

Dictamen Núm. 33/2022

**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 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 (máquinas recreativas en establecimientos de hostelería) 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 dedicada a “la instalación y explotación de máquinas recreativas y deportivas en establecimientos de hostelería (bar)” y “titular de las empresas operadoras” que especifica- presenta en el registro de la Junta de Castilla y León una reclamación de responsabilidad patrimonial -dirigida a la “Administración General del Estado”, a la “Administración Autónoma (Junta de Castilla y León)” y a la “Administración Autónoma del Principado de Asturias”- por los daños sufridos

“como consecuencia de los cierres y limitaciones de aforos establecidos desde el 14 de marzo de 2020 hasta el 8 de marzo de 2021”.

Refiere que “la declaración del estado de alarma en virtud del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, y sucesivas prórrogas (...), desencadenó un proceso imparable de adopción de medidas de diferente naturaleza orientadas a hacer frente a la situación de emergencia sanitaria y proteger la salud y la seguridad de los ciudadanos a costa de la limitación de la movilidad, así como el impedimento de ejercicio de actividades mercantiles, y muy en concreto de la hostelería y restauración (...), tales como la limitación de la libre circulación de las personas en horario nocturno (‘toque de queda’), la limitación de la entrada y salida de los territorios de las comunidades autónomas y ciudades con Estatuto de autonomía (‘cierre perimetral’) o la limitación de grupos de personas en espacios públicos y privados”.

Señala que “para la implementación de estas medidas el Gobierno ha habilitado a las autoridades competentes de las comunidades y ciudades autónomas, lo que ha desencadenado una espiral normativa desenfrenada en sus respectivos territorios./ Estas medidas, tanto las estatales como las autonómicas, han producido y están produciendo importantes efectos y consecuencias desfavorables para la población en general, para la economía en su conjunto y para el sector empresarial e industrial en particular”, ocasionando “graves pérdidas económicas en todos los sectores empresariales, y más en concreto los relacionados con la hostelería”.

Afirma que “no consta demostrado ni acreditado que las medidas adoptadas en relación a las limitaciones de aforos y cierres de establecimientos de hostelería hayan servido para minorar la propagación de la pandemia. Mucho menos el uso de las máquinas en hostelería cuando han estado abiertos, dado que sí se ha permitido el uso de las máquinas, por ejemplo expendedoras, o de tabaco./ Así, consta que la incidencia COVID-19 en hostelería ha estado entre el 1,2 y el 3,5 %” según “los informes oficiales del Ministerio de Sanidad, y no se observa aumento de los contagios en las épocas de cierre de hostelería”. No está “demostrado, igualmente, que el uso de las máquinas recreativas propague la infección”.

Tras analizar la configuración legal de los supuestos en los que procede la exigencia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, así como la concurrencia en el presente caso de responsabilidad de la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas a las que se dirige “a fin de dirimir las responsabilidades de una u otra”, valora los daños y perjuicios que considera se le han producido y cuya indemnización solicita. Para ello que se sirve de un documento que adjunta, titulado “Memoria explicativa situación económica (...) COVID-19”, cuyo contenido “acredita el tiempo que ha permanecido la empresa (...) sin obtener beneficios ni ingresos y asumiendo las pérdidas provocadas debido a las medidas del cierre de la hostelería”, precisando que la mercantil “tiene un volumen de ingresos a 31 de diciembre de 2019 que asciende a 328.923,40 € y unos gastos que ascienden 373.263,80 €, o un beneficio conjunto de 16.659,60 €./ En comparativa, en el año 2020, a 31 de diciembre, el volumen de ingresos tiene un montante de 202.002,00 € y (...) unos gastos asociados por importe de 223.114,38 €, arrojando unas pérdidas de 21.112,38 €./ La diferencia anual de ingresos 2019 a 2020 asciende a 187.921,40 €, una reducción del 48,19 %. En enero de 2021 únicamente se ha estado abierto los doce primeros días del mes, febrero cerrado y marzo hasta el día 7./ La recaudación en ese periodo asciende a 10.786 €./ Los gastos en este periodo suman 33.018,67 €, dentro de estos se encuentra la parte proporcional de Tasa de la Junta de Castilla y León y del Principado de Asturias hasta el 7 de marzo de 2021. Por lo que en el periodo de 2021 hasta el 7 de marzo se han producido unas pérdidas de 21.112,38 €./ El cálculo del lucro cesante se ha obtenido como diferencia de resultados desde 1 de enero de 2020 hasta 7 de marzo de 2021, comparado con el periodo de referencia desde el 1 de enero de 2019 hasta el 31 de diciembre de 2019 y desde el 1 de enero hasta el 28 de febrero del 2020, comparado con el mismo periodo de 2021. Cabe indicar que las cifras de ingresos y gastos de enero y febrero de 2020, comparadas con el mismo periodo de 2019, son similares, quedando sin efectos en estos términos para el cálculo del lucro cesante./ Año 2019: 16.659,60 €./ Año 2020: - 21.112,38 €./ Año 2021 (hasta el 7 de marzo): - 22.282,67 €”. Concluye que la

cifra total del lucro cesante para el periodo considerado asciende a sesenta mil cincuenta y cuatro euros con sesenta y cinco céntimos (60.054,65 €).

**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 23 de agosto de 2021, el Jefe del Servicio de Salud Poblacional emite informe sobre la reclamación formulada. En él señala 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”.

Advierte sobre “la extremada inespecificidad de la reclamación (...), ya que la misma no nos permite establecer con precisión qué medidas concretas y en qué periodos pudieron causar la supuesta pérdida reclamada. No existe tampoco mención a la normativa específica que afecte a las máquinas recreativas”, que se reseña como “actividad mercantil a la que se refiere” la reclamante. Dado que parece atribuir el perjuicio patrimonial sufrido a “las medidas adoptadas en el ámbito de la hostelería (...), el presente informe se centrará” en ese sector.

El análisis de la “necesidad de las medidas” se inicia con la individualización de hasta un total de “más o menos 5 fases de evolución que podemos analizar en términos de incidencia acumulada” a lo largo de todo el periodo objeto de reclamación -del 14 de marzo de 2020 al 8 de marzo de 2021-. Ello ha supuesto que “para afrontar cada una de estas situaciones” se fueran “adoptando medidas que, en el caso de la hostelería, han ido experimentando una variabilidad motivada por la evolución descrita y la

necesidad de adecuar las medidas a esa evolución, teniendo en cuenta la situación tanto epidemiológica como socioeconómica de la población”.

Sobre la “adecuación de las medidas” adoptadas, indica que se han llevado a cabo con base en el “conocimiento de ciertos aspectos del comportamiento del virus que pueden ya considerarse como establecidos y más allá de toda duda razonable”. Reseña las conclusiones recogidas en un documento técnico del Ministerio de Sanidad denominado “Evaluación del riesgo de la transmisión de SARS-CoV-2 mediante aerosoles”, publicado el 18 de noviembre de 2020, que señala, en el apartado dedicado a las “Condiciones dependientes del escenario”, que “el riesgo en interiores es claramente superior frente a exteriores. Al inicio de la pandemia, sin ninguna medida de protección, un estudio de seguimiento de 110 casos y contactos calculó un riesgo de transmisión de unas 20 veces mayor en interiores frente a exteriores”. Y, respecto a las posibles “intervenciones no farmacológicas”, describe una batería de aquellas que estima necesario considerar, ya sean individuales o colectivas, entre las que se incluye, por lo que aquí y ahora interesa, y de acuerdo con el “documento publicado en septiembre por el European Centre for Disease Prevention and Control”, el cierre de determinados “negocios seleccionados”, como sería el caso de los de hostelería, al tratarse de “lugares donde las personas tienen posibilidades limitadas de distanciamiento físico”. En apoyo de esta conclusión cita una “reciente publicación el 10 de noviembre en Nature (...), en base a patrones de movilidad de 98 millones de personas en diez de las áreas metropolitanas más grandes de Estados Unidos”, cuyos datos permiten observar “como la reapertura de los establecimientos de restauración (...) y hostelería (...) constituyen los principales lugares de provocación de infecciones adicionales que tendrían lugar, frente a la medida de mantenimiento del cierre y se sitúan muy claramente por delante de otros sectores de actividad”.

Centrados en el “papel de la hostelería en la transmisión en Asturias” de la pandemia, se aprecia que “entre los eventos detectados en nuestra Comunidad Autónoma cobran especial relevancia por el número de personas afectadas los producidos dentro del ámbito social, y dentro de estos los relativos al sector de hostelería”, como lo prueba el dato de que “del total de casos que

están vinculados a un evento en Asturias el 25 % (602 de un total de 2.437) correspondan al ámbito de la hostelería, mientras que del total de contactos estrechos generados en brotes el 29 % (871 de 3.052) presentan un vínculo indiscutible con establecimientos de hostelería". A idénticas conclusiones se llega analizando el impacto de la pandemia entre los trabajadores del sector de la hostelería, tal y como se desprende del análisis de los datos que arrojan las bajas laborales en este sector a lo largo de la pandemia, que ponen de relieve que "las restricciones en la actividad hostelera tienen un efecto beneficioso en la disminución de la transmisión de la COVID-19 entre los trabajadores del sector y guardan una buena correlación con las medidas restrictivas que se van adoptando".

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

**4.** Mediante escrito de 23 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.

**5.** El día 16 de septiembre de 2021, comparece en las dependencias de la Consejería de Salud un representante de la mercantil reclamante debidamente acreditado al efecto mediante poder general para pleitos que queda incorporado al expediente, y se le hace entrega de una copia completa de este.

Con fecha 21 de septiembre de 2021 la interesada presenta un escrito en el que aclara que, si bien la reclamación fue interpuesta el "15 de marzo de 2021 ante la Administración General del Estado y (...) las Administraciones Autonómicas de Castilla y León y Asturias", estas alegaciones "se centrarán, únicamente, en la (...) que se formula ante el Principado de Asturias por los daños y perjuicios sufridos durante la vigencia del segundo estado de alarma

declarado por el Real Decreto 926/2020, que fueron consecuencia de las decisiones adoptadas por la Administración autonómica asturiana”.

Tras identificar las diferentes medidas adoptadas por la Administración del Principado de Asturias para hacer frente a la pandemia y su afectación a los establecimientos de hostelería y a los establecimientos y locales de juego y apuestas, afirma que “a partir de octubre de 2020, en el contexto del segundo estado de alarma declarado por el R. D. 926/2020, es la Comunidad Autónoma la que acuerda las medidas referidas, focalizándose muchas de ellas en la hostelería y el juego./ En cambio, otras actividades recreativas se pudieron desarrollar sin restricciones./ El sector del juego se ha visto afectado por un daño patrimonial singular y, por tanto, debe (...) ser objeto de compensación por parte de la Administración”. Denuncia que “lo que no se ha acreditado en modo alguno por el Principado es que la apertura de los establecimientos de hostelería fuera un elemento de riesgo cierto y grave para la salud pública”, toda vez que “no valoró criterios científicos, o estudios de expertos reputados, que concluyeran esa imperiosa necesidad de suspender la actividad en los establecimientos de hostelería. Se adoptó esta decisión sin que la misma se basara en algo más que suposiciones y, en opinión del compareciente, de modo arbitrario”.

Considera que “las normas dictadas por el Gobierno autonómico no han sido fundamentadas objetivamente. Y, más bien al contrario, carecen de motivación suficiente y, por tanto, son arbitrarias./ No se sustentan en el debido juicio de racionalidad (...). Además, el Principado no goza de la capacidad legislativa necesaria para ordenar las restricciones contenidas en las normas señaladas, lo que conlleva la nulidad” de las mismas.

En cuanto a los principios de igualdad y no discriminación, alega que “no todas las empresas merecieron el mismo trato por parte de la Administración./ Fueron muchas las actividades que quedaron exentas del cierre: comercios de alimentación, de bebidas, de artículos de primera necesidad, farmacias, parafarmacias, ópticas, prensa y revistas, estancos, talleres, ITVs, equipos tecnológicos, tintorerías, lavanderías, peluquerías o recogida de comidas”.

También desde esta misma perspectiva constitucional, denuncia una “vulneración del derecho a la libertad de empresa”.

Finalmente, “invoca la doctrina del daño sacrificial y su indemnización, a la que se refiere, entre otras, la STC 85/2019, de 19 de junio, que declaró nulos algunos incisos del art. 294.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial”, mencionando otros preceptos que reconocen “el carácter indemnizable de sacrificios que se imponen a los ciudadanos para evitar males mayores./ Por ejemplo, el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955, en su art. 3, con el fin de asegurar el mantenimiento del orden público; o para evitar la propagación de incendios, como regula el art. 3.2 del R. D. Legislativo 1/2006, de la CCAA de Madrid; o bien, los daños que puede causar la policía en personas distintas del delincuente, indemnizables de acuerdo con el art. 7.2 de la Ley Orgánica 40/2015, de 1 de octubre./ Se justifica el sacrificio por el beneficio social obtenido, al igual que sucede con la expropiación forzosa. De hecho, cuando se analiza el artículo 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981 se pone de ejemplo la indemnización por el perjuicio causado por las expropiaciones que se hubieran realizado con tal motivo. Se reconoce el derecho a resarcimiento de los daños y perjuicios causados, derivados de las medidas adoptadas a consecuencia de la declaración de estado de alarma, excepción y sitio, sin necesidad de que estas medidas sean declaradas contrarias al ordenamiento jurídico”.

**6.** Con fecha 24 de septiembre de 2021, el Instructor del procedimiento elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella analiza y defiende, en primer lugar, la competencia de la Consejería de Salud para resolver sobre la reclamación formulada. Al efecto razona, partiendo de lo establecido en el artículo 33.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que “si bien el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, determinó directamente diversas medidas (como limitaciones de circulación en horario nocturno o de entrada y salida en ciertos ámbitos territoriales) (...), el escrito de reclamación imputa el daño sufrido por la reclamante a los cierres y limitaciones de aforo de los establecimientos de hostelería y restauración./ Este tipo de

medidas se adoptaron por el Consejero de Salud del Principado de Asturias, con independencia de la declaración de dicho estado de alarma”.

Concretado de este modo el origen de los daños y perjuicios cuya indemnización se reclama en las diferentes medidas de suspensión de la actividad y otras limitaciones adoptadas por el titular de la Consejería de Salud en diferentes resoluciones, se desecha la antijuridicidad del daño por el que se reclama. Razona, al efecto, que estas resoluciones fueron dictadas “al amparo de los artículos 1 a 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública; del artículo 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y del artículo 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública”, y que las leyes citadas, particularmente la Ley General de Salud Pública, “constituyen el canon para determinar si los destinatarios de las medidas acordadas para proteger la salud pública tienen el deber jurídico de soportar el daño que les ocasionen”. Añade que singularmente el artículo 54 de la Ley General de Salud Pública “hace referencia al requisito de necesidad de las medidas en su apartado 1 y al principio de proporcionalidad en su apartado 3, segundo párrafo. La necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de salud pública se prevé también en el artículo 3.c) de la citada ley, en relación con el principio de pertinencia. A estos dos requisitos la jurisprudencia ha añadido el de idoneidad o adecuación de las medidas”.

Indica que “las medidas que afectaron al negocio de la reclamante respetaban los requisitos de necesidad, adecuación y proporcionalidad”, y subraya, respecto a las aseveraciones en sentido contrario formuladas en el trámite de alegaciones, que las mismas no rebaten “la evidencia científica expuesta” en el informe del Jefe del Servicio de Salud Poblacional.

En cuanto al requisito del “daño individualizable”, sostiene que “teniendo en cuenta que las medidas de protección de la salud que supuestamente ocasionaron el daño no iban dirigidas específicamente a la reclamante, sino a todo el sector del que su actividad forma parte, no puede considerarse que dicho daño reúna el requisito exigido”.

Por otra parte, aprecia la concurrencia de “fuerza mayor” como causa de exclusión de la responsabilidad, toda vez que “es evidente que la Administración

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

Respecto al alegato relativo a una supuesta vulneración del principio de no arbitrariedad, argumenta que las normas aprobadas "contienen una extensa motivación de las medidas adoptadas, no solo a los efectos de la legislación de procedimiento administrativo, sino también de la sanitaria", y niega que el Principado de Asturias carezca -como alega la reclamante- "de la capacidad legislativa necesaria para ordenar las restricciones contenidas en las normas señaladas", aspecto este sobre el que ya ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, entre otras, en la Sentencia 220/2021, de 26 de marzo.

También rechaza una vulneración de los principios de igualdad y no discriminación en relación con otros sectores de actividad, pues el informe del Servicio de Salud Poblacional acredita de manera detallada la existencia de "razones objetivas que implican la diferencia de trato".

El mismo reproche se formula respecto a la alegación de una pretendida vulneración del derecho a la libertad de empresa, ya que -tal y como razona- la libertad de empresa no es un derecho fundamental y, en todo caso, la posibilidad de que las Comunidades Autónomas adopten medidas de protección frente a la pandemia que supongan una afectación, en forma de restricción o limitación a los derechos fundamentales, además de resultar posible en los términos de lo establecido en los artículos 10.8 y 11.1.i) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, según redacción dada a estos preceptos por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de Medidas Procesales y Organizativas para hacer frente al COVID-19 en el Ámbito de la Administración de Justicia, esta posibilidad ha sido reconocida por el Tribunal Supremo en las Sentencias 719/2021, de 24 de mayo, y 788/2021, de 3 de junio. Añade que "la limitación del derecho a la libertad de empresa durante

dicho estado de alarma se ha considerado conforme a la Constitución por parte del Tribunal Constitucional, de acuerdo con la (...) Sentencia 148/2021, de 14 de julio”.

Finalmente, sobre el importe reclamado, niega “valor probatorio” al documento presentado por “tratarse de un simple listado, aparentemente emitido por la reclamante, que no está respaldado por otros documentos de carácter fiscal o contable (...) o por la intervención de un tercero”. A ello ha de añadirse que, respecto a “la responsabilidad que se imputaría a la Administración del Principado de Asturias, no se ha cuantificado el importe correspondiente a las máquinas instaladas en establecimientos de hostelería ubicados en el territorio de la Comunidad Autónoma. En este sentido, ni siquiera se ha aportado indicio alguno de que la empresa disponga de máquinas recreativas en el Principado de Asturias”.

**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 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, como se advierte en la propuesta de resolución, la reclamante “ni siquiera (...) ha aportado indicio alguno de que (...) disponga de máquinas recreativas en el Principado de Asturias”. En estas condiciones, debemos advertir de 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 mercantil es titular de las máquinas o instalaciones cuya potencialidad recaudatoria se ha visto mermada ante las medidas restrictivas impuestas en el territorio de nuestra Comunidad Autónoma.

La presente reclamación se circunscribe a los daños ocasionados tras la entrada en vigor del segundo estado de alarma declarado por la situación sanitaria provocada por la COVID-19, y 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 durante la vigencia del segundo estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre.

**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, y en ella la interesada -dedicada a la instalación y explotación de máquinas recreativas y deportivas en establecimientos de hostelería- solicita ser indemnizada por los daños y perjuicios sufridos “como consecuencia de los cierres y limitaciones de aforos establecidos desde el 14 de marzo de 2020 hasta el 8 de marzo de 2021”, si bien, como ya hemos indicado en la consideración anterior y en lo que respecta a la Administración del Principado de Asturias, la reclamación queda circunscrita a los daños ocasionados tras la entrada en vigor del segundo estado de alarma decretado por la situación sanitaria; esto es, el declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre.

En el caso sometido a nuestra consideración se advierte que, durante la vigencia de este segundo estado de alarma declarado a partir del 25 de octubre de 2020, la primera de las medidas específicas adoptadas por la Administración del Principado de Asturias en relación con el sector de la hostelería -a las que la reclamante anuda con nitidez los daños y perjuicios por los que acciona- supuso la “suspensión de la apertura al público” con la sola excepción de “los servicios de preparación, recogida en el local y distribución de comida a domicilio”, conforme al resuelto primero.5.4 de la Resolución de 3 de noviembre de 2020, de la Consejería de Salud, por la que se establecen medidas urgentes de carácter extraordinario, urgente y temporal de prevención, contención y

coordinación, necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, publicada en el suplemento del *Boletín Oficial del Principado de Asturias* de 3 de noviembre de 2020, y con entrada en vigor a las 0:00 horas del 4 de noviembre de 2020. En consecuencia, es claro que la presente reclamación ha sido formulada dentro del plazo de un año legalmente establecido a contar desde la fecha del acto que la motiva, reparándose además en que ha sido presentada con anterioridad a la fecha de cesación de los efectos lesivos, lo que no obsta su tramitación.

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

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

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

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

Dado que se reclaman aquí daños ocasionados durante la declaración del estado de alarma, se advierte que el artículo 3.2 de Ley Orgánica 4/1981, de 1

de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio, dispone asimismo que “Quienes como consecuencia de la aplicación de los actos y disposiciones adoptadas durante la vigencia de estos estados sufran, de forma directa, o en su persona, derechos o bienes, daños o perjuicios por actos que no les sean imputables, tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las leyes”.

Con relación al alcance de este precepto procede señalar, en primer lugar, que la declaración del estado de alarma no altera el principio de responsabilidad del Gobierno y sus agentes porque así viene impuesto por el artículo 116.6 de la propia Constitución, al 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 -dedicada a “la instalación y explotación de máquinas recreativas y deportivas en establecimientos de hostelería (bar)”- solicita de la “Administración General del Estado”, de la “Administración Autonómica (Junta de Castilla y León)” y de la “Administración Autonómica del Principado de Asturias” ser resarcida por los daños y perjuicios que considera sufridos como consecuencia de las medidas adoptadas en el marco de la pandemia del COVID-19 para reducir o evitar su impacto. Concretamente, asocia los perjuicios cuya indemnización pretende a los cierres y limitaciones de aforos dispuestas para el sector de la hostelería por esas tres Administraciones entre el 14 de marzo de 2020 y el 8 de marzo de 2021.

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 para el sector de la hostelería a partir del 25 de octubre de 2020, fecha de entrada en vigor del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el Estado de Alarma para contener la Propagación de Infecciones causadas por el SARS-CoV-2, 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 ocupación de los locales de hostelería donde instala sus máquinas recreativas y de juego, pues esos establecimientos 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 de la hostelería 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 única prueba aportada por la mercantil carece de virtualidad a los efectos que se pretenden, pues consiste en unos cuadros comparativos de elaboración propia y carentes de respaldo documental en los que se recoge el balance de las "pérdidas y ganancias" experimentadas por la

empresa en el año 2019 (último año natural previo a la pandemia), en contraste con las correspondientes al año 2020 y las supuestamente registradas hasta el 28 de febrero de 2021, que arrojan un balance total de pérdidas para todo el periodo (del 14 de marzo de 2020 al 8 de marzo de 2021) de 60.054,65 €. Advertida la inconsistencia de esa prueba, ha de puntualizarse que esa suma de pérdidas se predica de la actividad de la reclamante en distintos territorios, interesándose así en globo una indemnización de 60.054,65 €, sin ulterior desglose de la “Administración General del Estado”, la “Administración Autonómica (Junta de Castilla y León)” y la “Administración Autonómica del Principado de Asturias”. Acotados en el trámite de alegaciones los daños reclamados a los derivados de las medidas adoptadas por el Principado de Asturias, se prescinde sin embargo de deslindar la cuantía del daño global que se imputa a las pérdidas experimentadas en el territorio de nuestra Comunidad Autónoma.

Aparte de esa indeterminación, 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 de hostelería donde la reclamante tiene instaladas sus máquinas recreativas y su uso por esos clientes hubiera sido similar a la de otras temporadas, pues estos 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 el 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 60.054,65 €. 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.<sup>a</sup>); 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 (60.054,65 €) 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 “lo que no se ha acreditado en modo alguno por el Principado es que la apertura de los establecimientos de hostelería fuera un elemento de riesgo cierto y grave para la salud pública”, toda vez que “no valoró criterios científicos, o estudios de expertos reputados, que concluyeran esa imperiosa necesidad de suspender la actividad en los establecimientos de hostelería. Se adoptó esta decisión sin que la misma se basara en algo más que suposiciones y, en opinión del compareciente, de modo arbitrario”.

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 al ejercicio de la actividad de hostelería 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 “constrañen intensísimamente, con carácter temporal, el libre mantenimiento de la actividad empresarial”, han de considerarse constitucionales en la medida en que quedan amparadas “siempre que se orienten a la protección de otros bienes de relevancia constitucional (...) y resulten razonablemente adecuadas y

necesarias". Tras advertir que las limitaciones a la actividad hostelera fueron adoptadas también por otros países europeos y "aparecen pues como idóneas y necesarias para frenar la expansión de la epidemia", se reitera que aquella "constricción extraordinaria" no resultó desproporcionada, y colige el Alto Tribunal que ello "se traduce en un correlativo deber de soportar dichas limitaciones".

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 ejerce 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 las máquinas recreativas 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 hostelería y restauración “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,