

Dictamen nº: **287/22**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **18.05.22**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 18 de mayo 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 la sociedad denominada “TRIANGULUM 2018 S.L.”, por los daños sufridos en su actividad de discoteca, que atribuye a las medidas adoptadas por la Administración tras la declaración del estado de alarma para hacer frente a la situación sanitaria provocada por la COVID-19.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito presentado el 25 de octubre de 2021, la sociedad mercantil citada anteriormente formula reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios causados por las medidas adoptadas por parte de la Comunidad de Madrid, en el período comprendido entre el 21 de junio de 2020 y el 24 de octubre de 2020, para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19.

En relación con la cuestión planteada, el escrito de reclamación expone que la entidad mercantil reclamante, dispone de título

habilitante para el desarrollo de la actividad de discoteca, en virtud de lo dispuesto en la Ley 19/1997, de 4 de julio, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, cuyo anexo “*Catálogo de espectáculos públicos, actividades recreativas, establecimientos, locales e instalaciones*”, contempla en el apartado IV, epígrafe 4, denominado “De Baile”, apartado 4.1: “4.1 Discotecas y salas de baile.” Destaca que la actividad dispone de terraza al aire libre.

La sociedad reclamante sostiene que, dentro del periodo objeto de reclamación (21 de junio de 2020 a 24 de octubre de 2020) podría haber desarrollado su actividad de discoteca con terraza al aire libre, conforme a su título habilitante, en horario comprendido entre las 17:00 horas y hasta las a 05:30 horas y con plenitud de rendimiento que deriva del aforo reconocido en la licencia de funcionamiento. Sin embargo, la Comunidad de Madrid, en el ejercicio de sus competencias, optó por gestionar la crisis que deriva de la pandemia, por la restricción de su derecho, en un primer escenario temporal, para, en un segundo, drásticamente impedir la apertura de la actividad, “*prohibiendo su legítimo funcionamiento*”, sin que existiere una causa legítima provocada por el administrado, sino que venía impuesta por la gestión de la comunidad autónoma.

El escrito de reclamación señala que la sociedad reclamante ha podido desarrollar su actividad con las limitaciones impuestas por la Comunidad de Madrid en parte de dicho periodo, concretamente entre el 3 de julio y el 18 de agosto, y en el resto no ha podido desarrollar su actividad porque la misma fue suspendida por la Comunidad de Madrid. En este sentido, detalla dos periodos de suspensión, uno entre el 21 de junio y hasta el 3 de julio de 2020, y otro que empieza el 18 de agosto y que termina el 24 de octubre. Sin perjuicio de ello, en el periodo comprendido entre el 15 de octubre y el 24 de octubre se permitió la apertura con horario de restaurante.

La sociedad interesada continúa detallando que el fin del estado de alarma se produjo a las 00:00 horas del día 21 de junio de 2020, momento en el que inició su vigencia la Orden 668/2020, de 19 de junio, de la Consejería de Sanidad, por la que se establecen medidas preventivas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Destaca que esa orden, permitía la apertura de la actividad de discoteca, salvo en el periodo del 21 de junio al 3 de julio, pero imponiendo fuertes e importantes limitaciones/restricciones a su ejercicio.

Tras ello, vendría el periodo de prohibición de la actividad por la Orden 1008/2020, de 18 de agosto, de la Consejería de Sanidad, que modifica la Orden 668/2020, de 19 de junio de 2020, por la que se establecen medidas preventivas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 una vez finalizada la prórroga del estado de alarma establecida por el Real Decreto 555/2020, de 5 de junio, para la aplicación de las actuaciones coordinadas en salud pública para responder a la situación de especial riesgo derivada del incremento de casos positivos por COVID-19, de manera que no pudo desarrollar su actividad, al haberse suspendido la misma, desde el 18 de agosto y hasta las 23:59 horas del 24 de octubre de 2020 (sin perjuicio de permitirse su funcionamiento como restaurante a partir del 15 de octubre).

Continúa detallando que es notorio, que todas las resoluciones a que se ha hecho referencia cesan su vigencia con la declaración por el Gobierno de la Nación del segundo estado de alarma, en virtud de Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara, de nuevo, el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, que entró en vigor, según su disposición final segunda, el día 25 de octubre de 2020, con su publicación en el BOE. Por ello, subraya que la fecha de cierre de la reclamación es el 24 de

octubre de 2020, fecha en la que cesa la vigencia de las restricciones llevadas a cabo por la Comunidad de Madrid.

La sociedad reclamante señala que el motivo de reclamación no es otro que obtener de la Comunidad de Madrid la justa indemnización por los daños y perjuicios que se le han irrogado a causa de las limitaciones y restricciones impuestas a su actividad, y como consecuencia de la prohibición del desarrollo de su actividad. Explica que ha solicitado la elaboración de un informe pericial económico con el que acreditar fundadamente cuáles son los daños y perjuicios que ha sufrido en el periodo comprendido entre el 21 de junio de 2020 y el 24 de octubre de 2020 y que aportará a la mayor brevedad posible, si bien fija inicialmente el importe de la indemnización por los daños y perjuicios sufridos en dos millones de euros, en los que incluye el daño moral.

Tras destacar que las limitaciones y posterior suspensión del ocio nocturno no trae causa de informes de técnicos en la materia, de médicos o de epidemiólogos, sino que se trataba de decisiones puramente políticas, de gestión administrativa, destaca que se trata de medidas contrarias a derecho porque, sin causa técnica o médica que la ampare, va dirigida a todo un sector, el del ocio, con carácter general e indiscriminado y se adoptan sin un patrón técnico que las respalde y, sobre todo, sin una respuesta adecuada y proporcionada, obligando al administrado a que se sacrifique cerrando su establecimiento sin derecho a compensación alguna. Remarca que solo se suspendió el ocio nocturno, reglado, pero no se impidió que la gente siguiera bebiendo en la calle, en los conocidos botellones, que considera foco importante de contagios, siendo la verdadera lacra que es la que debe ser perseguida y castigada, según la sociedad reclamante, y no la del ocio respetable, el reglado, el sujeto a un sinfín de normas que reglamentan y objetivaban su actividad.

La sociedad reclamante culmina afirmando la concurrencia de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial y reclamando una indemnización de dos millones euros, sin perjuicio de su posterior concreción, por el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral.

El escrito de reclamación se acompaña con copia de la escritura pública de constitución de la sociedad reclamante y sus estatutos, de la que resulta que el firmante del escrito de reclamación es el consejero delegado de la mercantil interesada; la licencia de primera ocupación y funcionamiento; una solicitud de cambio de titularidad de la licencia y el contrato de gestión de actividad de discoteca suscrito por la entidad reclamante el 18 de septiembre de 2018(folios 1 a 119 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 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 24 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 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 después hasta el día 9 de mayo de 2021 en que finalizó dicho estado. En la Comunidad de Madrid, la Orden 572/2021, de 7 de mayo, implantó las medidas adecuadas tras el decaimiento del estado de alarma.

El informe refiere que las medidas preventivas adoptadas por la Comunidad de Madrid tuvieron como finalidad proteger la salud y seguridad de los ciudadanos, contener la progresión de la enfermedad y

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

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

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

Además, el informe aclara que las medidas adoptadas son similares (con matices en cuanto a su intensidad y a las características de cada territorio) a las que se han adoptado en el resto de España y en los países de nuestro entorno para combatir la enfermedad. Tales medidas se centran en reducir la interacción social de la población, prevenir las aglomeraciones y garantizar el cumplimiento de las distancias de seguridad interpersonal y demás medidas de higiene. Sin ánimo exhaustivo, pueden citarse la reducción de aforo para la realización de determinadas actividades profesionales para evitar aglomeraciones y permitir el respeto de la distancia de seguridad, limitaciones de horarios comerciales en algunos sectores, restricciones

temporales de entrada y salida de ámbitos territoriales con una mayor incidencia de la enfermedad, limitación a participación en grupos, o a la movilidad nocturna y que estas tres últimas fueron consideradas adecuadas, proporcionales y ajustadas al bloque de constitucionalidad, según la Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de octubre de 2021. También considera que estas medidas preventivas temporales, además de ser necesarias y urgentes, son proporcionales a la entidad del peligro y a las consecuencias de la enfermedad y, en este sentido, indica que han sido objeto de continua adaptación a la situación epidemiológica modificándose en función de su evolución.

Por lo que se refiere a la actividad de ocio nocturno de la sociedad reclamante, el informe realiza una detallada exposición de las medidas adoptadas con particular referencia a la Orden 668/2020, de 19 de junio; la Orden 740/2020, de 1 de julio, que modificó la anterior a los efectos de permitir la reanudación de la actividad de los establecimientos de ocio nocturno desde el 3 de julio de 2020, adaptándose a una serie de medidas preventivas en materia de aforo y distancias de seguridad a los efectos de garantizar la salud pública tal y como exigía la situación epidemiológica y la Orden 1008/2020, de 18 de agosto, por la que se modifica la Orden 668/2020, a los efectos de suspender la actividad en los locales de ocio nocturno en cumplimiento de la Orden del ministro de Sanidad de 14 de agosto de 2020.

El informe refiere que, además, la Comunidad de Madrid realizó una serie de medidas flexibilizadoras al efecto de que estos establecimientos pudieran desarrollar parte de su actividad. Así, a partir del 21 de junio de 2020, se permitió que realizaran su actividad en terrazas y espacios al aire libre y mediante la Orden 1342/2020, de 14 de octubre, se modificó el apartado vigesimocuarto de la Orden 668/2020 a los efectos de que, mientras produjera efectos la suspensión de actividad de ocio nocturno adoptada en la Orden comunicada del ministro de Sanidad de 14 de agosto de 2020, las

discotecas, salas de baile, salas de fiestas, restaurantes-espectáculo y café-espectáculo podrán hacer uso de los equipos e instalaciones que su licencia de funcionamiento autorice para el ejercicio de la actividad complementaria de hostelería y restauración.

Es decir, como explica el informe, la Comunidad de Madrid habilitó una “*reconversión de su actividad*” a los efectos de permitir a estos establecimientos funcionar como un establecimiento de hostelería y restauración y así permitir el desarrollo de cierta actividad (dado que la Orden comunicada del ministro de Sanidad de 14 de agosto de 2020 impedía el desarrollo de actividad como discoteca).

Por tanto, el informe concluye que, por un lado, la suspensión de la actividad del ocio nocturno desde el 14 de agosto de 2020 no es una actuación imputable a la Comunidad de Madrid dado que tal medida fue adoptada por el ministro de Sanidad en ejercicio de sus competencias constitucionales, viniendo la Comunidad de Madrid obligada a su adopción dado que son medidas de obligado cumplimiento para todas las comunidades y ciudades autónomas. Por otro lado, y con independencia de lo anterior, la adopción de las medidas preventivas sanitarias objeto de reproche y que constituyen el fundamento de la pretensión resultan necesarias y se encuentran justificadas en motivos de extraordinaria gravedad o urgencia, amparadas en las disposiciones legales.

Tras la incorporación al procedimiento del anterior informe, se confirió trámite de audiencia a la sociedad reclamante, que el 24 de marzo de 2022 formula su escrito de alegaciones en las que se ratifica en los términos de su reclamación inicial y adjunta el informe pericial anunciado en su escrito inicial. En virtud de lo expresado en el mencionado informe, cuantifica el importe de la indemnización solicitada en 90.908,70 euros, en atención a 40.908,70 euros por daño emergente y 50.000 euros por daños morales, considerando “*la pérdida*

de la imagen y prestigio de una sociedad y de un establecimiento que tanto esfuerzo costó conseguir, tras años de arduo trabajo y dedicación". Asimismo, adjunta, a fin de acreditar la concurrencia de antijuridicidad, un informe de 29 de diciembre de 2021, emitido por el Instituto de Salud Carlos III.

Finalmente, el 31 de marzo de 2022 se formuló la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación formulada contra la Comunidad de Madrid, al no concurrir la antijuridicidad del daño y apreciarse la existencia de fuerza mayor que rompe el nexo causal entre la actuación administrativa y el perjuicio producido. La propuesta de resolución destaca que los daños sufridos por la reclamante no son antijurídicos y que, en consecuencia, tiene el deber de soportarlos habida cuenta de la necesidad de las medidas adoptadas para impedir la expansión de la pandemia. Menciona a estos efectos, como fundamento jurídico, los dictámenes emitidos en esta materia por esta Comisión Jurídica Asesora.

TERCERO.- El día 4 de abril de 2022 tuvo entrada en esta Comisión Jurídica Asesora la solicitud de dictamen en relación con la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada.

El expediente correspondió por turno de reparto a la letrada vocal Dña. Ana Sofía Sánchez San Millán, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 18 de mayo 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 y 11/22, de 11 de enero, entre otros muchos.

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

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 de discoteca en la ciudad de Madrid. La mercantil reclamante actúa representada por su consejero delegado, habiendo quedado acreditada en el expediente la representación que ostenta el firmante del escrito de reclamación.

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

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 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 el 21 de junio de 2020 y 24 de octubre de 2020, esto es, el periodo intermedio entre la terminación del primer estado de alarma, declarado por el Real Decreto 463/2020 y el segundo estado de alarma, aprobado por Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre.

Así las cosas, debe reputarse formulada en plazo la reclamación presentada el 25 de octubre de 2021, teniendo en cuenta el computo de plazos “*de fecha a fecha*” establecido en el artículo 5 del Código Civil, en relación con los plazos señalados por años, y lo establecido en el artículo 30.5 de la LPAC (“*cuando el último día del plazo sea inhábil, se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente*”).

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 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 Autonómica, 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, la mercantil reclamante que, en un principio fijó la indemnización solicitada en dos millones de euros, posteriormente ha aportado un informe pericial que fija en 40.908,70 euros el importe a reclamar por el daño emergente sufrido por la sociedad reclamante. A dicha cantidad, la mercantil interesada adiciona 50.000 euros en concepto de daño moral.

Por lo que se refiere al daño emergente, 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. El informe pericial aportado no realiza un examen detallado de las partidas

reclamadas, realizándose una remisión a documentación interna de la empresa que no resulta adecuada para acreditar el daño y que tampoco permite determinar con claridad la responsabilidad que sería imputable a la Comunidad de Madrid, pues no distingue los periodos en que la mercantil interesada sí pudo ejercer la actividad como sostiene en el escrito de reclamación(entre el 3 de julio y el 18 de agosto y el comprendido entre el 15 y el 24 de octubre que se permitió la apertura como restaurante).

Además, no puede pretenderse que todo el daño que la mercantil interesada dice sufrido en el periodo reclamado sea imputable a las medidas adoptadas por la Comunidad de Madrid, pues, como después analizaremos, la suspensión de la actividad de discoteca desde el 18 de agosto de 2020 resulta de una orden dictada por la Administración General del Estado y de obligado cumplimiento tanto para la Comunidad de Madrid, como para el resto de comunidades autónomas.

Por otro lado, como hemos señalado en anteriores dictámenes, no puede pretenderse que toda la pérdida de negocio sea imputable a la actuación de la Administración autonómica como sostiene la reclamante, toda vez que la pandemia ha conllevado nuevas pautas de conducta, que implican un mayor retramiento social, de manera que se puede entender que, aunque no se hubieran adoptado medidas restrictivas respecto a una serie de sectores como es el de las discotecas y salas de baile, la demanda habría sufrido una importante bajada.

En cuanto al pretendido daño moral, cabe señalar que el Tribunal Supremo considera que “*los daños morales, por oposición a los meramente patrimoniales, son los derivados de las lesiones de derechos inmateriales*” (así Sentencia de 6 de abril de 2006) y que “*la situación básica para que pueda darse un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico o espiritual, impotencia, zozobra, ansiedad, angustia*”, constituyendo “*estados de ánimo permanentes de*

una cierta intensidad (...)". En la Sentencia de 14 de marzo de 2007, se mantiene que “*a efectos de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración se incluye el daño moral. Sin embargo, por tal no podemos entender una mera situación de malestar o incertidumbre, salvo cuando la misma ha tenido una repercusión psicofísica grave*”.

Por otro lado, cabe recordar que el Tribunal Constitucional ha reconocido expresamente este derecho a las personas jurídicas en la STC 139/1995, de 26 de septiembre, afirmando (F.J. 5º) que:

“(...) la persona jurídica también puede ver lesionado su derecho al honor a través de la divulgación de hechos concernientes a su entidad, cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena”.

Ahora bien, al igual que el daño patrimonial, el daño moral debe ser probado y en este caso ninguna prueba ofrece la reclamante en cuanto a que la actuación de la Administración haya supuesto un menoscabo a su reputación.

Por tanto, este órgano consultivo no puede tener por cumplidos los requisitos que -para la existencia de un daño- establece la normativa y la jurisprudencia aplicables; pues una cosa es que ciertamente la reclamante no haya podido ejercer con normalidad su actividad empresarial 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.

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.

Como hemos visto en los antecedentes, las medidas objeto de reproche por parte de la mercantil reclamante son las adoptadas por los órganos competentes de la Comunidad de Madrid desde el 21 de junio de 2020 y hasta la declaración del segundo estado de alarma por Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre.

Pues bien, en contra de lo alegado por la entidad reclamante, cabe sostener que la interesada 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, 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 Constitución Española, 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, una vez finalizado el primer estado de alarma, parte del 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 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 sanitariamente 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 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.

- En primer lugar, tal y como señala el informe de la Viceconsejería de Asistencia Sanitaria y Salud Pública de la Comunidad de Madrid que obra en el procedimiento, cabe señalar que la actividad de los establecimientos de ocio como el de la mercantil interesada estuvo suspendida en todo el territorio nacional desde la declaración del primer estado de alarma, esto es, desde el 14 de marzo de 2020. No obstante, como destaca el informe, a pesar de esa suspensión, la Comunidad de Madrid adoptó una serie de medidas que pretendían flexibilizar esa suspensión y así se aprobó 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 y que consideró asimilables a cafeterías, bares y restaurantes, y en consecuencia podrían ser autorizados para la instalación de terrazas, distintos locales y establecimientos, entre los que se incluyó las discotecas y salas de baile.

- Posteriormente, la Comunidad de Madrid aprobó la Orden 668/2020, de 19 de junio, cuyo artículo vigesimocuarto estableció las medidas y condiciones para el desarrollo de actividad de discotecas y bares de ocio nocturno, disponiéndose que podrían reanudar su actividad a partir del 6 de julio de 2020 en las condiciones que determinase la autoridad sanitaria en función de la evolución epidemiológica. No obstante, desde la entrada en vigor de la orden y hasta el 5 de julio de 2020 se permitió que las terrazas al aire libre de estos establecimientos pudieran abrir limitando su aforo al ochenta por ciento y desde el 6 de julio de 2020 al cien por cien, siempre garantizando el mantenimiento de la debida distancia de seguridad interpersonal de, al menos, 1,5 metros entre clientes o, en su caso, grupos de clientes y entre las mesas o, en su caso, agrupación de mesas.

La justificación previa de las medidas restrictivas de la actividad de la reclamante, además de estar amparadas en la disposiciones legales que hemos citado en la consideración anterior, se encuentra detallada en la exposición de motivos de la Orden 668/2020 cuando dispone que *“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 ...”.

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 en general y la relativa al sector de la actividad de discotecas en particular, que se concretan en las medidas establecidas en la citada Orden 668/20 y en sus modificaciones posteriores durante su vigencia.

En este sentido, teniendo en cuenta que las actuaciones de salud pública y las medidas adoptadas por las Administraciones sanitarias debían evaluarse con una periodicidad acorde al carácter de la acción implantada, de acuerdo con el criterio de proporcionalidad y de precaución, prestando especial atención a los ámbitos sanitario, laboral, local y a los factores sociales, económicos y culturales que influyen en la salud de las personas, se aprobó la Orden 740/2020, de 1 de julio, de la Consejería de Sanidad, por la que se modifica la Orden 668/2020, de 19 de junio, y en lo que concierne a la actividad de discotecas y establecimientos de ocio nocturno, permitió su reapertura desde el 3 de julio, observando las medidas de higiene exigidas con carácter general para los establecimientos de hostelería y restauración y las medidas y condiciones recogidas en el apartado vigesimocuarto de la Orden 668/2020.

Conviene precisar, que, las limitaciones y restricciones a la actividad empresarial de la reclamante le han podido afectar -como a todos los establecimientos del 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.

En cuanto a que las citadas medidas fueron adoptadas sin ningún criterio técnico, como afirma la sociedad reclamante, hemos de acudir a la justificación concreta que recoge el informe de la Viceconsejería de Asistencia Sanitaria y Salud Pública, en cuanto se remite al documento del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud de 22 de octubre de 2020, en el que se señala:

“los estudios epidemiológicos sobre la enfermedad indican que la mayoría de las infecciones se producen principalmente por contacto cercano y exposiciones prolongadas a las gotas respiratorias que contienen el virus, así como por la inhalación de aerosoles con partículas virales en suspensión y el contacto directo o indirecto con secreciones respiratorias infectadas.

La transmisión se ve favorecida en lugares cerrados, mal ventilados, con afluencia de muchas personas y donde no se observen las medidas de distanciamiento e higiene y prevención durante todo el tiempo, situación ésta en la que se ha demostrado que la probabilidad de contagio es muy superior a la que se produce de los espacios abiertos y bien ventilados.

En este sentido, se consideran eficaces la limitación del número de personas no convivientes en las reuniones, sobre todo en interiores, la recomendación de relacionarse en burbujas sociales estructuradas en grupos de convivencia estable y la recomendación de permanecer en el domicilio.

Ante esta evidencia el CISNS recomienda promover todas aquellas actividades que se puedan realizar al aire libre donde la reducción de aforos no tiene que ser tan estricta, promover el cierre o la reducción de aforos de los establecimientos en los que no se pueda garantizar una adecuada ventilación y un cumplimiento de las medidas de prevención e higiene.

Las medidas recomendadas desde el CISNS van desde la limitación de aforos y horarios para el desarrollo de determinadas actividades hasta la suspensión o cierre de actividades, pasando por la limitación de participaciones en grupos o restricciones a la movilidad”.

Por lo que se refiere a la alegación de la reclamante de que no se prohibieran los llamados “botellones”, cabe recordar que el consumo de bebidas alcohólicas en la vía pública está prohibido en la Comunidad de Madrid, siendo esta la primera comunidad autónoma que aprobó dicha prohibición en la Ley 5/2002, de 27 de junio, sobre Drogodependencias y otros Trastornos Adictivos.

- Continuando con las medidas adoptadas por la Comunidad de Madrid en el periodo reclamado, debemos mencionar la Orden 1008/2020, de 18 de agosto, cuyo apartado seis modificó el apartado vigesimocuarto de la Orden 668/2020, en el sentido de suspender la actividad de los locales de discotecas y demás establecimientos de ocio nocturno hasta la finalización de la vigencia de la declaración de actuaciones coordinadas en salud pública para responder ante la situación de especial riesgo derivada del incremento de casos positivos por COVID-19 aprobada mediante Orden comunicada del ministro de Sanidad de 14 de agosto de 2020.

La citada Orden comunicada de 14 de agosto de 2020 se aprobó por el Ministerio de Sanidad teniendo en cuenta la evolución de la pandemia y los brotes detectados en algunos ámbitos concretos. Así la parte expositiva de la citada orden señalaba lo siguiente:

“Durante las últimas semanas, se ha incrementado el número de brotes generados en el ámbito social, que suponen casi el 40% de los mismos. Entre estos brotes, los más importantes son aquellos relacionados con reuniones familiares o de amigos y los producidos

en locales de ocio con horario mayoritariamente nocturno (bares de copas, discotecas y salas de baile)

Los primeros son los más numerosos, pero los segundos, afectan a grupos más grandes de población, difícilmente identificables, con orígenes geográficos muy diversos y que debido a las grandes dificultades de localización que generan impiden la aplicación temprana y eficaz de las medidas de control.

(...) Los locales de ocio con horario mayoritariamente nocturno (bares de copas, discotecas y salas de baile), constituyen actualmente el origen de los brotes epidémicos con mayor número de casos asociados (media de 31 casos identificados por brote), pero además son los brotes origen de una gran parte de la transmisión comunitaria actual y de casos en varias comunidades autónomas, debido a que afectan a grupos grandes de población, difícilmente identificables, con orígenes geográficos muy diversos y que por las grandes dificultades de localización que generan, impiden la aplicación temprana y eficaz de las medidas de control. A pesar de las medidas adoptadas por las autoridades sanitarias autonómicas para restringir o limitar la actividad de estos locales de ocio, se han seguido registrando brotes asociados a este sector de actividad. En este sentido, la propia naturaleza de la actividad que se desarrolla en el interior de estos locales dificulta enormemente la implementación práctica de otras medidas como el distanciamiento interpersonal”.

La citada declaración de actuaciones coordinadas, que incluía el cierre de discotecas, salas de baile y bares de copas, viene referida a un ámbito material en el que la Administración General del Estado tiene atribuidas funciones de coordinación general de la sanidad, de acuerdo con el orden constitucional de distribución de competencias e incluye a todas las comunidades autónomas y ciudades autónomas de Ceuta y

Melilla a los efectos previstos en el artículo 65 de la citada Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

Por lo tanto, la Comunidad de Madrid estaba obligada a su cumplimiento al amparo de lo establecido el artículo 65 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, que establece en su apartado primero que *«la declaración de actuaciones coordinadas en salud pública corresponderá al Ministerio de Sanidad, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, con audiencia de las comunidades directamente afectadas, salvo en situaciones de urgente necesidad, en cuyo caso se tomarán las medidas que sean estrictamente necesarias y se le informará de manera urgente de las medidas adoptadas»* y en su apartado segundo que la declaración de actuaciones coordinadas, aprobada por el Ministerio de Sanidad, es de obligado cumplimiento por todas las partes incluidas.

En definitiva, cabe concluir que el cierre de la discoteca de la sociedad reclamante en el periodo que venimos analizando no sería imputable a la Comunidad de Madrid, sino a una medida adoptada por la Administración General del Estado, en el ámbito de sus competencias de coordinación general de la sanidad, y de obligado cumplimiento para esta comunidad autónoma.

No obstante, también en este periodo, la Comunidad de Madrid adoptó medidas flexibilizadoras de manera que mediante la Orden 1342/2020, de 14 de octubre, se permitió que las discotecas pudieran funcionar como un establecimiento de hostelería y restauración y así pudieran desarrollar cierta actividad.

SEXTA.- Además de lo dicho hasta ahora, 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 occasionados por el ejercicio de tal potestad no se circunscribiesen exclusivamente a personas individuales, ya que en este último caso no se estaría, ante una carga colectiva o social sino ante unas cargas concretas e individualizadas.

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

En términos semejantes se pronuncia la misma Sala en su Sentencia de 21 de diciembre de 2012 (rec. 43/2012) en la que destaca que una medida legal, justificada suficientemente en su preámbulo, que adopta medidas justificadas y se proyecta sobre el conjunto de los ciudadanos, aun cuando pueda afectar de forma desigual a unos u otros supone que todos los afectados tienen el deber jurídico de soportar.

Según esa sentencia, con cita de la STC 227/1988, de 29 de noviembre, al tratarse de medidas que suponen la delimitación del ejercicio de derechos pero no su privación, aunque impliquen una reforma restrictiva de derechos individuales o la limitación de algunas de sus facultades, no dan por sí solas derecho a una compensación indemnizatoria, sino que, al establecer con carácter general una nueva configuración legal de los derechos, es esta procedente, teniendo en cuenta las exigencias del interés general.

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

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

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 (rec. 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. (...)".

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 (rec. 1016/2016), en la que se recuerda que: “*(...) el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Pùblicas, 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 Pùblicas 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 Pùblicas, 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, 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 responsabilidad por la adopción de medidas adoptadas por las autoridades sanitarias de la Comunidad de Madrid para prevenir contagios por el virus del Ébola. En su FJ 12 destaca que la normativa sanitaria establece una serie de principios de actuación como los de pertinencia y precaución. De acuerdo con el primero, las actuaciones de salud pública han de atender a la magnitud de los problemas de salud que pretenden corregir, justificando su necesidad de acuerdo con los criterios de proporcionalidad, eficiencia y sostenibilidad. De otro lado el de precaución, determina que 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.

Sobre la base de tales principios la Sala madrileña rechazó la petición de responsabilidad patrimonial y su aplicación al presente caso determina que también proceda rechazar la presente reclamación de responsabilidad. Ello por cuanto, como se viene indicando, las medidas adoptadas para prevenir una pandemia que estaba causando en España miles de muertes eran razonables. Se trataba de medidas que se adoptaban, en mayor o menor medida, en todos los países sin que existieran otras alternativas cuya ponderación es reclamada sin que el escrito de reclamación llegue a identificar cuáles serían tales alternativas. Cabe reiterar, como se ha indicado anteriormente, que las medidas adoptadas no fueron diferentes de las que se aprobaron en otros países que influyeron de manera notoria en el sector de actividad de la reclamante.

De otro lado, las medidas se evaluaban cada cierto tiempo en función de la evolución de la pandemia y de ahí que la Orden 668/2020 haya sido modificada en veinte ocasiones hasta su derogación por la Orden 572/2021, de 7 de mayo, que fue modificada y rectificada en ocho ocasiones, también derogada por órdenes posteriores que han ido adaptando las limitaciones en función de la evolución sanitaria.

Es decir, se trata de medidas adecuadas y adoptadas tras la valoración del escenario sanitario de forma proporcionada a su evolución y gravedad e inspiradas en los principios de proporcionalidad y pertinencia.

SÉPTIMA.- Aun cuando el posible daño invocado por la reclamante no tiene -como hemos visto- el carácter de antijurídico, señalaremos que 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 SARS-CoV-2 cuyo origen se sitúa en China, que el 31 de diciembre de 2019, informó sobre un grupo de 27 casos de neumonía de etiología desconocida, y que por su facilidad contagiosa se transmitió con rapidez a toda la población.

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

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 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 día 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 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 la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación, al no ser antijurídicos los daños alegados por la reclamante en el periodo reclamado.

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 18 de mayo de 2022

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 287/22

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid