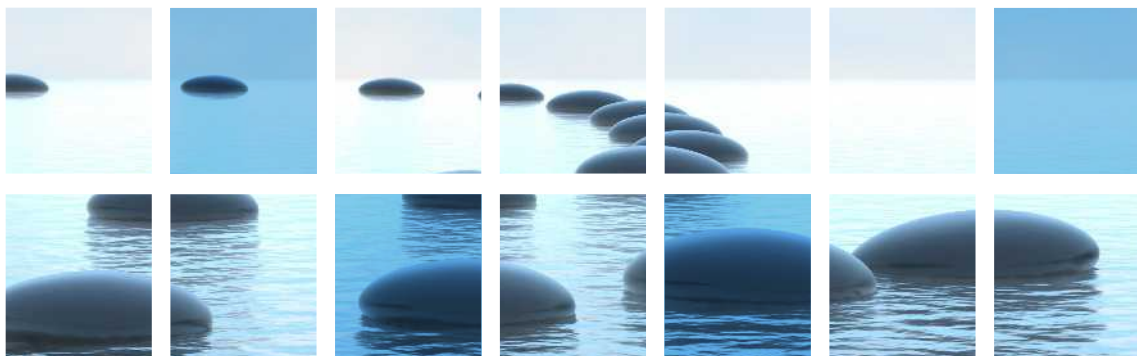


El ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial por daños producidos durante la pandemia de coronavirus

Y otras responsabilidades en el ámbito civil, penal y mercantil

Óscar Jiménez Moriano

■ BOSCH





■ BOSCH

El ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial por daños producidos durante la pandemia de coronavirus

Y otras responsabilidades en el ámbito civil, penal
y mercantil

Óscar Jiménez Moriano

© Óscar Jiménez Moriano, 2020
© Wolters Kluwer España, S.A.

Wolters Kluwer

C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
Tel: 902 250 500 – Fax: 902 250 502
e-mail: clientes@wolterskluwer.es
<http://www.wolterskluwer.es>

Primera edición: Octubre 2020

Depósito Legal: M-26499-2020

ISBN versión impresa: 978-84-9090-480-0

ISBN versión electrónica: 978-84-9090-481-7

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.
Printed in Spain

© **Wolters Kluwer España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

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. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

menos de los derechos fundamentales de vida, integridad física/salud, no constando tal suspensión ni en el Decreto declarando Estado de alarma, ni en ninguna de sus prórrogas o normativas dictadas bajo su amparo.

4. AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 4.^a, DE 20-04-2020, REC. 91/2020, Y OTROS AUTOS JUDICIALES REQUIRIENDO EQUIPOS DE PROTECCIÓN A LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Más allá de disquisiciones, hay un hecho que proclama por sí solo (*res ipsa loquitur*) la absoluta indigencia de medios con que los sanitarios han tenido que afrontar la pandemia. Este hecho que habla por sí mismo es el auto del Tribunal Supremo (Contencioso), de 20-04-2020, rec. 91/2020 que seguidamente pasamos a diseccionar.

En referido auto el Alto Tribunal requiere al Ministerio de Sanidad la adopción de todas las medidas a su alcance para que tenga lugar la distribución de los medios de protección de los profesionales sanitarios y para que informe quincenalmente a la Sala de las concretas medidas adoptadas a tal fin, con indicación de los medios de protección puestos a disposición de los profesionales sanitarios y su distribución efectiva.

El antedicho auto ha sido dictado en un incidente de medidas cautelares previas (o cautelarísimas) en el que la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos (CESM) interpuso, por el procedimiento de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, recurso contencioso-administrativo contra «la inactividad del Ministerio de Sanidad en lo referente al incumplimiento del art. 12.4 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria por el COVID-19 (BOE n.º 67 de 14 de marzo de 2020) al entender vulnerado el derecho fundamental a la integridad física consagrado en el artículo 15 CE y acuerde la tramitación del mismo por todos sus trámites».

El Sindicato solicitó, conforme al artículo 135 de la Ley de la Jurisdicción y por razones de urgencia vital para los profesionales y ciudadanos, la medida cautelarísima de requerir al Ministerio de Sanidad para que proveyera con carácter urgente e inmediato, en todos los Centros hospitalarios, Centros asistenciales de Atención Primaria, Servicios de Emergencias, Servicios de Asistencial Rural, centros con pacientes institucionalizados así como todos los demás centros asistenciales del territorio nacional ya sean públicos o privados y cualesquiera otras dependencias habilitadas para uso sanitario, de todos los EPI (batas impermeables, mascarillas FPP2, FPP3, gafas de protec-

ción, calzas específicas...). Dice el Tribunal Supremo que: «(...) es notorio que los profesionales sanitarios no han contado con todos los elementos de protección necesarios. El Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal vienen a reconocerlo a pesar de las medidas adoptadas que constan en los documentos presentados por el representante de la Administración».

Si bien el Alto Tribunal no concede la medida cautelar en los términos en que la solicitaba la CESM, argumentando que si la otorga en la amplitud pedida estaría reconociendo la pretensión de fondo, lo cierto es que refleja una situación fáctica estremecedora. La siguiente:

(...) constando como consta la insuficiencia de medios de protección con que deben contar los profesionales sanitarios a pesar de las actuaciones desplegadas por la Administración, hemos de volver al interés principal concernido por la pretensión cautelar y extensivo al conjunto del presente proceso: la preservación de los derechos a la integridad física y a la salud de los profesionales sanitarios. Situada, como no puede ser de otro modo, en esa perspectiva, considera la Sala que ese interés público esencial demanda en los momentos excepcionales presentes toda la tutela posible. Para ello, debemos volver al artículo 12.4 del Real Decreto 463/2020 invocado por la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos y concluir que, no habiendo alcanzado plena efectividad la distribución de los medios de protección a los profesionales sanitarios, es procedente conforme al artículo 136 de la Ley de la Jurisdicción adoptar la medida cautelar de requerir al Ministerio de Sanidad que emprenda de inmediato las actuaciones precisas para superar las carencias apreciadas y hacer realidad el objetivo allí previsto.

En puridad, esta resolución judicial se enmarca en una cascada de resoluciones de igual clase, emanadas a lo extenso del país por diferentes Salas de lo Social y de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, en las que se contienen requerimientos análogos, solo que más expeditivos y cursados a los gobiernos autonómicos y empresas concesionarias de ambulancias.

Sin ánimo de exhaustividad, el TSJ País Vasco (Social), sec. 1.^a, en su auto de 21-04-2020, n.º 15/2020, rec. 16/2020 requirió a empresas concesionarias del servicio de ambulancias para que pongan a disposición del personal que presta servicios en los centros de trabajo de Osakidetza, de test suficientes para la evaluación del COVID 19 ya sea por test rápidos o test prueba PCR, en concreto del personal que señalamos, y con la siguiente prioridad en esa puesta a disposición y realización de esas pruebas, siempre que esos test rápidos o test pruebas PCR no se les hubiera realizado: a) personal sanitario en contacto directo con pacientes COVID 19; b) resto del personal

sanitario en contacto con pacientes; c) personal no sanitario en contacto directo o indirecto con pacientes.

El Tribunal Superior de Justicia de Extremadura (Social), sec. 1.^a, en el auto de 24-04-2020, rec. 2/2020 requirió asimismo a una concesionaria del servicio de ambulancia para que proceda, en el plazo de veinticuatro horas desde la notificación de la presente, a dotar a sus trabajadores que prestan sus servicios en el transporte sanitario terrestre en el ámbito del Servicio Extremeño de Salud, tanto para servicios urgentes como no urgentes, de los siguientes elementos de protección, debidamente homologados, en los términos expuestos, de batas impermeables, mascarillas de clase FFP2, FFP3, quirúrgicas, gafas integrales de protección y/o pantallas de protección facial, guantes, recipientes para residuos, solución alcohólica para desinfección y productos destinados a la desinfección de vehículos, acudiendo al efecto a una empresa homologada y especializada en la desinfección de agentes biológicos.

El auto del TSJ de Madrid (Social) de 1/4/2020 acogió asimismo la petición del CESI-F, requiriendo a la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid y al Servicio Madrileño de Salud para que realice la pertinente evaluación de riesgos y determinación de los equipos de protección individual necesarios para cada tipo de puesto ocupado por el personal laboral, funcionario o estatutario a su servicio (incluidos los trabajadores puestos a disposición) en hospitales, centros de atención primaria, centros de atención especializada, Summa 112, demás centros sanitarios y residencias de personas mayores de titularidad de ambas, siguiendo los criterios establecidos en el «Protocolo de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-CoV-2» aprobado por los Ministerios de Sanidad y de Trabajo y Economía Social en el plazo de 72 horas y, una vez realizada tal evaluación, se proporcionen dichos equipos de protección individual a cada trabajador en cuanto pueda obtener los mismos y estén a su disposición. Se requiere igualmente como medida cautelar a la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid y al Servicio Madrileño de Salud que ponga a disposición de los trabajadores en cada centro de recipientes seguros e identificables de recogida de residuos sanitarios de tamaño y en cantidad suficientes.

Esta plétora de autos judiciales no hace sino evidenciar la desprotección con que han prestado sus servicios los trabajadores sanitarios, con el agravante, ya dicho, de que los códigos deontológicos de las profesiones sanitarias prohíben abandonar el puesto, aun en supuestos de epidemias.

5. OMISIÓN DE EQUIPOS DE PROTECCIÓN INDIVIDUALES EN LA JURISPRUDENCIA

Sentado que las Administraciones públicas no han facilitado en la mayoría de casos EPI a su personal, resta por indagar si dicha omisión pudiera estar en la base de la relación causal necesaria para el nacimiento de responsabilidades patrimoniales.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2008 (rec. 5803/2004) se planteó si los daños sufridos por una empleada pública durante el desarrollo habitual de su prestación de servicios quedaban cubiertos por el instituto de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. El debate se reducía a la comprobación de si la lesión era antijurídica o si, por el contrario, como sostenía la Administración, la funcionaria estaba jurídicamente obligada a soportarla, como trabajadora del Servicio Gallego de Salud.

Pues bien, establece el Tribunal Supremo en esta sentencia que *por más que el daño se haya producido en el desarrollo de la relación de servicio que unía a la Sra. Patricia con el Servicio Gallego de la Salud, no estaba obligada a sacrificarse ni, por lo tanto, debe arrostrar las secuelas que padece sin más reparación que la que proporcionan las pensiones e indemnizaciones derivadas de su status funcional, por la sencilla razón de que el desplome del ascensor en el que se trasladaba de una planta a otra de su centro de trabajo no forma parte de los riesgos inherentes al ejercicio ordinario de su profesión, libremente asumidos. La lesión fue, a todas luces, antijurídica», dado que «la citada funcionaria no tuvo, en su condición de empleada pública, la más mínima intervención en el anormal funcionamiento del servicio determinante del daño que se le ha infligido.*

La Sentencia del TSJ de Galicia de 02-10-2013, n.º 652/2013, enjuicia la muerte de un empleado público que como consecuencia de la falta de medidas de seguridad en el trabajo, estuvo expuesto a la manipulación de productos perjudiciales para la salud y objetivamente peligrosos, que quedó en sus funciones expuesto a sufrir quemaduras, lesiones oculares, irritaciones de las vías respiratorias y piel por emanaciones de gases tóxicos..., como consecuencia de las cuales contrajo un cáncer que a la postre le ocasionó la muerte. Ello conduce a la Sala a *reconocer la existencia de relación de causalidad entre la patología de sensibilidad química múltiple que padece la actora y el desarrollo de su puesto de trabajo (...) por un claro incumplimiento de las medidas de seguridad necesarias y la deficiente habilitación de un*

espacio de trabajo que permitiera que esas actividades se desarrollaran sin peligro para los trabajadores. El artículo 14 l) del EBEP, Ley 7/2007, establece que la Administración debe proporcionar una protección eficaz del funcionario en materia de salud en su trabajo y aquí, no se ha cumplido.

Sigue diciendo la sentencia en otro párrafo: Estamos ante enfermedades que no son de súbita aparición como pudiera ser una crisis coronaria o que pueden quedar ocultas o distorsionadas por otras patologías individuales que pueda padecer el trabajador, pero en modo alguno deben desconocerse o presumirse que no son derivadas de la ejecución de un trabajo cuando este se presta sin las adecuadas y pertinentes medidas de seguridad y sin atender en concreto a circunstancias específicas como es la falta de adecuada ventilación en el puesto de trabajo.

6. PARTIDAS DE MASCARILLAS DEFECTUOSAS

A mediados de abril se confirmó que el Ministerio de Sanidad había distribuido una partida de mascarillas defectuosas con la marca Garry Galaxy a las diferentes comunidades autónomas. Desde entonces miles de profesionales sanitarios han pasado a estar en seguimiento en previsión de si llegaron a contagiarse pensando que trabajaban protegidos. Algunas consejerías han tomado medidas como el aislamiento y la realización de test PCR a las personas que las utilizaron.

El lote afectado fue una partida de mascarillas FFP2 de la empresa Garry Galaxy que se presentaban en un envoltorio de color verde y que fueron retiradas después de haberse distribuido a las comunidades.

El ministro de Sanidad comunicó la retirada del lote de un proveedor que estaba autorizado y que «cumplía todos los requisitos de material para ser comercializado en la Unión Europea». Se trataba de dos lotes, uno correcto y el otro defectuoso, que sumaban alrededor de 900.000 mascarillas que no llegaron a ser distribuidas en su totalidad.

Las primeras dudas sobre este lote de mascarillas surgieron en centros hospitalarios de Catalunya y de Aragón, aunque las unidades defectuosas se distribuyeron a todas las comunidades. El estudio de idoneidad del material protector partió del hospital Parc Taulí de Sabadell. En Catalunya se devolvieron 200.000 de las 400.000 mascarillas Garry Galaxy recibidas.

Pues bien, en los casos de contagio derivados del defectuoso estado del material suministrado a los sanitarios la responsabilidad patrimonial de las

Administraciones públicas, en este caso del Ministerio de Sanidad, es, si cabe, más flagrante, al punto de que consideramos que en estos supuestos debería producirse una responsabilidad objetiva, en sentido estricto, no como viene siendo entendida por la jurisprudencia, desvirtuando los perfiles de la responsabilidad objetiva.

Las mascarillas debieron ser testadas previamente a su reparto entre comunidades autónomas y la falta de esta prueba de idoneidad, básica a todas luces habida cuenta de la procedencia del material y sus condiciones de adquisición, comparadas con un mercado persa⁽⁴⁾, determina responsabilidad patrimonial si las personas que las usaron han sido contagiadas.

7. ¿A QUIÉN RECLAMAR, A LA CONSEJERÍA DE SANIDAD QUE CORRESPONDA O AL MINISTERIO DE SANIDAD?

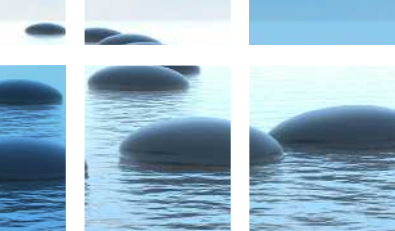
No es fácil saber quién es la Administración responsable del daño y por tanto aquella frente a la que habrá de dirigirse la reclamación. Si bien, a los fines del estado de alarma, la autoridad competente es el Gobierno, conforme al artículo 7 de la LOEAES, esta atribución ha de conciliarse con el artículo 6 del RDEA, que prevé que en el marco de las órdenes directas de la autoridad competente, cada Administración conserva las competencias que le atribuye la legislación vigente en la gestión ordinaria de sus servicios para adoptar las medidas que estime necesarias.

Esta situación desemboca en la llamada «responsabilidad concurrente de las Administraciones públicas» prevista en el artículo 33 de la LRJSP, precepto que se refiere a la responsabilidad derivada de «fórmulas conjuntas de actuación entre varias Administraciones públicas», en cuyo caso «las Administraciones intervinientes responderán frente al particular, en todo caso, de forma solidaria».

Es decir, la competencia de las comunidades autónomas hará que sean estas las que ostentarían la legitimación pasiva para soportar esta responsabilidad, si bien, dada la declaración del estado de alarma por parte del Estado y consiguiente ejercicio de funciones derivadas de la centralización de medidas en este ámbito (art. 12 del RDEA), nos hallamos ante una responsabilidad concurrente de conformidad con el artículo 33 de la LRJSP.

En consecuencia, la reclamación podrá plantearse ante cualquiera de las Administraciones públicas involucradas.

(4) *Antena 3 Noticias Fin de Semana*, «El "mercado persa" del material sanitario: así buscan el Gobierno y las comunidades autónomas comprar material sanitario a contrarreloj», 12/04/2020.



El COVID-19 está causando estragos en la salud de las personas, al tiempo que dejando huella en el mundo jurídico con multitud de incidencias que son totalmente nuevas. El profesional del derecho debe estar preparado para afrontar los nuevos retos surgidos de esta situación excepcional. Dentro de dichos retos adquiere especial preponderancia la responsabilidad patrimonial de la Administración como consecuencia de la defectuosa gestión de la crisis sanitaria.

En la presente monografía se analiza si los profesionales (sanitarios, militares, policías, guardias civiles) afectados por el COVID-19 tienen derecho a ser indemnizados por el concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración o, antes bien, dado que cumplían un cometido relacionado con su puesto, puede considerarse que dicho riesgo les era inherente, careciendo en consecuencia del derecho a una reparación por ese título, al no ser anti-jurídico el perjuicio sufrido por tener el deber jurídico de soportarlo al haber asumido voluntariamente dichos trabajos.

La problemática que se examina en el libro pasa, en buena parte, por evaluar la normalidad o deficiencia en la prestación del servicio y, en su caso, por identificar si esta última es o no imputable al funcionario o servidor público.

ISBN: 978-84-9090-480-0



9

788490

904800



3652K23069



EA-02980-2005

EA-20050100