



Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

Dictamen nº 297/2022

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 25 de noviembre de 2020, 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 14 de septiembre de 2022 (COMINTER 244423), sobre responsabilidad patrimonial instada por D. X, en representación de --, por daños en actividad económica debidos a la gestión de la COVID-19 (exp. 2022_278), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 25 de marzo de 2021 D. X, actuando en nombre y representación de la mercantil --. en su condición de administrador único, formula una reclamación de responsabilidad patrimonial frente a la Administración sanitaria regional.

Expuesto de manera sintética, en ella explica que esa sociedad es titular del restaurante -- de Cartagena.

También recuerda que, en virtud de lo dispuesto en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, se acordó por el Consejo de Ministros el cierre de toda la actividad de hostelería y restauración.

El representante de la interesada añade que, como consecuencia de ello, tuvo que cerrar dicho establecimiento de restauración y que comenzó a sufrir los daños y perjuicios que seguidamente se especifican.

Asimismo, precisa que el estado de alarma se prorrogó en diversas ocasiones posteriores hasta que finalizó el 21

de junio de 2020. Y también destaca que en los artículos 106.2 de la Constitución Española y 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), se consagra el principio de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

De forma concreta, precisa que en el artículo tercero. Dos de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (LOAES), se dispone que *“Quienes como consecuencia de la aplicación de los actos y disposiciones adoptadas durante la vigencia de estos estados sufran, de forma directa, o en su persona, derechos o bienes, daños o perjuicios por actos que no les sean imputables, tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las leyes”*.

Por ello, entiende que resulta de aplicación lo dispuesto en ese precepto ya que su representada ha sufrido daños y perjuicios por causas que en ningún caso se le pueden imputar, lo que hace que nazca a su favor el derecho a que se le indemnice.

También argumenta que quien acordó el cierre de los establecimientos de restauración fue, en un primer momento, el Gobierno de la Nación y que, posteriormente, la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia decidió aplicar medidas restrictivas. Así pues, considera que tanto la Administración General del Estado como la autonómica tienen obligación de indemnizar los daños causados.

Eso sucede, además, según razona detenidamente, porque no se produjo un caso de fuerza mayor y porque su mandante no tiene la obligación legal de soportar los daños que, por ello, revisten el carácter de antijurídicos. De forma particular, advierte que la imposición del cierre de los establecimientos de restauración fue una medida desproporcionada y carente de razonabilidad alguna y que el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, ya citado, es inconstitucional por haber dispuesto la suspensión -y no la mera limitación- de varios derechos fundamentales y libertades públicas.

Seguidamente, el representante de la reclamante expone el que es, a su juicio, el régimen de concurrencia de las responsabilidades en las que se ha incurrido en este caso.

Por ello, reitera que el estado de alarma se prorrogó hasta el 21 de junio de 2020 y que en el artículo 6.1 del Real Decreto 555/2020, de 5 de junio, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, se estableció que la autoridad competente delegada para la adopción, supresión, modulación y ejecución de las medidas correspondientes a la fase III del plan de desescalada sería, en ejercicio de sus competencias, exclusivamente quien ostentase la Presidencia de la Comunidad Autónoma.

En el apartado 2 de dicho artículo 6 se disponía, además, que serían las Comunidades Autónomas las que pudiesen decidir, a los efectos del artículo 5, y con arreglo a criterios sanitarios y epidemiológicos, la superación de la fase III en las diferentes provincias, islas o unidades territoriales de su Comunidad y, por tanto, su entrada en la *nueva normalidad*.

Añade que, en cumplimiento de tales previsiones, se dictó en la Región de Murcia 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), que entró en vigor al día siguiente, es decir, el 19 de junio.

En la disposición adicional tercera de dicho Decreto-ley se habilitó al Consejo de Gobierno para aprobar por Acuerdo las medidas generales de aforo, desinfección, prevención, acondicionamiento y cuantas otras resultasen necesarias en relación con el conjunto de actividades y sectores económicos y sociales.

De otro lado, el Gobierno de la Nación, mediante 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, declaró de nuevo dicho estado de excepción para contener la propagación de infecciones causadas por dicho virus.

El representante de la interesada señala que el Consejo de Ministros aprobó el 3 de noviembre una prórroga de dicho estado de alarma por un período de 6 meses, que vencerá el 9 de mayo de 2021, y que es la situación que existe en el momento en que presenta la solicitud de indemnización.

A continuación, destaca que, entre otras restricciones que se han impuesto, se encuentra la de limitar la permanencia de grupos de personas en espacios públicos y privados a un máximo de seis personas, salvo que se trate de convivientes.

Por esa razón, entiende que el Estado incurrió, desde la declaración del primer estado de alarma, en responsabilidad clara y directa por la adopción de medidas perjudiciales para el sector de la hostelería y la restauración. Lo mismo se produjo con la aprobación del Real Decreto 555/2020, de 5 de junio (prórroga del primer estado de alarma) y con la aplicación de las fases del plan de desescalada aprobado por el Gobierno el 28 de abril de 2020.

Además, la que considera alteración temporal del esquema normal de distribución competencial en materia sanitaria entre el Estado y las Comunidades Autónomas, conduciría a la apreciación de una responsabilidad concurrente de las Administraciones Públicas, prevista en el artículo 33 LRJSP.

El administrador de la reclamante argumenta que, como no se puede entender que se emplearan en este caso fórmulas conjuntas de actuación entre varias Administraciones, habría que considerar que la responsabilidad sería solidaria, porque no resulta fácil atender, para determinarla, a criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención.

Reitera que en este supuesto es imposible efectuar una determinación concreta de la responsabilidad que corresponde al Estado y a las autoridades competentes delegadas, esto es, a las Comunidades Autónomas, y por ello sostiene que procede exigir una responsabilidad solidaria a ambas Administraciones, estatal y autonómica.

No obstante, advierte que la Región de Murcia incurrió en responsabilidad exclusivamente a partir de las 00:00 horas del 21 de junio de 2020, que fue cuando el Estado le delegó efectivamente la adopción de las decisiones

que afectaban al sector de los establecimientos de hostelería, de modo que compartió la responsabilidad solidariamente con el Estado desde entonces y hasta el momento en que presenta la reclamación.

Por lo que se refiere a la determinación de los daños por los que reclama, el representante de la interesada manifiesta que, como consecuencia del cierre del establecimiento y de las numerosas limitaciones a la actividad de restauración que se impusieron a partir de marzo de 2020, y que siguen en vigor, ha sufrido una importante pérdida de beneficios.

En orden a cuantificarlos, explica que utiliza una fórmula comparativa con los beneficios anteriores a la declaración del estado de alarma, tomando como referente el período comprendido entre el inicio de la actividad (el 17 de octubre de 2019) y el mes de febrero de 2020 (cinco meses), con el fin de establecer una media diaria que sirva de base para hacer la comparación con el periodo posterior a la declaración del estado de alarma y hasta el mes de febrero de 2021.

Con este propósito, explica que ha encargado un informe pericial que, gracias al examen fiscal y contable de la sociedad, permite concluir que la minoración de la cifra de ingresos fue de 431.071,59 € y que el perjuicio económico, es decir, la diferencia entre los resultados comparativos, asciende a 57.223,83 €, que es el daño que considera que le ha provocado el cierre temporal del establecimiento y la imposición de restricciones en la hostelería acordadas como consecuencia de la declaración de los estados de alarma provocados por la pandemia mundial de COVID-19.

El administrador de la reclamante admite que es la Administración General del Estado la que debe hacer frente a ese daño. No obstante, concreta la responsabilidad de la Administración regional en el período transcurrido desde el 21 de junio de 2020 hasta el 28 de febrero de 2021 como consecuencia de la adopción de dichas medidas restrictivas y la imposición de cierres temporales. Así pues, entiende que, utilizando un criterio proporcional, la Administración regional debe responder -solidariamente con la estatal- de 41.083,77 €, que es la cantidad con la que solicita que se le resarza.

Conviene añadir que, aunque no explica el motivo de que se refiera al 28 de febrero de 2021 como último día del período en el que se pudieron causar los daños por los que reclama, hay que entender que se corresponde con el final del lapso en que se valoraron pericialmente las pérdidas que se ocasionaron por el cierre del restaurante y la imposición de otras medidas restrictivas. O dicho con mayor claridad, dicha fecha sería la última del período (comprendido entre el 14 de marzo de 2020 y el 28 de febrero de 2021) que analizó el perito para valorar los daños y perjuicios sufridos (folio 81 del expediente administrativo).

Finalmente, advierte que también ha presentado reclamación de responsabilidad patrimonial por este motivo ante la Administración General del Estado.

Con el escrito adjunta copias de la escritura de constitución de la sociedad el 19 de septiembre de 2019, de la que se deduce su nombramiento como administrador único, y del informe pericial de valoración del daño, realizado el 15 de marzo de 2021 por el economista y auditor de cuentas D. Y, que incluye cuatro cuadros anexos.

SEGUNDO.- La solicitud de indemnización se admite a trámite el 18 de enero de 2022 por Orden del Consejero en lo que concierne a las competencias regionales y se refiere, además, a los daños ocasionados desde el 21 de junio de 2020 hasta el 28 de febrero de 2021.

De igual forma, aunque en la reclamación se dice que también se ha formulado ante la Administración General del Estado, se acuerda trasladarla asimismo a la Subsecretaría del Ministerio de Hacienda, para que adopte las decisiones que procedan. La comunicación se lleva a cabo el 24 de enero de 2022.

TERCERO.- El 25 de enero de 2022 se solicita a la Dirección General de Salud Pública y Adicciones que emita informe acerca de lo expuesto en la solicitud de indemnización.

CUARTO.- El 16 de mayo de 2022 se recibe el informe elaborado por la Jefa de Servicio de Epidemiología, dependiente del órgano directivo citado, acerca de las medidas adoptadas para la superación de la crisis sanitaria provocada por la pandemia de COVID-19 en el ámbito de la hostelería, la restauración y el ocio nocturno.

En este documento se exponen los distintos antecedentes de las actuaciones que ha llevado a cabo la Administración regional.

De modo particular, se recuerda que el Gobierno de la Nación declaró el 14 de marzo de 2020 el estado de alarma en todo el territorio nacional para afrontar esa situación de emergencia sanitaria, que se prorrogó hasta el 21 de junio de 2020. También se precisa que, durante ese período la Dirección General de Salud Pública y Adicciones no propuso ni adoptó medidas que afectaran al sector de la hostelería, la restauración y el ocio nocturno.

Se añade, en ese mismo sentido, que la superación de todas las fases del *Plan de desescalada*, aprobado el 28 de abril de 2020, determinó que quedaran sin efecto las medidas adoptadas como consecuencia de la declaración del estado de alarma el citado 21 de junio de 2020.

Seguidamente, se admite que durante la situación denominada *nueva normalidad* y hasta el momento en que se firma el informe, se han adoptado, a propuesta de la Dirección General mencionada, una serie de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente y controlar la pandemia, siguiendo los criterios acordados por la Comisión de Salud del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

También se especifica que eso ha supuesto la adopción o la aprobación de más de doscientos actos y disposiciones normativas que conllevan el establecimiento de medidas restrictivas para el sector económico ya referido, que se relacionan en el Anexo I del propio informe, titulado *Desarrollo normativo COVID-19 años 2020/2021/2022*.

A continuación, se detallan las medidas que se adoptaron en cada fase de la pandemia, en función de la evolución y situación epidemiológica, para el ejercicio de las actividades de ocio, hostelería y restauración, que se caracterizan por una elevada interacción social: Suspensión de la actividad; Restricciones de horario; Limitación

de aforos; Distanciamiento de mesas; Prohibición de consumo en barra; Limitación de comensales. Acreditación de una determinada situación inmunológica para el acceso a los locales y recomendaciones en materia de seguridad e higiene.

De igual forma, se argumenta que tales medidas se adoptaron de forma meditada, responsable y plenamente consciente por la Administración Pública, siguiendo en todo momento las directrices del Ministerio de Sanidad y los criterios establecidos en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. Y se insiste en que eso se realizó para preservar la salud de la población en general frente a una crisis sanitaria desconocida hasta la fecha, que en algunos momentos estuvo cerca de colapsar el sistema sanitario debido al alto nivel de contagios, y que provocó una elevada tasa de mortandad.

En este sentido, se cita el documento elaborado el 30 de julio de 2020 por el Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias del Ministerio de Sanidad, que se adjunta como Anexo II, en el que se formulan, entre otras, las siguientes conclusiones:

a) Que, en el ámbito de los brotes sociales, que representan el mayor número de casos notificados en España, los asociados a locales de ocio (bares, discotecas y restaurantes) generan casi la mitad de los casos identificados.

b) Que el control de esos brotes requiere la aplicación de medidas de control contundentes y de gran impacto socioeconómico.

c) También, que es necesario aplicar medidas de limitación de los riesgos específicamente dirigidas a los locales de ocio (bares, discotecas y restaurantes) para reducir el riesgo de transmisión comunitaria descontrolada.

d) Que la limitación de las actividades en locales de ocio, por un tiempo limitado, en zonas con transmisión comunitaria no controlada del SARS-CoV-2, es probablemente una medida eficaz para ayudar al control de la epidemia.

Por tanto, se reitera que la importancia y repercusión de los brotes de COVID-19 originados en bares, discotecas y restaurantes hizo necesaria la adopción de medidas restrictivas destinadas a limitar en mayor o menor medida la interacción social de este tipo de actividad, con el objetivo de contener la progresión de la enfermedad en la Región de Murcia.

De otro lado, se cita el artículo de Usama Bilal, Pedro Gullón y Javier Padilla-Bernáldez “Evidencia epidemiológica acerca del rol de la hostelería en la transmisión de la COVID-19: una revisión rápida de la literatura”, publicado en la *Gaceta Sanitaria 2021*, que se adjunta como Anexo III.

En él, destacan los autores que han *“encontrado una gran consistencia en la literatura científica revisada, teniendo en cuenta las limitaciones observadas, indicando que el cierre de locales de hostelería y restauración es una de las medidas más efectivas para disminuir la incidencia y la 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 la 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”.

Por estas razones se concluye en el informe del Servicio de Epidemiología que la propuesta de medidas restrictivas se realizó con el convencimiento de que eran las necesarias en cada momento para combatir la virulencia de la COVID-19, así como sus nefastas consecuencias para la salud y la vida de todos los ciudadanos, y que así se ha reflejado en los sucesivos informes epidemiológicos que han justificado cada adopción de medidas.

QUINTO.- El 23 de mayo de 2022 se concede audiencia a la empresa interesada para que pueda formular alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que estime pertinentes. Sin embargo, no consta que haya hecho uso de este derecho.

SEXTO.- Con fecha 2 de septiembre de 2022 se formula propuesta de resolución desestimatoria por no revestir carácter antijurídico los daños por los que se solicita un resarcimiento económico.

Una vez incorporados el preceptivo índice de documentos y el extracto de secretaría, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante un escrito recibido en este Consejo Jurídico el 14 de septiembre de 2022.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, dado que versa sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en los artículos 81.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), y 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

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

I. La reclamación se ha interpuesto por una persona jurídica interesada, la mercantil --, que es la que ha sufrido el supuesto daño patrimonial por el que solicita ser debidamente indemnizada, de acuerdo con lo que se establece en el artículo 32.1 LRJSP en relación con el artículo 4 LPACAP.

La mercantil ha actuado representada por su administrador único, según se deduce de la lectura de la escritura de constitución de la sociedad (folios 45 y 46 del expediente administrativo), aunque no ha acreditado que su designación para el ejercicio de ese cargo se encontrase vigente en el momento en el que formuló la reclamación.

Por lo que se refiere a la legitimación pasiva, concurre en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia por ser ella la autora de algunas de las disposiciones y actos a cuya aplicación se anudan los daños por los que se reclama, en ejercicio de las competencias de desarrollo legislativo y de ejecución en materia de sanidad que le corresponden en atención a lo dispuesto en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia.

De otra parte, la interesada considera responsable también al Estado por la aprobación de diferentes normas -principalmente los reales decretos declarativos de los estados de alarma y de otras normas de desarrollo- pero su posible apreciación escapa a la competencia de este Consejo Jurídico por lo que ha de abstenerse de realizar pronunciamiento alguno sobre éste y el resto de los extremos integrantes de la solicitud que se ha formulado contra él.

Ahora bien, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (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 no ha dudado sobre este extremo entendiendo que a ella correspondía la instrucción y resolución, con lo que se muestra de acuerdo el Consejo Jurídico puesto que, aunque la reclamación se presentó ante la Presidencia de la CARM, en materia de responsabilidad patrimonial, ni el Presidente ni el Consejo de Gobierno, de quien proceden algunos de las disposiciones dictadas a las que se imputa la producción de los daños, tienen expresamente atribuida la resolución de este tipo de reclamaciones, reservada a los Consejeros en virtud de lo establecido en el artículo 16.2,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, concretamente, ha sido la Consejería 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 solicitud tuvo entrada en el registro el día 25 de marzo 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.

TERCERA.- Acerca del régimen de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

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 (CE) y que se regula en el artículo 32 LRJSP.

Precisamente, de acuerdo con lo que se establece en ese último precepto, los particulares tienen derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes de 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 normal o anormal de los servicios públicos.

Por lo tanto, de conformidad con lo que se establece en ese bloque normativo, en la constante jurisprudencia que lo interpreta y en la doctrina del Consejo de Estado y de este Consejo Jurídico, son requisitos que deben concurrir para afirmar la responsabilidad extracontractual 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 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. No obstante, resulta necesario analizar, de manera adicional, si la declaración de los estados de alarma altera de alguna forma el régimen de responsabilidad patrimonial general de los poderes públicos que se ha expuesto con anterioridad.

La respuesta, sin embargo, debe ser negativa a la luz de lo que se previene en el artículo 116.6 CE, en el que se establece que *“La declaración de los estados de alarma, excepción y de sitio no modificarán el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocido en la Constitución y en las leyes”*.

Por su parte, artículo 3.2 LOAES, ya citado, dispone que *“Quienes como consecuencia de la aplicación de los actos y disposiciones adoptadas durante la vigencia de estos estados sufran, de forma directa, en su persona, derecho o bienes, daños o perjuicios por actos que no les sean imputables, tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las leyes”*.

La mención a la responsabilidad del Gobierno contenida en el primero de los artículos transcritos pudiere hacer entender que se ciñe a afirmar que la declaración de los mencionados estados no altera el régimen de responsabilidad política constitucionalmente definido y que, por tanto, su ámbito es ajeno a la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos.

Sin embargo, a la vista de la remisión a las leyes hecha por ambos preceptos, una interpretación conjunta de ellos lleva a la conclusión de que afirman que la declaración del estado de alarma no altera en modo alguno el régimen de responsabilidad general de las Administraciones públicas y del Estado legislador. Las reclamaciones por daños derivados de la aplicación de los actos y medidas adoptados a su amparo deben sustanciarse conforme con las normas que la disciplinan. Ha de estarse, pues, a las previsiones contenidas en los artículos 32 LRJSP y siguientes para solventarlas.

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

Como se ha expuesto, la empresa interesada solicita una indemnización de 41.083,77 € como consecuencia de los daños que le causaron la adopción, por parte de la CARM, de las medidas por las que se impusieron suspensiones y restricciones a las actividades desarrolladas en los locales de restauración como consecuencia de la pandemia de COVID-19.

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

I. Sobre la efectividad del daño.

Como se ha expuesto con anterioridad, con la solicitud de indemnización se aporta un *Estudio de valoración de pérdidas económicas* realizado por un economista y auditor de cuentas el 15 de marzo de 2021.

Según explica el propio perito, para elaborar su informe se ha servido de los libros y registros contables correspondientes a los años 2019 y 2020 y de un avance de la contabilidad relativa al ejercicio 2021.

También expone que su intención consiste en determinar los datos económicos correspondientes al período inmediatamente anterior al que él trata de concretar, es decir, los relativos al lapso comprendido entre el 14 de marzo de 2020 y el 28 de febrero de 2021, en que concluye su estudio.

Lo primero que expone es que no puede servirse de los datos del período equivalente anterior porque la sociedad no existía el 14 de marzo de 2019 sino que comenzó su actividad el 17 de septiembre siguiente.

Por tanto, lo que hace es analizar el período de 5 meses comprendido entre octubre de 2019 y febrero de 2020 con la finalidad de establecer una media diaria que sirva de base para hacer una comparación con el periodo que analiza, el que transcurrió entre el 14 de marzo de 2020 y el 28 de febrero de 2021.

Así pues, en el primer cuadro de su informe realiza el cálculo de esa media mensual con sujeción a los datos de la cuenta de resultados correspondiente al período comprendido entre los meses de octubre de 2019 y febrero de 2020.

En un segundo cuadro, aplica esa media al período comprendido entre el 14 de marzo de 2019 y el 28 de febrero de 2020.

Según manifiesta, el tercer cuadro recoge los datos de la cuenta de resultados del periodo 14 de marzo de 2020 a 28 de febrero de 2021.

El cuarto recoge una comparación entre las estimaciones realizadas con anterioridad a la aparición del COVID-19 y los resultados obtenidos en el mismo periodo, pero afectados por la pandemia, siendo la diferencia entre ambos la pérdida económica de la comparación de los dos periodos analizados.

Y considera que la minoración de la cifra de ingresos ha sido de 431.071,59 € y el perjuicio económico la diferencia entre los resultados comparados, que asciende a la cantidad de 57.223,83 €.

A su vez, la reclamante especifica que reclama por los daños que le causó la CARM entre el 21 de junio de 2020 y el 28 de febrero de 2021, de modo que, en proporción, la Administración regional debe responder -de forma solidaria con la estatal- de 41.083,77 €, que es la cantidad que reclama.

Pues bien, la metodología seguida para tal fin no se dice sustentada en los criterios fijados por la Recomendación Técnica nº 4 del Consejo General de Economistas titulada "*La prueba pericial contable y económica en el proceso judicial español*" (I) y (II), que sirve de orientación para el cálculo de las indemnizaciones por daños y perjuicios a solicitar en procesos judiciales.

En la misma 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 incluir en el primero los beneficios ciertos, conc retos y acreditados”*.

Tomando como base la información fiscal y contable de los ejercicios 2019 y 2020 y la relativa a un avance del año 2021, que no se adjunta con el informe para poder contrastar si los datos ofrecidos por el perito son ciertos, se hace una comparación entre el período en el que pudo producir el daño con el inmediatamente anterior. El problema, como se ha explicado, es que no se dispone de los datos completos de ese lapso anterior porque la empresa no había comenzado a funcionar el 14 de marzo de 2019. Por ello, se realizan todos los cálculos con fundamento en una supuesta media diaria que se obtiene, sin efectuar mayores precisiones ni aportar justificaciones, y que se muestra en el cuadro 1º del informe.

Sin embargo, y esto es lo que se debe destacar, no se explica que eso se ajuste a las exigencias metodológicas que se detallan en la Recomendación Técnica antes citada, por lo que no cabe tener por plenamente acreditado el daño que se pudo ocasionar en este supuesto.

Sea cual sea la conclusión, es lo cierto que no cabe desconocer la posible existencia de perjuicios derivados de la paralización o restricciones de la actividad comercial de la interesada durante los períodos en que así se decretó, lo que significa admitir la existencia de unas 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.

En cualquier caso, en este apartado no debe ignorarse la existencia de las ayudas concedidas a las empresas para paliar los efectos de la pandemia, tanto por la CARM como por el Estado a través, por ejemplo, del mecanismo de los expedientes de regulación temporal de empleo.

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 la petición 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.

No se identifican, pero ha de deducirse que se entiende como tales los actos y disposiciones de la Administración autonómica 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 Cartagena, lugar de emplazamiento del local por cuyos perjuicios se reclama.

4. Las normas que, incluso con anterioridad a la declaración del primer estado de alarma ya fue preciso adoptar para paliar los efectos de la pandemia, en uso de las competencias propias de la CARM derivadas de la aplicación de la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil, de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública. Este es el caso de la Orden de la Consejería de Salud, de 13 de marzo de 2020, por la que se insta la activación del Plan Territorial de Protección Civil de la Región de Murcia (PLATEMUR) para hacer frente a la pandemia global de Coronavirus (COVID-19).

La petición de resarcimiento se fundamenta en la consideración de que todas las 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 segundo 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 cuarto).

El Tribunal Constitucional en la sentencia 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 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 desestimatoria por no concurrir los requisitos legalmente establecidos para declarar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración regional, en concreto el de la antijuridicidad del daño.

No obstante, V.E. resolverá.

