

En Logroño, 28 de febrero de 2023, 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. Enrique de la Iglesia Palacios, D^a Amelia Pascual Medrano, D^a Ana Reboiro Martínez-Zaporta y D^a M^a Belén Revilla Grande; y del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Serrano Blanco; y siendo ponente D^a Amelia Pascual Medrano, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

11/23

Correspondiente a la consulta formulada por la Excma. Sra. Consejera de Salud, en relación con el procedimiento administrativo de *responsabilidad patrimonial 347/2022 promovido por V.S.L., por la limitación de su actividad durante y entre los Estados de Alarma por COVID-19 (271.605,55 euros)*.

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

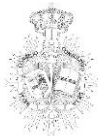
1. Mediante escrito de 30 de septiembre de 2022 dirigido a la Consejería de Sanidad, con entrada en el Registro General del Gobierno de La Rioja (CAR) el mismo día, D. Eduardo Pérez Pedrero, en representación de la mercantil V., S.L. formuló reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración.

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:

Mi representada es titular del establecimiento de ocio nocturno (discoteca) denominado "S.C.", ubicado en la calle X de Logroño.

Como consecuencia de distintos acuerdos adoptados por el Consejo de Gobierno de La Rioja, dicho establecimiento se ha visto obligado a permanecer cerrado durante el periodo comprendido entre el 21 de junio de 2020 y el 1 de octubre de 2021.

En definitiva; los acuerdos del Consejo de Gobierno que acabamos de enumerar han supuesto que, como se ha indicado al principio, la discoteca titularidad de mi representada se ha visto imperativamente obligada a permanecer cerrada, sin solución de continuidad, entre el 21 de junio de 2020 y el 1 de octubre de 2021.



Este cierre impuesto por el Consejo de Gobierno de La Rioja, y la subsiguiente prohibición para mi representada de poder desarrollar la actividad de discoteca que tiene legalmente autorizada, le ha generado un cuantioso perjuicio económico que importa la cantidad de 271.605,55 euros.

Al indicado importe se le deben sumar los gastos financieros adicionales que el cierre ha provocado a mi representada, pues le ha obligado a tener que obtener liquidez para su subsistencia mediante una cuenta de crédito (documento n.º 8 de este escrito) y un préstamo (documento n.º 9). No obstante, el importe de este perjuicio no es aún hoy cuantificable, haciéndose reserva expresa de su fijación para un momento posterior del procedimiento (se podrá liquidar este perjuicio tan pronto como expiren ambos contratos).

La reclamación realiza también un análisis de la normativa dictada por el Gobierno de la CAR con impacto en el ocio nocturno durante el período objeto de la reclamación (cfr. folios 4 y ss. del expediente).

3. Al escrito de reclamación se adjunta documentación del Registro Mercantil de La Rioja y del Ayuntamiento de Logroño (documentos n.º 1, 2, 3 y 4), relativa a la legitimación activa del reclamante.

En relación con el perjuicio económico que dice habersele irrogado (271.605,55 euros), aporta los libros diarios de contabilidad de los ejercicios 2015 a 2021 (documento n.º 5), los modelos 390 de Declaración-Resumen Anual del Impuesto sobre el Valor Añadido de los ejercicios 2015 a 2021 (documento n.º 6), los modelos 200 de Declaración del Impuesto de Sociedades de los ejercicios 2015 a 2021 (documento n.º 7).

Y en cuanto a los gastos financieros no incluidos en su escrito inicial, adjunta documentos notariales de una póliza de crédito en cuenta corriente para no consumidores y otra de préstamo para no consumidores de Caja Rural de Aragón (documentos n.º 8 y 9).

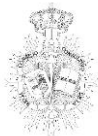
Segundo

Mediante Resolución de 5 de octubre de 2022 de la Secretaría General Técnica (SGT) de la Consejería de Salud se tuvo por iniciado el procedimiento general de responsabilidad patrimonial, con efectos del día 3 de igual mes, y se nombró instructor del procedimiento.

Tal Resolución fue notificada el día 5 de octubre al representante de la mercantil 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, párrafo segundo, y 91.3 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 (DG) 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 7 de octubre 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 el ocio y la hostelería.

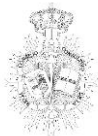
Quinto

Por escrito de 7 de octubre de 2022 se dio traslado a la representante de la mercantil reclamante de la apertura del preceptivo trámite de audiencia, informándole de su derecho a formular alegaciones y presentar los documentos que estimara conveniente.

Mediante escrito de 11 de noviembre de 2022, el representante de la mercantil (tras habérsele concedido una ampliación de siete días hábiles de los quince que se le habían dado inicialmente), presentó alegaciones, a través de las cuales manifestó discrepar de los argumentos esgrimidos en el informe de la DG de Salud Pública, Consumo y Cuidados de 7 de octubre de 2022, al que hemos hecho referencia, aduciendo que en tal informe se realiza un análisis general epidemiológico, sin referencia a su caso concreto. Igualmente, considera que la hostelería y el ocio nocturno tuvo una nula o insignificante incidencia en la producción de contagios y brotes por COVID-19, a la vista de diversos informes —que adjunta a su escrito de alegaciones— del Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias del Ministerio de Sanidad, Instituto de Salud Carlos III y del propio sector de hostelería y ocio nocturno.

Sexto

Con fecha 14 de noviembre de 2022, el Instructor del expediente emite la propuesta de Resolución en la que propone “*Que se desestime la reclamación que por responsabilidad patrimonial de esta Administración formula V., S.L., porque no es imputable el perjuicio alegado, cuya reparación se solicita, al funcionamiento del Servicio Público*”.



Séptimo

La Secretaría General Técnica, el día 14 de noviembre 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 27 de enero de 2023.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente con fecha 30 de enero de 2023 y registrado de entrada en este Consejo el 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 1 de febrero de 2023, 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

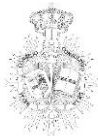
Asignada la ponencia a la Consejera señalada en el encabezamiento, quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo indicada

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, 2.868.745 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

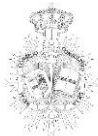
Sobre la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

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 la vigencia de dos estados de alarma declarados por el Gobierno de la Nación (R.D. 926/2020, de 25 de octubre de 2020 y R.D. 956/2020, de 9 de noviembre de 2020), 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”*.

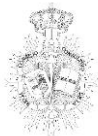
Y, por su parte, el artículo 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de julio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio, establece. *“Quienes como consecuencia de la aplicación de los actos y disposiciones adoptadas durante la vigencia de estos estados sufran, de forma directa, o en su persona, derechos 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 LSP¹⁵ 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 LSP'15.

Así lo considera igualmente la interesada en este caso —V. S.L.—, la cual, en su escrito de reclamación de 30 de septiembre 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.

Tercero

Sobre la existencia de responsabilidad patrimonial en el presente supuesto

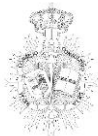
Como hemos destacado en los antecedentes, la promotora del procedimiento objeto de consulta señala en su escrito de reclamación inicial que, entre el día 21 de junio de 2020 y el 1 de octubre de 2021, el Consejo de Gobierno de La Rioja dictó distintos acuerdos, en el marco de las medidas preventivas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID, que obligaron al cierre de su establecimiento de ocio nocturno (“S.C.”), durante ese período.

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 271.605,55 euros. A dicha cifra habría que sumar los derivados de algunos gastos financieros adicionales que no se han cuantificado en la reclamación.

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.

No se ha puesto en duda en este expediente la concurrencia —ni su justificación documental— de legitimación para promover el presente procedimiento de responsabilidad patrimonial, en tanto el solicitante es representante del establecimiento de ocio nocturno afectado.



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.

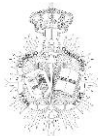
ii) Por el Consejo de Gobierno Autonómico (en adelante, CG), en su condición de titular, en el marco de la legislación básica del Estado, de las competencias de desarrollo legislativo y la ejecución en materia de Sanidad e Higiene.

Con todo, y aun admitiendo la legitimación pasiva de la CAR, conviene advertir que la Administración Autonómica exclusivamente habría de responsabilizarse, en su caso, de los daños concretos, individualizados y evaluables económicamente que dichas disposiciones (en realidad, las medidas que se establecieron a su través) ocasionaron a la interesada, siempre que ésta no tuviera el deber jurídico de soportarlos, pero, en ningún caso, sería responsable de los hipotéticos daños derivados de las medidas establecidas por el Estado en ejercicio de sus propias competencias, ya sean las ordinarias, si hablamos del llamado periodo de “*nueva normalidad*”, o las vinculadas a su carácter de autoridad competente durante los estados excepcionales de alarma declarados en todo el territorio.

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, en el ámbito del sector del ocio nocturno, durante el periodo comprendido entre el 21 de junio de 2020 y el 1 de octubre 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 —permaneciendo su establecimiento cerrado o con importantes limitaciones a su actividad— y pudieran



contribuir a la reducción de sus ingresos, no consideramos que el eventual perjuicio que, para la reclamante, se derivara, en su caso, 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.

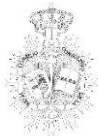
Llegamos a tal conclusión tras advenir que las medidas restrictivas establecidas por la CAR a través de las disposiciones normativas a que se refiere la reclamante no afectaron de forma individualizada a esta o al sector del ocio nocturno (discotecas) en La Rioja, sino a toda la ciudadanía riojana y a múltiples sectores económicos, a los que, igualmente, se aplicaron limitaciones de aforo, se impusieron horarios de cierre e incluso se prohibió desarrollar su actividad.

En efecto, en concreto y sin ánimo de ser exhaustivos, al sector del ocio nocturno (discotecas, bares de copas, salas de baile, etc.), al que: i) por Acuerdo del CG de 20 de junio de 2020 se impuso una limitación en el aforo del 75%; y, ii) por Acuerdo del CG de 15 de agosto de 2020, se prohibió desarrollar su actividad, medida ésta que permaneció en vigor hasta el 9 de mayo de 2021, y se extendió después por el Plan de Medidas según Indicadores hasta el 1 de octubre de 2021.

Pero tales medidas afectaron también a otros muchos sectores:

A) Al sector de la hostelería y restauración, afectó el que: i) por Acuerdo del CG de 15 de agosto de 2020 se impuso como hora de cierre las 01:00 h., posteriormente modificada a las 22:00, 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 27 de enero de 2021, se prohibió desarrollar su actividad, medida que se mantuvo en vigor hasta el día 21 de febrero de 2021.

B) Al sector del Juego, al que: i) por Acuerdo del CG de 20 de junio de 2020 se impuso una limitación en el aforo del 75%; llegando incluso a suspenderse totalmente su actividad durante concretos periodos (7 a 15 de enero de 2021 y 22 de enero a 21 de febrero de 2021); ii) por Acuerdo del CG de 15 de agosto de 2020 se impuso como hora de cierre las 01:00 h., posteriormente modificada a las 21:00 h. y 22:00 h., con diferente vigencia temporal, en todo con limitación de admisión de clientes desde una hora antes; y iii) por Acuerdo del CG de 1 de septiembre de 2021 se establecieron límites en el número de personas que podían ocupar mesas o agrupaciones de mesas a partir del 1 de septiembre de 2020 (que, en tal fecha, quedó fijado en 10 y más adelante se redujo a 6) y hasta el día 9 de mayo de 2021.



C) Al sector turístico, al que se impuso un aforo del 75% en los establecimientos de albergue mediante Acuerdo del CG de 20 de junio de 2020, que, posteriormente, fue reducido al 40% 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; y, ii) 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.

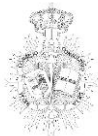
E) Al sector del espectáculo, al que: i) mediante Acuerdo del CG de 1 de septiembre, se impuso un aforo del 75% en cines y teatros, que se redujo al 50% mediante Acuerdo del CG de 4 de noviembre de 2020; y, ii) por Acuerdo del CG de 20 y 27 de enero de 2021, se prohibió desarrollar su actividad, medida 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: i) se impuso un aforo del 75% mediante Acuerdo del CG de 20 de junio de 2020, que posteriormente fue reducido al 50% 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; y, ii) por Acuerdo del CG de 20 y 27 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 ocio nocturno 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 y la restauración, 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 LSP¹⁵, 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).

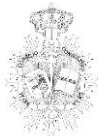
A este respecto, la reclamante afirma no hallarse obligada a soportar los daños que padeció, en el ejercicio de su actividad, por efecto de las disposiciones dictadas por la Presidenta y el Consejo de Gobierno de la CAR. En esencia, sostiene, de forma genérica, que las medidas adoptadas no respetaron los cánones de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. A su juicio, el cierre total del ocio nocturno supuso, “*matar moscas a cañonazos*”, a la vista de la escasa incidencia de este en la producción de contagios y brotes por el COVID-19, que deriva de los informes que adjunta. En suma, entiende que el prolongado cierre total de su actividad carecía de justificación y ha originado un daño antijurídico.

Pues bien, —adelantémoslo ya— no podemos compartir tales argumentos.

Al abordar el análisis de este presupuesto, debemos partir de la 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 por la CAR, en ejercicio de sus propias competencias.

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 limitar el ejercicio de 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.

En suma, no podemos sino concluir que la reclamante, al igual que los particulares de todos los sectores que se vieron afectados por aquellas medidas, tenía el deber jurídico de soportar los daños que de éstas pudieran derivarse.



1. A pesar de que la reclamante no duda de la licitud y soporte jurídico de las medidas adoptadas, cabe reseñar como sustento de nuestro criterio al respecto:

A) Que 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”*.

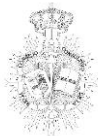
B) Que, por su parte, el artículo 26.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad dispone *“En caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, las autoridades sanitarias adoptarán las medidas preventivas que estimen pertinentes, 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”*.

C) Para finalizar con la normativa estatal habilitante de la actuación administrativa objeto de reproche, resulta de inmediata aplicación la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, cuyo artículo 54 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.

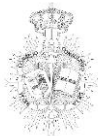
f) Cualquier otra medida ajustada a la legalidad vigente si existen indicios racionales de riesgo para la salud incluida la suspensión de actuaciones de acuerdo a lo establecido en el Título II de esta ley”.

2. Sentada la cobertura legal de las medidas dispuestas en el caso que nos ocupa por la Administración Autonómica, resta por determinar si las mismas se ajustaran 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 las razones ofrecidas por el Informe de 7 de octubre de 2022 de la Dirección General de Salud y Cuidados del Gobierno de La Rioja, 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), que —recordemos— se vulnera no sólo si se produce o consume un daño efectivo en la salud de las personas, sino que también queda afectado si por acción u omisión de los poderes públicos se pone ésta en riesgo grave e inmediato (por todas, STC 119/2001, F.J. 6). 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).

Este carácter necesario, idóneo y proporcionado de las medidas adoptadas no queda, además, a juicio de este Consejo, desmentido, en absoluto, por los informes aportados por



la reclamante. Dejando a un lado su generalidad, no cabe deducir que el cierre de los establecimientos no estuviese justificado, alegando que el ocio nocturno tuvo una nula o insignificante incidencia porcentual en la producción de contagios y brotes, sin tener en cuenta que, justamente, su actividad fue total o parcialmente restringida, o que, aun permaneciendo el ocio nocturno cerrado y, por tanto, sin que tuviera ninguna responsabilidad, la propagación del virus aumentó y disminuyó.

Tal y como reconoce el TSJR (Sentencia 265/2022, de 20 de septiembre) en relación con la hostelería, la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas se realiza sobre la *“base científica existente en el momento en el que se acordaron”*, y esta muestra *“lo oportuno de las medidas adoptadas para la preservación de la salud pública”*.

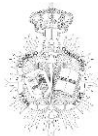
Así las cosas, hallándonos ante unas concretas medidas dispuestas de forma lícita por nuestro Gobierno Autonómico, revisadas y, en su caso, modificadas según fuera evolucionando la situación sanitaria, con el sólo fin de evitar la propagación de la enfermedad y la saturación del sistema sanitario en el ámbito de La Rioja, cuya corrección y acomodo a los principios a que había de someterse en sus acciones sobre la salud colectiva no ha sido desacreditada por la reclamante, consideramos que ésta, 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.

3. Por descontado, no podemos finalizar el análisis a que se refiere este punto sin citar las sentencias de nuestro TC nº 148/2021, de 14 de julio; y 183/2021, de 27 de octubre, por las que se resolvieron 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:

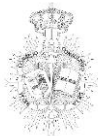
“El derecho fundamental a la libertad de empresa que reconoce el art. 38 CE ampara «el iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial». No hay duda de que las mencionadas reglas del art.10 constriñen intensísimamente, con carácter temporal, el libre mantenimiento de la actividad empresarial 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.

Por último, pese a estimar las pretensiones de inconstitucionalidad relativas a la duración de la prórroga autorizada por el Congreso de los Diputados, así como al régimen de delegación que efectuó el Gobierno, en cuanto autoridad competente, en los presidentes de las comunidades autónomas y de ciudades autónomas, el TC afirma que *“esta declaración de inconstitucionalidad y nulidad no afecta por sí sola, de manera directa, a los actos y disposiciones dictadas 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, siempre conforme a lo dispuesto en la legislación general aplicable y a lo establecido, específicamente, en el art. 40. Uno de la ley orgánica del Tribunal Constitucional”.*

CONCLUSIÓN

Única

Procede desestimar la reclamación planteada por *V., S.L.*, 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