

Dictamen Núm. 28/2022

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 10 de febrero 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 25 de octubre de 2021 -registrada de entrada el día 5 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 (instalaciones deportivas) derivados de las medidas adoptadas con motivo de la pandemia de COVID-19 a partir del 14 de marzo de 2020.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 12 de marzo de 2021, los representantes de las interesadas -mercantiles que giran todas ellas bajo un mismo nombre comercial y con un objeto social similar en el que se incluye, entre otras, la gestión de centros e instalaciones deportivas- presentan en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial “por el funcionamiento normal o anormal e irregular de los servicios públicos derivado

de las medidas adoptadas en el marco de la pandemia para reducir o evitar el impacto del COVID-19”.

Aducen que “la pretensión que aquí se ejercita no tiene por objeto la catástrofe en sí misma y las consecuencias derivadas de ella”, sino que lo que “se plantea es que este sistema ha conllevado el establecimiento de un conjunto de privaciones singulares, que son especialmente intensas y desproporcionadas, a un determinado colectivo como es aquel cuya actividad empresarial es la gestión de centros e instalaciones deportivas”.

Tras indicar que la reclamación “se dirige con carácter solidario frente a la Administración General del Estado, así como frente a las Administraciones de las Comunidades Autónomas en las cuales se ubican los centros o instalaciones deportivas antes referidas” -incluyéndose entre ellas las ciudades de Oviedo y Gijón-, señalan que, “si bien resulta evidente el papel protagonista que desempeña el Estado (...), no estamos ante una actuación exclusiva” del mismo “ya que las Comunidades Autónomas (...) han venido asumiendo progresivamente un protagonismo normativo claro: unas veces en el marco de la actividad general y otras en las actuaciones coordinadas que proceden de la actuación del Consejo Interterritorial de Salud”. Consideran que “se deduce una mayor intensidad de la intervención por parte del Estado en cada uno de los tres siguiente periodos:/ a) En cuanto al primer periodo (14 de marzo a 21 de junio), resulta evidente que el protagonismo fue del Estado en el marco de la vigencia del primer estado de alarma (...). b) En cuanto al segundo periodo (22 de junio a 25 de octubre), si bien las Comunidades Autónomas adquirieron un papel relevante en la decisión de las concretas medidas aplicables en su ámbito territorial, el papel fundamental lo continuó ostentando el Estado (...). c) Finalmente, en cuanto al tercer periodo (25 de octubre a 9 de mayo), cabe destacar que viene marcado por el nuevo estado de alarma decretado por el Gobierno. En efecto, los instrumentos que pone a disposición de las Comunidades Autónomas son el fundamento de todas las medidas adoptadas a nivel autonómico. En cualquier caso, lo que debe quedar claro es que es la actuación de ambas Administraciones (estatal y territorial) la que acaba

produciendo un daño efectivo en la esfera patrimonial” de las interesadas, al privarles de “la posibilidad de desarrollar su actividad económica y profesional en condiciones de normalidad, y que son las inherentes al conjunto de licencias y títulos jurídicos” que mantienen.

Denuncian que las medidas se han adoptado por las autoridades “fundadas en su discrecionalidad en el análisis y valoración de las circunstancias fácticas presentes en su ámbito territorial sin que, en muchos casos (...), exista una evidencia científica que justifique de forma absoluta la decisión adoptada”.

Como “normativas estatal y autonómica” generadoras de un “daño antijurídico” mencionan, en el primer periodo (del 14 de marzo al 21 de junio), “el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, y otra normativa complementaria, y se caracterizó por desarrollarse en dos fases:/ Una primera en la que fue establecida una orden de suspensión de toda actividad no esencial, así como el obligado confinamiento de la población (...). Una segunda fase, denominada de ‘desescalada’, en la que de manera progresiva se fue reactivando la actividad económica (...). Así, en este escenario, cabe señalar que en función de la fase de desescalada en la que se encontrara cada Comunidad Autónoma se permitía lo siguiente:/ Fase 1: (...) la reapertura al público de las instalaciones deportivas al aire libre y centros deportivos para la práctica deportiva individual con cita previa, conforme establece la Orden SND/399/2020, de 9 de mayo (...). Fase 2: (...) la apertura de instalaciones deportivas con cita previa y estableciendo turnos de horarios para la realización de actividades de un máximo de 2 personas con un aforo del 30 %, conforme a la Orden SND/414/2020, de 16 de mayo (...). Fase 3: (...) Las condiciones de reapertura de los centros e instalaciones deportivas consistirían básicamente en no superar el 50 % del aforo permitido, respetando siempre la distancia mínima interpersonal de seguridad de 1,5 metros. Para clases dirigidas se permitió la asistencia de entre 20 y 25 personas”. Desde la perspectiva del Principado de Asturias, durante este primer periodo o periodo inicial la normativa generadora del daño sería la recogida en “la Resolución de 13 de marzo de 2020, de la Consejería de Salud, por la que se adoptan medidas en materia de salud pública en relación con espectáculos

públicos, actividades recreativas, establecimientos, locales e instalaciones del Principado de Asturias”, en cuyo “primer punto (...) se suspende la celebración de una serie de espectáculos públicos y actividades recreativas, así como la apertura al público de (...) los ‘gimnasios’ (punto 5)”.

El “segundo periodo” (del 22 de junio al 25 de octubre de 2020) se caracteriza por “una flexibilización de las duras medidas aplicadas durante la vigencia del primer estado de alarma y en el que cabe también destacar el mayor protagonismo de los Gobiernos regionales (Comunidades Autónomas) en la adopción de esas medidas con el apoyo y control último del Gobierno central”. Como hitos de este periodo, a nivel estatal, resulta relevante aludir al “Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio”, en cuyo artículo 15 se establecieron “restricciones específicas para la práctica deportiva en las instalaciones deportivas” -al disponer que, “En todo caso, se deberá asegurar que se adoptan las medidas necesarias para garantizar una distancia interpersonal mínima de 1,5 metros”-, y a los “acuerdos adoptados por el Consejo Interterritorial (del) Sistema Nacional Salud”, precisando que “el contenido de los acuerdos que adopta es de obligada implementación posterior por las Comunidades Autónomas siempre que las medidas que se aprueben sean declaradas actuaciones coordinadas (...). Entre estos acuerdos cabe, por ejemplo, citar los siguientes (...): Acuerdo de fecha 30 de septiembre, en el que se aprobó que se declarasen como actuaciones coordinadas (...) una serie de medidas relacionadas con la restricción del contacto social en municipios especialmente afectados por una elevada propagación de la epidemia. Entre estas medidas, de aplicación para los municipios de más de 100.000 habitantes (...), se incluyó la limitación de la entrada y salida de personas de los municipios afectados y su participación en agrupaciones, el aforo máximo, la distancia y el horario de (...) instalaciones deportivas”. En cuanto al Principado de Asturias, la normativa generadora del daño durante este segundo periodo sería la contenida en el capítulo XII -“Actividades e instalaciones deportivas”- de la Resolución de 19 de junio de 2020, por la que se establecen medidas urgentes de prevención, contención y coordinación necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria

ocasionada por la COVID-19 tras la expiración de la vigencia del estado de alarma”, modificada posteriormente por la Resolución de 23 de octubre de 2020, de la Consejería de Salud.

En el “tercer periodo” (desde 25 de octubre hasta la presentación de la reclamación) “se decretó nuevamente el estado de alarma, si bien se delega en las Comunidades Autónomas la competencia para la adopción de las normas y medidas específicas en su territorio a través, normalmente, de decisiones adoptadas como órdenes de sus Consejerías de Sanidad”.

Argumentan que ello ha supuesto “una afectación directa a la actividad” de las reclamantes por cuanto que esta normativa conlleva: “Restricciones de apertura, total o parcial, respecto del horario normal del centro (...). Limitaciones de aforo (...). Limitaciones en cuanto a la utilización de las zonas y elementos de las instalaciones”, y además “se han venido dictando multitud de normas que inciden de manera indirecta en la propia actividad”, como los confinamientos perimetrales o la instauración del teletrabajo. En el caso del Principado de Asturias la normativa dictada a lo largo de este tercer periodo”, y a la que las reclamantes “asocian los daños y perjuicios cuya indemnización postulan, se recoge en los siguientes actos y disposiciones: 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 (...); Resolución de 18 de noviembre de 2020, de la Consejería de Salud, por la que se ordena la publicación del texto refundido de carácter informativo de las medidas urgentes de prevención, contención y coordinación necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19 tras la expiración de la vigencia del estado de alarma (...). Resolución de 18 de diciembre de 2020, de la Consejería de Salud (...). Resolución de 11 de enero de 2021, de la Consejería de Salud (...). Decreto 16/2021, de 5 de febrero, del Presidente del Principado de Asturias, por el que se prorrogan las medidas de prevención y control establecidas en los concejos de Noreña, Gijón, Mieres y San Martín del Rey Aurelio, ante la evolución de la situación epidemiológica derivada

de la COVID-19 (...). Resolución de 17 de febrero de 2021, de la Consejería de Salud, de prórroga de la declaración de alerta sanitaria 4+ (Nivel de Riesgo Extremo) en los concejos de Oviedo, Carreño y Gozón (...). Resolución de 22 de febrero de 2021, de la Consejería de Salud (...). Resolución de 23 de febrero de 2021, de la Consejería de Salud, por la que se deja sin efectos la declaración de situación de alerta sanitaria 4+ (Nivel de Riesgo Extremo) en los concejos de Oviedo, Carreño y Gozón.

Aluden a “un funcionamiento anormal de la Administración” concretado en “el diseño del sistema de lucha contra la enfermedad”, que ha tenido “como esencia la privación de derechos” de las reclamantes “en el ejercicio de sus actividades económicas” y que provoca “un daño antijurídico” al afectar a “derechos individuales (entre otros, los constitucionalmente reconocidos en el artículo 33 y 38 CE, esto es, la propiedad privada y la libertad de empresa)”, y sobre todo “a determinadas actividades” que se encuentran con una regulación que “les impide abrir, que les limita su horario o que condiciona la forma habitual y de plena legalidad en la que desarrollar su actividad./ Con esta decisión las Administraciones públicas producen un daño individualizado y concreto”. Niegan la concurrencia de “fuerza mayor, como causa extraña a la organización”, que pueda desvirtuar la reclamación, toda vez que “no es el COVID-19 el hecho generador del daño, sino las medidas adoptadas por las Administraciones públicas para paliarlo”. Por último, afirman la existencia un de daño en concepto de “lucro cesante y del daño emergente” cuya cuantificación se pospone a la espera de un documento pericial en elaboración, sin perjuicio de que se adelante “una suma total (de carácter preliminar) de ochocientos cincuenta mil euros”.

Posteriormente, mediante escrito presentado en el Registro Electrónico de la Administración el 10 de mayo de 2021 se cuantifica el perjuicio patrimonial sufrido por el grupo empresarial reclamante en todo el territorio nacional en la cantidad total de 8.090.184,66 €, de los cuales setecientos cuarenta y dos mil setecientos treinta y nueve euros con seis céntimos (742.739,06 €) corresponden al Principado de Asturias en atención a las instalaciones ubicadas

en el territorio de la Comunidad Autónoma. Se adjunta el informe pericial anunciado, elaborado por una firma de auditoría.

El día 26 de julio de 2021, las interesadas presentan en el Registro Electrónico de la Administración un escrito en el que se ratifican en la cantidad reclamada al Principado de Asturias.

2. Con fecha 28 de mayo de 2021, el Consejero de Salud dicta providencia por la que se dispone tramitar el “correspondiente procedimiento de responsabilidad patrimonial” y designar instructor del mismo, así como notificar este acto a las reclamantes y a la compañía aseguradora de la Administración.

En ella consta la fecha de recepción de la reclamación, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

3. El día 23 de julio 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”.

También como consideración previa, y en relación con la normativa que se invoca como generadora del daño, indica que “la Resolución de 13 de marzo de 2020 tuvo apenas unas horas de vigencia dado que a las 0:00 horas del 14 de marzo de 2020 entró en vigor el primer estado de alarma por el que todas las competencias en esta materia fueron asumidas por la Administración del Estado. No cabe, por tanto, desde el punto de vista epidemiológico hablar de impacto alguno de esta Resolución en términos sanitarios ni sociales (...). El periodo comprendido entre el 14 de marzo de 2020 y el 19 de junio de 2020 transcurrió bajo el amparo normativo del estado de alarma y por lo tanto en este periodo no cabe analizar la motivación o el alcance de la normativa autonómica porque no existía. El objeto de este informe comienza, por tanto, el 19 de junio de 2020 hasta el 28 de febrero de 2021 (...). La Resolución de 18 de noviembre que

también se cita es una recopilación de la normativa establecida hasta esa fecha de carácter informativo, como la propia Resolución señala, y no es objeto, por lo tanto, de análisis epidemiológico”.

A continuación, analiza de manera pormenorizada y sucesiva la necesidad, adecuación y proporcionalidad de las medidas adoptadas.

En cuanto a la “necesidad de las medidas”, reseña hasta un total de 5 fases distintas en la evolución seguida por la pandemia a lo largo de todo el periodo considerado -del 19 de junio de 2020 al 28 de febrero de 2021-, tomando 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 los gimnasios, 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”, 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 gimnasios (...) constituye uno (de) 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. De hecho (...) ocupan el segundo lugar en capacidad de producir infecciones adicionales, solo por detrás de los restaurantes”.

Ya centrados en el Principado de Asturias, señala 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 a locales cerrados, con acumulación de personas y donde la actividad es claramente difusora de partículas respiratorias, como es el caso de los gimnasios”.

En cuanto a la “proporcionalidad de las medidas” advierte que, “a pesar de que el sector de actividad de los gimnasios ha tenido a lo largo del periodo que se reclama restricciones en su actividad, comunes por otra parte a todos los demás sectores económicos, debe señalarse que ni siquiera en los momentos necesariamente más restrictivos por la evolución de la pandemia (...) tuvieron su actividad totalmente cerrada, permitiéndose siempre una parte de la misma”. Afirma que los datos analizados en este apartado 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./ Han sido además unas medidas que han ido modificándose en el tiempo y adaptándose a una situación epidemiológica cambiante, con situaciones de alta probabilidad de aparición de nuevos casos y de brotes combinándose con otras de evolución más positiva de la pandemia. Y tanto en uno como en otro caso se ha buscado siempre la combinación entre potenciar aquellas formas de vivir que se han mostrado eficaces en la lucha

contra la pandemia y minimizar a la vez la generación de efectos perjudiciales sobre las personas y su situación social y económica./ Para ello se ha tenido siempre en cuenta la necesidad de mantener la actividad del sector, modulándola hasta donde la situación de transmisión epidemiológica pudiera permitirlo”.

4. Mediante escrito de 2 de agosto de 2021, el Instructor del procedimiento comunica a las reclamantes 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.

5. El día 9 de agosto de 2021, las interesadas presentan un escrito en el registro de la Administración del Principado de Asturias en el que reiteran que “no se niega el efecto de la pandemia, sino que las (medidas) adoptadas para la reducción de sus efectos han causado un daño que se ha de resarcir (...). La indemnización solicitada (...) se funda no en la proporción de las medidas, sino únicamente en la circunstancia objetiva de que en la adopción de estas se ha causado un daño al privar” a las reclamantes “de la capacidad de ejercer su actividad en las condiciones que le atribuyen las leyes y que le garantizan las licencias en vigor (...). Son medidas que, ahora, se dicen como necesarias, imprescindibles, etc. (...), pero que realmente carecen de fundamentación y de evidencia, como la realidad está demostrando día a día, en la que existen actuaciones diferentes que no inciden en esta esfera de libertad y de propiedad y mantienen la lucha contra la pandemia en términos equivalentes o parecidos./ Las medidas adoptadas carecen de una evidencia que las haga indiscutibles y son fruto de una actuación de las Administraciones públicas que ha causado un daño singular que es, precisamente, el objeto de esta reclamación, y que no se enerva porque la opinión de los técnicos sea la justificación de las medidas./ Las medidas adoptadas han causado un daño, tienen su fundamento en la legítima indicación del artículo 3 de la Ley Orgánica 4/1981 pero deben compensar el mismo porque su carácter individualizado y económicamente evaluable hace que

su incidencia solo pueda ocurrir y ser admitida en derecho con base en la indemnización para su adopción”.

6. Con fecha 26 de agosto de 2021, el Instructor del procedimiento elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella distingue, respecto a la competencia de la Administración del Principado de Asturias para resolver sobre la reclamación formulada, entre el primer y el segundo estado de alarma. Así, en relación con el primero -el declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, que en virtud de sucesivas prórrogas se prolongaría hasta el 21 de junio de 2020-, señala que “las medidas que afectaron a la actividad” de las reclamantes “se adoptaron por el Estado, de modo que la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias carece de competencia para pronunciarse sobre los daños ocasionados” por las mismas. Por lo que se refiere al segundo -el declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 octubre, posteriormente prorrogado hasta el 9 de mayo de 2021-, admite la competencia del Principado de Asturias, que reside en el titular de la Consejería de Salud para resolver sobre la reclamación formulada, toda vez que, según se razona, “si bien el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, determinó directamente diversas medidas que pudieran haber ocasionado los perjuicios invocados (...), 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, 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, como se desprende inequívocamente del artículo 12 del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre”.

Argumenta que “las medidas de suspensión de la actividad y otras limitaciones en su ejercicio que dan lugar a la presente reclamación se adoptaron de acuerdo a lo señalado en los fundamentos de derecho de las (...) resoluciones dictadas al efecto por el Consejero de Salud, 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 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 las reclamantes “respetaban los requisitos de necesidad, adecuación y proporcionalidad”.

Añade que en el trámite de audiencia las reclamantes “no rebaten la evidencia científica” y la “argumentación técnico-sanitaria” expuesta en el informe del Jefe del Servicio de Salud Poblacional, por lo que tenían “el deber jurídico de soportar el daño que le comportaron las medidas”.

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 las reclamantes, “sino a todo el sector del que su actividad forma parte, 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 Jefe del Servicio de Salud Poblacional.

Sobre el importe reclamado en concepto de indemnización señala que, “dado que esta propuesta de resolución, en coherencia con lo argumentado (...), debe sugerir la desestimación de la reclamación (...), no procede pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización”.

7. En este estado de tramitación, mediante escrito de 25 de octubre 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), en principio estarían las diecisiete mercantiles reclamantes activamente legitimadas para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica parece haberse visto directamente afectada por los hechos que la motivaron. Ahora bien, tratándose de un grupo de empresas que giran bajo un mismo nombre comercial, la legitimación activa para reclamar frente al

Principado de Asturias queda necesariamente supeditada a la acreditación de que dispongan de establecimientos o instalaciones deportivas abiertas en el territorio de esta Comunidad Autónoma; dato que no consta en la documentación incorporada al expediente, si bien dos de ellas incorporan a su nombre el de "Oviedo" y "Gijón". En estas condiciones, debemos advertir que si en el pronunciamiento se apreciara la concurrencia de los requisitos que permiten declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración no cabría una estimación de la reclamación sin que esta, por el procedimiento legal oportuno, verifique que las mercantiles reclamantes disponen de instalaciones o establecimientos deportivos abiertos al público en el territorio del Principado de Asturias.

En cuanto a la legitimación pasiva de la Administración del Principado de Asturias, las interesadas indican que su reclamación "se dirige con carácter solidario frente a la Administración General del Estado, así como frente a las Administraciones de las Comunidades en las cuales se ubican los centros o instalaciones deportivas", entre las que se encontrarían incluidas las ciudades de Oviedo y Gijón. A pesar de ello, las mercantiles admiten que entre el 14 de marzo de 2020 -declaración del primer estado de alarma- y el 12 de marzo de 2021 -fecha de presentación de la reclamación- es posible individualizar un mayor o menor grado de participación de la Administración General del Estado o de la Administración autonómica en la generación de los daños, en función de la intensidad de la intervención de cada una a lo largo de este periodo.

Planteada la cuestión en estos términos, resulta evidente que en el periodo comprendido entre el 14 de marzo y el 20 de junio de 2020, en el que estuvo vigente el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, el Principado de Asturias carece de legitimación pasiva en la reclamación presentada, toda vez que a lo largo del mismo la única autoridad competente para hacer frente a la situación de emergencia sanitaria provocada por el COVID-19 era, tal y como se recogía en el artículo 4.1 del citado Real Decreto, el Gobierno de la Nación, bajo la dirección de su Presidente y las autoridades competentes delegadas -a saber, la Ministra de Defensa; el Ministro

del Interior; el Ministro de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, y el Ministro de Sanidad-, en los términos de lo establecido en el artículo 4.2 de dicha disposición. En nada altera esta conclusión el hecho de que en la tarde del día 13 de marzo de 2020 se publicara en el suplemento del *Boletín Oficial del Principado de Asturias* la Resolución de 13 de marzo de 2020, de la Consejería de Salud, por la que se adoptan medidas en materia de salud pública en relación con espectáculos públicos, actividades recreativas, establecimientos, locales e instalaciones del Principado de Asturias, cuyo apartado primero preveía la suspensión de “la celebración” de una serie de espectáculos públicos y actividades recreativas, así como de “la apertura al público” de los “Gimnasios” (punto 5)”, toda vez que este acto, cuyos efectos se habrían de desplegar “desde las 0:00 horas del día 14 de marzo de 2020”, se vio desplazado ese mismo día por la entrada en vigor del citado Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

Situación distinta se plantea a partir de las 00:00 horas del día 21 de junio de 2020, una vez expirado el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo. A partir de ese momento, restituidas las autoridades del Principado de Asturias en la plenitud del ejercicio de sus funciones y competencias, resulta incuestionable la legitimación pasiva de la Administración autonómica en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial en las que -tal y como acontece en la que nos ocupa- los daños y perjuicios cuya indemnización se postula derivan de las medidas adoptadas por sus autoridades. Ello no se vería alterado por la declaración del segundo estado de alarma, ya que el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre -vigente entre el 25 de octubre de 2020 y el 9 de mayo de 2021- no restringe las competencias de la Administración del Principado de Asturias, que conserva, en los términos de lo establecido en el artículo 12 de dicha norma, “las competencias que le otorga la legislación vigente, así como la gestión de sus servicios y de su personal, para adoptar las medidas que estime necesarias” a fin de hacer frente a la grave crisis sanitaria. La anulación de la “delegación” operada por el artículo 2 del mencionado Real Decreto como consecuencia de la Sentencia del Tribunal Constitucional

183/2021, de 27 de octubre -ECLI:ES:TC:2021:183-, tampoco trasciende a estos efectos pues la habilitación se constreñía a las medidas limitativas de los derechos de circulación y de reunión, y la referida sentencia explicita que la nulidad declarada “no afecta por sí sola, de manera directa, a los actos y disposiciones dictados sobre la base de tales reglas durante su vigencia”.

En definitiva, consideramos que el Principado de Asturias está pasivamente legitimado, como Administración sanitaria, a los efectos de responder de las eventuales consecuencias dañosas que pudieran haber sufrido las reclamantes a resultas de las medidas adoptadas por las autoridades autonómicas desde las 00:00 horas del día 21 de junio de 2020 hasta el momento de presentación de la reclamación.

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 “con carácter solidario frente a la Administración General del Estado, así como frente a las Administraciones de las Comunidades Autónomas en las cuales se ubican los centros o instalaciones deportivas” que se mencionan, entre los que se encontrarían incluidos algunos de al menos dos de ellas en las ciudades de Oviedo y Gijón, por los daños derivados de las medidas adoptadas por la Administración General de Estado y una serie de Comunidades Autónomas -entre ellas el Principado de Asturias- a partir del 14 de marzo de 2020 como consecuencia de la pandemia causada por el SARS-CoV-2.

En definitiva, con independencia de que a los efectos ahora considerados sea tenida en cuenta la fecha del 14 de marzo de 2020 -en que fue declarado el primer estado de alarma- o la del 21 de junio de 2020 -a partir de la cual estimamos que el Principado de Asturias se encuentra legitimado pasivamente en el presente procedimiento-, es claro que la reclamación ha sido formulada

dentro del plazo de un año legalmente establecido a contar desde la fecha de los actos que la motivan, 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 disponer 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 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, con carácter pleno, un deber de indemnizar singular y ajeno al artículo 106.2 de la Constitución, sino una habilitación para adoptar las medidas compensatorias que procedan “de acuerdo con las Leyes”.

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 asocien 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, reestructuración de la deuda financiera, etc.) y, en particular, diferentes convocatorias de ayudas públicas directas destinadas a minimizar el impacto económico de la pandemia. Entre otras, las impulsadas a nivel estatal por el Real Decreto-ley 5/2021, de 12 de marzo, de Medidas Extraordinarias de Apoyo a la Solvencia Empresarial en Respuesta a la Pandemia de la COVID-19, y en el ámbito del Principado de Asturias las articuladas a partir

del Fondo de ayudas urgentes por la COVID-19 durante el año 2021 para trabajadores por cuenta propia o autónomos, comunidades de bienes, sociedades civiles y pymes afectadas por la crisis de la COVID-19, creado a través de la disposición adicional novena de la Ley del Principado de Asturias 3/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales para 2021, y para el caso que examinamos las convocadas por Resolución de 15 de febrero de 2021, de la Consejería de Cultura, Política Llingüística y Turismo, por la que se convocan ayudas urgentes a trabajadores por cuenta propia o autónomos, comunidades de bienes, sociedades civiles y pymes del sector deportivo afectadas por la crisis de la 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, las mercantiles interesadas -que, según afirman, giran todas ellas bajo un mismo nombre comercial y con un objeto social similar, en el que se incluye la gestión de instalaciones y servicios deportivos- formulan una reclamación de responsabilidad patrimonial frente a la Administración General de Estado y el Principado de Asturias “por el funcionamiento normal o anormal e irregular de los servicios públicos derivada de las medidas adoptadas en el marco de la pandemia para reducir o evitar el impacto del COVID-19”.

Acotado, por la razonado en la consideración segunda, el alcance de la presente reclamación y, en consecuencia, el objeto de este dictamen a las medidas adoptadas por las autoridades del Principado de Asturias relativas a las restricciones de aforo, en relación con las instalaciones deportivas, para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2 desde las 00:00 horas del día 21 de junio de 2020 hasta el momento de presentación de la reclamación, procede advertir en primer lugar que, a la vista de la documentación incorporada al expediente, en el periodo considerado -del 21 de junio de 2020 al 12 de marzo de 2021- este tipo de equipamientos deportivos no han visto suspendidas, con carácter general, sus actividades, aunque notoriamente sí han supuesto una serie de limitaciones en el normal uso de las

instalaciones y actividades que en los mismos se prestan, en mayor o menor medida en función de las medidas impuestas en cada momento y ámbito territorial, con lo que ello puede suponer de afectación a las normales y legítimas expectativas de negocio de los titulares de estos centros. En estas condiciones, consideramos que, siquiera sea a efectos meramente dialécticos, puede darse por acreditado que las medidas específicas establecidas para los gimnasios en las distintas resoluciones dictadas por las autoridades del Principado de Asturias en el indicado periodo han podido causar un daño a los intereses de las reclamantes, que deberá ser cuantificado económicamente, a efectos de su indemnización, en el caso de que resultara procedente; es decir, si quedaran acreditados los requisitos que hemos dejado explicitados en la consideración anterior en orden a declarar una eventual responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias.

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 caso examinado, las mercantiles presentan una pericial encargada por el grupo de empresas en la que se estiman daños por importe de 742.739,06 € para los establecimientos radicados en el Principado de Asturias, sin deslindar el perjuicio que se causa a cada una de ellas. La falta de soporte probatorio individualizado, aunque lastra el *quantum* resarcitorio que pudiera reconocerse, no impide *per se* que se aprecie la efectividad del daño.

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 que de no haberse impuesto las restricciones la afluencia de usuarios a estas instalaciones deportivas hubiera sido similar a la de otras temporadas, pues los clientes habrían actuado de espaldas a las recomendaciones sanitarias. Y no puede tampoco orillarse que se han articulado diversas medidas compensatorias y se convocaron ayudas directas para estos operadores económicos en atención a los perjuicios derivados de las restricciones impuestas, que vienen contribuyendo a mitigar en parte el daño que pretenden ser resarcido. Incluso procede advertir 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 del daño por el que aquí se reclama, pues media la evidencia de que concurrían otras circunstancias externas derivadas de la compleja situación sanitaria que condicionaban la afluencia a estas instalaciones, y el perjuicio ha sido (o está siendo) compensado a través de otras vías, singularmente ayudas o subvenciones, y eventualmente podría haber sido también resarcido por estar asegurado el riesgo de restricción o cese temporal de actividad. En definitiva, se reclaman unas ganancias hipotéticas e inciertas que no responden a una cuantificación real y efectiva de los daños padecidos, y todo ello en un escenario extraordinario y anómalo que impide apreciar la efectiva realidad del perjuicio económico (742.739,06 €) 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”.

En la presente reclamación, las mercantiles reputan el daño como antijurídico argumentando que “el sistema que se diseñó” para combatir el COVID-19 “tenía la característica evidente de la afección de derechos individuales (entre otros, los constitucionalmente reconocidos en el artículo 33 y 38 CE, esto es, la propiedad privada y la libertad de empresa) a determinados colectivos y, sobre todo, a determinadas actividades (...). En esta situación y sin que, conocidamente, los gimnasios sean los causantes de la situación, se encuentran con una determinación que les impide abrir, que les limita su horario o que condiciona la forma habitual y de plena legalidad en la que desarrollar su actividad”.

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 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 cuya actividad implica una necesaria interacción social cercana y mantenida, y que suponen por tanto un especial riesgo en un escenario pandémico, 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 a los gimnasios en cumplimiento de diversas

resoluciones adoptadas desde el 21 de junio de 2021, en función de parámetros epidemiológicos (riesgos propios de la respectiva actividad, contagios, fallecimientos, ámbito territorial, etc.) similares a los establecidos en muchos otros ámbitos empresariales (hostelería, alojamiento, espectáculos, actividades culturales, etc.), no pasan de ser la consecuencia de la estricta ejecución de lo ordenado en el ejercicio de las competencias atribuidas a las autoridades sanitarias. En particular, en aplicación de las conferidas, con carácter irrenunciable, 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", y legitimadas a su vez, de una parte, en las previsiones contenidas en 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- y, de otra, en 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-, y 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-.

Constatado el fundamento legal para la adopción de las medidas, sobre la eventual antijuridicidad de las establecidas por los poderes públicos para la contención del COVID-19 en tanto que pudieran suponer una afectación a la libertad de empresa recogida en los artículos 35 y 38 de la Constitución ya ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Constitucional en la Sentencia 148/2021, de 14 de julio -ECLI:ES:TC:2021:148-. En ella se rechaza la alegada inconstitucionalidad de la suspensión de la apertura al público de determinados locales y establecimientos -entre los que se encuentran los gimnasios- impuesta por el artículo 10, apartado 3, del 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, argumentando que “la constricción extraordinaria del derecho fundamental a la libertad de empresa que se estableció en los apartados 1, 3 y 4 del artículo 10 del Real Decreto 463/2020 contó (...) con fundamento en la Ley Orgánica a la que se remite el artículo 116.1 CE (LOAES), y no resultó desproporcionada, por lo que se rechaza la pretensión de inconstitucionalidad formulada respecto a las medidas examinadas que, en la medida en que cuentan con suficiente respaldo constitucional, tienen capacidad para obligar tanto a los ciudadanos como a los poderes públicos (art. 9.1 CE), lo que se traduce en un correlativo deber de soportar dichas limitaciones, en atención a la gravedad de los bienes que se pretende proteger”; en concreto, “tanto la salud de todos como la suficiencia del sistema sanitario nacional (art. 43.1 y 2 C.E)”. En lógica derivación de esta conclusión, al momento de precisar el alcance de la declaración de inconstitucionalidad de determinados preceptos del reiterado Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo -entre los que no se encuentra por lo razonado el artículo 10.3, se advierte que, “al tratarse de medidas que los ciudadanos tenían el deber jurídico de soportar, la inconstitucionalidad apreciada en esta sentencia no será por sí misma título para fundar reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio”.

Al respecto, debemos hacer hincapié en que la inconstitucionalidad de los reales decretos que declaran el estado de alarma no afecta a la validez de las disposiciones administrativas de contención. Así lo explicitó el Tribunal Constitucional en las Sentencias 148/2021, de 14 de julio -ECLI:ES:TC:2021:148- y 183/2021, de 27 de octubre -ECLI:ES:TC:2021:183-, al señalar que la referida inconstitucionalidad “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”.

Al aval constitucional cabe añadir que las diferentes medidas adoptadas en el periodo comprendido entre el 21 de junio de 2020 y el 12 de marzo de 2021 lo fueron con base en criterios y estudios epidemiológicos, tal como se desprende del informe del Jefe del Servicio de Salud Poblacional, ajustándose 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.

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 las instalaciones deportivas 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 y 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. Precisamente en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 22 de diciembre de 2021 -ECLI:ES:TSJAS:2021:3960- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) se ventila el cumplimiento “de los requisitos de motivación y proporcionalidad exigidos en la legislación

invocada”, apreciándose la adecuada aplicación del principio de precaución o cautela, que permite adoptar medidas de protección ante riesgos potenciales “sin tener que esperar a que se demuestren plenamente la realidad y la gravedad de tales riesgos” (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de abril de 2014 -ECLI:EU:C:2014:255-, Sala Sexta, asunto C-269/13 P); que las restricciones a las actividades de ocio “se han revelado como idóneas para luchar contra el virus”, y que las impuestas por la Administración del Principado de Asturias “son proporcionadas al riesgo que tratan de evitar de aparición de nuevos brotes pandémicos” asociados a la aglomeración de personas en espacios cerrados en los que resulta “difícil y/o complicado” mantener las distancias de separación y otros cuidados, sin que se objetive discriminación o agravio comparativo sino “situaciones de riesgos de contagio diferentes”.

En consecuencia, las reclamantes tienen el deber jurídico de soportar el perjuicio derivado de las medidas preventivas, limitaciones de aforo y restricciones a su actividad empresarial acordadas por la autoridad sanitaria -respecto de las cuales no consta acreditado en el expediente remitido su cuestionamiento en vía administrativa-, debidamente motivadas y justificadas 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. Se aprecia que existe fundamento legal para las medidas adoptadas, 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 particularmente apta para la propagación del virus, sin que en las restricciones impuestas -extensivas a muchos otros sectores- 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.