

Dictamen nº: **223/22**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **19.04.22**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 19 de abril de 2022, 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 GLOBAL SHAKAN S.L, por los daños sufridos en su actividad, que atribuye a las medidas adoptadas por la Administración tras la declaración del estado de alarma para hacer frente a la situación provocada por la COVID-19.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito presentado el 12 de marzo de 2021 por el administrador único de la citada sociedad mercantil, se formula reclamación de responsabilidad patrimonial dirigida a la Comunidad de Madrid, solicitando el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos en su actividad por razón de las medidas adoptadas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19.

El escrito de reclamación expone que el 14 de marzo de 2020 se declaró por el Consejo de Ministros, el estado de alarma en todo el

territorio nacional, mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

Señala que su artículo 10 impuso determinadas “*medidas de contención en el ámbito de la actividad comercial, equipamientos culturales, establecimientos y actividades recreativos, actividades de hostelería y restauración, y otras adicionales*” y que se suspendió la apertura al público de los locales y establecimientos minoristas con determinadas excepciones, vulnerando el artículo 38 de la Constitución Española que consagra la libertad de empresa.

Indica que también las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias, dictaron determinadas normas de protección de la salud y de limitación de actividades sobre las empresas, que se han traducido en importantes perjuicios, en el imposible mantenimiento de su actividad y, en muchos supuestos, el cese de la misma.

Concreta como objeto de su pretensión las medidas que derivan de la declaración del estado de alarma, señalando como “*título habilitante*” el artículo 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio: “*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*” y considera que nos encontramos ante una indemnización cuya exigibilidad se reconoce expresamente por ley.

En cuanto al plazo de ejercicio de la acción, la reclamación cita la normativa y la jurisprudencia que considera aplicable sobre el concepto de daños permanentes, y señala el día 14 de marzo de 2020 como momento en el que se iniciaron los perjuicios que ahora nos ocupan.

Respecto de los fundamentos jurídicos, tras citar la normativa aplicable a la responsabilidad patrimonial, se indica que las medidas y limitaciones impuestas como consecuencia del estado de alarma han supuesto un sacrificio, por un lado, del derecho de libertad de empresa y, por otro lado, del negocio que sustentaba la actividad económica de la empresa hasta el punto de imposibilitar la obtención de ingresos, tener que acudir al endeudamiento financiero e incluso al cierre del negocio. Por tanto, *“resulta palmario que el cierre y limitaciones impuestas a los operadores del sector se consideran indiscutiblemente como reales, efectivas e individualizadas en cada uno de los perjudicados”*.

Señala que se trata de un daño antijurídico y que en consecuencia, no tiene el deber de soportarlo. En cuanto a la relación de causalidad entre la actuación administrativa y los daños sufridos, invoca la doctrina de la causalidad adecuada: *“si la Administración no hubiese adoptado dichas medidas y limitaciones o hubiera adoptado otras adecuadas a la situación existente, con la correcta ponderación entre los intereses concurrente, los derechos y libertades objeto de protección y el respeto al principio de proporcionalidad, los daños producidos a la compareciente no se hubiesen producido”*.

En cuanto al requisito de la fuerza mayor, la reclamante entiende que en relación con la pandemia sanitaria provocada por el COVID-19 *“supuestamente podría considerarse una situación de fuerza mayor, pero que el perjuicio ahora analizado no se ha generado por la pandemia sino por las medidas adoptadas como consecuencia de las mismas”*.

En consecuencia, reclama los daños que deben indemnizarse bajo el principio de reparación integral, por los siguientes conceptos:

- Lucro cesante efectivo de la actividad económica, entendiéndose por este el importe que con el histórico de la actividad, habría obtenido durante el año 2020.

- Daño emergente económico, ya que la actividad desarrollada por este reclamante tenía una clara tendencia al alza que podrá observarse en la documentación que acompaña a la reclamación.

- Pérdida de oportunidad: se ha producido un importante consumo de ahorros que la propia actividad generó y que eran la base de crecimiento futuro.

- Empobrecimiento del negocio. Como consecuencia de los tres puntos anteriores, pero como elemento independiente, cabe resaltar que hoy este negocio tiene un valor para inversores o para ser transmitido muy inferior al que tenía en el mes de febrero de 2020.

- Imposibilidad de ejercer la actividad económica. El estado de alarma ha supuesto la imposibilidad de *“ejercer el derecho de la libertad de empresa, suponiendo la cancelación de ingresos previamente reservados”*.

Finaliza indicando que aporta documentación económica como prueba *“del deterioro de este negocio”* y que la cuantía reclamada asciende a 800.000 euros en concepto de indemnización.

El escrito de reclamación se acompaña con copia de la escritura de elevación a público de los acuerdos sociales de Global Shakan S.L, documentación del Registro Mercantil de Madrid y documentación fiscal consistente en las declaraciones presentadas del Impuesto sobre el Valor Añadido (modelo 303) del ejercicio 2020 (folios 1 a 78 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).

Consta que el secretario general técnico de la Consejería de Sanidad solicitó a la Viceconsejería de Asistencia Sanitaria y Salud Pública, un informe sobre la reclamación formulada, de acuerdo con el artículo 81.1 de la LPAC.

Dicho informe fue emitido el 2 de febrero de 2022 y en el mismo se realiza 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; 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. Ya, 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) y esta declaración determinó que la Administración General del Estado dictara 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 la 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 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. Así mismo, 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. Y 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.

El informe explica el carácter extremadamente contagioso de la enfermedad causada por la COVID-19, 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, 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

distancia de seguridad interpersonal y demás medidas de higiene. 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 en función de su evolución.

Finalmente, recalca que desde que el 21 de junio de 2020 la competencia para la adopción de las medidas era de la Comunidad de Madrid, en ningún momento se ha suspendido completamente la actividad 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.

Tras la incorporación al procedimiento del anterior informe, se confirió trámite de audiencia a la reclamante, constando aceptada la notificación telemática el 3 de febrero de 2022, sin que consten presentadas alegaciones.

Finalmente, el 9 de marzo de 2022 se formuló la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación formulada contra la Comunidad de Madrid. La citada propuesta 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, las sentencias del Tribunal Constitucional sobre los estados de alarma, y cita los dictámenes

emitidos en esta materia, por la Comisión Jurídica Asesora (Dictamen 599/21, de 16 de noviembre, 11/22, de 11 de enero, 36/22, de 25 de enero, o el 60/22, de 1 de febrero).

TERCERO.- El día 14 de marzo 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 (expediente 150/22) a la letrada vocal Dña. Silvia Pérez Blanco, que formuló y firmó la propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora en la sesión referida en el encabezamiento de este dictamen.

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).

El presente dictamen se emite en el plazo legal.

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial se regula en la LPAC y debe completarse con lo dispuesto

en los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

La reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 32.1 de la LRJSP en relación con el artículo 4 de la LPAC, en cuanto que persona jurídica que considera que la actuación de la Comunidad de Madrid ha perjudicado su actividad.

Ha quedado acreditado con la escritura pública aportada, que la sociedad reclamante se dedica a la actividad de hostelería y restauración mediante la explotación de bares, restaurantes, cafeterías, hoteles y hostales en sentido amplio. Así mismo, ha quedado probada la representación de la mercantil en la persona firmante de la reclamación.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid en cuanto titular de las competencias en materia de Sanidad e Higiene del artículo 27.4 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid aprobado por Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero.

Pero 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 y 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 derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo.

En el caso examinado, la reclamante imputa a la Administración autonómica los daños y perjuicios sufridos en la realización de su actividad mercantil desde la declaración del estado de alarma el 14 de marzo de 2020, señalando en su reclamación esa fecha como el momento en que se iniciaron los perjuicios. Por ello, debe entenderse formulada en plazo la reclamación presentada el 12 de marzo de 2021.

Por lo que respecta al procedimiento, se han cumplimentado debidamente todos los trámites. Así, 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 de acuerdo con el artículo 82 de la LPAC y por último, se ha formulado la propuesta de resolución en sentido desestimatorio de la reclamación formulada.

TERCERA.- La responsabilidad patrimonial de la Administración se recoge en el artículo 106.2 de la Constitución Española (CE), que garantiza el derecho de los particulares a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, en los términos establecidos por la ley. El desarrollo legal de este precepto se encuentra actualmente, en los artículos 32 y siguientes de la LRJSP, completado con lo dispuesto en materia de procedimiento en la LPAC.

La viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, según doctrina jurisprudencial reiterada, por todas las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2016 (recurso

1111/2015) y 25 de mayo de 2016 (recurso 2396/2014), requiere:

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 reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal.

c) Que exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que ésta sea producida por fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar ese daño. Es decir, que el daño sea antijurídico.

A continuación, procede analizar si se cumplen los requisitos expuestos, para declarar la existencia de la responsabilidad patrimonial de esta Administración Autónoma, principiando por la existencia de los daños alegados por la reclamante. Así, el artículo 32.2 de la LRJSP refiere que el daño habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

Es doctrina reiterada de esta Comisión Jurídica Asesora que, sin la existencia de un daño real y efectivo a quien solicita ser indemnizado, no cabe plantearse una posible responsabilidad de la Administración.

Así, las Sentencias de 13 de febrero de 2018 (recurso 597/2017) y de 17 de noviembre de 2020 (recurso 443/2019) del Tribunal

Superior de Justicia de Madrid, con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo -Sentencias de 1 de febrero de 2012 (recurso 280/2009) y 30 de diciembre de 2013 (recurso 300/2008)- señalan que *“la existencia de un daño real y efectivo, no traducible en meras especulaciones o expectativas, constituye el núcleo esencial de la responsabilidad patrimonial traducible en una indemnización económica individualizada, de tal manera que resulte lesionado el ámbito patrimonial del interesado, que es quién a su vez ha de soportar la carga de la prueba de la realidad del daño efectivamente causado”*.

A este respecto, hay que recordar además, que la carga de la prueba recae en quien formula la reclamación conforme lo dispuesto en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Pues bien, en el caso dictaminado es de advertir que la sociedad mercantil reclama de forma completamente genérica, por los perjuicios irrogados tanto en concepto de daño efectivo como de lucro cesante, pero ni siquiera manifiesta en la reclamación cuál es su actividad empresarial concreta, si es de restauración o de hostelería, ni donde se desarrolla o ha desarrollado en la Comunidad de Madrid o qué negocios regenta.

Así las cosas, no es posible afirmar que la mercantil reclamante haya 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. La reclamación –trascrita resumidamente en el antecedente de hecho primero de este dictamen- se limita a enunciar los requisitos legales de la responsabilidad patrimonial y a manifestar genéricamente que se cumplen, sin aplicarlos al caso.

En efecto, en primer lugar la reclamante no separa la responsabilidad que sería imputable a la Administración General del

Estado (a raíz de la declaración del estado de alarma) y la de la Comunidad de Madrid, como impone el artículo 32 de la LRJSP. Y como ya hemos indicado, la legitimación pasiva de esta administración autonómica es solo desde el día 21 de junio de 2020 en adelante.

En segundo lugar, la documentación fiscal aportada solo prueba que se ha liquidado por la reclamante el IVA en los periodos de 2020 que en ellos se refiere, pero ello no sirve para acreditar una pérdida de oportunidad de negocio, o una ganancia que se ha dejado de obtener.

Por último, no puede pretenderse que toda la pérdida de su actividad mercantil 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, 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 la reclamante no haya podido ejercer con normalidad su actividad empresarial dada la situación vivida en España en general y en la Comunidad de Madrid en particular durante toda la pandemia, y otra que haya acreditado un daño cierto, individualizado y evaluable económicamente.

En este sentido, es de recordar la 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.

Así, la 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 de 15 de diciembre de 2016 (recurso 2709/2015) que señala: *«La jurisprudencia orienta esta cuestión exigiendo “una prueba rigurosa de las garantías dejadas de obtener, observándose que la indemnización de lucro cesante, en coherencia con reiterada jurisprudencia ha de apreciarse de modo prudente y restrictivo, puesto que no es admisible una mera posibilidad de dejar de obtener unos beneficios”*».

CUARTA.- Continuando con el examen de los requisitos de la responsabilidad patrimonial procede ahora analizar si -aun suponiendo a los meros efectos dialécticos que los daños invocados fueran imputables a la actuación de la Comunidad de Madrid- estos revisten o no el carácter de antijurídicos.

A este respecto, habida cuenta que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado ya sobre la cuestión, hemos de referirnos a las sentencias dictadas, y a su aplicación al supuesto ahora dictaminado.

i) Así, respecto del Real Decreto 463/2020, por el que se declaró el estado de alarma, la STC 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, la 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 (FJ 9) afirma su plena constitucionalidad: *«El derecho fundamental a la libertad de empresa que reconoce el art. 38 CE ampara “el iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial” (...). No hay duda de que las mencionadas reglas del art. 10 constriñen intensísimamente, con carácter temporal, el libre mantenimiento de la actividad empresarial en algunos de los sectores directamente concernidos. Pero como ya se ha señalado anteriormente, el estado de alarma puede justificar “excepciones o modificaciones pro tempore en la aplicabilidad” ordinaria de determinadas normas del ordenamiento vigente (STC 83/2016, FJ 9), siempre que se orienten a la protección de otros bienes de relevancia constitucional y resulten razonablemente adecuadas y necesarias a tal propósito. (...) La constricción extraordinaria del derecho fundamental a la libertad de empresa que se estableció en los apartados 1, 3 y 4 del artículo 10 del Real Decreto 463/2020 contó pues con fundamento en la Ley Orgánica a la que remite el artículo 116.1 CE, y no resultó desproporcionada, por lo que se rechaza la pretensión de inconstitucionalidad formulada (...) lo que se traduce en un correlativo deber de soportar dichas limitaciones (...).»*

Esta concreta referencia de la STC 148/2021, impone un deber de soportar dichas limitaciones y avala la proporcionalidad de las medidas restrictivas de la libertad de empresa (artículo 38 de la CE) que cede ante otros derechos constitucionales como el de la vida e integridad física (artículo 15) o ante la protección de la salud (artículo 43 de la CE).

En adición a ello, hemos de destacar el FJ 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, por un lado, 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 de la CE ha dispuesto para el estado de alarma, habiéndose ajustado al principio de proporcionalidad en su determinación. Y por otro, estima las pretensiones de

inconstitucionalidad relativas a la duración de los seis meses de la prórroga autorizada por el Congreso de los Diputados, así como al régimen de delegación que efectuó el Gobierno, en los presidentes de las comunidades autónomas y de ciudades autónomas.

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. El Tribunal avala la constitucionalidad de estas medidas subrayando, que la restricción de la movilidad ha superado el juicio de proporcionalidad, ya que *“resultó adecuada porque era apta para dar cumplimiento a una finalidad legítima como era la de reducir sustancialmente la movilidad del virus”* y *“necesaria para hacer frente a las constatadas mutaciones del virus y a su creciente propagación, como también al previsible incremento de la presión asistencial y hospitalaria”*.

Por último, el Tribunal Constitucional vuelve a explicitar las consecuencias de su fallo: *“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”*.

ii) Una vez expuesta la doctrina del Tribunal Constitucional aplicable, señalaremos que 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 de la 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.

Esta legalidad parte del artículo 4. b) de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio de los estados de alarma, excepción y sitio, bajo la cobertura del artículo 116.2 de la CE. En uso de dichas facultades el Gobierno mediante el Real Decreto 463/2020 declaró el estado de alarma en todo el territorio nacional, el cual ha sido prorrogado en sucesivas ocasiones y ha estado vigente hasta el 9 de mayo de 2021. Una vez finalizado el estado de alarma, se promulgó el Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, actualmente Ley 2/2021, de 29 de marzo de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el SARS-CoV-2.

Dentro de este marco normativo nacional, en uso de las facultades atribuidas por el artículo 12 de la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid, se dictó la Orden 668/2020 por la que se establecen medidas preventivas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 en el ámbito de la Comunidad de Madrid. La parte expositiva de dicha orden justifica la adopción de las medidas preventivas que se establecen en la parte dispositiva, sobre la base de lo previsto en las leyes especiales en materia sanitaria y de salud pública, que pasamos a enunciar.

Así, el artículo primero de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (LO 3/1986), señala con -carácter general- que las distintas Administraciones Públicas, dentro del ámbito de sus competencias, al objeto de proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro, pueden adoptar las

medidas previstas en dicha ley cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad. Por su parte, el artículo tercero dispone -en concreto- que, con la finalidad de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, puede adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible.

Además, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 26.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que dispone para el caso de que exista o se sospeche razonablemente un riesgo inminente y extraordinario para la salud, las autoridades sanitarias adoptarán las medidas preventivas que estimen pertinentes, y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas, entre otras la suspensión del ejercicio de actividades y cuantas otras se consideren justificadas.

Para finalizar con la normativa estatal habilitante de la actuación administrativa objeto de reproche, resulta de aplicación la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, cuyo artículo 54 prevé que con carácter excepcional y cuando así lo requieran motivos de extraordinaria gravedad o urgencia, la autoridad autonómica competente puede adoptar, mediante resolución motivada, entre otras medidas, la intervención de medios materiales o personales, el cierre preventivo de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias, la suspensión del ejercicio de actividades, y cualquier otra medida ajustada a la legalidad vigente si existen indicios racionales de riesgo para la salud.

Por último, la normativa autonómica viene dada por la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la

Comunidad de Madrid, que impone un deber general de colaboración con la autoridad sanitaria (artículo 53.4) y además, el artículo 55.1 dispone las facultades de las que puede hacer uso la autoridad sanitaria competente.

QUINTA.- Una vez expuesto el marco legal que da cobertura a la actuación administrativa y continuando con la línea argumental de la no antijuridicidad del daño, analizaremos las medidas adoptadas.

Así, la justificación de las medidas restrictivas en la Comunidad de Madrid, se encuentra en la exposición de motivos de la Orden 668/2020: *“Pese a haberse superado la fase aguda de la crisis sanitaria es imprescindible mantener determinados comportamientos y formas de actuación que se han mostrado eficaces (...) En este contexto resulta necesaria la adopción de una serie de medidas, con el objeto de garantizar la salud pública y la seguridad de la ciudadanía, que permitan asegurar un mejor control de la emergencia sanitaria, así como evitar y minimizar los riesgos de propagación de la enfermedad ante la eventual aparición de nuevos brotes epidemiológicos o nuevas cadenas de transmisión no identificadas, mientras no sea declarada oficialmente la finalización de la situación de crisis sanitaria por parte del Gobierno de España. Tales medidas afectan tanto en la forma de actuar que debe de observar el conjunto de la ciudadanía mientras no finalice la crisis, como a la manera en la que se debe reiniciar y desarrollar temporalmente las actividades propias de los diferentes sectores económicos, productivos, comerciales, profesionales, educativos o sociales de la región ...”*.

Conviene precisar, que si bien dichas medidas fueron especialmente intensas durante el primer estado de alarma, sin embargo se flexibilizaron en el periodo de tiempo en que hemos considerado legitimada a la Comunidad de Madrid. Estas medidas fueron -además de las generales de higiene y prevención- las

establecidas específicamente para los establecimientos de hostelería y restauración en los artículos vigesimoprimero y siguientes de la Orden 668/20.

Así las cosas, las limitaciones y restricciones a la actividad empresarial han podido afectar a la reclamante -como a todos los establecimientos de ese sector- reiteramos que las mismas estaban amparadas en la legalidad vigente, fueron debidamente motivadas y adoptadas por el órgano competente en materia de Salud Pública y en consecuencia, el daño derivado de aquellas no es antijurídico.

Además, cabe recordar que la mercantil 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.

En efecto, las restricciones a la apertura y los aforos limitados se implantaron en todos los sectores a que se refiere la Orden 668/2020 como son los centros comerciales, las tiendas y establecimientos de comercio minorista, las iglesias y lugares de culto, los locales de ocio (cines, teatros y espectáculos), la hostelería (bares, restaurantes y cafeterías) por lo que el daño fue soportado por casi todos los sectores económicos cuya actividad no fuera esencial.

En segundo lugar, tal y como en este punto señala el informe del servicio afectado, las reclamantes pudieron realizar su actividad en la Comunidad de Madrid a partir del 21 de junio de 2020 en los términos señalados por la Orden 668/2020, a los que ya hemos hecho referencia, por cuanto que los establecimientos de hostelería no fueron clausurados.

Por último, es lo cierto que cada una de estas medidas ha tenido un carácter temporal, siendo objeto de revisión y de modificación según fuera evolucionando la situación epidemiológica y sanitaria de la Comunidad de Madrid. En cuanto a su motivación, el informe del servicio afectado refiere las estadísticas de fallecidos y hospitalizados, que justificarían por sí mismas, la actuación administrativa.

Además, el citado informe cuyas consideraciones asumimos dado su carácter técnico, justifica las medidas adoptadas en base a 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”*. Esta explicación es adecuada y permite su justificación con arreglo a la legalidad; por lo que reiteramos que los daños supuestamente sufridos no son antijurídicos.

Para finalizar esta línea argumental del daño no antijurídico, hemos de referirnos a la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la responsabilidad patrimonial, y en particular, la Sentencia de 21 de diciembre de 2020 (recurso 803/2019).

Su fundamento jurídico cuarto realiza una exposición teórica del instituto de la responsabilidad patrimonial afirmando que *“el*

fundamento de la exigencia de responsabilidad patrimonial a los distintos poderes del Estado, y a las diferentes Administraciones Públicas es, hoy día, una consecuencia obligada e imprescindible del desarrollo del Estado de Derecho que impone la sumisión de la Administración Pública, como a cualquier otro sujeto de Derecho, al ordenamiento jurídico, tal y como se deduce de los artículos 9.3, 103.1, 106.2 o 121 de la Constitución Española. La responsabilidad patrimonial, pues, es, hoy, algo más que un mecanismo de compensación de los perjuicios inferidos a concretos ciudadanos por las más diversas actuaciones -no solo administrativas- de las diferentes Administraciones (...).

A continuación, la Sala puntualiza: “pero, no obstante, lo anterior, los citados pronunciamientos constitucionales sobre la responsabilidad patrimonial, requieren y exigen, una serie de matizaciones o modulaciones, en relación con el citado carácter objetivo genérico que de la institución se proclama; sobre todo, cuando de algún tipo concreto de responsabilidad patrimonial se trata, tal y como aquí acontece con la responsabilidad sanitaria”.

Además, en el fundamento jurídico quinto se cita como paradigmática de esta línea jurisprudencial, la doctrina contenida en la Sentencia de 15 de marzo de 2018 (recurso de casación 1016/2016) «sin abandonar el fundamento de imputación de la responsabilidad, introduce en la misma, elementos subjetivos o de culpa: “la jurisprudencia viene modulando el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, rechazando que la mera titularidad del servicio determine la responsabilidad de la Administración respecto de cualquier consecuencia lesiva relacionada con el mismo que se pueda producir”. Así, como tiene declarado esta Sala y Sección, la prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquella de la infraestructura material para su prestación

no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas, convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos, con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse, porque de lo contrario, se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico».

Por tanto, ante lo aducido por la reclamante de que la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública sería objetiva por el daño que se le hubiera podido producir en el ejercicio de su actividad empresarial, hemos de oponer esta línea jurisprudencial que limita dicha responsabilidad “*introduciendo en la misma, elementos subjetivos o de culpa*” para concluir que la Comunidad de Madrid, no es aseguradora universal de todos los daños que se producen a consecuencia de su actividad reguladora de los servicios públicos y menos aún en las circunstancias completamente excepcionales de la pandemia.

En conclusión, cabe afirmar que las medidas objeto de reproche (que impone la Orden 668/2020 y sus modificaciones) han sido adoptadas de acuerdo con las competencias atribuidas a las autoridades sanitarias de la Comunidad de Madrid y conforme a la legalidad vigente tras la declaración del estado de alarma, por lo que de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que hemos referido, no concurre la antijuridicidad del daño.

SEXTA.- Aun cuando el posible daño invocado por la reclamante no tiene -como hemos visto- el carácter de antijurídico, señalaremos además, que podría considerarse la existencia de fuerza mayor que rompería el nexo causal entre la actuación administrativa y el perjuicio alegado.

En efecto, definida la fuerza mayor como un elemento exterior que rompe el vínculo causal entre la actuación administrativa y el daño producido, se caracteriza por ser imprevisible, irresistible y ajena a la voluntad de quien la invoca, su prueba corresponde a la Administración.

Por ello, procede el análisis de estos requisitos que sí se cumplen en el caso dictaminado. 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 COVID-19 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.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2002 (recurso 1729/1998), señaló que aunque el concepto de fuerza mayor esté perfectamente definido en el plano teórico, su concreción es extremadamente casuística. Así, una reiterada jurisprudencia recoge el concepto clásico de la fuerza mayor como el acontecimiento externo que no pudo preverse o, que de haberse previsto, fuera inevitable, por todas la Sentencia de 16 de febrero de 1999 (recurso 6361/1994).

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.

Según la doctrina jurisprudencial, son constitutivos de fuerza mayor los acontecimientos imprevisibles e inevitables caso de ser

previstos, que excedan de los riesgos propios de la empresa, esto es de los derivados de la propia naturaleza de los servicios públicos o los acaecimientos realmente insólitos y extraños a las previsiones típicas de cada actividad o servicio, según su propia naturaleza.

La Sentencia de Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2003 (recurso 9783/1998) señala claramente los requisitos de la fuerza mayor y los distingue del caso fortuito: *«a) En el caso fortuito hay indeterminación e interioridad; indeterminación porque la causa productora del daño es desconocida; interioridad, además, del evento en relación con la organización en cuyo seno se produjo el daño, y ello porque está directamente conectado al funcionamiento mismo de la organización. En este sentido, “evento interno intrínseco, inscrito en el funcionamiento de los servicios públicos, producido por la misma naturaleza, por la misma consistencia de sus elementos, con causa desconocida”.*

b) En la fuerza mayor, hay determinación irresistible y exterioridad; indeterminación absolutamente irresistible, en primer lugar, es decir aun en el supuesto de que hubiera podido ser prevista; exterioridad, en segundo lugar, lo que es tanto como decir que la causa productora de la lesión ha de ser ajena al servicio y al riesgo que le es propio».

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 por último, la causa que lo ha motivado es del todo punto extraña e independiente de la actuación administrativa.

Por lo tanto, es aplicable al supuesto que nos ocupa, 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. Y ello por cuanto que estamos ante una enfermedad nueva, cuyo agente causante fue identificado por primera vez en China el 7 de enero de 2020 y el día 30 de enero de 2020, la Organización Mundial de la Salud declaró el brote como una Emergencia de Salud Pública 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 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 reclamante y la actuación administrativa reprochada, exonerando por completo de responsabilidad a esta Administración Autonómica.

En mérito a cuanto antecede, esta Comisión Jurídica Asesora formula las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Desestimar la reclamación formulada por los daños y perjuicios aducidos desde el 14 de marzo al 20 de junio de 2020 (ambos inclusive) por falta de legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid.

SEGUNDA.- Desestimar la reclamación formulada contra la Comunidad de Madrid, al no ser antijurídicos los daños alegados

desde el día 21 de junio de 2020.

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 19 de abril de 2022

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 223/22

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid