

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 Amelia Pascual Medrano y D^a Ana Reboiro Martínez-Zaporta, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Serrano Blanco, y siendo ponente D. Enrique de la Iglesia Palacios, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

58/22

Correspondiente a la consulta formulada por la Excm. Sra. Consejera de Salud, en relación con la *reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por la mercantil MRH, por daños patrimoniales derivados del cierre o limitación de su actividad económica durante la pandemia por COVID-19, que valora en 95.443,10 euros.*

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero

1. Mediante escrito de 31-8-2021, dirigido a la Consejería de Salud y Portavocía del Gobierno de La Rioja y con entrada en el Registro General del Gobierno de La Rioja en ese mismo día, la mercantil el MRH (en adelante, la mercantil, la reclamante o la interesada) formuló reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica de La Rioja.

2. En dicho escrito se relatan los hechos en que la mercantil sustenta su reclamación, de los que cabe destacar, a los efectos del presente dictamen, los siguientes:

“PRIMERO. Esta parte, la mercantil, MRH, es una mercantil dedicada a la explotación de establecimientos de tipo hotelero, concretada en este caso, los hoteles "CB", sito en Badarán, y "HSM", sito en la Plaza del Monasterio de Yuso de San Millán de la Cogolla, conocidos hoteles de gran afluencia y reconocimiento turístico en la Comunidad Autónoma de La Rioja, que son frecuentemente visitados sobre todo por turistas de fuera de La Rioja que desean conocer mejor nuestra Comunidad Autónoma y su historia.

SEGUNDO. Con fecha 21 de octubre de 2020, el Gobierno de La Rioja dictó la de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Salud y Portavocía de Gobierno por la que se prohibía la apertura del establecimiento de esta parte (incluidas las áreas de bar y restaurante) desde el 22 de

octubre de 2020 hasta el 19 de diciembre de 2020 (según se fue acordando en las sucesivas prórrogas acordada).

Igualmente, con fecha 20 de enero de 2021 se dictó el Decreto de la Presidenta 3/2021, por el que se adoptaba idéntica medida entre los días 22 de enero de 2021 y 23 de febrero de 2021, según se estableció mediante las debidas prórrogas del periodo de aplicación de dicha norma.

Ambas medidas las aprobó la Comunidad Autónoma de La Rioja en el marco de las facultades discrecionales que para ello le otorgaba el artículo 10 del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declaraba el estado de alarma en el Estado Español, el cual duró hasta el mes de mayo de 2021.

Por ello entendemos que, del perjuicio resultante de la aplicación de dichas medidas, debe responder el Gobierno de La Rioja que es el que concretamente las ha adoptado, sin perjuicio de que contra el Gobierno de la Nación se interpongan las reclamaciones debidas en derecho.

En el marco de dicho Estado de Alarma, se establecían unas medidas mínimas, siendo las Comunidad Autónomas las que podían ampliar las mismas según los índices de contagio por la pandemia de la Covid-19.

TERCERO. Del juego conjunto de las normativas citadas, surgió la obligación para esta empresa de cerrar su establecimiento, dedicado como se ha explicado a la hostelería, no pudiendo ejercer su actividad económica desde el 22 de octubre de 2020 al 19 de diciembre de 2020, así como desde el 22 de enero de 2021 hasta el 23 de febrero de 2021”.

Aunque en los apartados transcritos, la reclamante refiere, como periodo reclamado, el que media entre el “22-10-2020” y el 19-12-2020, lo cierto es que, en otras partes de su escrito aclara que ese primer lapso temporal es el que transcurre “entre los días 29/10/2020 y 19/12/2020” (fol. 7 del expediente), añadiendo que las medidas del Gobierno de La Rioja a las que achaca el efecto lesivo se adoptaron “en el marco de las facultades discrecionales que para ello le otorgaba el artículo 10 del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declaraba el estado de alarma...”.

A esta circunstancia se añade el hecho de que, como más adelante se indicará, el cálculo de la indemnización reclamada se realiza sobre ese periodo temporal comenzado el 29-10-2020, lo que resulta coherente con el razonamiento empleado en el escrito de reclamación según el cual “si bien es el Real Decreto 926/2020... el que declara el segundo estado de alarma..., es el Gobierno de La Rioja, el que, en concreto..., acuerda el cierre de los establecimientos hoteleros y hosteleros, primero, entre los días 29-10-2020...”.

En definitiva, el actor concreta los daños reclamados en los que afirma irrogados entre el 29-10-2020 y el 19-12-2020, y entre el 22-1-2021 y el 23-2-2021, por tanto, íntegramente dentro del ámbito temporal de vigencia del segundo estado de alarma, comprendido entre el 25-10-2020 y el 9-5-2021.

La reclamante afirma, en síntesis, que *“lógicamente, la decisión gubernamental causó un innegable perjuicio económico a mi representada, el cual se calcula en 95.443,10 euros según el informe del perito contable, (...) que adjunto acompañó como Documento núm. 2, junto con la documentación contable en la que el mismo se basa.”* Por ello, solicita *“a la Presidenta del Gobierno de La Rioja y a la Consejería de Salud y Portavocía del Gobierno que... estime la reclamación y, en consecuencia, reconozca a esta parte el derecho a ser indemnizado con la cantidad de 95.443,01 euros”*.

3.- Al escrito de reclamación se adjunta informe pericial emitido por Don.

El perito cuantifica los perjuicios sufridos por la reclamante durante el periodo reclamado, en la modalidad de *“lucro cesante”*, realizando un cálculo de la facturación diaria media de los establecimientos de que afirma ser titular la mercantil durante los periodos objeto de reclamación (los 85 días que transcurren del 29-10-2020 al 19-12-2021 y del 22-1-2021 al 23-1-2021) y comparando esa facturación media diaria con la que afirma obtenida en los ejercicios 2018 y 2019.

El importe en que cifra tales daños es el resultado de multiplicar la diferencia de facturación media diaria por el número de días del periodo reclamado, y asciende a la cantidad de 95.443,10 euros, que es la indemnización finalmente interesada por la reclamante.

Segundo

Mediante Resolución de 7-9-2021 de la SGT de la Consejería de Salud se tuvo por iniciado el procedimiento general de responsabilidad patrimonial, con efectos del día 1-9-2021, y se nombró instructor del procedimiento.

Tal Resolución fue notificada el 8-9-2021 a la mercantil, 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

El 9-9-2021, 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, criterios tenidos en cuenta y 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 informe de 25-10-2021, 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

En fecha que no consta, el Sr. Instructor del expediente comunicó la existencia de la reclamación de responsabilidad patrimonial, y del correspondiente procedimiento administrativo, en conocimiento de la aseguradora SA.

La aseguradora, a través de correo electrónico de 22-11-2021 y de carta fechada de 10-1-2022, rechazó que el tipo de riesgo al que se refiere la reclamación se encuentre dentro del ámbito de cobertura del contrato de seguro que media entre dicha entidad y el Servicio Riojano de Salud (SERIS) ya que “*la actividad asegurada por la póliza de SA se limita a la prestación de servicios sanitarios, socio-sanitarios y demás competencias propias del SERIS*” y “*el resto de funciones y competencias de la Consejería de Salud que no sean el servicio público de asistencia sanitaria, no están cubiertas por la póliza*”.

Sexto

Mediante escrito de 2-12-2021 se dio traslado al representante de la mercantil reclamante de la apertura del preceptivo trámite de audiencia. Y, a través de correo electrónico remitido el 7-12-2021, el Instructor del expediente remitió a la mercantil la “*documentación obrante en el expediente de referencia*”.

No consta que, dentro del plazo conferido para formular alegaciones y presentar documentación complementaria, la interesada presentara escrito alguno.

Séptimo

Con fecha 18-3-2022 la Secretaría General Técnica de la Consejería actuante comunicó a la mercantil reclamante que, debido a la prolongada ausencia –justificada- del funcionario Instructor del expediente, se procedía a designar a un nuevo Instructor, cuya identidad fue comunicada a la reclamante en esa fecha.

El 22-3-2022, el nuevo Instructor del expediente emite Propuesta de resolución en sentido favorable a *“que se desestime la reclamación que por responsabilidad patrimonial de esta Administración formula MRH, porque no es imputable el perjuicio alegado, cuya reparación se solicita, al funcionamiento del Servicio Público”*.

Octavo

La Secretaría General Técnica, el día 23-3-2022, remitió a la Dirección General de los Servicios Jurídicos, para su preceptivo informe, el expediente íntegro. El informe fue emitido el 17-5-2022, en sentido coincidente con la Propuesta de resolución.

ANTECEDENTES DE LA CONSULTA

Primero

Por escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente con fecha 17 de mayo de 2022 y registrado de entrada en este Consejo al día siguiente, la Excm. Sra. Consejera de Salud del Gobierno de La Rioja, remite 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 26 de mayo 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 al Consejero señalado 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, 95.443,10 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 parte de 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 una parte de 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; 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 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.

Así lo considera igualmente la interesada en este caso que, en su escrito de reclamación, 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.

Tercero

Sobre la existencia de responsabilidad patrimonial en el presente supuesto

Como hemos señalado en los antecedentes, la promotora del procedimiento objeto de consulta señala en su escrito de reclamación inicial que, entre el día 29-10-2020 y el 19-12-2020, por un lado, y entre el 22-1-2021 y el 23-2-2021, por otro, el Gobierno de la CAR, en el marco de las facultades conferidas por el RD 926/2020, 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 supusieron la *“obligación para esta empresa de cerrar su establecimiento”*.

A juicio de la mercantil, no estaba obligada jurídicamente a soportar los daños que afirma, y que, en su opinión, aquellas medidas le ocasionaron de forma individualizada; e interesa, en consecuencia, que la Administración Autonómica responda de tales daños, reconociéndole el derecho a percibir una indemnización por importe de 95.443,10 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 establecimientos de hostelería sitios en Badarán y San Millán de la Cogolla, no ha aportado en el procedimiento prueba alguna de la que se desprenda la pretendida titularidad de esos establecimientos, 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 al que la mercantil se refiere y no puede descartarse de raíz que esa 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 que, con ello, pudieran verse limitados 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 de la hostelería.

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.

Así que, francamente, no consideramos que el sector de la hostelería, 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 de la hostelería, 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.

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 cabe señalar:

A) Que los Decretos dictados por la Presidenta que citan la reclamante en su escrito (Decreto 3/2021) y la Propuesta de resolución (Decreto 15/2020) no establecieron medidas limitativas de las actividades económicas, sino medidas extensivas a todos los ciudadanos.

En efecto, 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; 2/2021, 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 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 realizada por la STC 183/2021, de 27 de octubre 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 presente caso, tratándose 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, que, en su escrito de reclamación 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 las siguientes disposiciones:

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”.*

3. 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 éstas.

En este punto, resulta claro a juicio del Consejo que tales medidas ni siquiera pueden considerarse desproporcionadas (mucho menos aún, aquejadas de una falta de proporcionalidad que pueda calificarse como evidente) a la vista de lo señalado por la Dirección General de Salud y Cuidados del Gobierno de La Rioja, en el Informe denominado *“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 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 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.

5. 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 El Rincón Chévere SL, 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