miguel Ángel Moral Sánchez, en nombre y representación de la mercantil Alhambra Palace S.A., bajo la dirección letrada de don Javier López García de la Serrana, contra resolución del Consejo de Ministros, desestimatoria por silencio administrativo, de la solicitud de indemnización por responsabilidad patrimonial del Estado legislador prevista en el artículo 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (en adelante, LO 4/1981). En él se solicitaba indemnización de 417.316,70 € por los daños consecuencia de aplicación de las medidas de contención que dispone el art. 10.4 del Real Decreto 463/2020, en el contexto del primer estado de alarma, en concreto, la suspensión de apertura al público del establecimiento del que es titular.

La sentencia comienza realizando una síntesis de los acontecimientos que se fueron sucediendo desde que el 31 de diciembre de 2019 la Comisión de Salud y Sanidad de Wuhan (China) informó sobre los primeros casos de una neumonía de etiología desconocida, exponiendo las respuestas que iban dando los organismos internacionales, y centrándose especialmente en la actuación desarrollada en España. Son, a mi juicio, fechas claves a nivel nacional: el 23 de enero de 2020, pues ese día se publicó un primer protocolo elaborado por la Ponencia de Alertas y Planes de Preparación y Respuesta, el 12 de marzo de 2020, cuando se aprobó el Real Decreto Ley 7/2020, por el que se adoptaron medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19 y el 14 de marzo de 2020, fecha en la que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 en el Real Decreto 463/2020. Hasta ese momento, como refleja la sentencia, se desarrollaron numerosas concentraciones de personas (eventos deportivos, manifestaciones, conciertos, etc.). Después, continúa la misma exponiendo el resto de las disposiciones encaminadas a frenar la expansión de la pandemia, haciendo hincapié en aquellas que afectan al sector empresarial dedicado a la hostelería y restauración. Tras este interesante análisis el TS desestima el recurso.

Veamos a continuación los argumentos esgrimidos por el Alto Tribunal para desestimar las pretensiones de la parte recurrente. Antes de comenzar, hay que señalar que la parte actora usa dos títulos de imputación diferentes: de un lado, la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador y, de otro, la responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de los servicios públicos.

[Supremo desestima el primer recurso que demandaba la responsabilidad patrimonial del Estado por daños en la hostelería por la normativa COVID](#) [Última consulta 15-11-2023]



2. Responsabilidad patrimonial del Estado Legislador

El TS parte reconociendo que los Reales Decretos de declaración de estado de alarma 463/2020 y 926/2020, y sus correspondientes prórrogas, ostentan la naturaleza jurídica de disposiciones con valor de ley, y admite que “los daños patrimoniales sufridos por la parte actora se imputan principalmente a las normas que impusieron un conjunto de restricciones y medidas de contención relativas a actividades determinadas, tanto del sector público como del sector privado, entre ellas, las desarrolladas por la empresa de la que es titular la recurrente...”.

Sentado que estas disposiciones tienen valor de ley, la responsabilidad patrimonial será la del Estado Legislador, pero ¿se dan los presupuestos necesarios para que nazca la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador previstos en los apartados 3 y 4 del art. 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP)?

2.1 La antijuridicidad del daño

El primer presupuesto necesario para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador, conforme al art. 32.3 LRJSP, no es otro que la antijuridicidad del daño, “los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos como consecuencia de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos que no tengan el deber jurídico de soportar cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen”.

La pregunta por responder es, ¿tienen los hosteleros el deber de soportar los daños ocasionados como consecuencia de la aplicación de los Reales Decretos citados?

El TS estima que sí. Razona que: “de ambos Reales Decretos se deriva el deber de soportar las cargas en ellos impuestas con carácter general para preservar la salud pública de los ciudadanos, sin que se genere un derecho de reparación de los posibles daños sufridos. Este es un principio general que aparece ya recogido en el artículo 54.3 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, que expresamente excluye la indemnización por parte de la Administración respecto de los gastos causados por las medidas adoptadas para preservar la salud pública”. Afirmo asimismo que la amplitud y generalidad de las medidas permiten considerar los daños como carga colectiva³, y que la sociedad en su conjunto debe soportarlos. Considera el TS que la vía de reparación o

³ Por tanto, el daño alegado no es “efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas” (Art. 32.2 LRJSP).



minoración de daños para aquellos perjudicados más intensamente, de ser procedente, tiene que ser la de las ayudas públicas -que se concedieron ampliamente-, pero no la de la responsabilidad patrimonial, que exige como presupuesto inexcusable de una antijuridicidad que aquí no es predicable.

Todo ello sin olvidar que el TC, en la sentencia 148/2021, estimó que las medidas adoptadas y la restricción de los derechos constitucionales que se derivan de ellas no fueron desproporcionadas, excesivas o dispensables.

Al tratar la antijuridicidad, alude también la sentencia al principio de precaución, pues en el ámbito de la salud colectiva la adopción de decisiones, en muchas ocasiones, debe basarse en la determinación cuantitativa del riesgo. El problema, como señala el TS fue la falta del componente de certeza de un modo indubitado, al inicio de la pandemia.

Sobre el principio de precaución se ha pronunciado en varias ocasiones el TJUE considerando que “en tanto no se despeje la incertidumbre sobre la existencia o el alcance de los riesgos para la salud humana, es posible adoptar medidas de protección sin esperar a que se demuestre plenamente la realidad y gravedad de tales riesgos” y asimismo, “aun cuando la valoración del riesgo no pueda basarse en consideraciones puramente hipotéticas, no lo es menos también (...) cuando resulta imposible determinar con certeza la existencia o alcance del riesgo alegado por razón de la naturaleza insuficiente, no concluyente o imprecisa de los resultados de los estudios realizados y sin embargo, persiste la probabilidad de un perjuicio real para la salud pública en el supuesto en que se materialice el riesgo, el principio de cautela justifica la adopción de medidas restrictivas”⁴.

La consecuencia de la aplicación del principio de precaución, como apunta el Alto Tribunal, es la imposibilidad de derivar responsabilidad de la Administración cuando las medidas sanitarias sirvieron para mitigar o frenar la propagación de contagios. Además, el TS subraya que la aplicación del principio de precaución comporta una inversión de la carga de la prueba, de tal manera que corresponde a quien ejercita la acción de resarcimiento, acreditar la ausencia de justificación, idoneidad y razonabilidad de las medidas adoptadas, cosa que no ha sucedido en el caso enjuiciado.

⁴ Sentencia de 10 de abril de 2014, Acino/Comisión, C-269/13 P; EU:C:2014:255. En términos similares se pronuncia también el Auto del TJUE, de 19 de diciembre de 2013, Comisión/Alemania, C-42613 P (R, EU:C:2013:848. También la Comunicación de la Comisión Europea sobre el recurso al principio de precaución (Bruselas 2.2.2000 COM (2000) 1 final), alude a su ámbito de aplicación cuando la salud humana esté en riesgo.



2.2 Previsión de indemnización en el acto legislativo causante del daño

En segundo lugar, habrá lugar a indemnización cuando además de ser el daño padecido por el particular antijurídico, “así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen” (art. 32. 3 LRJSP).

El TS remarca sobre este extremo que: “ninguno de los Reales Decretos relativos al estado de alarma ha reconocido derechos patrimoniales a favor de los destinatarios de las limitaciones y restricciones de las actividades empresariales en ellos establecidas, de manera que el derecho indemnizatorio no se puede fundar, en principio, en el artículo 32.3 de la Ley 40/2015”. Es más, considera que “de ambos Reales Decretos se deriva el deber de soportar las cargas impuestas en ellas impuestas con carácter general para preservar la salud pública de los ciudadanos, sin que se genere un derecho de reparación de los posibles daños sufridos”. Por tanto, no se dan los presupuestos necesarios para que surja la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador.

2.3 Declaración de inconstitucionalidad

Prevé asimismo el art. 32.3 LRJSP la posibilidad de que nazca la responsabilidad del Estado Legislador en el caso de que los daños surjan de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, siempre que concurran los requisitos del apartado 4 del mismo artículo, junto con los previstos en los apartados precedentes.

El TS cierra el paso a una posible declaración de responsabilidad por daños causados por una norma con rango de ley declarada inconstitucional, acudiendo de nuevo a la STC 148/2021, que determinó que la inconstitucionalidad parcial de los Reales Decretos del estado de alarma no es por sí misma título suficiente para fundar reclamaciones de responsabilidad patrimonial, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 3.2 de la LO 4/1981. Según este artículo: “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”.

Precisamente, la parte recurrente fundamenta la acción de resarcimiento, en primer lugar, en el art. 3.2 de la LO 4/1981 pues considera que contiene un presupuesto de responsabilidad patrimonial de configuración legal diferente del general, según el cual “bastaría la existencia de un daño patrimonial derivado causalmente de alguno de los estados excepcionales para que surja automáticamente el derecho a obtener una indemnización de las Administraciones Públicas”. Sin embargo, el TS, tras centrar el marco normativo, partiendo de lo establecido en la Constitución, entiende que el art. 3.2 LO 4/1981 no establece un régimen de responsabilidad patrimonial especial.



Dos son los motivos principales:

Primero, “porque ese supuesto régimen singular, que prescinde de los requisitos establecidos en la Ley 40/2015, no se deduce directa ni indirectamente del artículo 116.6 de la Constitución o del reseñado artículo 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, ya que estas normas no contienen ni expresa ni tácitamente previsión alguna al respecto. Si el legislador hubiera querido crear un régimen autónomo de responsabilidad, atendida la trascendencia de esa medida, que supondría excepcionar el propio artículo 106.2 de la Constitución, lo hubiera expresado claramente”.

Segundo, “porque la remisión que efectúa el artículo 3.2 "a lo dispuesto en las leyes" solo puede ser entendido como una remisión al régimen general de la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos vigente en cada momento...”.

3. Responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal y vulneración de otros principios jurídicos relevantes para el funcionamiento de la Administración Pública

La parte actora también intenta justificar la existencia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por funcionamiento anormal (art. 32.1 LRJSP). Considera que la actuación llevada a cabo por el Gobierno fue lenta y que no se adoptaron las medidas de contención y asistencia sanitarias oportunas desde que la Organización Mundial de la Salud declaró la emergencia de salud pública internacional y que se incumplieron muchas de sus recomendaciones (junto con otras del Centro Europeo de Salud).

Sin embargo, también desestima el TS con contundencia esta pretensión “con independencia del juicio que merezca la actuación del Gobierno en las primeras semanas de la pandemia, lo cierto es que los daños que se reclaman se imputan al cierre del establecimiento hotelero acordado por el Real Decreto de estado de alarma 463/2020, de 14 de marzo, y sus sucesivas prórrogas, y no al retraso en la adopción de medidas o al cumplimiento en mayor o menor medida de las recomendaciones de organismos internacionales. Para poder imputar los daños sufridos, en todo o en parte, a esos retrasos o incumplimientos hubiera sido preciso un esfuerzo de argumentación y prueba sobre la causalidad existente entre unos y otros, sin que tal esfuerzo se haya realizado mínimamente”.

Por último, también considera la parte recurrente que se han vulnerado principios jurídicos relevantes para el funcionamiento de la Administración Pública que convierten la actuación administrativa desplegada por la demandada en antijurídica. No obstante, el



TS entiende que tampoco se puede considerar que la actividad de la Administración vulnerase los principios de confianza legítima, eficacia, seguridad jurídica, proporcionalidad, motivación y buena regulación: “los daños se imputan a las normas jurídicas dictadas para frenar la expansión de la pandemia, muy especialmente los Reales Decretos de estado de alarma, y esas disposiciones han sido juzgadas por el Tribunal Constitucional desde la perspectiva de los principios y valores constitucionales, llegándose a unas conclusiones diferentes de las sostenidas por la parte. La actuación administrativa ha sido calificada de razonable, proporcional y adecuada a la situación existente, y eficaz para frenar la expansión de la pandemia, como se ha valorado ampliamente en esta sentencia, como lo fue en la STC 148/2021 con el mismo resultado”.

4. Fuerza mayor como causa de exoneración de responsabilidad de la Administración

El art. 32. 1 LRJSP establece la concurrencia de fuerza mayor como causa de exoneración de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Por este motivo, insistía la recurrente en que, en este escenario, no concurre fuerza mayor que excuse a la Administración de su obligación resarcitoria a los titulares de los establecimientos de hostelería, restauración y turismo⁵.

Entiendo que la pandemia encaja en la noción de fuerza mayor (acontecimiento insólito e inesperado), que puede operar como supuesto de exención de la responsabilidad patrimonial en relación con determinados daños directamente imputables a la misma, pero no respecto a las medidas sanitarias excepcionales impuestas en el Real Decreto 463/2020, la normativa que prorroga el estado de alarma, y las restricciones y limitaciones asociadas a la puesta en marcha del Plan de Transición a una Nueva Normalidad.

Así lo estima también el TS en la sentencia: “la adopción de medidas en el marco de la gestión de la crisis puede hacer posible la responsabilidad de la Administración, dado que, pese a tratarse la pandemia de una situación inevitable, esa gestión puede haber coadyuvado a agravar los daños, o no los ha minorado o eliminado pudiendo hacerlo. En estos casos, la fuerza mayor (pandemia) no excluye la posibilidad del deber de indemnizar los posibles daños que se hubieran podido evitar o mitigar de haberse adoptado por parte de las autoridades con competencia en la materia las medidas precisas, bajo el principio de precaución al que están legalmente obligadas, que tendieran a evitar la propagación,

⁵ “La actora califica lo acontecido como un funcionamiento anormal del servicio público de alertas y emergencias sanitarias, sin que exista fuerza mayor que excuse a la Administración de su obligación resarcitoria a los titulares de los establecimientos de hostelería, restauración y turismo que se vieron obligados a su cierre, al no encontrarnos ante un suceso imprevisto, insólito y con unos efectos inevitables que no estuviesen dentro del ámbito de decisión y/o capacidad de la Administración”



vía contagio, y letalidad de la enfermedad. De este modo, si se acreditara que una Administración pudo, dadas sus competencias, impedir la aparición de perjuicios adicionales mediante la adopción de medidas concretas, con arreglo a los estándares de actuación conocidos en ese momento, podría apreciarse la necesaria relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos y el daño o lesión sufrida, presupuesto necesario para que sea viable una acción de responsabilidad patrimonial con la consiguiente obligación de indemnizar. Ahora bien, para juzgar el acierto o desacierto de las medidas adoptadas por los poderes públicos en los primeros meses de pandemia, entre ellas las contempladas en los Reales Decretos de estado de alarma, no podemos estar a los conocimientos científicos actuales sino a los existentes cuando la pandemia comienza a desplegar sus efectos”.

Las medidas han sido consideradas razonables y proporcionadas, teniendo en cuenta el grado de incertidumbre y la falta de conocimiento científico existentes en aquel momento, tanto por el TC en la sentencia 148/2021, como por el TS en la sentencia objeto de comentario y, por ello, no ha lugar a la indemnización pues tal como prevé el art. 34. 1 LRJSP “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. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

Para la parte actora, la fuerza mayor no opera de ningún modo en relación con su reclamación de responsabilidad patrimonial pues, según ella, el art. 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, hace innecesario el cumplimiento de los requisitos que configuran la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, entre ellos el de la inexistencia de fuerza mayor⁶. Posibilidad que ya hemos visto, descarta el TS.

5. La expropiación forzosa

Por último, también plantea la parte actora como posible mecanismo de resarcimiento el instituto de la expropiación forzosa, contemplado en el art. 121 CE. Sostiene que “ las

⁶ “Esa exclusión de la fuerza mayor contravendría directamente los artículos 116.6 y 106.2 CE. El primero en cuanto señala que la declaración de los estados (de alarma, excepción y sitio) no modifica el principio de responsabilidad, en toda su extensión, reconocido en la CE y el segundo en cuanto que establece que la concurrencia de fuerza mayor resulta determinante como causa de exoneración de la responsabilidad de las Administraciones ante las lesiones sufridas por los particulares como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, sin contemplar excepción alguna al respecto”.



medidas adoptadas se configuran como expropiatorias de derechos, por el especial daño sacrificial padecido por los sectores de alojamiento, hostelería, restauración, turismo y viajes habiendo sido aquel sector de actividad el más afectado por las medidas de cierre, subsiguientes limitaciones de aforo y otras restricciones impuestas en el «Plan para la transición hacia una nueva normalidad», lo que inscribe la pretensión resarcitoria en la lógica expropiatoria, generando un derecho indemnizatorio o derecho a ser compensado por aquel especial sacrificio sufrido en aras del bien común”.

También descarta el TS esta posibilidad:

Primero, porque no cabe hablar de expropiación forzosa sin privación singular, consistente en un sacrificio especial impuesto deliberadamente a uno o varios sujetos en sus bienes, derechos o intereses, de forma directa por causa de utilidad pública o interés social. Incide el Tribunal en que la finalidad perseguida por los Reales Decretos de estado de alarma era preservar la salud y la vida de los ciudadanos comprometida por la expansión indiscriminada de la pandemia provocada por el virus, no privar de derechos a los ciudadanos o a las empresas, aunque se hayan establecido limitaciones de carácter temporal a su ejercicio. Ello, sin olvidar que “una expropiación forzosa por regla general exige un procedimiento que aquí no ha existido, lo que nos llevaría a calificar como vía de hecho una medida legislativa lo que constituye una contradicción en sus propios términos”.

Segundo, porque el art. 120 de la Ley de Expropiación Forzosa⁷ no es aplicable al caso.

De un lado, porque el precepto se refiere a medidas concretas adoptadas por autoridades civiles, pero no a la aprobación de medidas legislativas de general aplicación.

De otro, porque las medidas adoptadas por las autoridades civiles han de tener por objeto la destrucción, detrimento efectivo o requisas de bienes o derechos de particulares, circunstancias que no concurren en el caso enjuiciado.

⁷ Art. 120 LEF: “Cuando por consecuencias de graves razones de orden o seguridad públicos, epidemias, inundaciones u otras calamidades, hubiesen de adoptarse por las Autoridades civiles medidas que implicasen destrucción, detrimento efectivo o requisas de bienes o derechos de particulares sin las formalidades que para los diversos tipos de expropiación exige esta Ley, el particular dañado tendrá derecho a indemnización de acuerdo con las normas que se señalan en los preceptos relativos a los daños de la ocupación temporal de inmuebles y al justiprecio de los muebles, debiendo iniciarse el expediente a instancia del perjudicado y de acuerdo con tales normas”.



CONCLUSIÓN:

El TS aniquila las posibilidades indemnizatorias de los damnificados en el sector hostelero por las medidas restrictivas para frenar la pandemia COVID- 19, al considerarlas razonables y pertinentes, como ya hizo el TC.

Sin duda, la trascendencia económica de esta sentencia es enorme, y para el Estado muy tranquilizadora. Otro criterio hubiera provocado la lluvia de demandas millonarias, que de prosperar, difícilmente podrían ser sufragadas por nuestra ya maltrecha economía.