

Dictamen Núm. 32/2022

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 17 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 26 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 (establecimiento de ocio) 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. Con fecha 15 de marzo de 2021, el representante de la interesada -mercantil que ejerce su actividad en locales que “tienen por objeto, principalmente, la explotación de máquinas recreativas y, en su caso, el mantenimiento y reparación de las mismas” y que en nuestra Comunidad Autónoma se ubica en un centro comercial- presenta 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”.

Señala que “el fundamento de la pretensión que (...) se ejercita no tiene por objeto la catástrofe en sí misma y las consecuencias derivadas de ella. Incluso, no es la intención de esta parte iniciar un debate sobre la conveniencia y/u oportunidad de las medidas dictadas por las Administraciones públicas. No, no es este el fundamento esencial del ejercicio de la acción, sin perjuicio de que puedan ser más o menos discutibles (...) a la vista del estado de la ciencia actual. Lo que aquí 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 y explotación de salas, salones instalaciones y máquinas recreativas o lúdicas”.

Indica 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 locales donde se desarrolla la actividad recreativa” por la reclamante” -entre las cuales se incluye uno situado en el Principado de Asturias-, y afirma que, “si bien resulta evidente el papel protagonista que desempeña el Estado en la adopción de medidas administrativas en la lucha contra la pandemia de la COVID-19 que han afectado a la capacidad de explotación de la actividad, no estamos ante una actuación exclusiva de la Administración General del Estado, pues dicho papel se ha completado o incrementado por la actuación de las Comunidades Autónomas, que 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”.

Considera que “los términos y el alcance de dicha limitación es realmente difícil de precisar en la cuantificación real del daño. No obstante (...), 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 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 la interesada, “al privarle 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 mantiene”.

Denuncia que “las autoridades han adoptado unas específicas medidas 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”.

Puntualiza que en el “periodo inicial” (del 14 de marzo al 21 de junio de 2020) las restricciones encuentran “su fundamento en 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 (...), 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 Orden SND/399/2020, de 9 de mayo (...), no contempla la apertura de los establecimientos y locales relacionados con las actividades recreativas y de ocio./ Fase 2: La Orden SND/414/2020, de 16 de mayo (...), establece en la letra d) de su artículo 12 que queda prohibida la utilización de las zonas recreativas, como pueden ser zonas infantiles, ludotecas o áreas de descanso, debiendo permanecer cerradas./ Fase 3: la Orden SND/458/2020, de 30 de mayo (...), permitió la apertura al público de las zonas comunes y las zonas recreativas de los centros y parques comerciales, limitando su aforo al 50 %./ Igualmente, se permite la reapertura al

público de los locales e instalaciones asimilables a los de actividad recreativa de juegos y apuestas, siempre que no se supere el 50 % del aforo permitido”.

Añade que en el periodo posterior al estado de alarma inicial (del 22 de junio al 25 de octubre de 2020) cabe 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./ Las principales normativas dictadas durante este segundo periodo que han tenido una incidencia tanto directa como indirecta en el sector de los juegos de ocio y recreativos son las siguientes:/ Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio (...). Esta norma no contempla medidas específicas para las actividades relacionadas con el juego de ocio, diversión y recreativos. No obstante, en su artículo 16, relativo a los restantes sectores de actividad, se dispone que: (...) En todo caso, se deberá asegurar que se adoptan las medidas necesarias para garantizar una distancia interpersonal mínima de, al menos, 1,5 metros (...). Acuerdos adoptados por el Consejo Interterritorial (del) Sistema Nacional Salud (...). 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 estas medidas, de aplicación para los municipios de más de 100.000 habitantes en los que concurran una serie de circunstancias, 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 (...) establecimientos, locales comerciales y servicios abiertos al público”.

En relación con el “tercer periodo” (del 25 de octubre al 9 de mayo de 2021), analiza la normativa dictada por el Principado de Asturias con incidencia en “el sector de las actividades de ocio y recreativas”. Cita, al respecto, 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 (...). Resolución de 19 de junio de 2020, de la Consejería de Salud”, 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, una vez superada la fase III del Plan para la transición hacia una nueva normalidad (...). Resolución de 14 de octubre de 2020, de la Consejería de Salud (...). Resolución de 3 de noviembre de 2020, de la Consejería de Salud (...). Resolución de 18 de diciembre de 2020, de la Consejería de Salud (...). Resolución del Consejero de Salud de 11 de enero de 2021 (...). Resolución del Consejero de Salud de 25 de enero de 2021 (...). Resolución del Consejero de Salud de 8 de febrero de 2021 (...). Resolución de 22 de febrero de 2021, de la Consejería de Salud". Sostiene que este conjunto de normas ha "supuesto una afectación directa" a su actividad por cuanto conlleva un "cierre total, en determinadas ocasiones, de los establecimientos y locales donde se realizan actividades relacionadas con el sector del juego (...). Restricciones de apertura parcial, respecto del horario normal del centro, con mayor incidencia en la franja nocturna, en la cual dicho sector tiene el mayor índice de actividad (...). Limitaciones de aforo (...). Limitaciones en cuanto a la utilización de las zonas y elementos de las instalaciones./ Pero es que además, de manera indirecta, se han venido dictando multitud de normas que inciden indirectamente en la propia actividad. Hacemos alusión, por ejemplo, a las limitaciones a la movilidad mediante la adopción de confinamientos perimetrales de municipios o zonas básicas que impiden que los usuarios puedan trasladarse a los establecimientos localizados".

Alude a "un funcionamiento anormal de la Administración derivado de una acción u omisión imputable a la misma", concretado en "el diseño del sistema y del alcance de las medidas contra la enfermedad que han implantado las Administraciones públicas y que tiene reflejo en numerosas disposiciones y actuaciones que han tenido como esencia la privación de derechos" de la reclamante "en el ejercicio de sus actividades económicas". Defiende "la existencia de un daño antijurídico" argumentando al efecto que "el sistema que se diseñó" para combatir el COVID-19 "tenía la característica evidente de la afeción 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 establecimientos y locales donde se explotan máquinas recreativas sin premios en metálico y donde se desarrollan actividades recreativas y de ocio (...) sean los causantes del agravamiento de la situación sanitaria, 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./ Todo ello, a diferencia de otros muchos sectores, como podría ser el (...) del comercio que, pese a que también se ha visto afectado por las medidas adoptadas por las Administraciones, estas no han sido tan restrictivas ni gravosas (...). Consecuentemente, con esta decisión las Administraciones públicas producen un daño individualizado y concreto que opera sobre su esfera patrimonial y que no tienen la obligación de soportar, en términos jurídicos". Considera además que, "de manera indirecta (...), las limitaciones horarias (‘toques de queda’) o las limitaciones de movilidad tienen importantes consecuencias en la asistencia de los usuarios a este tipo de establecimientos".

Por último, afirma la "existencia de daño o lesión en los bienes o derechos" de la reclamante en concepto tanto de lucro cesante como de daño emergente, cuya cuantificación se pospone a la espera de un documento pericial en elaboración, sin perjuicio de que se adelante "una suma total estimativa y con carácter provisional" de 43.647,24 €.

El día 2 de agosto de 2021, el representante de la interesada presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito en el que cuantifica el perjuicio patrimonial sufrido en la cantidad total de cincuenta y cinco mil ciento ochenta y seis euros con cuarenta y nueve céntimos (55.186,49 €). Adjunta el informe pericial anunciado, elaborado por una firma de auditoría.

2. Mediante Providencia de 28 de mayo 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.

3. El día 28 de agosto 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”.

En relación con la normativa que se invoca como generadora de los daños y perjuicios, señala que durante el periodo que se reclama se adoptaron diversas “medidas, con impactos diferentes según los distintos sectores productivos, pero sobre todo atendiendo en todo momento a la evolución de la pandemia expresada en los indicadores epidemiológicos y en los ámbitos geográficos concretos./ En el caso que nos ocupa, referido al local y a las máquinas infantiles (...), solamente las Resoluciones de 3 de noviembre y de 18 de diciembre interrumpen el funcionamiento del local al que se refiere la reclamación y eventualmente a las máquinas ubicadas en zonas comunes./ Todas las demás Resoluciones (19 junio 2020, 14 de octubre 2020 o 22 de febrero de 2021) establecen o bien una disminución del aforo que puede haber en cada momento, lo que no impide la circulación de un número de personas razonable para el mantenimiento rentable de la actividad del local, o (...) ni siquiera establecen restricciones en la actividad señalada, como ocurre en la Resolución de 22 de febrero”.

El análisis de la “necesidad de las medidas” se inicia con la individualización de hasta un total de 5 fases distintas en la evolución seguida por la pandemia a lo largo de todo el periodo objeto de reclamación -del 19 de junio de 2020 hasta el 28 de febrero de 2021-, utilizando 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 del local que nos ocupa han ido experimentando una variabilidad, expresada en las distintas Resoluciones aportadas por (la) reclamante, 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 diversas actividades relacionadas con el local que nos ocupa (...) constituyen otros tantos 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 Principado de Asturias, 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 a locales cerrados, con acumulación de personas y donde

la actividad es claramente difusora de partículas respiratorias, como sería el caso de un local con, entre otras cosas, 15 pistas de bolera”.

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./ 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 31 de agosto 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.

No consta la comparecencia de la reclamante en este trámite.

5. Con fecha 27 de septiembre 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-, indica que “las medidas que afectaron a la actividad de la reclamante 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 residencia 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. (...). 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.

Respecto al requisito de la antijuridicidad del daño, reseña 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 (...) las diversas 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 la reclamante respetaban los requisitos de necesidad, adecuación y proporcionalidad”.

Añade que la interesada “no ha rebatido con motivo del trámite de audiencia la evidencia científica” y la “argumentación científico-sanitaria” expuesta en el informe del Jefe del Servicio de Salud Poblacional, por lo que tenía “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 la reclamante, 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 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”.

6. En este estado de tramitación, mediante escrito de 26 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 estaría la interesada activamente legitimada para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica parece haberse visto directamente afectada por los hechos que la motivaron. Ahora bien, esta legitimación activa para reclamar frente al Principado de Asturias queda necesariamente supeditada a la acreditación de que la mercantil es titular de la actividad de ocio a la que hace referencia en su escrito. 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 la reclamante ejerce la actividad de ocio en el establecimiento al que se alude y que cuenta con las oportunas autorizaciones.

En cuanto a la legitimación pasiva de la Administración del Principado de Asturias, observamos que la interesada, además del local que afirma explotar en

el Principado de Asturias, parece ser titular de otros dos (uno en la Comunidad Autónoma Valenciana y otro en la Comunidad Autónoma de Andalucía), e indica que su 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 locales donde se desarrolla la actividad recreativa”. A pesar de ello, la mercantil admite que entre el 14 de marzo de 2020 -declaración del primer estado de alarma- y el 15 de marzo de 2021 -fecha de presentación 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, 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, 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 pudiera haber sufrido la mercantil reclamante 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 15 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 locales donde se desarrolla la actividad recreativa”, 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 tomada en cuenta la fecha del 20 de junio de 2020 -en que finalizó el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo- 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 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, 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 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, así como 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. 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 asunto, la mercantil interesada -que ejerce su actividad en locales que “tienen por objeto, principalmente, la explotación de máquinas recreativas y, en su caso, el mantenimiento y reparación de las mismas”, y que en nuestra Comunidad Autónoma se ubica en un centro comercial- formula una reclamación de responsabilidad patrimonial de carácter solidario 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 lo 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 en el sector del ocio 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 señalar, en primer lugar, que a la luz de las restricciones impuestas es razonable advertir un cierto impacto en la actividad de la reclamante, directamente relacionada con la normal apertura y ocupación de la gran superficie en la que se ubican sus instalaciones, pues estas han visto condicionado, en mayor o menor medida en función de las medidas impuestas en cada momento, tanto su aforo como sus horarios de apertura al público. En estas condiciones consideramos que, siquiera sea a efectos meramente dialécticos, puede darse por acreditado que las medidas específicas establecidas para el sector del ocio -unidas a las que afectaron a los centros comerciales- en las distintas resoluciones dictadas por las autoridades del Principado de Asturias en el indicado periodo se revelan en abstracto idóneas para ocasionar una merma en la expectativa de negocio de la aquí reclamante.

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, la mercantil presenta una pericial en la que se cifra el perjuicio patrimonial sufrido por la empresa en los distintos territorios en los que opera por importe de 55.186,49 €, sin deslindar el daño correspondiente a las instalaciones ubicadas en el Principado de Asturias. 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 supuesto 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 los locales donde la reclamante tiene ubicado su negocio 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 pretende sea 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.

La cuantía reclamada, que comprende daños ajenos a la Administración del Principado de Asturias, solo permite tener por cumplimentado un requisito de procedibilidad, cual es la valoración económica del daño “si fuere posible” (artículo 67.3 de la LPAC), y aunque no se acota o ajusta al daño que se reclama (el provocado por las medidas adoptadas por las autoridades del Principado de Asturias) merece un tratamiento *pro actione*, considerando que la indemnización se cuantifica prudencial o provisionalmente en 55.186,49 €. Sin embargo, huérfana esa valoración de un desglose por territorios, justificación o elemento de contraste, el mero alzado de una cifra 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 mediara 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 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 crítico para la rentabilidad del negocio, por lo que no puede estimarse acreditada la efectividad del perjuicio económico (55.186,49 €) 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, la mercantil reputa el daño como antijurídico argumentando que las restricciones impuestas "sin que, conocidamente, los establecimientos y locales donde se explotan máquinas recreativas sin premios en metálico y donde se desarrollan actividades recreativas y de ocio (boles, parques, etc.) sean los causantes del agravamiento de la situación sanitaria" impidieron marcadamente la normal apertura de sus instalaciones, mientras que en otros sectores, "como podría ser el sector del comercio", las limitaciones no fueron "tan restrictivas ni gravosas".

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 que giran sobre la afluencia de personas en espacios cerrados 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 de riesgos inherentes a la iniciativa económica.

Aplicado lo anterior al presente supuesto, nos encontramos con que las diferentes limitaciones impuestas a la actividad de ocio y la apertura de grandes superficies en cumplimiento de 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 de sus sucesivas prórrogas y modificaciones, no pasan de ser la consecuencia de la estricta ejecución de lo ordenado, en el contexto de la pandemia, 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 le vienen reconocidas en la normativa de aplicación, singularmente 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 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.

Las medidas autonómicas restrictivas de la libertad de circulación o del derecho de reunión han sido dictadas 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 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 "constriñen 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 de ocio 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”.

Referidas estas consideraciones a las restricciones impuestas por el Estado -tanto el confinamiento general como las limitaciones sectoriales-, no debe soslayarse que un daño puede ser antijurídico aunque la medida que lo origine se declare constitucional, y a la inversa, pues la aplicación de la disposición restrictiva al caso particular y el deber de soportar sus consecuencias se someten a parámetros de legalidad ordinaria, por más que sean análogos a los que el Tribunal Constitucional maneja en las sentencias antecitadas.

En este sentido se advierte que las posteriores restricciones denunciadas -ya sectoriales, y adoptadas por la autoridad autonómica- fueron también proporcionadas y acompasadas a la evolución del riesgo pandémico. 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 que afectaron al negocio de la reclamante 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 definitiva, este Consejo concluye que no queda acreditada la efectividad de los daños reclamados, y que no concurre el requisito de la antijuridicidad en los perjuicios que se asocian 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 particularmente apta para la propagación de virus, sin que en las restricciones impuestas -extensivas a otros sectores que igualmente comportan la concentración de personas en espacios cerrados- 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.