

Dictamen nº: **706/22**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **15.11.22**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 15 de noviembre de 2022, aprobado por unanimidad, sobre la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial promovido por COMESS GROUP DE RESTAURACIÓN S.L. (en adelante, “*la reclamante*”), sociedad absorbente de la extinta CRISEU CASUAL FOOD S.L.U. (en adelante, “*la sociedad extinta*”), por los daños y perjuicios sufridos a consecuencia de las medidas adoptadas por las Administraciones Públicas para hacer frente a la situación sanitaria provocada por la COVID-19.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito presentado el 24 de mayo de 2022, la sociedad mercantil citada anteriormente formula reclamación de responsabilidad patrimonial, dirigida a la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, solicitando el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos en la actividad que desarrollaba la sociedad extinta de explotación de un restaurante ubicado en Madrid, por razón de las medidas adoptadas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19.

El escrito expone que la actividad del restaurante se inició en abril del 2018, ha seguido de manera ininterrumpida hasta la actualidad y los ingresos de la sociedad se obtienen por las ventas de mercaderías en el restaurante, mercaderías que aprovisiona la compañía, tales como comida y bebida.

La reclamante refiere que CRISEU CASUAL FOOD S.L.U. no existe a la fecha de presentación de la reclamación dado que se extinguió debido a la fusión por absorción de varias sociedades del grupo, formalizada mediante escritura pública otorgada por las mercantiles “HOSTINTER, S.L.U.”; “THE COUNTER IBÉRICA S.L.U.”, “THE CUSTOM PIZZA SPAIN S.L.U.”, “FRUIT FULL S.L.U.”, como sociedades absorbidas, y “COMESS GROUP DE RESTAURACIÓN, S.L.” como sociedad absorbente.

El escrito detalla que no estamos ante simples limitaciones puntuales de la actividad económica de la reclamante, sino frente a una perturbación sin precedentes en el normal desarrollo de su actividad económica derivada de las desproporcionadas medidas adoptadas que no se han visto resarcidas por las Administraciones Públicas a través de otros medios o vías. La reclamante expone que este conjunto de decisiones que tienen por objeto el sector de la hostelería, representado externamente por los bares, restaurantes o cafeterías del país, han tenido también un impacto demoledor en las empresas proveedoras de los alimentos que se consumen en esos locales y que, lógicamente, se enmarcan también en el sector de la hostelería. Refiere que, en concreto, tales medidas han conllevado un elevado sacrificio que se materializa en drásticas bajadas de ingresos, lo que lleva a que la práctica mayoría de las empresas de este sector (tanto locales de restauración como sus proveedores) se encuentren en una situación económico-patrimonial casi de quiebra empresarial que, de no compensarse el sacrificio asumido, les llevará, en la mayor parte de los supuestos, al cierre de sus negocios.

Explica que no es la “acción” lo que causa el daño sino la “reacción” de las Administraciones Públicas y en particular, la reacción específica que se ha dado a esta actividad, que ha conllevado un elevado sacrificio materializado en drásticas bajadas de ingresos y en una situación económico-patrimonial casi de quiebra empresarial.

La reclamante continúa señalando que ejercitan la acción en plazo legal dentro del año siguiente a la declaración del estado de alarma por Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, pues nos encontramos ante un daño antijurídico que, desde la declaración del primer estado de alarma (esto es, desde el 14 de marzo de 2020), no ha cesado para la hostelería que ha sido, sin duda, uno de los sectores económicos más perjudicados por las medidas Administrativas adoptadas por el Estado y las comunidades autónomas. Además, según afirma, la Comunidad de Madrid no eliminó los aforos en toda la actividad económica y social hasta el 4 de octubre de 2021 o que el Consejo de Ministros no eliminó la mascarilla en interiores hasta el 20 de abril de 2022 *“y todo ello significa que las medidas impuestas, ya sean por una u otra Administración, generan (y más en este ámbito de actividad) un efecto de arrastre que desincentiva la asistencia continua y frecuente de los clientes a los establecimientos de hostelería, identificados, además, de manera continua por determinadas autoridades públicas como foco principal de las distintas olas de la pandemia”*.

Por ello, la entidad entiende que *“nos encontramos ante un claro supuesto de daños continuados, en el que es evidente la unidad del acto, pues las consecuencias se producen e intensifican día a día, de manera prolongada en el tiempo y sin solución de continuidad, por lo*

que su resultado lesivo no ha podido cuantificarse sino hasta que ha pasado el tiempo suficiente para poder valorarlos (insistimos, todavía con mucha dificultad) de una forma que se ha considerado como coherente con la actividad realizada”, de modo que dirige el escrito con carácter solidario frente a la Administración General del Estado y frente a la Administración de la Comunidad de Madrid, pues ambas Administraciones son las causantes de la lesión que se ha ocasionado a la sociedad extinta.

A continuación, distingue una primera etapa del 14 de marzo al 21 de junio de 2020, tras la declaración del citado estado de alarma inicial por la Administración General del Estado; una segunda, en la que tras finalizar ese primer estado de alarma, iría del 22 de junio al 25 de octubre de 2020, en que el Estado y las Administraciones Autonómicas han dictado normas restrictivas con afectación directa al sector de la hostelería y restauración; y una última fase, iniciada el 25 de octubre de 2020 con la declaración del segundo estado de alarma que aprueba determinados instrumentos jurídicos a utilizar por las comunidades autónomas hasta el 9 de mayo de 2021, fecha en que finaliza aquél.

Según refiere, las medidas adoptadas fueron -en resumen- las limitaciones a la libre circulación de personas y en materia de transportes, las limitaciones relativas a los alojamientos turísticos y, por último, aquellas relativas al ocio y la restauración, enumerando y a continuación el escrito los diferentes instrumentos normativos reguladores de tales medidas, tanto a nivel estatal como autonómico, y exponiendo su contenido.

La reclamación cita la normativa vigente y tras enunciar los requisitos para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial y mencionar la jurisprudencia que considera aplicable, incide en que se trata de una responsabilidad objetiva, independiente de toda idea

de culpa o negligencia; que sí hay un nexo causal entre la actuación de las Administraciones y el resultado lesivo o dañoso producido, señalando que esto “*es más que evidente*” porque es la actuación de la Administración la que condiciona -en lo prohibitivo- el ejercicio de la actividad empresarial que se desarrollaba con plena normalidad.

Finalmente, explica que este daño es claramente antijurídico por lo no está obligada a soportarlo; y por último, que no existe fuerza mayor, como causa extraña, ya que su reclamación diferencia entre el hecho en sí de la pandemia, de las medidas previstas por las Administraciones Públicas para solventar los efectos de esta.

Por todo ello, indica que la indemnización que solicita comprende tanto el daño emergente efectivamente producido, como el lucro cesante dejado de percibir, y afirma adjuntar como documental una valoración concreta de todos los daños soportados mediante informe pericial realizado al efecto que, sin embargo, no se adjunta inicialmente con el escrito de reclamación.

En virtud de lo expuesto, reclama una indemnización de 237.382 euros, incluidos el daño emergente y el lucro cesante, así como el interés legal del dinero (3%) hasta la fecha de emisión del informe pericial.

El escrito de reclamación se acompaña con copia de la escritura pública de fusión por absorción de la entidad reclamante y copia de la escritura de apoderamiento en favor del firmante del escrito de reclamación (folios 4 a 165 del expediente).

SEGUNDO.- Presentada la reclamación, se acordó la instrucción del procedimiento de responsabilidad patrimonial de acuerdo con la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC).

Por oficio de 26 de mayo de 2022, se requiere a la reclamante para que proceda a aportar el informe pericial anunciado en su escrito, requerimiento que cumplimenta en la misma fecha.

Solicitado por el secretario general técnico de la Consejería de Sanidad a la Viceconsejería de Asistencia Sanitaria y Salud Pública un informe sobre los hechos objeto de reclamación, la concurrencia de los requisitos de la responsabilidad patrimonial y, en su caso, sobre la posible valoración de los daños alegados, de acuerdo con el artículo 81.1 de la LPAC, este se emite con fecha 30 de junio de 2022.

El informe, tras realizar una introducción sobre la COVID-19, su transmisión a las personas y sus graves consecuencias, analiza la situación creada por el virus y distingue diversas etapas en cuanto al marco jurídico creado: una fase previa en la que las autoridades sanitarias de la Comunidad de Madrid adoptaron con urgencia una serie de medidas dirigidas a prevenir el contagio y la propagación de la enfermedad tales como la Orden 338/2020, de 9 de marzo, de la Consejería de Sanidad, en la que se acordó la suspensión temporal de la actividad educativa presencial en todos los centros y niveles de enseñanza y acordó la realización a puerta cerrada de los grandes eventos deportivos y se suspendieron las actividades colectivas en espacios cerrados y las que implicaran a más de mil personas, la Orden 348/2020, de 11 de marzo, por la que se suspende temporalmente la actividad deportiva y física en instalaciones de gestión directa y de las competiciones deportivas federadas y la Orden 367/2020, de 13 de marzo, por la que se suspende temporalmente la actividad de determinados establecimientos, locales e instalaciones.

El 14 de marzo de 2020 se declaró el estado de alarma en todo el territorio nacional, mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de

marzo (en adelante, Real Decreto 463/2020). Esta declaración determinó que la Administración General del Estado procedió a dictar las medidas necesarias al amparo del artículo 11 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (en adelante Ley Orgánica 4/1981).

En concreto el Real Decreto 463/20 dispuso la suspensión de apertura al público (artículo 10) de todos los locales y establecimientos minoristas, a excepción de los considerados esenciales (alimentación, establecimientos farmacéuticos, médicos, combustible). El estado de alarma inicial fue prorrogado en sucesivas ocasiones hasta las 00:00 horas del 21 de junio de 2020.

A partir del 21 de junio de 2020, las comunidades autónomas volvieron a ejercer las competencias que tenían atribuidas. Así, la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid estableció una serie de medidas en la Orden 668/2020, de 19 de junio (en adelante, Orden 668/2020). En concreto se impusieron una serie de limitaciones como límites de aforo y para el desarrollo de actividades, obligación del uso de mascarilla y la observancia de la distancia de seguridad interpersonal, que afectaban a la práctica totalidad de la actividad social y económica. El informe destaca que estas medidas han sido, y siguen siendo, objeto de continua adaptación a la situación epidemiológica de acuerdo con las evidencias científicas que se van conociendo en cuanto a su incidencia.

Posteriormente el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, declaró de nuevo el estado de alarma, siendo prorrogado mediante Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, hasta el día 9 de mayo de 2021 en que finalizó dicho estado. En la Comunidad de Madrid, la Orden 572/2021, de 7 de mayo, implantó las medidas adecuadas tras el decaimiento del estado de alarma.

El informe refiere que las medidas preventivas adoptadas por la Comunidad de Madrid tuvieron como finalidad proteger la salud y seguridad de los ciudadanos, contener la progresión de la enfermedad y reforzar el sistema de salud pública. Asimismo, justifica las citadas medidas al ajustarse a la legalidad vigente y concluye que fueron adecuadas, idóneas y proporcionales a la finalidad pretendida, con carácter temporal y que son continuamente revisadas. Considera que no concurren los requisitos de la responsabilidad patrimonial ya que las medidas se justificaban en motivos de extraordinaria gravedad y/o urgencia, por la situación sanitaria derivada de la pandemia y la imperiosa necesidad de controlar y evitar su propagación, protegiendo la salud pública y a la población ante un peligro y riesgo cierto.

En particular, recalca que desde el momento en que decayó el primer estado de alarma, esto es, desde el 21 de junio de 2020, y dado que la competencia para la adopción de las medidas preventivas correspondía a la Comunidad de Madrid, esta adoptó las medidas que la situación epidemiológica demandaba como necesarias para prevenir la transmisión de la enfermedad.

El informe explica el carácter extremadamente contagioso de la enfermedad, su incidencia en la población, así como su afectación al funcionamiento del sistema sanitario, causando una situación de extremo peligro y riesgo para la salud pública.

Además, el informe aclara que las medidas adoptadas son similares (con matices en cuanto a su intensidad y a las características de cada territorio) a las que se han adoptado en el resto de España y en los países de nuestro entorno para combatir la enfermedad. Tales medidas se centran en reducir la interacción social de la población, prevenir las aglomeraciones y garantizar el cumplimiento de las distancias de seguridad interpersonal y demás

medidas de higiene. Sin ánimo exhaustivo, pueden citarse la reducción de aforo para la realización de determinadas actividades profesionales para evitar aglomeraciones y permitir el respeto de la distancia de seguridad, limitaciones de horarios comerciales en algunos sectores, restricciones temporales de entrada y salida de ámbitos territoriales con una mayor incidencia de la enfermedad, limitación a participación en grupos, o a la movilidad nocturna y que estas tres últimas fueron consideradas adecuadas, proporcionales y ajustadas al bloque de constitucionalidad, según la Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de octubre de 2021. También considera que estas medidas preventivas temporales, además de ser necesarias y urgentes, son proporcionales a la entidad del peligro y a las consecuencias de la enfermedad y, en este sentido, indica que han sido objeto de continua adaptación a la situación epidemiológica modificándose en función de su evolución.

Finalmente recalca que, desde que el 21 de junio de 2020 en que la competencia para la adopción de las medidas era de la Comunidad de Madrid, en ningún momento se ha suspendido completamente y con carácter general la actividad del sector de hostelería, de tal manera que, en Madrid, la reclamante ha podido desarrollar en todo momento la actividad que le es propia, ajustándose a las medidas de carácter sanitario que imponía la situación en cada momento. Por ello, finaliza considerando que la reclamante tiene el deber de soportar ese daño sin que este sea antijurídico cuando la Administración actúa en el ejercicio de las facultades atribuidas por el ordenamiento jurídico en la organización de los servicios públicos.

Se adjuntan al informe diversos documentos emitidos por el Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias del

Ministerio de Sanidad y documentación de la Comisión de Salud Pública del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

Tras la incorporación al procedimiento del anterior informe, el 5 de septiembre de 2022 se confirió trámite de audiencia a la reclamante, sin que conste en el expediente la presentación de alegaciones por su parte.

Finalmente, el 24 de octubre de 2022 se formuló la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación formulada contra la Comunidad de Madrid, al no concurrir la antijuridicidad del daño y apreciarse la existencia de fuerza mayor que rompe el nexo causal entre la actuación administrativa y el perjuicio producido. La propuesta de resolución destaca que los daños sufridos por la reclamante no son antijurídicos y que, en consecuencia, tiene el deber de soportarlos habida cuenta de la necesidad de las medidas adoptadas para impedir la expansión de la pandemia. Menciona a estos efectos, como fundamento jurídico, las sentencias del Tribunal Constitucional sobre los estados de alarma, y, asimismo, cita los dictámenes emitidos en esta materia por la Comisión Jurídica Asesora.

TERCERO.- El día 25 de octubre de 2022 tuvo entrada en esta Comisión Jurídica Asesora la solicitud de dictamen en relación con la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada.

Ha correspondido por turno de reparto al letrado vocal D. Francisco Javier Izquierdo Fabre, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por unanimidad, por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 15 de noviembre de 2022.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo de acuerdo con el artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 15.000 euros y a solicitud de un órgano legitimado para ello a tenor del artículo 18.3 del Reglamento de Organización y funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero (ROFCJA).

Ha de indicarse que esta Comisión ya ha analizado reclamaciones similares en los dictámenes 599/21, de 16 de noviembre; 8/22, de 11 de enero, 315/22, de 15 de febrero, y 496/22, de 26 de julio, entre otros muchos.

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado a instancia de parte interesada se regula en la ya citada LPAC y debe completarse con lo dispuesto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en lo sucesivo, LRJSP), cuyo capítulo IV del título preliminar se ocupa de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

Por su importancia en este supuesto, la legitimación activa para interponer la presente reclamación será objeto de consideración de modo independiente en el presente Dictamen.

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Comunidad de Madrid en cuanto titular de las competencias en materia de Sanidad e Higiene en los términos del artículo 27.4 del Estatuto de

Autonomía de la Comunidad de Madrid aprobado por Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero.

Ahora bien, como hemos señalado en anteriores dictámenes relativos a la responsabilidad patrimonial por las medidas adoptadas para hacer frente a la COVID-19, la Comunidad de Madrid carece de legitimación pasiva durante el periodo comprendido entre los días 14 de marzo de 2020 y el 20 de junio de 2020, ambos inclusive, ya que, desde la entrada en vigor del estado de alarma, el mismo día de la publicación en el Boletín Oficial del Estado del Real Decreto 463/2020, se produjo un cambio respecto del marco jurídico ordinario, con una redistribución de las competencias para adoptar las medidas de carácter sanitario y epidemiológico relativas a la gestión de la pandemia entre las diferentes Administraciones Públicas, correspondiendo -desde aquel momento- dichas competencias a la Administración General del Estado.

Por lo que se refiere al requisito temporal, el artículo 67.1 de la LPAC establece que el inicio de un procedimiento de responsabilidad patrimonial solo procederá cuando no haya prescrito su derecho a reclamar. Ese derecho “(...) *prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo*”.

En el caso sujeto a examen, la entidad reclamante imputa a la Administración autonómica los daños y perjuicios sufridos en la realización de la actividad mercantil por parte de la sociedad extinta a partir de la declaración del estado de alarma por el Real Decreto 463/2020, prorrogado en sucesivas ocasiones hasta las 00:00 horas del 21 de junio de 2020; también posteriormente, durante el tiempo que las comunidades autónomas volvieron a ejercer las competencias que tenían atribuidas, periodo en el que la Comunidad de Madrid estableció una serie de medidas, y, más tarde aún, tras el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, cuando se declaró el segundo

estado de alarma, pero no sólo hasta el 9 de mayo de 2021, fecha de finalización de la prórroga del estado de alarma según dispone el Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, sino que considera la existencia de un daño continuado, puesto que, por ejemplo, la Comunidad de Madrid no eliminó los aforos en toda la actividad económica y social hasta el 4 de octubre de 2021 o el Consejo de Ministros no eliminó la mascarilla en interiores hasta el 20 de abril de 2022.

Pues bien, en todo caso, admitiendo, en virtud del principio “*pro actione*” y de la interpretación restrictiva del instituto de la prescripción, la existencia de un daño continuado, la extensión temporal del daño no puede alcanzar más allá de la fecha de extinción de la sociedad supuestamente perjudicada por la acción administrativa que, según la escritura pública de fusión por absorción incorporada al expediente, es el 28 de octubre de 2021. Tomando tal fecha como día inicial del cómputo, la reclamación, presentada el 24 de mayo de 2022, ha sido interpuesta en plazo.

Por lo que respecta al procedimiento, se ha recabado el informe del servicio supuestamente causante del daño exigido por el artículo 81.1 de la LPAC, se ha otorgado el trámite de audiencia a la entidad reclamante de acuerdo con el artículo 82 de la LPAC, que ha efectuado alegaciones y se ha formulado una propuesta de resolución en sentido desestimatorio de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada.

TERCERA.- En cuanto a la legitimación de la entidad absorbente, COMESS GROUP DE RESTAURACIÓN S.L., para interponer la presente reclamación, cabe señalar que la fusión por absorción de una compañía (la absorbente), sobre otra sociedad (la absorbida) determina, por una parte, la transmisión en bloque de todo el patrimonio de la segunda a la primera, que lo adquiere por

sucesión universal, conforme lo establecido en los art. 22 y 23.2 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Esa transmisión de todo el patrimonio de una a otra determina lógicamente la extinción de la sociedad, conforme establece el art. 23.2 de la citada Ley. Así pues, la sociedad absorbente (actual reclamante) ha adquirido *“por sucesión universal los patrimonios de las sociedades absorbidas, que se extinguirán”* (artículo 23 de la Ley 3/2009, de 3 de abril).

Sobre el alcance de esta sucesión universal se manifiesta el Auto de 7 de septiembre de 2015 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo cuando establece que *«habiéndose acreditado con los documentos aportados, la fusión-absorción de “....., S.L.” por “.....” y traspaso en bloque a título universal de su patrimonio a la sociedad absorbente que adquirirá todos sus derechos y obligaciones y, en general cada una de las relaciones jurídicas en las que participan, aunque el supuesto no tenga encaje perfecto en lo dispuesto en el art. 16 de la LEC, que regula la sucesión procesal por muerte, invocado por la parte, procede declarar la sucesión procesal, ya que conforme a lo dispuesto en el art. 23 de la Ley 3/2009 de 3 de abril sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles la fusión determina la extinción de la sociedad absorbida, sin perjuicio de que los argumentos y las defensas de la parte, en orden a acreditar la aplicación al caso de la doctrina del levantamiento del velo vayan referidos a la entidad»*.

Es decir, la sociedad absorbente sucede a la extinta en aquellas relaciones jurídicas que estén vigentes en el momento de operar la extinción, supuesto ante el que no nos encontramos en este caso, pues la sociedad directamente perjudicada y ahora extinta, CRISEU CASUAL FOOD S.L.U., no interpuso en su período de actividad la correspondiente reclamación de responsabilidad patrimonial solicitando el resarcimiento de los daños sufridos que hubiera

permitido la advertida sucesión en su lugar por parte de COMESS GROUP DE RESTAURACIÓN S.L., conforme a lo dispuesto en el artículo 4.3 de la LPAC, según el cual *“cuando la condición de interesado derivase de alguna relación jurídica transmisible, el derechohabiente sucederá en tal condición cualquiera que sea el estado del procedimiento”*.

Este es el criterio mantenido por esta Comisión Jurídica Asesora para el supuesto de sucesión por causa de muerte y reclamación individual, de modo que en dictámenes como el 523/19, de 5 de diciembre, señalábamos que *“... se podría aceptar la sucesión en la reclamación si hubiera muerto antes de concluido el procedimiento administrativo para la declaración de la responsabilidad patrimonial. Por el contrario, no cabe reconocer legitimación activa para reclamar ex novo, una vez fallecido el paciente, la indemnización de los perjuicios físicos o morales que a aquél le fueron irrogados”*.

En el sentido expuesto se ha pronunciado la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 8ª, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en Sentencia de 15 de marzo de 2011, al afirmar *“la falta de legitimación activa de las reclamantes -viuda e hijo del paciente fallecido- para reclamar por las secuelas y daños sufridos por su marido y padre si este no lo hizo ya que la reclamación de indemnización por secuelas es un derecho de carácter personalísimo y, por lo tanto, no es transmisible mortis causa, ni los hijos del fallecido tienen el carácter legal de perjudicados pues no cabe el derecho a una indemnización que no era debida a su padre, en tanto éste, en vida, por el motivo que fuera, no consideró procedente solicitarla. En suma, la indemnización por razón de secuelas deriva de los padecimientos o sufrimientos personales del paciente y, por lo tanto, constituye un daño moral resarcible económicamente a la persona afectada, pero como ésta no lo reclamó y no se llegó a*

declarar su derecho a dicha indemnización nada podía transmitir al respecto y sucesoriamente, a sus herederos. Por el contrario, si el paciente hubiese reclamado una indemnización por las secuelas y muerte durante el desarrollo del proceso, sus herederos podían continuarlo hasta su terminación. Pero en tal caso se estaría transmitiendo la pretensión procesal, dando lugar a la sucesión procesal por muerte prevista en el artículo 16 LEC, y no el derecho subjetivo fundamento de la pretensión que es lo que las reclamantes han intentado aquí, y que no puede transmitirle porque tal derecho se extinguió con la muerte del paciente...”.

Más aún, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2020 cuestiona la propia transmisibilidad de los créditos que pudieran derivar de una reclamación de responsabilidad patrimonial mientras no hayan sido reconocidos por acto administrativo firme o, en su caso, por sentencia firme al afirmar que “...la responsabilidad patrimonial de la Administración tiene un carácter esencialmente tuitivo de los ciudadanos, que está solemnemente reconocido por la Constitución misma (arts. 106 y 149.1.18) y encarna una de las garantías fundamentales frente al ejercicio de las potestades administrativas. Es más: la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración, como es notorio, resulta más beneficiosa para el perjudicado que la de la responsabilidad extracontractual civil. Todo ello determina que para el sistema de la responsabilidad patrimonial de la Administración globalmente considerado no resulte indiferente quién puede formular una reclamación de responsabilidad patrimonial, ni tampoco que los derechos a indemnización frente a la Administración –reales o imaginarios- se conviertan en res intra commercium.

De cuanto queda expuesto se sigue que, a juicio de esta Sala, el derecho de crédito que deriva de responsabilidad patrimonial de la

Administración sólo puede ser cedido, de manera similar a lo que ocurre en el ámbito de los contratos administrativos, una vez que ha sido reconocido por acto administrativo firme o, en su caso, por sentencia firme”.

En definitiva, la entidad reclamante carece de legitimación activa para interponer la presente reclamación.

CUARTA.- En todo caso, y respecto al fondo de la pretensión ejercitada por la entidad reclamante, es constante la doctrina de esta Comisión Jurídica Asesora (manifestada en dictámenes tales como el 672/22, de 25 de octubre, 632/22, de 11 de octubre, 496/22, de 26 de julio o 79/22, de 15 de febrero, entre otros muchos) desestimando las reclamaciones de esta naturaleza al invocar, no sólo la falta de legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid por los daños y perjuicios aducidos desde el 14 de marzo al 21 de junio de 2020, ya señalada, sino también que la mercantil reclamante no ha acreditado debidamente que ha sufrido un daño económico cierto e individualizado derivado de las medidas preventivas, limitaciones establecidas y restricciones adoptadas por la Comunidad de Madrid en el ámbito de sus competencias, pues no separa con claridad la responsabilidad que sería imputable a la Administración General del Estado, y la de la Comunidad de Madrid como impone el artículo 32 de la LRJSP.

Además, no puede pretenderse que toda la pérdida de negocio sea imputable a la actuación de la Administración autonómica como sostiene la reclamante, toda vez que la pandemia ha conllevado nuevas pautas de conducta que van desde un mayor retraimiento social con la ausencia o disminución significativa de celebraciones y comidas o cenas, pasando por el teletrabajo, que permiten entender que, aunque no se hubieran adoptado medidas restrictivas respecto

a una serie de sectores como es el de la hostelería, la demanda habría sufrido una importante bajada.

Por tanto, este órgano consultivo no puede tener por cumplidos los requisitos que -para la existencia de un daño- establece la normativa y la jurisprudencia aplicables; pues una cosa es que ciertamente la reclamante no haya podido ejercer con normalidad su actividad empresarial de hostelería dada la situación vivida en España en general y en la Comunidad de Madrid en particular durante toda la pandemia (realidad fáctica que sí conocemos), y otra que haya acreditado un daño cierto, individualizado y evaluable económicamente.

En este sentido, debe recordarse doctrina reiterada de esta Comisión Jurídica Asesora en cuanto a la acreditación del lucro cesante (Dictámenes 274/18, de 14 de junio; 339/19, de 12 de septiembre y 52/20, de 13 de febrero) y la jurisprudencia del Tribunal Supremo: Sentencia de 20 de febrero de 2015, (recurso 4427/2012) que se opone a *“la indemnización de las meras expectativas o ganancias dudosas o contingentes, derivadas de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre. Por ello, la indemnización por lucro cesante requiere demostrar que se ha producido de forma inmediata, exclusiva y directa, un perjuicio efectivo y susceptible de valoración económica, derivado de la pérdida de unos ingresos no meramente contingentes, quedando excluidas de resarcimiento las meras expectativas o ganancias dudosas”*. De esta forma, resulta igualmente aplicable la Sentencia del Tribunal Supremo 6 de abril de 2016 (recurso de casación 2611/2014) que dice que el reconocimiento del lucro cesante requiere *“una prueba rigurosa de las ganancias dejadas de obtener, siendo de significar al respecto que reiterada jurisprudencia de esta Sala advierte de la necesidad de que se aprecie de modo prudente y restrictivo, sin que pueda confundirse con una mera posibilidad de obtener beneficio o, lo*

que lo mismo, con meras expectativas o ganancias dudosas o hipotéticas (Sentencia de 22 de febrero de 2006 -recurso de casación 1761/2002 -)”.

Además, aun suponiendo a los meros efectos dialécticos que los daños invocados fueran imputables a la actuación de la Comunidad de Madrid, estos no revisten carácter antijurídico, pues la Sentencia del Tribunal Constitucional 148/2021, de 14 de julio, en lo que aquí interesa, declara por una parte, inconstitucionales y nulas determinadas medidas, entre ellas, las restricciones a la libertad de circulación recogidas en los apartados 1, 3 y 5 del artículo 7 del Real Decreto 463/2020; y por otra, ha considerado conforme a la CE, las medidas adoptadas en el artículo 10, puntos 1, 3 y 4 en relación a la libertad de empresa, en las que se establecía la suspensión de la apertura al público de locales y establecimientos salvo los considerados esenciales, así como la suspensión de la apertura al público de museos, archivos, bibliotecas, monumentos, así como de los locales y establecimientos en los que se desarrollen espectáculos públicos, las actividades deportivas y de ocio y las de hostelería y restauración.

Por tanto, respecto de las medidas de limitación y restricción de las actividades económicas reguladas en el artículo 10 del Real Decreto 463/2020, la sentencia (fundamento jurídico 9) afirma su plena constitucionalidad.

En este sentido, hemos de destacar el fundamento jurídico 10 de la sentencia en el que el Tribunal Constitucional modula los efectos resultantes de la declaración de inconstitucionalidad, señalando que *“las medidas declaradas inconstitucionales, pese a ello, son medidas que los ciudadanos tenían el deber jurídico de soportar”* y por tanto, esta inconstitucionalidad apreciada en la sentencia *“no será por sí misma título para fundar reclamaciones de*

responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas”. Argumento este que por sí solo, y sin necesidad de mayor literatura jurídica, justificaría la desestimación de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada contra la Comunidad de Madrid.

Respecto del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declaró el segundo estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2 (Real Decreto 926/2020) y del Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por el que se prorrogó el estado de alarma declarado en aquel (Real Decreto 956/2020), el Tribunal Constitucional ha dictado la STC 183/2021, de 27 de octubre. Su fallo señala un pronunciamiento desestimatorio de las impugnaciones formuladas contra las limitaciones de derechos fundamentales establecidas en los artículos 5 a 8 de los Reales Decretos 926/2020 y 956/2020, por haber quedado circunscritas aquellas a lo que el bloque de constitucionalidad derivado del artículo 116 CE ha dispuesto para el estado de alarma, habiéndose ajustado al principio de proporcionalidad en su determinación. En consecuencia y en lo que aquí nos afecta, se ha declarado la constitucionalidad de las medidas adoptadas en el llamado segundo estado de alarma y a las que la reclamante imputa la producción del daño; en concreto, la restricción de entrada y salida de personas en comunidades autónomas o en ámbitos territoriales inferiores; así como, la limitación de la permanencia de grupos de personas tanto en espacios públicos como privados.

Por último, el propio Tribunal Constitucional vuelve a explicitar las consecuencias de su fallo, al afirmar que *“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*

podiera, 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. Uno de la ley orgánica del Tribunal Constitucional”.

Por tanto, la declaración de inconstitucionalidad de la delegación efectuada por el presidente del Gobierno en las autoridades competentes delegadas de las comunidades autónomas no implica por sí sola, la nulidad de los actos y disposiciones dictadas por las autoridades de la Comunidad de Madrid.

Como hemos señalado en anteriores dictámenes, la reclamante tiene el deber de soportar el perjuicio derivado de estas medidas preventivas, limitaciones de los aforos y de las restricciones a su actividad empresarial, al haber sido acordadas por la autoridad competente, amparadas en la legalidad extraordinaria del estado de alarma y ordinaria, debidamente motivadas y justificadas por la protección de un bien jurídico superior como es el derecho a la salud consagrado en el artículo 43 CE, que encomienda a los poderes públicos la protección de la salud pública. Por tanto, el daño soportado por la reclamante no es antijurídico porque deriva de actuaciones impuestas por la legalidad vigente.

Por otro lado, como se hemos declarado en nuestro Dictamen 237/ 22, de 26 de abril, estamos ante una serie de medidas adoptadas a través de una norma reglamentaria que, por tanto, goza el carácter de disposición general. Sobre la validez de algunas de las medidas recogidas en la misma se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en las Sentencias de 28 de agosto de 2020 (rec. 907/2020) y 27 de mayo de 2021 (rec. 824/2020) y en los Autos de 15 de octubre de 2020 (rec. 1071/2020) y 13 de mayo de 2021 (rec. 1040/2021).

Además, cabe recordar que la sociedad reclamante, como toda la ciudadanía, tenían el deber inexcusable de cumplir las medidas dictadas, ya que responderían al concepto de cargas generales. Así, se trata de una reclamación por daños y perjuicios derivados de la aplicación de normas dictadas por la Administración, en cuyo caso los perjuicios generales derivados del ejercicio de la potestad reglamentaria, al constituir cargas sociales o colectivas que los ciudadanos están obligados a soportar, no generarían indemnización alguna, siempre, por supuesto, que los perjuicios ocasionados por el ejercicio de tal potestad no se circunscribiesen exclusivamente a personas individuales, ya que en este último caso no se estaría, ante una carga colectiva o social sino ante unas cargas concretas e individualizadas.

Este criterio se ha mantenido por el Tribunal Supremo en sentencias como las de 1 de junio de 1993 (rec. 1636/1990) consideró que, si bien las medidas contenidas en una norma de carácter general pueden generar responsabilidad, la misma se produciría: *“Cuando esa norma pudiese ser desigual en su aplicación para todos los administrados comprendidos en su ámbito (...)”*.

De igual forma se pronuncia el Consejo de Estado en su Dictamen 978/2011, de 21 de julio, en el que recuerda que su doctrina viene incluyendo en la categoría de *“cargas generales”* las consecuencias desfavorables que se derivan para los agentes e intervinientes en tales sectores económicos como consecuencia de una modificación general del régimen administrativo específico que esté diseñado para cada uno de ellos. Por ello solo serían indemnizables aquellos perjuicios que una modificación especial del régimen jurídico establecido en dichos sectores imponga de un modo singularizado y especial a algunos agentes, entidades y personas que intervengan en los mismos, en función de una específica condición que en ellos concurra.

Nada de esto concurre en el presente caso en el que las medidas sanitarias afectaban a la práctica totalidad de los sectores económicos, modulándose en cada uno de ellos según el mayor o menor riesgo de propagación de la enfermedad.

Por otro lado, tal y como en este punto señala el informe del servicio afectado, la mercantil reclamante pudo realizar su actividad en la Comunidad de Madrid a partir del 21 de junio de 2020 de forma limitada y parcial (en los términos señalados por la Orden 668/2020), ya que los establecimientos de hostelería no fueron clausurados sino que se impusieron una serie de medidas higiénicas y de control de aforos razonables y que permitían compatibilizar el desarrollo de la actividad empresarial con el interés preferente de la salud pública general.

Por último, cada una de estas medidas tiene o ha tenido un carácter temporal, siendo objeto de revisión y de modificación cada semana o mes, según fuera evolucionando la situación epidemiológica, sanitaria y la presión hospitalaria de la Comunidad de Madrid (número de contagios, personas fallecidas, ingresadas en hospitales o en sus unidades de cuidados intensivos...).

En cuanto a la motivación de tales medidas, el informe del servicio afectado refiere las estadísticas oficiales de fallecidos, contagiados y hospitalizados, que justifican la actuación administrativa, además de haber sido adoptadas con base en las recomendaciones del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud y que *“son totalmente necesarias para asegurar el adecuado control de la enfermedad y reducir la saturación de los recursos del sistema nacional de salud y con ello se pretende, por tanto, proteger un bien jurídico superior de relevancia constitucional como es la salud pública, aunque puedan incidir en el normal desarrollo de determinadas actividades sociales, profesionales y/o económicas”*.

Por último, aun cuando el posible daño invocado por la mercantil reclamante no tiene el carácter de antijurídico, pues es consecuencia -como hemos visto- de la normativa aplicable, también podría considerarse que la existencia de fuerza mayor rompería el nexo causal entre la actuación administrativa y el perjuicio producido.

En este sentido, tal y como señala el informe del servicio afectado se trata de una nueva enfermedad que ha ocasionado una pandemia mundial motivada por un virus denominado SARS CoV-2 cuyo origen fue en China, que el 31 de diciembre de 2019, informó sobre un grupo de 27 casos de neumonía de etiología desconocida, y que por su facilidad contagiosa se transmitió con rapidez a toda la población.

Como hemos señalado reiteradamente en nuestros dictámenes (así, el 45/18, de 1 de febrero; el 19/19, de 17 de enero y el 20/19, de 24 de enero) la relación de causalidad puede romperse, además de por la culpa exclusiva de la víctima o de un tercero, por la existencia de un evento constitutivo de fuerza mayor, supuesto este último que invoca la propuesta de resolución y que obliga a la Administración a acreditarlo dado el carácter objetivo de la responsabilidad.

Pues bien, en nuestro caso concurren todos los requisitos para apreciar que la existencia formalmente declarada por la Organización Mundial de la Salud de una pandemia mundial, es causa de fuerza mayor pues fue imprevisible según el estado actual de la ciencia; además, este hecho, aun siendo hipotéticamente previsible, fue sin embargo, inevitable y la causa que lo ha motivado es extraña e independiente de la actuación administrativa.

Por lo tanto, es aplicable el artículo 34 de la LRJSP, que declara como no 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 existente en el momento de producción de aquéllos.

Estamos ante una enfermedad nueva cuyo agente causante fue identificado por primera vez el 7 de enero de 2020 y el 30 de enero de 2020 la Organización Mundial de la Salud declaró el brote como una Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional pasando el 11 de marzo de 2020 a tener la calificación de una pandemia global.

Por tanto, concluimos -tal y como ya dijimos en nuestro Dictamen 599/21, de 16 de noviembre- que sí se dan los requisitos para apreciar la existencia de fuerza mayor, imprevisible e irresistible y completamente extraña a esta Administración. Por lo que aquella rompe el nexo causal entre el daño invocado -que no probado- por la entidad reclamante y la actuación administrativa reprochada, exonerando por completo de responsabilidad a esta Administración Autonómica.

En merito a cuanto antecede, esta Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la presente reclamación por falta de legitimación activa de la entidad reclamante, COMESS GROUP DE RESTAURACIÓN S.L., sociedad absorbente de la extinta CRISEU CASUAL FOOD S.L.U. y, en todo caso, no resultar antijurídicos los daños alegados por la reclamante, según lo indicado en el cuerpo del presente dictamen.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 15 de noviembre de 2022

La Vicepresidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 706/22

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid