



En Logroño, 25 de abril 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. Enrique de la Iglesia Palacios, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

27/23

Correspondiente a la consulta formulada por la Excma. Sra. Consejera de Salud, en relación con el procedimiento administrativo de *responsabilidad patrimonial 168/2021 de la Consejería de Salud formulada por T., por la limitación de su actividad durante los Estados de Alarma por COVID-19 (639.027,29 euros)*.

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

1. Mediante escrito fechado el 17 de noviembre de 2021 dirigido a la Consejería de Salud, con entrada en el Registro del Servicio Riojano de Salud el mismo día, Doña. M.C.L.V., en representación de la mercantil T., 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:

i) T.. pertenece “*al sector del juego siendo su actividad principal la explotación de máquinas recreativas, apuestas y otros juego (sic), explotando su actividad de negocio en esta Comunidad Autónoma, enmarcada bajo el epígrafe del CNAE 9200*”.

ii) La Comunidad Autónoma de La Rioja (en adelante CAR), desde la finalización del primer estado de alarma, el 21 de junio de 2020, estableció diversas medidas para la contención de la propagación del Covid-19, relativas a la limitación de horarios y aforos o al cierre de los establecimientos de ocio de juego y apuestas.

iii) De ello concluye: “*Como venimos indicando, a mi representado se le han ocupado durante un periodo temporal determinado una serie de derechos integrantes de su licencia de actividad, lo que ha*



supuesto que no haya podido hacer un uso completo de la misma. Siendo ello así, la administración debería haber acordado previamente a su ocupación una indemnización que comprendiera tanto los daños y perjuicios que le han sido irrogados, como el valor subjetivo del bien o derecho en cuestión.

En el presente caso, ambas percepciones son cuantitativamente coincidentes, pudiendo ser valoradas realizando una comparativa con periodos y ejercicios previos en los que pudo desarrollarse la actividad con total normalidad de los siguientes conceptos:

-El beneficio que no se ha podido realizar como consecuencia del cese o limitación en la actividad instado por el Gobierno autonómico en connivencia con el Gobierno estatal en determinados periodos.

-Las pérdidas ocasionadas en el negocio, como consecuencia del cese o limitación en la actividad instado por el Gobierno autonómico en connivencia con el Gobierno estatal en determinados periodos.

Conceptos a los que habría que añadir el 5% que vendría a compensar el perjuicio moral causado a mi mandante; es decir, el sufrimiento irrogado durante meses en los que el sector ha clamado por una solución sin que nadie les diera una respuesta mientras su negocio se hundía. Dicho porcentaje se fija por analogía a lo preceptuado en cuanto a este concepto en sede de los procedimientos de expropiación forzosa (premio de afección).

Evidentemente, tales conceptos no pueden ser calculados aún, pendiente mi mandante de cerrar las cuentas correspondientes al último periodo, sin perjuicio de su concreción a lo largo de la tramitación del expediente administrativo”.

La reclamación realiza también un análisis de la normativa dictada por el Gobierno de la CAR con impacto en “*el sector de mi mandante*” (cfr. folios 7 y ss. del expediente).

3. Al escrito de reclamación se adjunta poder de representación, así como copia de una escritura pública de 4-12-2015 por la que se elevaron a público ciertos acuerdos sociales adoptados por la reclamante. Entre ellos, el de declaración de la unipersonalidad de la mercantil interesada (T.), al haber sido adquiridas la totalidad de los títulos representativos de su capital social por otra mercantil, M.

En relación con esta segunda entidad M. cabe señalar que, a su instancia, la Consejería de Salud del Gobierno de La Rioja ha tramitado una reclamación de responsabilidad patrimonial sustancialmente idéntica a la presente (expediente nº 168/2021 de dicha Consejería), en cuyo seno ha emitido este Consejo el Dictamen 28/23, aprobado en esta misma sesión.

Segundo

Mediante la Resolución de 19 de noviembre de 2021 de la Secretaría General Técnica (SGT) de la Consejería de Salud se tuvo por iniciado el procedimiento general de responsabilidad patrimonial y se nombró instructor del procedimiento.



Tal Resolución fue notificada el mismo día 19 de noviembre de 2021 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, de 1 de octubre, de Procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas (LPAC'15).

Tercero

El 22 de noviembre de 2021, 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.

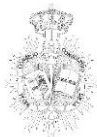
Cuarto

En el expediente obra informe de 7 de febrero 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 febrero 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, registrado el 25 de febrero de 2022, el representante de la mercantil presentó alegaciones, a través de las cuales: i) reitera lo manifestado en su escrito inicial; ii) concreta el periodo reclamado (“*entre el 21 de junio de 2020, momento en que las CCAA vuelven a ser la autoridad sanitaria, y el 9 de mayo de 2021, momento en el que cesa el segundo estado de alarma*”); discrepa de los argumentos esgrimidos en el informe de la DG de Salud Pública, Consumo y Cuidados de 7 de febrero de 2022, al que hemos hecho referencia, aduciendo que en tal informe se realiza un análisis general epidemiológico, centrándose su reclamación en el sacrificio especial soportado; y, iii) concreta la cantidad reclamada en un importe de 639.027,29 euros.



El citado escrito se acompaña de un informe pericial, de 1 de diciembre de 2021, emitido por Don L.R.V., economista censor jurado de cuentas.

Sexto

El 4 de marzo de 2023, el SGT de la Consejería actuante acuerda, y comunica a la reclamante, el cambio de instructor del expediente.

Séptimo

Con fecha 7 de marzo de 2022, el Instructor del expediente emite la propuesta de Resolución, en sentido favorable a la desestimación de la reclamación *“porque no es imputable el perjuicio alegado, cuya reparación se solicita, al funcionamiento del Servicio Público”*.

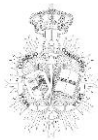
Octavo

La Secretaría General Técnica, el día 9 de marzo de 2022, remite a la Dirección General de los Servicios Jurídicos, para su preceptivo informe, el expediente íntegro.

Noveno

Constan a continuación en el expediente: i) escrito de interposición de recurso contencioso-administrativo, fechado el 2 de octubre de 2022, presentado por T. ante la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, en adelante, TSJR, *ex arts.* 24.2 y 91.3 de la LPAC'15; ii) Oficio de 7 de noviembre de 2022, por el que el Tribunal Superior de Justicia de La Rioja (TSJR, Sala de lo Contencioso-administrativo, Procedimiento Ordinario nº 188/2022), ordena a la Consejería de Salud la remisión del expediente administrativo y le requiere para que proceda a la notificación de otros posibles interesados.

Esa documentación fue recibida por la Dirección General de los Servicios Jurídicos del Gobierno de La Rioja, que, el 8 de noviembre de 2022, la comunicó al SGT de la Consejería de Salud del Gobierno de La Rioja. El día siguiente, 9 de noviembre de 2022, el SGT de la Consejería actuante remitió a la DG de los Servicios Jurídicos una copia certificada del expediente administrativo para su envío a la Sala de lo Contencioso administrativo del TSJ de La Rioja.



Décimo

El 10 de marzo de 2023, la DG de los Servicios Jurídicos emiten su preceptivo informe, en sentido favorable a la desestimación de la reclamación de responsabilidad patrimonial.

No obstante, advierten que compete al Consejo de Gobierno la resolución de este procedimiento y no al titular de la Consejería de Salud, como considera la Propuesta de resolución de 7 de marzo de 2023.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente con fecha 10 de marzo de 2023 y registrado de entrada en este Consejo el día 13 de marzo de 2023, 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 14 de marzo 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 al Consejero señalado 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, 639.027,29 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 (LFAR'05), redactado por la precitada Ley riojana 7/2011; y, ii) el art. 81.2 de la 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 Autónoma de La Rioja durante la vigencia del segundo estado de alarma declarado por el Gobierno de la Nación (RD 926/2020, de 25 de octubre 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, 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 LSP'15.

Así lo considera igualmente la interesada en este caso —T.—, la cual, en su escrito de reclamación de 17 de noviembre de 2021, 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 que, entre el día 21 de junio de 2020 y el 9 de mayo de 2021, la CAR, adoptó diversas medidas y disposiciones, en el marco de las medidas preventivas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID, que han supuesto que no haya podido hacer un uso completo de su licencia de actividad en La Rioja (explotación de máquinas recreativas, de apuestas y de otros juegos).

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 639.027,29 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.

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 de una entidad titular de máquinas recreativas, de apuestas y otros juegos.



No obstante, debe subrayarse, tal y como advierten los servicios jurídicos, que no identifica concretamente “*ni los salones, ni las máquinas a que se refiere ni dónde están*”.

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.

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 daños que hipotéticamente se hubieran podido derivar 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 juego, durante el periodo comprendido entre el 21 de junio 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 —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 juego 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 Juego, al que: i) por Acuerdo del Consejo de Gobierno (en adelante, 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 2020 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

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 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.



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.

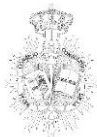
E) Al sector del espectáculo, al que: i) mediante Acuerdo del CG de 1 de septiembre, se impuso un aforo del 75% en cines y teatros, que se redujo al 50% mediante Acuerdo del CG de 4 de noviembre de 2020; y, ii) por Acuerdo del CG de 20 y 27 de enero de 2021, se prohibió desarrollar su actividad, medida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

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 le supusieron un “*sacrificio especial*”, “*que van más allá de las impuestas a la sociedad general*”. En suma, entiende que las medidas limitativas de su actividad le han originado un daño antijurídico real e individualizado.

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

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 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 definitiva, 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 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 las razones ofrecidas por el Informe de 7 de febrero 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, FJ 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).

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 Tribunal Constitucional (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 STC 148/2021, de 14 de julio, 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.



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”*.

4.- Aunque las anteriores consideraciones hacen innecesaria la que sigue, no estará de más recordar que la reclamante ha calculado el importe de los perjuicios que afirma haber sufrido poniendo en relación dos términos de comparación: la cifra de facturación, así como el resultado de su explotación y el *cash flow* (antes de impuestos) de varios ejercicios anteriores a 2020, por un lado, y, por otro, los importes de esos mismos conceptos durante el periodo objeto de reclamación. De la diferencia entre las magnitudes correspondientes a los ejercicios 2017-2019 y las obtenidas durante el periodo reclamado extrae el interesado la cantidad a la que eleva su petición indemnizatoria.

Pues bien, aunque se dieran por válidas esas estimaciones económicas, no es posible saber cuál sea, en cada uno de los ejercicios, la concreta parte de los resultados de la explotación, del *cash flow* o de las cifras de facturación imputables a las máquinas instaladas en la CA de La Rioja, y cuáles no, pues la demandante no ha especificado cuántas de las máquinas recreativas, de apuestas y otros juegos se hallan radicadas físicamente en La Rioja y cuáles en otras partes del territorio nacional.

La reclamante no ha afirmado en ningún momento que todas las máquinas por ella explotadas se encuentren en La Rioja, como tampoco las ha identificado, ni ha especificado en qué lugares o establecimientos se ubiquen.

Quinto

Sobre la competencia para resolver este procedimiento

La propuesta de resolución entiende que corresponde resolver el presente procedimiento al titular de la Consejería de Salud *ex art. 65 de la LFAR'05* (*“La competencia para resolver los procedimientos de responsabilidad patrimonial corresponderá al titular de la Consejería a cuya actividad se le impute el daño hasta el límite establecido para la contratación y al Consejo de Gobierno cuando excedan de esa cantidad o cuando una Ley expresamente lo prevea”*).



Pues bien, a este respecto, el Consejo se adhiere al parecer de los servicios jurídicos (cfr. fol. 189 del expediente) y concluye con ellos que, en este procedimiento, dado que el importe reclamado es superior a 250.000 euros, resulta competente para resolver el Consejo de Gobierno y no el titular de la Consejería de Salud, con independencia —en efecto— de que la resolución sea estimatoria o desestimatoria.

Sexto

Sobre el recurso contencioso-administrativo pendiente

Sin perjuicio de suspensiones o ampliaciones de plazos, sabida es la obligación de la Administración de resolver expresamente y en plazo las solicitudes formuladas por los interesados (art. 21 LPAC'15), lo que, a su vez, no deja de ser trasunto de lo previsto en el art. 103.1 de la CE.

Pues bien, debe llamarse la atención sobre el hecho que el procedimiento de responsabilidad patrimonial que nos ocupa, cuyo plazo máximo de resolución es de seis meses, se inició el 19 de noviembre de 2021, pero no es hasta el 13 de marzo de 2023, cuando se ha solicitado el preceptivo dictamen de este Consejo.

Resulta así especialmente chocante que, en fecha 7 de marzo de 2022, se dictase una propuesta de resolución, que no fue informada por los servicios jurídicos hasta el 10 de marzo de 2023.

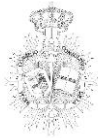
En suma, con independencia de que el silencio administrativo, en este caso, desestimatorio, abra la posibilidad de interponer un recurso contencioso-administrativo (tal y como, justamente, ha hecho el reclamante), este Consejo quiere reiterar el deber administrativo no sólo de resolver expresamente (como ahora acertadamente pretende), sino también de realizarlo en plazo, sin demoras injustificadas.

Por lo demás, el sentido de la propuesta de resolución coincide con el carácter desestimatorio del silencio administrativo (art. 24.3 LPAC'15) y, no se ve afectado por el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la reclamante, dado que, al menos hasta donde este Consejo tiene conocimiento, no ha sido todavía resuelto.

CONCLUSION

Única

Procede desestimar la reclamación planteada por *T.*, 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