

Dictamen nº: **64/22**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **08.02.22**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 8 de febrero 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 el representante de la entidad mercantil FUN BOXING FOREVER S.L. (en adelante “*la reclamante*”), titular de una instalación deportiva en el territorio de la Comunidad de Madrid, por los daños y perjuicios sufridos a consecuencia de las medidas adoptadas por las Administraciones Públicas, tras la declaración del estado de alarma, para hacer frente a la situación sanitaria provocada por la COVID-19.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito presentado el 18 de junio de 2021, el representante de la entidad mercantil reclamante formula reclamación de responsabilidad patrimonial dirigida a la Consejería de Sanidad.

El escrito refiere que su representada es titular de una instalación deportiva ubicada en la Comunidad de Madrid, en la que se lleva a cabo la actividad deportiva en régimen de franquicia de Brooklyn Fitboxing y detalla que dicha reclamación viene motivada por

las pérdidas económicas sufridas a causa de las medidas adoptadas por las Administraciones Pùblicas con motivo de la declaración del estado de alarma; medidas que son especialmente intensas y desproporcionadas para la actividad empresarial relativa a la gestión de centros e instalaciones deportivas y que se han concretado, entre otras, en periodos de cierres totales o parciales, en limitaciones 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 Pùblicas y en particular, la reacción específica que se ha dado a la actividad de los centros e instalaciones deportivas.

Continúa explicando que ejercita 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 situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, y que las Administraciones Pùblicas intervenientes deberán responder de forma solidaria.

A continuación, distingue tres etapas jurídicas en la gestión de la pandemia:

- Un periodo inicial, del 14 de marzo al 21 de junio de 2020. Durante este periodo y en virtud del estado de alarma, declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo (en adelante, 463/2020) y sucesivamente prorrogado, explica que fue la Administración General del Estado quien adoptó las decisiones principales, ordenando el confinamiento general de la población y la suspensión de toda actividad no esencial y articulando la llamada fase de “*desescalada*”, en la que de manera progresiva se fue reactivando la actividad económica con fundamento en el denominado “*Plan para la transición hacia una nueva normalidad*”, aprobado por el Consejo de Ministros

del día 28 de abril de 2020 y desarrollado por diversas órdenes del Ministerio de Sanidad, que además era el competente para decidir el avance de cada autonomía en las mencionadas fases, de conformidad con ciertos parámetros técnicos y relaciona diversas órdenes de medidas preventivas dictadas en la Comunidad de Madrid, que afectaron a la actividad de los gimnasios.

- Un segundo periodo, desde el 22 de junio al 25 de octubre de 2020, en el que tras finalizar el primer estado de alarma las Administraciones Autonómicas han dictado normas restrictivas, que enumera, con afectación directa al sector de las instalaciones deportivas.

- Un tercer periodo, iniciado el 25 de octubre de 2020 con la declaración del segundo estado de alarma en el que, no obstante, se delega en las administraciones autonómicas la competencia para la adopción de las normas y medidas específicas de aplicación en sus territorios, a través de decisiones adoptadas con forma de Orden, por sus respectivas consejerías de sanidad.

Según refiere la reclamación, las medidas adoptadas en cada una de las tres etapas conllevaron restricciones de apertura, total o parcial, respecto del horario normal de las instalaciones y centros deportivos; limitaciones de aforo, y de utilización de las zonas y elementos de las instalaciones. Además, considera que también incidieron de manera indirecta en la minoración de su actividad, las limitaciones impuestas a la movilidad general de la población.

La reclamación, tras referir la legislación, doctrina y jurisprudencia que considera de aplicación sobre la responsabilidad patrimonial, incide en que se trata de una responsabilidad objetiva, independiente de toda idea de culpa o negligencia; que existe un nexo causal entre la actuación de las Administraciones y el resultado lesivo

o dañoso producido, señalando que esto “*es más que evidente*” porque es la actuación de la Administración la que condiciona -en lo prohibitivo- el ejercicio de la actividad empresarial que se desarrollaba con plena normalidad.

Finalmente, explica que este daño es claramente antijurídico por lo que no está obligada a soportarlo; y, por último, que no existe fuerza mayor como causa extraña, ya que su reclamación diferencia entre el hecho en sí de la pandemia, de las medidas previstas por las Administraciones Públicas para solventar los efectos de esta.

Por todo ello, indica que la indemnización que solicita comprende tanto el daño emergente efectivamente producido, como el lucro cesante dejado de percibir y a dichos efectos presentará una valoración concreta de todos los daños soportados.

El escrito de reclamación se acompaña de la escritura de constitución de la sociedad reclamante en la que el firmante de la reclamante figura como representante.

Con fecha 15 de julio y 7 de agosto de 2021 el representante de la sociedad reclamante presenta un nuevo escrito al que se adjunta el informe pericial ya anunciado, elaborado por una consultora, valorando los daños sufridos en un importe total de 57.078,69 euros.

SEGUNDO.- Presentada la reclamación, se acordó la instrucción del procedimiento de responsabilidad patrimonial de acuerdo con la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC).

Consta en el expediente que con fecha 4 de noviembre de 2021 el secretario general técnico de la Consejería de Sanidad solicita 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.

El 15 de diciembre de 2021 emite informe el viceconsejero de Asistencia Sanitaria y Salud Pública. En él se realiza una introducción sobre la COVID-19, su origen en China, la 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 al efecto: una fase previa, desde el 6 de marzo de 2020 hasta el 21 de junio 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 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 suspendió temporalmente la actividad deportiva y física en instalaciones de gestión directa y en las competiciones deportivas federadas y la Orden 367/2020, de 13 de marzo, por la que se suspendió temporalmente la actividad de determinados establecimientos, locales e instalaciones.

El informe señala una segunda etapa, a partir del 14 de marzo de 2020 que se declaró el estado de alarma en todo el territorio nacional, mediante el Real Decreto 463/2020. Según el informe, la declaración del estado de alarma implicó una redistribución de las competencias para adoptar medidas preventivas necesarias 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) la competencia para dictar las ordenes, 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 (en adelante Ley Orgánica 4/1981).

Entre dichas medidas, menciona el informe en concreto el Real Decreto 463/20 que 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 informe continúa relatando que el estado de alarma inicial fue prorrogado en sucesivas ocasiones hasta las 00:00 horas del 21 de junio de 2020 y a partir de dicha fecha, 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 preventivas para hacer frente a la crisis sanitaria por la COVID-19, principalmente recogidas en la Orden 668/2020, de 19 de junio (en adelante, Orden 668/2020). Entre tales medias, se imponían una serie de limitaciones temporales al ejercicio de determinadas actividades 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 sobre la pandemia y su incidencia.

Posteriormente el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre (en adelante, 926/2020), declaró de nuevo el estado de alarma en todo el

territorio nacional, prorrogado hasta el 9 de mayo de 2021 mediante Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre (en adelante, 956/2020) y destaca el informe que en la Comunidad de Madrid la Orden 572/2021, de 7 de mayo, implantó las medidas adecuadas tras el decaimiento del estado de alarma.

El informe refiere que las medidas preventivas adoptadas por la Comunidad de Madrid tuvieron como finalidad proteger la salud y seguridad de los ciudadanos, contener la progresión de la enfermedad y reforzar el sistema de salud pública. Destaca que se basan en las recomendaciones que se recogen en el documento *“Actuaciones de respuesta coordinada para el control de la transmisión de COVID-19”* adoptado por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud el 22 de octubre de 2020. En él se incluyen opciones y recomendaciones de actuación para una respuesta proporcional a distintos niveles de alerta definidos por un proceso de evaluación del riesgo en base al conjunto de indicadores epidemiológicos, de capacidad asistencial y de salud pública.

El informe argumenta que las medidas adoptadas se ajustan a la legalidad vigente y concluye que fueron adecuadas, idóneas y proporcionales a la finalidad pretendida, tienen carácter temporal y son 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 para proteger la salud pública y la población ante un peligro y riesgo cierto.

En particular, recalca que la Comunidad de Madrid, en ningún momento ha suspendido completamente y con carácter general la

actividad del sector económico de la reclamante (a diferencia de lo sucedido en otras Comunidades Autónomas) de tal manera que desde que se levantó el estado de alarma, las entidades reclamantes han podido desarrollar en todo momento su actividad, respetando y ajustándose a las medidas preventivas de carácter sanitario.

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 copia de los boletines oficiales en los que se contiene la normativa aludida, 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 sociedad reclamante el día 16 de diciembre de 2021.

El 23 de diciembre de 2021 presenta escrito de alegaciones para reiterar, en síntesis, lo señalado en el escrito inicial de reclamación e informe pericial aportado. En relación con el informe de la Viceconsejería de Asistencia Sanitaria y Salud Pública refiere que las medidas no afectaron a todos los ciudadanos ni a todas las empresas sino solo a las de determinados sectores y destaca además que ha tenido conocimiento de que la Comunidad de Madrid ha indemnizado a varias empresas con las que no tenía relación contractual entendiendo que esa actuación vincula a la Administración.

Finalmente, el 30 de diciembre de 2021 se formuló la propuesta de resolución en la que se propone desestimar la reclamación.

TERCERO.- El día 3 de enero de 2022 tuvo entrada en esta Comisión Jurídica Asesora la solicitud de dictamen en relación con la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada.

Ha correspondido por turno de reparto a la letrada vocal Doña Rosario López Ródenas, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por unanimidad, por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 8 de febrero de 2022.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo de acuerdo con el artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 15.000 euros y a solicitud de un órgano legitimado para ello a tenor del artículo 18.3 del Reglamento de Organización y funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero (ROFCJA).

Ha de indicarse que esta Comisión ya ha analizado reclamaciones similares en los dictámenes 599/21, de 16 de noviembre; 8/22 y 11/22 de 11 de enero y 37/22 y 44/22, de 25 de enero.

El presente dictamen se emite en plazo.

SEGUNDA.- Presentada la reclamación, se acordó la instrucción del expediente, conforme a lo previsto en la Ley 39/2015, de 1 de

octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC).

La entidad reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP) en relación con el artículo 4 de la LPAC al haber sufrido el daño reprochado. Actúa por medio de representante lo que resulta acreditado con la escritura de constitución de la sociedad.

Es de advertir que la sociedad reclamante no ha acreditado la titularidad del gimnasio.

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

Ahora bien, desde la entrada en vigor del estado de alarma, el mismo día de su publicación en el Boletín Oficial del Estado del Real Decreto 463/2020 se 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, tal y como se recoge en su artículo 4.1.

En consecuencia, desde el día 14 de marzo de 2020, todas las medidas contenidas en el tan citado Real Decreto 463/2020, 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.

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 463/2020, 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 la 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.

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 este caso la sociedad reclamante imputa a la Comunidad de Madrid 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 463/2020 publicado el día 14 de marzo de 2020 prorrogado hasta el 9 de mayo de 2021 en virtud del Real Decreto 956/2020, por lo que debe entenderse formulada en plazo la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada el 18 de junio de 2021.

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

En suma, pues, de todo lo anterior, cabe concluir que la instrucción del expediente ha sido completa, sin que se haya omitido trámite alguno que tenga carácter esencial o que resulte imprescindible para resolver, si bien, debe tenerse en cuenta que antes de dictarse la resolución final es necesario requerir previamente a la sociedad reclamante que dice ser titular de un gimnasio ubicado en la Comunidad de Madrid, desestimándose la reclamación si careciera de dicho negocio,, en ese ámbito territorial.

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

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

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

- a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.
- b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal.
- c) Que exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que ésta sea producida por fuerza mayor.
- d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar ese daño. Es decir, que el daño sea antijurídico.

A continuación, procede analizar si se cumplen los requisitos ya expuestos, para declarar la existencia de la responsabilidad patrimonial de esta Administración Autonómica, principiando por la existencia de los daños alegados por las sociedades reclamantes. 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 a tenor de lo dispuesto en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Pues bien, la sociedad reclamante reclama por los perjuicios irrogados, tanto en concepto de daño efectivo producido, como de lucro cesante, por no haber podido realizar su actividad empresarial con normalidad, es decir, explotar su negocio de gimnasio en la Comunidad de Madrid durante el plazo de duración del estado de alarma y de sus sucesivas prórrogas y hasta la fecha en que se formula la reclamación.

Así las cosas, no es posible afirmar que la entidad reclamante haya acreditado debidamente que ha sufrido un daño económico cierto e individualizado en relación con las instalaciones de su propiedad ubicadas en la Comunidad de Madrid derivado de la declaración del estado de alarma mediante el Real Decreto 463/2020 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 puesto que no ha acreditado la titularidad del gimnasio que dicen ostentar, ni aporta documental que sustente los datos que recoge su informe pericial.

Además, la reclamación, después de referirse a las distintas etapas temporales a lo largo de todo el estado de alarma

(distinguiendo una primera fase de confinamiento estricto, de otras posteriores con diversas medidas restrictivas), no separa la responsabilidad que -en un hipotético daño- sería imputable a la Administración General del Estado y la que correspondería a la Comunidad de Madrid, y en particular, por lo que respecta al 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, sumamente parcial, sin diferenciar claramente el daño real efectivamente producido de las ganancias dejadas de obtener.

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

Es más, ha de destacarse que el informe pericial considera que toda la pérdida de negocio es imputable a la actuación de la Administración (folio 102) lo cual no es creíble 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 respecto a una serie de sectores como es el de los gimnasios, la demanda de estos centros habría sufrido una importante bajada por más que el informe pericial limite esa circunstancia al mes de marzo

de 2020. Respecto del daño emergente, señala expresamente que “*no hemos obtenido evidencia suficiente y adecuada que, a fecha de nuestro dictamen, nos permita cuantificar importes relevantes incurridos en materia de sobrecostes según lo dispuesto y definido en el apartado 5.1 anterior*”.

Es de recordar la doctrina reiterada de esta Comisión Jurídica Asesora en cuanto a la acreditación del lucro cesante (Dictámenes 274/18, de 14 de junio; 339/19, de 12 de septiembre y 52/20, de 13 de febrero) y la jurisprudencia del Tribunal Supremo: Sentencia de 20 de febrero de 2015, (recurso 4427/2012) que se opone a “*la indemnización de las meras expectativas o ganancias dudosas o contingentes, derivadas de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre. Por ello, la indemnización por lucro cesante requiere demostrar que se ha producido de forma inmediata, exclusiva y directa, un perjuicio efectivo y susceptible de valoración económica, derivado de la pérdida de unos ingresos no meramente contingentes, quedando excluidas de resarcimiento las meras expectativas o ganancias dudosas*

De esta forma, resulta igualmente aplicable la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2016 (recurso 2709/2015) que señala: «*La jurisprudencia del Tribunal Supremo orienta esta cuestión exigiendo “una prueba rigurosa de las garantías (sic) dejadas de obtener, observándose que la indemnización de lucro cesante, en coherencia con reiterada jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha de apreciarse de modo prudente y restrictivo, puesto que no es admisible una mera posibilidad de dejar de obtener unos beneficios”*

CUARTA.- Continuando con el examen de los requisitos de la responsabilidad patrimonial procede ahora analizar si -aun suponiendo a los meros efectos dialécticos que los daños invocados

fueran imputables a la actuación de la Comunidad de Madrid- estos revisten o no el carácter de antijurídicos.

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

i) Así, respecto del Real Decreto 463/2020, por el que se declaró el estado de alarma, la STC 148/2021, de 14 de julio, en lo que aquí interesa, declara por una parte, inconstitucionales y nulas determinadas medidas, entre ellas, las restricciones a la libertad de circulación recogidas en los apartados 1, 3 y 5 del artículo 7 del Real Decreto 463/2020; y por otra, ha considerado conforme a la 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 463/2020, 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 restricción 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».

En consecuencia, y para el supuesto que nos ocupa, la STC 148/21 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), libertad que cede tanto ante otros derechos constitucionales, como el de la vida e integridad física (artículo 15), como ante un principio rector de la política social y económica como es la protección de la salud (artículo 43 de la CE).

Hemos de destacar que el Tribunal Constitucional en el FJ 10 de la sentencia 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, tal y como ya ha indicado esta Comisión Jurídica Asesora en los Dictámenes 37/22 y 44/22, de 25 de enero, por sí solo, y sin necesidad de mayor literatura jurídica, justificaría la desestimación de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada contra la Comunidad de Madrid.

Respecto del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declaró el segundo estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por la COVID y del Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por el que se prorrogó el estado de alarma declarado en aquel, el Tribunal Constitucional ha dictado la Sentencia 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 otra parte, 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 el régimen de delegación que efectuó el Gobierno, en cuanto Autoridad competente, en los Presidentes de las Comunidades Autónomas y de las 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 a las que la reclamante imputa la producción del daño; en concreto, la restricción de entrada y salida de personas en comunidades autónomas o en ámbitos territoriales inferiores; así como, la limitación de la permanencia de grupos de personas tanto en espacios públicos como privados.

El Tribunal avala la constitucionalidad de estas medidas subrayando además las diferencias existentes entre la situación del primer estado de alarma respecto del segundo. Así, destaca que esta medida de restricción de la movilidad ha superado el juicio de proporcionalidad, ya que “*resultó adecuada porque era apta para dar*

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

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

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

ii) Una vez expuesta la doctrina del Tribunal Constitucional aplicable al caso, señalaremos que en la reclamación formulada las medidas objeto de reproche son las adoptadas por los órganos competentes de la Comunidad de Madrid desde el 21 de junio de 2020 hasta la presentación de la reclamación el 18 de junio de 2021.

Tal y como venimos señalando, la reclamante tiene el deber de soportar el perjuicio derivado de estas medidas preventivas,

limitaciones de los aforos y de las restricciones a su actividad empresarial, al haber sido acordadas por la autoridad competente, amparadas en la legalidad ordinaria y en la extraordinaria derivada del estado de alarma, debidamente motivadas y justificadas por la protección de un bien jurídico superior como es el derecho a la salud consagrado en el artículo 43 CE, que encomienda a los poderes públicos la protección de la salud pública. Por tanto, el daño soportado por la reclamante no es antijurídico porque deriva de actuaciones impuestas por la legalidad vigente.

Esta legalidad parte del artículo 4. b) de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio de los estados de alarma, excepción y sitio, bajo la cobertura del artículo 116.2 de la CE. En uso de dichas facultades el Gobierno mediante el Real Decreto 463/2020 declaró el estado de alarma en todo el territorio nacional, el cual ha sido prorrogado en sucesivas ocasiones y ha estado vigente hasta el 9 de mayo de 2021. Una vez finalizado el estado de alarma, se promulgó el Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, actualmente Ley 2/2021, de 29 de marzo de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19.

Dentro de este marco normativo estatal, 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 la 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, en atención a 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 y al objeto de proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro, pueden adoptar las medidas previstas en dicha ley cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad.

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

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

Para finalizar con la normativa estatal habilitante de la actuación administrativa objeto de reproche, resulta de inmediata aplicación la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, cuyo artículo 54 prevé que con carácter excepcional y cuando así lo requieran motivos de extraordinaria gravedad o urgencia, la autoridad autonómica competente puede adoptar, mediante resolución motivada, entre otras medidas, la intervención de medios materiales o personales, el cierre preventivo de las instalaciones, establecimientos,

servicios e industrias, la suspensión del ejercicio de actividades, y cualquier otra medida ajustada a la legalidad vigente si existen indicios racionales de riesgo para la salud.

Por último, la normativa autonómica viene dada por la ya citada Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid, que no solo impone un deber general a toda la población de colaboración con la autoridad sanitaria (artículo 53.4) sino que, además, el artículo 55.1 dispone las facultades de las que puede hacer uso la autoridad competente en materia de Salud Pública, en función de la situación de la Comunidad de Madrid.

QUINTA.- Una vez expuesto el marco legal que da cobertura a la actuación administrativa y partiendo de la usencia de 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 668/2020:

“Pese a haberse superado la fase aguda de la crisis sanitaria es imprescindible mantener determinados comportamientos y formas de actuación que se han mostrado eficaces en el control de la misma (...) En este contexto resulta necesaria la adopción de una serie de medidas, con el objeto de garantizar la salud pública y la seguridad de la ciudadanía, que permitan asegurar un mejor control de la emergencia sanitaria, así como evitar y minimizar los riesgos de propagación de la enfermedad COVID-19 ante la eventual aparición de nuevos brotes epidemiológicos o nuevas cadenas de transmisión no identificadas que pudieran comprometer la integridad física y la salud de las personas,

mientras no sea declarada oficialmente la finalización de la situación de crisis sanitaria por parte del Gobierno de España.

Tales medidas afectan tanto en la forma de actuar que debe de observar el conjunto de la ciudadanía mientras no finalice la crisis, como a la manera en la que se debe reiniciar y desarrollar temporalmente las actividades propias de los diferentes sectores económicos, productivos, comerciales, profesionales, educativos o sociales de la región ...”.

De la lectura de este expositivo podemos afirmar sin esfuerzo dialéctico, que los actos administrativos objeto de reproche están justificados por la gravísima situación sanitaria y epidemiológica en que se adoptaron. Se trata, en todo caso, de actuaciones aplicables a toda la actividad económica relativa a los gimnasios, establecidas inicialmente en la Orden 668/20 y reiteradas 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 que estas medidas en forma de limitaciones y restricciones a la actividad empresarial de la reclamante le han podido afectar -como a todos los establecimientos del sector de centros deportivos en espacios cerrados- reiteramos que las mismas estaban amparadas en la legalidad vigente, fueron debidamente

motivadas y fueron adoptadas por el órgano competente en materia de Salud Pública y en consecuencia, el daño derivado de aquellas no es antijurídico.

ii) Además, cabe recordar que la mercantil reclamante, como toda la ciudadanía, tenían el deber inexcusable de cumplir las medidas dictadas, ya que responderían al concepto de cargas generales. Así, se trata de una reclamación por daños y perjuicios derivados de la aplicación de normas dictadas por la Administración, pero 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 circunscriban 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 sociedad reclamante reprocha las medidas adoptadas incidiendo en que esta reacción ante la pandemia fue especialmente intensa en su sector de actividad. Sin embargo, es de advertir, en primer lugar, que las restricciones a la apertura y los aforos limitados se implantaron en todos los sectores a que se refiere la Orden 668/2020 como son los centros comerciales, las tiendas y establecimientos de comercio minorista, las iglesias y lugares de culto, los locales de ocio (cines, teatros y espectáculos), la hostelería (bares, restaurantes y cafeterías) por lo que el daño fue soportado por casi todos los sectores económicos cuya actividad no fuera esencial.

En segundo lugar, tal y como en este punto señala el informe del servicio afectado, la reclamante pudo realizar su actividad en la Comunidad de Madrid a partir del 21 de junio de 2020 de forma limitada y parcial (en los términos señalados por la Orden 668/2020),

ya que 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, 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, 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”.*

Este criterio también se puede comprobar en la página web del Centro Europeo para la Prevención y Control de las Enfermedades de

la Unión Europea que reconoce que existe un riesgo potencial de contraer la infección por SARS-CoV-2 durante el ejercicio, especialmente en entornos donde los atletas entran en grupos, participan en deportes de contacto, comparten equipos o usan áreas comunes, incluidos los vestuarios. La transmisión podría ocurrir a través del contacto directo con una persona infectada, la exposición indirecta al virus a través de un objeto contaminado o a través de aerosoles/gotas de una persona infectada (<https://www.ecdc.europa.eu/en/covid-19/questions-answers/questions-answers-various>).

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 en cuanto a la práctica del deporte y el ocio, se recomendó promover aquellas actividades que sí 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 puntuiza “*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 la reclamante en cuanto al carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por la titularidad de los servicios afectados y por el daño que se le hubiera podido producir en el ejercicio de su actividad empresarial, hemos de oponer esta línea jurisprudencial que limita dicha responsabilidad “*introduciendo en la misma, elementos subjetivos*

o de culpa” para concluir que las Administraciones Pùblicas, y en concreto la de la Comunidad de Madrid, no son aseguradoras universales de todos los daños que se producen a consecuencia de su actividad reguladora de los servicios pùblicos y menos aun en las circunstancias completamente excepcionales de la pandemia.

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

El fundamento jurídico duodécimo de dicha sentencia 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 articulo 3 de esta última enumera los principios a los que están sujetas las Administraciones pùblicas y los sujetos privados en sus actuaciones de salud pùblica y acciones sobre la salud colectiva, que son: el de equidad, el principio de salud en todas las pùblicas, el de pertinencia, el de precauciòn, el de evaluaciòn, el de transparencia, el de integralidad y el de seguridad. Centrándonos en los principios de pertinencia y precauciòn, segùn el primero, las actuaciones de salud pùblica 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 concurren. (...)

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”.

En consecuencia, como resumen de esta consideración jurídica quinta podemos decir que las medidas objeto de reproche (impuestas por 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 la reclamante no tiene el carácter de antijurídico, pues es consecuencia -como hemos visto- de la normativa aplicable, también la existencia de fuerza mayor 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 correspondiendo su prueba a la Administración.

Por ello, analizaremos los requisitos que sí se cumplen en el caso

dictaminado partiendo de que, 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.

En este sentido, 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.

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

Según la doctrina jurisprudencial, son constitutivos de fuerza mayor los acontecimientos imprevisibles e inevitables caso de ser previstos, que excedan de los riesgos propios de la empresa, esto es de los derivados de la propia naturaleza de los servicios públicos (STS de 2 de abril de 1985) o los acaecimientos realmente insólitos y extraños al campo normal de las previsiones típicas de cada actividad o servicio, según su propia naturaleza (STS de 4 de febrero de 1983).

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

naturaleza, por la misma consistencia de sus elementos, con causa desconocida”.

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

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

Por lo tanto, es aplicable el artículo 34 de la LRJSP, que declara como no indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existente en el momento de producción de aquéllos.

Tal y como recoge el informe técnico del servicio implicado (Viceconsejería de Asistencia Sanitaria y Salud Pública), y es sobradamente conocido, se trata de 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 pandemia global.

Y sobre el estado de la ciencia, baste decir que las primeras vacunas autorizadas por la Agencia Europea del Medicamento surgieron en diciembre de 2020 y el inicio de la vacunación en España tuvo lugar el día 26 de diciembre de 2020, sin que, por otra parte, se haya declarado por el Gobierno de España el fin de la situación de emergencia sanitaria.

Por tanto, concluimos que se dan los requisitos para apreciar la existencia de fuerza mayor, imprevisible e irresistible y completamente extraña a esta Administración, por lo que aquella rompe el nexo causal entre el daño invocado -que no probado- por la reclamante y la actuación administrativa reprochada, exonerando por completo de responsabilidad a esta Administración Autonómica.

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

CONCLUSIONES

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

SEGUNDA.- Desestimar la reclamación, al no ser antijurídicos los daños alegados por la reclamante a partir del 21 de junio de 2020 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 8 de febrero de 2022

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 64/22

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid