

Dictamen nº: **29/22**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **18.01.22**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 18 de enero 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 las entidades mercantiles SMARTGEST 2014 S.L. y SMARTGEST 2018 S.L. (en adelante “*las reclamantes*”), por los daños y perjuicios sufridos en el ejercicio de su actividad -como titulares de instalaciones deportivas- 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 el COVID-19.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito presentado el 15 de marzo de 2021, el representante de las sociedades mercantiles citadas en el encabezamiento, formula reclamación de responsabilidad patrimonial dirigida a la Consejería de Sanidad.

El escrito detalla que dicha reclamación viene motivada por las graves pérdidas económicas que están sufriendo los titulares de las instalaciones deportivas, a causa de las medidas adoptadas por la

Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas con motivo de la declaración del estado de alarma; medidas que son especialmente intensas y desproporcionadas para la actividad empresarial de la gestión de instalaciones deportivas y que se han concretado, entre otras, en periodos de cierres, totales o parciales, en restricciones de aforo o en limitaciones en el uso de las instalaciones (vestuarios, duchas, salas para sesiones grupales...).

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.

Las reclamantes continúan explicando que -aunque el daño no ha cesado- ejercitan la acción en plazo legal dentro del año siguiente a la declaración del estado de alarma por Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, y que las Administraciones Públicas intervinientes deberán responder de forma solidaria.

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

Según se refiere, las medidas adoptadas fueron -en resumen- las restricciones de apertura, total o parcial, respecto del horario normal de las instalaciones y centros deportivos, las limitaciones de aforo, las limitaciones en cuanto a la utilización de las zonas y elementos de las instalaciones; además, se han venido dictando normas que inciden de manera indirecta en la propia actividad como son las limitaciones a la movilidad, mediante la adopción de confinamientos perimetrales de municipios o zonas básicas de salud que impiden que los usuarios puedan trasladarse a los centros deportivos; y que se ha fomentado e instaurado el trabajo a distancia y, que en consecuencia, se reduce la necesidad de los desplazamientos a dichos centros por los usuarios.

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 las reclamantes no están obligadas 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 que se presentará una valoración concreta de todos los daños soportados en un informe pericial que anuncia, cuantificándolos ahora en 1.010.000 euros en total.

El escrito de reclamación (folios 1 a 44 del expediente) se acompaña de los poderes notariales otorgados al efecto en favor del representante de las entidades mercantiles.

El día 11 de mayo de 2021 se presenta por las reclamantes, sendos escritos (folios 60 y ss.) a los que se adjuntan el informe pericial ya anunciado, elaborado por una consultora y que recoge la indemnización solicitada que asciende a 531.294,20 €, de las que corresponderían a Smartgest 2018, la cantidad de 73.657,37 euros y a Smartgest 2014 la cantidad de 457.636,83 euros, así como los intereses legales que correspondan hasta su efectivo abono.

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 por la Secretaría General Técnica de la Consejería de Sanidad se solicita a la Viceconsejería de Salud Pública y Plan COVID-19, 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 diciembre de 2021 por la citada Viceconsejería y en el mismo se realiza una introducción sobre el virus llamado COVID-19, su origen en China, la transmisión a las personas, y las graves consecuencias que para la vida y la salud de los ciudadanos de todo el mundo ha supuesto y supone todavía a fecha de hoy. Analiza la situación creada por el citado virus, enuncia la normativa estatal y autonómica aplicable y distingue diversas etapas respecto del marco jurídico creado al efecto: una fase previa, desde el 6 de marzo de 2020, 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 del coronavirus. Refiere las medidas que se adoptaron, entre otras y en lo que aquí afecta, 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. Además, se acordó la realización a puerta cerrada de los grandes eventos deportivos profesionales o no, que tuvieran una gran afluencia de aficionados, y se suspendieron las actividades colectivas en espacios cerrados y las que implicaran a más de mil personas.

Poco después, la Consejería de Sanidad dictó 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 informe señala una segunda etapa en la que el marco jurídico sufrió un giro radical a partir del 14 de marzo de 2020, en que el Consejo de Ministros al amparo de lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución Española, declaró el estado de alarma en todo el territorio nacional, mediante Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo (en adelante, Real Decreto 463/20). La declaración del estado de alarma implicó una redistribución de las competencias para adoptar medidas preventivas de carácter sanitario durante la gestión de la pandemia, correspondiendo desde ese momento y durante toda su vigencia a las autoridades designadas de la Administración General del Estado (el Gobierno y los titulares de determinados ministerios) que fueron autorizados para dictar las órdenes, resoluciones, disposiciones e instrucciones necesarias para garantizar la prestación de todos los servicios, y la protección de personas, bienes y lugares, mediante la

adopción de las medidas previstas en el artículo 11 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

Entre dichas medidas el Real Decreto 463/20 disponía la limitación de la libertad de circulación en toda España salvo causa justificada (artículo 7), la posibilidad de realizar requisas temporal e imponer prestaciones personales (artículo 8), la suspensión de la actividad educativa y formativa presencial (artículo 9), 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 y la adopción de las medidas preventivas y limitativas de derechos durante su vigencia, correspondió a la Administración General del Estado.

El informe continúa relatando la etapa siguiente, a partir del 21 de junio de 2020, en que las Comunidades Autónomas vuelven a ejercer las competencias que tenían atribuidas. Así, la Consejería de Sanidad estableció una serie de medidas preventivas para hacer frente a la crisis sanitaria por el COVID-19, principalmente recogidas en la Orden 668/2020, de 19 de junio (en adelante, Orden 668/2020) y sus posteriores modificaciones; entre ellas se imponen una serie de limitaciones temporales al ejercicio de determinadas actividades: limitaciones de aforo y para el desarrollo de actividades, obligación del uso de mascarilla, observancia de la distancia de seguridad interpersonal, que afectaban a la práctica totalidad de la actividad social y económica. Se señala que aquellas son esenciales para garantizar el adecuado control de la enfermedad y encuentran su fundamento legal en las facultades atribuidas a las autoridades sanitarias de la Comunidad de Madrid de acuerdo con la normativa estatal y autonómica aplicable. El informante destaca que estas medidas han sido, y siguen siendo, objeto de continua adaptación a la

situación epidemiológica de la Comunidad de Madrid, a la evolución de la pandemia y según las evidencias científicas que se van conociendo en cuanto a la pandemia y su incidencia.

La última fase viene dada por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declaró el estado de alarma en todo el territorio nacional, siendo prorrogado mediante Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, hasta el día 9 de mayo de 2021 en que ha finalizado ya el estado de alarma. Destaca que las medidas que se establecen tienen una intensidad menor dado que son restrictivas de la circulación en horario nocturno, de entrada y salida de personas en las comunidades autónomas, límites a la participación en grupos, etc. En cuanto a la Comunidad de Madrid, la Orden 668/2020 fue derogada por la Orden 572/2021, de 7 de mayo que implantó las medidas adecuadas a la nueva situación tras el decaimiento del estado de alarma.

En cuanto a la reclamación formulada, el informe refiere que las medidas preventivas adoptadas por la Comunidad de Madrid tienen como finalidad proteger la salud y seguridad de los ciudadanos, contener la progresión de la enfermedad y reforzar el sistema de salud pública. Además, indica que se basan en las recomendaciones que se recogen principalmente 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, documento que fue varias veces actualizado. 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.

Además, el informe del servicio implicado justifica las medidas de contención adoptadas en que resultan ajustadas a la legalidad vigente. Y concluye que aquellas son adecuadas, idóneas y proporcionales a la

finalidad que se pretende, que tienen carácter temporal y son continuamente revisadas en función de la evolución de la pandemia.

Por último, el informe señala que no se dan los requisitos para la existencia de la responsabilidad patrimonial de la Comunidad de Madrid, ya que las medidas preventivas sanitarias objeto de reproche son necesarias y se encuentran justificadas 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 la propagación de la enfermedad, y proteger la salud pública, ante un peligro y riesgo cierto para toda la población.

En particular, recalca que desde el momento en que decayó el primer estado de alarma, esto es desde el 21 de junio de 2020 en adelante, y cuando la competencia para la adopción de las medidas preventivas correspondió a la Comunidad de Madrid, en ningún momento se ha suspendido completamente y con carácter general la actividad del sector económico donde la reclamante ejerce su actividad (a diferencia de lo sucedido en otras Comunidades Autónomas en que sí hubo un cierre de los gimnasios) de tal manera que, en la Comunidad de Madrid y desde aquella fecha, la reclamante ha podido desarrollar en todo momento la actividad que le es propia, si bien es cierto que respetando y ajustándose a las medidas preventivas de carácter sanitario que imponía la situación en cada momento.

Por ello, finaliza diciendo que no basta con que se pruebe la existencia del daño y la relación de causalidad entre este y la actuación de la Administración, sino que es necesario que dicho daño sea una lesión en el sentido técnico jurídico, lo que no sucede en el caso que nos ocupa, en que la reclamante tiene el deber de soportar ese daño. En este sentido, cita la doctrina del Tribunal Constitucional, en virtud de la cual, no hay antijuridicidad del daño cuando la Administración actúa

en el ejercicio de las facultades atribuidas por el ordenamiento jurídico en la organización de los servicios públicos.

Se adjunta al informe, copia de los boletines oficiales en los que se contiene la normativa nacional y de la Comunidad de Madrid de aplicación, así como 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 las reclamantes, constando aceptadas las notificaciones.

Se presentaron escritos de alegaciones el 20 de diciembre de 2021 en las que abunda en lo manifestado inicialmente y se realiza una crítica al informe del servicio actuante, incidiendo en que no todos los ciudadanos, ni todas las actividades económicas ni locales fueron afectados de la misma forma; que no es la pandemia la causa el daño sino la forma elegida por la Administración para subvenir esta situación. Esta forma de actuación causa un daño individualizado y manifiesta como fundamento novedoso, que la Administración de la Comunidad de Madrid ha ido contra sus propios actos ya que *“mis representadas han sido conocedoras a través de noticias publicadas en diversos medios de comunicación como en diferentes actividades sanitarias de carácter privado, ya sea sin relación contractual con la Administración Pública o sin ella, se ha reconocido una indemnización a favor de las entidades titulares con el objeto de resarcirles por los daños que les han sido ocasionados como consecuencia de los efectos y las medidas adoptadas para luchar contra la COVID-19”*. Y que ello supone la existencia del reconocimiento de un hecho indemnizatorio, de modo que la Administración no pudo ir contra sus propios actos, por lo que

solicita el abono de la indemnización ya manifestada, así como los intereses legales que correspondan.

Finalmente, el 27 de diciembre de 2021 se formuló la propuesta de resolución en la que se propone desestimar la reclamación presentada basándose, fundamentalmente, en el informe emitido.

En cuanto a la legitimación, la propuesta manifiesta la falta de legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid en lo que se refiere a los daños que la reclamante considera causados como consecuencia de las medidas restrictivas adoptadas por la Administración General del Estado durante el periodo en que estuvo vigente el estado de alarma declarado por Real Decreto 463/20, y asumiendo su legitimación solo desde el 21 de junio de 2020 en adelante.

La propuesta aporta las cifras y gráficos publicados en la web de la Comunidad de Madrid actualizados a 30 de noviembre de 2021, que evidencian la magnitud de la crisis sanitaria en la Comunidad de Madrid, contabilizándose más de 25.500 fallecidos, más de 127.000 pacientes ingresados acumulados y más de 987.000 pacientes en seguimiento domiciliario.

Señala también en apoyo de las medidas adoptadas por la Administración, los estudios científicos realizados en distintos países, las diversas recomendaciones del Consejo Interterritorial de Salud y los documentos e informes elaborados por el Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias del Ministerio de Sanidad, en particular el documento denominado *“Efectividad de las medidas preventivas para el control de la transmisión”*.

En cuanto al caso que nos ocupa, la propuesta enuncia los requisitos legales para la existencia de responsabilidad patrimonial conforme a la LPAC y la jurisprudencia que considera aplicable, señalando que el daño sufrido por el reclamante no es antijurídico y que

en consecuencia, tiene el deber de soportarlo, ya que las medidas adoptadas por la Comunidad de Madrid están amparadas por el marco legal y normativo dictado en las distintas etapas del estado de alarma.

Como argumentación detalla lo referido en el informe de la Viceconsejería de Salud Pública y Plan COVID-19, señalando que *“resulta evidente que la situación de crisis sanitaria, unida al estado de la ciencia y a la evidencia científica existente en cada momento en relación con esta enfermedad, determina la necesidad de adoptar medidas preventivas en materia de salud pública que han podido afectar al funcionamiento normal de determinados establecimientos comerciales y al ejercicio de actividades económicas o de negocio pero que, conforme a lo reseñado, son imprescindibles para luchar contra el COVID y que obedecen a la finalidad de proteger un bien superior como es la protección de la salud pública y, en extensión, de la colectividad”*.

La propuesta menciona la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de julio de 2021 sobre determinados aspectos del Real Decreto 463/20 indicando que *“el Tribunal Constitucional ha matizado los efectos de dicha sentencia en lo referente a las eventuales responsabilidades patrimoniales que pudieran derivar del contenido del fallo señalando que las medidas declaradas inconstitucionales, pese a ello, son medidas que los ciudadanos tenían el deber jurídico de soportar, por lo que la inconstitucionalidad apreciada en esta sentencia no será por sí misma título para fundar reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas”*.

Así mismo, la propuesta cita la Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de octubre de 2021, que declara la inconstitucionalidad de determinados aspectos del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declaró el estado de alarma y de su prórroga adoptada por Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre. Indica que se ha declarado la plena constitucionalidad de

las medidas adoptadas en el estado de alarma y a las que las reclamantes imputan la producción del daño; en concreto, la limitación de la libertad de circulación en horario nocturno, 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.

Además, la propuesta señala que, aun en el supuesto de que hubiera una relación de causalidad entre el daño causado y la actuación administrativa, existiría fuerza mayor que rompería ese vínculo. Así, se incide en el origen exterior del virus, y en el carácter extraordinario y sobrevenido de la enfermedad causante de la epidemia, absolutamente extrínseco a la Administración e imprevisible en su producción y absolutamente irresistible o inevitable, aun en el supuesto de que hubiera podido ser prevista.

En respuesta a lo argumentado en el escrito de alegaciones, de que la Comunidad de Madrid ha indemnizado a otros establecimientos, la propuesta invoca el criterio expuesto por la Abogacía General de la Comunidad de Madrid en su informe 35/20, de 19 de junio de 2020, y su fundamento en la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, sin que resulten de aplicación las previsiones contenidas en la LPAC para la tramitación de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Así, indica que los casos en que la Consejería de Sanidad ha reconocido una indemnización por daños derivados de la gestión de la crisis COVID derivan de supuestos de hecho radicalmente distintos a los que son objeto de la presente reclamación de responsabilidad, dado que en los supuestos indemnizados se trata de hospitales privados puestos a disposición del sistema público, hoteles habilitados para uso sanitario y residencias de mayores a las que la Consejería de Sanidad trasladó residentes por razones de salud pública.

Por último, la propuesta trae a colación el Dictamen 599/21, de 16 de noviembre de esta Comisión Jurídica Asesora y señala que es aplicable ya que en esencia, es similar al que ahora nos ocupa.

TERCERO.- El día 29 de diciembre de 2021 tuvo entrada en esta Comisión Jurídica Asesora la solicitud de dictamen en relación con la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada.

Ha correspondido la solicitud de consulta del expediente 716/21, a la letrada vocal Dña. Silvia Pérez Blanco, 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 enero 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, de 28 de diciembre, al tratarse de una reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 15.000 euros, y por solicitud del consejero de Sanidad, órgano legitimado para ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18.3.a) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 5/2016, de 19 de enero (ROFCJA).

El presente dictamen se emite en el plazo legal.

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado a instancia de parte interesada, se contiene en la

LPAC y su regulación debe completarse con lo dispuesto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), cuyo capítulo IV del título preliminar se ocupa de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

Por lo que se refiere a la legitimación activa, las mercantiles reclamantes ostentan dicha legitimación al haber sufrido el daño reprochado. Sin embargo, dicen ser titulares de centros deportivos sin que ni en el escrito de reclamación inicial, ni en los posteriores se mencione cuáles son esos centros deportivos, cómo se denominan y donde están ubicados en la Comunidad de Madrid.

Los poderes notariales adjuntados –el primero de ellos, incompleto– acreditan solamente que la persona firmante de la reclamación ostenta la representación legal de ambas mercantiles. Por tanto, es imprescindible que se acredite en el expediente dicha titularidad, acreditación que, antes de dictarse la resolución final, el instructor del procedimiento deberá requerir al representante de las entidades reclamantes.

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, y de Ordenación y Planificación de la actividad económica regional, conforme al artículo 26.3.1.1 del citado estatuto.

Ahora bien, recordar que desde la entrada en vigor del estado de alarma el mismo día de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (BOE) del Real Decreto 463/20, supuso un cambio respecto del marco jurídico ordinario, que produjo una redistribución de las competencias entre las Administraciones Públicas para adoptar las medidas de carácter sanitario y epidemiológico para la gestión de la crisis derivada de la pandemia, correspondiendo –desde aquel momento– dichas competencias a la Administración General del Estado.

En efecto, el artículo 4.1 del Real Decreto 463/20 en su redacción originaria, señaló que *“a los efectos del estado de alarma, la autoridad competente será el Gobierno”* y el apartado 2 concreta *“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”*.

En consecuencia, desde el día 14 de marzo de 2020, todas las medidas contenidas en el tan citado Real Decreto 463/20, así como en los sucesivos reales decretos de prórroga del estado de alarma inicial y en las órdenes ministeriales e instrucciones dictadas por las autoridades competentes delegadas, han constituido el marco normativo para gestionar tanto la emergencia sanitaria provocada por la pandemia, como para adoptar medidas socioeconómicas y para regular la nueva situación generada a consecuencia de aquella.

Así las cosas, el artículo 5 establece el deber general de colaboración con las autoridades competentes delegadas y el artículo 6 especifica que cada Administración Pública conservará las competencias que le otorga la legislación vigente en la gestión ordinaria de sus servicios para adoptar las medidas que estime necesarias en el marco de las órdenes directas de la autoridad competente.

Por tanto, desde el 14 de marzo hasta el 20 de junio de 2020 (inclusive), la Comunidad de Madrid no tiene legitimación pasiva en las medidas adoptadas que son objeto de reproche en el caso objeto de dictamen, correspondiendo dicha legitimación única y exclusivamente a la Administración General del Estado.

Así pues, la legitimación pasiva de esta Administración Autonómica abarcaría por una parte, las medidas adoptadas por las autoridades competentes de la Comunidad de Madrid los días anteriores a la declaración del estado de alarma por el Real Decreto 463/20, y por otra, las adoptadas a partir del 21 de junio de 2020 hasta que el Gobierno declare finalizada la crisis sanitaria conforme a lo dispuesto en el artículo 2 del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

En relación con este último periodo, no es posible hablar de responsabilidad solidaria con otras comunidades autónomas porque la actuación de cada una de estas se circunscribe a su ámbito territorial.

En cuanto al plazo para el ejercicio del derecho a reclamar, este es de un año, contado desde que se produjo el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo *ex* artículo 67.1 de la LPAC.

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 a partir de la declaración del estado de alarma por el Real Decreto 463/20. Este se publicó en el BOE del día 14 de marzo de 2020 y si bien la reclamación fue interpuesta el día 15 de marzo de 2021, entendemos que está formulada en plazo legal, ya que el daño invocado es un daño continuado en el tiempo y habría de estarse al momento en que las reclamantes pudieron reanudar su actividad plenamente.

Además, en cuanto al procedimiento, el órgano petionario de este dictamen ha seguido todos los trámites previstos en la LPAC. A tal fin, se ha recabado el informe exigido por el artículo 81.1 de la citada LPAC que ha sido emitido por la Viceconsejería de Salud Pública y Plan COVID-19 como servicio supuestamente causante del daño. Asimismo,

se ha otorgado el trámite de audiencia del artículo 82 de la LPAC, se han formulado alegaciones y se ha dictado la propuesta de resolución que junto con el resto del expediente ha sido remitido a esta Comisión Jurídica Asesora para la emisión del preceptivo dictamen.

En suma pues todo lo anterior, no se ha omitido ningún trámite que tenga carácter esencial para resolver; si bien debe tenerse en cuenta, antes de dictarse la resolución final, que es necesario –como hemos indicado- requerir previamente a las reclamantes para que acrediten si efectivamente son titulares de gimnasios que estén ubicados en el territorio de la Comunidad de Madrid.

TERCERA.- La responsabilidad patrimonial de la Administración se recoge en el artículo 106.2 de la Constitución Española, 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 de casación 1111/2015) y 25 de mayo de 2016 (recurso de casación 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 por mor de lo dispuesto en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Pues bien, las mercantiles reclaman 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 de los gimnasios 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 las reclamantes hayan acreditado debidamente que han sufrido un daño económico cierto e individualizado, ya que en primer término, no mencionan si quiera cuáles son los gimnasios de su propiedad y donde se ubican, y que este daño esté 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.

En efecto, las reclamantes, 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.

En adición a ello, 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. Así, respecto del lucro cesante y empleando como medio valorativo el análisis de las cuentas anuales del ejercicio 2019 y de la cuenta de pérdidas y ganancias correspondientes a los meses de enero y febrero de 2020 y su comparativa con el ejercicio anterior, pero en ningún momento concreta a qué gimnasios de las reclamantes se está refiriendo.

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 las reclamantes no hayan 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 hayan acreditado un daño cierto, individualizado y evaluable económicamente.

En este sentido, es de recordar la doctrina reiterada de esta Comisión Jurídica Asesora en cuanto a la acreditación del lucro cesante (Dictámenes 274/18, de 14 de junio; 339/19, de 12 de septiembre y 52/20, de 13 de febrero) y la jurisprudencia del Tribunal Supremo: 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.

Para empezar esta línea argumental en la que anticipamos la no antijuridicidad del daño, y por cuanto 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 463/20, por el que se declaró el estado de alarma, la STC 148/21, 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 463/20; y por otra, ha considerado conforme a la Constitución Española (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 463/20, la sentencia 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».

Así pues, es especialmente aplicable a nuestro caso esta última frase de la STC 148/21 en que impone un deber de soportar dichas limitaciones y avala la proporcionalidad de las medidas restrictivas de la libertad de empresa (artículo 38 de la CE) que cede ante otros derechos constitucionales como el de la vida e integridad física (artículo 15) o ante el principio rector de la política social y económica de protección de la salud (artículo 43 de la CE).

En adición a ello, hemos de destacar el último párrafo de la

sentencia justo antes del fallo, en el que el Tribunal Constitucional modula los efectos resultantes de la declaración de inconstitucionalidad, señalando que *“las medidas declaradas inconstitucionales, pese a ello, son medidas que los ciudadanos tenían el deber jurídico de soportar”* y por tanto, esta inconstitucionalidad apreciada en la sentencia *“no será por sí misma título para fundar reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas”*. Argumento este que por sí solo, y sin necesidad de mayor literatura jurídica, justificaría la desestimación de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada contra la Comunidad de Madrid.

Respecto del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declaró el segundo estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el COVID-19 (Real Decreto 926/20) y del Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por el que se prorrogó el estado de alarma declarado en aquel (Real Decreto 956/20), 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 926/20 y 956/20, por haber quedado circunscritas aquellas a lo que el bloque de constitucionalidad derivado del artículo 116 de la CE ha dispuesto para el estado de alarma, habiéndose ajustado al principio de proporcionalidad en su determinación. Y por otro, estima las pretensiones de inconstitucionalidad relativas a la duración de los seis meses de la prórroga autorizada por el Congreso de los Diputados, así como al régimen de delegación que efectuó el Gobierno, en cuanto Autoridad competente, en los Presidentes de las Comunidades Autónomas y de ciudades autónomas.

En consecuencia y en lo que aquí afecta, se ha declarado la constitucionalidad de las medidas adoptadas en el segundo estado de

alarma y a las que las reclamantes imputan la producción del daño: 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 en espacios públicos y privados.

El Alto 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 hasta la presentación de la reclamación de responsabilidad patrimonial.

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

Esta legalidad parte del artículo 4.b) de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio de los estados de alarma, excepción y sitio, bajo la cobertura del artículo 116.2 de la CE. En uso de dichas facultades el Gobierno mediante el Real Decreto 463/20 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 2/21, 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; publicada en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid del día 20, entrando en vigor a las 00:00 horas del día 21 de junio.

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.

En adición a ello, 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.- Después de la necesaria mención al 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 los gimnasios y centros deportivos cerrados (no así al aire libre) se encuentra detallada en la

exposición de motivos de la Orden 668/20:

“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 gimnasios, 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:

- La obligación con carácter general, del uso de mascarillas en cualquier espacio cerrado de uso público. La necesidad de adoptar medidas de ventilación, limpieza y desinfección adecuadas a las

características e intensidad de uso de los centros de trabajo y que no se compartirá ningún material.

- Las medidas y condiciones concretas para el desarrollo de actividad deportiva en centros deportivos:

“a) Se puede realizar actividad deportiva en estos centros en grupos de hasta 20 personas, sin contacto físico y siempre que no se supere el 60% del aforo máximo permitido. Desde el 6 de julio y hasta que la situación epidemiológica lo aconseje, dicho porcentaje se ampliará al 75% y a grupos de hasta 25 personas. En todo momento deberá garantizarse la distancia de seguridad de al menos 1,5 metros.

b) Podrá acudir cualquier persona, bajo el estricto cumplimiento de las normas.

c) Antes de la reapertura de la instalación, se llevará a cabo su limpieza y desinfección (...)

d) Garantizar que la circulación de personas se hace de forma segura.

e) Inhabilitar cualquier sistema de control de acceso a la instalación que no sea completamente seguro desde el punto de vista sanitario.

f) Aforo limitado al número de personas que garantice el cumplimiento de la distancia de seguridad de, al menos, 1,5 metros.

g) Habilitar un sistema de acceso que evite la acumulación de personas (...)

h) Los profesionales de la instalación, mantendrán la distancia de, al menos, 1,5 metros con el usuario, y las actividades de contacto se programarán evitando los ejercicios que conlleven contacto (...)

i) Es obligatorio el uso de mascarilla por parte de toda persona que se encuentre en la instalación (...)

j) Intensificar servicios de limpieza de las instalaciones.

k) Desinfección.

l) Tareas de ventilación periódica en las instalaciones de forma diaria y por espacio de cinco minutos.

m) Deberán inhabilitarse las fuentes de agua o cualquier otro sistema que conlleve riesgos y promover el uso individual de botellas.

n) Cuando, de acuerdo con lo previsto en esta propuesta el uso de los aseos esté permitido, su ocupación máxima será la que asegure las medidas de seguridad dictadas por la autoridad sanitaria competente. Deberá procederse a la limpieza y desinfección de aseos, como mínimo, seis veces al día.

ñ) Vestuarios: distancia de 1,5 entre cada uno.

o) Al finalizar cada turno, se procederá a la limpieza de las zonas comunes y, en cada turno, se deberá limpiar y desinfectar el material compartido después de cada uso. Al finalizar la jornada, se procederá a la limpieza de la instalación, reduciéndose la permanencia del personal al número mínimo suficiente para la prestación adecuada del servicio.

p) En todo caso, los titulares de la instalación deberán cumplir con las normas básicas de protección sanitaria del Ministerio de Sanidad.

q) Las duchas deberán ser individualizadas y con una mampara de separación o, en caso de no ser posible, se deberá limitar el uso

únicamente a las cabinas de ducha individuales.

r) Se recomienda no usar los secadores comunes”.

Así las cosas, y habida cuenta de que estas medidas en forma de limitaciones y restricciones a la actividad empresarial han podido afectar a las reclamantes -como a todos los establecimientos de centros deportivos en espacios cerrados- 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.

ii) A mayor abundamiento, diremos que las reclamantes, 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, las reclamantes pudieron realizar su actividad en la Comunidad de Madrid a partir del 21 de junio de 2020 de forma limitada y parcial (en los términos señalados por la Orden 668/2020), ya que los centros deportivos no fueron clausurados.

Y en último lugar, 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, la propuesta de resolución -con base en el informe del servicio afectado- refiere las estadísticas oficiales de fallecidos y hospitalizados, que justifican la actuación administrativa, actualizadas a 30 de noviembre de 2021, serían de 25.500 fallecidos y más de 127.000 hospitalizados.

Además, hemos de acudir a la justificación concreta –que asumimos dado su carácter técnico- que recoge el informe de la Viceconsejería de Salud Pública y Plan COVID-19 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 consecuencia, se consideran eficaces la limitación del número de personas no convivientes en las reuniones, sobre todo en interiores, la recomendación de relacionarse en grupos de convivencia estable y la de permanecer en el domicilio. Y que en cuanto a la práctica del deporte y el ocio, se recomendó promover aquellas actividades que se pudieran realizar al aire libre. Por ello, dado que los gimnasios son lugares cerrados y no ventilados de forma natural, *“la inhalación de aerosoles con partículas virales en suspensión y el contacto directo o indirecto con secreciones respiratorias entre las personas que practican ejercicios, favorece extraordinariamente la propagación del virus y el contagio de la enfermedad”*, por lo que las restricciones están justificadas.

El informe concluye que las medidas se adoptaron con 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 sin perjuicio de la que ya hemos ido

citando a lo largo de este dictamen, queremos traer a colación 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 ya va puntualizando *“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”*.

Y 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 las reclamantes de 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”* y 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 en el Hospital Universitario La Paz, queremos traer a colación la Sentencia de 10 de enero de 2019 (Procedimiento Ordinario 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 último, respecto del argumento aducido en el escrito de alegaciones de que la Comunidad de Madrid iría contra sus propios actos al reconocer a algunas entidades una indemnización, y no a las mercantiles reclamantes, hemos de recordar lo siguiente.

En primer lugar, para invocar la existencia de la llamada doctrina de los actos propios, es necesario que se den términos idóneos de comparación y no es este el caso. En efecto, la Comunidad de Madrid ha reconocido indemnizaciones exclusivamente a aquellos sujetos titulares de establecimientos a los que se les ha impuesto una prestación directa personal o que han sido objeto de una medida individualizada de naturaleza expropiatoria por la que se intervenía u ocupaba sus negocios como consecuencia de las necesidades derivadas de la gestión de la pandemia. Se trata de hospitales privados, de los llamados hoteles medicalizados y de residencias socio-sanitaria a las que la Consejería de Sanidad trasladó residentes por razones de salud pública. En estos casos, lo que se ha dado ha sido una medida de intervención de naturaleza expropiatoria que ha implicado una ocupación individualizada y singular de hospitales, residencias y hoteles.

Y en segundo lugar, el título jurídico por el que se les ha indemnizado está en la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, cuyo artículo 120 dispone que cuando por consecuencia entre otros casos, de epidemias, hubiesen de adoptarse medidas que implicasen requisas de bienes o derechos de particulares, estos tendrán derecho a una indemnización.

Sin embargo, en el caso objeto de este dictamen, se trata de establecimientos deportivos y no de los sujetos antes referidos; y además, la indemnización que reclaman no es el abono de un justiprecio conforme a la citada Ley de Expropiación Forzosa, sino una indemnización solicitada mediante una reclamación de responsabilidad

patrimonial a la Administración Autonómica, al amparo de la LPAC. Por tanto, en modo alguno, pueden invocarse como aplicables aquellos supuestos indemnizados por la Consejería de Sanidad.

En definitiva, podemos decir 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 hay antijuridicidad del daño.

SEXTA.- Aun cuando el posible daño invocado por las reclamantes no tiene el carácter de antijurídico, pues es consecuencia -como hemos visto- de la normativa aplicable, señalaremos a mayor abundamiento, la existencia de fuerza mayor que rompería el nexo causal, entre la actuación administrativa y el perjuicio producido.

La fuerza mayor se define como un elemento exterior que rompe el vínculo causal entre la actuación administrativa y el daño producido y se caracteriza por ser imprevisible, irresistible y ajena a la voluntad de quien la invoca y su prueba corresponde a la Administración; por ello, analizaremos los requisitos que sí se cumplen en el caso dictaminado.

Tal y como se señala en 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, 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, en cambio, 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 por completo 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. Como señala el informe técnico del servicio implicado y es sobradamente conocido, se trata de una enfermedad nueva: el 7 de enero de 2020, las autoridades chinas identificaron el agente causante de este brote, un nuevo tipo de coronavirus que fue denominado SARS CoV-2. La Organización Mundial de la Salud declaró el brote del nuevo coronavirus como una Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional el 30 de enero de 2020 y el 11 de marzo de 2020 calificó la enfermedad denominada COVID-19, como una pandemia global.

Y sobre el estado de la ciencia, baste decir que las primeras vacunas autorizadas por la Agencia Europea del Medicamento, lo han sido en diciembre de 2020, principiando la vacunación en España el día 26 de diciembre de 2020 y continuando a día de hoy. Por otra parte, no se ha declarado por el Gobierno de España el fin de la situación de

emergencia sanitaria.

Por tanto, tal y como ya dijimos en nuestro Dictamen 199/21, de 16 de noviembre, se dan los requisitos para apreciar la existencia de fuerza mayor, imprevisible e irresistible y completamente extraña a la Administración. Por lo que aquella rompe el nexo causal entre el daño invocado -que no probado- por las empresas reclamantes 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

PREVIA.- Que antes de dictar la resolución, se requiera a las reclamantes para que acrediten su legitimación activa, en los términos expuestos en la consideración jurídica segunda.

PRIMERA.- Desestimar la reclamación formulada contra la Comunidad de Madrid por los daños y perjuicios aducidos desde el 14 de marzo al 20 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 las reclamantes a partir del 21 de junio de 2020, y concurrir la existencia de fuerza mayor que rompe el nexo causal entre la actuación administrativa y el perjuicio producido.

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 enero de 2022

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 29/22

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid