

Dictamen nº: **317/22**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **24.05.22**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 24 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 BODEGA DE EUROPOLIS S.L., por los daños y perjuicios sufridos en su actividad que atribuye a las medidas adoptadas por las Administraciones Públicas tras la declaración del estado de alarma para hacer frente a la situación sanitaria provocada por la COVID-19.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito presentado el 28 de julio de 2021, la mercantil citada formula reclamación de responsabilidad patrimonial, dirigida al Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, solicitando el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos en su actividad empresarial por razón de las medidas adoptadas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19.

El escrito de reclamación comienza exponiendo que la mercantil desarrolla su actividad en el sector de la hostelería y efectúa un relato de la aparición y expansión de la COVID-19.

Expone que el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, modificado por Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, impusieron una serie de fuertes limitaciones de la libertad de empresa mediante la intervención de la actividad comercial que permanecieron “*hasta que se alcanzó la mal llamada nueva normalidad el 21 de junio de 2020*”. En ese momento se cedió a las comunidades autónomas la gestión de la pandemia conforme al Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio.

Desde ese momento la Comunidad de Madrid fue publicando diversas órdenes que constriñeron la actividad del sector hostelero. Recuerda que la primera de dichas órdenes fue la Orden 665/2020, de 19 de junio y enumera las 18 órdenes posteriores.

Afirma que las mismas impusieron severas limitaciones tales como los límites de horarios, “cuando no el cierre” así como limitación de aforos y comensales por mesa. Entiende que se produjo una “ocupación temporal” de los derechos inherentes a sus licencias de actividad de tal forma que se exigió un mayor sacrificio a los establecimientos hosteleros sin otorgarles ninguna compensación y expone unas cifras de negocio del sector hostelero a nivel nacional.

Relata que por la mala evolución de la pandemia se aprobó un segundo estado de alarma por Real Decreto 926/2020 que fue prorrogado por el Real Decreto 956/2020 hasta el 9 de mayo de 2021.

Dicho estado de alarma confería potestades a los presidentes de las comunidades autónomas por delegación del Gobierno de la nación.

Se establecían unas medidas mínimas como limitaciones horarias a la libertad de circulación, límites de desplazamientos entre localidades y límites para la atención a grupos.

Se habilitaba a las comunidades autónomas para adoptar medidas más severas lo cual es calificado por la reclamante como una “*patente de corso*”.

Enumera toda la normativa adoptada por la Comunidad de Madrid y reitera que “*Estado y Comunidad procedieron a ocupar temporalmente sus derechos de empresa*” hasta que se levantó el estado de alarma el 9 de mayo de 2021 a las 00:00 horas.

Considera la reclamante que procede el resarcimiento de los daños causados, en concreto el beneficio que no sea podido realizar y las pérdidas ocasionadas en el negocio como consecuencia de las medidas adoptadas por “*el gobierno autonómico en connivencia con el gobierno estatal en determinados periodos*”. A ello añade un 5% en concepto de perjuicio moral por el sufrimiento irrogado “*mientras su negocio su hundía*” en aplicación analógica de lo establecido en la normativa de expropiación forzosa.

Reconoce, no obstante, que tales perjuicios no pueden ser calculados al no haber podido cerrar las cuentas del último periodo al momento de la reclamación.

Entiende que la competencia para tramitar el procedimiento recae en la Comunidad de Madrid en cuanto autoridad delegada durante el segundo estado de alarma (Real Decreto 926/2020), si bien su argumentación es un tanto confusa respecto de la legitimación pasiva al indicar que, respecto de las medidas adoptadas desde el 21 de junio de 2020 al 24 de octubre de 2020, la responsabilidad recae exclusivamente en la Comunidad de Madrid en tanto que de las

adoptadas desde el 25 de octubre de 2020 al 9 de mayo de 2021 la responsabilidad recae tanto sobre la Comunidad de Madrid como sobre el “*Gobierno de España*”. Por ello afirma que “*deberá consultarse a quien se considere del Gobierno*” sin perjuicio de la competencia de la Comunidad de Madrid para instruir el procedimiento conforme el artículo 33 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

Como argumentación jurídica se limita a consignar el artículo 106.2 de la Constitución Española (CE); el artículo 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (LOEAES); la LRJSP y los artículos 47 y 120 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 (LEF).

Por todo ello reclama por una serie de conceptos cuya cuantificación realizará posteriormente, en concreto: 1) el beneficio que no se ha podido realizar como consecuencia del cese o limitación en la actividad instado por el gobierno autonómico en connivencia con el gobierno estatal; 2) las pérdidas ocasionadas en el negocio, como consecuencia del cese o limitación en la actividad instado por el gobierno autonómico en connivencia con el gobierno estatal; y 3) daños morales.

Solicita por dos otrosís que, en caso de considerarse incompetente, se remita la reclamación a la administración competente conforme el artículo 20 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) y de considerar que hay concurrencia de culpas se aplique lo establecido en el artículo 33 de la LRJSP.

Adjunta un escrito en el que una persona afirma ser administrador de la reclamante y autoriza a una serie de abogados para actuar “*ante su gobierno autonómico*”.

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).

El 30 de noviembre de 2021 unos abogados presentaron un escrito solicitando información sobre una serie de solicitudes de responsabilidad patrimonial entre las que se encuentra la de la reclamante y pidiendo que se les informase por medio de correo electrónico.

El 1 de diciembre de 2021 el subdirector general de Recursos y Responsabilidad Patrimonial dirigió un escrito a los citados abogados indicándoles la necesidad de darse de alta en el sistema de notificaciones telemáticas de la Comunidad de Madrid.

En esa misma fecha 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 enero 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 creado: una fase previa en la que las autoridades sanitarias de la Comunidad de Madrid adoptaron con urgencia una serie de medidas dirigidas a prevenir el contagio y la propagación de la enfermedad tales como la Orden 338/2020, de 9 de marzo, de la Consejería de Sanidad, en la que se acordó la suspensión temporal de la actividad educativa presencial en todos los centros y niveles de enseñanza y acordó la

realización a puerta cerrada de los grandes eventos deportivos y se suspendieron las actividades colectivas en espacios cerrados y las que implicaran a más de mil personas; la Orden 348/2020, de 11 de marzo, por la que se suspende temporalmente la actividad deportiva y física en instalaciones de gestión directa y de las competiciones deportivas federadas y la Orden 367/2020, de 13 de marzo, por la que se suspende temporalmente la actividad de determinados establecimientos, locales e instalaciones.

El 14 de marzo de 2020 se declaró el estado de alarma en todo el territorio nacional, mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo (en adelante, Real Decreto 463/2020). Esta declaración determinó que la Administración General del Estado procedió a dictar las medidas necesarias al amparo del artículo 11 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (en adelante Ley Orgánica 4/1981).

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

A partir del 21 de junio de 2020, las comunidades autónomas volvieron a ejercer las competencias que tenían atribuidas. Así, la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid estableció una serie de medidas en la Orden 668/2020, de 19 de junio (en adelante, Orden 668/2020). En concreto se impusieron una serie de limitaciones como límites de aforo y para el desarrollo de actividades, obligación del uso de mascarilla y la observancia de la distancia de seguridad interpersonal, que afectaban a la práctica totalidad de la actividad social y económica. El informe destaca que estas medidas

han sido, y siguen siendo, objeto de continua adaptación a la situación epidemiológica de acuerdo con las evidencias científicas que se van conociendo en cuanto a su incidencia.

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

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

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

Considera que no concurren los requisitos de la responsabilidad patrimonial ya que las medidas sanitarias fueron necesarias y se justificaban en motivos de extraordinaria gravedad y/o urgencia, por la complejidad de la situación sanitaria derivada de la pandemia y la imperiosa necesidad de controlar y evitar su propagación, protegiendo la salud pública y a la población ante un peligro y riesgo cierto.

En particular, recalca que la Comunidad de Madrid, desde el momento en que decayó el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020 (esto es desde el 21 de junio de 2020 en adelante), y la competencia para la adopción de las medidas preventivas corresponde a la Comunidad de Madrid, adoptó las medidas que la

evidencia disponible y la situación epidemiológica en la comunidad autónoma fueron necesarias para prevenir la transmisión de la enfermedad. Así, medidas como mantener una distancia de seguridad interpersonal, lavado de manos con agua y jabón (o gel hidroalcohólico) con frecuencia, uso de mascarilla, etiqueta respiratoria (al toser o estornudar cubrir la boca y nariz con el antebrazo), además de reducir o limitar la agrupación de personas dado que la concentración de personas es el elemento facilitador principal de la transmisión del coronavirus. En este sentido cita el documento “*Efectividad de las medidas preventivas para el control de la transmisión*” elaborado por el Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias del Ministerio de Sanidad, que justifica las citadas medidas como más eficaces para luchar contra la pandemia.

El informe explica que, en el caso que nos ocupa, el carácter extremadamente contagioso de la enfermedad causada por el SARS-CoV-2, su incidencia en la población así como su afectación en el normal funcionamiento del sistema asistencial sanitario resultan evidentes y son pública y notoriamente conocidos, causando una situación de extremo peligro y riesgo para la salud pública concretada en elevadas cifras de fallecimientos y hospitalizados por esta patología y que ha requerido y requiere la actuación de las autoridades competentes en ejercicio de sus legítimas competencias.

Una de las vías de actuación ha sido la adopción de medidas restrictivas de carácter sanitario (como las que se invocan en la reclamación como causantes de los daños cuya reparación se solicita) en aras de proteger la salud pública, minimizar la transmisión y controlar la enfermedad en la medida de lo posible y que han afectado a varios aspectos de la esfera social y económica, tanto de los particulares como de las empresas, pero que resultan y han resultado totalmente imprescindibles para garantizar la salud colectiva y evitar unos estragos mayores.

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 de personas y garantizar el cumplimiento de las distancia de seguridad interpersonal y demás medidas de higiene y etiqueta respiratorio (a título de ejemplo y sin ánimo exhaustivo pueden citarse que se han adoptado medidas preventivas que implican la reducción de aforo para la realización de determinadas actividades profesionales con el objeto de evitar aglomeraciones y permitir el respeto de la distancia de seguridad, limitaciones de horarios comerciales en algunos sectores con el mismo objetivo, 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) estas tres últimas consideradas expresamente idóneas, adecuadas, proporcionales y ajustadas al bloque de constitucionalidad, según resulta de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de octubre de 2021.

El informe considera que estas medidas preventivas temporales, además de ser necesarias y urgentes conforme a lo anteriormente expuesto, también son proporcionales a la entidad del peligro y las consecuencias de la enfermedad y, en este sentido, han sido objeto de continua adaptación a la situación epidemiológica modificándose en función de su evolución, para intensificarlas o atenuarlas en función de la situación. Todo ello con el objeto de que afecten lo menos posible tanto a la actividad económica como al desarrollo vital de los ciudadanos, dándose la circunstancia que en el ámbito de la Comunidad de Madrid tales medidas siempre han intentado permitir, en la medida de lo posible, el desarrollo de actividades comerciales y

profesionales compatibilizándolas con la necesaria protección de la salud pública.

El informe recalca que, desde el momento en que decayó el estado de alarma declarado por Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, (esto es desde el 21 de junio de 2020 en adelante), y la competencia para la adopción de las medidas preventivas corresponde a la Comunidad de Madrid, en ningún momento esta comunidad autónoma ha suspendido completamente y con carácter general la actividad del sector económico al que pertenece la mercantil actora (explotación de máquinas de juegos de azar), de tal manera que en esta región (y desde el momento en que las competencias sobre la gestión de la epidemia tornaron a la Comunidad de Madrid) la reclamante ha podido desarrollar en todo momento la actividad que le es propia, ajustándose a las debidas medidas preventivas de carácter sanitario que imponía la situación en cada momento.

Por ello, finaliza considerando que la reclamante tiene el deber de soportar ese daño sin que este sea antijurídico cuando la Administración actúa en el ejercicio de las facultades atribuidas por el ordenamiento jurídico en la organización de los servicios públicos.

Se adjuntan al informe copias de la normativa aprobada y diversos documentos emitidos por el Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias del Ministerio de Sanidad y documentación de la Comisión de Salud Pública del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

Tras la incorporación al procedimiento del anterior informe, se confirió trámite de audiencia a la reclamante el 24 de enero de 2022. Consta su notificación telemática aceptada el 25 de ese mes (folio 761) y el día 27 (folio 762).

El 10 de febrero de 2022 se presentó escrito de alegaciones en el que se afirma que el periodo por el que se reclama es el comprendido entre el 21 de junio de 2020 y el 9 de mayo de 2021.

Considera que la base de su reclamación es el artículo 3 de la LOEAES y entiende que ha existido un “especial sacrificio” que la reclamante no tiene la obligación de soportar tal y como recoge diversa normativa como la reguladora del poder judicial, la de régimen local y en el caso de la Comunidad de Madrid “*el artículo 3.2 del RD Legislativo 1/2006*” si bien parece que se refiere al artículo 8 del Texto Refundido de la Ley por la que se regulan los Servicios de Prevención, Extinción de Incendios y Salvamentos de la Comunidad de Madrid aprobado por Decreto Legislativo 1/2006, de 28 de septiembre, y destacando especialmente lo dispuesto en el artículo 120 de la LEF.

Entiende que concurren todos los requisitos del daño y en lo relativo a su valoración se remite a un “informe y documentación” que no puede aportar por estar en elaboración.

Finalmente, el 21 de abril 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 probatorio.

La propuesta de resolución destaca que los daños sufridos por la reclamante no son antijurídicos y que, en consecuencia, tiene el deber de soportarlos habida cuenta de la necesidad de las medidas adoptadas para impedir la expansión de la pandemia. Cita a estos efectos los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre los estados de alarma. Entiende que habría también fuerza mayor rompiendo así la relación de causalidad.

TERCERO.- El día 26 de abril de 2022 tuvo entrada en esta Comisión Jurídica Asesora la solicitud de dictamen en relación con la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada.

Ha correspondido por turno de reparto al letrado vocal D. Carlos Yáñez Díaz, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 24 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 indeterminada 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, según consta en los antecedentes, se regula en la LPAC, de conformidad con su artículo 1.1, con las particularidades previstas para los procedimientos de responsabilidad patrimonial en los artículos 67, 81 y 91. Su regulación debe completarse con lo dispuesto en la LRJSP, cuyo

capítulo IV del título preliminar se ocupa de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

La reclamante fundamenta su 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 sus resultados empresariales. Si bien la reclamación no concreta la actividad de la reclamante, de los estatutos sociales que se adjuntan como documentación cabe extraer que se trata de actividad de restauración.

Actúa a través de una persona que afirma ser administrador de la sociedad y que otorga poder a favor de unos abogados por medio de un documento privado.

Se incurre así en un doble defecto de representación. En primer lugar, no se aporta ningún documento (escritura pública, certificación del Registro Mercantil) que permita establecer que la citada persona ostenta la representación de la sociedad conforme el artículo 233 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio. En segundo lugar debe recordarse la doctrina reiterada de este órgano consultivo sobre la insuficiencia de un documento privado para acreditar la representación cuando se trata de actos de inicio de un procedimiento como es el de responsabilidad patrimonial aplicada, entre otros en el Dictamen 399/16 de 8 de septiembre o el Dictamen 430/16, de 29 de septiembre, al considerar que, si bien es cierto que, en el ámbito privado, el artículo 1710 del Código Civil establece que el mandato puede ser expreso o tácito, y que el expreso puede otorgarse en documento público o privado, y aún de palabra, en el ámbito del procedimiento administrativo, el artículo 5 de la LPAC es muy explícito al exigir la acreditación de la representación, mediante “*mediante*

cualquier medio válido en Derecho que deje constancia fidedigna de su existencia“.

Por ello deberá requerirse la subsanación de dicho defecto de representación antes de resolver sobre el fondo.

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

Tal y como hemos señalado en anteriores dictámenes relativos a la responsabilidad patrimonial por las medidas adoptadas para hacer frente a la COVID-19, la Comunidad de Madrid carece de legitimación pasiva durante el periodo comprendido entre los días 14 de marzo de 2020 y el 21 de junio de 2020, ya que, desde la entrada en vigor del estado de alarma, el mismo día de publicación en el Boletín Oficial del Estado del Real Decreto 463/2020, se produjo un cambio respecto del marco jurídico ordinario, con una redistribución de las competencias para adoptar las medidas de carácter sanitario y epidemiológico relativas a la gestión de la crisis derivada de la pandemia entre las diferentes Administraciones Públicas, correspondiendo -desde aquel momento- dichas competencias a la Administración General del Estado.

La reclamación si bien alude inicialmente tanto a las actuaciones de la Administración General del Estado como a las de la Comunidad de Madrid posteriormente en el trámite de audiencia limita el periodo por el que reclama del 21 de junio de 2020 al 9 de mayo de 2021.

Por lo que se refiere al requisito temporal, el artículo 67.1 de la LPAC establece que el inicio de un procedimiento de responsabilidad patrimonial solo procederá cuando no haya prescrito su derecho a

reclamar. Ese derecho “(...) *prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo*”. En el caso sujeto a examen, la entidad reclamante imputa a la Administración los daños y perjuicios sufridos en la realización de su actividad mercantil del 21 de junio de 2020 hasta el 9 de mayo de 2021, por lo que debe entenderse formulada en plazo la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada el 28 de julio de 2021.

Por lo que respecta al procedimiento, se ha recabado el informe del servicio supuestamente causante del daño exigido por el artículo 81.1 de la LPAC, se ha otorgado el trámite de audiencia de acuerdo con el artículo 82 de la LPAC habiendo la reclamante hecho uso del mismo y se ha formulado una propuesta de resolución en sentido desestimatorio.

Puesto que la reclamante en su escrito de alegaciones limita las actuaciones por las que reclama a la adoptadas por la Comunidad de Madrid no se considera necesario recabar informe de la Administración General del Estado y en cuanto a la invocación del artículo 20 de la LPAC dicho precepto no establece que deban remitirse las reclamaciones a la Administración competente. Antes, al contrario, el artículo 14 de la LRJSP solo establece esa obligación entre órganos de la misma Administración.

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

La viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, según doctrina jurisprudencial reiterada, por todas las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2016 (recurso 1111/2015) y 25 de mayo de 2016 (recurso 2396/2014), requiere:

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

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

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

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

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

Es doctrina reiterada de esta Comisión Jurídica Asesora que, sin la existencia de un daño real y efectivo a quien solicita ser indemnizado, no cabe plantearse una posible responsabilidad de la Administración. En este sentido, las sentencias de 13 de febrero de

2018 (recurso 597/2017) y de 17 de noviembre de 2020 (recurso 443/2019) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo -sentencias del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2012 (recurso 280/2009) y 30 de diciembre de 2013 (recurso 300/2008)- señalan que *“la existencia de un daño real y efectivo, no traducible en meras especulaciones o expectativas, constituye el núcleo esencial de la responsabilidad patrimonial traducible en una indemnización económica individualizada, de tal manera que resulte lesionado el ámbito patrimonial del interesado, que es quién a su vez ha de soportar la carga de la prueba de la realidad del daño efectivamente causado”*.

A este respecto, hay que recordar, además, que la carga de la prueba recae en quien formula la reclamación conforme lo dispuesto en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Pues bien, la mercantil reclama por los perjuicios irrogados, tanto en concepto de daño efectivo producido como de lucro cesante, por no haber podido realizar su actividad empresarial con normalidad.

Así las cosas, no es posible afirmar que la mercantil reclamante haya acreditado debidamente que ha sufrido un daño económico cierto e individualizado respecto a su actividad mercantil, derivado de 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, la reclamante, no llega a concretar tales daños y no los individualiza ni concreta de forma y manera precisa como impone el artículo 32 de la LRJSP.

No aporta prueba alguna limitándose a indicar que está en fase de elaboración cuando lo cierto es que, durante los 10 meses

transcurridos desde que interpuso la reclamación, ha tenido tiempo suficiente para aportar algún elemento de prueba de dichos daños.

Es más, ni siquiera llega a cuantificar el daño de tal forma que se solicita a la Administración una indemnización que no se concreta ni se ofrece ningún elemento para su cálculo. Se incurre así en una flagrante vulneración del artículo 67.2 de la LPAC siendo imposible reconocer una indemnización de forma aleatoria, tal y como parece pretender la reclamante.

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

Por otro lado, no puede pretenderse que toda la pérdida de negocio sea imputable a la actuación de la Administración como sostiene la reclamante, toda vez que la pandemia ha conllevado nuevas pautas de conducta que van desde un mayor retraimiento social pasando por el teletrabajo, que permiten entender que, aunque no se hubieran adoptado medidas restrictivas, la demanda habría sufrido una importante bajada.

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 ello es necesario distinguir entre las medidas adoptadas en el marco del estado de alarma y las adoptadas fuera de él. Ello es así por cuanto la reclamación dice abarcar el periodo comprendido entre el 21 de junio de 2020 y el 9 de mayo de 2021 y en ese periodo se aplicaron tanto el Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para responder ante situaciones de especial riesgo por transmisión no controlada de infecciones causadas por el SARS-CoV-2 como el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación

de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, prorrogado por el Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre.

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

En primer lugar, ha de analizarse la supuesta responsabilidad por las medidas adoptadas durante el estado de alarma.

Respecto del Real Decreto 463/2020, la STC 148/2021, de 14 de julio, en lo que aquí interesa, declara por una parte, inconstitucionales y nulas determinadas medidas, entre ellas, las restricciones a la libertad de circulación recogidas en los apartados 1, 3 y 5 del artículo 7 del Real Decreto 463/2020; y por otra, ha considerado conforme a la CE, las medidas adoptadas en el artículo 10, puntos 1, 3 y 4 en relación a la libertad de empresa, en las que se establecía la suspensión de la apertura al público de locales y establecimientos salvo los considerados esenciales, así como la suspensión de la apertura al público de museos, archivos, bibliotecas, monumentos, así como de los locales y establecimientos en los que se desarrollen espectáculos públicos, las actividades deportivas y de ocio y las de hostelería y restauración. Por tanto, respecto de las medidas de limitación y restricción de las actividades económicas reguladas en el artículo 10 del Real Decreto 463/2020, la sentencia (FJ 9) afirma su plena constitucionalidad:

«El derecho fundamental a la libertad de empresa que reconoce el art. 38 CE ampara “el iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial” (...). No hay duda de que las mencionadas reglas del art. 10 constriñen intensísimamente, con carácter temporal, el libre mantenimiento de la actividad empresarial en algunos de los sectores directamente concernidos. Pero como ya se ha señalado anteriormente, el estado de alarma puede justificar “excepciones o

modificaciones pro tempore en la aplicabilidad” ordinaria de determinadas normas del ordenamiento vigente (STC 83/2016, FJ 9), siempre que se orienten a la protección de otros bienes de relevancia constitucional y resulten razonablemente adecuadas y necesarias a tal propósito. (...) La constricción extraordinaria del derecho fundamental a la libertad de empresa que se estableció en los apartados 1, 3 y 4 del artículo 10 del Real Decreto 463/2020 contó pues con fundamento en la Ley Orgánica a la que remite el artículo 116.1 CE, y no resultó desproporcionada, por lo que se rechaza la pretensión de inconstitucionalidad formulada (...) lo que se traduce en un correlativo deber de soportar dichas limitaciones, en atención a la gravedad de los bienes que se pretende proteger».

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

En adición a ello, hemos de destacar el FJ 10 de la sentencia en el que el Tribunal Constitucional modula los efectos resultantes de la declaración de inconstitucionalidad, señalando que *“las medidas declaradas inconstitucionales, pese a ello, son medidas que los ciudadanos tenían el deber jurídico de soportar”* y, por tanto, esta inconstitucionalidad apreciada en la sentencia *“no será por sí misma título para fundar reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas”*. Argumento este que por sí solo, y sin necesidad de mayor argumentación 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 (Real Decreto 926/2020) y del Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por el que se prorrogó el estado de alarma declarado en aquel (Real Decreto 956/2020), el Tribunal Constitucional ha dictado la STC 183/2021, de 27 de octubre.

Su fallo señala, por un lado, un pronunciamiento desestimatorio de las impugnaciones formuladas contra las limitaciones de derechos fundamentales establecidas en los artículos 5 a 8 de los Reales Decretos 926/2020 y 956/2020, por haber quedado circunscritas aquellas a lo que el bloque de constitucionalidad derivado del artículo 116 CE ha dispuesto para el estado de alarma, habiéndose ajustado al principio de proporcionalidad en su determinación. Y por otro, estima las pretensiones de inconstitucionalidad relativas a la duración de los seis meses de la prórroga autorizada por el Congreso de los Diputados, así como al régimen de delegación que efectuó el Gobierno, en cuanto Autoridad competente, en los presidentes de las comunidades autónomas y de ciudades autónomas.

En consecuencia y en lo que aquí nos afecta, se ha declarado la constitucionalidad de las medidas adoptadas en el llamado segundo estado de alarma y a las que la reclamante imputa la producción del daño; en concreto, la restricción de entrada y salida de personas en comunidades autónomas o en ámbitos territoriales inferiores; así como, la limitación de la permanencia de grupos de personas tanto en espacios públicos como privados.

El Tribunal avala la constitucionalidad de estas medidas subrayando, además, las diferencias existentes entre la situación del primer estado de alarma respecto del segundo. Así, destaca que esta medida de restricción de la movilidad ha superado el juicio de

proporcionalidad, ya que *“resultó adecuada porque era apta para dar cumplimiento a una finalidad legítima como era la de reducir sustancialmente la movilidad del virus”* y *“necesaria para hacer frente a las constatadas mutaciones del virus y a su creciente propagación, como también al previsible incremento de la presión asistencial y hospitalaria”*. Asimismo, la limitación de la permanencia de grupos de personas en espacios públicos y privados y en lugares de culto se considera como *“una medida necesaria y adecuada con los mismos argumentos citados anteriormente”*.

Por último, el propio Tribunal Constitucional vuelve a explicitar las consecuencias de su fallo, al afirmar que *“esta declaración de inconstitucionalidad y nulidad no afecta por sí sola, de manera directa, a los actos y disposiciones dictados sobre la base de tales reglas durante su vigencia. Ello sin perjuicio de que tal afectación pudiera, llegado el caso, ser apreciada por los órganos judiciales que estuvieran conociendo o llegaran aún a conocer de pretensiones al respecto, siempre conforme a lo dispuesto en la legislación general aplicable y a lo establecido, específicamente, en el art. 40. Uno de la ley orgánica del Tribunal Constitucional”*.

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

En segundo lugar, ha de analizarse la supuesta responsabilidad patrimonial derivada de las medidas adoptadas por los órganos competentes de la Comunidad de Madrid desde el 21 de junio de 2020.

Una vez finalizado el estado de alarma, se promulgó el Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, actualmente Ley 2/2021, de 29 de marzo de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

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

La normativa legal que ampara estas medidas viene dada por 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 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 y su artículo tercero que dispone 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.

Asimismo resultan aplicables tanto 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 pertinentes, y cuantas consideren justificadas, entre otras, la suspensión del ejercicio de actividades, cierres de empresas o sus instalaciones como el artículo 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública que 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.

QUINTA.- Una vez expuesto el marco legal que da cobertura a la actuación administrativa y continuando con la línea argumental de la no antijuridicidad del daño, analizaremos las medidas dictadas por la Administración autonómica que son objeto de reproche.

i) En concreto la justificación de las medidas adoptadas se contiene en la parte expositiva de la Orden 668/2020 que hace referencia a la necesidad de mantener comportamientos y formas de actuación adoptadas en la fase aguda de la crisis que se han mostrado eficaces y aquellas que permiten el mejor control de la crisis sanitaria hasta que esta finalice.

Dichas medidas se flexibilizaron de manera relevante en el periodo que hemos considerado legitimada a la Comunidad de Madrid. Tales medidas se recogen en la Orden 668/2020, que en relación con las actividades de hostelería y restauración recoge (apartado 21º y 21 bis) una serie de medidas higiénico-sanitarias a los efectos de permitir el ejercicio de la actividad y garantizar la salud de usuarios y trabajadores.

Así las cosas, y habida cuenta de que estas medidas en forma de limitaciones y restricciones a la actividad empresarial de la reclamante les ha 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.

ii) En segundo lugar estamos ante una serie de medidas adoptadas a través de una norma reglamentaria que por tanto goza el carácter de disposición general. Sobre la validez de algunas de las medidas recogidas en la misma se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en las Sentencias de 28 de agosto de 2020 (rec. 907/2020) y 27 de mayo de 2021 (rec. 824/2020) y en los Autos de 15 de octubre de 2020 (rec. 1071/2020) y 13 de mayo de 2021 (rec. 1040/2021).

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

Este criterio se ha mantenido por el Tribunal Supremo en sentencias como las de 1 de junio de 1993 (rec. 1636/1990) consideró

que, si bien las medidas contenidas en una norma de carácter general pueden generar responsabilidad, la misma se produciría: “*Cuando esa norma pudiese ser desigual en su aplicación para todos los administrados comprendidos en su ámbito (...)*”.

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.

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

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

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

En cuanto a la motivación de tales medidas, el informe del servicio afectado refiere las estadísticas oficiales de fallecidos, contagiados y hospitalizados, que justifican la actuación

administrativa, que, actualizadas a 30 de noviembre de 2021, serían de 25.500 fallecidos, y 127.000 hospitalizados.

Además, el informe de la Viceconsejería de Salud Pública y Asistencia Sanitaria, cuyas consideraciones asumimos dado su carácter técnico, justifica las medidas adoptadas en base a las recomendaciones del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud y que *“son totalmente necesarias para asegurar el adecuado control de la enfermedad y reducir la saturación de los recursos del sistema nacional de salud y con ello se pretende, por tanto, proteger un bien jurídico superior de relevancia constitucional como es la salud pública, aunque puedan incidir en el normal desarrollo de determinadas actividades sociales, profesionales y/o económicas”*.

Esta explicación es adecuada y permite justificar las medidas adoptadas con arreglo a la legalidad; por lo que reiteramos que los daños sufridos objeto de reproche no son antijurídicos.

iii) Para finalizar esta línea argumental del daño no antijurídico, hemos de referirnos a la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la responsabilidad patrimonial, y en particular, la Sentencia de 21 de diciembre de 2020 (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 Públicas, convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos, con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse, porque de lo contrario, como pretende el recurrente, se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico*”.

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

Finalmente, 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. 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.

Ha de destacarse que las medidas a las que hace referencias la reclamante fueron ratificadas por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, así el Auto de 14 de mayo de 2021 (rec. 1040/2021). Resulta muy ilustrativo lo expuesto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 2021 (rec. 8074/2021): *“La distinta gravedad actual de la pandemia, la menor agresividad de la enfermedad en muchos casos, la más reducida ocupación hospitalaria y de las unidades de cuidados intensivos que en ocasiones precedentes no justifican prescindir de las prevenciones necesarias para evitar que se reproduzcan los momentos críticos del pasado”*.

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.

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.

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

La reclamante alude expresamente al artículo 120 de la LEF como apoyo normativo de su reclamación al entender que se habrían “*expropiado*” sus licencias de actividad y sus derechos de empresa. En esta línea invoca incluso el artículo 47 de dicha norma relativo al premio de afección.

Sin embargo, esta cita del artículo 120 de la LEF no entra dentro del ámbito de actuación de esta Comisión, toda vez que ese precepto se refiere a actuaciones de naturaleza expropiatoria en cuanto privación singular de bienes y derechos, tal y como reconoce el precepto al aludir a que tales privaciones se realizasen “*sin las formalidades que para los diversos tipos de expropiación exige esta Ley*” por las circunstancias que en el mismo se recogen. Por el contrario, la responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento de los servicios públicos apareció en el artículo 121 de la LEF en una regulación que, aunque no haya sido derogada expresamente, ha de entenderse superada por la normativa posterior.

En cualquier caso, la mera lectura de la reclamación permite comprobar que no estamos ante un supuesto de privación de bienes y derechos, en ningún caso la Administración ha ocupado los locales de la reclamante ni ha requisado derechos o servicios de esta.

La referencia de la reclamante a su licencia de actividad (que no aporta) exige recordar que las licencias, autorizaciones o permisos no son sino manifestaciones de la actividad de control de las Administraciones públicas por lo que, como reconocía el artículo 1.2 del Real Decreto 1778/1994, de 5 de agosto, por el que se adecuan a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, las normas reguladoras de los procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones, se trataba de “*todos aquellos actos administrativos, cualquiera que sea su denominación*”

específica, por los que, en uso de una potestad de intervención legalmente atribuida a la Administración, se permite a los particulares el ejercicio de una actividad, previa comprobación de su adecuación al ordenamiento jurídico y valoración del interés público afectado”.

Es decir, la concesión de una licencia o autorización no supone un derecho absoluto e inmutable a ejercer la actividad autorizada, sino que ese ejercicio ha de realizarse en el marco del ordenamiento jurídico. No se ha privado a la reclamante de su licencia, sino que el ejercicio de esta se ha modulado por la normativa aplicable para defender la salud pública ante la aparición de la pandemia.

Ello conduce de nuevo a la proporcionalidad/razonabilidad de las medidas impuestas (STC 112/2006, de 6 de abril, STC 53/2014, de 10 de abril) y no puede sino considerarse que las medidas adoptadas [suspensión temporal de actividad en el primer estado de alarma, restricciones horarias (que por otra parte ya existían en este sector de actividad), límites de aforos y utilización de mascarillas y otras medidas higiénicas] son razonables en la lucha contra una pandemia que ha ocasionado decenas de miles de muertos y hospitalizados. El Tribunal Constitucional ha reconocido en sentencias como la STC 193/2011, de 12 de diciembre, que la protección de la salud pública permite que la Administración module el ejercicio de derechos fundamentales, como era en ese caso el derecho de reunión y manifestación del artículo 21 de la CE.

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

En efecto, definida la fuerza mayor como un elemento exterior que rompe el vínculo causal entre la actuación administrativa y el

daño producido, se caracteriza por ser imprevisible, irresistible y ajena a la voluntad de quien la invoca y su prueba corresponde a la Administración. Por ello, procede el análisis de estos requisitos que si 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 con origen en China, que el 31 de diciembre de 2019, informó sobre un grupo de 27 casos de neumonía de etiología desconocida, y que por su facilidad contagiosa se transmitió con rapidez a toda la población.

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

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

Según la doctrina jurisprudencial, son constitutivos de fuerza mayor los acontecimientos imprevisibles e inevitables caso de ser previstos, que excedan de los riesgos propios de la empresa, esto es, que se trate de un acontecimiento no solo que sea imprevisible e inevitable, como el caso fortuito, sino también que tenga su origen en

una fuerza irresistible extraña al ámbito de actuación del agente [Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2006 (rec. 3952/2002)].

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

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

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

Por lo tanto, es aplicable el artículo 34 de la LRJSP, que declara como no indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el

estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existente en el momento de producción de aquéllos.

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

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

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Desestimar la reclamación formulada contra la Comunidad de Madrid por los daños y perjuicios desde el 14 de marzo al 21 de junio de 2020, por falta de legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid.

SEGUNDA.- Desestimar la reclamación, al no ser antijurídicos los daños alegados por la reclamante a partir del 21 de junio de 2020.

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

Madrid, a 24 de mayo de 2022

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 317/22

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid