

Dictamen Núm. 15/2022

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
García García, Dorinda

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 27 de enero de 2022, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 29 de septiembre de 2021 -registrada de entrada el día 7 del mes siguiente-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios en su actividad económica (hostelería) derivados de las medidas adoptadas con motivo de la pandemia de COVID-19 durante la vigencia del estado de alarma declarado a partir del 25 de octubre de 2020.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 12 de marzo de 2021, la representante de la interesada -mercantil que “tiene como objeto social la actividad de restauración con establecimiento de hostelería (...) destinado a prestar servicio de comida rápida”- presenta en el Registro Electrónico de la Administración una reclamación de responsabilidad patrimonial frente al Principado de Asturias.

Señala que como consecuencia de la aprobación del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el Estado de Alarma para contener la Propagación de Infecciones causadas por el SARS-CoV-2, y del Real

Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el ya citado Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, se adoptaron “medidas que han condicionado, gravemente, el ejercicio de la actividad de la empresa, limitándola e impidiéndola, todo ello pese a que tanto la Administración estatal como la regional son conocedoras de los bajos índices de contagio registrados en los establecimientos de hostelería, en contraste con otras áreas de actividad, personales y profesionales, que, en cambio, no se han visto afectadas por las drásticas medidas que sí se han adoptado frente al sector de la hostelería y restauración”.

Indica que el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, establecía “que ‘la autoridad competente delegada será quien ostente la presidencia de la comunidad autónoma’ y a ella corresponde, en el marco establecido, precisar cuestiones tales como el horario para la limitación de la libertad de circulación de las personas en horario nocturno, la entrada y salida del territorio autonómico, el planteamiento de confinamientos perimetrales intracomunitarios o fijar medidas sobre el número de personas que pueden reunirse o los aforos para la asistencia a lugares de culto. Y así, dentro del marco estatal establecido, el Principado de Asturias, a través de Decretos presidenciales y Resoluciones de Consejerías, materializó las limitaciones y prohibiciones de las que derivó el perjuicio cuyo resarcimiento se pretende”. Teniendo en cuenta que a la fecha de presentación de este escrito aún se encontraba vigente el estado de alarma declarado y prorrogado, se reclama “el perjuicio económico padecido durante el intervalo afectado por el estado de alarma decretado, cuya vigencia impide” determinar ahora la extensión del daño, posponiéndose su valoración.

Fundamenta la pretensión resarcitoria “con carácter específico” en el artículo 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, Reguladora de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio, razonando que “nos encontramos ante un perjuicio (...) derivado de la concreta actuación gubernativa materializada en decretar el estado de alarma y las medidas con el mismo adoptadas, con incidencia directa en el desarrollo de la actividad de la reclamante que quedó limitada e incluso impedida”, y que “será evaluado una vez retorne la normalidad tras la pérdida de vigencia del estado de alarma y se conozcan las medidas de ayuda que, en su

caso, se adopten para paliar dicho daño que defendemos como antijurídico y que el administrado no tiene obligación de soportar, sin que concurra causa de fuerza mayor en el ámbito de su actuación administrativa reprochada”.

Reconocida “la ajenidad (...) de las Administraciones públicas en la aparición del COVID-19”, se cuestiona el “acierto en la previsión y en el control de la situación de pandemia”.

Refiere que la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, reconoce el derecho a indemnización de los daños o perjuicios causados durante la vigencia del estado de alarma, siempre que se produzcan como consecuencia de las medidas adoptadas al amparo de la declaración y, además, se cumplan los requisitos que exige el artículo 3.2 de la citada Ley. Defiende que se trata de “un supuesto indemnizatorio que no tiene fundamento constitucional, en el sentido de que no deriva ni del art. 106.2 de nuestra Constitución”, y de un “supuesto de responsabilidad patrimonial de configuración legal (...) que conlleva que no se excluyan los daños provocados en supuestos de fuerza mayor, como por el contrario sucede con los daños indemnizables *ex* artículo 106.2 de la Constitución”. Reseña que “ya existen pronunciamientos judiciales que han declarado que la pandemia no es un supuesto de fuerza mayor”, y que el legislador reconoció el derecho de resarcimiento por los daños o perjuicios causados durante la vigencia de los estados de alarma, excepción y sitio “para compensar el sacrificio especial sufrido en aras del interés general”.

Alude a la Sentencia del Tribunal Constitucional 85/2019, de 19 de junio, que declaró nulos algunos incisos del artículo 294.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial”, en cuanto que aborda la “compensación del sacrificio especial en aras del interés general” al apreciar “el sacrificio instrumental de la libertad, impuesto legítimamente a un individuo para proteger el interés general, en particular `la conjuración de ciertos riesgos relevantes que para el desarrollo normal del proceso, para la ejecución del fallo o, en general, para la sociedad parten del imputado´”. Argumenta la sentencia invocada que “la libertad personal no es solo un valor superior del ordenamiento jurídico (...), sino además un derecho fundamental (...) cuya trascendencia estriba precisamente en ser presupuesto de otras libertades y derechos fundamentales”.

Menciona otros supuestos en los que se reconoce "el carácter indemnizable de sacrificios que se imponen a los ciudadanos para evitar males mayores -Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955, en su art. 3, con el fin de asegurar el mantenimiento del orden público; o para evitar la propagación de incendios, como regula el art. 3.2 del R. D. Legislativo 1/2006, de la CCAA de Madrid; o bien, los daños que puede causar la policía en personas distintas del delincuente, indemnizables de acuerdo con el art. 7.2 de la Ley Orgánica 40/2015, de 1 de octubre-. En todos se justifica el sacrificio por el beneficio social obtenido, al igual que sucede con la expropiación forzosa; de hecho, cuando se analiza el artículo 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981 se pone de ejemplo la indemnización por el perjuicio causado por las expropiaciones que hubieran realizado con tal motivo".

Aduce que "la limitación de derechos fundamentales y libertades públicas producida como consecuencia de la declaración del estado de alarma encontraban amparo legal, ya que fueron adoptadas por normas con valor de ley y, a nivel regional, mediante decretos y resoluciones, todo ello de acuerdo con la doctrina constitucional derivada de la STC 83/2016 y el ATC 7/2012, por lo que ningún reproche en términos de culpabilidad puede hacerse, en ese sentido, a la Administración". Sin embargo "dicha situación, regulada, no es óbice para que pueda declararse la procedencia de la indemnización reclamada como consecuencia de un sacrificio especial exigido de manera concreta, sin justificación, al sector de actividad que integra la reclamante; y ello porque, de no ser objeto de resarcimiento cuando exista realmente un sacrificio especial, supondría que en nuestro sistema jurídico valen menos los derechos, fundamentales o no, y las libertades públicas de los que sí han soportado un sacrificio especial en aras del interés general que los derechos y libertades de los beneficiarios, del resto de los ciudadanos". Sostiene que "en el caso de los sectores directamente afectados por dicho sacrificio especial, como concurre con los de la hostelería y restauración, además, sin justificación bastante, el daño debe ser resarcido./ Y es a este tipo de daños a los que se refiere el artículo 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio".

2. Requerida la reclamante de subsanación para concretar la “evaluación económica de la responsabilidad patrimonial”, presenta esta un escrito el 2 de junio de 2021 en el que razona que el artículo 67.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, permite “concretar y cuantificar el perjuicio indemnizatorio en momento posterior, una vez cesen todas las medidas que afectan a la actividad desarrollada por la reclamante”.

3. Mediante Providencia de 7 de junio de 2021, de la que se da traslado tanto a la mercantil interesada como a la compañía aseguradora de la Administración, el Consejero de Salud dispone la tramitación del “correspondiente procedimiento de responsabilidad patrimonial”, designando instructor del mismo. En dicha Providencia se consignan la fecha de recepción de la reclamación, las normas con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

4. El día 28 de junio de 2021, el Jefe del Servicio de Salud Poblacional emite informe sobre la reclamación formulada. En él advierte que ha sido “elaborado por epidemiólogos (...) y por ello de naturaleza referida exclusivamente a los aspectos relacionados con la salud pública (...). No se entra (...) a valorar los aspectos jurídicos”.

Insiste en “la extremada inespecificidad de la reclamación patrimonial, ya que la misma no nos permite establecer con precisión qué medidas concretas y en qué periodos pudieron causar la supuesta pérdida reclamada”, y recuerda que “en la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias durante el periodo que se reclama tuvo lugar la adopción de distintas medidas, con impactos diferentes, no solo en determinados sectores productivos, como hostelería y restauración, sino también dependiendo de indicadores epidemiológicos y de ámbitos geográficos concretos. Estas medidas fueron modificándose en el tiempo de forma que en algunos momentos fueron más restrictivas sobre la actividad desarrollada y en otros menos./ No obstante, es importante señalar que incluso en los momentos más restrictivos de aplicación normativa la

actividad de hostelería y restauración no llegó a anularse por completo, pues la preparación y venta de comida a domicilio o para recoger siempre estuvo permitida”.

El análisis de la “necesidad de las medidas” se inicia con la individualización de hasta un total de 6 fases distintas en la evolución seguida por la pandemia a lo largo de todo el periodo objeto de (...) reclamación -del 25 de octubre de 2020 al 9 de mayo de 2021-, tomando para ello como referencia la incidencia acumulada a 14 días en el número de casos registrados. Ello ha supuesto que “para afrontar cada una de estas situaciones” se fueran “adoptando medidas que, en el caso de la hostelería y restauración, han ido experimentando una variabilidad motivada por la evolución descrita y la necesidad de adecuar las medidas a esa evolución, teniendo en cuenta la situación tanto epidemiológica como socioeconómica de la población”.

Sobre la “adecuación de las medidas” adoptadas, indica que se han llevado a cabo con base en el “conocimiento de ciertos aspectos del comportamiento del virus que pueden ya considerarse como establecidos y más allá de toda duda razonable”. Reseña las conclusiones recogidas en un documento técnico del Ministerio de Sanidad denominado “Evaluación del riesgo de la transmisión de SARS-CoV-2 mediante aerosoles”, publicado el 18 de noviembre de 2020, que señala, en el apartado dedicado a las “Condiciones dependientes del escenario”, que “el riesgo en interiores es claramente superior frente a exteriores. Al inicio de la pandemia, sin ninguna medida de protección, un estudio de seguimiento de 110 casos y contactos calculó un riesgo de transmisión de unas 20 veces mayor en interiores frente a exteriores”. Y, respecto a las posibles “intervenciones no farmacológicas”, describe una batería de aquellas que estima necesario considerar, ya sean individuales o colectivas, entre las que se incluye, por lo que aquí y ahora interesa, y de acuerdo con el “documento publicado en septiembre por el European Centre for Disease Prevention and Control”, el cierre de determinados “negocios seleccionados”, como sería el caso de los de hostelería, al tratarse de “lugares donde las personas tienen posibilidades limitadas de distanciamiento físico”. En apoyo de esta conclusión cita una “reciente publicación el 10 de noviembre en Nature (...),

en base a patrones de movilidad de 98 millones de personas en diez de las áreas metropolitanas más grandes de Estados Unidos”, cuyos datos permiten observar “como la reapertura de los establecimientos de restauración (...), hostelería (...) y gimnasios (...) constituyen los principales lugares de provocación de infecciones adicionales que tendrían lugar, frente a la medida de mantenimiento del cierre y se sitúan muy claramente por delante de otros sectores de actividad”.

Centrados en el “papel de la hostelería en la transmisión en Asturias” de la pandemia, se aprecia que “entre los eventos detectados en nuestra Comunidad Autónoma cobran especial relevancia por el número de personas afectadas los producidos dentro del ámbito social, y dentro de estos los relativos al sector de hostelería”, como lo prueba el dato de que “del total de casos que están vinculados a un evento en Asturias el 25 % (602 de un total de 2.437) correspondan al ámbito de la hostelería, mientras que del total de contactos estrechos generados en brotes el 29 % (871 de 3.052) presentan un vínculo indiscutible con establecimientos de hostelería”. A idénticas conclusiones se llega analizando el impacto de la pandemia entre los trabajadores del sector de la hostelería, tal y como se desprende del análisis de los datos que arrojan las bajas laborales en este sector a lo largo de la pandemia, que ponen de relieve que “las restricciones en la actividad hostelera tienen un efecto beneficioso en la disminución de la transmisión de la COVID-19 entre los trabajadores del sector y guardan una buena correlación con las medidas restrictivas que se van adoptando”.

En cuanto a la “proporcionalidad de las medidas”, señala que los datos analizados muestran “claramente como las distintas actuaciones realizadas a lo largo del estado de alarma objeto de esta reclamación han sido medidas proporcionadas, pues no existen otras menos limitativas de las actividades afectadas que garanticen el mismo nivel de protección de la salud”.

5. Mediante escrito de 30 de junio de 2021, el Instructor del procedimiento comunica a la mercantil interesada y a la compañía aseguradora de la

Administración la apertura del trámite de audiencia por un plazo de diez días, adjuntándoles una copia del informe del Jefe del Servicio de Salud Poblacional.

En la notificación efectuada a la reclamante se le advierte de nuevo sobre la necesidad de “especificar en el mismo plazo la evaluación del daño o perjuicio causado”.

6. El día 21 de julio de 2021, la reclamante presenta un escrito de alegaciones en el que manifiesta que “no resulta posible determinar el perjuicio padecido habida cuenta de que las circunstancias que justifican la reclamación aún persisten a fecha de hoy, al igual que las restricciones impuestas para el desarrollo de la actividad, así como las ayudas al sector que, continuando vigentes, mitigan en parte el perjuicio que pretende sea resarcido”. No obstante, indica que “sí se puede adelantar, en atención a las previsiones que a fecha de hoy han podido ser realizadas, que la cuantía indemnizatoria solicitada excederá de la cantidad de 50.000 €”.

7. Con fecha 5 de agosto de 2021, el Instructor del procedimiento elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella analiza y defiende, en primer lugar, la competencia de la Consejería de Salud para resolver sobre la reclamación formulada. Al efecto razona, partiendo de lo establecido en el artículo 33.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que “si bien la reclamación se ampara en la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, que determinó directamente diversas medidas que pudieran haber ocasionado los perjuicios invocados por la reclamante, en términos hipotéticos cabe considerar que habrían influido en mayor medida las medidas adoptadas por el Consejero de Salud del Principado de Asturias independientes de la declaración de dicho estado (...). Las modulaciones que, sobre el ámbito temporal o territorial de algunas medidas previstas en el citado real decreto, se adoptaron por el Presidente del Principado de Asturias habrían tenido, en su caso, una influencia marginal o no apreciable, a diferencia de las anteriores, se habrían dictado en su condición de autoridad competente delegada al amparo del estado de alarma”.

Argumenta que, “a falta de una ley especial (...), las leyes aplicables no pueden ser otras que la Ley 40/2015, de 1 de octubre (...), y la Ley 39/2015, de 1 de octubre”, añadiendo que “a la misma conclusión deberíamos llegar con independencia de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2000, de 25 de octubre”, toda vez que “las medidas que supuestamente afectarían, al menos de modo apreciable, al funcionamiento del sector de la hostelería serán, en su caso, las adoptadas por el Consejero de Salud del Principado de Asturias, en ejercicio de las competencias que, como autoridad sanitaria, le confiere el artículo 5.b) de la Ley del Principado de Asturias 7/2019, de 29 de marzo, de Salud, que no quedaron limitadas durante el estado de alarma”. Reseña que, “de entre estas medidas, la que pudiera haber tenido un efecto más apreciable en el sector sería la suspensión de la apertura al público de los establecimientos de hostelería y restauración (con excepción de los servicios de preparación, recogida en el local y distribución de comida a domicilio), acordada en el apartado primero.5.4 de la Resolución del Consejero de Salud de 3 de noviembre de 2020, por la que se establecen medidas urgentes de carácter extraordinario, urgente y temporal de prevención, contención y coordinación, necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID 19”.

Identificado así el origen de los daños y perjuicios cuya indemnización se reclama -las medidas aplicables a los establecimientos y locales de hostelería y restauración a partir de la vigencia de las Resoluciones de la Consejería de Salud de 3 de noviembre de 2020, primero, y de 18 de diciembre de 2020 y 9 de abril de 2021, después, afectando esta última solo a determinados concejos”, se desecha la antijuridicidad del daño.

Afirma que estas resoluciones fueron dictadas “al amparo de los artículos 1 a 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública; del artículo 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y del artículo 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública”, y que las leyes citadas, particularmente la Ley General de Salud Pública, “constituyen el canon para determinar si los destinatarios de las medidas acordadas para proteger la salud pública (en este

caso, el sector de la hostelería) tienen el deber jurídico de soportar el daño que les ocasionen". Añade que singularmente el artículo 54 de la Ley General de Salud Pública "hace referencia al requisito de necesidad de las medidas en su apartado 1 y al principio de proporcionalidad en su apartado 3, segundo párrafo. La necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de salud pública se prevé también en el artículo 3.c) de la citada ley, en relación con el principio de pertinencia. A estos dos requisitos la jurisprudencia ha añadido el de idoneidad o adecuación de las medidas".

Indica que "las medidas que afectaron al negocio de la reclamante respetaban los requisitos de necesidad, adecuación y proporcionalidad", y subraya, respecto a la aseveración de que en los establecimientos de hostelería se registraban bajos índices de contagio, que la interesada "no aporta ninguna prueba (...) que pudiera contradecir la evidencia recogida" en el informe del Jefe de Servicio de Salud Poblacional.

En cuanto al requisito del "daño individualizable", sostiene que "teniendo en cuenta que las medidas de protección de la salud que supuestamente ocasionaron el daño no iban dirigidas específicamente a la reclamante, sino a todo el sector de la hostelería y restauración, no puede considerarse que dicho daño reúna el requisito exigido".

Finalmente, aprecia la concurrencia de "fuerza mayor" como causa de exclusión de la responsabilidad, toda vez que "es evidente que la Administración del Principado de Asturias carece de competencias y medios para impedir tanto la aparición del virus como su propagación por el planeta, que es lo que ha dado lugar a que la crisis inicial en China derivase en pandemia". Y, en relación con las medidas adoptadas, entiende que estas "eran necesarias para la protección de la salud de la población", como se acredita en el informe del Servicio de Salud Poblacional.

Respecto a los perjuicios reclamados, pone de relieve que "la nula actividad probatoria de la reclamante (...) impide tener por acreditada la existencia de una lesión en sus bienes y derechos", negándose así la efectividad del daño alegado.

8. En este estado de tramitación, mediante escrito de 29 de septiembre de 2021, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias objeto del expediente núm. de la Consejería de Salud, adjuntando a tal fin copia del mismo en soporte digital.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra k), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), está la mercantil interesada activamente legitimada para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

Dado que la presente reclamación se circunscribe a los daños ocasionados tras la entrada en vigor del segundo estado de alarma decretado por la situación sanitaria provocada por la COVID-19, en el que se había designado como autoridad competente delegada para adoptar las medidas sanitarias que procedieran a quien ostente la presidencia de la comunidad autónoma (artículo 2 de la redacción inicial del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el Estado de Alarma para contener la Propagación de Infecciones causadas por el SARS-CoV-2), y que de conformidad con lo dispuesto en el

artículo 5.b) de la Ley del Principado de Asturias 7/2019, de 29 de marzo, de Salud, corresponde a la Consejería competente en materia de sanidad “Ejercitar, como autoridad sanitaria, las competencias en materias de intervención pública, inspectoras y sancionadoras que recoge esta ley. En los términos del artículo 79 bis, el Consejero elevará al Consejo de Gobierno la correspondiente propuesta para la declaración de emergencia por crisis sanitaria y la aprobación de las medidas que procedan por este. No obstante, si en este supuesto se considera inaplazable la adopción de las medidas para evitar más riesgos para la salud, el Consejero podrá adoptarlas con carácter previo a la declaración de emergencia por crisis sanitaria o durante su vigencia, con plenos efectos, sin perjuicio de su ratificación por el Consejo de Gobierno dentro de los siete días siguientes. De no ratificarse en dicho plazo, las medidas adoptadas perderán su eficacia”, el Principado de Asturias está pasivamente legitimado, en cuanto que ha dictado las medidas restrictivas a las que se asocia el daño.

Ciertamente, la reclamación apunta a una concurrencia de administraciones responsables y, a tenor del pronunciamiento del Tribunal Constitucional en la Sentencia 183/2021, de 27 de octubre -ECLI:ES:TC:2021:183-, resulta que la “delegación” de competencias para la adopción de diversas medidas limitativas de derechos con motivo de la alerta sanitaria operada a través de la segunda declaración del estado de alarma no se ajustaba a derecho, de lo que podría deducirse que unas medidas de contención de análogo impacto debieron ser articuladas por el Estado, teniendo que dirigirse entonces frente al mismo las acciones de responsabilidad. Sin embargo, aun advertida la trascendencia de esa delegación o traslación indebida, ha de observarse que, de una parte, conforme al referido fallo del Tribunal Constitucional “esta declaración de inconstitucionalidad y nulidad no afecta por sí sola, de manera directa, a los actos y disposiciones dictados sobre la base de tales reglas durante su vigencia” y, de otra, que las restricciones a las que se asocia el daño por el que aquí se reclama fueron efectivamente adoptadas y aplicadas por la autoridad autonómica.

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), dispone, a los efectos que aquí interesan, que “El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo”.

En el supuesto ahora examinado, la reclamación se presenta el día 12 de marzo de 2021, y en el párrafo final de la misma la mercantil interesada -dedicada a prestar el servicio de “comida rápida” en un local situado en un centro comercial- solicita que se “declare la concurrencia de responsabilidad patrimonial, así como (la) procedencia de reconocer la indemnización que se determine” como consecuencia de las “medidas que han condicionado, gravemente, el ejercicio de la actividad de la empresa” desde el día 25 de octubre de 2021 -entrada en vigor del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el Estado de Alarma para contener la Propagación de Infecciones causadas por el SARS-CoV-2- hasta las 00:00 horas del día 9 de mayo de 2021 -momento en el que estaba prevista la finalización del estado de alarma inicialmente declarado, por establecerlo así el Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre-.

En el caso sometido a nuestra consideración se advierte que, durante la vigencia del estado de alarma declarado a partir del 25 de octubre de 2020, la primera de las medidas específicas adoptadas por la Administración del Principado de Asturias en relación con el sector de la hostelería y restauración -en el que se desarrolla la actividad de la reclamante- supuso la “suspensión de la apertura al público” con la sola excepción de “los servicios de preparación, recogida en el local y distribución de comida a domicilio”, conforme al resuelto primero.5.4 de la Resolución de 3 de noviembre de 2020, de la Consejería de Salud, por la que se establecen medidas urgentes de carácter extraordinario, urgente y temporal de prevención, contención y coordinación, necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, publicada en suplemento del *Boletín Oficial del Principado de Asturias* de 3 de noviembre de 2020, y con entrada en vigor a las 0:00 horas del 4 de noviembre de 2020. En

consecuencia, es claro que la presente reclamación ha sido formulada dentro del plazo de un año legalmente establecido a contar desde la fecha del acto que la motiva, reparándose además en que ha sido presentada con anterioridad a la fecha de cesación de los efectos lesivos, lo que no obsta su tramitación.

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

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

Sin embargo, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 91.3 de la LPAC. No obstante, ello no impide que esta se adopte, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21.1 y 24.3, letra b), de la referida Ley.

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

Dado que se reclaman aquí daños ocasionados durante la declaración del estado de alarma, se advierte que el artículo 3.2 de Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio, dispone asimismo que “Quienes como consecuencia de la aplicación de los actos y disposiciones adoptadas durante la vigencia de estos estados sufran, de forma directa, o en su persona, derechos o bienes, daños o perjuicios por actos que no les sean

imputables, tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las leyes”.

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

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

Asumido que caben los regímenes especiales o diferenciados de resarcimiento (como el urbanístico o el judicial), que han de acomodarse a lo

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

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

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

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

Este derecho no implica, sin embargo, que la Administración tenga el deber de responder sin más por todo daño que puedan sufrir los particulares, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, deberán darse los requisitos que legalmente la caracterizan, analizando las circunstancias concurrentes en cada caso.

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

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

Al respecto no cabe obviar que, en el ámbito de los daños y perjuicios derivados de la pandemia y sus consiguientes restricciones al ejercicio de la actividad económica, se han establecido medidas compensatorias de distinta índole (expedientes de regulación temporal de empleo, moratorias, aplazamientos, avales, etc.) y, en particular, diferentes convocatorias de ayudas públicas destinadas a minimizar el impacto económico de la pandemia. Entre otras, las impulsadas a nivel estatal por el Real Decreto-ley 35/2020, de 22 de diciembre, de Medidas Urgentes de Apoyo al Sector Turístico, la Hostelería y el Comercio y en Materia Tributaria, y en el ámbito del Principado de Asturias por el Decreto 84/2020, de 13 de noviembre, por el que se aprueban Ayudas Urgentes destinadas a Personas Autónomas y Pymes del Sector Turístico, Hostelero y de Restauración afectadas por la Crisis de la COVID-19, y el Decreto 90/2020, de 2 de diciembre, de Primera Modificación del Decreto 12/2020, de 8 de abril, por el que se aprueban las Normas Especiales Regulatoras para la Concesión Directa

de Ayudas Urgentes a las Personas Trabajadoras por Cuenta Propia o Autónomas del Principado de Asturias, cuyas Actividades queden suspendidas en virtud de lo previsto en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el Estado de Alarma para la Gestión de la Situación de Crisis Sanitaria ocasionada por el COVID-19. Tales compensaciones no obstan al ejercicio de una acción de responsabilidad patrimonial, pero han de ponderarse en la consideración del daño por el que se reclama.

SEXTA.- En el presente caso, la mercantil interesada -prestadora de servicios de "comida rápida" en un local situado en un centro comercial- solicita al Principado de Asturias que "declare la concurrencia de responsabilidad patrimonial, así como (la) procedencia de reconocer la indemnización que se determine" como consecuencia de las "medidas que han condicionado, gravemente, el ejercicio de la actividad de la empresa" entre el 25 de octubre de 2020 y el 9 de mayo de 2021, periodo en el que estuvo vigente el estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el Estado de Alarma para contener la Propagación de Infecciones causadas por el SARS-CoV-2, prorrogado posteriormente por el Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre.

A pesar de que en ningún momento la reclamante identifica, como acertadamente advierte en su informe el Jefe del Servicio de Salud Poblacional, las disposiciones o actos que arbitran las "medidas que han condicionado, gravemente, el ejercicio de la actividad de la empresa", es público y notorio que tales medidas se han adoptado por las autoridades del Principado de Asturias. La propuesta de resolución, supliendo la carencia de la interesada, identifica hasta un total de 18 Resoluciones dictadas por el titular de la Consejería de Salud, todas ellas debidamente publicadas en el *Boletín Oficial del Principado de Asturias* entre el 25 de octubre de 2020 y el 9 de mayo de 2021 -periodo al que se contrae la presente reclamación-, en las que se establecen una serie de restricciones, de alcance o intensidad cambiante, de aplicación a los espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos, locales e instalaciones recogidos en el anexo I del Decreto 91/2004, de 11 de noviembre,

por el que se establece el Catálogo de los Espectáculos Públicos, las Actividades Recreativas y los Establecimientos, Locales e Instalaciones Públicas en el Principado de Asturias. Entre ellos figuran los destinados a la hostelería y restauración, que han visto condicionada sustancialmente su actividad empresarial con la consiguiente afectación a su legítima expectativa de negocio.

Sin embargo, no basta la invocación genérica de un daño. En efecto, como viene señalando este Consejo de manera reiterada (por todos, Dictamen Núm. 10/2014), el primer requisito que debe satisfacer toda reclamación de responsabilidad patrimonial es que el daño alegado ha de ser efectivo, esto es, real, y que su existencia ha de quedar acreditada en el expediente. Este requisito constituye el núcleo esencial de cualquier reclamación, de modo que su ausencia determina el fracaso de toda pretensión indemnizatoria que se sustente en meras especulaciones, lo que implica que, por regla general, únicamente sean indemnizables los perjuicios ya producidos. También ha subrayado este órgano que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega.

En el supuesto examinado, y disintiendo del criterio del Instructor del procedimiento, no puede considerarse de plano que “la nula actividad probatoria de la reclamante en relación con la cuantía reclamada” impida “tener por acreditada la existencia de una lesión”. En rigor, la ausencia de esfuerzo probatorio respecto al *quantum* de la indemnización no excluye la nota de efectividad del daño cuando su padecimiento es patente o consecuencia natural de la actuación administrativa a la que se reprocha. En efecto, ante el cierre forzoso de un establecimiento mercantil por causas “externas” y sin indicios de su previa crisis o inviabilidad cabría asumir la efectividad del perjuicio derivado del cese de la actividad lucrativa, pues en el contexto en el que se produce la ganancia dejada de obtener no merecería calificarse como una mera expectativa no indemnizable, sino más bien como “una cierta probabilidad objetiva, que resulte del decurso normal de las cosas” (Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2016 -ECLI:ES:TS:2016:187-, Sala de lo Civil, Sección 1.ª). Cuestión distinta es la falta de una cuantificación precisa del daño, que abocaría

a que solo se compense en la medida en que se tenga por real y cierto, si alcanza a acreditarse de algún modo y concurriesen el resto de los requisitos exigidos para apreciar la responsabilidad patrimonial.

Ahora bien, en el caso planteado no puede soslayarse que la expectativa de ganancia queda mediatizada por el hecho mismo de la situación pandémica, de notorio alcance y repercusión en la vida social, laboral y empresarial de la ciudadanía, sin que pueda sostenerse -como dato cierto o real- que de no haberse impuesto las restricciones la afluencia de clientes hubiera sido similar a otras temporadas pues, amén de otras circunstancias que pudieran haber condicionado la asistencia a los locales de hostelería, ello implicaría que los consumidores habrían actuado de espaldas a las recomendaciones sanitarias. Y no puede tampoco orillarse -pues así lo reconoce la propia reclamante- que se concedieron ayudas y se aplicaron otras medidas compensatorias por parte de los poderes públicos en atención a los perjuicios derivados de las restricciones impuestas. De hecho, la interesada aduce precisamente que procederá a la cuantificación del daño “una vez resulte posible tras la pérdida de vigencia del estado de alarma decretado y sean conocidas las ayudas (...) para revertir, siquiera parcialmente, el perjuicio cuyo resarcimiento se demanda”, y reitera en el trámite de audiencia que “aún persisten” tanto las restricciones “como las ayudas al sector que, continuando vigentes, mitigan en parte el perjuicio que pretende sea resarcido”. Solo refiere genéricamente que, “en atención a las previsiones que a fecha de hoy han podido ser realizadas (...), la cuantía indemnizatoria solicitada excederá de la cantidad de 50.000 €”.

Esta última cifra, que se aventura sin ningún soporte o justificación argumental, solo permite tener por cumplimentado un requisito de procedibilidad, cual es la valoración económica del daño “si fuere posible” (artículo 67.2 de la LPAC), y aquí lo es porque las medidas restrictivas que se invocan han tenido una vigencia limitada en el tiempo, en algunos casos ya agotada al evacuarse el trámite de audiencia. Esto es, como exigencia de procedibilidad, la reclamación merece un tratamiento *pro actione*, considerando que la indemnización se cuantifica prudencial o provisionalmente en 50.000 €, pero -huérfana esa valoración de cualquier referente, justificación o elemento de

contraste- el mero alzado de una cifra -sin aportar siquiera las cuentas de la empresa por un periodo asimilable- no alcanza a acreditar un menoscabo patrimonial real y cierto imputable a la Administración en el singular contexto pandémico.

En efecto, por un lado, la prueba de las ganancias dejadas de obtener es singularmente rigurosa, “quedando excluidas de resarcimiento las meras expectativas o ganancias dudosas” (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2015 -ECLI:ES:TS:2015:535-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.^a); por otro, el escenario de pandemia arroja dudas fundadas sobre las cuentas de resultados que penden de la asistencia física de personas aunque no medie restricción administrativa, y, finalmente, es pacífico que los perjudicados obtuvieron ciertas ayudas o compensaciones públicas de distinta índole -que sería preciso cuantificar para cerciorarse de que no rebasan el lucro cesante que se constate- y que la suspensión temporal de la actividad por decisiones administrativas no sancionadoras es un riesgo asegurable, cuya eventual indemnización debe también deducirse del *quantum* resarcitorio reclamado en este cauce para excluir la doble indemnidad o la obtención de un beneficio que exceda del daño patrimonial ocasionado.

En estas condiciones, el indicio racional de unas pérdidas que, en un contexto de normalidad, se asocia al “decurso normal de las cosas” no es suficiente para acreditar la efectividad y certeza del daño, pues media la evidencia de que aquel fue en alguna medida compensado a través de otras vías, singularmente ayudas o subvenciones, así como la eventualidad de que hubiera sido también resarcido por estar asegurado el riesgo asociado a su actividad empresarial. En definitiva, se reclaman unas ganancias hipotéticas e inciertas, desprovistas de cualquier soporte documental o pericial, reconociéndose al mismo tiempo la percepción de ayudas que habrían de compensarse, las cuales ni siquiera se cuantifican, y todo ello en un escenario extraordinario y anómalo que impide estimar acreditada la efectiva realidad del perjuicio por el que se acciona.

A lo anterior cabe añadir que tampoco concurre en el caso examinado la nota de la antijuridicidad de los eventuales daños. Al respecto, procede subrayar

en primer lugar que la antijuridicidad del daño sufrido solo puede ser entendida, en virtud de lo establecido en el artículo 34.1 de la LRJSP, como la causación de un daño que el perjudicado “no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley”.

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

Aplicado lo anterior al presente supuesto, nos encontramos con que las diferentes limitaciones impuestas al ejercicio de la actividad de los servicios de comida rápida desarrollada por la mercantil reclamante a partir de las 0:00 horas del 4 de noviembre de 2020, en cumplimiento de lo ordenado por la Resolución de la Consejería de Salud de 3 de noviembre de 2020, por la que se establecen medidas urgentes de carácter extraordinario, urgente y temporal de prevención, contención y coordinación, necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID 19, así como las dispuestas con carácter general, entre otros muchos, a la totalidad del sector de la hostelería y restauración en las sucesivas prórrogas y modificaciones de esta resolución inicial, no pasan de ser la consecuencia de la estricta ejecución de lo ordenado, en el contexto de la pandemia declarada tras la aparición de la COVID 19, en las diferentes

resoluciones dictadas por el titular de la Consejería de Salud desde el 25 de octubre de 2020 en el ejercicio de las competencias que, de una parte, le fueron habilitadas específicamente en aplicación del artículo 2 del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el Estado de Alarma para contener la Propagación de Infecciones causadas por el SARS-CoV-2 decretado por la situación sanitaria provocada por la COVID-19, y, de otra, con carácter irrenunciable, le vienen reconocidas en el artículo 5, apartado a), de la Ley del Principado de Asturias 7/2019, de 29 de marzo, de Salud, a tenor del cual corresponde a la Consejería competente en materia de sanidad, entre otras, “Realizar acciones sistemáticas para (...) la prevención de la enfermedad y de los riesgos y amenazas para la salud”.

En efecto, las medidas adoptadas por el Consejero de Salud a partir del 25 de octubre de 2020 cuentan todas ellas con el amparo legal que les proporciona el artículo 26.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, conforme al cual, “En caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, las autoridades sanitarias adoptarán las medidas preventivas que estimen pertinentes, tales como la (...) suspensión del ejercicio de actividades, cierres de Empresas o de sus instalaciones (...), y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas”, habiendo sido adoptadas y adaptadas en todo momento con base en criterios y estudios epidemiológicos, tal como se desprende de lo informado por el Jefe del Servicio de Salud Poblacional, y sin que nada se argumente de contrario en el trámite de audiencia a los principios de pertinencia -“Las actuaciones de salud pública atenderán a la magnitud de los problemas de salud que pretenden corregir, justificando su necesidad de acuerdo con los criterios de proporcionalidad, eficiencia y sostenibilidad”- y de precaución -“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”- que, entre otros y como principios generales de acción en salud pública, se establecen, respectivamente, en los apartados c) y d) del artículo 3 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.

Tales medidas autonómicas han sido dictadas asimismo en aplicación de la autorización contenida en el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declaró el segundo estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por la COVID-19, norma sobre la que se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal Constitucional 183/2021, de 27 de octubre -ECLI:ES:TC:2021:183-. Este fallo, estimatorio respecto de las pretensiones de inconstitucionalidad y nulidad referidas al incumplimiento del bloque de la constitucionalidad sobre el estado de alarma (artículo 116 de la Constitución y Ley Orgánica de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio), contiene un pronunciamiento desestimatorio respecto de las impugnaciones formuladas contra las limitaciones de derechos fundamentales, considerando la constitucionalidad de la restricción de movilidad y del derecho de reunión tanto en espacios públicos como privados por superar el juicio de proporcionalidad. Se estima una restricción “adecuada porque era apta para dar cumplimiento a una finalidad legítima como era la de `reducir sustancialmente la movilidad del virus´” y “necesaria para hacer frente a las constantes mutaciones del virus y a su creciente propagación, como también al previsible incremento de la `presión asistencial y hospitalaria´”. En la misma línea, también ha señalado el Tribunal Constitucional en la Sentencia 148/2021, de 14 de julio -ECLI:ES:TC:2021:148-, que las medidas de limitación y restricción de actividades económicas adoptadas con el primer estado de alarma, pese a que “construyen intensísimamente, con carácter temporal, el libre mantenimiento de la actividad empresarial”, han de considerarse constitucionales en la medida en que quedan amparadas “siempre que se orienten a la protección de otros bienes de relevancia constitucional (...) y resulten razonablemente adecuadas y necesarias”. Tras advertir que las limitaciones a la actividad hostelera fueron adoptadas también por otros países europeos y “aparecen pues como idóneas y necesarias para frenar la expansión de la epidemia”, se reitera que aquella “constricción extraordinaria” no resultó desproporcionada, y colige el Alto Tribunal que ello “se traduce en un correlativo deber de soportar dichas limitaciones”.

En consecuencia, la reclamante tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio derivado de las medidas preventivas, limitaciones de horarios y aforos y

restricciones a su actividad empresarial acordadas por la autoridad sanitaria, debidamente motivadas y justificadas -como así fueron ratificadas jurisdiccionalmente- con fundamento en la protección de un bien jurídico superior como es el derecho a la salud, consagrado en el artículo 43 de la Constitución y presupuesto para el efectivo ejercicio de derechos y libertades.

Por otra parte, imputado el daño a una actividad normativa, merece reseñarse que la inconstitucionalidad de los reales decretos que declaran el estado de alarma no afecta a la validez de las disposiciones administrativas de contención. El Tribunal Constitucional explicita en su primer pronunciamiento (Sentencia 148/2021, de 14 de julio -ECLI:ES:TC:2021:148-) que “la inconstitucionalidad apreciada en esta sentencia no será por sí misma título para fundar reclamaciones de responsabilidad patrimonial”, y en el segundo (Sentencia 183/2021, de 27 de octubre -ECLI:ES:TC:2021:183-) que “no afecta por sí sola, de manera directa, a los actos y disposiciones dictados sobre la base de tales reglas durante su vigencia. Ello sin perjuicio de que tal afectación pudiera, llegado el caso, ser apreciada por los órganos judiciales (...), siempre conforme a lo dispuesto en la legislación general aplicable”.

Se advierte aquí que las medidas de restricción quedan amparadas por los artículos 1 a 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, que habilita a las distintas Administraciones públicas dentro del ámbito de sus competencias, al objeto de proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro, a adoptar las medidas previstas en dicha ley cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad; por el artículo 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que dispone, para el caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, la habilitación para que las autoridades sanitarias adopten las medidas preventivas que estimen pertinentes y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas, entre otras, la suspensión del ejercicio de actividades o cierres de empresas o sus instalaciones; por el artículo 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, que habilita a la autoridad autonómica, con carácter excepcional y cuando así lo requieran motivos de extraordinaria gravedad o urgencia, a adoptar, mediante resolución

motivada, entre otras medidas, la intervención de medios materiales o personales, el cierre preventivo de instalaciones, establecimientos, servicios e industrias, la suspensión del ejercicio de actividades y cualquier otra medida ajustada a la legalidad vigente si existen indicios racionales de riesgo para la salud, y por el artículo 5.b) de la Ley del Principado de Asturias 7/2019, de 29 de marzo, de Salud, conforme al cual se articula la competencia autonómica del titular de la Consejería en materia de sanidad y del Consejo de Gobierno para la aprobación de las medidas que procedan como consecuencia de la declaración de emergencia por crisis sanitaria.

Precisamente el Tribunal Supremo, en el específico cometido casacional que le encomienda el artículo 15 del Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, ha manifestado que “esta Sala no cree que su carácter escueto y genérico prive al art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986 de idoneidad para dar cobertura a medidas restrictivas de derechos fundamentales tan intensas como las aquí consideradas, especialmente si se interpreta en conexión con las Leyes 14/2006 y 33/2011” (Sentencia de 3 de junio de 2021 -ECLI:ES:TS:2021:2176-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), y que “la legislación sanitaria sí autoriza la limitación de la libertad de circulación” y de otros derechos fundamentales, ofreciendo para ello “suficientes precisiones, objetivas, subjetivas, espaciales, temporales y cualitativas para satisfacer la exigencia de certeza que han de tener los preceptos que fundamentan restricciones o limitaciones puntuales”. En suma “será necesario examinar cada medida y valorarla atendiendo a la luz de (...) las exigencias de adecuación, necesidad y proporcionalidad (Sentencia de 24 de mayo de 2021 -ECLI:ES:TS:2021:2178-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª).

En esta última sentencia razona el Tribunal Supremo que “hubiera sido deseable que, en vez de a conceptos indeterminados y cláusulas generales, pudiéramos acudir a una regulación específica para afrontar la pandemia”, pero “no puede preverse todo y tampoco puede decirse que los preceptos examinados adolecen de tal indeterminación que permitan hacer cualquier cosa a las Administraciones que los utilicen”. Nos enfrentamos así a conceptos jurídicos indeterminados que, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, han

dado lugar a la doctrina del “margen de apreciación”, conforme a la cual existe un deber de soportar el daño cuando la actuación administrativa se ejercita dentro de unos márgenes razonados y razonables. Y en el contexto que nos atañe, ese criterio de razonabilidad se traduce en el triple juicio de “adecuación, necesidad y proporcionalidad”, debiendo concluirse que las restricciones impuestas a la hostelería superan -sin duda fundada- ese triple parámetro.

En el supuesto de las adoptadas, vía decreto o resolución, en el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma, debe recordarse además que han sido ratificadas o confirmadas por los Tribunales en los casos en que se han impugnado, conservando así en su integridad la presunción de validez que justifica su ejecutividad.

En definitiva, este Consejo concluye que no concurren los requisitos de realidad efectiva ni de antijuridicidad de los daños que la mercantil reclamante imputa a las medidas preventivas y restricciones adoptadas por las autoridades sanitarias a partir de la declaración del segundo estado de alarma motivado por la crisis de la COVID-19. Se aprecia que existía fundamento legal para la adopción de tales medidas, que la Administración autonómica ha actuado conforme a derecho aplicando adecuadamente el principio de precaución y que el perjuicio alegado no entraña un sacrificio “singular, excesivo y desigual” que sustente su carácter antijurídico, sino la concreción del riesgo inherente al ejercicio de una actividad económica que contribuye a la propagación de virus, sin que en las restricciones impuestas -extensivas a todo el sector- se atisbe discriminación arbitraria o desproporción.

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

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada, y, en consecuencia, debe desestimarse la reclamación presentada por

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.