

En Logroño, a 25 de octubre de 2022, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. José Ignacio Pérez Sáenz, y de los Consejeros, D. José María Cid Monreal, D. Enrique de la Iglesia Palacios, D^a María Amelia Pascual Medrano y D^a Ana Reboiro Martínez-Zaporta, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Serrano Blanco, y siendo ponente D^a Ana Reboiro Martínez-Zaporta emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

60/22

Correspondiente a la consulta formulada por la Excm. Sra. Consejera de Salud, en relación con el *procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial promovido por VI, solicitando ser indemnizada por los perjuicios que le ocasionó la limitación de su actividad por efecto de las medidas impuestas por el Gobierno Autonómico, en el contexto de la crisis provocada por el COVID-19, durante la vigencia del denominado “segundo estado de alarma”, la que cifra en 138.985,19 euros.*

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

Mediante escrito de 29 de abril de 2022, dirigido a la Consejería de Salud y Portavocía del Gobierno de La Rioja, con entrada en el Registro General del Gobierno de La Rioja el día 2 de mayo de igual año, la mercantil VI formuló reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración, relatando, en síntesis, los siguientes hechos:

1. VI es una empresa operadora de salones de juego, debidamente inscrita, que, durante el cuarto trimestre de 2020 y los dos primeros trimestres de 2021, tenía operativos dos salones de juego en la ciudad de Logroño CPS, situado en Dirección 1; y CPC, situado en Dirección 2.

2. Mediante Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, se declaró por segunda vez el estado de alarma en todo el territorio nacional, con el fin de afrontar la situación de emergencia sanitaria provocada por el coronavirus COVID-19.

El Congreso de los Diputados autorizó su prórroga, confirmándose mediante R.D. 956/2020, de 3 de noviembre.

Este segundo estado de alarma estuvo vigente desde el día 25 de octubre de 2020 hasta el día 8 de mayo de 2021.

3. En el citado Real Decreto 926/2020 se establecieron una serie de limitaciones al ejercicio de ciertos derechos o actividades, indicando que correspondía a las autoridades competentes delegadas, es decir, a los presidentes autonómicos, precisar la aplicación de las limitaciones contenidas en el articulado del Real Decreto, en el ámbito de sus respectivos territorios.

Tal habilitación se mantuvo en el Real Decreto 956/2020, de modo de que los Presidentes de las Comunidades Autónomas, en virtud de delegación del Gobierno de la Nación, podrían dictar órdenes, resoluciones y disposiciones, con el fin de aplicar en su respectivo territorio las limitaciones que consideraran pertinentes de entre las mencionadas en los Reales Decretos por los que se activó este segundo estado de alarma.

4. En ejercicio de las competencias delegadas a los presidentes de las CCAA en virtud de lo previsto en los antedichos R.D., la Presidenta de la CAR dictó, durante la vigencia del segundo estado de alarma, concretos Decretos, que la reclamante detalla pormenorizadamente, estableciendo diversas medidas, en el marco de las previstas en el RD 926/2020, que se fueron sucediendo a lo largo de tal periodo con diferente alcance y vigencia temporal.

En concreto, mediante tales Decretos se establecieron:

- Limitaciones de libertad de circulación de las personas en horario nocturno, entre las 22 h y las 6 h, o entre las 23 h y las 5 h.*
- Limitaciones de entrada y salida de personas de Comunidad Autónoma de La Rioja, con pequeñas excepciones.*
- Limitación de la permanencia de grupos de personas en espacios públicos y privados.*
- Reducciones temporales de los aforos de establecimientos de juego.*
- Prohibición temporal de consumo en barra.*
- Prohibición temporal de admitir clientes en los establecimientos de juego desde una hora antes del horario de cierre.*
- Limitaciones temporales de salida y entrada de concretos municipios.*

5. Por otra parte, en ejercicio de sus propias competencias como Autoridad Sanitaria, el Consejo de Gobierno de la CAR adoptó diversos acuerdos a lo largo de la vigencia del segundo estado de alarma, todos ellos publicados en virtud de Resoluciones de la SGT de Salud y Portavocía del Gobierno y detallados pormenorizadamente por la reclamante, que igualmente se fueron sucediendo con diferente alcance y vigencia por los que establecieron medidas adicionales y complementarias a las dispuestas por la Presidenta de la CAR como Autoridad delegada.

Tales medidas, establecidas por el Consejo de Gobierno en ejercicio de sus propias competencias como Autoridad Sanitaria, restringieron la actividad económica de los establecimientos de juego, por la vía de:

- Limitar el aforo de los establecimientos de juego, en diferentes proporciones.*
- Suspender temporalmente la actividad de los establecimientos de juego.*
- Prohibir temporalmente el consumo en barra.*
- Imponer temporalmente como horario de cierre las 17h.*

6. Como consecuencia de la anterior normativa, de la que se derivaron constantes limitaciones en

horarios de cierre y aforos y el cierre de los establecimientos de juego, del 7 al 15 de enero de 2021 y del 22 de enero al 21 de febrero, la reclamante padeció un importante descenso en sus ingresos que no tenía obligación de soportar y califica, por tanto, como un daño antijurídico, por el que ha de ser indemnizada.

Aduce en tal sentido: i).- Que, mediante sentencia nº 183/2021, de 27 de octubre de 2021, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional determinados preceptos e incisos de preceptos del R.D. 926/2020, por el que se declaró el estado de alarma, entre los que figuran los que atribuían a los Presidentes de las CCAA la condición de autoridad competente en sus respectivos ámbitos territoriales a los efectos de tal estado de alarma (art.2.2) y los que igualmente atribuían a dichos Presidentes, como autoridad delegada, la facultad de modular las medidas limitativas impuestas en los artículos 5 a 8 del propio R.D. 926/2020; y, ii).- Que, tal pronunciamiento del TC privó de soporte jurídico a las disposiciones dictadas por la Presidenta de la CAR en ejercicio de la delegación declarada inconstitucional.

Invoca igualmente el artículo 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Excepción, Alarma y Sitio, que reconocer al derecho a ser indemnizados a quienes, como consecuencia de la aplicación de los actos y disposiciones durante la vigencia de tales estados sufran, de forma directa en su persona, derechos o bienes, daños o perjuicios por actos que no les sean imputables.

Y, por último, argumenta que la pandemia en el contexto de la cual fueron dictadas las medidas restrictivas que afectaron a su actividad económica no constituye un supuesto de fuerza mayor que exima a la Administración Autónoma de su obligación de reparar los daños derivados de sus disposiciones en tal sentido.

7. La mercantil reclamante cuantifica los daños que le ocasionaron las disposiciones dictadas por el Gobierno autonómico, en este caso en la modalidad de lucro cesante, en 138.985,19 euros.

Al escrito de reclamación se adjunta informe un pericial emitido por D. JOM, Doctor en Administración y Dirección de Empresas y Analista Financiero colaborador de SV.

En tal informe pericial, emitido el 13 de diciembre de 2021, por el Experto Contable acreditado, además de Economista censor jurado de cuentas, D. LRV, se cuantifica el perjuicio económico derivado para la reclamante, en el ámbito de su actividad empresarial, por efecto de las medidas restrictivas para la contención y prevención del COVID establecidas por la Comunidad Autónoma de La Rioja mediante disposiciones dictadas entre el 21 de junio de 2020 y el 9 de mayo de 2021, diferenciando igualmente al hacerlo dos etapas: i) la comprendida entre el 21 de junio y el 25 de octubre de 2020, durante la cual el Gobierno Autonómico ostentó competencias exclusivas para establecer medidas de restricción; y ii) la comprendida entre el 26 de octubre de 2020 y el 9 de mayo de 2021, en la que el Gobierno autonómico reguló la materia por delegación del Gobierno de la Nación.

El perito cuantifica los perjuicios sufridos por la reclamante en ambos periodos, en la modalidad de lucro cesante, que denomina “pérdida patrimonial” y realmente constituye la suma de las pérdidas que atribuye a las medidas adoptadas y las ganancias no obtenidas por

igual motivo de acuerdo a la metodología que explica pormenorizadamente en su informe, sirviéndose para ello, según manifiesta, de la documentación aportada por su cliente, consistente en la cuenta de pérdidas y ganancias de 2018, 2019, 2020 y parcial de 2021 (hasta mayo).

El importe en que cifra tales daños asciende a 138.985,19 euros, coincidente con el de la indemnización finalmente interesada por la reclamante.

Segundo

Mediante Resolución de 2 de mayo de 2022, de la SGT de la Consejería de Salud, se tuvo por iniciado el procedimiento general de responsabilidad patrimonial, con efectos de igual fecha, y se nombró instructor del procedimiento.

Tal Resolución fue notificada el día 4 de mayo por el representante legal de la reclamante, a quien, igualmente, se informó por escrito del plazo máximo para resolver el procedimiento y los efectos del silencio, en los términos previstos en artículos 24.1.2º y 91.3º de la Ley 39/2015.

Tercero

Con igual fecha a la del dictado de la Resolución iniciadora del procedimiento, el Instructor solicitó, mediante la oportuna comunicación a la Dirección General de Salud Pública, Consumo y Cuidados, la emisión de informe sobre la situación de salud pública, su evolución, los criterios tenidos en cuenta y las razones de necesidad que dieron lugar a la aprobación de las medidas y de las diversas disposiciones dictadas por la CAR desde el inicio de la pandemia por COVID-19 hasta el momento actual.

Cuarto

En el expediente obra un informe de 10 de mayo de 2022, emitido por la antedicha Dirección General, titulado “Recomendaciones según el nivel de alerta”, en el que se detallan las diferentes clases de medidas que se han establecido, en el contexto de la pandemia del COVID, con el fin de contener su propagación; se analiza el concreto impacto y evolución de tal enfermedad en La Rioja; se detalla el resultado de las encuestas realizadas entre la población contagiada y se concretan determinados brotes, registrados a partir del mes de mayo de 2020 en el ámbito autonómico, con origen en la hostelería.

Quinto

Mediante escrito de 11 de mayo de 2022, se dio traslado a la representante de la mercantil reclamante de la apertura del preceptivo trámite de audiencia, instándole a

especificar la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial en el trámite de audiencia o justificar la imposibilidad de hacerlo.

Dentro del plazo conferido para formular alegaciones y presentar documentación complementaria, mediante escrito de 31 de mayo de 2022, con entrada en el Registro del Gobierno de La Rioja el día siguiente, 1 de junio de 2022, la representante de la reclamante presentó un escrito de alegaciones, a través del cual manifestó discrepar de los argumentos esgrimidos en el informe de 10 de mayo de 2022, de la DG de Salud Pública, Consumo y Cuidados, al que hemos hecho referencia, aduciendo que en tal informe se realiza un análisis general epidemiológico de la situación en La Rioja y se enumeran las medidas adoptadas, no sólo en el segundo estado de alarma, sino en periodos anteriores y posteriores. Reprocha a tal DG no haber respondido de forma suficiente y apropiada a las cuestiones concretas que planteó en su reclamación y, por tanto, no considera justificada la adopción de las medidas restrictivas que detalla en su reclamación.

Sexto

Con fecha 3 de junio de 2022, el Instructor del expediente emite una Propuesta de resolución en la que propone *“que se desestime la reclamación que por responsabilidad patrimonial de esta Administración formula VI, porque no es imputable el perjuicio alegado, cuya reparación se solicita, al funcionamiento del Servicio Público”*.

Séptimo

La Secretaria General Técnica, el día 6 de marzo de 2022, remite a la Dirección General de los Servicios Jurídicos, para su preceptivo informe, el expediente íntegro. El informe es emitido en sentido favorable a la Propuesta de resolución, el día 16 de junio de 2022

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente con fecha 18 de junio de 2022, y registrado de entrada en este Consejo el 20 de junio de 2022, la Excm. Sra. Consejera de Salud del Gobierno de La Rioja, remitió al Consejo Consultivo de La Rioja, para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

Segundo

El Sr. Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja, mediante escrito firmado,

enviado y registrado de salida electrónicamente el 21 de junio de 2022, procedió, en nombre de dicho Consejo, a acusar recibo de la consulta, a declarar provisionalmente la misma bien efectuada, así como a apreciar la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

Tercero

Asignada la ponencia a la Consejera señalada en el encabezamiento, la misma fue incluida por unanimidad, al amparo de la previsión de los artículos 33-E), 43.3 y 48.1 del RCCR'02, para debate y votación, en la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

Necesidad y ámbito del Dictamen del Consejo Consultivo

En el presente caso, se reclama una indemnización superior a 50.000 euros (en concreto, 138.985,19 euros), por lo que nuestro dictamen es preceptivo, a tenor de lo establecido en el artículo 11 -g) de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja, en la redacción dada por la Ley 7/2011, de 22 de diciembre, en relación con: i) el art. 65.4 de la Ley riojana 4/2005, de 1 de junio, de Funcionamiento y régimen jurídico de la Administración de la CAR, redactado por la precitada Ley riojana 7/2011; y, ii) el art. 81.2 de la Ley estatal 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas (LPAC'15); preceptos de los que resulta que procede recabar el dictamen del Consejo de Estado o del Órgano consultivo de la Comunidad Autónoma respectiva, en este caso el Consejo Consultivo de La Rioja, cuando el importe de la indemnización reclamada sea de cuantía igual o superior a 50.000 euros.

En cuanto al contenido del dictamen, a tenor del art. 81.2, párrafo 3, de la LPAC'15, el mismo ha de pronunciarse sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de la indemnización, considerando los criterios previstos en la LPAC'15, así como en el art. 34.2 de la Ley estatal 40/2015, de Régimen jurídico del Sector Público (LSP'15), que se remite a los criterios de la legislación en materia fiscal, de expropiación forzosa y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado.

Segundo

Sobre la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas.

1.Consideraciones generales.

Nuestro ordenamiento jurídico (art. 106.2 de la Constitución, 32.1 LSP'15 y 65,67,81, 91.2 LPAC'15) reconoce a los particulares el derecho a ser indemnizados 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, entendido como cualquier hecho o actuación enmarcada dentro de la gestión pública, sea lícito o ilícito, siendo necesario para declarar tal responsabilidad que la parte reclamante acredite la efectividad de un daño material, individualizado y evaluable económicamente, que no esté jurídicamente obligado a soportar, debiendo existir una relación de causa a efecto directa e inmediata, además de suficiente, entre la actuación (acción u omisión) administrativa y el resultado dañoso para que la responsabilidad de éste resulte imputable a la Administración, así como, finalmente, que ejercite su derecho a reclamar en el plazo legal de un año, contado desde la producción del hecho o acto que motive la indemnización o desde la manifestación de su efecto lesivo.

2. Análisis específico de la responsabilidad patrimonial de la Administración por actos y disposiciones adoptados durante la vigencia del estado de alarma.

Teniendo en cuenta que los daños, cuya indemnización se pretende por la reclamante se derivaron, según afirma, de concretas medidas dispuestas por la Administración Autonómica de La Rioja durante la vigencia del estado de alarma declarado por el Gobierno de la Nación mediante R.D. 926/2020, de 25 de octubre de 2020 y bajo la cobertura de sus previsiones, ha de analizarse, como primera cuestión, si tales medidas son susceptibles de generar responsabilidad patrimonial de la Administración que las dispuso; y en segundo lugar, cuál es el régimen jurídico de tal responsabilidad y el cauce procedimental para exigirla.

La primera cuestión se encuentra resuelta en nuestro ordenamiento, en sentido afirmativo.

Así, el artículo 116.6 de la Constitución establece 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”*.

Y, por su parte, el artículo 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de julio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio, establece: *“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”.

La segunda cuestión ha sido extensamente analizada por nuestra doctrina, la cual llega de forma prácticamente unánime a la conclusión de que la responsabilidad que consagra el citado artículo 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, no constituye un supuesto de responsabilidad patrimonial específico, con un régimen autónomo o singular.

Compartimos tal conclusión, básicamente porque del tenor del precepto no se desprende la voluntad del legislador orgánico de crear tal régimen de responsabilidad específico en relación a los daños y perjuicios que se originen al particular durante la vigencia de tales estados excepcionales y prueba de ello es que se remite de forma genérica al régimen legal vigente, canalizando así el resarcimiento de tales daños a través de las vías y de acuerdo al régimen, -común o especial- que el legislador tenga establecido al efecto.

No obstante y como quiera que la Ley Orgánica 4/1981 contempla, en su artículo 11, la posibilidad de adoptar medidas como requisas, ocupaciones o intervenciones temporales de inmuebles o empresas e incluso la imposición de prestaciones personales obligatorias, las cuales han de ser resarcidas a través de los cauces previstos en la Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954 (en adelante, LEF), parece claro que, en función de la actuación o disposición de que se trate, habrá que acudir al régimen jurídico en cada caso aplicable, es decir, el régimen común que desarrolla la LSP'15 o el previsto en la LEF.

Y, en el presente caso, tratándose de una reclamación por daños derivados de unas medidas administrativas de restricción de la actividad económica y no contemplando nuestro ordenamiento jurídico, ningún régimen singular, en principio su examen ha de ajustarse al régimen común que desarrolla la LRJSP.

Tercero

Sobre la existencia de responsabilidad patrimonial en el presente caso

Como hemos señalado en los antecedentes, la promotora del procedimiento objeto de consulta, señala en su escrito de reclamación inicial que, entre el día 25 de octubre de 2020 (fecha de declaración del segundo estado de alarma, mediante R.D. 926/2020,) y el 9 de mayo de 2021 (fecha de expiración del mismo), el Gobierno de la CAR dictó diversas medidas preventivas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID y a su contención, a través de concretas disposiciones normativas, que fueron constriñendo la actividad del sector del juego, en el sentido de limitar los aforos y horarios de los establecimientos de ocio y de juego y apuestas e imponer incluso su cierre, no pudo desarrollar su actividad plenamente, lo que redujo gravemente sus ingresos.

Considera no venir obligado jurídicamente a soportar los daños que, de forma individualizada, le ocasionaron la mismas e interesa, en consecuencia, que la Administración Autonómica responda de tales daños, reconociéndole el derecho a percibir una indemnización por importe de 138.985,19 euros.

Pues bien, partiendo de la argumentación de la reclamante y de los datos obrantes en el expediente, a continuación, analizaremos si, en el presente caso, concurren los presupuestos necesarios para considerar que la Administración Autonómica ha de responder patrimonialmente de los daños que la reclamante alega le fueron ocasionados por las medidas dictadas por nuestro Gobierno Autonómico.

1. Legitimación activa.

A pesar de que la reclamante sustenta su legitimación activa en su condición de titular de dos salones de juego, situados en Logroño y Alfaro, respectivamente, no ha aportado en el procedimiento prueba alguna de la que se desprenda la pretendida titularidad de aquellos, por lo que, antes de dictarse la resolución final, el instructor del procedimiento deberá requerirle a fin de que acredite dicho extremo, por constituir presupuesto inexcusable de la viabilidad de su reclamación.

2. Legitimación pasiva de la CAR.

La legitimación pasiva de la CAR deviene clara en el presente procedimiento, pues las disposiciones en que la reclamante sitúa el origen de los daños cuya indemnización pretende fueron dictadas:

i) Por su Presidenta, en ejercicio de las competencias delegadas por el Gobierno de la Nación en el RD. 926/2020, de 25 de octubre, las cuales le permitían modular, la limitación de la libertad de circulación en horario nocturno dentro del margen que éste contemplaba en su artículo 5; restringir la salida y entrada de ámbitos territoriales concretos dentro del autonómico (artículo 6); y reducir por debajo de 6 el número máximo de personas que podían permanecer en grupos (artículo 7), todo ello a la vista de la evolución de los indicadores sanitarios, epidemiológicos, sociales, económicos y de movilidad, previa comunicación al Ministerio de Sanidad y de acuerdo con lo previsto en el artículo 13 de aquel Real Decreto.

ii) Por el Consejo de Gobierno Autonómico, en su condición de titular, en el marco de la legislación básica del Estado, de las competencias de desarrollo legislativo y la ejecución en materia de Sanidad e Higiene.

3. Realidad del daño y naturaleza individualizada del mismo.

Resulta incuestionable que la reclamante hubo de ver limitado el desarrollo de su actividad por efecto de las sucesivas medidas restrictivas que nuestro Gobierno autonómico estableció durante el periodo comprendido entre el 25 de octubre de 2020 y el 9 de mayo de 2021 y no puede descartarse que tal circunstancia supusiera una disminución de sus ingresos respecto de los obtenidos en los mismos periodos de ejercicios precedentes.

Sin embargo, por más que hayamos de reconocer que las medidas autonómicas a que la reclamante se refiere contribuyeron a cercenar su actividad y, con ello, pudieran verse reducidos sus ingresos, no consideramos que el eventual perjuicio que, para la reclamante, se derivó de aquellas pueda calificarse como un daño individualizado, entendido como aquel que afecta a un concreto particular de forma singular y específica, bien en solitario por sus propias circunstancias personales, bien por su pertenencia a un colectivo con determinadas características comunes al que, como tal, le resulta extensivo el daño precisamente por compartir éstas.

Llegamos a tal conclusión tras advenir que ninguna de las medidas restrictivas establecidas por la CAR a través de aquellas disposiciones normativas afectó de forma individualizada a la reclamante, bien por sus propias circunstancias bien por desarrollar su actividad en el ámbito del sector del juego.

Tales medidas afectaron, de hecho: i) A toda la ciudadanía riojana, a la que, con carácter general y salvo excepciones muy justificadas, le fueron impuestas, en su virtud, limitaciones en su libertad de circulación en horario nocturno; limitaciones de salida y entrada de La Rioja e incluso de ámbitos municipales concretos; y limitaciones en el número de personas con las que podían permanecer en grupo; y, ii) A la generalidad de las empresas riojanas, a todas las cuales se impusieron limitaciones de aforo, mantenimiento de distancias de seguridad y horarios de cierre, y a las que, como a la reclamante, se prohibió temporalmente desarrollar su actividad.

En concreto y sin ánimo de ser exhaustivos, hemos confirmado que tales medidas afectaron, en el ámbito de las actividades económicas:

A) Al sector del ocio nocturno (discotecas, bares de copas, salas de baile, etc.), al que: por Acuerdo del Consejo de Gobierno (en adelante, CG) de 15 de agosto de 2020, se prohibió desarrollar su actividad, medida ésta que se refrendó por Acuerdo de CG de 4 de noviembre de 2020 y permaneció en vigor hasta el 9 de mayo de 2021, por lo que aquí interesa.

B) Al sector de la hostelería y restauración, al que: i) por Acuerdo del CG de 28 de octubre de 2020, se estableció como horario de cierre las 22:00, posteriormente,

modificada a las 23:00, 20:00 y 17:00 h, con diferente vigencia temporal; ii) por Acuerdo del CG de 21 de octubre de 2020, se prohibió ofrecer servicio en barra y se impuso un límite en el aforo del 50%; que se mantuvo vigente durante meses; y, iii) por Acuerdos del CG de 20 y 26 de enero de 2021, se prohibió desarrollar su actividad, medida que se mantuvo en vigor hasta el día 21 de febrero de 2021.

C) Al sector turístico, al que: se impuso un aforo del 40% en los albergues turísticos mediante Acuerdo del CG de 1 de septiembre de 2020, manteniéndose éste en vigor, con alguna variación, hasta la finalización del segundo estado de alarma.

D) Al sector del comercio minorista y de servicios profesionales con establecimiento abierto al público, al que: i) mediante Acuerdo del CG de 21 de octubre de 2020, se impuso un aforo del 50%, que se mantuvo vigente, con ligeras variaciones al alza y a la baja, hasta la finalización del segundo estado de alarma; ii) por Acuerdo del CG de 28 de octubre, se impuso el cierre a las 22:00 h, que, posteriormente, por Acuerdo del CG de 14 de enero, se fijó en las 17:00; y, iii) Por Acuerdo del CG de CG de 20 y 26 de enero de 2021, se prohibió desarrollar su actividad, medida que se mantuvo en vigor hasta el día 21 de febrero de 2021.

E) Al sector del espectáculo, al que: i) por Acuerdo del CG de 28 de octubre, se impuso el cierre a las 22:00; ii) mediante Acuerdo del CG de 4 de noviembre de 2020, se impuso un aforo del 50%; y, iii) por Acuerdo del CG de CG de 20 y 26 de enero de 2021, se prohibió desarrollar su actividad, medida que se mantuvo en vigor hasta el día 21 de febrero de 2021.

F) Al sector de actividades deportivas en espacios interiores (gimnasios, piscinas, etc.), al que: se impuso un aforo del 50% mediante Acuerdo del CG de 1 de septiembre de 2020, que se mantuvo en vigor con alguna variación, hasta la finalización del segundo estado de alarma; y, ii) por Acuerdo del CG de CG de 20 y 26 de enero de 2021, se prohibió desarrollar su actividad, medida que se mantuvo en vigor hasta el día 21 de febrero de 2021.

En definitiva, con mayor o menor intensidad y consecuencias dispares y difícilmente comparables, todos los sectores económicos que desarrollaban actividades no esenciales, e incluso éstos, se vieron afectados por tales medidas, en detrimento de sus respectivos intereses particulares.

Por lo anteriormente expuesto, no consideramos que el sector del juego, como colectivo, ni la reclamante, en particular, padecieran por efecto de aquellas medidas un daño “individualizado” o que se les exigiera un “sacrificio especial” que atribuya a ésta el derecho a percibir una compensación indemnizatoria.

De hecho, consideramos que tales medidas constituyeron una carga social o colectiva para particulares y empresas de múltiples y muy diversos sectores económicos, entre los que figura el del juego, que impide calificar de “individualizado” el posible daño que a todos ellos pudo ocasionar.

Cuarto

Sobre la antijuridicidad del daño.

De acuerdo con los arts. 32.1 y 34.1 LSP'15, el segundo de los requisitos establecidos para la operatividad del instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración es la existencia de una “lesión antijurídica”, caracterizada por la “ausencia de deber jurídico del interesado de soportar el resultado lesivo” (STS de 21 de marzo de 2018, RCAs 5006/2016).

La reclamante afirma no hallarse obligada a soportar los daños que padeció, en el ejercicio de su actividad, por efecto de las disposiciones dictadas por la Presidenta y el Consejo de Gobierno de la CAR.

Sostiene, en tal sentido, que las medidas establecidas por la Presidenta de la CAR, a través de los Decretos que dictó durante la vigencia del segundo estado de alarma, no tenían soporte jurídico, señalando que así lo reconoció el TC en su Sentencia 183/2021, de 27 de octubre, al declarar inconstitucional la delegación de competencias establecida por el Gobierno de la Nación en el articulado del RD. 926/2020 en favor de los Presidentes de las CCAA.

Y, en cualquier caso y como segundo argumento, afirma que la LO 4/1981, de los estados de alarma, excepción y sitio, reconoce a los particulares, en su artículo 3.2, el derecho a ser indemnizados por los daños y perjuicios que no les sean imputables y se deriven de la aplicación de los actos y disposiciones adoptados durante la vigencia de tales estados.

Pues bien, no podemos compartir tales argumentos.

1. Por lo que se refiere al primero de ellos, según el cual la Presidenta de la CAR carecía de “habilitación legal suficiente” para ordenar las medidas limitativas de la actividad empresarial, cabe señalar:

A) Que los Decretos dictados por la Presidenta, que la reclamante cita en su escrito, no establecieron medidas limitativas de las actividades económicas, sino medidas extensivas a todos los ciudadanos.

En efecto, parte de tales Decretos (en concreto los Decretos 15/2020, de 28 de octubre;

16/2020, de 4 de noviembre; 17/2020, de 25 de noviembre; 18/2020, de 9 de diciembre; 19/2020, de 16 de diciembre, 21/2020, de 30 de diciembre; 1/2021, de 5 de enero; 2/201, de 13 de enero; 3/2021, de 20 de enero) establecieron medidas temporales concretas que limitaron la libertad de circulación en diferentes horarios nocturnos; limitaciones en la salida y entrada en la Comunidad Autónoma de La Rioja o en ámbitos concretos de esta, igualmente de forma temporal; y diferentes limitaciones de la permanencia de grupos de personas en espacios públicos y privados.

Y el resto, es decir, los Decretos 6/2021, de 17 de febrero, 7/2021, de 10 de marzo; 9/2021, de 30 de marzo; 10/2021, de 7 de abril; 12/2021, de 21 de abril; 13/2021, de 28 de abril; y 14/2021, de 5 de mayo, tuvieron por objeto la activación de concretos niveles de riesgo, de conformidad con el Plan de Medidas de indicadores aprobado por el Consejo de Gobierno, el 17 de febrero de 2021, en algunos casos, extensivos a todo el territorio autonómico y en otros, extensivos a concretos municipios de éste.

B) Que tales Decretos, en cualquier caso, no quedaron privados de eficacia jurídica por efecto de la declaración de inconstitucionalidad de la delegación de competencias a que se refiere la reclamante, pues el propio TC, en la sentencia en que realizó tal declaración, reconoció expresamente *“esta declaración de inconstitucionalidad y nulidad no afecta por sí sola, de manera directa, a los actos y disposiciones dictados sobre la base de tales reglas durante su vigencia. Ello sin perjuicio de que tal afectación pudiera, llegado el caso, ser apreciada por los órganos judiciales que estuvieron conociendo o llegaran aún a conocer de pretensiones al respecto”*.

Partiendo de tales premisas y en cuanto al presente dictamen interesa, tales Decretos gozan de plena eficacia jurídica, en primer lugar, por no haber sido afectados por el pronunciamiento del TC y, en segundo lugar, por no haber sido anulados en sede jurisdiccional.

2. El segundo argumento ofrecido por la reclamante, en sustento de la presunta antijuridicidad de los daños que refiere haber sufrido, tampoco merece nuestra acogida.

Como ya hemos señalado en el Fundamento Jurídico Segundo, la responsabilidad que consagra el citado artículo 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, no supone que todo daño padecido por efecto actos o disposiciones dictados durante los estados excepcionales que regula y, entre éstos, el estado de alarma deba calificarse de antijurídico y, por tanto, haya de ser indemnizado.

El tenor literal de tal precepto permite, de hecho, descartar tal interpretación, al remitirse de forma genérica al régimen legal vigente, canalizando así el resarcimiento de tales daños a través de las vías y de acuerdo con el régimen, -común o especial- que el legislador tenga establecido al efecto.

Y, en el presente caso, tratándose de una reclamación por daños derivados de unas medidas administrativas de restricción de la actividad económica y no contemplando nuestro ordenamiento jurídico ningún régimen singular, en principio su examen ha de ajustarse al régimen común que desarrolla la LSP'15; consideración ésta que, en el presente caso, comparte igualmente la interesada – VI, -, la que, en su escrito de reclamación de 29 de abril de 2022, solicita se dicte Resolución por la que la Administración Autonómica declare su responsabilidad patrimonial y reconozca el derecho de la reclamante a ser indemnizada por los daños que ésta refiere haber padecido.

Así las cosas, al abordar el análisis de este presupuesto, debemos partir de la premisa de que las medidas constrictivas de la actividad de la reclamante, en la que ésta sitúa el origen del daño cuya indemnización pretende, fueron establecidas lícitamente a través de disposiciones emanadas de la CAR que, a los efectos del presente dictamen, se hallaban dotadas de plena eficacia jurídica.

Igualmente, ha de tenerse en cuenta que, tales disposiciones se dictaron en el contexto de una situación excepcional, jamás vivida en nuestro Estado y en el resto del planeta, como lo fue la pandemia del COVID, que condujo a todas las Administraciones Públicas a establecer medidas de diversa índole y a limitar determinadas actividades, de forma preventiva, en aras a proteger un bien jurídico muy superior como lo es el derecho a la salud, por imperativo de lo previsto en el artículo 43 CE, lo que la CAR (al igual que el resto de las CCAA) llevó a efecto, sirviéndose de criterios científicos comúnmente aceptados, tanto en nuestro país como en otros Estados de la Unión Europea, haciendo uso de las facultades que le atribuye la legislación básica estatal en materia de Sanidad y Salud Pública.

Así, deben reseñarse:

i) El artículo 1 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública señala, con carácter general: *“al objeto de proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro, las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones Públicas podrán, dentro del ámbito de sus competencias, adoptar las medidas previstas en la presente Ley cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad”*.

El artículo 3, de igual cuerpo legal orgánico, dispone que: *“con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible”*.

ii) El artículo 26.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, dispone: *“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 incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de Empresas o de sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y cuantas otras consideren sanitariamente justificadas”*.

iii) El artículo 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, prevé:

“1. Sin perjuicio de las medidas previstas en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, con carácter excepcional y cuando así lo requieran motivos de extraordinaria gravedad o urgencia, la Administración General del Estado y las de las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán adoptar cuantas medidas sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la ley.

2. En particular, sin perjuicio de lo previsto en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, la autoridad competente podrá adoptar, mediante resolución motivada, las siguientes medidas:

- a) La inmovilización y, si procede, el decomiso de productos y sustancias.*
- b) La intervención de medios materiales o personales.*
- c) El cierre preventivo de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias.*
- d) La suspensión del ejercicio de actividades.*
- e) La determinación de condiciones previas en cualquier fase de la fabricación o comercialización de productos y sustancias, así como del funcionamiento de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias a que se refiere esta ley, con la finalidad de corregir las deficiencias detectadas.*
- f) Cualquier otra medida ajustada a la legalidad vigente si existen indicios racionales de riesgo para la salud incluida la suspensión de actuaciones de acuerdo a lo establecido en el Título II de esta ley”*.

Y, por último, pese a que la reclamante cuestiona la corrección de las medidas limitativas establecidas por la CAR, lo cierto es que no ha ofrecido dato concreto alguno del que se desprenda que las mismas no se ajustaron a los principios de pertinencia, precaución y evaluación que, reconocidos en el artículo 3 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, vinculan a las Administraciones públicas y sujetos privados en sus actuaciones de salud pública y acciones sobre la salud colectiva.

En cualquier caso, precisamente conforme al principio de precaución citado y según establece textualmente dicho precepto: *“la existencia de indicios fundados de una posible afectación grave de la salud de la población, aun cuando hubiera incertidumbre científica sobre el carácter del riesgo, determinará la cesación, prohibición o limitación de la actividad sobre la que concurran”* de modo que, aunque finalmente tales medidas se mostraran como innecesarias, no cabría derivar responsabilidad por su adopción, salvo desproporción evidente de estas.

En este punto, resulta claro a juicio del Consejo que tales medidas no pueden considerarse desproporcionadas (mucho menos aún, aquejadas de una falta de proporcionalidad que pueda calificarse como evidente) a la vista de las razones ofrecidas por el Informe 21-4-2022 de la Dirección General de Salud y Cuidados del Gobierno de La Rioja, al que se acompaña un documento de “Recomendaciones según el nivel de alerta”, en el que se describe el conjunto de medidas que deben ser adoptadas para evitar la propagación del COVID-19 y minimizar los riesgos de contagio de la enfermedad. Medidas “de salud pública no farmacológica”, “de protección personal”, “ambientales”, “de protección colectiva”, “relativas a entornos de riesgo especial...” que, en lo que interesa al caso, se ordenaron, en el periodo objeto de reclamación, a reducir drásticamente los contactos interpersonales en espacios físicos cerrados, con el propósito de disminuir así los contagios de la enfermedad y, en definitiva, de preservar dos intereses constitucionales legítimos y prevalentes. Por una parte, el derecho de todos a la vida y a la integridad física y moral (art. 15). Por otra, el principio rector de la “salud pública”, que debe informar la actuación de los poderes públicos (art. 53.3 CE) y que, de acuerdo con lo que disponen las leyes que desarrollan dicho principio rector, autoriza la adopción de “medidas preventivas” (arts. 43.2 y 53.3 CE).

En definitiva, hallándonos ante unas concretas medidas dispuestas de forma lícita por nuestro Gobierno Autonómico, con el solo fin de evitar la propagación de la enfermedad y la saturación del sistema sanitario en el ámbito de La Rioja, ejercitando así las facultades que le atribuye la legislación básica en materia de Sanidad y Salud Pública, en aras a proteger un bien jurídico muy superior como lo es el derecho a la salud, por imperativo de lo previsto en el artículo 43 CE, y teniendo en cuenta que, pese a cuestionar su corrección, la reclamante no ha aportado prueba ni ofrecido dato objetivo alguno del que se desprenda que tales medidas no se acomodaran, en algún sentido, a los principios a que la CAR había de someterse en sus acciones sobre la salud colectiva, no podemos sino concluir que la reclamante, al igual que el resto de particulares y empresas a que afectaron, viene obligada a soportar el daño que se derivó de las mismas, no siendo éste, en consecuencia, antijurídico.

4. Por descontado, no podemos finalizar el análisis a que se refiere este punto sin citar las sentencias de nuestro Tribunal Constitucional nº 148/2021, de 14 de julio y 183/2021, de 27 de octubre, por las que resolvió los recursos de inconstitucionalidad planteados frente al RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que declaró el “primer” estado de alarma, y frente a los RD 926/2020, de 25 de octubre y 956/2020, de 9 de noviembre, por los que, declaró el “segundo” estado de alarma y prorrogó sus efectos hasta el día 9 de mayo de 2021.

De hecho, ambos pronunciamientos de nuestro Alto Tribunal, si bien referidos a medidas adoptadas por el Estado coincidiendo con las dos declaraciones de estado de alarma que se sucedieron en nuestra nación en 2020, nos han servido precisamente de guía al abordar las cuestiones que se plantean en el presente procedimiento, permitiéndonos

concluir que, en el presente caso, no concurre el requisito de “antijuridicidad del daño” imprescindible para que nazca la responsabilidad patrimonial administrativa que se demanda por la reclamante.

En concreto:

i) En la Sentencia 148/2021, de 14 de julio, el TC declara inconstitucionales y nulas determinadas medidas, entre ellas, las restricciones a la libertad de circulación recogidas en los apartados 1, 3 y 5 del artículo 7 del Real Decreto 463/2020, si bien considera conforme a la Constitución las medidas adoptadas en el artículo 10, puntos 1, 3 y 4 por las que se establecía la suspensión de la apertura al público de locales y establecimientos salvo los considerados esenciales, así como la suspensión de la apertura al público de museos, archivos, bibliotecas, monumentos, así como de los locales y establecimientos en los que se desarrollen espectáculos públicos, las actividades deportivas y de ocio y las de hostelería y restauración.

Señala, dicho Tribunal, en el Fundamento Jurídico 9 de dicha sentencia:

“El derecho fundamental a la libertad de empresa que reconoce el art. 38 CE ampara «el iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial». No hay duda de que las mencionadas reglas del art.10 constriñen intensísimamente, con carácter temporal, el libre mantenimiento de la actividad empresarial en algunos de los sectores directamente concernidos. Pero como ya se ha señalado anteriormente, el estado de alarma puede justificar «excepciones o modificaciones pro tempore en la aplicabilidad» 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 y resulten razonablemente adecuadas y necesarias a tal propósito (...). La constricción extraordinaria del derecho fundamental a la libertad de empresa que se estableció en los apartados 1, 3 y 4 del artículo 10 del Real Decreto 463/2020 contó pues en fundamento en la Ley Orgánica a la que remite el artículo 116.1 CE y no resultó desproporcionada, por lo que se rechaza la pretensión de inconstitucionalidad formulada lo que se traduce en un correlativo deber de soportar dichas limitaciones, en atención a la gravedad de los bienes que se pretenden proteger”.

Confirma, en definitiva, el TC, el deber de soportar las importantes limitaciones del derecho a la libertad de empresa que el Estado impuso mediante el RD 463/2020 y avala la proporcionalidad de las medidas restrictivas de tal libertad (artículo 38 CE), que considera cede ante otros derechos constitucionales como el de la vida e integridad física (artículo 15) o ante el principio rector de la política social y económica de protección de la salud (artículo 43 CE).

E igualmente confirma el deber de soportar aquellas medidas que fueron declaradas inconstitucionales, señalando, en su FJ 10: “*las medidas declaradas inconstitucionales, pese a ello, son medidas que los ciudadanos tenían el deber jurídico de soportar*” y, por tanto, esta inconstitucionalidad apreciada en la sentencia “*no será por sí misma título para fundar reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*”.

ii) En la sentencia 183/2021, de 27 de octubre, el TC desestima las impugnaciones formuladas contra las limitaciones de derechos fundamentales establecidas en los artículos 5 a 8 de los Reales Decretos 926/2020 y 956/2020, por haber quedado circunscritas aquellas a lo que el bloque de constitucionalidad derivado del artículo 116 CE ha dispuesto para el estado de alarma, habiéndose ajustado al principio de proporcionalidad en su determinación.

Al analizar la prohibición de circular por las vías o espacios de uso público en horario nocturno comprendido entre las 23:00 y las 06:00 horas; el TC señala que *“resultó adecuada porque era apta para dar cumplimiento a una finalidad legítima como era la de reducir sustancialmente la movilidad del virus”; “necesaria para hacer frente a las constatadas mutaciones del virus y a su creciente propagación, como también al previsible incremento de la presión asistencial y hospitalaria”; y “proporcionada a la consecución de un fin constitucionalmente legítimo y de interés general para la comunidad social como era el de la preservación de la vida (art. 15 CE) y de la salud pública (art. 43.2 CE)”*.

Y sustenta en idénticos argumentos, la adecuación, necesidad y proporcionalidad de las medidas relativas a la limitación de desplazamientos de salida y entrada de los ámbitos territoriales que se contemplaba en el artículo 6 del RD 926/2020 y la limitación de permanencia de grupos de personas en espacios públicos y privados, que contemplaba su artículo 7.

7. Recapitulación.

En base a los argumentos expuestos, consideramos que, en el presente caso, no concurren dos de los presupuestos inexcusables para que la reclamación de responsabilidad patrimonial analizada merezca ser acogida, como lo son: la existencia de un daño individualizado y la antijuridicidad de este.

CONCLUSION

Única

Procede desestimar la reclamación planteada por VI, pues los daños cuya indemnización pretende no se ajustan a los requisitos de individualización y antijuridicidad que exige nuestro ordenamiento en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, viniendo por tanto obligada a soportarlos.

Este es el Dictamen emitido por el Consejo Consultivo de La Rioja que, para su remisión conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de su Reglamento, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero, expido en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

José Ignacio Pérez Sáenz
PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO