



Dictamen nº 339/2022

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 28 de diciembre 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 22 de junio de 2022 (COMINTER 182546), sobre responsabilidad patrimonial instada por D. X en representación de --, y --, por daños en establecimientos de ocio debidos a la gestión de la COVID-19 (exp. 2022_204), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 1 de junio de 2021 D. X, actuando en nombre y representación de la mercantil --, presenta un escrito ante la Consejería de Presidencia de la Administración regional.

Expuesto de forma sintética, en él explica que dicha empresa se dedica a la explotación de negocios relacionados con el sector del turismo, hostelería y restauración y que es titular de dos restaurantes italianos de la franquicia --, uno de ellos situado en el *Centro Comercial Almenara* de Lorca, y el otro en el centro de Murcia.

Además, solicita que se inicie un procedimiento para la determinación y reconocimiento de una indemnización por requisa civil, por los daños y perjuicios generados a su representada por las restricciones a la actividad de hostelería y restauración impuestas en sus establecimientos 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, y cuyo importe total asciende a 28.830,01€ (22.184,91€ por el local situado en Murcia y 6.645,10€ por el local de Lorca). Ello, de conformidad con lo previsto en el artículo 120 de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa (LEF).

Subsidiariamente, y para el caso de que no se estime procedente la incoación de dicho procedimiento, interpone de forma acumulada reclamación de responsabilidad patrimonial, concurrente y solidaria, de conformidad con lo establecido en los artículos 32 a 35 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), y 91 y 92 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPCAP), contra las siguientes Administraciones Públicas:

- Frente a la Administración General del Estado (Consejo de Ministros), por la responsabilidad del Estado-legislador durante el período ya citado y por los daños asimismo cuantificados, por las restricciones a la actividad de hostelería y restauración derivadas de la aplicación del 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 y todas sus prórrogas.

- Frente a la Administración General del Estado (Ministerio de Sanidad) por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, durante el lapso ya señalado y por los daños también mencionados, como consecuencia de

la aprobación de las órdenes ministeriales que se dictaron en aplicación del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

- De igual modo, frente a la Administración regional, por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos durante el período comprendido entre el 8 y el 21 de junio de 2020, por las medidas que se adoptaron en aplicación del Decreto del Presidente 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 relación con este tercer caso se sostiene que, aunque el tiempo es menor, la Administración autonómica debiera responder de los mismos daños.

También acerca de esta última reclamación, se argumenta que no se está en presencia de un supuesto de causa mayor o de caso fortuito y que, aunque se puedan atribuir esos caracteres a la pandemia causada por el COVID-19, se reclama por las decisiones que adoptaron las distintas Administraciones Públicas, y se insiste en que *“El origen de los perjuicios reclamados está en el conjunto de decisiones adoptadas para afrontar la situación de emergencia de salud pública ocasionada por el COVID-19 y estas sí que podrían haber sido otras cuyos resultados fueran menos o nada lesivos”*.

Por lo que se refiere a la antijuridicidad del daño, sostiene que si con ocasión de la prestación de servicios públicos, que beneficia a la colectividad, un concreto ciudadano se viese perjudicado, la más elemental exigencia de igualdad comportaría que se debiese indemnizar a esos concretos ciudadanos que se ven perjudicados en favor de la sociedad, como se argumenta en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1404/2020, de 27 de octubre.

Así pues, reitera que lo que se reclama no es el perjuicio que cualquier actividad económica ha padecido como consecuencia de la crisis y de las medidas adoptadas por las distintas Administraciones Públicas para paliarla, sino el especial y singular perjuicio que han sufrido los establecimientos de hostelería y restauración de su mandante debido, por un lado, a la imperativa suspensión de la actividad y, por otro, a los efectos de las gravosas restricciones impuestas durante la denominada “desescalada” hasta el fin del estado de alarma. E insiste en que se ha ocasionado un daño singular por causas no imputables, en absoluto, al sector hostelería ni a su representada que se debe compensar conforme a lo establecido en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (LOAES).

Acerca de la valoración del daño por el que solicita que se resarza a su representada, destaca que presenta un resumen contable sobre el lucro cesante y el daño emergente sufrido elaborado conjuntamente por los economistas D. Y y D. Z.

Seguidamente, expone que la metodología seguida en la elaboración de ese informe se ajusta a los criterios fijados en la *Recomendación Técnica nº 4* del Consejo General de Economistas, y explica que el período objeto de análisis se compara con su análogo del ejercicio anterior. Con tal propósito, se muestra la cuenta de resultados de los dos centros de la empresa en los ejercicios 2019 y 2020, aunque a efectos de comparación se tiene en cuenta solamente el horizonte temporal definido, que comprende del 14 de marzo al 21 de junio de 2020.

Respecto al daño emergente, advierte que la enorme cantidad de movimientos contables y de transferencias internas de pedidos implica que no se puedan diferenciar, centro por centro, los costes que se consideran daño emergente. No obstante, destaca que dichos gastos existen y que se encuentran comprendidos dentro del soporte documental de costes, por lo que están incluidos en las cuentas de resultados de cada centro, imputados como gastos variables.

Junto con la solicitud de indemnización aporta copias de una copia simple de la escritura de constitución de la sociedad reclamante el 20 de octubre de 2014 de la que se deduce el nombramiento de D. X como administrador único, del certificado de situación censal emitido por la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) y del informe pericial ya citado.

SEGUNDO.- D. X, actuando en nombre y representación de la mercantil --, presenta el 2 de junio de 2021 un segundo escrito ante la Consejería de Presidencia de la Administración regional.

Explicado de forma abreviada, en él expone que la citada mercantil desarrolla, entre otros objetos sociales, la explotación de negocios relacionados con la hostelería y los servicios de comidas y que, por ese motivo, gestiona

en este momento 5 establecimientos. Se trata, en concreto, de los Hoteles -- y -- y de la cafetería --, propiedad, a su vez, de un único cliente, por lo que su empresa los administra de manera unitaria. De igual modo, de los servicios de cocina y comedor en los centros de día de la Asociación *INTEDIS* y de la Asociación de Salud Mental de Lorca y Comarca (*ASOFEM*).

Como en el caso anterior, también en este supuesto solicita que se inicie un procedimiento para la determinación y reconocimiento de una indemnización por requisas civiles, por los daños y perjuicios generados a su representada por las restricciones a la actividad de hostelería y restauración impuestas en sus establecimientos 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, y cuyo importe total asciende a 114.660,97 € (109.878,37 € correspondientes a los Hoteles -- y -- y la cafetería --; 573,37 € referente a la cafetería de *INTEDIS* y 4.209,22 € por la de *ASOFEM*). Ello, de conformidad con lo previsto en el artículo 120 LEF.

Subsidiariamente, como en el caso anterior y para el supuesto de que no se estime procedente la incoación de dicho procedimiento, interpone de forma acumulada reclamación de responsabilidad patrimonial, concurrente y solidaria, de conformidad con lo establecido en los artículos 32 a 35 LRJSP, y 91 y 92 LPCAP, contra las siguientes Administraciones Públicas:

- Frente a la Administración General del Estado (Consejo de Ministros), por la responsabilidad del Estado-legislador durante el período ya citado y por los daños asimismo cuantificados.
- Contra la Administración General del Estado (Ministerio de Sanidad) por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, durante el lapso ya señalado y por los daños también mencionados.
- Asimismo, frente a la Administración regional, por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en este caso durante el período comprendido entre el 8 y el 21 de 2020, pero por el importe total ya mencionado.

Los fundamentos de esta reclamación coinciden con los expuestos en la solicitud de indemnización presentada el día anterior en nombre y representación de la mercantil --.

Acerca de la evaluación de los daños por los que se reclama, se explica que se aporta un informe realizado por los economistas ya mencionados, en el que se compara el período objeto de análisis con el análogo del ejercicio anterior y se determina principalmente el lucro cesante. También se expone que se emplea para ello la metodología que se detalla en la *Recomendación Técnica nº 4* del Consejo General de Economistas.

Con la reclamación se adjuntan copias de la escritura de elevación a público de acuerdos sociales, por la que -entre otros- se apodera a D. X para que pueda actuar en nombre de la sociedad, y de otra de ampliación del objeto social; de los contratos de arrendamiento de servicios que celebró con las entidades ya referidas; del certificado de situación censal y del informe pericial ya mencionado.

TERCERO.- El 18 de junio de 2021 D. X presenta otros dos nuevos escritos.

En el primero de ellos interviene en nombre y representación de la mercantil -- y lo dirige a las Consejerías de Presidencia y Salud de Comunidad Autónoma.

En este caso, formula una solicitud de inicio de expediente administrativo para la determinación y reconocimiento de indemnización por requisas civiles (art. 120 LEF) y, subsidiariamente, por responsabilidad patrimonial por funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, por los daños y perjuicios generados a su representada por las restricciones a la actividad de hostelería y restauración impuestas en su establecimiento durante el período comprendido entre el 21 de junio y el 25 de octubre de 2020 en virtud del Acuerdo de 19 de junio de 2020 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 el COVID-19, y las Ordenes de la Consejería de Salud concordantes.

Por lo que se refiere a la valoración del daño, lo concreta en 42.827 € aunque posteriormente -mediante otro escrito de 28 de septiembre de 2021- lo rectifica y solicita 6.022,28 €.

El segundo escrito lo presenta en nombre y representación de --, también dirigido a las citados Departamentos de la Administración regional y en él se exponen los mismos argumentos que ya se han expuesto.

En él formula la misma solicitud de que se inicie un procedimiento para la determinación y reconocimiento de indemnización por requisas civiles (art. 120 LEF) y, en su defecto, por responsabilidad patrimonial por funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, por los daños y perjuicios generados a su representada por las restricciones a la actividad de hostelería y restauración impuestas durante el período ya mencionado en los párrafos anteriores.

En este caso, demanda un resarcimiento total de 98.152,75 € (de los que 41.345,89 € corresponden a los daños ocasionados por los contratos referentes a la cafetería --; 52.234,81 € al Hotel , 1.114,11 € a la cafetería INTEDIS y 3.457,93 € a la de ASOFEM).

En los dos casos -como en el del escrito de rectificación presentado el 28 de septiembre de 2021- adjunta los informes referentes al lucro cesante y a los daños ocasionados elaborados por los dos economistas mencionados con anterioridad.

CUARTO.- Con fecha 22 de octubre de 2021 el representante citado presenta otros tres nuevos escritos.

En el primero de ellos, aportado en nombre y representación de -- ante la Consejería de Salud, solicita la incoación de los procedimientos ya señalados (indemnización por requisas civiles y subsidiariamente por responsabilidad patrimonial) por los daños provocados a su mandante por las restricciones a la actividad de hostelería y restauración impuestas en sus establecimientos por la Administración Autonómica (Consejo de Gobierno y Consejería de Salud) durante el período comprendido entre el 25 de octubre de 2020 y el 9 de mayo de 2021, y cuyo importe total asciende a un total de 126.271,24 € (74.976,90 € por el local de Murcia y 51.294,34 € por el local de Lorca).

En este supuesto, sostiene asimismo que la responsabilidad es concurrente y solidaria de la Administración General del Estado, por la responsabilidad del Estado-legislador, y de la Administración regional por funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Con respecto a los daños ocasionados por la Administración estatal, sostiene que se causaron por las restricciones a la actividad de hostelería y restauración derivadas de la aplicación del 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, y todas sus prórrogas.

En relación con los daños generados por la Administración regional, argumenta que se debieron a las restricciones a la actividad de hostelería y restauración que se aplicaron al amparo del Decreto del Presidente nº 6/2020, de 26 de octubre, por el que se adoptan medidas para la aplicación del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, y los sucesivos Decretos del Presidente dictados a fin de prorrogar o actualizar las medidas para la aplicación del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, y las Órdenes de la Consejería de Salud concordantes a estos.

El segundo y tercero de ellos los presenta en nombre de -- ante las Consejerías de Salud y de Presidencia.

En ellos demanda, de igual modo, que se inicien los referidos procedimientos, por los daños producidos durante el tiempo igualmente precisado más arriba, y por las mismas razones.

Por lo que refiere a la valoración de los daños, los concreta en estos supuestos en 250.189,41 €, aunque no desglosa esta cantidad total en los diferentes perjuicios ocasionados a cada uno de los locales que explota.

Con los escritos se acompañan las copias de los informes realizados respecto de cada mercantil por los dos economistas mencionados.

QUINTO.- Por Orden del Consejero de Salud de 15 de diciembre de 2021 se acuerda, en primer lugar, admitir a trámite las solicitudes de indemnización planteadas frente a la Administración regional, en nombre y representación de las dos sociedades ya referidas, en relación con los períodos que se mencionan en cada uno de los escritos (del 14 de marzo al 21 de junio de 2020, de ese último día al 25 de octubre de 2020, y de éste último al 9 de mayo de 2021) y por los importes que asimismo se concretan en ellos.

Se resuelve, en segundo lugar, acumular los procedimientos incoados en virtud de las citadas solicitudes (expedientes RP 14 y RP15 de 2021), respectivamente, para que se tramiten y resuelvan en un único procedimiento, habida cuenta de la identidad sustancial e íntima conexión que existe entre ellos, y de que es el mismo órgano el que debe tramitar y resolverlos.

Por último, se acuerda trasladar a la Subsecretaría del Ministerio de Hacienda las reclamaciones que se formulen frente a la Administración General del Estado, para que adopte las decisiones que procedan. La comunicación se lleva a cabo el 23 de diciembre de 2021.

SEXTO.- El 17 de diciembre de 2021 se solicita a la Dirección General de Salud Pública y Adicciones que emita informe acerca de lo expuesto en las solicitudes de indemnización.

Esta solicitud de información se reitera el 10 de mayo de 2022.

SÉPTIMO.- Obra en el expediente el informe elaborado el 16 de mayo de 2022 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 él se resalta que la importancia y la 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 destaca que la literatura científica coincide en señalar el importante papel que las características de la interacción social en los locales de hostelería y restauración ha tenido en la generación de brotes y en la transmisión del COVID-19 y se menciona, a título de ejemplo, 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.

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.

OCTAVO.- El 18 de mayo de 2022 se concede audiencia a las empresas interesadas para que puedan formular alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes.

NOVENO.- D. X, en las representaciones con las respectivamente interviene, presenta un escrito el 31 de mayo en el que, expuesto de forma sintética, manifiesta lo siguiente:

En primer lugar, que advierte un defecto de tramitación a la luz de la naturaleza de las acciones que interpuso y recuerda, por ello, que en sus anteriores escritos solicitaba, con carácter principal, que se iniciase un procedimiento de indemnización por los daños ocasionados por requisas civiles.

Destaca que en la Orden de 15 de diciembre de 2021 no se realiza referencia alguna a la admisión o no a trámite de dicha acción principal y, en consecuencia, solicita que se aclare la situación en que se encuentra dicha reclamación.

En segundo lugar, argumenta que la Administración regional incurrió en responsabilidad por las decisiones que adoptó entre el 8 y el 21 de junio de 2020. De hecho, explica que en virtud de lo dispuesto en el Real Decreto 555/2020, de 5 de junio, el Presidente de la Comunidad Autónoma tenía la condición de autoridad competente delegada para la adopción, supresión, modulación y ejecución de medidas correspondientes a la fase III del plan de desescalada y que, en esa condición y por medio del Decreto 4/2020, de 8 de junio, adoptó medidas restrictivas de la actividad de ocio y diversión, hostelería.

Por último, sostiene que el informe de la Jefatura de Servicio de Epidemiología, fechado el 16 de mayo de 2022, resulta insuficiente para desvirtuar la viabilidad de las reclamaciones planteadas pues considera que no dependen de criterios epidemiológicos. Además, considera que en dicho informe no se efectúa un análisis, ni general ni pormenorizado, de las medidas que se adoptaron en cada fase de cada uno de los tres períodos de tiempo por los que se reclama, ni altera el atentado que causa contra el principio de proporcionalidad de las medidas citadas.

De igual modo, argumenta que resulta injusto atribuir el incremento de los casos de contagio exclusivamente al sector de la hostelería porque se obvia que fueron los encuentros familiares los verdaderos epicentros de las infecciones.

DÉCIMO.- Mediante un escrito del Consejero de 3 de junio de 2022 se informa a las interesadas de que en la Orden de 15 de diciembre de 2021 se acordaba el inicio del procedimiento de responsabilidad patrimonial pero que debe entenderse referida, asimismo, a la admisión a trámite de los procedimientos de indemnización por los daños causados por requisas civiles.

También se explica que, por razones de economía procedimental, y habida cuenta de la íntima conexión que existe entre las dos pretensiones formuladas (principal y subsidiaria), se acordó acumularlas para que se tramitasen y resolviesen en un único procedimiento.

UNDÉCIMO.- Con fecha 13 de junio de 2022 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la solicitudes de indemnización formuladas por los daños causados a las reclamantes por la requisas civiles prevista en el artículo 120 LEF.

Asimismo, se propone la desestimación de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada con carácter subsidiario por entender que los daños que se causaron no tienen la consideración de antijurídicos y que, por tanto, las reclamantes tenían el deber jurídico de soportarlos.

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 22 de junio 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, de manera subsidiaria, 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.- Acerca de la solicitud de indemnización planteada por una supuesta requisas efectuada al amparo de lo dispuesto en el artículo 120 LEF.

Como ya se ha expuesto, el representante de las reclamantes plantea con carácter principal en todas las solicitudes que se inicien los procedimientos que resulten necesarios para determinar y reconocerles derechos a percibir indemnización por las supuestas requisas que se les realizaron.

Lo cierto es, sin embargo, que ese planteamiento resulta evidentemente erróneo (y falso en lo que se refiere a los hechos) a pesar de que sea cierto que, en situaciones excepcionales o de necesidad, las Administraciones públicas puedan acordar las requisas de cosas determinadas con sujeción a las indemnizaciones que resarzan a sus propietarios por el valor de lo requisado y de los desperfectos que se produzcan.

Y también es conocido que, en estos supuestos (previstos, por ejemplo, en los artículos 101 a 107 LEF para las requisas militares y en el 120 para las requisas civiles, en la LOAES y en la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil), estas decisiones se adoptan sin sujeción a un procedimiento formalizado.

Como se define acertadamente en la propuesta de resolución que ahora se analiza, la requisas alude a la apropiación o utilización, sin seguir el procedimiento expropiatorio, de determinados bienes para su uso público por razones de emergencia (de epidemias, entre otras), de modo que se produce una traslación en muchos casos de la titularidad del afectado a la de los entes públicos que las ordenan. En estos casos se produce una privación singular del bien o derecho de un administrado para beneficio o utilidad de la colectividad.

Precisamente, en relación con la pandemia que se ha padecido recientemente, el artículo 8 del 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, posibilitaba que se impusieran prestaciones personales obligatorias imprescindibles y que se practicasen requisas temporales de todo tipo de bienes necesarios para el cumplimiento de los fines previstos en ese real decreto y, en particular para la prestación de los servicios de seguridad o de los operadores críticos y esenciales, todo ello con sujeción a lo previsto en el artículo 11,b) LOAES.

En lo que aquí interesa, establece el citado artículo 120 LEF que *“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”*.

Pese a ello, resulta evidente que dichas requisas no se han llevado a cabo en este caso y que el representante de las interesadas alude como causa de los daños que alega no a alguna requisita sino a la aplicación de una serie de medidas previstas en las normas ya citadas, que afectaron al desenvolvimiento de sus actividades de hostelería (limitaciones horarias, de aforos, de actividad).

Según se argumenta asimismo en la propuesta de resolución, el hecho de que esas medidas formaran parte de una ordenación general de la actividad económica como consecuencia de la situación de emergencia sanitaria que se vivió excluye, por sí mismo, la posibilidad de que pueda hablarse con propiedad de que se produjo una requisita o una expropiación no formal, pues ambos conceptos son incompatibles.

Estas consideraciones justifican la desestimación del procedimiento de resarcimiento que se propuso por esa razón, dado que carece en realidad de objeto, y de que se deba analizar seguidamente la reclamación de responsabilidad patrimonial que se promovió de manera subsidiaria y que sí que motivó la tramitación del procedimiento correspondiente, que es sobre lo que versa el resto de este Dictamen.

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

I. La reclamación se ha interpuesto por dos personas jurídicas interesadas, la mercantiles -- y -- que son las que han sufrido los supuestos daños patrimoniales por los que solicitan ser debidamente indemnizadas, de acuerdo con lo que se establece en el artículo 32.1 LRJSP en relación con el artículo 4 LPACAP.

Las mercantiles han actuado representadas, respectivamente, por su administrador único y por uno de sus administradores mancomunados debidamente apoderado. Sin embargo, en ninguno de los casos -y particularmente, en el primero- ha acreditado el representante que sus designaciones para el ejercicio de esos cargo se encontrasen vigentes en los momento en los que formuló las reclamaciones.

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, las interesadas consideran 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 en varios casos no sólo ante ese Departamento, sino ante la Consejería de 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. Las acciones de reclamación se ha ejercitado dentro del plazo anual previsto en el artículo 67.1 LPAC dado que se alegan que se causaron dentro de los períodos comprendidos entre el 14 de marzo y el 21 de junio de 2020, entre ese último día y el 25 de octubre de 2020, y entre ese día y el 9 de mayo de 2021. Como se ha señalado, las solicitudes de indemnización se presentaron los días 1 y 2 de junio de 2021, el 18 de junio de 2021 y el 22 de octubre de 2021, de manera temporánea por tanto.

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.

CUARTA.- 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 trascritos 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.

QUINTA.- Sobre la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración regional.

Como se ha expuesto, las empresas interesadas solicitan unas indemnizaciones de (28.830,01 + 6.022,28 + 126.271,24) 161.123,53 € y de (114.660,97 + 98.152,75 + 250.189,41) de 463.003,13 €, respectivamente, como consecuencia de los daños que les 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 las reclamaciones se aportan en todos los casos unos informes realizados por dos economistas a los que se les atribuye la condición de meros *Resúmenes contables* sobre los lucros cesantes y los daños emergentes sufridos. Sus propios autores advierten que no son realmente dictámenes periciales, aunque sí documentos previos y necesarios para las realizaciones de futuros dictámenes periciales.

En consecuencia, esas afirmaciones ya bastarían por sí solas para desvirtuar la naturaleza (pericial) de esos informes y a hacer decaer las pruebas aportadas por las mercantiles reclamantes.

No obstante, aún pueden exponerse otras consideraciones que ayuden a valorar dichos medios probatorios.

La primera de ellos es que en esos documentos se trata de justificar las diferencias que existen entre los resultados que hubieran obtenido las empresas de proseguir con la tendencia económica normal, y los que realmente obtuvieron. Se señala que el proceso, en síntesis, consiste en comparar los períodos objeto de análisis con sus análogos de los ejercicios anteriores.

Pues bien, la metodología seguida para tales fines 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, pero la realidad es que, como se ha señalado, ello no es así.

En dicha Recomendación Técnica 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, concretos y acreditados".

De otra parte, en segundo lugar, hay que destacar que no se adjuntan con los informes los documentos fiscales y contables necesarios para que se pueda contrastar si los datos ofrecidos por los peritos son ciertos a la hora de efectuar una comparación entre los períodos en los que pudieron producir los daño con los inmediatamente anteriores.

Sean cual sean las conclusiones, es lo cierto que no cabe desconocer la posible existencia de perjuicios derivados de la paralización o restricciones de la actividad comercial de las interesadas 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 las partes para que formulasen 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 las peticiones 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.

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.

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 a hora 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 séptimo).

El Tribunal Constitucional en la sentencia citada vino a reconocer que la constrictión 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 inconstitucionalidad 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 las empresas reclamantes estaban obligadas 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 las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Que procede la desestimación de los procedimientos de reconocimiento de indemnizaciones por requisas civil que se promovieron como pretensiones principales, porque carecen en realidad de objeto, dado que no se produjeron los elementos fácticos, es decir, las requisas, que podrían haberlos justificado.

SEGUNDA.- En relación con los procedimientos de los que aquí se trata, se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de todos ellos por no concurrir los requisitos legalmente establecidos para declarar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración regional, en concreto el de la antijuridicidad de los daños que se alegan.

No obstante, V.E. resolverá.

