



Dictamen nº **76/2022**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 12 de abril de 2022, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Excmo. Sr. Consejero de Economía, Hacienda y Administración Digital (por su delegación, el Sr. Director de la Agencia Tributaria de la Región de Murcia), mediante oficio registrado el día 9 de diciembre de 2021 (COMINTER 362523 2021 12 03 01 17), sobre responsabilidad patrimonial instada por D. X, en representación de --, por daños y perjuicios sufridos durante el cierre de la actividad por imposición legal durante la pandemia (exp. 2021_339), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO. – Con fecha 21 de junio de 2021, D. X, en representación de "--", presenta escrito de responsabilidad patrimonial frente a la Consejería de Economía, Hacienda y Administración Digital, por los daños causados por la Comunidad Autónoma durante el tercer y cuarto trimestre de 2020 por la no bonificación de la Tasa Fiscal sobre el Juego, en un momento de apertura parcial y cierre de la hostelería como consecuencia de la COVID-19.

Considera que concurren todos los requisitos para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración:

-Efectividad de la lesión: el importe de las tasas abonadas en el segundo y tercer trimestre de 2020.

-Que la lesión sea individualizada: el resultado lesivo afecta a un grupo, el de los empresarios de las máquinas recreativas tipo "B", y no es una carga "erga omnes".

-La lesión es antijurídica: no existe una obligación que le imponga la exigencia de soportar el resultado lesivo cuando la actividad no se pudo desarrollar total o parcialmente.

-Inexistencia de fuerza mayor.

En cuanto a la valoración del daño, lo cuantifica en 63.619,16 euros, correspondiente a la actividad de 2020, que fue de un 31%.

SEGUNDO. – Mediante Orden, de 24 de junio de 2021, de la Directora de la Agencia Tributaria de la Región de Murcia (por delegación del Consejero de Economía, Hacienda y Administración Digital), se admite a trámite la reclamación formulada, y se nombra instructora del procedimiento.

TERCERO. – Consta en el expediente la resolución, de 3 de febrero de 2020, de la Directora de la Agencia Tributaria de la Región de Murcia por la que se aprueba el Padrón de Máquinas Recreativas y de Azar y su

correspondiente tasa fiscal sobre juegos de suerte, envite o azar para el ejercicio 2020, publicada en el *Boletín Oficial de la Región de Murcia* (BORM) de 6 de febrero de 2020.

CUARTO. – Con fecha 7 de julio de 2021, se emite informe por la Jefa de Servicio de Gestión y Tributación del Juego, en el que indica:

"(...) TERCERO. - Debida a la situación sanitaria existente causada por el SARS-CoV-2, el Gobierno de España aprobó el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, de declaración del estado de alarma, para todo el territorio español, el cual supuso el inmediato cese en la actividad desde el mismo momento de su entrada en vigor, dicho Real Decreto fue prorrogado en varias ocasiones hasta el 21 de junio de 2020 y finalmente sustituido por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2.

CUARTO. – Durante dicho periodo las Comunidades Autónomas han ido adoptando diversa normativa para paliar dicha situación y reactivar la economía regional, así en el ámbito de la Administración regional, mediante el Decreto-Ley 7/2020, de 18 de junio, de medidas de dinamización y reactivación de la economía regional con motivo de la crisis sanitaria (COVID-19), se bonificó la tasa fiscal sobre los juegos de suerte, envite o azar, relativa a máquinas recreativas y de azar, correspondientes al segundo trimestre de 2020 y se posibilitaron las bajas temporales de máquinas recreativas y de azar para el segundo semestre del ejercicio 2020, no siendo exigibles los pagos fraccionados trimestrales de la tasa fiscal sobre el juego correspondiente a dicho periodo.

Por otro lado, la reciente Ley 1/2021, de 23 de junio, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2021, en su disposición adicional decimoséptima regula la baja temporal de máquinas recreativas de tipo B y C en el ejercicio 2021, permitiendo a los sujetos pasivos situar un 25%, como máximo, de las máquinas de tipo B y C que tengan autorizadas, en situación de baja temporal, con el fin de adecuar el número de máquinas en producción a la situación actual generada por la crisis sanitaria del coronavirus (COVID-19).

Esta baja temporal tiene efectos desde el 1 de enero de 2021 y como mínimo debe mantenerse hasta el 30 de junio. Transcurrido ese plazo, el sujeto pasivo puede comunicar a la Agencia Tributaria de la Región de Murcia durante el plazo comprendido entre el 1 al 10 de julio o el 1 al 10 de octubre la reactivación, para los trimestres restantes, de cualquiera de las máquinas en baja temporal. Durante el período de baja temporal de las máquinas no serán exigibles los pagos fraccionados trimestrales de la Tasa Fiscal sobre el Juego correspondientes a dicho período, siempre que se mantengan en esta situación. De este modo, se ha permitido que un 25% del parque de máquinas se beneficie de una bonificación en la tasa fiscal aun encontrándose en explotación.

Por otro lado, en el artículo 57 se modifica el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en la Región de Murcia en materia de Tributos Cedidos, aprobado por Decreto Legislativo 1/2010, de 5 de noviembre Disposición adicional sexta, con el fin de fijar una aplicación temporal de cuotas reducidas para las máquinas recreativas de los tipos B y C, en los ejercicios 2020, 2021, 2022 y 2023. Si bien es cierto que dichas cuotas reducidas ya se fijaban con anterioridad a la crisis sanitaria, es preciso señalar que se han prorrogado un ejercicio adicional hasta 2023 y que no existe ninguna Comunidad Autónoma que prevea dichas cuotas reducidas.

QUINTO. – Con fecha 4 de febrero de 2021, en virtud de Resolución de la Directora de la Agencia Tributaria de la Región de Murcia, fue aprobado, para el presente ejercicio, el Padrón provisional de la Tasa Fiscal sobre el Juego, en la modalidad de máquinas recreativas y de azar, en el que figuran a nombre de la recurrente las liquidaciones por la modalidad anteriormente citada y que fueron notificadas, de conformidad con el artículo 102.3 de la Ley 58/2003 de 17 de diciembre, General Tributaria, mediante edicto publicado en el Boletín Oficial de la Región de Murcia, el día 8 de febrero de 2021, con ofrecimiento de los recursos pertinentes contra las mismas en el plazo legalmente establecido, a contar desde el día siguiente al de la finalización del período de exposición pública a que se refiere el artículo 10, apartado cuatro, del Decreto Legislativo 1/2010, de 5 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en la Regi? ?n de Murcia en materia de Tributos Cedidos, período de exposición pública que finalizó el 22 de febrero de 2021.

SEXTO. – Se indica por el recurrente que las medidas adoptadas por la Comunidad son insuficientes según comparativa con otras Comunidades, pero obvia en su escrito que en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para los establecimientos de juego, salvo el período de duración del Estado de alarma, sólo se ha obligado su cierre en el período comprendido entre el 7 de noviembre hasta el 2 de diciembre. Posteriormente a diferencia

de la mayoría de Comunidades Autónomas que nombra en su escrito se ha permitido su apertura, si bien es cierto que ha sido con horarios y aforo reducido sí que han podido explotar las máquinas para las que ahora está presentando la responsabilidad patrimonial.

Es preciso señalar que el recurrente tiene 46 máquinas instaladas en establecimientos hosteleros y 59 en salones de juego por lo que el perjuicio por el cierre ha sido para menos de la mitad de su parque de máquinas.

SEPTIMO.- *En cuanto a la estimación económica que realiza el interesado para interponer su reclamación es justo señalar que dicha bajada de recaudación no tiene por qué estar sólo ocasionada por el cierre de los establecimientos de juego puesto que pueden existir otras circunstancias de índole social que han podido influir en la misma, tales como los ERTE, situaciones de desempleo y el propio miedo al contagio, que pueden haber influido en la bajada de afluencia a dichos establecimientos y por consiguiente tener un reflejo en la bajada de recaudación, por tanto el daño alegado no es evaluable económicamente.*

OCTAVO.- *Por último es preciso señalar que conforme a lo previsto en el artículo 10.3 del Decreto Legislativo 1/2010, ..., tratándose de máquinas recreativas y de azar, de los tipos B y C, respectivamente, la Tasa será exigible por años naturales, devengándose el uno de enero de cada año en cuanto a las autorizadas en años anteriores, indicando en el apartado 10.4 2) que el padrón de cada ejercicio, está constituido por el censo comprensivo de máquinas tipo "B" o recreativas con premio, máquinas "B" en situación de baja temporal y tipo "C" o de azar, autorizadas en años anteriores, sujetos pasivos y cuotas exigibles.*

El contribuyente cuestiona, más que los actos de liquidación en sí mismos, la validez de las normas que sirven de soporte de aquellos por supuesta vulneración de determinados principios constitucionales, como los de capacidad y no confiscatoriedad, argumentos que en modo alguno compete conocer a la Administración Tributaria, sino a los Tribunales, debiendo esta actuar con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho con la ineludible obligación de aplicar la misma, de conformidad con el artículo 103 de la Constitución Española.

Por tanto, falta la antijuridicidad del supuesto daño causado, ya que en este caso la tasa se ha abonado en virtud de una disposición legal en vigor. La ley lo que dice es que para que el daño sea indemnizable debe tratarse de un daño que los particulares "no tengan el deber jurídico de soportar" y en este caso sí lo tenían, injustamente o no.

En concordancia con cuanto antecede, se estima que, salvo superior criterio, NO procede indemnización por Responsabilidad Patrimonial".

QUINTO. – Con fecha 26 de julio de 2021, se procede a la apertura del trámite de audiencia, sin que conste que el interesado haya formulado alegaciones.

SEXTO. – Con fecha 2 de diciembre de 2021, se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación formulada, al no concurrir los elementos a los que el ordenamiento jurídico vincula el nacimiento de la responsabilidad patrimonial y, singularmente, la existencia de un daño antijurídico.

SÉPTIMO. – Con fecha 9 de diciembre de 2021, se ha solicitado el dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando al efecto el expediente administrativo, aunque se advierte que se ha omitido el "extracto de secretaría, conforme establece el artículo 46.2, b) del Decreto 15/1998, de 2 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA. - Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 81.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las

SEGUNDA. - Régimen Jurídico, legitimación, plazo y procedimiento.

I. La LPACAP, junto a la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), configuran una nueva regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Dichas Leyes entraron en vigor el día 2 de octubre de 2016 (Disposición final séptima LPACAP y Disposición final decimocuarta de la LRJSP), por lo que habiéndose iniciado el procedimiento mediante escrito presentado con fecha 21 de junio de 2021, le son plenamente aplicables.

II. La legitimación activa corresponde, cuando de daños patrimoniales se trata, en quien ostenta su titularidad, dado que éste será el que sufra el perjuicio patrimonial ocasionado por el funcionamiento de los servicios públicos, por lo que en el presente caso, la mercantil reclamante la ostenta por aplicación de lo dispuesto en el artículo 32.1 LRJSP, en cuanto que sujeto pasivo de la Tasa Fiscal sobre el Juego en relación con la cual el reclamante fija el perjuicio causado por la inactividad de la Administración.

En lo que atañe a la legitimación pasiva, corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, siendo la Consejería consultante la competente para resolver el presente procedimiento, al tratarse de unos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de tributos.

III. En cuanto al plazo para reclamar, el artículo 67.1 LPACAP, establece que éste “*prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo*”.

La reclamación que da origen al procedimiento que nos ocupa, se fundamenta en la exigibilidad, en periodo de inactividad o actividad suspendida total o parcialmente, de la tasa fiscal sobre los juegos de suerte, envite o azar correspondiente al tercer y cuarto trimestre. Por tanto, siendo exigida y satisfecha dicha Tasa en el mes de septiembre y diciembre de 2020, respectivamente, y habiéndose interpuesto la reclamación, como se ha dicho, el día 21 de junio de 2021, la misma ha de considerarse temporánea.

IV. En cuanto al procedimiento, cabe afirmar que el seguido se ha ajustado en términos generales a los trámites establecidos legalmente.

TERCERA. - Concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial.

I. El ordenamiento jurídico español contempla un sistema de responsabilidad patrimonial por los daños que se causen como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos que encuentra su fundamento en los artículos 9.3 y 106.2 de la Constitución y que se regula en los artículos 32 y siguientes LRJSP.

De acuerdo con lo que se establece en este último precepto, los particulares tienen derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas, de toda lesión que sufren en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

De conformidad con dicho bloque normativo, con la constante jurisprudencia que lo interpreta y con la doctrina del Consejo de Estado y de este Consejo Jurídico, son requisitos que deben concurrir para afirmar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas los siguientes:

1º. Que se produzca en los bienes y derechos de los particulares una lesión antijurídica, es decir, un perjuicio que no tengan el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. La antijuridicidad se entiende de manera objetiva, en el sentido de que no exista causa de justificación legalmente prevista que imponga el referido deber de tolerancia.

2º. Que el daño alegado sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

3º. Que sea imputable a una Administración pública por el ejercicio de su actividad, ya se produzca como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y provenga tanto de un hecho u omisión como de un acto jurídico.

4º. Que exista una relación de causalidad entre el hecho o acto y el daño que se alega, de modo que no concurra causa de fuerza mayor, y se reclame en el plazo de un año.

II. Veamos la aplicación de tales requisitos al presente supuesto, teniendo en cuenta que con fecha 21 de marzo de 2022 se ha emitido por este Consejo Jurídico el Dictamen nº 62/2022 en un supuesto sustancialmente idéntico, por lo que resultan de aplicación los argumentos contenidos en aquél.

1º. Que el daño sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

Antes de entrar en el estudio concreto de los requisitos necesarios para que pueda surgir la responsabilidad patrimonial de la Administración, debemos hacer referencia a una primera cuestión general que es el hecho de que el contribuyente cuestiona, más que los actos de liquidación de la Tasa en sí mismos, la validez de las normas que sirven de soporte de aquéllos por supuesta vulneración de determinados principios constitucionales, como los de capacidad y no confiscatoriedad, cuestión completamente ajena al asunto que nos ocupa y que no puede ser enjuiciada desde el punto de vista de los parámetros que rigen dicho procedimiento.

El Decreto Legislativo 1/2010, de 5 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en la Región de Murcia en materia de tributos cedidos, es la norma vigente, con rango de ley, que regula la Tasa Fiscal debatida, estableciendo los tipos tributarios, cuotas fijas, devengo, gestión y recaudación de ésta. Por ello, la impugnación que plantea el reclamante sobre los aspectos de la misma debe hacerse por los mecanismos legales vigentes y no por la vía del procedimiento de responsabilidad patrimonial, o, todo lo más, a través de los supuestos tasados de responsabilidad patrimonial del Estado legislador previstos en el artículo 32 LRJSP, por lo que no se evidencia la existencia del daño.

Dicho esto, y entrando en el estudio del primero de los requisitos necesarios para que surja la responsabilidad patrimonial de la Administración (que el daño sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas), la realidad del daño sufrido (lesión o detrimento en el patrimonio del particular) es el presupuesto básico para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial, no bastando para ello que se trate de meras especulaciones o expectativas, sino que ha de tratarse de 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.

Además, esta individualización y singularidad del daño viene referenciada a que la actuación administrativa afecte de forma muy especial a determinados interesados y les imponga un sacrificio especial por encima de la generalidad de los ciudadanos, quebrantando así el principio de igualdad ante las cargas públicas, considerando que, en el caso de las restricciones establecidas con ocasión de la pandemia, el sacrificio individual queda diluido entre las cargas y penalidades padecidas por todos los establecimientos en mayor o menor medida, y, en definitiva, por la población de forma generalizada, por lo que no cabe hablar de un daño individualizado en una persona o grupo de personas, lo que bastaría ya, por sí solo, para desestimar la reclamación.

2º. Antijuridicidad.

El daño o perjuicio sufrido por el particular solo será indemnizable si se trata de una auténtica lesión, entendida como *daño que el particular no tiene el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley* (artículo 34.1 LRJSP), es

decir, que se trate de un daño antijurídico.

Como indica la jurisprudencia, que por abundante no se cita, así ha sido exigido dicho presupuesto desde su originario reconocimiento en la legislación local de los años cincuenta del pasado siglo, de donde pasó a la vieja Ley de Expropiación Forzosa de 1954, siendo reconocido en el artículo 106 de la Constitución y regulada por la ya derogada Ley 30/1992, hasta llegar a la vigente LRJSP.

Ahora bien, lo que ha permitido configurar esta responsabilidad, basada en principios de igualdad ante las cargas públicas, como una institución plenamente garantista de los intereses de los ciudadanos, al asignársele los caracteres de directa -se imputa directamente a la Administración y no a la persona física por la que actúa-, y objetiva -se hace abstracción de toda idea de culpa o negligencia en el acto que genera la responsabilidad-, es precisamente referir la antijuridicidad del daño, no a esa base culpabilística que en mayor o menor grado es predictable de instituciones similares, sino que la antijuridicidad se vincula a la ausencia de un deber del perjudicado de soportar el daño ocasionado.

Esa peculiaridad del daño se ponía de manifiesto en el ya derogado artículo 139 de la Ley 30/1992, y se reproduce en el actual artículo 34 de la vigente LRJSP con la clásica fórmula de que los daños indemnizables son aquellos que el ciudadano “no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”.

Es importante destacar que el legislador centra la antijuridicidad en el deber jurídico y no en la obligación legal. La jurisprudencia ha venido reiteradamente poniendo de manifiesto la peculiaridad que comporta que la antijuridicidad del daño se articule por la vía de la existencia de un deber de soportar el daño, porque permite acotar la institución a supuestos ciertamente racionales. Si existe la obligación, y es frecuente en la actividad administrativa, de soportar un daño, desaparece la antijuridicidad; la peculiaridad radica en que también desaparece esa exigencia de la lesión cuando existe un mero deber jurídico de soportarlo. Como declara el Tribunal Supremo en la sentencia de 5 de mayo de 2021, la antijuridicidad constituye la falta de justificación del daño, es decir, la inexistencia de una causa legal que legitime la lesión patrimonial del particular y le imponga el deber de soportarlo.

Ahora bien, si, como hemos dicho, el daño indemnizable es el que no se tenga el deber jurídico de soportar, el dilema está en cuanto existe ese deber de soportar el daño. Sin perjuicio del debate doctrinal exhaustivo que se ha generado al respecto, ahora innecesario examinar, lo que caracteriza al deber frente a la obligación es que en aquél, a diferencia de la segunda, no existe un mandato imperativo de una norma, sino una consecuencia inherente de la misma, que la propia norma no ha contemplado de manera imperativa, pero que surge con ocasión de su aplicación (sentencia TS 437/2021, de 24 de marzo (RJ 2021, 1368)).

En el caso que nos ocupa, si bien el interesado pretende reconducir el hecho causante del daño a la omisión por parte de la Administración de su deber legal de actuar para adaptar la realidad impositiva a las circunstancias restrictivas que ella misma imponía (suspensión o reducción de la actividad como consecuencia de la COVID-19), el causante del supuesto daño que el solicitante reclama son los actos de liquidación del tributo en cuestión, de conformidad con lo establecido en el artículo 10.4, a), 2 del Decreto Legislativo 1/2010, ya citado:

“La tasa se gestionará a partir del padrón de la misma que se formará anualmente, y estará constituido por el censo comprensivo de máquinas tipo "B" o recreativas con premio, máquinas "B" en situación de baja temporal y tipo "C" o de azar, autorizadas en años anteriores, sujetos pasivos y cuotas exigibles. En este caso, el ingreso de las cuotas trimestrales se realizará por el sujeto pasivo mediante el abono del documento de pago expedido por la Administración”.

Por tanto, serán los “documentos de pago” del tercer y cuarto trimestre de 2020 expedidos por la Administración, conforme a lo dispuesto en el artículo 10 citado, los actos generadores del daño, al ser expedidos por la Administración sin tener en cuenta, según el reclamante, la situación creada por la pandemia.

Pues bien, se hace necesario advertir, en primer lugar, desde este momento inicial, que para que se pueda reclamar por los daños que haya podido provocar un acto administrativo, y no una simple actuación material administrativa (hecho jurídico), se hace necesario haber planteado y obtenido previamente, de manera necesaria, su anulación en vía administrativa o en sede contencioso-administrativa.

Sin ese pronunciamiento anulatorio previo no se puede plantear con fundamento tal pretensión resarcitoria. Y a esto hay que añadir, como tantas veces ha advertido este Consejo Jurídico, que no es lícito abordar una pretensión anulatoria indirecta de un acto administrativo válido al hilo de la sustanciación de una reclamación de responsabilidad patrimonial.

En este sentido, hay que resaltar que la propia LRJSP contempla la posibilidad de que se puedan haber causado daños como consecuencia de la adopción de unos actos administrativos ilegales y desfavorables, que posteriormente sean anulados, en el segundo párrafo del artículo 32.1, en el que se establece que “*La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización*”, aunque -cabe añadir- puede dar pie a ella.

Sin embargo, no consta que el reclamante interpusiera ningún recurso contra los “documentos de pago” del tercer y cuarto trimestre de 2020 cuando le fueron expedidos, por lo que se trataba de un acto administrativo que gozaba de la presunción de validez y de la eficacia que le va aneja.

En consecuencia, el hecho de que nos encontremos en presencia de un acto administrativo válido impide que pueda declararse ahora la antijuridicidad de los daños que se pudieran haber causado, que el interesado tiene la obligación jurídica de soportar. Según ya expuso este Consejo Jurídico en su Dictamen núm. 235/2015, “*Ello determina que el eventual daño anulado a tales actos administrativos válidos (...) carecería del requisito de la antijuridicidad, viiniendo el interesado obligado a soportarlo*”.

Aún con mayor claridad, señaló asimismo el Consejo de Estado en su Dictamen 1069/2008 que “*es contrario a la Ley 30/1992 utilizar el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración para “impugnar indirectamente” un previo acto firme. Existiendo este no hay antijuridicidad en el actuar de la Administración y si bien la anulación de los actos puede producir la obligación de indemnizar, lo que no ocurre es lo contrario, que existiendo como válido y eficaz un acto administrativo cuya nulidad sería necesaria para poder fundamentar una reclamación de indemnización, se pretenda ésta sin impugnar aquél*”.

Esta consideración ha sido plenamente acogida por este Órgano consultivo en su Dictamen núm. 73/2016 y en el más reciente núm. 124/2021.

Por consiguiente, procede la desestimación de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por el interesado, dado que este procedimiento no constituye el instrumento adecuado para reconocer unos posibles daños ocasionados por la aplicación de un acto administrativo plenamente válido y eficaz, dado que no fue recurrido y por eso tampoco anulado. De manera consecuente, ello impide que se pueda cuestionar o contradecir en esta sede la juridicidad de los daños que pudieron producirse por la aplicación de dicho acto.

Como colofón de lo expuesto hasta ahora, y ahondando en la ausencia de antijuridicidad del supuesto daño causado al reclamante, tenemos que hacer mención a la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional (STC) núm. 148/2021, de 14 de julio, dictada en el recurso de inconstitucionalidad 2054-2020 en relación con diversos preceptos del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, sus modificaciones y prórrogas, que en cuanto a la alegada inconstitucionalidad del artículo 10, que contempla “medidas de contención en el ámbito de la actividad comercial, equipamientos culturales, establecimientos y actividades recreativas, actividades de hostelería y restauración, y otras adicionales”, en la que se argumenta:

“*(...) El derecho fundamental a la libertad de empresa que reconoce el art. 38 CE ampara «el iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial» (STC 8/1984, FJ 3, reiterada entre otras en SSTC 112/2006, de 5 de abril, FJ 8; 135/2012, de 19 de junio, FJ 5, y 35/2016, de 3 de marzo, FJ 3). 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» ord inaria de determinadas normas del ordenamiento vigente (STC 83/2016, FJ 9), siempre que se orienten a la protección de otros bienes de relevancia constitucional, cuenten con soporte en la LOAES, y resulten razonablemente adecuadas y necesarias a tal propósito.*

La primera de estas condiciones concurre en las decisiones adoptadas en los apartados ahora discutidos del

art. 10, pues con estas medidas se procuró, limitando la concentración de personas, atajar o contener la propagación del virus y proteger tanto la salud de todos como la suficiencia del sistema sanitario nacional (art. 43.1 y 2 CE). Tales decisiones se adoptaron con fundamento en el artículo 12.1 LOAES y, por su remisión, en los artículos 26.1 de la Ley 14/1986, general de sanidad, y 54. 2 (letras c] y d]) de la Ley 33/2011, general de salud pública. Ambos preceptos legales prevén expresamente, como quedó dicho en el fundamento anterior, la posible «suspensión del ejercicio de actividades», así como «cierres de empresas» o el «cierre preventivo de [...] instalaciones, establecimientos, servicios e industrias» cuando las circunstancias en ellos descritas («riesgo inminente y extraordinario para la salud», en la primera de estas disposiciones, y «motivos de extraordinaria gravedad o urgencia», en la segunda) lo justifiquen. No cabe dudar que circunstancias de ese tipo fueron las que justificaron las medidas que ahora se consideran (y que los propios recurrentes consideran posiblemente necesarias), por lo que sería suficiente con remitirnos a lo ya expuesto.

(...)

Finalmente, cabe destacar que ni siquiera la demanda tacha estas reglas de desproporcionadas, con arreglo al tiempo y a las circunstancias de su adopción; ni desglosa la distinta incidencia de estas reglas sobre los diversos sectores de actividad. Tanto la decisión de suspender determinadas actividades empresariales con afluencia de clientes (número 4), como la de hacer otro tanto respecto de la apertura al público de establecimientos, servicios o instalaciones (números 1 y 3) aparecen pues como idóneas y necesarias para frenar la expansión de la epidemia y revertir sus daños. Basta con remitirnos de nuevo a lo ya razonado, y con recordar que otros países europeos adoptaron medidas análogas por las mismas fechas (por todas, Reglamento BGBl. II núm. 96/2020, de 16 de abril, del ministro federal de Asuntos Sociales, Asistencia y Protección de los Consumidores del Gobierno austriaco en relación con las medidas provisionales para evitar la propagación del COVID-19).

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 (LOAES), y no resultó desproporcionada, por lo que se rechaza la pretensión de inconstitucionalidad formulada respecto a las medidas examinadas que, en la medida en que cuentan con suficiente respaldo constitucional, tienen capacidad para obligar tanto a los ciudadanos como a los poderes públicos (art. 9.1 CE), lo que se traduce en un correlativo deber de soportar dichas limitaciones, en atención a la gravedad de los bienes que se pretende proteger”.

Pero, además, en cuanto al alcance de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 7 relativo a la libertad de circulación por el territorio nacional, concluye:

“(...)

c)?Por último, al tratarse de medidas que los ciudadanos tenían el deber jurídico de soportar, la inconstitucionalidad apreciada en esta sentencia no será por sí misma título para fundar reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio”.

Por su parte, la STC núm. 183, de 27 de octubre, dictada en el recurso de inconstitucionalidad 5342-2020 interpuesto respecto de diversos preceptos del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declaró el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2; la Resolución de 29 de octubre de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del acuerdo de autorización de la prórroga del estado de alarma declarado por el citado real decreto, y el art. 2, la disposición transitoria única y la disposición final primera (apartados uno, dos y tres) distintos preceptos del Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por el que se prorrogó el estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, en el apartado relativo al contenido y alcance del pronunciamiento, dictamina:

“Resta, finalmente, por determinar el contenido y alcance de nuestro pronunciamiento. Para ello, como corolario al examen de todas las cuestiones suscitadas por la demanda, hemos de concluir: (i) con un pronunciamiento desestimatorio de las impugnaciones formuladas por los recurrentes contra las limitaciones de derechos fundamentales establecidas en los arts. 5 a 8 de los reales decretos 926/2020 y 956/2020, por haber quedado circunscritas aquellas a lo que el bloque de constitucionalidad (art. 116 CE y LOAES) ha dispuesto para el estado

de alarma, habiéndose ajustado al principio de proporcionalidad en su determinación; (ii) estimamos, por el contrario, las pretensiones de inconstitucionalidad y nulidad relativas a la duración de la prórroga autorizada por el Congreso de los Diputados, así como a la regulación del régimen de delegación que efectuó el Gobierno, en cuanto autoridad competente, en los presidentes de las comunidades autónomas y de ciudades autónomas.

En consecuencia, la estimación parcial de este recurso impone la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de las disposiciones o fragmentos de reglas que a continuación se individualizan (art. 39.1 LOTC). 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".

En el ámbito territorial de la Región de Murcia, las medidas adoptadas al amparo de este último Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declaró el segundo estado de alarma que es objeto del recurso de inconstitucionalidad referido, o bien contaron con el respaldo judicial previo a su adopción, o bien no consta que hayan sido recurridas y desestimadas dichas medidas, lo que ahonda aún más en esa determinada ya falta de antijuridicidad del daño alegado por el reclamante.

Para terminar, y como se indica en la propuesta de resolución, durante el periodo en el que estuvieron vigentes los dos estados de alarma decretados se ha ido adoptando diversa normativa para paliar la situación y reactivar la economía, como, por ejemplo, mediante el Decreto-Ley 7/2020, de 18 de junio, de medidas de dinamización y reactivación de la economía regional, mediante el que se bonificó la tasa fiscal sobre los juegos de suerte, envite o azar, relativa a máquinas recreativas y de azar, correspondientes al segundo trimestre de 2020 y se posibilitaron las bajas temporales de máquinas recreativas y de azar para el segundo semestre del ejercicio 2020, no siendo exigibles los pagos fraccionados trimestrales de la tasa fiscal sobre el juego correspondiente a dicho periodo, además de las medidas introducidas en la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma para el ejercicio 2021 y en la modificación que se realiza del Decreto Legislativo 1/2010, de 5 de noviembre, de las Disposiciones Legales vigentes en la Región de Murcia en materia de tributos Cedidos.

Las citadas medidas adoptadas podrán parecerle insuficientes al interesado, pero esta insatisfacción resulta ajena al ámbito de la responsabilidad patrimonial.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

CONCLUSIÓN

ÚNICA. - Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al no haberse acreditado la concurrencia de los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial, y, en concreto, la existencia de un daño antijurídico.

No obstante, V.E. resolverá.