



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº **283/2022**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 15 de noviembre de 2022, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Ilmo. Sr. Secretario General de la Consejería de Salud (por delegación del Excmo. Sr. Consejero), mediante oficio registrado el día 16 de junio de 2022 (COMINTER 177416), sobre responsabilidad patrimonial instada por D. X en representación de -- por daños en establecimientos de ocio debidos a la gestión autonómica de la pandemia (exp. 2022_199), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- D. X, actuando en nombre y representación de la mercantil "--" (en adelante, la empresa), presentó un escrito el día 1 de junio de 2021, dirigido a la Consejería de Presidencia de la Comunidad Autónoma de Murcia (CARM) solicitando:

1. El inicio de un expediente administrativo para la determinación y reconocimiento de indemnización por requisa civil por los daños y perjuicios sufridos en sus establecimientos "--" y "--", de Lorca, por las restricciones a la actividad de ocio y diversión, hostelería y restauración impuestas por el Consejo de Ministros y el Ministerio de Sanidad durante el período comprendido entre el 14 de marzo y el 21 de junio de 2020, cuyo importe ascendía a 19.045,79 € (11.056,25 € por "--" y 7.989,54 € por "--"), más los intereses legales devengados, de conformidad con lo establecido en el artículo 120 de la Ley de Expropiación Forzosa.

2. Subsidiariamente, para el caso de no prosperar su petición principal, de forma acumulada, por entender que existía responsabilidad concurrente y solidaria de las distintas administraciones públicas, interponía las siguientes:

A) Reclamación de responsabilidad patrimonial del estado legislador por aplicación de acto legislativo de naturaleza no expropiatoria frente al Consejo de Ministros, solicitando una indemnización de 19.45,79 € más los

intereses legales devengados por los daños Y perjuicios causados entre el 14 de marzo y el 21 de junio de 2020 por las restricciones a la actividad de ocio y diversión, hostelería y restauración derivadas de la aplicación 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 y todas sus prórrogas.

B) Reclamación de responsabilidad patrimonial por funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos frente al Ministerio de Sanidad, solicitando indemnización por la misma cuantía y por los mismos daños derivados de las distintas órdenes ministeriales dictadas por dicho ministerio como autoridad competente delegada por aplicación del antedicho Real Decreto y sus prórrogas.

C) Reclamación de responsabilidad patrimonial por funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos frente a la Presidencia de la CARM, por igual cuantía, y por los mismos daños derivados de la aplicación del Decreto del Presidente número 4/2020, de 8 de junio, por el que se modulan determinadas medidas correspondientes a la fase tres de desescalada del plan para la transición hacia una nueva normalidad en el ámbito territorial de la Región de Murcia.

Mediante otrosí solicitaba la práctica de prueba a cuyos efectos proponía los siguientes medios:

- Documental, consistente en la escritura de constitución de la mercantil, una copia del certificado de la situación censal de dicha empresa, un resumen contable sobre el lucro cesante y el daño emergente sufrido durante el periodo aludido elaborado por dos economistas del Ilustre Colegio de Economistas de la Región de Murcia.
- Pericial, solicitud de práctica de prueba pericial contable sobre la mercantil para justificar la indemnización solicitada, proponiendo que fuera realizada por los autores del resumen contable adjuntado.

Concluía solicitando el informe del servicio cuyo funcionamiento había ocasionado la lesión.

SEGUNDO.- El representante de la empresa presentó un segundo escrito el día 18 de junio de 2021, dirigido a la Consejería de Presidencia y a la Consejería de Salud de la CARM, con el que solicitaba:

1. El inicio expediente administrativo para la determinación de reconocimiento de indemnización por requisa civil por los daños y perjuicios causados por las restricciones de la actividad de hostelería y restauración impuestas en sus establecimientos durante el periodo comprendido entre el 21 de junio de 25 de octubre de 2020, en virtud del acuerdo de 19 de junio de 2020 del Consejo de Gobierno y las órdenes de la Consejería de Salud concordantes, solicitando el abono de una indemnización de 20.903,11 € (15.441, 97 € por "--" y 5.461,14 € por "--"), más los intereses legales devengados por aplicación de lo establecido en el artículo 120 de la Ley de Expropiación Forzosa.

2. Subsidiariamente, para el caso de no entenderse procedente el inicio del procedimiento anterior, interponía reclamación de responsabilidad patrimonial por funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos frente a las Consejería de Presidencia y de Salud de la CARM, solicitando indemnización de la misma cuantía y la misma distribución y por los mismos daños que los anteriormente señalados y por aplicación del acuerdo del Consejo de

Concluía su escrito solicitando la práctica de prueba en idénticos términos a lo pedido en su escrito de 1 de junio de 2021.

TERCERO.- El día 22 de octubre de 2021 el representante de la empresa presentó un tercer escrito dirigido a la Consejería de Salud de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (CARM) por el que solicitaba:

1. El inicio expediente administrativo para la determinación y reconocimiento de indemnización por requisa civil por los daños y perjuicios generados por las restricciones de la actividad de hostelería y restauración impuesta en sus establecimientos durante el periodo comprendido entre 25 de octubre de 2020 a 9 de mayo de 2021, por los daños que ascendían a un total de 63.715, 10 € (51.030,94 € por "--" y 12.684,16 € por "--"), más los intereses legales devengados por aplicación de lo establecido en el artículo 120 de la Ley de Expropiación Forzosa.

2. Subsidiariamente, para el caso de no entenderse procedente el inicio del procedimiento anterior, interponía de forma acumulada por la existencia de responsabilidad concurrente solidaria de distintas administraciones las siguientes:

A) Reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por aplicación de acto legislativo de naturaleza no expropiatoria frente al Consejo de Ministros, solicitando una indemnización de igual cuantía y con la misma distribución y por los mismos daños derivados de la aplicación 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 y todas sus prórrogas.

B) Reclamación de responsabilidad patrimonial por funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos frente a las consejerías de Presidencia y de Salud de la CARM, por igual cuantía y los mismos apoyos, por los daños causados entre el 25 de octubre de 2020 y el 29 de mayo de 2021 por la aplicación del Decreto del Presidente número 6/2020, de 26 de octubre, por los sucesivos Decretos del Presidente dictados para prorrogar o actualizar las medidas para la aplicación del Real Decreto 926/2020 de 20 octubre y las órdenes de la Consejería Salud concordantes con ellos.

CUARTO.- Por delegación del Consejero de Salud, el titular de la Secretaría General dictó orden de 15 de diciembre de 2021 por la que se acordó la admisión a trámite de las solicitudes presentadas, el inicio del procedimiento de responsabilidad patrimonial, acumulando las tres solicitudes, dar traslado a la Subsecretaría del Ministerio de Hacienda de las solicitudes formuladas en las que se presentaba reclamación contra la Administración General del Estado, y designar al Servicio Jurídico de la Secretaría General como órgano encargado de la instrucción.

La orden fue comunicada a la Dirección General de Salud Pública y Adicciones el siguiente día 17, demandando la evacuación de su informe preceptivo, acordando ese mismo día la suspensión del plazo para resolver hasta la recepción del referido informe. La orden fue notificada a la empresa el día 27 de diciembre de 2021.

QUINTO.- Ante el silencio de la Dirección General de Salud Pública y Adicciones, el 10 de mayo de 2022 el instructor se dirigió nuevamente en demanda de remisión del informe solicitado.

SEXTO.- El 16 de mayo de 2022 fue evacuado el informe por la Jefa del Servicio de Epidemiología. En él se afirmaba que durante el periodo comprendido entre el 14 de marzo y 21 de junio de 2020, por la Dirección General de Salud Pública y Adicciones no se adoptaron ni propusieron medidas que afectasen al sector de la hostelería, restauración y ocio nocturno; que durante la situación de “nueva normalidad” hasta el momento de emisión del informe se habían adoptado a propuesta de la Dirección General una serie de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente y controlar la pandemia, siguiendo los criterios de la Comisión de Salud del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, originando la aprobación de más de doscientos actos y disposiciones, de los que adjuntaba un resumen. Continuaba afirmando que la reclamación de responsabilidad patrimonial se consideraba improcedente en base a distintas consideraciones entre las que citaba:

- La necesidad de las medidas adoptadas para dichos sectores por la elevada interacción social que en ellos se producía por la propia naturaleza de la actividad;

- El hecho de haber seguido las directrices del Ministerio de Sanidad y los criterios establecidos en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, con cita expresa del documento elaborado el 30 de julio de 2020 por el Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias de dicho ministerio, que adjuntaba como anexo número II,

- El criterio sostenido en la literatura científica, resaltando el importante papel desempeñado por la interacción social en dichos sectores, prueba de lo cual era el artículo de Bilal U. et. al. “Evidencia epidemiológica acerca del rol de la hostelería en la transmisión de la COVID-19: una revisión rápida de la literatura. Gac. Sanitaria, 2021” que adjuntaba como documento número III, en el que en sus conclusiones se indicaba que *“Hemos encontrado una gran consistencia en la literatura revisada, teniendo en cuenta las limitaciones observadas, indicando que el cierre de los locales de hostelería y restauración es una de las medidas más efectivas para disminuir la incidencia y mortalidad de la COVID-19. En un contexto de atenuación gradual de las medidas, el control del aforo en interiores debería ser un elemento importante para evitar un rápido incremento de los casos junto con la gestión de las corrientes de aire y ventilación.*

Entre las estrategias de escalada y atenuación gradual de medidas en función de la incidencia de COVID-19 que están desarrollando diferentes instituciones, la evidencia científica disponible apoya las siguientes recomendaciones: 1) asegurar, en todo momento, la gestión adecuada de la ventilación y las corrientes de aire en el interior de la hostelería; 2) reducir los aforos estrictamente y de forma gradual según la situación epidemiológica de cada localidad; y 3) cerrar el interior de los locales de hostelería en situaciones de alto riesgo epidemiológico”.

SÉPTIMO.- El de 17 de mayo de 2022 se acordó la apertura del trámite de audiencia, notificándolo a la empresa electrónicamente ese mismo día.

OCTAVO.- El 30 de mayo de 2022 tuvo entrada en el registro un escrito del representante de la empresa en el que formulaba distintas alegaciones.

La primera de ellas era la referida a que en la orden de inicio del procedimiento se había omitido la referencia a su petición principal, la de tramitación de determinación y reconocimiento de indemnización por haberse efectuado una requisa civil, lo cual exigía su debida aclaración.

Por lo que afectaba al primer estado de alarma decretado consideraba responsable a la Administración autonómica por el dictado del Decreto 4/2020, de 8 de junio, en el que ejerció la competencia delegada mediante Real Decreto 555/2020, de 5 de junio. En el Decreto autonómico se modulaba la limitación establecida en el artículo 18.1 de la Orden SND/458/2020, de 30 de mayo, acordando en su artículo 2 las medidas referidas a discotecas y bares de ocio nocturno. De ahí que reclamase frente a la CARM los daños y perjuicios sufridos durante el período comprendido entre el 8 y el 21 de junio de 2021, que evaluaba en 19.045,79 euros.

A continuación, rebatía el informe de la Dirección General de Salud Pública y Adicciones porque ninguna de sus afirmaciones desvirtuaba la procedencia de las acciones ejercidas, no aportando razón alguna que impidiera la apertura del procedimiento, sin hacer un análisis de las medidas de restricción y su adecuación al estado de la pandemia que lo convertía en una afirmación arbitraria carente de fundamento. No ofrecía una valoración circunstanciada de los intereses en conflicto de forma que en nada alteraba el atentado al principio de proporcionalidad que habían supuesto las medidas adoptadas; porque correspondía a la Administración autonómica demostrar la influencia de la apertura de los establecimientos hosteleros con el nivel de incidencia del virus cuando la práctica demostraba que los momentos de menor incidencia del virus coincidían con épocas en las que la hostelería había estado abierta. Negaba la existencia de fuerza mayor y daba por concurrentes los requisitos exigidos para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración.

El 31 de mayo de 2022 se presentó en el registro un segundo escrito formulando alegaciones por la empresa, con las mismas efectuadas en el presentado el día anterior.

NOVENO.- En contestación a la petición formulada, por escrito del Secretario General de la Consejería de Salud de 3 de junio de 2022 se aclaraba el sentido de la Orden de 15 de diciembre de 2021 debiendo entenderse que decretaba la admisión a trámite de la petición por requisa civil, debiendo acumularse a las demás peticiones para su tramitación.

DÉCIMO.- El 13 de junio de 2022 se formuló el informe del instructor con el visto bueno de la Jefa del Servicio Jurídico con el que se elevaba la propuesta de resolución del procedimiento. Se indica en él que pese a la multiplicidad aparente por la existencia de tres escritos presentados en fechas diferentes, ante órganos diversos, y por cantidades distintas, la fundamentación era común a todas las pretensiones, tanto si se conceptuaban como indemnización por requisa civil como por responsabilidad patrimonial, a saber: la publicación de normas restrictivas de la actividad de ocio, hostelería y restauración en función del desarrollo de la pandemia, habiéndose acordado su acumulación por orden de 15 de diciembre de 2021. Se niega la concurrencia de los requisitos legales exigibles para considerar la existencia de un supuesto de requisa civil y se analiza la concurrencia de los procedentes para reconocer la responsabilidad patrimonial tanto por actos legislativos no expropiatorios como por el funcionamiento de la Administración autonómica, con detenimiento en el de la antijuridicidad del daño, con cita de opiniones doctrinales, del Consejo de Estado y jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo, descartándola, por lo que la resolución debía ser desestimatoria de la reclamación.

UNDÉCIMO.- Tomando como base el informe del instructor, el 15 de junio de 2022 el Secretario General de la Consejería de Salud formuló propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación presentada contra la Administración autonómica, tanto por la indemnización por requisa civil como por responsabilidad patrimonial de la

Administración.

DUODÉCIMO.- En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente se solicitó el Dictamen preceptivo de este Consejo Jurídico, con remisión de una copia del expediente y del extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, ya que versa sobre una reclamación que en concepto de responsabilidad patrimonial se ha formulado ante 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 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

SEGUNDA.- Legitimación, plazo de ejercicio de la acción de resarcimiento y procedimiento seguido.

I. La reclamación se ha presentado por persona jurídica legitimada para ello, de conformidad con lo previsto en el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), por haber sufrido en su patrimonio los daños por los que solicita indemnización.

En cuanto a la legitimación pasiva, concurre en el caso de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia por ser ella la autora de algunas de las disposiciones a cuya aplicación se anudan los daños por los que se reclama. Junto con ella, la interesada considera responsable también al Estado por el dictado de diferentes normas – principalmente los decretos declarativos de los estados de alarma y normas de desarrollo – pero su apreciación escapa a la competencia de este Consejo Jurídico por lo que ha de abstenerse de pronunciamiento alguno sobre este y el resto de extremos integrantes de las solicitudes contra él formuladas.

Ahora bien, en el ámbito de la CARM han sido varios los órganos de los que proceden los actos generadores de los daños por los que se reclama (Presidente, Consejo de Gobierno y Consejero de Salud), lo que suscita la duda sobre cuál ha de ser el competente para resolver las reclamaciones presentadas. La Consejería instructora ha considerado que se daban los elementos precisos para decretar su acumulación y así lo ha acordado. Se muestra de acuerdo con ello el Consejo Jurídico puesto que, como dice el Consejo de Estado en su Dictamen número 1129/2021, *“La invocación al tiempo de títulos jurídicos diferentes, aún sujetos a regímenes jurídicos diversos, no determina que los órganos competentes para resolver sean distintos según el alegado en cada caso. La continencia de la causa del procedimiento administrativo -trasunto de la procesal- lo impide. Obliga a resolver en el mismo procedimiento todas las pretensiones deducidas por el interesado aun cuando los títulos jurídicos o causas*

de pedir invocados sean diferentes, siempre que no sean incompatibles entre sí". Además, en el caso que se examina no se puede apreciar esa situación porque si, como veremos a continuación, el título de pedir no puede ampararse en el ejercicio de facultades expropiatorias – que serían competencia del Consejo de Gobierno por aplicación del número 32 del artículo 22 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia – en materia de responsabilidad patrimonial, ni el Presidente ni el Consejo de Gobierno tienen expresamente atribuida la resolución de este tipo de reclamaciones, reservada a los Consejeros en el artículo 16, o) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de organización y régimen jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. Y, ya concretamente en este nivel, entre las dos Consejerías a las que se han dirigido los escritos, ha sido la de Salud la que ha propuesto o adoptado los actos y disposiciones considerados causantes de los perjuicios y a la que el Decreto ley 7/2020, de 18 de junio, facultó para ello, como veremos más adelante.

II. La acción de reclamación se ha ejercitado dentro del plazo anual previsto en el artículo 67.1 LPAC, dado que la primera de las disposiciones autonómicas causantes de los supuestos daños fue el Decreto del Presidente número 4/2020, de 8 de junio, publicado en el Boletín Oficial de la Región de Murcia en su edición de ese mismo día, y la primera solicitud tuvo entrada en el Registro el día 1 de junio de 2021.

III. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, salvo el plazo para resolver, que excede ampliamente del previsto en el artículo 91 LPACAP. Dicho esto, conviene llamar la atención sobre la falta de práctica de la prueba propuesta por la empresa consistente en la presentación de un informe pericial a elaborar por los mismos autores del resumen contable que adjuntó a sus escritos. Esta omisión, sin embargo, no se estima que haya provocado la indefensión de la empresa viciando de nulidad el procedimiento tramitado a la vista de que los argumentos en los que tal informe pericial se ampararían están ya contenidos en el resumen contable elaborado, que según en el mismo se dice, lo ha sido siguiendo las instrucciones de la Recomendación Técnica nº 4 "La prueba pericial contable y económica en el proceso judicial español" del Consejo General de Economistas.

TERCERA.- Sobre la inexistencia de requisa.

Hemos señalado en el Antecedente Décimo que en el informe de la instrucción se hace un esfuerzo clarificador de las pretensiones ejercidas en los tres escritos presentados por la empresa, indicando que pese a su aparente diferencia se trata, en el fondo, de solicitar indemnización por los daños y perjuicios atribuidos al actuar de la CARM, ya lo sean invocando la figura de la requisa, ya la de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Pero ese doble título nos exige hacer primeramente una consideración sobre la procedencia de uno u otro.

Se considera por la empresa reclamante que con la actuación de la Administración autonómica lo que se ha producido es una requisa que origina la obligación de indemnizar los daños y perjuicios por aplicación de lo establecido en el artículo 120 de la Ley de Expropiación forzosa de 16 de diciembre de 1954, artículo que conviene transcribir.

Según dicha norma "Cuando por consecuencias de graves razones de orden o seguridad públicos, epidemias, inundaciones u otras calamidades, hubiesen de adoptarse por las Autoridades civiles medidas que implicasen destrucción, detrimento efectivo o requisas de bienes o derechos de particulares sin las formalidades que para los diversos tipos de expropiación exige esta Ley, el particular dañado tendrá derecho a indemnización de acuerdo con las normas que se señalan en los preceptos relativos a los daños de la ocupación temporal de inmuebles y al justiprecio de los muebles, debiendo iniciarse el expediente a instancia del perjudicado y de acuerdo con tales

normas”.

La institución de la requisa ya fue objeto de estudio por el Consejo de Estado que en su Dictamen 1.218/1994, de 3 de noviembre de 1994, se expresaba en los siguientes términos *“Dentro del amplio concepto contenido en el artículo 1º de la Ley de Expropiación Forzosa, la requisa se ha considerado como una modalidad expropiatoria (como una expropiación de uso), como una medida, en las formas más frecuentes, cuyos orígenes van ligados a las necesidades públicas en situaciones de emergencia, y aún más específicamente, a las de guerra, dando lugar a las singularidades de las requisas de guerra. Una concepción más amplia, no reducida al ámbito militar, encuentra el derecho de requisición en el Reglamento de 12 de enero de 1921, no limitado al que se actúa con ocasión de guerra, sino también extendiéndolo a determinadas circunstancias y situaciones de paz, y, entre ellas, las requisas decretadas por autoridades civiles por consecuencia de razones de orden o seguridad pública. También, en el ámbito de la seguridad ciudadana, pueden encontrarse justificaciones que legitiman y configuran situaciones de requisa cuando sean indispensables para el cumplimiento de las facultades y deberes que a la Policía exige el mantener el orden público y la lucha contra la criminalidad (artículo 5º.2 de la Ley para la Protección de la Seguridad Ciudadana)”*.

Así pues, la requisa es una modalidad de expropiación que presenta como condición esencial el tratarse de una privación singular de un bien o derecho. Así la define el artículo 1 de la LEF al indicar que *“1. Es objeto de la presente Ley la expropiación forzosa por causa de utilidad pública o interés social a que se refiere el artículo treinta y dos del Fuero de los Españoles, en la que se entenderá comprendida cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que fueren las personas o Entidades a que pertenezcan, acordada imperativamente, ya implique venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio”*. Por tanto, si la privación no reúne esa condición, sino que su destinatario no es una persona concreta sino la generalidad, no puede hablarse de expropiación, aunque pueda surgir el deber de indemnizar los daños y perjuicios que origine, pero en ese caso el título de imputación no podrá ser el expropiatorio, descartando cualquiera de sus modalidades y, concretamente, la de la requisa.

La obligación de indemnizar puede nacer de fuentes diversas entre las que se encuentra la expropiación junto con otras como la responsabilidad contractual o extracontractual de la Administración, siendo esta última la que se presenta con carácter residual respecto de cualquiera otra específica para un determinado caso. Ahora bien, que tanto por la vía de la expropiación como por la de la responsabilidad patrimonial se puedan encauzar las peticiones de los particulares de ser resarcidos por los daños que la Administración les cause, no significa que puedan invocarse indistintamente una u otra. Así lo dejó establecido el Consejo de Estado en su Dictamen 9/2014 al señalar las diferencias entre una y otra institución. Según él *“La expropiación forzosa y la responsabilidad patrimonial no constituyen técnicas intercambiables en nuestro ordenamiento jurídico. Antes al contrario, se trata de instituciones distintas. Como se ha señalado reiteradamente, las diferencias entre ambas son sustanciales y tienen un fundamento constitucional distinto. La expropiación consiste en una privación singular, acordada imperativamente por la Administración, de derechos e intereses patrimoniales de los particulares que encuentra su fundamento en el interés general, previamente concretado en la concurrencia declarada de una utilidad pública o interés social. La expropiación forzosa excluye la idea de antijuridicidad en el actuar administrativo que priva o menoscaba los derechos de los particulares afectados. Es más, la expropiación forzosa es el resultado del ejercicio de un poder jurídico abstracto y genérico -potestad- atribuido a la Administración pública con la específica finalidad de privar de derechos e intereses particulares en aras de satisfacer otro general considerado prevalente. Constituye un “iubere iussum”. En correlación con dicho poder de la Administración, el expropiado se encuentra en una situación de sujeción que tiene el deber de soportar.*

Por el contrario, el instituto de la responsabilidad patrimonial es un mecanismo de garantía del administrado frente a las Administraciones públicas a fin de asegurar la compensación de los daños (perjuicio injusto) que sufren a consecuencia del desenvolvimiento de los servicios públicos. La responsabilidad pivota primordialmente sobre la

antijuridicidad de los daños sufridos -aun cuando puede estar muy debilitada en el caso de la denominada responsabilidad compensatoria en la que un sujeto está lícitamente habilitado para inmiscuirse en la esfera ajena, para cometer una inmixión en derechos ajenos-. También es un elemento configurador esencial de la responsabilidad la imputación formal del perjuicio injusto inferido (relación de causalidad) a la Administración. Dicha imputación formal es precisamente la que diferencia a este instituto de los resarcimientos.

La responsabilidad patrimonial no se construye técnicamente sobre la noción de potestad -y su correlato, la sujeción- como la expropiación. Lo hace sobre el concepto de obligación. Esto es, sobre la modalidad de las situaciones de deber en que, en el seno de una relación jurídica, un sujeto -en este caso la Administración- se encuentra constreñido a observar una conducta encaminada a satisfacer un interés ajeno, en este caso, del lesionado, que tiene reconocido legalmente el poder de exigir dicha satisfacción -iubere licere-.

Como se ha señalado, ambos institutos tienen además diferentes fundamentos. La expropiación forzosa lo encuentra en el artículo 33.3 de la Constitución, que previene que "nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes". La responsabilidad patrimonial, por su parte, lo hace en el artículo 106.2 que establece que "los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos".

Y, en fin, ambas figuras tienen regulaciones legales distintas -cuyas cabeceras de grupos normativos son la Ley de 16 de diciembre de 1954, para la expropiación forzosa y, además del capítulo II del Título IV de esta Ley de 16 de diciembre de 1954, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, para la responsabilidad patrimonial-, objetos distintos -los derechos e intereses patrimoniales aquella y todos los bienes y derechos esta- y procedimientos también diferenciados".

En el caso examinado las disposiciones autonómicas a las que se atribuye el origen de los daños y perjuicios por los que se reclama no tienen la condición de privaciones singulares consustanciales para poder hablar de requisa y, por tanto, no puede admitirse la pretensión de indemnización por tal concepto, como acertadamente hace la propuesta de resolución. Esas disposiciones obligaban a todos los ciudadanos teniendo el carácter de carga general. Esto está en línea con la jurisprudencia del Tribunal Supremo que viene manteniendo el criterio de que cuando una norma adopta una medida general, debidamente justificada, medida que recae sobre todos los ciudadanos, obliga a todos con independencia de que pueda afectar de forma desigual a unos u otros, pesando sobre todos ellos el deber jurídico de soportar la carga que comporta (STS de 21 de diciembre de 2012 (RJ 2013\1169)).

CUARTA.- Sobre la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración.

Descartada la requisa como título hábil para demandar la indemnización hemos de analizar a continuación si concurren o no los requisitos que la permitirían al amparo del reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Son requisitos exigidos para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración la concurrencia de un hecho, acción u omisión que resulte imputable a la Administración; la producción de un daño o perjuicio efectivo, evaluable económicamente e individualizado, que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar; y la existencia de una relación de causalidad directa e inmediata entre aquel hecho, acción u omisión y el mencionado

daño o perjuicio, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal ni en particular la concurrencia de fuerza mayor. Tales exigencias están contenidas en el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) y han sido precisadas por constante jurisprudencia del Tribunal Supremo y reiterada doctrina de los diferentes Órganos consultivos, correspondiendo al reclamante la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega.

La comprobación de la concurrencia de tales requisitos en el caso sujeto a Dictamen nos lleva a hacer las siguientes consideraciones:

I. Sobre la efectividad del daño.

Como dijimos, durante la instrucción no se atendió la petición de apertura de un período de prueba en el que presentar un informe pericial para demostrar la realidad de los daños por los que se solicita indemnización. Esta circunstancia, por sí sola, no ha dejado indefensa a la parte porque sí presentó el documento en el que se basaría el informe pericial a presentar que, según ella misma aclaraba, debía ser elaborado por los mismos autores del resumen contable. Dicho resumen, según calificación de sus autores, se confeccionó siguiendo la recomendación número 4 del Colegio de Economistas que sirve de orientación para el cálculo de las indemnizaciones por daños y perjuicios a solicitar en procesos judiciales. En las mismas se explicitan los criterios a utilizar en los informes periciales, haciendo especial hincapié en lo referente a la concreción del lucro cesante, respecto del cual se sienta como base que se trata de un concepto que “ofrece dificultades para su determinación y límites por participar de todas las incertidumbres propias de los conceptos imaginarios”, por lo que “No basta para ser acogida la simple posibilidad de realizar la ganancia, sino que ha de probarse rigurosamente que tales ganancias dejaron de obtenerse”, de ahí que “El “rigor probatorio” excluye el lucro cesante posible pero dudoso y contingente, fundado en meras expectativas o esperanzas”. Tal recomendación continúa con más normas que permiten concretar en cada caso el importe del lucro cesante pero siempre partiendo del principio de que “El lucro cesante, como el daño emergente, deben ser probados, debiéndose incluirse en el primero los beneficios ciertos, concretos y acreditados”

Tomando como base la cuenta de resultados de cada uno de los centros privados de la empresa de los ejercicios 2019 y 2020, aunque a efectos de comparación tiene en cuenta solamente el horizonte temporal definido, que va del 21 de junio de 2020 al 25 de octubre de 2020, afirmando que todos los costes imputados habían sido obtenidos de los movimientos y compras realizadas por la empresa y destinadas a cada uno de los centros, pero reconociendo la dificultad que planteaba el cálculo del daño emergente dado que “la enorme cantidad de movimientos contables y de transferencias internas de pedidos implica no poder diferenciar, centro por centro, los costes que consideramos daño emergente, como pantallas protectoras, guantes, geles hidroalcohólicos, etc. No obstante, sí hemos podido comprobar que dichos gastos existen, y se encuentran dentro del soporte documental de costes, por lo que están incluidos en las cuentas de resultados de cada centro, imputados como gastos variables”. Con esos fundamentos el resumen contable llega a la conclusión de que el perjuicio en concepto de lucro cesante desde el 21 de junio de 2020 hasta el 25 de octubre de 2020, asciende a 20.903,11€, con la siguiente distribución por centros:

CENTRO	DAÑO
--	15.441,97

--	5.461,14
TOTAL	20.903,11

La anterior conclusión puede ser sometida a análisis que pone de manifiesto la necesidad de admitir el método de cálculo pero adoleciendo de la falta de acreditación de todos y cada uno de los conceptos empleados al no haberse acompañado la documentación en la que dice ampararse (contabilidad de la empresa). No obstante, a los efectos que ahora interesa, y dada la omisión advertida en la instrucción del procedimiento, no debe estimarse totalmente descartable el cálculo hecho, por esa estricta y única razón, siendo de aplicación lo previsto en el artículo 77.2 LPACAP según el cual *“Cuando la Administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija, el instructor del mismo acordará la apertura de un período de prueba por un plazo no superior a treinta días ni inferior a diez, a fin de que puedan practicarse cuantas juzgue pertinentes. Asimismo, cuando lo considere necesario, el instructor, a petición de los interesados, podrá decidir la apertura de un período extraordinario de prueba por un plazo no superior a diez días”*. La interpretación a sensu contrario de este precepto nos aboca a una conclusión que favorecería a la parte puesto que si el instructor no acordó la apertura de tal período fue porque daba por ciertos los hechos alegados.

Sea cual sea la conclusión, es lo cierto que no cabe desconocer la posibilidad de la existencia de posibles perjuicios derivados de la paralización o restricciones de la actividad comercial de la empresa durante los períodos en que así se decretó, lo que significa admitir la existencia de una pérdidas y beneficios dejados de obtener durante ellos. Esto supone que ha de admitirse la efectividad de los daños, si bien su importe exacto podría ser discutido, en su caso, antes de dictar la resolución final, al amparo de lo que establece el artículo 87 LPACAP según el cual el órgano competente para resolver podrá decidir, mediante acuerdo motivado, la realización de las actuaciones complementarias indispensables para resolver el procedimiento, acuerdo que deberá notificarse a la parte para que formulase alegaciones en el plazo de 7 días.

II. Sobre la antijuridicidad del daño.

Dando por hecho que los daños por los que se reclama son efectivos ha de darse un paso más en el enjuiciamiento de las solicitudes puesto que la existencia de tales daños no es suficiente para hacer nacer la obligación de resarcimiento a cargo de la Administración. Es requisito imprescindible que el particular no tenga el deber jurídico de soportarlos. De no ser así, el daño no se convierte en lesión resarcible.

En este punto procede analizar si los actos y disposiciones a los que se identifica como originadores de los daños contaban o no con la justificación suficiente para ser impuestos obligatoriamente a los particulares. Veamos.

Se identifican como tales actos y disposiciones de la Administración autonómica los siguientes:

1. Decreto del Presidente número 4/2020, de 8 de junio, por el que se modulan determinadas medidas correspondientes a la fase 3 de desescalada del Plan para la transición hacia una nueva normalidad en el ámbito territorial de la Región de Murcia. En su artículo 1 se modulaba el alcance de la Orden SND/458/2020, de 30 de

mayo, fijando en el 65% el aforo máximo para consumo dentro de los locales de hostelería y restauración, y en el 75% el de las terrazas al aire libre. En su artículo 2 se prohibía la apertura de discotecas y a los bares de ocio nocturno se autorizaba el mismo horario que a las cafeterías.

2. Acuerdo de 19 de junio del Consejo de Gobierno, por el que se establecen las medidas de prevención y contención aplicables en la Región de Murcia para afrontar la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19. Dicho acuerdo fue dictado en uso de la habilitación a su favor contenida en 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). En los apartados 8 y 9 del Anexo II de dicho acuerdo se adoptaron medidas específicas para los sectores de la hostelería y restauración, y para los locales de ocio, respectivamente, que supusieron restricciones en la actividad de dichos establecimientos.

3. Las distintas órdenes dictadas por la Consejería de Salud en uso de la habilitación concedida por la disposición adicional tercera del Decreto ley 7/2020, en la redacción dada por el Decreto ley 8/2020, de 16 de julio, por el que se establece el régimen sancionador por el incumplimiento de las medidas de prevención y contención aplicables a la Región de Murcia para afrontar la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19. Fueron varias las que en uso de tal autorización se dictaron afectando a los establecimientos que tuvieran su sede en Lorca, lugar de emplazamiento de los locales por cuyos perjuicios se reclama.

La petición de resarcimiento se ampara en la consideración de que todas esas normas dictadas al amparo de las declaraciones de estado de alarma efectuadas por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo que declaró el primer estado de alarma, y los de sus sucesivas prórrogas, y por el 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, produjeron los daños por los que reclama por la suspensión o restricciones acordadas respecto de la apertura al público de actividades de hostelería y restauración y de bares de ocio nocturno.

Los actos y disposiciones de la Comunidad Autónoma encuentran el apoyo en los mismos argumentos esgrimidos para la defensa de la inexistencia de antijuridicidad en el caso de reclamaciones planteadas ante instancias estatales.

Un caso similar al presente fue analizado por el Consejo de Estado en su Dictamen número 1129/2021, de 24 de febrero de 2022, en el que formuló diversas consideraciones sobre la inexistencia de la invocada responsabilidad patrimonial del Estado legislador, por el carácter de norma con rango de ley atribuido por la jurisprudencia constitucional a los reales decretos que declararon los estados de alarma, por lo que el régimen jurídico previsto a los eventuales daños derivados de su aplicación sería el propio de la responsabilidad del Estado legislador, responsabilidad que descarta al no concurrir los requisitos exigidos en el artículo 32.3 LRJSP.

Tampoco la estima concurrente por el hecho de que por STC 148/2021, de 14 de julio de 2021, fuera declarada la inconstitucionalidad de los artículos 7.1, 3 y 5 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, pero no de su artículo 10 (relativo, entre otras, a la suspensión de las actividades de hostelería y restauración), respecto de las que transcribe su texto según el cual "...las mencionadas reglas del artículo 10 constriñen intensísimamente, con carácter temporal, el libre mantenimiento de la actividad empresarial en algunos sectores directamente concernidos. (.../...) el estado de alarma puede justificar "excepciones o modificaciones pro tempore en 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, cuenten con soporte en la LOAES y resulten razonablemente adecuadas y necesarias a tal propósito." Respecto de ello indica el Consejo de Estado que "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 /2001, general de salud pública. Ambos preceptos legales prevén expresamente ... la posible "suspensión del ejercicio de actividades", así como "cierres de Empresas" o el "cierre preventivo de ... instalaciones" cuando las circunstancias en ellos descritas (.../...) así lo justifiquen. No cabe dudar que circunstancias de ese tipo fueron las que justificaron las medidas que ahora se consideran (.../...).

En el expediente remitido a consulta figura el informe de la Dirección General de Salud Pública y Adicciones que viene a poner de manifiesto la concurrencia de la situación de hecho legitimadora de la adopción de las medidas acordadas porque *"[...] las actividades de ocio, hostelería y restauración se caracterizan por una elevada interacción social, donde el uso de la mascarilla se dificulta por la propia naturaleza de la actividad; las medidas que se acordaron en cada fase de la pandemia fueron adoptadas partiendo de dicha característica y en función de la evolución y situación epidemiológica".* En apoyo de tales afirmaciones adjuntaba un estudio que venía a confirmar tal conclusión (Antecedente Sexto).

El Tribunal Constitucional en la sentencia 148/2021, ya citada, vino a reconocer que 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 con fundamento en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (LOAES), y no resultó desproporcionada, por lo que se rechazaba la pretensión de inconstitucionalidad formulada respecto a las medidas examinadas que, en cuanto contaban con suficiente respaldo constitucional, tenían capacidad para obligar tanto a los ciudadanos como a los poderes públicos lo que lleva a decir al Consejo de Estado *"[...] se traduce en un correlativo deber de soportar dichas limitaciones, en atención a la gravedad de los bienes que se pretende proteger."*

Termina el Consejo de Estado haciendo una llamada sobre el hecho de que el propio Tribunal Constitucional limitó el alcance de su declaración de inconstitucional al indicar que *" 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."*

Como consecuencia de lo dicho se extrae que la empresa reclamante estaba obligada a soportar los daños que pudieran derivarse de la aplicación de las disposiciones autonómicas cuyo resarcimiento solicita no pudiendo declararse la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración al no concurrir el requisito de la antijuridicidad legalmente exigible.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución en cuanto es desestimatoria de la reclamación

presentada al no concurrir los requisitos legalmente establecidos para declarar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, en concreto, el de antijuridicidad del daño.

No obstante, V.E. resolverá.

