



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº 155/2024

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 12 de junio de 2024, 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 15 de enero de 2024 (COMINTER 6243), sobre responsabilidad patrimonial instada por D. X, en representación de --, por daños en actividad económica debidos a la gestión de la COVID-19 (exp. 2024_021), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO. - En fecha 21 de junio de 2021, D. X, en representación de "-", presenta escrito de responsabilidad patrimonial frente a la Consejería de Economía, Hacienda y Administración Digital, por los daños causados por la Comunidad Autónoma como consecuencia de las medidas adoptadas para tratar de paliar los efectos de la COVID-19.

El reclamante se dedica a arrendar locales y a prestar servicios a los negocios de explotación de las denominadas máquinas tipo B, que se establecen, bien en bares y restaurantes o en salones de juego, por lo que se encuentra dentro del ecosistema de la hostelería.

Considera que, en los momentos de apertura parcial y cierre de la hostelería, el negocio se vio sensiblemente afectado y ello sin encontrar una razón sanitaria, puesto que no se ha explicado el porqué de esas restricciones.

No concurre en el presente caso la existencia de fuerza mayor, puesto que una cosa es la aparición de la COVID (surgida por una causa extraña al funcionamiento de los servicios públicos españoles) y otra que las Administraciones públicas, con su acciones u omisiones, hayan podido agravar o mitigar los daños provocados por ésta.

Existe un daño efectivo que se concreta en la cuenta de explotación de la empresa, que se acredita por la diferencia por ventas y arrendamientos entre los ejercicios 2019 y 2020.

No es una carga que de forma general se impone "erga omnes" a todos los ciudadanos.

Se trata de una lesión antijurídica porque no tiene el deber, porque le obligue una Ley, de soportar el deterioro económico que le suponen la pérdida de los derechos de explotación de sus clientes del sector del juego.

En cuanto a la valoración del daño, lo cuantifica en 142.514,73 euros, correspondiente a la actividad de 2020, excluyendo el primer trimestre.

SEGUNDO. - Tramitado el expediente por la Agencia Tributaria de la Región de Murcia, en fecha 17 de marzo de 2023 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación formulada, al no concurrir los elementos a los que el ordenamiento jurídico vincula el nacimiento de la responsabilidad patrimonial y, singularmente, la existencia de un daño antijurídico.

TERCERO. - Remitido el expediente a este Consejo Jurídico para Dictamen preceptivo, se emite éste en fecha 26 de mayo de 2023 (núm. 154/23), concluyendo que: *“No corresponde resolver este expediente a la Consejería consultante, que lo debe remitir a la Consejería de Salud para la tramitación del procedimiento, por ser ésta el órgano competente”*.

CUARTO. - El 25 de octubre de 2023, el Secretario General de la Consejería de Salud, por delegación del titular de la Consejería, dictó orden admitiendo a trámite la reclamación y acordando el inicio del procedimiento, a tramitar a través del Servicio Jurídico de la Secretaría como órgano encargado de la instrucción y la solicitud e incorporación al expediente del informe del Servicio de Epidemiología de la Dirección General de Salud Pública y Adicciones.

QUINTO. - El informe de la Dirección General de Salud Pública y Adicciones contestando globalmente a las distintas reclamaciones presentadas por la misma causa, fue emitido el día 12 de diciembre de 2022. En él se afirma que en el plazo transcurrido entre el 14 de marzo y el 21 de junio de 2020, dicha Dirección General no adoptó ni propuso medidas que afectaran al sector de la hostelería, restauración y ocio nocturno. Durante la fase denominada de “nueva normalidad” sí se habían propuesto distintas medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la pandemia, siguiendo los criterios acordados por la Comisión de Salud del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, lo que supuso la adopción de más de doscientos actos y disposiciones normativas, muchos de los cuales supusieron restricciones a los sectores antedichos.

Respecto a la reclamación presentada, se considera improcedente porque:

1º. Las medidas se adoptaron para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la pandemia internacional derivada de la COVID-19, tendentes a tratar de paliar las consecuencias de contagios exponenciales y su elevada mortalidad.

2º Las medidas se adoptaron de forma meditada, responsable y plenamente consciente, siguiendo en todo momento las directrices del Ministerio de Sanidad y los criterios establecidos en el seno del Consejo Interterritorial de Salud, en atención a la prevención de la salud, por lo que reproducía las conclusiones del documento elaborado el 30 de julio de 2020 por el Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias de dicho Ministerio, siempre en atención de la prevención de la salud de la población en general frente a una crisis sanitaria desconocida hasta la fecha, que en algunos momentos estuvo cerca de colapsar nuestro sistema sanitario debido al alto nivel de contagios, con una elevada tasa de mortandad.

3º. La literatura científica coincidía en señalar el importante papel que las características de la interacción social en dichos locales habían tenido en la generación de los brotes. Así, como ejemplo, citaba los artículos de Caristia y Nouvellet que en el informe se mencionan.

SEXTO. - El instructor del procedimiento acordó la apertura del trámite de audiencia el día 28 de noviembre de 2023, no constando que se hayan formulado alegaciones.

SÉPTIMO. - El día 9 de enero de 2024 se eleva propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación y se ordena remitir el expediente a este Consejo Jurídico para la emisión del dictamen preceptivo.

En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento, se solicita la emisión del dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, remitiendo una copia del expediente y el extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA. - Carácter del dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, ya que versa sobre una reclamación que en concepto de responsabilidad patrimonial se ha formulado ante la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 81.2 de Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

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

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

En cuanto a la legitimación pasiva de la Administración Regional, a partir de las 00:00 horas del día 21 de junio de 2020, una vez expirado el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, y restituidas las autoridades de esta Comunidad Autónoma en la plenitud del ejercicio de sus funciones y competencias, resulta incuestionable la legitimación pasiva de la Administración autonómica en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial en las que -tal y como acontece en la que nos ocupa- los daños y perjuicios cuya indemnización se postula derivan de las medidas adoptadas por sus autoridades. Ello no se vería alterado por la declaración del segundo estado de alarma, ya que el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre -vigente entre el 25 de octubre de 2020 y el 9 de mayo de 2021- no restringe las competencias de la Administración autonómica, que conserva, en los términos de lo establecido en el artículo 12 de dicha norma, *“las competencias que le otorga la legislación vigente, así como la gestión de sus servicios y de su personal, para adoptar las medidas que estime necesarias”* a fin de hacer frente a la grave crisis sanitaria. La anulación de la “delegación” operada por el artículo 2 del mencionado Real Decreto como consecuencia de la Sentencia del Tribunal Constitucional 183/2021, de 27 de octubre, tampoco trasciende a estos efectos, pues la habilitación se constreñía a las medidas limitativas de los derechos de circulación y de reunión, y la referida sentencia explicita que la nulidad declarada *“no afecta por sí sola, de manera directa, a los actos y disposiciones dictados sobre la base de tales reglas durante su vigencia”*. En definitiva, consideramos que esta Comunidad Autónoma está pasivamente legitimada, como Administración sanitaria, a los efectos de responder de las eventuales consecuencias dañosas que pudiera haber sufrido la reclamante a resultas de las medidas adoptadas por las autoridades autonómicas desde las 00:00 horas del día 21 de junio de 2020 hasta el momento de presentación de la reclamación.

II. En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 67.1 LPAC, dispone, a los efectos que aquí interesan, que *“El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo”*.

En el supuesto ahora examinado, la reclamación se presenta el día 21 de junio de 2021. El Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, mantuvo su vigencia hasta el día 9 de mayo de 2021, conforme a la prórroga establecida por el Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por lo que la reclamación presentada estaría en plazo. Pero, además, hay que tener en cuenta que, con posterioridad a dicha fecha, y en lo que atañe a esta Comunidad Autónoma, se siguieron publicando disposiciones normativas que establecían restricciones de derechos con fundamento en la persistencia de la pandemia.

Por ello, la presentación de la reclamación el día 21 de junio de 2021 ha de entenderse formulada dentro del plazo de un año legalmente establecido.

III. El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se rige por las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común recogidas en el título IV LPAC, teniendo en cuenta las especificidades previstas en materia de responsabilidad patrimonial en los artículos 65, 67, 81, 91 y 92 de dicha Ley.

En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites fundamentales de incorporación de informe de los servicios afectados -recabándose a tal efecto un informe de la Jefa del Servicio de Epidemiología adscrito a la Consejería de Salud-, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

TERCERA. - Sobre el fondo del asunto.

I. El artículo 106.2 de la Constitución dispone que *“Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*.

Dado que se reclaman aquí daños ocasionados durante la declaración del estado de alarma, se advierte que el artículo 3.2 de Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio, dispone asimismo 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”*.

Con relación al alcance de este precepto procede señalar, en primer lugar, que la declaración del estado de alarma no altera el principio de responsabilidad del Gobierno y sus agentes, porque así viene impuesto por el artículo 116.6 de la propia Constitución, al disponer que *“La declaración de los estados de alarma, de excepción y de sitio no modificarán el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes”*. Por otra parte, del citado artículo 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, se deduce sin controversia que el legislador orgánico no predetermina de qué modo puedan articularse las indemnizaciones que en su caso procedan, y contiene una remisión genérica al régimen común u ordinario vigente para el resarcimiento de los perjuicios de que se trate, con la única precisión de que han de ser daños sufridos *“de forma directa”*. Sin necesidad de aclarar la significación de este requisito añadido -que parece meramente enfático, pues el daño resarcible es ya de ordinario el efectivo, individualizado y derivado sin interferencia de la actuación administrativa-, lo cierto es que el artículo 3.2 de la referida Ley Orgánica no consagra, con carácter pleno, un deber de indemnizar singular y ajeno al artículo 106.2 de la Constitución, sino una habilitación para adoptar las medidas compensatorias que procedan *“de acuerdo con las Leyes”*.

En efecto, reconocido su fundamento en el artículo 106.2 de la Constitución, merece recordarse que este precepto supone la recepción constitucional del sistema de responsabilidad de la Administración previamente vigente en España, y que, elevados así unos principios esenciales, la remisión del referido artículo 106.2 al desarrollo legislativo no entraña una mera autorización al legislador para que determine el régimen jurídico de la responsabilidad de la Administración (Sentencia del Tribunal Constitucional 112/2018, de 17 de octubre), pero tampoco impone un régimen uniforme; esto es, no excluye que la configuración legal del instituto resarcitorio presente singularidades en cada sector de la actividad administrativa.

Asumido que caben los regímenes especiales o diferenciados de resarcimiento (como el urbanístico o el judicial), que han de acomodarse a lo dispuesto en el artículo 106.2 de la Constitución, pero no tienen que adaptarse a los requerimientos legales comunes del régimen general de responsabilidad administrativa, es claro que la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, no consagra un régimen autónomo o singular, pues lo que recoge es una mera remisión a *“lo dispuesto en las leyes”*, lo que aboca en definitiva a la aplicación del régimen -común o especial- que el legislador haya establecido para el resarcimiento del daño que se reclama, pudiendo articular diversas vías para atender las indemnizaciones que, en su caso, se asocien a la declaración de un estado de alarma, excepción o sitio.

En consecuencia, tratándose aquí de perjuicios ocasionados por unas medidas administrativas de restricción de la actividad económica, no contempla nuestro ordenamiento jurídico ningún régimen singular, pero, ejercitada en este caso la vía de la responsabilidad patrimonial, su examen debe ajustarse al régimen común que desarrolla la LRJSP.

El artículo 32 LRJSP establece en su apartado 1 que *“Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley”*. Y en su apartado 2 que, *“En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”*.

Por otra parte, el artículo 34 de la ley citada añade que *“No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos”*.

Este derecho no implica, sin embargo, que la Administración tenga el deber de responder sin más por todo daño

que puedan sufrir los particulares, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, deberán darse los requisitos que legalmente la caracterizan, analizando las circunstancias concurrentes en cada caso.

En efecto, en aplicación de la citada normativa legal y atendida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública será necesario que, no habiendo transcurrido el plazo de prescripción, concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; b) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y c) que no sea producto de fuerza mayor.

Por último, dada la singularidad de los daños por los que aquí se reclama, procede subrayar que el artículo 34.1 LRJSP preceptúa que *“Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”*, y que este régimen de resarcimiento -que presupone la nota de antijuridicidad- se entiende *“sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer”*. Esto es, ha de distinguirse con nitidez el instituto de la responsabilidad patrimonial, dimanante de la estricta legalidad, de aquellas compensaciones que, sobre bases de solidaridad y discrecionalidad, puedan articularse en el marco del Estado social.

Al respecto, no cabe obviar que, en el ámbito de los daños y perjuicios derivados de la pandemia y sus consiguientes restricciones al ejercicio de la actividad económica, se han establecido medidas compensatorias de distinta índole (expedientes de regulación temporal de empleo, moratorias, aplazamientos, avales, reestructuración de la deuda financiera, etc.) y, en particular, diferentes convocatorias de ayudas públicas directas destinadas a minimizar el impacto económico de la pandemia. Entre otras, las impulsadas a nivel estatal por el Real Decreto-ley 5/2021, de 12 de marzo, de Medidas Extraordinarias de Apoyo a la Solvencia Empresarial en Respuesta a la Pandemia de la COVID-19, y en el ámbito de esta Comunidad Autónoma podemos citar 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), además de diversas ordenes de convocatoria de subvenciones específicas para paliar los efectos de la crisis surgida con la pandemia. Tales compensaciones no obstan al ejercicio de una acción de responsabilidad patrimonial, pero han de ponderarse en la consideración del daño por el que se reclama.

II. Acotado, por la razonado en el anterior punto, el alcance de la presente reclamación y, en consecuencia, el objeto de este dictamen a las medidas adoptadas por las autoridades de esta Administración Regional relativas a los cierres totales y parciales, las restricciones al uso o a los horarios, junto con la limitación de aforos y condiciones de utilización de los locales de juego, para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, desde las 00:00 horas del día 21 de junio de 2020 hasta el momento de presentación de la reclamación, procede advertir en primer lugar que, a la vista de la documentación incorporada al expediente, en el periodo considerado -del 21 de junio de 2020 al 21 de junio de 2021 (fecha de presentación de la reclamación)-, estos establecimientos no han visto suspendidas, con carácter general, sus actividades, aunque notoriamente sí han sufrido una serie de limitaciones en el normal uso de las actividades que en los mismos se desarrollan, en mayor o menor proporción, en función de las medidas impuestas en cada momento y ámbito territorial, con lo que ello puede suponer de afectación a las normales y legítimas expectativas de negocio de los titulares de estos centros. En estas condiciones, consideramos que, siquiera sea a efectos meramente dialécticos, puede darse por acreditado que las medidas específicas establecidas para estos establecimientos en las distintas resoluciones dictadas por las autoridades de la Administración regional, en el indicado periodo, han podido causar un daño a los intereses de la reclamante, que deberá ser cuantificado económicamente, a efectos de su indemnización, en el caso de que resultara procedente; es decir, si quedaran acreditados los requisitos que hemos dejado explicitados en el apartado anterior en orden a declarar una eventual responsabilidad patrimonial.

Sin embargo, no basta la invocación genérica de un daño. En efecto, como viene señalando este Consejo de manera reiterada, el primer requisito que debe satisfacer toda reclamación de responsabilidad patrimonial es que el daño alegado ha de ser efectivo, y que su existencia ha de quedar acreditada en el expediente. Este requisito constituye el núcleo esencial de cualquier reclamación, de modo que su ausencia determina el fracaso de toda pretensión indemnizatoria que se sustente en meras especulaciones, lo que implica que, por regla general, únicamente sean indemnizables los perjuicios ya producidos. También ha subrayado este órgano que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega.

En el caso examinado, la mercantil reclamante estima los daños por importe de 142.514,73 euros, calculado por la diferencia de ingresos reales de los años 2019-2020.

En el caso planteado no puede soslayarse que la expectativa de ganancia queda mediatizada por el hecho mismo de la situación pandémica, de notorio alcance y repercusión en la vida social, laboral y empresarial de la ciudadanía, sin que pueda sostenerse que de no haberse impuesto las restricciones la afluencia de usuarios a estas instalaciones de juego hubiera sido similar a la de otras temporadas, pues los clientes habrían actuado de espaldas a las recomendaciones sanitarias. Y no puede tampoco orillarse que se han articulado diversas medidas compensatorias y se convocaron ayudas directas para estos operadores económicos, en atención a los perjuicios derivados de las restricciones impuestas, que vienen contribuyendo a mitigar en parte el daño que pretende ser resarcido. Incluso procede advertir que la suspensión temporal de la actividad por decisiones administrativas no sancionadoras es un riesgo asegurable, cuya eventual indemnización debe también deducirse del quantum resarcitorio reclamado en este cauce, para excluir la doble indemnidad o la obtención de un beneficio que exceda del daño patrimonial ocasionado.

En estas condiciones, el indicio racional de unas pérdidas que, en un contexto de normalidad, se asocia al “decurso normal de las cosas” no es suficiente para acreditar la efectividad del daño por el que aquí se reclama, pues media la evidencia de que concurrían otras circunstancias externas derivadas de la compleja situación sanitaria que condicionaban la afluencia a estas instalaciones, y el perjuicio ha sido (o está siendo) compensado a través de otras vías, singularmente ayudas o subvenciones, y eventualmente podría haber sido también resarcido por estar asegurado el riesgo de restricción o cese temporal de actividad. En definitiva, se reclaman unas ganancias hipotéticas e inciertas que no responden a una cuantificación real y efectiva de los daños padecidos, y todo ello en un escenario extraordinario y anómalo que impide apreciar la efectiva realidad del perjuicio económico por el que se acciona.

III. A lo anterior cabe añadir que tampoco concurre en el caso examinado la nota de la antijuridicidad de los eventuales daños. Al respecto, procede subrayar, en primer lugar, que la antijuridicidad del daño sufrido solo puede ser entendida, en virtud de lo establecido en el artículo 34.1 LRJSP, como la causación de un daño que el perjudicado “no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley”.

En la presente reclamación, la mercantil reclamante reputa el daño como antijurídico argumentando que: “... desde el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, y sus modificaciones... que establecieron un primer estado de alarma y sus prórrogas hasta el 21 de junio de 2020, o el posterior R.D. 926/2020 de 25 de octubre que volvió a establecer el estado de alarma hasta el 9 de noviembre de 2020, o finalmente el R.D. 956/2020 de 3 de noviembre que lo prolongó hasta el 9 de mayo de 2021 que nos encontramos con tres limitaciones a la movilidad que han condicionado o incluso prohibido la utilización de las máquinas tipo B, propiedad de las empresas a las que sirve mi representada, y por razón de los locales o espacios donde se ubican...”

Ha de puntualizarse que no se reclaman aquí los daños provocados por el hecho de la pandemia -asumido que es ajeno a la Administración de la Región de Murcia-, por lo que no procede detenerse en si es un suceso de fuerza mayor o en si sus consecuencias pudieron ser previstas o evitadas. El reproche se dirige frente a las medidas restrictivas de apertura y aforo que, en respuesta a ese evento no imputable a la Administración, se adoptaron por la autoridad autonómica, por lo que lo relevante es determinar si esa respuesta fue razonada o arbitraria, lógica o irracional, proporcionada o excesiva. De superar este juicio, más allá del de legalidad formal, nos enfrentaríamos a la concreción de unos riesgos que pertenecen a cada sector de actividad, ya que es claro que aquellos negocios cuya actividad implica una necesaria interacción social cercana y mantenida, y que suponen por tanto un especial riesgo en un escenario pandémico, están expuestos -en sí mismos y permanentemente- a la eventual necesidad de que se restrinja la presencia física o el aforo, al igual que quienes operan por cauces electrónicos quedan sometidos a las hipotéticas limitaciones que hayan de adoptarse a raíz de un ciberataque masivo, pues se trata en todo caso de riesgos inherentes a la iniciativa económica.

Aplicado lo anterior al presente supuesto, nos encontramos con que las diferentes limitaciones impuestas a los establecimientos de juego en cumplimiento de diversas resoluciones adoptadas desde el 21 de junio de 2021 (fecha en la que finaliza el primer estado de alarma), en función de parámetros epidemiológicos (riesgos propios de la respectiva actividad, contagios, fallecimientos, ámbito territorial, etc.) similares a los establecidos en muchos otros ámbitos empresariales (gimnasios, alojamiento, espectáculos, actividades culturales, etc.), no pasan de ser la consecuencia de la estricta ejecución de lo ordenado en el ejercicio de las competencias atribuidas a las autoridades sanitarias. En particular, en aplicación de las previsiones contenidas en los artículos 1 a 3 de la Ley

Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública -que habilita a las distintas Administraciones públicas dentro del ámbito de sus competencias, al objeto de pro teger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro, a adoptar las medidas previstas en dicha ley cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad- y, de otra, en el artículo 26.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad -conforme al cual, *“En caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, las autoridades sanitarias adoptarán las medidas preventivas que estimen pertinentes, tales como la (...) suspensión del ejercicio de actividades, cierres de Empresas o de sus instalaciones (...) y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas”*-, y el artículo 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública -que habilita a la autoridad autonómica, con carácter excepcional y cuando así lo requieran motivos de extraordinaria gravedad o urgencia, a adoptar, mediante resolución motivada, entre otras medidas, la intervención de medios materiales o personales, el cierre preventivo de instalaciones, establecimientos, servicios e industrias, la suspensión del ejercicio de actividades y cualquier otra medida ajustada a la legalidad vigente si existen indicios racionales de riesgo para la salud-.

Constatado el fundamento legal para la adopción de las medidas, sobre la eventual antijuridicidad de las establecidas por los poderes públicos para la contención de la COVID-19, en tanto que pudieran suponer una afectación a la libertad de empresa recogida en los artículos 35 y 38 de la Constitución, ya ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Constitucional en la Sentencia 148/2021, de 14 de julio. En ella se rechaza la alegada inconstitucionalidad de la suspensión de la apertura al público de determinados locales y establecimientos -entre los que se encuentran los dedicados a la actividad de juego- impuesta por el artículo 10, apartado 4, 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 la COVID-19, argumentando que *“la restricción extraordinaria del derecho fundamental a la libertad de empresa que se estableció en los apartados 1, 3 y 4 del artículo 10 del Real Decreto 463/2020 contó (...) con fundamento en la Ley Orgánica a la que se remite el artículo 116.1 CE (LOAES), y no resultó desproporcionada, por lo que se rechaza la pretensión de inconstitucionalidad formulada respecto a las medidas examinadas que, en la medida en que cuentan con suficiente respaldo constitucional, tienen capacidad para obligar tanto a los ciudadanos como a los poderes públicos (art. 9.1 CE), lo que se traduce en un correlativo deber de soportar dichas limitaciones, en atención a la gravedad de los bienes que se pretende proteger”*; en concreto, *“tanto la salud de todos como la suficiencia del sistema sanitario nacional (art. 43.1 y 2 C.E)”*. En lógica derivación de esta conclusión, al momento de precisar el alcance de la declaración de inconstitucionalidad de determinados preceptos del reiterado Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo -entre los que no se encuentra por lo razonado el artículo 10.4, se advierte que, *“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”*.

Al respecto, debemos hacer hincapié en que la inconstitucionalidad de los Reales Decretos que declaran el estado de alarma no afecta a la validez de las disposiciones administrativas de contención. Así lo explicitó el Tribunal Constitucional en las Sentencias 148/2021, de 14 de julio y de 27 de octubre, al señalar que la referida inconstitucionalidad *“no afecta por sí sola, de manera directa, a los actos y disposiciones dictados sobre la base de tales reglas durante su vigencia. Ello sin perjuicio de que tal afectación pudiera, llegado el caso, ser apreciada por los órganos judiciales (...), siempre conforme a lo dispuesto en la legislación general aplicable”*.

Al aval constitucional cabe añadir que las diferentes medidas adoptadas lo fueron con base en criterios y estudios epidemiológicos, tal como se desprende del informe de la Jefa del Servicio de Epidemiología, ajustándose a los principios de pertinencia -*“Resulta evidente que tales medidas se adoptaron de forma meditada, responsable y plenamente consciente por la Administración Pública ...siempre en atención de la prevención de la salud de la población en general frente a una crisis sanitaria desconocida hasta la fecha, que en algunos momentos estuvo cerca de colapsar nuestro sistema sanitario debido al alto nivel de contagios, con una elevada tasa de mortandad.”*- y de precaución -*“la importancia y repercusión de los brotes de COVID 19 en ámbitos con elevada probabilidad de transmisión del virus hizo necesaria la adopción de medidas restrictivas destinadas a restringir en mayor o menor medida la interacción social de este tipo de actividad con e l objetivo de contener la progresión de la enfermedad en nuestra Región”*-.

Precisamente el Tribunal Supremo, en el específico cometido casacional que le encomienda el artículo 15 del Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, ha manifestado que *“esta Sala no cree que su carácter escueto y genérico prive al art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986 de idoneidad para dar cobertura a medidas restrictivas de derechos fundamentales tan intensas como las aquí consideradas, especialmente si se interpreta en conexión con las Leyes*

14/2006 y 33/2011” (Sentencia de 3 de junio de 2021, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), y que “la legislación sanitaria sí autoriza la limitación de la libertad de circulación” y de otros derechos fundamentales, ofreciendo para ello “suficientes precisiones, objetivas, subjetivas, espaciales, temporales y cualitativas, para satisfacer la exigencia de certeza que han de tener los preceptos que fundamentan restricciones o limitaciones puntuales”. En suma, “será necesario examinar cada medida y valorarla atendiendo a la luz de (...) las exigencias de adecuación, necesidad y proporcionalidad” (Sentencia de 24 de mayo de 2021, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª).

En esta última sentencia, razona el Tribunal Supremo que “hubiera sido deseable que, en vez de a conceptos indeterminados y cláusulas generales, pudiéramos acudir a una regulación específica para afrontar la pandemia”, pero “no puede preverse todo y tampoco puede decirse que los preceptos examinados adolecen de tal indeterminación que permitan hacer cualquier cosa a las Administraciones que los utilicen”. Nos enfrentamos, así, a conceptos jurídicos indeterminados que, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, han dado lugar a la doctrina del “margen de apreciación”, conforme a la cual existe un deber de soportar el daño cuando la actuación administrativa se ejercita dentro de unos márgenes razonados y razonables. Y en el contexto que nos atañe ese criterio de razonabilidad se traduce en el triple juicio de “adecuación, necesidad y proporcionalidad”, debiendo concluirse que las restricciones impuestas superan -sin duda fundada- ese triple parámetro.

Por su parte, la reciente sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, núm. 1360/2023, de 31 de octubre, en cuanto a la responsabilidad del Estado Legislador expone: “Los Reales Decretos de declaración de estado de alarma 463/2020 y 926/2020 no contemplan en ninguno de sus preceptos la previsión a que hace referencia el artículo 32.3 de la Ley 40/2015 para que pueda surgir un derecho a la indemnización por responsabilidad patrimonial de Estado-Legislator.

Sin perjuicio del análisis más detallado que haremos en el fundamento siguiente sobre la antijuridicidad del daño como presupuesto imprescindible para que surja la responsabilidad en relación con las cargas generales y el sacrificio especial, es lo cierto que de ambos Reales Decretos se deriva el deber de soportar las cargas en ellas impuestas con carácter general para preservar la salud pública de los ciudadanos, sin que se genere un derecho de reparación de los posibles daños sufridos. Este es un principio general que aparece ya recogido en el artículo 54.3 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, que expresamente excluye la indemnización por parte de la Administración respecto de los gastos causados por las medidas adoptadas para preservar la salud pública”.

Añade el Alto Tribunal, en relación con las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional (STC 148/2021, de 14 de julio y STC 183/2021, de 27 de octubre de 2021), que: “En definitiva y para lo que aquí interesa, en ambas sentencias se declara que las medidas restrictivas que tuvo que soportar la parte actora y de las que deduce los daños patrimoniales sufridos fueron constitucionales y proporcionadas a la situación existente”.

Sigue diciendo que: “Las normas previstas en los Reales Decretos que declararon o prorrogaron el estado de alarma tuvieron un carácter excepcional y limitado en el tiempo al objeto de abordar una situación de emergencia sanitaria que comprometía gravemente la salud y vida de los ciudadanos. Esta situación justificó el desplazamiento de la legislación ordinaria y la restricción de derechos constitucionales, aplicándose las medidas extraordinarias que se consideraron necesarias para actuar contra la pandemia.

Es cierto que tales medidas no estaban predeterminadas en el ordenamiento jurídico, pero tal predeterminación no es exigible cuando se trata del Derecho de Excepción porque es imposible fijar previamente la ruta de una situación extraordinaria y anómala, como lo es también preestablecer los medios que han de utilizarse para combatirla, aunque si les es exigible que sean proporcionales y adecuadas a los hechos que deben afrontar...

En definitiva y como conclusión extrapolable en este punto del debate procesal, la escalada exponencial de contagios - hecho notorio indiscutible - comporta necesariamente, la limitación del ejercicio del derecho fundamental de reunión y manifestación ex artículo 21 C.E., de modo que tal como conjetura el Tribunal Constitucional, «siendo positivo este juicio liminar sobre la proporcionalidad de las medidas, no puede acordarse la concurrencia de verosimilitud de la denunciada lesión del art. 21 C.E.»

En el ámbito de la salud colectiva la adopción de decisiones, en muchas ocasiones, debe basarse en la

determinación cuantitativa del riesgo, de manera que la restricción de actividades potencialmente peligrosas se produce una vez que los estudios científicos contemplan una asociación presumiblemente causal entre dichas actividades y su impacto adverso sobre la salud. Ahora bien, en determinados supuestos, como aconteció en los momentos iniciales de la pandemia derivada del COVID-19, no se cuenta, desde el punto de vista científico, con el componente de certeza de un modo indubitado...

La consecuencia de la aplicación del principio de precaución determina la imposibilidad de derivar responsabilidad a la Administración cuando las medidas sanitarias adoptadas tendieron a mitigar o evitar la propagación de los contagios, siempre y cuando se muestren razonables y proporcionadas, aunque posteriormente se pudiese demostrar que resultaron innecesarias, pues lo trascendental es la incertidumbre científica sobre la naturaleza y alcance del riesgo.

Sin perjuicio de lo expuesto, la suspensión temporal de actividades propias de los establecimientos de hostelería es una manifestación de la potestad de ordenación general de la actividad en cuestión, justificada por las circunstancias excepcionales que se estaban viviendo, tras la comprobación de que la eliminación de actividades grupales frenaba la tendencia ascendente de la expansión descontrolada del virus...

En definitiva, la enfermedad derivada del COVID-19 como enfermedad infecciosa altamente transmisible por vía aérea y a través del contacto personal, no solo conllevó un alto riesgo para la salud humana derivado del elevado índice de propagación sino y, además, un riesgo de colapso de los servicios sanitarios tal como de hecho sucedió, asociado todo ello a un incremento de la mortalidad y morbilidad. Es por ello por lo que, el mantenimiento de la integridad física de la población (artículo 15 CE) y el derecho a la protección de la salud pública (artículo 43 CE), otorgan cobertura constitucional y legitiman, las restricciones en el ejercicio de determinadas actividades económicas, lo que se revela suficiente para rechazar la vulneración de la libertad de empresa prevista en el artículo 38 C.E...

...es lo cierto que las restricciones y limitaciones contenidas en los Reales Decretos de estado de alarma tuvieron carácter general, con múltiples e indeterminados destinatarios, y con numerosos sectores económicos y empresariales afectados, como hemos visto en los primeros fundamentos de esta sentencia al reflejar esa normativa, de manera que no se puede deducir la singularización pretendida por el recurrente. La mayor o menor afección de una norma jurídica en relación con sus destinatarios, su diferente intensidad desde el punto de vista de la carga que supone su aplicación, en sí misma no permite establecer la distinción querida por el recurrente, pues esas diferencias se producen ordinariamente en la aplicación de todas las normas jurídicas en relación con el círculo de intereses de sus destinatarios, que nunca resultan por igual afectados, consideración que se maximiza cuando estamos en presencia de normas de excepción.

En nuestro caso, además, las medidas que se adoptaron para los distintos y amplios sectores de actividad estuvieron dotadas del suficiente grado de generalidad como para afirmar que los menoscabos sufridos deban encuadrarse en la categoría de carga colectiva. La sociedad en su conjunto tuvo que soportar las decisiones adoptadas por los poderes públicos para preservar la salud y la vida de los ciudadanos, de manera que la vía de reparación o minoración de daños para aquellos que la padecieron con mayor intensidad, de ser procedente, tiene que ser la de las ayudas públicas -que se concedieron ampliamente-, pero no la de la responsabilidad patrimonial que exige como presupuesto inexcusable de una antijuridicidad que aquí no es predicable.

En cuanto a las ayudas públicas, basta reparar en las numerosas normas dictadas a raíz de la pandemia al objeto de mitigar los graves perjuicios económicos producidos a amplios sectores de nuestra sociedad. Algunas de estas disposiciones aparecen reseñadas en la parte final del fundamento tercero de esta sentencia.

En definitiva, las medidas contenidas en el Real Decreto 463/2020, particularmente las previstas en su artículo 10, fueron necesarias, adecuadas y proporcionales a la gravedad de la situación y gozaron del suficiente grado de generalidad en cuanto a sus destinatarios, que tuvieron el deber jurídico de soportarlas sin generar ningún derecho de indemnización por los posibles perjuicios sufridos, habiéndolo declarado así expresamente el Tribunal Constitucional en la ya citada STC 148/2021, sentencia que produce efectos de cosa juzgada y vincula a todos los tribunales ex artículo 38 LOTC y 5 LOPJ".

Esta importante sentencia del Tribunal Supremo a la que nos referimos, en cuanto a la aplicación del instituto de la

expropiación forzosa a estos supuestos, es tajante al afirmar que: *“No hay expropiación forzosa sin privación singular, entendida ésta como sacrificio especial impuesto deliberadamente a uno o varios sujetos en sus bienes, derechos o intereses, de forma directa por causa de utilidad pública o interés social. Cuando estamos en presencia de limitaciones o regulaciones generales del contenido de un derecho, cuando se configura ex novo o bien se modifica partiendo de una situación normativa general anterior, no se puede sostener que se produzca una privación singular en el sentido expresado por la Ley de Expropiación Forzosa”*.

A todo ello, tenemos que añadir que, en el supuesto de las normas adoptadas mediante decreto o resolución en el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma, debe recordarse, además, que han sido ratificadas y confirmadas por los Tribunales en los casos en que se han impugnado, conservando así en su integridad la presunción de validez que justifica su ejecutividad.

En consecuencia, la reclamante tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio derivado de las medidas preventivas, limitaciones de aforo y restricciones a su actividad empresarial acordadas por la autoridad sanitaria -respecto de las cuales no consta acreditado en el expediente remitido su cuestionamiento en vía administrativa-, debidamente motivadas y justificadas con fundamento en la protección de un bien jurídico superior, como es el derecho a la salud, consagrado en el artículo 43 de la Constitución y presupuesto para el efectivo ejercicio de derechos y libertades. Se aprecia que existe fundamento legal para las medidas adoptadas, que la Administración autonómica ha actuado conforme a derecho aplicando adecuadamente el principio de precaución y que el perjuicio alegado no entraña un sacrificio “singular, excesivo y desigual” que sustente su carácter antijurídico, sino la concreción del riesgo inherente al ejercicio de una actividad económica particularmente apta para la propagación del virus, sin que en las restricciones impuestas -extensivas a muchos otros sectores- se atisbe discriminación arbitraria o desproporción.

Con acierto se ha calificado el principio de responsabilidad de los poderes públicos como la cláusula de cierre del Estado de Derecho. Pero la insuficiencia o demora en las justas compensaciones -discrecionales en tanto se ajusten a sus principios de ordenación- solo revela las limitaciones o carencias del Estado social, sin llegar a comprometer la recta aplicación del instituto de la responsabilidad patrimonial en el marco estricto del Estado de Derecho, al que ha de ceñirse nuestro pronunciamiento.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA. - Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución en cuanto es desestimatoria de la reclamación presentada, al no concurrir los requisitos legalmente establecidos para declarar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, en concreto, el de antijuridicidad del daño.

No obstante, V.E. resolverá.