

Dictamen nº: **225/22**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **19.04.22**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 19 de abril 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 HOTEL WELLINGTON S.L. (en adelante, “*la reclamante*”), por los daños y perjuicios sufridos a consecuencia de las medidas adoptadas tras la declaración del estado de alarma, por la Comunidad de Madrid y la Administración General del Estado, para hacer frente a la situación sanitaria provocada por la COVID-19.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito presentado el 18 de junio de 2021, el representante de la sociedad mercantil citada anteriormente formula reclamación de responsabilidad patrimonial dirigida solidariamente frente a la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid y la Administración General del Estado (“*contra el Consejo de Ministros, el Ministro de Sanidad y la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid*”), por los daños y perjuicios sufridos a consecuencia de las medidas adoptadas por las Administraciones Públicas tras la

declaración del estado de alarma para hacer frente a la situación sanitaria provocada por la COVID-19.

El escrito fundamenta su pretensión en que las medidas adoptadas por las Administraciones han conllevado el establecimiento de un conjunto de privaciones singulares, que son especialmente intensas y desproporcionadas, a un determinado colectivo como es aquél cuya actividad empresarial es la gestión de alojamientos turísticos y los centros de recreación.

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.

Se indica que la actividad económica desarrollada por la reclamante en el correspondiente establecimiento abierto al público, que se venía desarrollando de forma ininterrumpida desde el año 1950, cumpliendo todos los requisitos legales al efecto, se vio súbitamente suspendida por causa directa de la regulación legal materializada en el Real Decreto 464/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de la crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19 y sus sucesivas prórrogas, así como por las disposiciones normativas adoptadas por la Comunidad Autónoma de Madrid.

A continuación, el escrito de reclamación analiza con detalle las distintas normas aprobadas durante el periodo reclamado y que afectan al ámbito de los alojamientos turísticos, destacando que por parte del Estado y de la Comunidad de Madrid se han dictado un conjunto de innumerables normas en menos de un año y que se han materializado en restricciones de derechos fundamentales (como la libertad de circulación), así como en la imposición de limitaciones en algunos sectores de la actividad económica, como es el sector del alojamiento

turístico, y por ende, a la reclamante, titular de alojamientos turísticos, hasta unos límites nunca antes conocidos (los cierres totales, parciales, las restricciones al uso o a los horarios junto con la limitación de aforos y condiciones de utilización) y que han cercenado de forma total o parcial su derecho a la explotación.

El escrito de reclamación explica que durante el periodo de restricciones hubo diferentes momentos, con un protagonismo también diferente de las administraciones a las que reclama y así, diferencia: un primer período (del 14 de marzo al 21 de junio), en el que entiende que el protagonismo fue del Estado en el marco de la vigencia del primer estado de alarma; al segundo período (del 22 de junio al 25 de octubre), en el que, si bien las comunidades autónomas adquirieron un papel relevante en la decisión de las concretas medidas aplicables en su ámbito territorial, el papel fundamental lo continuó ostentando el Estado, por ejemplo dictando el Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre, por el que se declara el estado de alarma limitado territorialmente al ámbito de la Comunidad de Madrid, y finalmente un tercer período (del 25 de octubre al 9 de mayo), marcado por el nuevo estado de alarma decretado por el Gobierno en fecha 25 de marzo, en el que los instrumentos que el Estado pone a disposición de las comunidades autónomas son el fundamento de todas las medidas adoptadas a nivel autonómico.

En cualquier caso aclara que, aunque sea más intensa la intervención del Estado, la actuación de ambas Administraciones es la que acaba produciendo un daño efectivo en la esfera patrimonial de la reclamante, al privarle de la posibilidad de desarrollar su actividad económica y profesional en condiciones de normalidad y que son las inherentes al conjunto de licencias y títulos jurídicos que mantiene.

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 que 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, con apoyo en cierto informe pericial que adjunta, reclamada la cantidad de 6.198.712,08 euros o subsidiariamente 6.137.823,88 euros -según se apliquen analógicamente los beneficios del 2019 o se considere además el incremento esperado para el ejercicio de su actividad en el 2020-, indicando que tales cantidades podrán aumentar, pues señala que en el momento de la formulación de la reclamación no habían cesado las medidas limitativas de su actividad económica. También reclama los intereses legales de las cantidades principales.

El escrito de reclamación (folios 1 a 26 del expediente) se acompaña de la escritura de constitución de la entidad y los poderes notariales otorgados en favor del Director General apoderado de la entidad, que actúa en representación de la mercantil reclamante y suscribe la reclamación.

En materia probatoria, la reclamación adjunta un informe pericial suscrito por una consultora, en el que se sustenta la concreta valoración

de los daños y perjuicios reclamados- folios 89 al 264-; copia de las cuentas anuales de la reclamante correspondientes al ejercicio 2019 y el informe de gestión de la entidad, comprensivo de estimaciones económicas hasta el 2021- folios 264 al 455-, un compendio de la diversa normativa de aplicación que considera ha determinado las restricciones por cuya causa reclama y el denominado “*Plan para la nueva transición a la nueva normalidad*”.

Con fecha 16 de junio de 2021, la reclamante presentó documentación adicional consistente en el informe anual del 2020 elaborado por el Banco de España; varias publicaciones sobre proyección económica del Instituto Nacional de Estadística y de la Oficina Europea de Estadística, sobre la evolución del PIB y proyecciones macroeconómicas entre el 2021 y el 2023; la “Cuenta Satélite del Turismo de España, en revisión del 2019”, publicada por el INE; varias publicaciones de AENA, sobre el tráfico de viajeros y operaciones turísticas; el informe sobre la coyuntura turística hotelera del INE, con datos provisionales del 2021; publicaciones de BANKIA sobre estimaciones económicas en el 2021 en el sector hotelero; diversas facturas sobre el coste de test de antígenos y la compra de diverso material sanitario a cargo de la reclamante; las dos primeras páginas del contrato de arrendamiento para uso distinto a vivienda de cierto local sito en la planta baja de la reclamante por la mercantil vinculada dedicada a la restauración “KABUKI WELLINGTON S.L.” y facturas del pago de ese alquiler; las dos primeras páginas del contrato de arrendamiento para uso distinto a vivienda de cierto local de la mercantil reclamante por otra mercantil vinculada dedicada a la restauración “LULA QUINCE MIL S.L.” y diversas facturas del pago de alquiler; las dos primeras páginas del contrato de arrendamiento para uso distinto a vivienda de cierto local de la reclamante por otra mercantil vinculada dedicada a al sector del Spa “AL PROYECTOS WELLNESS LIFESTYLE S.L.” y varias facturas del pago de alquiler; las

dos primeras páginas del contrato de arrendamiento de diversas vitrinas para emplazamiento publicitario de la reclamante, por otra mercantil “VIKEM NAU 22 S.L.” y facturas del pago de alquiler y una nota descriptiva, de los gastos por diferentes actuaciones de remodelación, decoración y obras sobre el hotel, entre los años 2017 a 2020.

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 en el expediente que con fecha 29 de noviembre de 2021 el secretario general técnico de la Consejería de Sanidad solicitó 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.

Dicho informe fue emitido el 9 de febrero de 2022 – folios 1154 al 1187-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 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. Destaca que se basan en las recomendaciones que se recogen en el documento “*Actuaciones de respuesta coordinada para el control de la transmisión de COVID-19*” adoptado por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud el 22 de octubre de 2020. En él se incluyen opciones y recomendaciones de actuación para una respuesta proporcional a distintos niveles de alerta definidos por un proceso de evaluación del riesgo en base al conjunto de indicadores epidemiológicos, de capacidad asistencial y de salud pública.

El informe justifica las medidas adoptadas al ajustarse a la legalidad vigente. Concluye que fueron adecuadas, idóneas y proporcionales a la finalidad pretendida, con carácter temporal y continuamente revisadas.

Considera que no concurren los requisitos de la responsabilidad patrimonial ya que las medidas sanitarias fueron necesarias y justificaban en motivos de extraordinaria gravedad y/o urgencia, por la complejidad de 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 la Comunidad de Madrid, desde el momento en que decayó el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020 (esto es desde el 21 de junio de 2020 en adelante), y la competencia para la adopción de las medidas preventivas corresponde

a la Comunidad de Madrid, en ningún momento se suspendió completamente y con carácter general la actividad del sector económico al que pertenece la reclamante (alojamientos turísticos), de tal manera que en esta región (y desde el momento en que las competencias sobre la gestión de la epidemia tornaron a la Comunidad de Madrid) la interesada ha podido desarrollar en todo momento la actividad que le es propia en los establecimientos turísticos objeto de la presente reclamación, si bien es cierto respetando y ajustándose a las debidas medidas preventivas 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, se confirió trámite de audiencia a la reclamante el día 10 de febrero de 2022- folios 1880 y1881-.

Con fecha 20 de febrero de 2022 la interesada formula su escrito de alegaciones en las que se reitera en su reclamación indicando que las medidas no afectaron a todos los ciudadanos ni a todas las empresas sino solo a las de determinados sectores, como es el de los alojamientos turísticos. Destaca, además, que disiente de las conclusiones del informe elaborado por la Consejería de Sanidad, por cuanto considera que el mismo confunde los conceptos jurídicos de antijurídica, daño antijurídico y deber jurídico de soportar el daño y argumenta que, por el

hecho de que la actuación administrativa sea lícita, precisa, adecuada o necesaria- como admite que fueron las adoptadas en relación con la Covid-, no se sigue que el administrado tenga el deber de soportar el daño producido con esa actuación y afirma que *“todo daño que soporte el administrado por una actuación administrativa siempre será antijurídico excepto en los casos en que una norma del sistema imponga que debe cargar con él, de una forma expresa.”*

Finalmente, el 3 de marzo de 2022 se formuló la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación formulada contra la Comunidad de Madrid por falta de legitimación pasiva de esta por los daños y perjuicios aducidos desde el 14 de marzo de 2020 y hasta el 20 de junio de ese mismo año y, desestimar la reclamación, en relación con los daños alegados a partir del día 21 de junio de 2020, al no concurrir la antijuridicidad del daño y apreciarse la existencia de fuerza mayor que rompe el nexo causal.

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. Cita a estos efectos los pronunciamientos de la STC 148/2021, de 14 de julio, en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto frente al Real Decreto 463/2020.

Entiende que habría también fuerza mayor rompiendo así la relación de causalidad y destaca que las indemnizaciones concedidas a otras empresas no traen causa del reconocimiento de responsabilidad patrimonial sino de intervenciones de naturaleza expropiatoria.

TERCERO.- El día 10 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 a la letrada vocal Dña. Carmen Cabañas Poveda, 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 19 de abril 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 y 79/22, de 15 de febrero, entre otros muchos.

SEGUNDA.- La reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) en relación con el artículo 4 de la LPAC en cuanto es la persona jurídica que considera que la actuación de la Comunidad de Madrid ha perjudicado sus resultados empresariales.

La mercantil reclamante ostenta dicha legitimación al haber sufrido el daño reprochado, y la interposición de una reclamación conjunta está justificada por el nexo económico y jurídico que supone su actuación bajo una misma marca comercial, sin perjuicio de la correspondiente individualización económica del daño reclamado.

La reclamación está formulada por el director general apoderado de la entidad acreditándose dicha representación mediante la correspondiente escritura de elevación a público de acuerdos sociales.

Ahora bien, no consta en el expediente examinado que se haya recabado la acreditación de la titularidad del inmueble y de la actividad empresarial que se ejerce en el mismo, lo que ha podido generar en la reclamante la confianza de que su reclamación estaba correctamente formulada, por lo que entraremos a conocer del fondo del asunto, sin perjuicio de que, antes de dictarse la resolución final, el instructor del procedimiento requiera a la mercantil reclamante para que subsane el defecto de legitimación advertido.

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.

No obstante, desde la entrada en vigor del estado de alarma, el mismo día de publicación en el Boletín Oficial del Estado (BOE) 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 crisis derivada de la pandemia entre las diferentes Administraciones Públicas, correspondiendo -desde aquel momento- dichas competencias a la Administración General del Estado.

En efecto, el artículo 4.1 del Real Decreto 463/2020, en su redacción originaria, señala que *“a los efectos del estado de alarma, la autoridad competente será el Gobierno”*, concretando el apartado 2 que *“para el ejercicio de las funciones a que se hace referencia en este real decreto, bajo la superior dirección del Presidente del Gobierno, serán autoridades competentes delegadas, en sus respectivas áreas de responsabilidad: a) La Ministra de Defensa, b) El Ministro del Interior, c) El Ministro de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana y d) El Ministro de Sanidad. Asimismo, en las áreas de responsabilidad que no recaigan en la competencia de alguno de los Ministros indicados en los párrafos a), b) o c), será autoridad competente delegada el Ministro de Sanidad”*.

Por tanto, solo cabe extender la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid a las medidas adoptadas por esta Administración y no a aquellas decisiones adoptadas por el Estado durante el estado de alarma. Ello determina la falta de legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid durante el periodo comprendido entre los días 14 de marzo de 2020 y el 21 de junio de 2020.

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 su actividad mercantil en el periodo comprendido entre abril de 2020 y marzo de 2021, 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 y 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, posteriormente, tras el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, cuando se declaró el segundo estado de alarma, por lo que considerando los reclamados como “daños continuados”, según el planteamiento de la reclamante, debe entenderse formulada en plazo la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada el 18 de junio de 2021.

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 de acuerdo con el artículo 82 de la LPAC y se ha formulado una propuesta de resolución en sentido desestimatorio de la reclamación de responsabilidad patrimonial 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 contenido actualmente, en los artículos 32 y siguientes de la LRJSP, completado con lo dispuesto en materia de procedimiento en la ya citada 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 ya expuestos, para declarar la existencia de la responsabilidad patrimonial de esta Administración Autonómica, principiando por la existencia de los daños alegados por la sociedad reclamante. En este sentido, el artículo 32.2 de la LRJSP refiere que el daño alegado 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. En este sentido, 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 del Tribunal Supremo 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, la mercantil reclama por los perjuicios irrogados, tanto en concepto de daño efectivo producido como de lucro cesante, por no haber podido realizar su actividad empresarial con normalidad, es decir, explotar su negocio hotelero y de restauración en la Comunidad de Madrid durante el plazo de duración del estado de alarma y de sus sucesivas prórrogas hasta la fecha en que se formula la reclamación.

Así las cosas, no es posible afirmar que la reclamante haya acreditado debidamente que han sufrido un daño económico cierto e individualizado respecto al hotel y restaurante ubicados en la Comunidad de Madrid, derivado de la declaración del estado de alarma mediante el Real Decreto 463/20 y de todas las medidas preventivas, limitaciones establecidas y restricciones adoptadas por la Comunidad de Madrid en el ámbito de sus competencias a partir del 21 de junio de 2020, limitándose a establecer diversas hipótesis económicas, m a s o menos favorables sobre la proyección económica de su negocio.

Además, la reclamante, después de referirse a las distintas etapas temporales a lo largo del estado de alarma (distinguiendo una primera fase de confinamiento estricto, de otras posteriores con diversas medidas restrictivas) no separan la responsabilidad que -en un hipotético daño- sería imputable a la Administración General del Estado y la de la Comunidad de Madrid en particular, por lo que el daño económico -de existir- no está individualizado ni concretado de forma y manera precisa como impone el artículo 32 de la LRJSP, como reconoce la propia reclamante: *“...Por cuanto hace referencia a los daños derivados de la aprobación de medidas limitativas de la actividad*

económica de mi representada y de las medidas limitativas de los movimientos de los ciudadanos, Hotel... no es capaz de identificar los daños que le han sido causados por cada uno de estos poderes públicos que han intervenido en la gestión de la pandemia, en aplicación de los criterios establecidos en el art. 33.2 de la Ley 40/2015 del Régimen Jurídico del Sector Público. “

Además, si analizamos el medio probatorio aportado, esto es el informe pericial emitido por una consultora, vemos que es, a nuestro entender, muy general y descriptivo, sin diferenciar claramente el daño real efectivamente producido de la ganancia dejada de obtener.

Por tanto, a la vista del material probatorio existente en el expediente administrativo, 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 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.

Es más, ha de destacarse que el informe pericial considera que toda la pérdida de negocio es imputable a la actuación de la Administración, sin considerar que la pandemia ha determinado nuevas pautas de conducta que van desde un mayor retraimiento social, con la ausencia o disminución significativa de celebraciones, comidas y 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 del turismo y la restauración, la demanda de estos centros habría sufrido una importante disminución, por más que el informe pericial limite esa circunstancia al mes de marzo de 2020.

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: 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 de 15 de diciembre de 2016 (recurso 2709/2015) que señala: *«La jurisprudencia del Tribunal Supremo orienta esta cuestión exigiendo “una prueba rigurosa de las garantías (sic) dejadas de obtener, observándose que la indemnización de lucro cesante, en coherencia con reiterada jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo 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, 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 (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, en atención a la gravedad de los bienes que se pretende proteger».

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 CE) que cede ante otros derechos constitucionales como el de la vida e integridad física (artículo 15) o ante el principio rector de la política social y económica de protección de la salud (artículo 43 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 la COVID (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 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 cuanto Autoridad competente, 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, además, las diferencias existentes entre la situación del primer estado de alarma respecto del segundo. Así, destaca que esta medida de 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”*. Asimismo, la limitación de la permanencia de grupos de personas en espacios públicos y privados y en lugares de culto se considera como *“una medida necesaria y adecuada con los mismos argumentos citados anteriormente”*.

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 pudiera, llegado el caso, ser apreciada por los órganos judiciales que estuvieran conociendo o llegaran aún a conocer de pretensiones al respecto, siempre conforme a lo dispuesto en la legislación general aplicable y a lo establecido, específicamente, en el art. 40. 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.

ii) Una vez expuesta la doctrina del Tribunal Constitucional aplicable al caso, señalaremos que en la reclamación formulada las medidas objeto de reproche son las adoptadas por los órganos competentes de la Comunidad de Madrid desde el 21 de junio de 2020.

Tal y como venimos señalado, 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.

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 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 COVID-19.

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 plena 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 la existencia de 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, cierres de empresas o sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas.

Para finalizar con la normativa estatal habilitante de la actuación administrativa objeto de reproche, resulta de inmediata 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 ya citada Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid, que no solo impone un deber general a toda la población de colaboración con la autoridad sanitaria (artículo 53.4) sino que además, el artículo 55.1 dispone las facultades de las que puede hacer uso la autoridad competente en materia de Salud Pública, en función de la situación de la Comunidad de Madrid.

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 dictadas por la Administración autonómica que son objeto de reproche.

i) Así, la justificación previa de las medidas restrictivas de la actividad de la reclamante en el ámbito de hostelería y restauración se encuentra detallada 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 el control de la misma (...) 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 COVID-19 ante la eventual aparición de nuevos brotes epidemiológicos o nuevas cadenas de transmisión no identificadas que pudieran comprometer la integridad física y la salud de las personas, 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 ...”.

De la lectura de este expositivo podemos afirmar sin esfuerzo dialéctico, que los actos administrativos objeto de reproche están justificados por la gravísima situación sanitaria y epidemiológica en que se adoptaron. Se trata de las actuaciones aplicables a toda la actividad económica relativa a los alojamientos turísticos y actividades de hostelería y restauración, y se concretan en las medidas establecidas inicialmente en la Orden 668/20 y en todas sus modificaciones posteriores. Sin ánimo de ser exhaustivos serían:

- Instalación de carteles informativos en los idiomas más habituales de los clientes exponiendo las condiciones restrictivas de uso de las instalaciones y las normas de higiene a observar en relación con la prevención de contagios.

- Medidas destinadas a garantizar la distancia interpersonal en zonas comunes y la adecuada limpieza y desinfección, disponiendo de un procedimiento documentado de limpieza, de acuerdo con las medidas generales de prevención e higiene frente a la COVID-19 indicadas por las autoridades sanitarias.

- Limitaciones de aforo en la ocupación de las zonas comunes de los hoteles y alojamientos turísticos.

- Prohibición del uso fraccionado en la modalidad de alojamiento turístico de hostales y pensiones, por sus especiales características.

Por su parte, en relación con la actividad de hostelería y restauración, los artículos vigesimoprimeros y siguientes de la Orden 668/20 imponen unas medidas de higiene para el desarrollo de actividad en los establecimientos de hostelería y restauración; con medidas y condiciones para el desarrollo de esta actividad en espacios interiores así como en terrazas al aire libre.

ii) 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, la reclamante reprocha las medidas adoptadas incidiendo en que esta reacción ante la pandemia fue especialmente intensa en su sector de actividad. Sin embargo, es de advertir, en primer lugar, que 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, la 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 ni los establecimientos turísticos ni la hostelería fueron clausurados.

Por otro lado, se adoptaron, en relación con las terrazas al aire libre medidas de flexibilización por la Orden 305/2020, de 26 de mayo, de la Consejería de Justicia, Interior y Víctimas, por la que se adoptan medidas de flexibilización para la instalación de terrazas como consecuencia de la entrada de la Comunidad de Madrid en la Fase 1 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad, cuyos efectos se mantuvieron de acuerdo con la Orden 572/2021, de 7 de mayo, de la Consejería de Sanidad y por la Orden 1244/2021, de 1 de octubre, de la Consejería de Sanidad.

Por último, es lo cierto que 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, que actualizadas a 30 de noviembre de 2021, serían de 25.500 fallecidos, y 127.000 hospitalizados.

Además, el informe de la Viceconsejería de Salud Pública y Plan COVID-19, 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 justificar las medidas adoptadas con arreglo a la legalidad; por lo que reiteramos que los daños sufridos objeto de reproche no son antijurídicos.

iii) 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 (...). Evidentemente, junto con este fundamento constitucional, la responsabilidad patrimonial también se fundamenta en el principio de solidaridad -en cuanto no sería justo que un sólo sujeto lesionado tuviera que hacer frente a las consecuencias lesivas de los actos de los Poderes públicos-; e, igualmente, también encuentra su fundamento en la confianza legítima que los citados Poderes han podido crear en los ciudadanos. (...)”.

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), en la que, «*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, señala la sentencia de 14 de octubre de 2003 que “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, como pretende el recurrente, se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico».

Por tanto, ante lo aducido por la reclamante en cuanto a que la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas sería objetiva por la titularidad de los servicios afectados y 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 las Administraciones Públicas, y en concreto la de la Comunidad de Madrid, no son aseguradoras universales 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.

Finalmente, y aun cuando la situación epidemiológica y sanitaria sufrida -desgraciadamente- en España a lo largo de los años 2020 y 2021, no es comparable por su magnitud con la crisis padecida por el contagio del virus del Ébola de un paciente a una de las enfermeras que le atendió, ha de traerse a colación la Sentencia de 10 de enero de 2019 (rec. 785/2015), en la que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid tuvo ocasión de pronunciarse sobre la adopción de las medidas adoptadas por las autoridades sanitarias de la Comunidad de Madrid.

Su fundamento jurídico duodécimo arroja luz sobre la cuestión y sus consideraciones son trasladables al supuesto actual:

“Finalmente, en cuanto a la legalidad de las medidas adoptadas por la Administración, en el supuesto que nos ocupa su actuación está amparada por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública. El artículo 3 de esta última enumera los principios a los que están sujetas las Administraciones públicas y los sujetos privados en sus actuaciones de salud pública y acciones sobre la salud colectiva, que son: el de equidad, el principio de salud en todas las políticas, el de pertinencia, el de precaución, el de evaluación, el de transparencia, el de integralidad y el de seguridad. Centrándonos en los principios de pertinencia y precaución, según el primero, las actuaciones de salud pública atenderán a la magnitud de los problemas de salud que pretenden corregir, justificando su necesidad de acuerdo con los criterios de proporcionalidad, eficiencia y sostenibilidad. Por su parte, conforme al de precaución, la existencia de indicios fundados de una posible afectación grave de la salud de la población, aun cuando hubiera incertidumbre científica sobre el carácter del riesgo, determinará la cesación, prohibición o limitación de la actividad sobre la que concurran. (...).

A juicio de la Sala, en el supuesto de autos se ha aplicado correctamente el principio de precaución (...) Por tanto, es obligado concluir que la Administración actuó conforme a derecho”.

Por tanto, 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 el carácter de antijurídico, pues es consecuencia -como hemos visto- de la normativa aplicable; también podría considerarse la existencia de fuerza mayor, que rompería el nexo causal entre la actuación administrativa y el perjuicio producido.

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 y 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 (STS de 2 de abril de 1985) o los acaecimientos realmente insólitos y extraños al campo normal de las previsiones típicas de cada actividad o servicio, según su propia naturaleza (STS de 4 de febrero de 1983).

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 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 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 las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Desestimar la reclamación formulada contra la Comunidad de Madrid por los daños y perjuicios aducidos desde el 14

de marzo al 21 de junio de 2020, por falta de legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid.

SEGUNDA.- Desestimar la reclamación, al no ser antijurídicos los daños alegados por la reclamante a partir del 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 225/22

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid