

Dictamen n°: **67/22**
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 NEW FITNESS ARANJUEZ, S.L. y NEW FITNESS GROUP, S.L. (en adelante, *“las reclamantes”*), titulares de tres gimnasio situados en 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 15 de marzo de 2021, el representante de las sociedades mercantiles citadas anteriormente formula reclamación de responsabilidad patrimonial dirigida a la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid por los daños y perjuicios sufridos a consecuencia de las medidas adoptadas por las Administraciones Públicas tras la declaración del estado de alarma para hacer frente a la situación sanitaria provocada por la COVID-19.

El escrito detalla que dicha reclamación viene motivada por las graves pérdidas económicas que están sufriendo los gimnasios de su propiedad, a causa de las medidas adoptadas por la Administración General del Estado y las comunidades autónomas con motivo de la declaración del estado de alarma; medidas que son especialmente intensas y desproporcionadas para la actividad empresarial de la gestión de instalaciones deportivas y que se han concretado, entre otras, en periodos de cierres, totales o parciales, en restricciones de aforo o en limitaciones en el uso de las instalaciones (vestuarios, duchas, salas para sesiones grupales...).

Explica que no es la “acción” lo que causa el daño sino la “reacción” de las Administraciones Públicas y en particular, la reacción específica que se ha dado a esta actividad, que ha conllevado un elevado sacrificio materializado en drásticas bajadas de ingresos y en una situación económico-patrimonial casi de quiebra empresarial.

Las reclamantes continúan explicando que ejercitan la acción en plazo legal dentro del año siguiente a la declaración del estado de alarma por Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, y que las Administraciones Públicas intervinientes deberán responder de forma solidaria.

A continuación, distingue una primera etapa del 14 de marzo al 21 de junio de 2020, tras la declaración del citado estado de alarma inicial por la Administración General del Estado; una segunda, en la que tras finalizar ese primer estado de alarma, iría del 22 de junio al 25 de octubre de 2020, en que el Estado y las Administraciones Autonómicas han dictado normas restrictivas con afectación directa al sector de las instalaciones deportivas; y una última fase, iniciada el 25 de octubre de 2020 con la declaración del segundo estado de

alarma que aprueba determinados instrumentos jurídicos a utilizar por las Comunidades Autónomas hasta el 9 de mayo de 2021, fecha en que finaliza aquél.

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

La reclamación cita la normativa vigente y tras enunciar los requisitos para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial y mencionar la jurisprudencia que considera aplicable, incide en que se trata de una responsabilidad objetiva, independiente de toda idea de culpa o negligencia; que sí hay un nexo causal entre la actuación de las Administraciones y el resultado lesivo o dañoso producido, señalando que esto “*es más que evidente*” porque es la actuación de la Administración la que condiciona -en lo prohibitivo- el ejercicio de la actividad empresarial que se desarrollaba con plena normalidad.

Finalmente, explica que este daño es claramente antijurídico por lo 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 que se presentará una valoración concreta de todos los daños y perjuicios efectivamente soportados por las medidas adoptadas por las Administraciones Públicas y que, a la fecha de presentación del escrito, se está elaborando

El escrito de reclamación (folios 1 a 41 del expediente) se acompaña de los poderes notariales otorgados al efecto en favor del representante de las entidades mercantiles.

El día 5 de mayo de 2021 se presenta por las reclamantes, un nuevo escrito al que se adjunta el informe pericial ya anunciado, elaborado por una consultora y que recoge la indemnización solicitada que asciende a un total de 808.100,58 euros, correspondiendo 269.573,72 euros, a la empresa NEW FITNESS ARANJUEZ, S.L y 598.922,65 € a la entidad NEW FITNESS GROUP, así como los intereses legales que correspondan hasta su efectivo abono.

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

Consta en el expediente que con fecha 4 de noviembre de 2021 el secretario general técnico de la Consejería de Sanidad solicitó a la Viceconsejería de Asistencia Sanitaria y Salud Pública, un informe sobre los hechos objeto de reclamación, la concurrencia de los requisitos de la responsabilidad patrimonial y, en su caso, sobre la posible valoración de los daños alegados, de acuerdo con el artículo 81.1 de la LPAC.

Dicho informe fue emitido el 9 de diciembre de 2021 y en el mismo se realiza una introducción sobre la COVID-19, su transmisión a las personas y sus graves consecuencias. Analiza la situación creada por el virus y distingue diversas etapas en cuanto al marco jurídico creado: una fase previa en la que las autoridades sanitarias de la Comunidad de Madrid adoptaron con urgencia una serie de medidas dirigidas a prevenir el contagio y la propagación de la enfermedad tales como la Orden 338/2020, de 9 de marzo, de la Consejería de Sanidad, en la que se acordó la suspensión temporal de la actividad educativa presencial en todos los centros y niveles de enseñanza y acordó la realización a puerta cerrada de los grandes eventos deportivos y se suspendieron las actividades colectivas en espacios cerrados y las que implicaran a más de mil personas, la Orden 348/2020, de 11 de marzo, por la que se suspende temporalmente la actividad deportiva y física en instalaciones de gestión directa y de las competiciones deportivas federadas y la Orden 367/2020, de 13 de marzo, por la que se suspende temporalmente la actividad de determinados establecimientos, locales e instalaciones.

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

En concreto el Real Decreto 463/20 dispuso la suspensión de apertura al público (artículo 10) de todos los locales y establecimientos minoristas, a excepción de los considerados esenciales (alimentación, establecimientos farmacéuticos, médicos,

combustible). El estado de alarma inicial fue prorrogado en sucesivas ocasiones hasta las 00:00 horas del 21 de junio de 2020.

A partir del 21 de junio de 2020, las Comunidades Autónomas volvieron a ejercer las competencias que tenían atribuidas. Así, la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid estableció una serie de medidas en la Orden 668/2020, de 19 de junio (en adelante, Orden 668/2020). En concreto se impusieron una serie de limitaciones como límites de aforo y para el desarrollo de actividades, obligación del uso de mascarilla y la observancia de la distancia de seguridad interpersonal, que afectaban a la práctica totalidad de la actividad social y económica. El informe destaca que estas medidas han sido, y siguen siendo, objeto de continua adaptación a la situación epidemiológica de acuerdo con las evidencias científicas que se van conociendo en cuanto a su incidencia.

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

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

riesgo en base al conjunto de indicadores epidemiológicos, de capacidad asistencial y de salud pública.

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

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

En particular, recalca que la Comunidad de Madrid, 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, la reclamante ha 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 diversos documentos emitidos por el Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias del Ministerio de Sanidad y documentación de la Comisión de Salud Pública del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

Tras la incorporación al procedimiento del anterior informe, se confirió trámite de audiencia a las reclamantes el día 9 de diciembre de 2021.

El 21 de diciembre de 2021 las reclamantes presentan sus escritos de alegaciones en las que se reiteran en su reclamación indicando que las medidas no afectaron a todos los ciudadanos ni a todas las empresas sino solo a las de determinados sectores. Destacan, además, que han tenido conocimiento en cuanto a 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 29 de diciembre de 2021 se formuló la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación formulada contra la Comunidad de Madrid por falta de legitimación pasiva de esta por los daños y perjuicios aducidos desde el 14 de marzo de 2020 y hasta el 20 de junio de ese mismo año y, desestimar la reclamación, en relación con los daños alegados a partir del día 21 de junio de 2020, al no concurrir la antijuridicidad del daño y apreciarse la existencia de fuerza mayor que rompe el nexo causal entre la actuación administrativa y el perjuicio probatorio.

La propuesta de resolución destaca que los daños sufridos por las reclamantes no son antijurídicos y que, en consecuencia, tienen el deber de soportarlos habida cuenta de la necesidad de las medidas adoptadas para impedir la expansión de la pandemia. Cita a estos efectos los pronunciamientos de la STC 148/2021, de 14 de julio, en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto frente al Real Decreto 463/2020.

Entiende que habría también fuerza mayor rompiendo así la relación de causalidad y destaca que las indemnizaciones concedidas a otras empresas no traen causa del reconocimiento de

responsabilidad patrimonial sino de intervenciones de naturaleza expropiatoria.

TERCERO.- El día 30 de diciembre de 2021 tuvo entrada en esta Comisión Jurídica Asesora la solicitud de dictamen en relación con la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada.

Ha correspondido por turno de reparto a la letrada vocal Dña. Rocío Guerrero Ankersmit, 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.

SEGUNDA.- Las reclamantes ostentan legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) en relación con el artículo 4 de la LPAC en cuanto son las personas jurídicas que consideran que la actuación de la Comunidad de Madrid ha perjudicado sus resultados empresariales.

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

Actúan por medio de un representante común, acreditándose dicha representación mediante los correspondientes poderes notariales incorporados al expediente. Se observa, no obstante, que en el caso de NEW FITNESS GROUP, S.L, la escritura de 20 de diciembre de 2018 por la que se elevan a públicos los acuerdos sociales de la entidad NEW FITNESS GROUP, S.L., relativos a la aceptación de la dimisión del Consejo de Administración, cambio de sistema de administración y nombramiento de administradores mancomunados, como su nombre indica, adoptó el nombramiento como administradores mancomunados del firmante del escrito de reclamación y la entidad FERNANDO 9 TORRES, S.L., por lo que la reclamación formulada por NEW FITNESS GROUP, S.L., firmada por uno solo de los administradores mancomunados y no por los dos como se acordó por la sociedad, presenta un defecto de representación que debe ser subsanado, antes de dictar la propuesta de resolución

Además, y por los que se refiere a NEW FITNESS ARANJUEZ, S.L. y NEW FITNESS GROUP, S.L., afirman ser propietarias, la primera de un gimnasio en Aranjuez y la segunda de sendos gimnasios ubicados en las localidades de Pinto y Madrid, sin que acrediten en el expediente dicha titularidad, acreditación que, antes de dictarse la resolución final, el instructor del procedimiento deberá requerir al representante común de ambas entidades.

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.

Ahora bien, desde la entrada en vigor del estado de alarma, el mismo día de publicación en el Boletín Oficial del Estado (BOE) del Real Decreto 463/2020, se produjo un cambio respecto del marco jurídico ordinario, con una redistribución de las competencias para adoptar las medidas de carácter sanitario y epidemiológico relativas a la gestión de la crisis derivada de la pandemia entre las diferentes Administraciones Públicas, correspondiendo -desde aquel momento- dichas competencias a la Administración General del Estado.

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

indicados en los párrafos a), b) o c), será autoridad competente delegada el Ministro de Sanidad”.

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

Por lo que se refiere al requisito temporal, el artículo 67.1 de la LPAC establece que el inicio de un procedimiento de responsabilidad patrimonial solo procederá cuando no haya prescrito su derecho a reclamar. Ese derecho “(...) *prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo.*” En el caso sujeto a examen, las entidades reclamantes manifiestan expresamente que reclaman por los daños ocasionados por las medidas adoptadas “*hasta el 28 de febrero de 2021*” (folio 98). Por ello y tomando dicha fecha como *dies a quo*, debe entenderse formulada en plazo la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada el 15 de marzo 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.

TERCERA.- La responsabilidad patrimonial de la Administración se recoge en el artículo 106.2 de la Constitución Española (CE), que garantiza el derecho de los particulares a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, en los términos establecidos por la ley. El desarrollo legal de este precepto

se encuentra contenido actualmente, en los artículos 32 y siguientes de la LRJSP, completado con lo dispuesto en materia de procedimiento en la ya citada LPAC.

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

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

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

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

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

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

Es doctrina reiterada de esta Comisión Jurídica Asesora que, sin la existencia de un daño real y efectivo a quien solicita ser indemnizado, no cabe plantearse una posible responsabilidad de la Administración. En este sentido, las sentencias de 13 de febrero de 2018 (recurso 597/2017) y de 17 de noviembre de 2020 (recurso 443/2019) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo -Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2012 (recurso 280/2009) y 30 de diciembre de 2013 (recurso 300/2008)- señalan que *“la existencia de un daño real y efectivo, no traducible en meras especulaciones o expectativas, constituye el núcleo esencial de la responsabilidad patrimonial traducible en una indemnización económica individualizada, de tal manera que resulte lesionado el ámbito patrimonial del interesado, que es quién a su vez ha de soportar la carga de la prueba de la realidad del daño efectivamente causado”*.

A este respecto, hay que recordar, además, que la carga de la prueba recae en quien formula la reclamación conforme lo dispuesto en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Pues bien, la mercantil reclama por los perjuicios irrogados, tanto en concepto de daño efectivo producido como de lucro cesante, por no haber podido realizar su actividad empresarial con normalidad, es decir, explotar su negocio de los gimnasios en la Comunidad de Madrid durante el plazo de duración del estado de alarma y de sus sucesivas prórrogas hasta la fecha en que se formula la reclamación.

Así las cosas, no es posible afirmar que las reclamantes hayan acreditado debidamente que han sufrido un daño económico cierto e individualizado respecto a sus gimnasios ubicados en la Comunidad de Madrid, derivado de la declaración del estado de alarma mediante el Real Decreto 463/20 y de todas las medidas preventivas, limitaciones establecidas y restricciones adoptadas por la Comunidad de Madrid en el ámbito de sus competencias a partir del 21 de junio

de 2020.

En efecto, las reclamantes, después de referirse a las distintas etapas temporales a lo largo del estado de alarma (distinguiendo una primera fase de confinamiento estricto, de otras posteriores con diversas medidas restrictivas) no separan la responsabilidad que -en un hipotético daño- sería imputable a la Administración General del Estado y la de la Comunidad de Madrid en particular, por lo que el daño económico -de existir- no está individualizado ni concretado de forma y manera precisa como impone el artículo 32 de la LRJSP.

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

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

Es más, ha de destacarse que el informe pericial considera que toda la pérdida de negocio es imputable a la actuación de la Administración (folio 121) 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.

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

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

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

revisten o no el carácter de antijurídicos.

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

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

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

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

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

En adición a ello, hemos de destacar el FJ 10 de la sentencia en el que el Tribunal Constitucional modula los efectos resultantes de la declaración de inconstitucionalidad, señalando que *“las medidas declaradas inconstitucionales, pese a ello, son medidas que los ciudadanos tenían el deber jurídico de soportar”* y por tanto, esta inconstitucionalidad apreciada en la sentencia *“no será por sí misma título para fundar reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas”*. Argumento este que por sí solo, y sin necesidad de mayor literatura jurídica, justificaría la desestimación de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada contra la Comunidad de Madrid.

Respecto del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el

que se declaró el segundo estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por la COVID (Real Decreto 926/2020) y del Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por el que se prorrogó el estado de alarma declarado en aquel (Real Decreto 956/2020), el Tribunal Constitucional ha dictado la STC 183/2021, de 27 de octubre.

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

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

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

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

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

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

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

Tal y como venimos señalado, las reclamantes tienen el deber de soportar el perjuicio derivado de estas medidas preventivas,

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

Esta legalidad parte del artículo 4. b) de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio de los estados de alarma, excepción y sitio, bajo la cobertura del artículo 116.2 CE. En uso de dichas facultades el Gobierno mediante el Real Decreto 463/2020 declaró el estado de alarma en todo el territorio nacional, el cual ha sido prorrogado en sucesivas ocasiones y ha estado vigente hasta el 9 de mayo de 2021.

Una vez finalizado el estado de alarma, se promulgó el Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, actualmente Ley 2/2021, de 29 de marzo de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la 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 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, sobre la base de lo previsto en las leyes especiales en materia sanitaria y de salud pública, que pasamos a enunciar.

Así, el artículo primero de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (LO 3/1986), señala con -carácter general- que las distintas Administraciones Públicas, dentro del ámbito de sus competencias, al objeto de proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro, pueden adoptar las medidas previstas en dicha ley cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad. Por su parte, el artículo tercero dispone -en concreto- que, con la finalidad de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, puede adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible.

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

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

de medios materiales o personales, el cierre preventivo de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias, la suspensión del ejercicio de actividades, y cualquier otra medida ajustada a la legalidad vigente si existen indicios racionales de riesgo para la salud.

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

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

i) Así, la justificación previa de las medidas restrictivas de la actividad de las reclamantes 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 de las actuaciones aplicables a toda la actividad económica relativa a los gimnasios, y se concretan en las medidas establecidas inicialmente en la Orden 668/20 y en todas sus modificaciones posteriores. Sin ánimo de ser exhaustivos serían:

- La obligación con carácter general, del uso de mascarillas en cualquier espacio cerrado de uso público. La necesidad de adoptar medidas de ventilación, limpieza y desinfección adecuadas a las características e intensidad de uso de los centros de trabajo y que no se compartirá ningún material.

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

Así las cosas, y habida cuenta de que estas medidas en forma de limitaciones y restricciones a la actividad empresarial de las reclamantes les ha 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 adoptadas por el órgano competente en

materia de Salud Pública y en consecuencia, el daño derivado de aquellas no es antijurídico.

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

En efecto, las reclamantes reprochan las medidas adoptadas incidiendo en que esta reacción ante la pandemia fue especialmente intensa en su sector de actividad. Sin embargo, es de advertir, en primer lugar, que las restricciones a la apertura y los aforos limitados se implantaron en todos los sectores a que se refiere la Orden 668/2020 como son los centros comerciales, las tiendas y establecimientos de comercio minorista, las iglesias y lugares de culto, los locales de ocio (cines, teatros y espectáculos), la hostelería (bares, restaurantes y cafeterías) por lo que el daño fue soportado por casi todos los sectores económicos cuya actividad no fuera esencial.

En segundo lugar, tal y como en este punto señala el informe del servicio afectado, las reclamantes pudieron realizar su actividad en la Comunidad de Madrid a partir del 21 de junio de 2020 de forma limitada y parcial (en los términos señalados por la Orden 668/2020), ya que los centros deportivos no fueron clausurados.

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, 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 entrenan 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 que, 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 en particular, la Sentencia de 21 de diciembre de 2020 (recurso 803/2019).

Su fundamento jurídico cuarto realiza una exposición teórica del instituto de la responsabilidad patrimonial afirmando que *“el fundamento de la exigencia de responsabilidad patrimonial a los distintos poderes del Estado, y a las diferentes Administraciones Públicas es, hoy día, una consecuencia obligada e imprescindible del desarrollo del Estado de Derecho que impone la sumisión de la Administración Pública, como a cualquier otro sujeto de Derecho, al ordenamiento jurídico, tal y como se deduce de los artículos 9.3, 103.1, 106.2 o 121 de la Constitución Española. La responsabilidad patrimonial, pues, es, hoy, algo más que un mecanismo de compensación de los perjuicios inferidos a concretos ciudadanos por las más diversas actuaciones -no solo administrativas- de las diferentes Administraciones (...). Evidentemente, junto con este fundamento constitucional, la responsabilidad patrimonial también se fundamenta en el principio de solidaridad -en cuanto no sería justo que un sólo sujeto lesionado tuviera que hacer frente a las consecuencias lesivas de los actos de los Poderes públicos-; e, igualmente, también encuentra su fundamento en la confianza legítima que los citados Poderes han podido crear en los ciudadanos. (...)”*.

A continuación, la Sala puntualiza: *“pero, no obstante, lo anterior, los citados pronunciamientos constitucionales sobre la responsabilidad patrimonial, requieren y exigen, una serie de matizaciones o modulaciones, en relación con el citado carácter objetivo*

genérico que de la institución se proclama; sobre todo, cuando de algún tipo concreto de responsabilidad patrimonial se trata, tal y como aquí acontece con la responsabilidad sanitaria”.

Además, en el fundamento jurídico quinto se cita como paradigmática de esta línea jurisprudencial, la doctrina contenida en la Sentencia de 15 de marzo de 2018 (recurso de casación 1016/2016), en la que, *«sin abandonar el fundamento de imputación de la responsabilidad, introduce en la misma, elementos subjetivos o de culpa: “la jurisprudencia viene modulando el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, rechazando que la mera titularidad del servicio determine la responsabilidad de la Administración respecto de cualquier consecuencia lesiva relacionada con el mismo que se pueda producir”. Así, señala la sentencia de 14 de octubre de 2003 que como tiene declarado esta Sala y Sección, la prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquella de la infraestructura material para su prestación no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas, convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos, con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse, porque de lo contrario, como pretende el recurrente, se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico».*

Por tanto, ante lo aducido por las reclamantes en cuanto a que la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas sería objetiva por la titularidad de los servicios afectados y por el daño que se le hubiera podido producir en el ejercicio de su actividad empresarial, hemos de oponer esta línea jurisprudencial que limita dicha responsabilidad *“introduciendo en la misma, elementos subjetivos o de culpa”* para concluir que las Administraciones

Públicas, y en concreto la de la Comunidad de Madrid, no son aseguradoras universales de todos los daños que se producen a consecuencia de su actividad reguladora de los servicios públicos y menos aún en las circunstancias completamente excepcionales de la pandemia.

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

“Finalmente, en cuanto a la legalidad de las medidas adoptadas por la Administración, en el supuesto que nos ocupa su actuación está amparada por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública. El artículo 3 de esta última enumera los principios a los que están sujetas las Administraciones públicas y los sujetos privados en sus actuaciones de salud pública y acciones sobre la salud colectiva, que son: el de equidad, el principio de salud en todas las políticas, el de pertinencia, el de precaución, el de evaluación, el de transparencia, el de integralidad y el de seguridad. Centrándonos en los principios de pertinencia y precaución, según el primero, las actuaciones de salud pública atenderán a la magnitud de los problemas de salud que pretenden corregir, justificando su necesidad de acuerdo con los criterios de proporcionalidad, eficiencia y sostenibilidad. Por su

parte, conforme al de precaución, la existencia de indicios fundados de una posible afectación grave de la salud de la población, aun cuando hubiera incertidumbre científica sobre el carácter del riesgo, determinará la cesación, prohibición o limitación de la actividad sobre la que concurran. (...).

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

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

Respecto de lo aducido en el escrito de alegaciones de que la Comunidad de Madrid iría contra sus propios actos al reconocer a algunas entidades una indemnización, y no a las reclamantes, basta con indicar que estas se limitan a hacer una mención genérica de la que parece desprenderse que se trata de indemnizaciones bien por responsabilidad contractual bien por la requisa de bienes y servicios. Se trata por tanto de supuestos completamente al margen de la responsabilidad patrimonial de la Administración por lo que no pueden invocarse como argumento para exigir esta última.

SEXTA.- Aun cuando el posible daño invocado por las reclamantes no tiene el carácter de antijurídico, pues es consecuencia -como hemos visto- de la normativa aplicable, también la existencia de fuerza mayor rompería el nexo causal entre la

actuación administrativa y el perjuicio producido.

En efecto, definida la fuerza mayor como un elemento exterior que rompe el vínculo causal entre la actuación administrativa y el daño producido, se caracteriza por ser imprevisible, irresistible y ajena a la voluntad de quien la invoca y su prueba corresponde a la Administración. Por ello, procede el análisis de estos requisitos que sí se cumplen en el caso dictaminado.

En este sentido, tal y como señala el informe del servicio afectado se trata de una nueva enfermedad que ha ocasionado una pandemia mundial motivada por un virus denominado COVID-19 cuyo origen fue en China, que el 31 de diciembre de 2019, informó sobre un grupo de 27 casos de neumonía de etiología desconocida, y que por su facilidad contagiosa se transmitió con rapidez a toda la población.

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

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

Según la doctrina jurisprudencial, son constitutivos de fuerza

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

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

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

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

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

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

Por tanto, concluimos -tal y como ya dijimos en nuestro Dictamen 199/21, 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 las reclamantes y la actuación administrativa reprochada, exonerando por completo de responsabilidad a esta Administración Autonómica.

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

CONCLUSIONES

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 las reclamantes a partir del 21 de junio de 2020 y concurrir la existencia de fuerza mayor que rompe el nexo causal entre la actuación administrativa y el perjuicio producido.

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

Madrid, a 8 de febrero de 2022

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 67/22

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid