

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Pamplona/Iruña**

Sección: **1**

Fecha: **30/10/2023**

Nº de Recurso: **396/2022**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE NAVARRA. SALA DE LO CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVO

Plaza del Juez Elío/Elío Epailearen Plaza, Planta 5 Solairua Pamplona/Iruña 31011

Teléfono: 848.42.40.73

Email.: EMAIL000

PO110

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Nº Procedimiento: 0000396/2022

Materia: **CCAA-Responsabilidad patrimonial de la Administración (L08)**

NIG: 3120133320220000183

Puede relacionarse de forma telemática con esta Administración a través de la Sede Judicial Electrónica de Navarra WWW000

SENTENCIA Nº 000340/2023

En Pamplona a Treinta de Octubre de Dos Mil Veintitrés.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, constituida por los Ilustrísimos Señores Magistrados expresados, **ha visto los autos del recurso contencioso-administrativo nº396/2022** interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada contra el Gobierno de Navarra en fecha 18-6-2021 por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de las restricciones derivadas de las medidas sanitarias adoptadas durante la pandemia COVID-19 , en los que han sido partes como demandante la entidad mercantil X representada por el Procurador Sr. Jaime Ubillos Minondo y defendido por el Abogado Sr. Arturo Jesús del Burgo Azpiroz , y como demandado el Gobierno de Navarra representado y defendido por su Asesor Jurídico **y viene en resolver en base a los siguientes Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Interpuesto el recurso contencioso-administrativo y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dictase sentencia estimatoria de sus pretensiones.

SEGUNDO.-El Abogado de la parte demandada contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia desestimatoria por la que se confirmase el acto recurrido.

TERCERO.-Por Auto que consta en el procedimiento se acordó el recibimiento a prueba del recurso, con el resultado obrante en autos.

CUARTO.- Habiendo quedado el recurso pendiente de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera así se verificó , como obra en autos, teniendo lugar el día 20-10-2023.

Es ponente el Ilmo. Sr. Presidente de esta Sala **D. FRANCISCO JAVIER PUEYO CALLEJA**, Magistrado Especialista de lo Contencioso- Administrativo, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Del acto impugnado.

A través de este recurso contencioso-administrativo se impugna la desestimación por silencio administrativo de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada contra el Gobierno de Navarra por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de las restricciones derivadas de las medidas sanitarias adoptadas durante la pandemia COVID-19.

SEGUNDO.- De la pretensión articulada y planteamiento de la demanda y de la correlativa contestación a la demanda.

El objeto del proceso se enmarca en los siguientes parámetros:

2.1. El demandante articula su demanda sobre las siguientes bases:

a) En el suplico de la demanda solicita: *"SUPLICO A LA SALA que con admisión de este escrito y documentos que se acompañan, tenga por formalizada la demanda a que me refiero, y en su día, previos los trámites pertinentes, dicte Sentencia por la que, estimando el presente recurso, declare la responsabilidad patrimonial del Gobierno Foral de Navarra por los hechos relatados en este escrito, reconociendo de manera individualizada el derecho de mi mandante a ser indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por las medidas adoptadas por la demandada de conformidad con los criterios indemnizatorios fijados en el informe pericial contenido en el Expediente Administrativo, fijándose las cantidades definitivas en ejecución de sentencia, con expresa condena en costas a la parte demandada."*

b) El demandante desgana cronológicamente los hechos acaecidos y las distintas disposiciones (tanto legislativas como estrictamente administrativas) a las que imputa los daños solicitados concretando la responsabilidad patrimonial del Gobierno de Navarra a dos concretos periodos temporales:

· Un primer periodo del 21 de Junio 2020 al 25 de Octubre del 2020, es decir, el comprendido entre los dos periodos de Estado de Alarma de ámbito Nacional (entre el derivado del RD 463/2020 de 14 de Marzo y sus prórrogas y el RD 926/2020 de 25 de Octubre) , conocido como periodos "de nueva normalidad".

· Y un segundo período del 25 de Octubre 2020 hasta el 9 de Mayo del 2021, esto es el periodo del segundo Estado de Alarma de ámbito Nacional (el Estado de Alarma derivado del RD 926/2020 y sus prórrogas).

· Por lo tanto, el demandante no articula pretensión alguna respecto al periodo del primer Estado de Alarma.

c) Como fundamento jurídico de su pretensión, y tras alegar la normativa aplicable y reseñar las distintas disposiciones normativas y administrativas a las que imputa daños, articula como motivos de su demanda los siguientes cuatro motivos: *"...A) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas; ...B) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el demandante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran alterar el nexo causal. ...C) Ausencia de fuerza mayor.... D) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado."*

2.2. El Gobierno de Navarra, tras exponer cronológicamente los hechos, las disposiciones adoptadas por la Administración con especificación de las distintas medidas que contenían para hacer frente al COVID- 19 así como las resoluciones de esta Sala que en el marco del artículo 10.8 LJCA autorizaron las distintas medidas administrativas adoptadas, articula su oposición a la demanda en cinco motivos: *"...II) Falta de legitimación pasiva de la Comunidad Foral de Navarra III) Condiciones de la responsabilidad patrimonial. IV) Falta de efectividad del daño, cuantificación e individualización. V) Falta de nexo causal entre la actuación de la Comunidad Foral de Navarra y el perjuicio alegado por el demandante. VI) Existencia de fuerza mayor derivada de una situación de pandemia internacional y una grave crisis y emergencia sanitaria. VII y*

VIII) Deber jurídico de soportar el perjuicio y en consecuencia, ausencia del requisito de la antijuridicidad del daño. y IX y X) Relevancia de la declaración de inconstitucionalidad del primer Estado de Alarma así como del segundo Estado de Alarma, su alcance y contenido y efectos."

En los siguientes Fundamentos de Derecho resolveremos las distintas cuestiones que se plantean siguiendo un criterio lógico-sistemático que nos permita dar respuesta en Derecho a la pretensión contenida en la demanda.

TERCERO.- De la normativa aplicable.

La pretensión articulada en este proceso exige delimitar con precisión el marco legal aplicable.

3.1. En primer lugar, debemos reseñar a nivel constitucional:

a) El artículo 9.3 CE dispone: “*3. La Constitución garantiza el principio*

de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.”.

b) Por su parte el artículo 106.2 establece: “*... 2. 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.”.

c) Asimismo el artículo 116.6 CE señala: “*... 6. 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.”.

3.2.- Descendiendo a la base legal debemos partir de la regulación recogida en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, que recoge el resarcimiento de esos daños, al disponer en el artículo 3.2: “*..Quienes como consecuencia de la aplicación de los actos y disposiciones adoptadas durante la vigencia de estos estados sufran, de forma directa, o en su persona, derechos o bienes, daños o perjuicios por actos que no les sean imputables, tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las leyes*”.

3.3. También reseñamos aquí la regulación de los Reales Decretos de Alarma (con valor de Ley conforme a la doctrina del TC) : RD 463/2020 y sus prórrogas así como el RD 926/2020 y sus prórrogas. Estos Reales Decretos de Estado de Alarma concretan las medidas de la L.O. y permiten adoptar diversas medidas ablativas de derechos: Requisas temporales, realización de prestaciones personales, intervención transitoria de industrias, fábricas, talleres etc... Y otras que simplemente no son sino limitación de derechos ante una situación excepcional: así también

establecen la prohibición temporal y restricciones materiales de determinadas actividades, entre ellas las empresariales. En el mismo sentido las distintas disposiciones tanto normativas como administrativas que se han ido dictando.

3.4. La remisión a las leyes que señala el artículo 3.2 in fine de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, (“*... tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las leyes*”) nos conduce, por un lado, a la Responsabilidad Patrimonial:

a) Con carácter general al supuesto del artículo 32.1 y concordantes de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público que prevé: “*1.- Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley*”.

Y el artículo 34.1 que señala: “*1. 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 el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos*”.

b) Pero también al supuesto especial de la Responsabilidad del Estado Legislador (de derivarse los daños, en el sentir del demandante, bien de los RD de Alarma -que el TC ha reputado que tienen valor de Ley: STC 83/2016 de 28 de Abril- o bien de cualquier otra disposición con rango de ley que refiere el demandante) al señalar el artículo 32 de la Ley 40/2015: “*...3. Asimismo, los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos como consecuencia de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos que no tengan el deber jurídico de soportar cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen. La responsabilidad del Estado legislador podrá surgir también en los siguientes supuestos, siempre que concurren los requisitos previstos en los apartados anteriores: a) Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, siempre que concurren los requisitos del apartado 4. b) Cuando los daños deriven de la*

aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5.

4. Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada.”.

3.5. Y asimismo nos remite por otro lado a la Ley de Expropiación Forzosa que prevé estos supuestos y en su artículo 120 precisa que “...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”.

3.6. En definitiva, y en opinión de esta Sala, la remisión a las leyes que hace el artículo 3.2 in fine L04 /1981 nos lleva a afirmar que no existe un régimen legal excepcional y singular para los supuestos de crisis sanitarias a que nos enfrentamos, sino que tendremos que resolverlos conforme a la legislación ordinaria de que disponemos y sus distintos requisitos. Aunque es evidente que las circunstancias excepcionales de la pandemia, base fáctica de la pretensión, tendrán que ser tenidas en cuenta al determinar la concurrencia y concreta delimitación ad casum de los requisitos de la responsabilidad, en especial el daño antijurídico, al establecer el estándar de funcionamiento de la Administración.

3.7. Este marco legal ordinario nos lleva a valorar la aplicabilidad de la legislación de expropiación Forzosa versus la de responsabilidad patrimonial según el supuesto ante el que nos encontremos.

El mecanismo de la expropiación forzosa, como mecanismo establecido para la compensación de los daños causados por la adopción de medidas expropiatorias, tiene un mismo origen indemnizatorio como la responsabilidad patrimonial, pero obedece a supuestos distintos: los

ablatorios de derechos; y también a un mecanismo y requisitos legales diferentes: los establecidos en la LEF y su justiprecio.

Dentro de estos supuestos expropiatorios estarían (ya establecidos en los distintos Decretos de Alarma y disposiciones sucesivas): Requisas temporales (de mascarillas, respiradores, EPIS etc) , realización de prestaciones personales, ocupaciones temporales e intervención transitoria de industrias, fábricas, talleres etc....

Pero dentro de este mecanismo de compensación de daños no se encontrarían las restricciones y/o prohibiciones temporales y materiales de determinadas actividades empresariales que es el sustento de la demanda que aquí resolvemos, puesto que estos supuestos no suponen una ablación de derechos sino una limitación de derechos cuya indemnización en su caso, debe articularse a través del instituto de la responsabilidad patrimonial y sus reglas, que son las expuestas ut supra.

3.8. En definitiva, y como corolario de lo expuesto, debemos concluir que el marco normativo aplicable al caso es el relativo a la Responsabilidad patrimonial regulada en la Ley 40/2015 en sus diferentes supuestos (Estado-Legislador y Estado-Administración). En los siguientes Fundamentos de Derecho nos referiremos a los distintos requisitos legalmente exigidos para su apreciación.

CUARTO.- Las Sentencias del Tribunal Constitucional y su proyección en la Responsabilidad Patrimonial objeto de este proceso.

En este punto, y previo al estudio de los conceptos que nos permitirán resolver la Responsabilidad Patrimonial del Estado y de Las Administraciones Publicas en el ámbito del Covid-19 conforme a la pretensión deducida en la demanda debemos referirnos a las Sentencias que ha dictado el Tribunal Constitucional y que se proyectan en este ámbito de la Responsabilidad Patrimonial Covid-19. Y más concretamente, respondiendo así a las alegaciones que el demandado hace en los Fundamentos de Derecho IX y X de su contestación, sobre la vinculación, y

su alcance concreto, de las declaraciones, limitaciones y acotaciones de los efectos de las STC que nos afectan al caso.

4.1. Son relevantes en este aspecto las STC 148/2021 de 14-7-2021 (respecto de RD 436/2020 del primer Estado de Alarma y sus prorrogas), la STC 183/2021 27-10-2021 (respecto del RD 926/2020 y sus prorrogas) y la STC 2-6-2022 (que declara inconstitucional el requisito de la autorización judicial previa del artículo 10.8 LJCA).

4.2. La STC 148/2021 de 14-7-2021 (respecto del RD 463/2020 y sus prórrogas) declaró inconstitucionales en apretada síntesis:

a) El artículo 7 en sus apartados 1 (limitación de la libertad de circulación de las personas con sus excepciones) apartado 3 (sujeción a las recomendaciones y órdenes respecto de los desplazamientos de los ciudadanos) y apartado 5 (habilitación al Ministro del Interior para el cierre a la circulación de cualquier carretera o acceso).

b) Y el artículo 10.6 pero solo en lo referente a la habilitación al Ministro de Sanidad “.. a ampliar o modificar..” -no así a restringir que queda constitucional- las medidas, lugares y actividades que recoge el RD. El resto de este artículo 10 que contenía precisamente las medidas de contención en el ámbito de la actividad comercial, equipamientos culturales, establecimientos y actividades recreativas, actividades de hostelería y restauración, se declaró constitucional.

c) La STC 148/2021 de 14 de julio de 2021, no obstante, ha modulado los efectos de la declaración de nulidad en el FJ 11º en los siguientes términos: “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”. El subrayado es de esta Sala.

d) Haremos referencia también aquí a esta Sentencia 148/2021 pues aunque, como queda dicho, el demandante no imputa daños al periodo del primer Estado de alarma a que se refiere el RD 463/2020 y sus prórrogas, el propio demandante hace alguna puntual referencia a ella y sobre todo el demandado realiza una serie de alegaciones específicas al respecto.

4.3. Por su parte la STC 183/2021 de 27-10-2021 declaró, en síntesis y en lo que interesa a este proceso, inconstitucional el régimen de delegación efectuada por el Gobierno a los Presidentes de las CCAA (y su exención de acudir a la autorización judicial (art 2.2.y 2.3) así como la duración de la prórroga autorizada por el Congreso en dicho RD; y lo declaró por la forma en que se hizo (delegación general y duración injustificada respectivamente) pero valida materialmente, desde el punto de vista constitucional determinadas medidas que contiene el RD 926/2020: el denominado toque de queda, el confinamiento perimetral y las limitaciones de personas en espacios públicos y privados (medidas estas a las que el demandante imputa los daños).

El RD 926/2020 por el que se declaró este segundo estado de alarma no contiene pronunciamiento alguno que limite el régimen de responsabilidad establecido en el artículo 3.2 LOEAS y el Tribunal Constitucional en STC183/2021 de 27 de Octubre del 2021 tampoco ha establecido ninguna limitación al respecto. Únicamente señala como acotación en su Fundamento de Derecho que “: En consecuencia, la estimación parcial de este recurso impone la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de las disposiciones o fragmentos de reglas que a continuación se individualizan (art. 39.1 LOTC). Esta declaración de inconstitucionalidad y nulidad no afecta por sí sola, de manera directa, a los actos y disposiciones dictados sobre la base de tales reglas durante su vigencia. Ello sin perjuicio de que tal afectación pudiera, llegado el caso, ser apreciada por los órganos judiciales que estuvieran conociendo o llegaran aún a conocer de pretensiones al respecto, siempre conforme a lo dispuesto en la legislación general aplicable y a lo establecido, específicamente, en el art. 40.1 LOTC”. El subrayado es de esta Sala.

Es decir, que la declaración de inconstitucionalidad no implica, por sí sola, la nulidad de los actos y disposiciones dictadas por las autoridades delegadas de las CCAA como precisa este párrafo de la STC 183/2021.

4.4. En contra de lo que se deduce de lo alegado por el demandado en los Fundamentos de Derecho IX y X de su contestación, a juicio de esta Sala, las limitaciones y acotaciones reseñadas que contienen las STC sobre la limitación de la responsabilidad y efectos de su Sentencia, a pesar de su dicción literal no excluyen, la vía de la Responsabilidad Patrimonial del Estado y de las Administraciones Públicas:

a) En primer lugar, expresamente excluye que en virtud de la declaración de inconstitucionalidad pueda reclamarse por el régimen legal de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas pero, al mismo tiempo, no limita ni excluye las reclamaciones fundamentadas en el artículo 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, al que remite la primera de las Sentencias citadas del TC ni en consonancia la remisión que señala la STC 183/2021 de 27-10- 2021 al referir “...tal afectación pudiera, llegado el caso, ser apreciada por los órganos judiciales ... a conocer de pretensiones al respecto, siempre conforme a lo dispuesto en la legislación general aplicable.” .

b) Debe ya advertirse que los RD de Alarma no limitaron ni tampoco establecieron la procedencia de compensación indemnizatoria alguna por las lesiones que pudieran producirse. Sí contiene mención la LOAES en su artículo 3.2 al que se remite la STC.

c) De todo lo anterior cabe concluir que lo que limita el TC es que la Sentencia del TC 148/2021 "... no será por sí misma título para fundar reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas"; y la STC 183/2021 "... Esta declaración de inconstitucionalidad y nulidad no afecta por sí sola, de manera directa, a los actos y disposiciones dictados sobre la base de tales reglas durante su vigencia. Ello sin perjuicio de que tal afectación pudiera, llegado el caso, ser apreciada por los órganos judiciales que estuvieran conociendo o llegaran aún a conocer de

pretensiones al respecto, siempre conforme a lo dispuesto en la legislación general aplicable ."

Por lo tanto, la remisión a la legislación general aplicable y en concreto al artículo 3.2 LOAES que a su vez nos remite al Régimen indemnizatorio correspondiente "... conforme a las leyes" (bien sea el instituto de la Expropiación o de la Responsabilidad Patrimonial que ahora nos ocupa) nos abre la posibilidad de ejercitar acciones en reclamación de Responsabilidad Patrimonial conforme al Régimen jurídico establecido en nuestras Leyes, no siendo título por sí mismas para ello las Sentencias del TC.

4.5. Se nos plantea el reto de discernir si lo establecido, en los términos antes reseñados, en las citadas Sentencias del TC al señalar que se trata "... de medidas que los ciudadanos tenían el deber jurídico de soportar" por reputarse tales medidas materialmente necesarias, idóneas y proporcionadas, vincula y de qué manera a la Jurisdicción ordinaria.

A esta cuestión hace referencia la demanda en su Fundamento de Derecho Quinto apartado D (así como en el HECHO NOVENO) y la contestación a la demanda en los Fundamentos de Derecho IX y X.

a) Hay que reseñar que el TC declara la inconstitucionalidad de algunas de las medidas recogidas en el RD 463/2020 no por razones materiales (pues las reputa, incluso las inconstitucionales, necesarias, razonables e idóneas) sino por el instrumento normativo elegido para declararlas (el Estado de Alarma en DIRECCION000). En particular debemos reseñar las medidas del artículo 10 relativo al cierre de establecimientos que declara constitucionales salvo el apartado 6 y solo aquí para ampliar o modificar, pero no para restringir, las medidas que contiene el RD de Alarma.

b) Por su parte la STC 183/2021 relativa al RD 926/2020 y sus prórrogas, y que es la que interesa en este proceso y en este concreto aspecto que ahora tratamos, declara la constitucionalidad de las medidas que fueron adoptadas. Tales medidas son reputadas y declaradas por el TC materialmente necesarias, idóneas y proporcionadas (en los términos y con el alcance que

hemos reseñado en el Fundamento de Derecho CUARTO 4.3.) y que son de las que el demandante en este proceso hace derivar los daños sufridos en los periodos reclamados.

c) La parte demandada parece sostener en su contestación y conclusiones que la Jurisdicción Ordinaria (y en concreto esta Sala de lo Contencioso del TSJ de Navarra) se encuentra vinculada por esas declaraciones del TC de manera inexorable, lo que excluiría per se la responsabilidad patrimonial y determinaría directamente la desestimación íntegra de la demanda.

d) No cabe ninguna duda de que esta Sala se encuentra vinculada por lo establecido por el Tribunal Constitucional en tales Sentencias tanto con base en el artículo 38.1 de la LOTC : valor de cosa juzgada y principio vinculación de los poderes públicos a las Sentencias del TC resolviendo procedimientos de inconstitucionalidad, como por la vinculación que lo resuelto por el TC produce en los Tribunales de Justicia por su sujeción a la Jurisprudencia Constitucional que consagra el artículo 5 de la LOPJ.

e) No obstante, sin dejar de reconocer lo anterior, esto no conlleva la conclusión inexorable que refiere el demandado. A juicio de esta Sala la declaración que hace el TC lo es en el ámbito que le es propio, el del encaje constitucional de las medidas sometidas a su consideración:

· y así el hecho de que el TC declare materialmente constitucionales las medidas adoptadas (base de la demanda) no impide la exigencia de responsabilidad patrimonial y su valoración propia por la Jurisdicción Contenciosa de la antijuridicidad concurrente desde el punto de vista de la legalidad ordinaria, por cuanto que esta materia de Responsabilidad Patrimonial es propiamente materia de legalidad ordinaria, pudiéndose dar incluso cuando las normas son constitucionales.

· Y es precisamente por este mismo motivo, porque la declaración del TC lo es desde el estricto ámbito constitucional y no del de la propia legalidad ordinaria que corresponde a la

Jurisdicción Contenciosa, el que nos permite a la Jurisdicción Ordinaria entrar a valorar los requisitos de la Responsabilidad Patrimonial conforme a la Ley, sin sujeción alguna más allá del respeto a la declaración de que tales medidas son materialmente constitucionales (necesarias, razonables e idóneas desde el punto de vista constitucional en el ámbito de los Estados de emergencia), lo que no se discute.

· Y entendemos que el carácter conformador del ordenamiento de las Sentencias del TC lo es en relación con la interpretación de los preceptos y principios constitucionales y no tanto con una materia que -pese a anclar su raíz última en el art. 106 de la CE- es propia de la legalidad ordinaria.

f) Este planteamiento nos permite verificar desde la óptica de la legalidad ordinaria la concurrencia de los requisitos generales de la responsabilidad patrimonial y muy en particular el requisito de la antijuridicidad, concepto clave en esta institución, y que trataremos en particular en el Fundamento de Derecho Octavo de esta Sentencia.

Resuelto el marco normativo aplicable y el contenido y alcance de los efectos de las Sentencias del TC en este ámbito, estamos en condiciones de abordar el núcleo del objeto del proceso abordando los distintos restantes motivos procesales y sustantivos que se plantean.

QUINTO.- Sobre la alegada falta de legitimación pasiva y la Administración responsable.

Plantea el Gobierno de Navarra en su contestación su falta de legitimación pasiva. Debemos desestimar esta alegación por las siguientes razones:

5.1. Desde el punto de vista de la correcta constitución de la relación jurídico procesal (que a esto se refiere la legitimación) está legitimado pasivamente conforme al artículo 21 LJCA, en lo que aquí interesa, la Administración pública contra cuya actividad se dirija el recurso contencioso.

a) En el presente caso el hoy demandante dirigió su solicitud de responsabilidad patrimonial en sede administrativa al Gobierno de Navarra y contra su desestimación presunta ha dirigido su acción en sede judicial exclusivamente contra el Gobierno de Navarra (véase el tenor del suplico transcrito en el Fundamento de Derecho Segundo de esta Sentencia) por los daños sufridos, en su sentir, por las medidas que imputa exclusivamente al Gobierno de Navarra.

b) Por lo tanto, desde el punto de vista de la válida constitución de la relación jurídico-procesal pasiva no existe la alegada falta de legitimación pasiva que pudiera determinar la inadmisibilidad del presente recurso contencioso-administrativo dejando imprejuizado el fondo de la pretensión ejercitada por el demandante.

c) Cuestión distinta es la denominada "falta de legitimación pasiva material" que es realmente lo que alega el demandado Gobierno de Navarra. Lo que realmente se alega es la falta de título de imputación a la Administración demandada, es decir, que, en opinión del demandado, los daños alegados por el demandante no son imputables al Gobierno de Navarra; pero esto es una cuestión de fondo que afecta a unos de los requisitos legalmente exigidos para apreciar la responsabilidad patrimonial (art 32 Ley 40/2015) , y por ello determinante de la estimación o desestimación de la demanda y no de la inadmisibilidad que sería la consecuencia procesal de la apreciación de esta excepción procesal de la que tratamos. Y a esto es a lo que se refiere realmente en el fondo el Gobierno de Navarra en su Fundamento de Derecho II (sobre la falta de legitimación pasiva) y en el V al tratar de la falta de nexo causal (que desarrolla y se remite al Fundamento II de la contestación) al entender que la Administración de la Comunidad Foral no es la responsable de las medidas a las que se imputan los daños y por ende procedería la desestimación de la demanda.

5.2. Lo anterior nos lleva a tratar el problema de la Administración responsable de los daños dando así respuesta a las alegaciones del demandado.

a) El Gobierno de Navarra señala que no es la Administración responsable de los daños porque en realidad la Administración de la Comunidad Foral no ha sido la responsable (" la autora", denomina también la contestación) de las medidas a las que se anudan los daños por lo que no se le pueden imputar los mismos.

b) Concreta el Gobierno de Navarra su falta de imputabilidad en los daños solicitados respecto de los dos periodos de tiempo a que se contrae la demanda (véase el Fundamento de Derecho SEGUNDO 2.1 b) de esta Sentencia).

· Respecto del primer periodo en relación con el que el demandante solicita la responsabilidad patrimonial (es decir del 21-6-2020 al 25-10-2020: "periodo de nueva normalidad") entiende el demandado que no es responsable porque todas las medidas adoptadas por el Gobierno de Navarra durante este tiempo lo fueron por aplicación del Real Decreto-Ley 21/2020 (norma estatal y por ende no imputable a la Comunidad Foral de Navarra) limitándose el Gobierno de Navarra a su aplicación en el marco establecido en tal RD- Ley estatal.

· Respecto del segundo periodo de daños solicitado en la demanda (es decir, del 25-10-2020 al 9-5-2021: es decir del segundo Estado de alarma de ámbito nacional del RD 926/2020) señala el demandado que en este periodo el Gobierno de Navarra actuó por delegación (artículo 2 del RD 926/2020 que designó como autoridades competentes delegadas a los Presidentes de las CCAA para dictar las ordenes y disposiciones para la aplicación de las medidas allí previstas).

5.3. Respecto al primer periodo reseñado cabe señalar que

,efectivamente, el RD-Ley 21/2020 estableció una serie de medidas y efectivamente es una norma estatal. Pero no es posible concluir lo que apunta el Gobierno de Navarra, debiendo desestimarse sus alegaciones. El RD-Ley 21/2020 lo que hace es establecer un marco general de medidas pero las competencias para su concreto establecimiento (o no) en cuanto

al tipo de medidas y su intensidad en cantidad y calidad volvieron a las CCCA, que en cada caso acordaron las medidas (muy distintas en cada CCAA) que estimaron pertinentes basándose en las circunstancias concurrentes en cada CCCA y ejerciendo sus propias competencias.

a) Alude el Gobierno de Navarra al artículo 3.2 del Real Decreto-Ley 21/2020 pero precisamente ese precepto nos conduce a la solución contraria postulada por el Gobierno de Navarra. Este precepto no contiene delegación alguna de competencia ni atribuyó a las administraciones autonómicas, como se afirma en el escrito de contestación, *“el cumplimiento del conjunto de medidas en el mismo contemplado”*. Al contrario, se limitó a reafirmar, como recuerda su Preámbulo I, que finalizada la vigencia del estado de alarma, *“corresponderá a los órganos competentes de la Administración General del Estado, de las comunidades autónomas y de las entidades locales, en el ámbito de sus respectivas competencias, las funciones de vigilancia, inspección y control del correcto cumplimiento de las medidas establecidas en este real decreto-ley”*. El subrayado es de esta Sala.

b) De hecho, es notorio tal y como apunta el escrito de demanda, que cada CCAA adoptó (o no) las medidas que consideró pertinentes y con la intensidad que estimó que requerían las circunstancias de cada CCAA; es decir, lo que sucedió desde ese momento es que las Comunidades Autónomas recuperaron sus competencias y decretaron la imposición de diferentes medidas restrictivas en ese marco común que establece el RD-Ley 21/2020.

c) Por lo tanto, de las concretas medidas que se adoptaron en este periodo de tiempo la Administración responsable (desde el punto de vista de su imputabilidad) es la Comunidad Foral de Navarra en el ámbito territorial que nos ocupa y al que contrae su petición el demandante en su demanda rectora.

5.4. Respecto al segundo periodo reseñado señala el demandado que el Gobierno de Navarra actuó por delegación y por ende las medidas acordadas deben imputarse al órgano delegante que es el Estado. Debemos desestimar también esta alegación.

a) El RD de Alarma 964/2020 (declarado inconstitucional en este punto por STC 183/2021 de 27-10-2021) que declaró el segundo

Estado de Alarma de ámbito nacional (en el primero no se dio esta Delegación y en el periodo de desescalada cada Administración ejerció sus competencias siendo responsables de sus actuaciones cada una de ellas como queda dicho) designó como autoridades competentes delegadas a los Presidentes de las CCAA para dictar las órdenes y disposiciones para la aplicación de las medidas allí previstas. Y su virtud se dictaron numerosas disposiciones.

b) El Tribunal Supremo se ha declarado competente, en general, para conocer y resolver las acciones de responsabilidad patrimonial que traen causa de decisiones adoptadas por autoridades autonómicas en ejercicio de una competencia que no es propia sino asignada a través de la delegación articulada en el Real Decreto 926/2020, con cita expresa del principio contenido en el artículo 9.4 de la Ley 40/2015, en cuya virtud los actos por delegación deben entenderse dictados por el órgano delegante (por ejemplo, Auto de 9 de febrero de 2022, rec. ordinario 383/2021, y los que en él se citan de 3 de febrero de 2021, dictados en las cuestiones de competencia nº 31/2020 y 35/2020; en ellos la acción se dirigía en unos casos de manera solidaria contra el Estado-CCAA, en otros accionando de manera paralela frente al Estado y la CCAA por títulos de imputación diferenciados; lo que no es el caso que aquí resolvemos).

c) Pero tal apreciación, que se hizo estrictamente para resolver la atribución competencial judicial y sin atención a otros análisis, no debe proyectarse sobre la constitución de la relación jurídico-procesal, de modo que prejuzgue la extensión de la legitimación pasiva de la parte demandada. Es decir, que tal apreciación competencial no puede prejuzgar la atribución a una determinada Administración (en este caso exclusivamente a la Foral) del título de imputación articulado en la demanda tal y como plantea y diseña el demandante su acción de responsabilidad.

d) En principio, nos debemos plantear, para apreciar sus efectos, la diferente naturaleza de la delegación de competencias administrativas regulada en los artículos 8 y siguientes de la Ley 40/2015 y la designación de autoridades competentes delegadas

contenida en el artículo 2 del Real Decreto 926/2020, y es que, sin realizar grandes exégesis:

· la primera se contempla entre órganos administrativos y la segunda entre órganos constitucionales (a los Presidentes de los Consejos de Gobierno Autonómicos corresponde la representación ordinaria del Estado en el territorio de la CCAA ex artículo 152.1 de la CE).

· la primera solo se contempla entre órganos de la misma Administración (art. 9.1 de la Ley 40/2015) y la segunda entre Administraciones diferentes.

· y finalmente, entre otras razones, la primera no puede tener por objeto la adopción de disposiciones de carácter general (art. 9.2.b de la Ley 40/2015) y la segunda comprende específicamente la facultad de dictar disposiciones (que es lo que mayoritariamente se hizo).

e) El propio Tribunal Constitucional, en la STC 183/2021 sobre el RD. 926/2020, ha remarcado esta diferencia al señalar (FJ 10) que *“la delegación acordada, como seguidamente se razonará, no respondió a lo que es propio de un acto de tal naturaleza (de ‘habilitación’ la calificó el abogado del Estado).”*

f) Además el principio del artículo 9.4 de la Ley 40/2015 no se ha considerado aplicable por el TS para determinar el órgano jurisdiccional competente para conocer de los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra actos dictados en ejercicio de competencias objeto de delegación ni -sobre todo y esto es lo relevante en el caso- para entender (en el lado pasivo de la relación procesal) tales recursos con la Administración delegante en vez de con la delegada. En todos estos supuestos, se consideró como Administración demandada a la Comunidad Autónoma, sin entender que los actos impugnados, dictados al amparo de la delegación operada por la Ley debieran imputarse a la Administración del Estado.

· Tal es el caso del ejercicio de competencias delegadas por las Administraciones autonómicas en entidades locales al amparo de lo previsto en los arts. 7.3 y 27 de la Ley 7/1985,

de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local o disposiciones autonómicas análogas (vrg: STS de 22 de marzo de 2018, ECLI:ES:TS:2018:1058, que anuló una resolución dictada por la Dirección General de Transporte y Movilidad de la Generalitat de Catalunya precisamente porque la Administración autonómica había dejado de ser competente al haber delegado la competencia en una entidad local).

· Y en el mismo sentido también es el supuesto de las impugnaciones de actos dictados por autoridades autonómicas por delegación del Estado por ejemplo en virtud de la Ley Orgánica 5/1987, de 30 de julio, de delegación de facultades del Estado en las Comunidades Autónomas en relación con los transportes por carretera y por cable (por ejemplo, STJMadrid de Madrid de 19-11-2013, ECLI:ES.TSJM:2013:16579, confirmada por el TS en STS de

25 -1- 2016, ECLI:ES:TS:2016:131; o STS de 17-4-2012, ECLI:ES:TS:2012:2339...).

g) Pero, en cualquier caso y esto es lo relevante, tras la STC 183/2021 de Octubre de 2021 que declara inconstitucional la Delegación de competencias a los Presidentes de CCAA del art 2.2 y 2.3 RD 926/2020, a juicio de esta Sala, la cuestión sobre la Administración responsable se ha clarificado en el sentido expuesto porque:

· Las disposiciones dictadas por los Presidentes de la CCAA por Delegación pueden dictarlas por propia Autoridad toda vez que la legislación sanitaria aplicada (que habilita las medidas a las que se imputan los daños y cuya competencia, en materia sanitaria, corresponde a las CCAA) es independiente de la declaración del estado de alarma (STS 16-2-2022, o la STS 22-6- 2022 que estima suficiente la normativa sanitaria para que las CCAA adoptasen medidas que afectasen a Derechos Fundamentales). Es decir, rige con ella y sin ella o, dicho de otro modo, no forma parte del Derecho de Emergencia que aquella establece.

· Es decir que, aun a pesar de la declaración de inconstitucionalidad de la delegación, la legislación sanitaria habilitaría a las CCAA por propia autoridad y competencia para dictar esas medidas. Y aquí hay que recordar lo dicho anteriormente en la STC de 27-10-2021 y que refuerza nuestra aseveración al declarar en su FJ 11 que *“: ...En consecuencia, la estimación parcial de este recurso impone la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de las disposiciones o fragmentos de reglas que a continuación se individualizan (art. 39.1 LOTC). Esta declaración de inconstitucionalidad y nulidad no afecta por sí sola, de manera directa, a los actos y disposiciones dictados sobre la base de tales reglas durante su vigencia. Ello sin perjuicio de que tal afectación pudiera, llegado el caso, ser apreciada por los órganos judiciales que estuvieran conociendo o llegaran aún a conocer de pretensiones al respecto, siempre conforme a lo dispuesto en la legislación general aplicable.....”*. Es decir que esta declaración de inconstitucionalidad de la que tratamos ahora no implica, por sí sola, la nulidad de los actos y disposiciones dictadas por las autoridades delegadas de las CCAA.

· Todo esto conlleva, a juicio de esta Sala, que sea la Administración autonómica la que sea responsable de los daños que pudieran causar tales medidas.

·Y en esta línea parece moverse el TS. Así en STS de 16-2- 2022 aunque allí , finalmente, se anuló el Decreto del Presidente de la Generalitat Valenciana por no seguir el procedimiento del artículo 10.8 -pues la STC 183/2021 también declaró inconstitucional la exención de acudir al artículo 10.8 LJCA: inconstitucionalidad del art.2.3 in fine-. Y también hay que tener en cuenta aquí que a fecha de esta STS no se había declarado inconstitucional todavía el artículo 10.8 LJCA: STC 2-6- 2022).

Señala esta STS de 16-2-2022 :*"Además, sucede que esa legislación sanitaria es independiente de la declaración del estado de*

alarma. O sea, rige con ella y sin ella o, si se prefiere decirlo de otro modo, no forma parte del Derecho de Emergencia que aquella establece, de manera que la autoridad competente en el estado de alarma puede utilizarla, tal como dice que puede hacerlo el artículo doce uno de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, o no. Y, si lo hace, eso no lleva consigo necesariamente el desamparamiento de las autoridades ordinarias competentes en la materia para servirse de ella, ni tampoco se desprende de la sentencia n.º 183/2021 que esa debiera ser la consecuencia de lo que ha dejado en vigor del Real Decreto 926/2020. Ahora bien, la aplicación que hagan dichas autoridades ordinarias de tales leyes deberá seguir el procedimiento previsto en la Ley de la Jurisdicción, en particular en su artículo 10.8, si tal operación entraña limitaciones de derechos fundamentales de un conjunto indeterminado de personas. Y es cierto igualmente que el artículo 2.3 del Real Decreto 926/2020, que eximía a las autoridades autonómicas de seguirlo, también ha sido declarado inconstitucional." Así, al igual que en el recurso 25/2021, nos encontramos con que falta el presupuesto en que descansó la facultad del Presidente de la Generalidad Valenciana para dictar el Decreto 15/2020 y que dicha falta no puede ser suplida por la habilitación que confiere a las autoridades sanitarias la legislación sanitaria pues no se siguió el procedimiento previsto en el artículo 10.8 de la Ley de la Jurisdicción aunque tal proceder obedeciera a lo dispuesto por el Real Decreto 926/2020."

·También la STS 7-4-202022 (Rc 63/2021) que en su fundamento de Derecho CUARTO reconoce la legitimación pasiva de la CCAA (frente a un Decreto del Presidente de Andalucía dictado por delegación) al reconocer en su Fundamento de Derecho Cuarto que , tras la STC 183/2021 y la inconstitucionalidad de la delegación declarada por dicha Sentencia , la legitimación pasiva corresponde a la CCAA y no al Estado (aunque finalmente en el caso que resuelve acaba anulando el acto en su Fundamento de Derecho SEXTO por no haberse seguido el procedimiento del artículo

10.8 LJCA entonces vigente al señalar: *"..En definitiva, nos encontramos con que falta el presupuesto en que descansó la facultad del Presidente de la Comunidad Autónoma de Andalucía para dictar el Decreto 8/2020, de 29 de octubre, y que dicha falta no puede ser suplida por la habilitación que*

confiere a las autoridades sanitarias la legislación sanitaria pues no se siguió el procedimiento previsto en el artículo

10.8 de la Ley de la Jurisdicción aunque tal proceder obedeciera a lo dispuesto por el Real Decreto 926/2020."

De ello debemos concluir que si la CCAA tiene legitimación pasiva en el recurso interpuesto frente al Disposición del Presidente de la CCAA que adoptó las medidas dañosas por la citada delegación (ex art 2 RD 926/2020), como corolario lógico necesariamente también ostenta esa legitimación pasiva en las pretensiones de responsabilidad patrimonial dirigidas frente a la CCAA derivadas de aquellas medidas dictadas por "delegación".

· Por todo ello, esta Sala concluye que es la Administración Autonómica la responsable de los daños que pudieran causar tales medidas. Y ello, claro está, desde el punto de vista de la imputabilidad de las medidas, pues cuestión distinta es si, finalmente y en cuanto al fondo, la Administración aquí demandada debe ser finalmente responsable e indemnizar por los daños causados. Lo que nos lleva en definitiva a la valoración de los requisitos legalmente exigidos para la apreciación de la Responsabilidad patrimonial para los distintos supuestos (bien por la vía del Estado legislador respecto a disposiciones legales, bien por el régimen general de la Responsabilidad patrimonial respecto del resto de actuaciones administrativas susceptibles de haber causado lesión) y que pasamos a glosar en los siguientes fundamentos de Derecho.

SEXTO.- Sobre la Responsabilidad patrimonial del Estado Legislador.

El demandante imputa los daños que reclama a las medidas acordadas por el Gobierno de Navarra que se concretan en las disposiciones y resoluciones que el propio demandante cita a lo largo de

los Hechos de la demanda y más en concreto en los HECHOS OCTAVO y NOVENO, entre las que se encuentran Disposiciones legales (Decretos Leyes Forales : Decreto-Ley Foral 6/2020, 7/2020, Decreto -Ley 8/2020...) y otras disposiciones normativas y administrativas (Decreto Foral 28/2020, 31/2020, 2/2021, 3/2021, 6/2021,

9/2021, 11/2021.. etc de la Presidenta del Gobierno de Navarra; Ordenes Forales 37/2020, 57/2020, 62/2020, 63/2020, 64/2020, 1/2021, 2/2021, 3/2021, 5/2021,6/2021, 7/2021...11/2021..17/2021, 31/2021, 37/2021...60/2021...etc de la Consejera de Salud; resoluciones 604/2020...del Director General de Salud ...).

En el mismo sentido la contestación a la demanda a lo largo de la exposición de sus HECHOS, enumera de manera precisa las distintas disposiciones normativas y administrativas que inciden en la pretensión objeto de este proceso.

Como hemos apuntado ya en el Fundamento TERCERO 3.8 de esta Sentencia es posible canalizar la acción de responsabilidad patrimonial vía responsabilidad Estado-Legislador cuando los daños se hacen derivar de un acto con valor de Ley, bien vía responsabilidad patrimonial Estado-Administración cuando los daños se hacen derivar de otras disposiciones y resoluciones administrativas. Ambas encuentran su marco normativo en la Ley 40/2015 pero con diferentes requisitos en la regulación que hace su artículo 32 y siguientes.

En el presente Fundamento de Derecho nos referiremos a la responsabilidad patrimonial Estado-Legislador por los daños derivados de disposiciones legislativas invocadas en el proceso como dañosas y a los distintos requisitos legalmente exigidos para su apreciación.

6.1 . A este supuesto le es de aplicación el artículo 32.3 primer párrafo LRJSP que señala “...3. Asimismo, los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos como consecuencia de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos que no tengan el deber jurídico de soportar cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se

especifiquen.”. En contraposición a la regulación prevista respecto de aquellas medidas declaradas inconstitucionales cuya regulación la encontraríamos en el artículo 32.3 párrafo segundo, apartado a) y en su correlativo artículo 32.4 LRJSP 40/2015. Pero este no es el caso que ahora nos ocupa en este proceso.

Y es que las medidas adoptadas que afectaron al sector hostelero del demandante han sido declaradas todas ellas constitucionales. Recordemos aquí que las medidas que afectaban al sector hostelero estaban reguladas en el artículo 10 del RD 436/2020 y fueron declaradas constitucionales por el TC; asimismo ,y en lo que interesa a este proceso, las medidas que contenía el RD 926/2020 aplicadas por las CCAA (en síntesis las alegadas por el demandante: el denominado toque de queda, el confinamiento perimetral y las limitaciones de personas en espacios públicos y privados) que también afectaban al sector fueron declaradas constitucionales (como también afectaban otras medidas que contenían a otros sectores: el sector de la distribución, el educativo, el de transportes, comercio minorista, culto etc.).

Y todo ello con amparo en la legislación sanitaria LO 3/1986 de Medidas Especiales de Salud Pública, L 14/1986 General de Sanidad y L. 33/2011 General de Salud Pública a las que se remite el art 12 de la LOAES 4/1981.

6.2. El artículo 32.3 primer párrafo LRJSP exige en estos casos para tener derecho a indemnización que los particulares “... *no tengan el deber jurídico de soportar -la lesión- cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen.*”

Pues bien ninguna de las disposiciones legislativas en liza alegadas (tampoco los RD de Alarma ni tampoco la LOAES que como hemos reseñado remite genéricamente a las leyes) prevén indemnización alguna ni compensación específica como exige el artículo 32.3 primer párrafo LRJSP. Hay un silencio al respecto:

a) En principio de una interpretación literal cabría concluir que no existiendo esa previsión legal la Responsabilidad Patrimonial por este concepto debiera desestimarse, pero debemos rechazar tal conclusión que supondría reconocer un espacio de inmunidad de

responsabilidad de los Poderes Públicos por su actos incompatible con los principios constitucionales, en particular con el artículo 9.3 de la CE , 116.6 CE y el principio de igualdad ante las cargas públicas del artículo 31.1 CE

b) Es por ello que debemos dar una interpretación de tal precepto que se ajuste a los principios constitucionales señalados.

· La Jurisprudencia del TS ya había avanzado la denominada teoría de la interpretación tácita, es decir la interpretación de que “...*el silencio del acto legislativo permitiría a los Tribunales indagar sobre la voluntad tácita del legislador atendiendo a la naturaleza de la regulación y la lesión producida para poder definir si procede la obligación de indemnizar*” (STS 13-3-2001: ponente Excmo Sr. Xiol Ríos o en la misma línea la STS 14-2-2002 : ponente Excmo Sr. Sieira) pero en ambos casos, y otros, se hace a mayor abundamiento puesto que no era

necesario para el caso pues se trataba de daños derivados de normas inconstitucionales (lo que no es nuestro caso) y la regulación administrativa es anterior a la Ley 30/1992 que introdujo el requisito legal.

· En cualquier caso, la aplicación de esta teoría nos sitúa en un ámbito de apreciación muy subjetivo y variable y por ende inestable en su resultado jurídico. Es por ello por lo que esta Sala entiende que hay que acudir a una teoría de aplicación más objetiva (teoría de la interpretación presunta) entendiendo que el silencio legislativo supone no una exclusión de la responsabilidad patrimonial en todo caso sino una remisión a los principios generales del ordenamiento jurídico y más en particular al principio de responsabilidad de los poderes públicos del artículo 9.3 CE, al principio derivado del 116.6 CE y al principio de igualdad antes las cargas públicas del artículo 31.1 CE.

· Así en los casos en que lo prevea el propio acto legislativo habrá que estar a lo allí dispuesto como señala el 32.3 primer párrafo LRJSP y en caso de silencio deberemos

remitirnos a las reglas generales de la Responsabilidad patrimonial con fundamento en los reseñados principios constitucionales citados.

· A esta conclusión a la que llega este Tribunal Superior de Justicia de Navarra no empece que , como es sabido , el TC en distintas Sentencias haya declarado que la responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador deriva del principio de responsabilidad de los poderes públicos del artículo 9.3 CE pero no está expresamente constitucionalizado su reconocimiento lo que implica que no le es de aplicación el artículo 106.2 CE ya que este precepto solo es aplicable a la actividad administrativa pero no a la actividad legislativa. Y no empece por cuanto las propias Sentencias del TC, por todas la STC 112/2018, señala expresamente a este respecto en su Fundamento Jurídico 4: “.....De las diversas notas que el Auto de planteamiento atribuye al sistema de responsabilidad patrimonial del artículo 106.2 CE, este Tribunal se ha referido de forma clara a su generalidad, esto es, a su aplicabilidad a todas las administraciones y, con ello, a su conexión, a efectos competenciales, con el artículo 149.1.18 CE (STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 33). En ese mismo ámbito de delimitación subjetiva del alcance del precepto, este Tribunal ha afirmado, no obstante, que el artículo 106.2 CE no puede servir de base para exigir responsabilidad patrimonial al Estado en su dimensión de poder legislativo; el Estado- legislador puede, por ello, excluir la indemnización de los daños por él mismo generados sin vulnerar el artículo 106.2 CE, y ello sin perjuicio de que pueda resultar infringido otro precepto constitucional, en cuanto que dicha norma resulta aplicable únicamente a la actividad administrativa, no a la legislativa (SSTC 129/1987, FJ 4; 134/1987, de 21 de julio, FJ 9; 70/1988, de 19 de abril, FJ 3; 65/1990, 66/1990

y 67/1990, de 5 de abril, FJ 7, y 112/2006, de 5 de abril, FJ 21).”. El subrayado es de esta Sala. Y esto es cabalmente

lo que declara nuestra Sentencia al considerar infringidos los principios reseñados ut supra y recogidos en la CE.

c) En definitiva, la respuesta al supuesto de que tratamos en este Fundamento de Derecho nos conduce al estudio de la concurrencia de los requisitos de la responsabilidad patrimonial que con carácter general (para los supuestos de responsabilidad patrimonial Estado- Administración) contiene la Ley 40/2015 (artículos 32.1 y 2, 34.1 y concordantes) y que desarrollamos a continuación examinando de manera sistemática cada uno de ellos.

SÉPTIMO. - Sobre la Fuerza mayor.

Las partes discrepan sobre la existencia de fuerza mayor , cuya concurrencia determinaría, conforme al artículo 32. 1 Ley 40/2015 la exclusión de la responsabilidad patrimonial instada en este proceso.

7.1. El demandante en el Fundamento de Derecho Quinto apartado

C) de la demanda señala, en síntesis, que : *“(C) AUSENCIA DE FUERZA MAYOR...De los hechos Segundo, Tercero, Cuarto y Quinto difícilmente puede argumentar la Administración autonómica que, en el momento de asumir el mando sobre la toma de decisiones en cuanto a las medidas a aplicar para contener la pandemia les cogiera de sorpresa o sin conocimiento de la entidad de la pandemia y sus posibles consecuencias..”*.

7.2. Por su parte el Gobierno de Navarra en el Fundamento de Derecho VI afirma la existencia de fuerza mayor señalando fundamentalmente: *“VI. Sobre la “fuerza mayor” derivada de una situación de pandemia internacional y una grave crisis y emergencia sanitariaNo es preciso señalar que tanto la declaración de los dos estados de alarma como la adopción de todas las demás medidas para luchar contra el COVID-19 fueron la respuesta a una situación de pandemia internacional y una grave crisis y emergencia sanitaria que no puede ser imputable a la actuación de una Administración. Dicho en términos de responsabilidad patrimonial, el daño aducido en la demanda fue consecuencia de una circunstancia de fuerza mayor, toda vez que las Administraciones de los*

distintos países se vieron sobrepasadas por una situación de emergencia sanitaria e internacional que no les dejó otra salida que adoptar una serie de medidas que, si bien implicaban un importante

sacrificio, pretendían evitar un perjuicio aún más grave para el sistema de salud y, por extensión, para toda la ciudadanía.”.

7.3. Conforme a reiterada Jurisprudencia del TS (con base en el artículo 1105 del Código Civil) la fuerza mayor se define por dos notas fundamentales cuales son: 1. La exterioridad: el ser una causa extraña exterior, ajena al agente y a sus propios riesgos, y 2. La indeterminación absolutamente irresistible: es decir ser imprevisible en su producción o que, aún previsto sea inevitable, insuperable o irresistible.

a) En principio se puede convenir que la aparición de la COVID-19 encaja en esa definición de fuerza mayor en la medida en que esta enfermedad ha surgido por una causa extraña exterior al funcionamiento de los servicios públicos y, además, ha generado daños que, ni siquiera adoptando las medidas de prevención exigibles, se hubieran podido evitar.

b) Ahora bien, que el COVID-19 pueda reputarse una causa de fuerza mayor no permite excluir de raíz la responsabilidad de la Administración en/por la gestión de la pandemia. Y es que es precisamente este fundamento el título de imputación que arguye el demandante en su demanda.

c) Así una cosa es que el hecho generador (Coronavirus) pueda reputarse fuerza mayor y otra muy distinta es la responsabilidad patrimonial derivada de las distintas decisiones adoptadas por la Administración que en ningún caso pueden reputarse fuerza mayor pues debe concluirse que la actividad de las distintas Administraciones públicas ha podido influir en haber evitado o mitigado sus efectos si se hubieran tomado las debidas medidas de precaución, como arguye el demandante.

7.4. En conclusión, en los términos en que la demanda articula la pretensión con fundamento en la actuación administrativa (negligente en opinión del demandante) desplegada por el Gobierno de Navarra, no es posible apreciar la concurrencia de la alegada fuerza mayor.

OCTAVO. - De la relación de causalidad y el daño antijurídico.

El demandante se refiere a estos requisitos en el Fundamento de Derecho QUINTO B) y D) de la demanda a lo que se opone el demandado Gobierno de Navarra en el Fundamento de Derecho V, VII VIII de la contestación.

8.1. El artículo 32.1 de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público que prevé al respecto: “1.- *Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados....., de toda lesión que sufransiempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.*”.

Y el artículo 34.1 a su vez señala: “1. *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 el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos*”.

8.2. Sobre la relación de causalidad poco tiene que decir la Sala puesto que es manifiesta su existencia. Cualquiera que sea la teoría que se tome para apreciar la relación de causalidad es evidente, en opinión de esta Sala que existe tal relación de causalidad entre la actuación administrativa del demandado (recuérdese que a efectos de imputabilidad en el Fundamento de Derecho QUINTO 5.2 de la presente Sentencia la hemos atribuido al Gobierno de Navarra y a dicha explicación nos remitimos) y los daños padecidos por el demandante. Las distintas medidas relativas a la limitación de la movilidad de las personas, restricciones materiales de todo tipo y limitación de personas en espacios públicos y privados han determinado los daños alegados de manera evidente y notoria. Cuestión distinta es que tales daños no se reputan por esta Sala como antijurídicos como a continuación exponemos.

8.3. El demandante al tratar el requisito del daño antijurídico, no alega nada específico sobre la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas por la Administración; simplemente se limita a

señalar que se trata de una actividad totalmente infundada con base en que la STC 183/2021 declaró la nulidad por inconstitucionalidad de la delegación de competencias en cuya virtud el Gobierno de Navarra dictó las medidas de las que derivan los daños reclamados. Debemos rechazar esta alegación.

Ya hemos analizado en extenso en el Fundamento de Derecho CUARTO de esta Sentencia que la STC 183/2021 acotó los efectos de su declaración al señalar “.....Esta declaración de inconstitucionalidad y nulidad no afecta por sí sola, de manera directa, a los actos y disposiciones dictados sobre la base de tales reglas durante su vigencia. Ello sin perjuicio de que tal afectación pudiera, llegado el caso, ser apreciada por los órganos

judiciales que estuvieran conociendo o llegaran aún a conocer de pretensiones al respecto, siempre conforme a lo dispuesto en la legislación general aplicable. Y también hemos explicado su alcance y efectos en el aspecto de que tratamos. A lo allí expuesto nos remitimos.

8.4. El demandado por su parte además de alegar su "falta de autoría" en las medidas dañosas (extremo que ya hemos desestimado en el Fundamento de Derecho QUINTO 5.2) realiza una doble consideración que debe rechazarse: la vinculación de esta Sala a los pronunciamientos del TC y la vinculación o predeterminación a los pronunciamientos realizados por esta misma Sala al autorizar las muy distintas medidas adoptadas por el Gobierno de Navarra en el procedimiento del artículo 10.8 LJCA vigente en su día.

a) Sobre el alcance de la vinculación de esta Sala a los pronunciamientos del TC en sus STC 148/2021 y 183/2021, ya hemos dado cumplida respuesta en el Fundamento de Derecho CUARTO 4.5 al que nos remitimos para desestimar la alegación en los términos que han sido planteada.

b) Sobre la alegación relativa a la vinculación o predeterminación a los pronunciamientos realizados por esta misma Sala al autorizar las medidas adoptadas por el Gobierno de Navarra en el procedimiento del artículo 10.8 LJCA, también debemos rechazarla pues este procedimiento sumario del artículo 10.8 LJCA tenía un ámbito de cognición limitado y sujeto a unos requisitos de apreciación distintos.

· Es necesario poner de relieve que el objeto de ese procedimiento especial se limitaba a resolver sobre la ratificación judicial de las medidas acordadas por la Administración en condiciones de urgencia por ser necesarias para la salud pública, en cuanto las medidas puedan implicar limitación o restricción de algún derecho fundamental.

· Por tanto, el enjuiciamiento de las medidas a la hora de valorar su ratificación, debe concretarse, como acertadamente declaró el TSJ de Madrid en la sentencia nº 594/2020, de 28 de agosto, dictada en el recurso de apelación nº 907/2020, "*(...)a la ponderación de las variables del binomio salud/enfermedad, atendido el contexto y los parámetros de constitucionalidad que definen el contenido de los bienes jurídicos que menciona aquel precepto, pues lo contrario supone confundir el ámbito de cognición que atribuye aquel con el propio de un recurso contencioso- administrativo que pudiera interponerse contra la disposición administrativa de carácter general que publica las medidas y las obligaciones que éstas conllevan para el ciudadano.*".

· Ello supone que la ratificación judicial de las medidas no alcanzaba a la declaración de conformidad a derecho de las mismas, sino que el pronunciamiento en este trámite del art.

10.8 LJCA se centraba exclusivamente en la valoración de las medidas como necesarias, justificadas y proporcionales en cuanto a las limitaciones que imponían para lograr el fin perseguido, que es la protección de la salud pública por razones de urgencia. Cualquier otro aspecto que pudiera incidir en la legalidad de las medidas acordadas debería hacerse valer a través del recurso contencioso-administrativo correspondiente.

· Y es que como reiteradamente señaló esta misma Sala, el juicio cognitivo del proceso de ratificación/autorización del artículo 10.8 LJCA era muy limitado, derivado de sus características (juicio no contradictorio), de las limitaciones en las partes legitimadas (Administración autora de las medidas y Ministerio Fiscal) y de su ámbito decisorio (el de realizar un juicio de proporcionalidad de las medidas adoptadas con

carácter de urgencia) y precisamente por ello no prejulgaba la acción, de cualquier tipo, que pudiera articularse en un proceso contencioso ordinario (declarativo, plenario y con intervención de las persona afectadas por las medidas).

· Por lo tanto, las autorizaciones y ratificaciones que esta Sala haya podido realizar sobre las concretas medidas de las distintas disposiciones y resoluciones a las que se imputan los daños, no predeterminan per se de manera acrítica y absoluta la decisión de esta Sala en el presente proceso ordinario en el que se ejercita una acción de responsabilidad patrimonial, debiendo basarse la decisión de esta Sala en lo alegado y acreditado en este proceso.

8.5. Despejadas estas cuestiones procedemos a valorar si el daño alegado merece la consideración de antijurídico.

a) Los arts. 32.1 y 34.1 LRJSP también excluyen la indemnización de los daños que los particulares tengan "*el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley*".

El daño es antijurídico cuando el perjudicado no esté obligado a soportarlo conforme a los estándares de seguridad jurídica exigibles conforme a la conciencia social existente en cada momento. La antijuridicidad se predica del daño (responsabilidad patrimonial objetiva) y no propiamente de la actuación negligente o no de la Administración (responsabilidad civil por culpa) aunque es cierto que el carácter circular del requisito de la

- antijuridicidad nos lleva a valorar también intrínsecamente la actuación -funcionamiento normal o anormal- de la Administración y su incidencia en el mismo (pues la acción y el daño no son requisitos estancos).
- b) En cualquier caso, ese Estándar en las medidas adoptadas (y que determinan los daños) es el concepto clave sobre el que debe fundamentarse la apreciación de la antijuridicidad y debe girar en torno a la necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de las medidas administrativas adoptadas puesto en conexión directa con el interés general de protección de la salud pública colectiva que tales medidas perseguían.
- c) A la hora de valorar la concurrencia de antijuridicidad en los daños tal y como hemos configurado este requisito debemos tener en cuenta que el hecho de que los Autos dictados por esta Sala ratificando/ autorizando las medidas no nos vincule de manera absoluta en este proceso, ello no implica que el demandante no tenga que acreditar (o al menos alegar específicamente y no de manera general y apodíctica) la falta de necesidad, idoneidad y proporcionalidad de las medidas a las que se achacan los daños padecidos para que puede apreciarse la antijuridicidad alegada.
- d) Nada de ello ha hecho el demandante, lo que determinaría per se la desestimación de este requisito. Pero es que de la dicción y fundamento de las distintas disposiciones y resoluciones que acuerdan las medidas dañosas adoptadas en su día se concluye la ausencia de antijuridicidad y el deber del perjudicado de soportar los daños derivados de las mismas por ser conformes todas ellas al estándar jurídico exigible en cada momento cronológico en que fueron dictadas en atención a su necesidad, idoneidad y proporcionalidad en relación con la finalidad perseguida cual era la protección de la salud colectiva y a sus específicas circunstancias territoriales (en el ámbito de la Comunidad Foral). Para llegar a esta conclusión bastaría acudir a la motivación que contienen las citadas disposiciones tanto jurídica como fundamentalmente científica con referencia expresa al contenido de los distintos informes de esta naturaleza emitidos y que no han sido ni mínimamente combatidos en este proceso.
- e) Además en el caso que nos ocupa, las potestades limitativas de los derechos individuales que la ley atribuye a la Administración en defensa de la salud colectiva, se pueden ejercitar y consecuentemente adoptar medidas incluso en ausencia de plena certidumbre científica, y ello en virtud del principio de precaución consagrado en esta materia por el artículo 3.d de la Ley 33/2011 General de Salud Pública, lo que debe ser ponderado valorando siempre la razonabilidad, necesidad y proporcionalidad de las medidas en el momento en que fueron adoptadas con independencia de que posteriormente puedan reputarse innecesarias y/o erróneas, pues lo relevante en la aplicación de este principio de precaución es la incertidumbre científica y la necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de las medidas en el momento de su adopción y en el ámbito geográfico que era propio del demandado en atención a sus específicas circunstancias territoriales.
- 8.6. En conclusión, las medidas a las que se atribuyen los daños deben reputarse necesarias, razonables y proporcionadas lo que determina la exclusión de la antijuridicidad y la consiguiente obligación de soportar los daños por parte del demandante.
- NOVENO.- Sobre la individualización del daño .
- El demandante afirma la existencia de daño individualizado desgranando sus argumentos en el Fundamento de Derecho QUINTO A) de la demanda a lo que se opone el demandado Gobierno de Navarra en el Fundamento de Derecho VII de la contestación.
- Daremos respuesta a sus alegaciones.
- 9.1. El artículo 32.2 de la Ley 40/2015 dispone que el daño alegado, para dar lugar a indemnización, ha de ser "*individualizado con relación a una persona o grupo de personas*", .
- 9.2. La imposición de cargas generales no ocasiona, en principio, responsabilidad patrimonial (es decir, que no son susceptibles de compensación los perjuicios sufridos por la generalidad de los ciudadanos: vgr el confinamiento domiciliario general de Marzo-Abril 2020), sino que ha de tratarse de medidas de sacrificio singular y especial respecto a disposiciones particulares y no generales que se proyecten sobre el conjunto de los ciudadanos, aun cuando puedan afectarles desigualmente según los grupos en los que se integran; y todo ello en virtud del principio constitucional de igualdad ante las cargas públicas del art 31.1 CE.
- 9.3. Sin embargo, en principio, esto no excluye la posibilidad de que las Administraciones públicas, con ocasión de la pandemia, hayan podido causar a determinadas personas o grupos de personas daños individualizados en el sentido del artículo 32.2 Ley 40/2015.

Por tales medidas de sacrificio singular hay que entender los perjuicios especiales, singularmente intensos, que exceden de los que los ciudadanos, con carácter general, han soportado y tienen que soportar como consecuencia de la gestión de la pandemia.

9.4. Y aquí el demandante considera como suficientemente individualizado, a lo solos efectos de este requisito, el grupo constituido por determinados sectores como la hostelería, por ejemplo.

Y es que este sacrificio singular debe ser puesto en el contexto de restricciones generales como consecuencia de un hecho generalizado, la pandemia, que ha supuesto limitaciones generales y también específicas, pero a muy distintos sectores en atención a la actividad específica de cada sector, pero bien cabe decir que se han impuesto limitaciones con carácter general más o menos intensas según el sector pero que han recaído de manera generalizada en toda la sociedad.

9.5. En este punto debemos proceder a determinar y acotar este requisito estableciendo criterios generales ante crisis generalizadas en la sociedad como son las pandemias y que afectan a muy distintos sectores con carácter general aun con incidencia más acentuada en algunos sectores y/o personas.

a) La Jurisprudencia ha tenido ocasión de delimitar este concepto pero siempre en un contexto de normalidad en la actuación administrativa y nunca en el contexto de una situación excepcional y generalizada (como el Covid- 19) que por su propia naturaleza general afecta y exige restricciones a la población en general y medidas específicas según los sectores (en atención a su actividad pero que en cualquier caso son generalizadas a muy distintos sectores aunque sean cualitativa y cuantitativamente diferentes).

· Así , resolviendo en ese contexto de normalidad administrativa conforme a las circunstancias de cada caso concreto, el TS descartó

la posibilidad de indemnizar los perjuicios sufridos por una sociedad por la aplicación de un reglamento que obligaba a realizar adaptaciones en las máquinas recreativas de azar al tratarse de una ordenación de la actividad de un sector con consecuencias desfavorables para la totalidad de los integrantes del sector (STS, 4- 3-1996 ECLI:ES:TS:1996:7735); en otras ocasiones el TS ha flexibilizado el criterio de la individualización de los daños para incluir a sectores enteros y así en la STS4-7-1987 ECLI:ES:TS:1987:11517 (y posteriores 9-3-1992, 18-7-1994...)

reconoció la posibilidad de que todos los farmacéuticos pudieran solicitar ser indemnizados por responsabilidad patrimonial tras la anulación de una disposición administrativa en la que se acordaba rebajar los márgenes comerciales de todas las oficinas de farmacia de España.

· La STS de 13-7-2020 (ECLI:ES:TS:2020:2387) relativa la

responsabilidad patrimonial derivada de la aplicación de la Ley de derechos de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles de uso turístico que recaía sobre un grupo generalizado de personas, no reputa existente en el caso ese "sacrificio singular y especial". En este mismo sentido se pronuncia la STS 7-5-2020 (ECLI:ES:TS:2002:3200) sobre liberalización de servicios funerarios que afectaba específicamente a los integrantes del sector funerario, si bien aquí se señala por el TS que estamos ante la delimitación del contenido de un Derecho.

b) Pues bien en supuestos de situaciones generalizadas potencialmente generadoras de daños como el de la pandemia que nos ocupa, esta Sala puede señalar, sin ánimo exhaustivo y a los efectos de establecer unos parámetros que puedan servir de acotación de la referida individualización (para fijar el ámbito subjetivo del grupo), los siguientes criterios generales:

· El primero y principal atiende a la naturaleza de los daños y ello en una doble vertiente: -generalidad, según que los daños hayan afectado a todos los sectores económicos y/o sociales; - e intensidad, según la distinta incidencia cualitativa y cuantitativa de

los daños. La naturaleza (generalizada y no uniforme) de los daños es determinante para fijar el ámbito subjetivo del grupo a los efectos de su individualización conforme a la Ley. Y estos en el periodo de pandemia han sido generalizados, aunque de muy distinto tipo e intensidad en cada caso.

· Un segundo y evidente criterio es el del número de afectados por la actuación de la Administración y su carácter indeterminado o indeterminable. La individualización del daño no requiere, solo, que el daño deba recaer sobre el patrimonio de una persona concreta, sino que puede recaer sobre un grupo de personas o colectivo quedando fuera el supuesto de personas indefinidas o indeterminadas o aquellas que por su elevado número haga imposible su reparación por su extensión cuasi general (STS 4-7- 1998).

· Y un tercer criterio podría ser el criterio de la naturaleza, extensión y finalidad de las distintas actuaciones administrativas generadoras del daño , teniendo en cuenta el contexto en el que se producen. Así debemos

ponderar si las actuaciones administrativas se han desarrollado bien en un ámbito de actuación administrativa extraordinario o bien en uno ordinario; bien con una finalidad general y/o colectiva o bien con una particular y/o individualizada; bien con una extensión, en su diseño y establecimiento, general o bien particular; y bien en un contexto socio/económico general e incluso excepcional (como puede ser una pandemia) o bien en uno específico o sectorial de restricciones. No obstante, en una pandemia que por su naturaleza es y tiene efectos generales las medidas adoptadas pueden sufrir modulaciones cuantitativas y cualitativas tanto temporales como materiales según la actividad de los distintos ciudadanos y sectores.

c) Conjugando estos criterios y la Jurisprudencia preexistente, los daños sectoriales (que son los reclamados en este proceso por el demandante integrante del sector de la hostelería) solo cabría afirmarlos como individualizados:

- cuando la actuación administrativa lesione los derechos de algunos miembros de un sector, pero no cuando cae sobre la totalidad del mismo.

- o en todo caso cuando las actuaciones administrativas recaen solo y exclusivamente en todo un sector concreto y determinado, pero con exclusión del resto de sectores económicos y sociales, teniendo en cuenta el contexto social/económico general/global o específico en que se enmarcan las medidas.

- O cuando recayendo las medidas sobre varios sectores económicos y/o sociales (como puede ser el caso que nos ocupa), tales medidas hayan sido especial y singularmente intensas en un determinado sector y que consecuentemente hayan causado perjuicios especiales y muy singularmente intensos que pueda considerarse que exceden singularmente de los generales que hayan podido soportar otros sectores económicos y/o sociales o los ciudadanos en general.

9.6. Pues bien, conforme a la doctrina expuesta, esta Sala no puede considerar el daño invocado en la demanda como individualizado a los efectos de cumplir el requisito legal exigido en el artículo 32 Ley 40/2015.

a) No cabe duda de que el sector de la hostelería, y el demandante como integrante del mismo, ha sufrido evidentes e importantes daños en su actividad durante el periodo de pandemia. Pero también es notorio que tales daños han sido generalizados habiéndolos sufrido con mayor o menor intensidad y duración muy distintos sectores económicos (podemos afirmar sin duda alguna que todos los sectores económicos han resultado afectados en mayor o menor medida) y todos los sectores sociales en sus muy diversas facetas de la vida personal y profesional de los ciudadanos.

b) Por lo tanto, la naturaleza generalizada de los daños así como la finalidad (para tratar de mitigar o atajar los efectos de una enfermedad no solo a nivel individual sino fundamentalmente a nivel colectivo) y la extensión (generalizada) de las distintas actuaciones adoptadas por la Administración enmarcado todo ello

en un ámbito de actuación administrativa extraordinaria y en un contexto social y/o económico general (en el presente caso incluso global), impide considerar los daños reclamados como individualizados en relación con el demandante en este proceso.

DÉCIMO. - Del daño efectivo y su cuantificación.

Finalmente haremos referencia al requisito del daño efectivo y su cuantificación, aunque ya los anteriores Fundamentos de Derecho determinan la desestimación íntegra de la demanda.

El demandante fundamenta este requisito en el Fundamento de Derecho QUINTO A) de la demanda y en el HECHO UNDECIMO principalmente; a ello se opone, esencialmente el demandado Gobierno de Navarra en el Fundamento de Derecho IV de la contestación.

10.1. El artículo 32.2 de la Ley 40/2015 dispone que el daño alegado, para dar lugar a indemnización, ha de ser también “.....efectivo, evaluable económicamente.....”.

10.2. No le cabe duda a esta Sala de la existencia para el demandante de un daño efectivo y evaluable económicamente en relación a la pretensión deducida en este proceso. Circunstancia ésta acreditada mediante informe pericial aportado por el demandante. No obstante, esta Sala aprecia óbices en cuanto a los conceptos y cuantificación de tales daños como desgranamos a continuación.

10.3. El grueso de la reclamación cuantitativa de la indemnización se sitúa en el lucro cesante realizando para su cálculo el demandante, fundamentalmente, una comparativa entre los ingresos del negocio en años anteriores a la pandemia en relación con los periodos objeto de reclamación (con una mayor profundidad técnica en el informe pericial aportado) . La Sala estima incorrecto este cálculo que no el concepto en sí mismo:

a) Aun a pesar, como se sostiene en esta Sentencia, de que no hay causa de fuerza mayor (puesto que el título de imputación se sitúa

en la gestión de la pandemia y no en daños derivados directamente del virus), el lucro cesante solicitado no puede calcularse como si la pandemia no hubiera, por sí sola, afectado al negocio del demandante y como si los Poderes Públicos pudieran haber asegurado que la pandemia no produjera, por sí sola, afectación alguna a su negocio.

b) Y es que el impacto del virus en la sociedad hubiera con toda razonabilidad provocado por sí solo, en la práctica, el cese o grave limitación de todo tipo de actividades y en particular de las actividades de hostelería. No parece que ninguna medida adoptada por la Administración, por perfecta que a posteriori pudiera parecer, hubiera podido conseguir que, en un escenario general de pandemia como el sufrido, el negocio en cuestión no sufriera pérdida alguna. Es inverosímil pretender que, sin las medidas adoptadas de limitaciones a la actividad de los establecimientos, el nivel de ingresos del recurrente hubiera sido el mismo que en años anteriores en atención al escenario de la pandemia (pandemia que, reiteramos, no es imputable en cuanto tal a la Administración).

c) Es por ello que, en el sentido expuesto, también debe ser rechazado el cálculo realizado por el demandante.

10.4. No obstante lo anterior, esta Sala quiere hacer constar, además, para rechazar determinadas bases cuantitativas a las que alude el demandante, los siguientes aspectos:

a) Solicita el demandante un 5% como premio de afección aplicable, dice, por analogía (Hecho Undécimo de la demanda). Debemos rechazar tal solicitud por cuanto en primer lugar no nos encontramos ante la aplicación de la normativa de Expropiación Forzosa (como ya hemos expuesto en el Fundamento de Derecho TERCERO de esta Sentencia). Pero es que además no cabe analogía posible pues la naturaleza teleológica del premio de afección se sitúa en procurar una indemnización atendiendo a los valores emocionales y afectivos que rodean a los bienes o derechos de los que es privado un particular. En el presente caso ni hay una privación de propiedad ni se alegan valores afectivos o

emocionales en relación a los daños alegados como sufridos. La distinta naturaleza del premio de afección y del fundamento de la indemnización solicitada impide la pretendida analogía.

b) Además, entremezcla con la anterior y solicita indemnización por lo que denomina "pérdida de clientela en el negocio" por la, señala la demanda, "...lógica y evidente pérdida de hábitos de consumo por parte de buena parte de la clientela habitual, -que han vinculado el supuesto riesgo de contagio -a la hostelería".... Añadiendo que "...se trata de un perjuicio que a la fecha de formalización del presente informe resulta imposible de determinar, pues requiere de un análisis a medio plazo que permita evaluar el impacto de la pérdida de clientela en el negocio.".

No podemos admitir esta pretensión con el fundamento solicitado pues se trata de un daño no real ni efectivo siendo además un daño meramente hipotético. Y es que por un lado es notorio que tras la pandemia el sector no solo no ha perdido clientela, sino que se ha visto estimulada con el levantamiento de las medidas restrictivas acordadas durante la pandemia sin que haya datos para afirmar que el ciudadano ha perdido hábitos de consumo por tales medidas temporales anteriores. Por otro lado, la indeterminación cuantitativa que afirma no puede ser sustituida por un premio de afección por lo que hemos señalado anteriormente.

c) Finalmente, en la cuantificación de los daños deben descontarse las cantidades percibidas en concepto de subvenciones públicas (de cualquier tipo) pues ello determina decisivamente el importe a indemnizar:

Así admitida la posibilidad de compensatio lucri cum damno a la hora de valorar la indemnización correspondiente (entre otras STC 85/2019), esto nos lleva a concluir que de la eventual responsabilidad patrimonial que pudiera declararse debería descontarse el importe de las ayudas públicas que pudieran haberse recibido por los perjudicados y ello por la distinta naturaleza de la indemnización (basada en la responsabilidad) y las ayudas (discrecionales basadas en el principio de solidaridad y/o fomento) pero en ambos casos de carácter público.

UNDÉCIMO. -Conclusión.

En consecuencia, y con base en los fundamentos expuestos, se debe desestimar el recurso contencioso-administrativo planteado, toda vez que el acto impugnado se estima ajustado a Derecho.

DUODÉCIMO. - Costas.

En cuanto a las costas el artículo 139. 1. de la LJCA 1998 establece que "1. En primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho" .

Así en el presente caso , aún dada la desestimación de la demanda

, son de apreciar en el caso “*serias dudas de hecho o de derecho* “ dadas las circunstancias concurrentes : serias dudas de derecho derivadas de la exigente delimitación jurídica de los conceptos aplicables a la excepcionalidad fáctica que subyace en el presente caso debidas a las múltiples disposiciones dictadas por la Administración en muy distintos ámbitos materiales y temporales y de muy distinta naturaleza exigidas por el propio el carácter singular de la pandemia que ha motivado la actuación de la Administración y en los términos que ya han sido expuestos en los anteriores Fundamentos de Derecho.

Por todo ello no procede hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en este procedimiento.

En atención a los Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho expuestos, en nombre de Su Majestad El Rey , y en el ejercicio de la potestad de juzgar que emanada del Pueblo Español nos confiere la Constitución, el Tribunal Superior de Justicia de Navarra ha adoptado el siguiente

FALLO

1.-**Desestimamos** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad mercantil X representada por el Procurador Sr. Jaime Ubillos Minondo y defendido por el Abogado Sr. Arturo Jesús del Burgo Azpiroz contra la desestimación por silencio administrativo de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada contra el Gobierno de Navarra en fecha 18-6-2021 por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de las restricciones derivadas de las medidas sanitarias adoptadas durante la pandemia COVID-19 , **y en su consecuencia debemos declarar y declaramos la mencionada resolución ajustada a Derecho.**

2.- **No** hacemos especial pronunciamiento en cuanto a las **costas**.

Notifíquese esta Resolución Judicial conforme dispone el artículo

248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, expresando que contra la misma solo cabe interponer recurso de casación ante la Sala correspondiente, única y exclusivamente, en el caso de que concurra algún supuesto de interés casacional objetivo y con los requisitos legales establecidos , todo ello de conformidad con los artículos 86 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en redacción dada por Ley Orgánica 7/2015 de 21 de Julio.

Dicho recurso habrá de prepararse ante esta Sala del Tribunal Superior de Justicia de Navarra en el plazo de treinta días siguientes a la notificación de esta Sentencia.

Se informa a las partes que en cualquier supuesto, y en todos los recursos de casación que se presenten, todos los escritos relativos al correspondiente recurso de casación se deberán ajustar inexcusablemente a las condiciones y requisitos extrínsecos que han sido aprobados por Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo y de este Tribunal Superior de Justicia de Navarra en fechas 20-4-2016 (BOE 6-7-2016) y 27- 6-2016 respectivamente.

Estos Acuerdos obran expuestos en el tablón de anuncios de este Tribunal Superior de Justicia así como publicados en la página web del

Consejo General del Poder Judicial (www.poderjudicial.es) para su público y general conocimiento.

Así por esta nuestra Sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos .

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.