

Dictamen Núm. 40/2022

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 24 de febrero de 2022, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 25 de octubre de 2021 -registrada de entrada el día 5 del mes siguiente-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios en su actividad económica (instalaciones deportivas) derivados de las medidas adoptadas con motivo de la pandemia de COVID-19 a partir del 14 de marzo de 2020.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 12 de marzo de 2021, el representante de la interesada -mercantil dedicada a la gestión de centros e instalaciones deportivas entre los cuales uno está situado en un centro comercial en el Principado de Asturias- presenta en el registro autonómico una reclamación de responsabilidad patrimonial “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”.

Señala que “la pretensión que (...) se ejercita no tiene por objeto la catástrofe en sí misma y las consecuencias derivadas de ella (...). 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 de centros e instalaciones deportivas”.

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 centros o instalaciones deportivas antes referidos”, y afirma que, “si bien resulta evidente el papel protagonista que desempeña el Estado (...), no estamos ante una actuación exclusiva (...), 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 “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 de 2020), “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 de 2020), “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 de 2020 a 9 de mayo de 2021), “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 medidas se han adoptado por las autoridades “fundadas en su discrecionalidad en el análisis y valoración de las circunstancias fácticas presentes en su ámbito territorial, sin que en muchos casos (...) exista una evidencia científica que justifique de forma absoluta la decisión adoptada”.

Como “normativas estatal y autonómica” generadoras de un “daño antijurídico”, menciona 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 reapertura al público de las instalaciones deportivas al aire libre y centros deportivos para la práctica deportiva individual con cita previa, conforme establece la Orden SND/399/2020, de 9 de mayo (...). Fase 2: (...) la apertura de instalaciones deportivas con cita previa y estableciendo turnos de horarios para la realización de actividades de un máximo de 2 personas con un aforo del 30 %, conforme a la Orden SND/414/2020, de 16 de mayo (...). Fase 3: (...) Las condiciones de reapertura de los centros e instalaciones deportivas consistirían básicamente en no superar el 50 % del aforo permitido, respetando siempre la distancia mínima interpersonal de seguridad de 1,5 metros. Para clases dirigidas se permitió la asistencia de entre 20 y 25 personas”. Desde la perspectiva del Principado de Asturias, durante este primer periodo o periodo inicial la normativa generadora del daño sería la recogida en “la Resolución de 13 de marzo de 2020, de la Consejería de Salud, por la que se adoptan medidas en materia de salud pública en relación con espectáculos públicos, actividades recreativas, establecimientos, locales e instalaciones del Principado de Asturias”, en cuyo “primer punto (...) se suspende la celebración de una

serie de espectáculos públicos y actividades recreativas, así como la apertura al público de (...) los ‘Gimnasios’ (punto 5)”.

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

de la vigencia del estado de alarma”, modificada posteriormente por la Resolución de 23 de octubre de 2020, de la Consejería de Salud.

En el “tercer periodo” (del 25 de octubre de 2020 hasta la presentación de la reclamación) “se decretó nuevamente el estado de alarma, si bien se delega en las Comunidades Autónomas la competencia para la adopción de las normas y medidas específicas en su territorio a través, normalmente, de decisiones adoptadas como órdenes de sus Consejerías de Sanidad”. Argumenta que las restricciones “han supuesto una afectación directa a la actividad” de la reclamante “por cuanto que las mismas conllevan (...): Restricciones de apertura, total o parcial, respecto del horario normal del centro (...). Limitaciones de aforo (...). Limitaciones en cuanto a la utilización de las zonas y elementos de las instalaciones”, y además “se han venido dictando multitud de normas que inciden de manera indirecta en la propia actividad”, como los confinamientos perimetrales o la instauración del teletrabajo. En el caso del Principado de Asturias la normativa dictada a lo largo de este tercer periodo, y a la que la reclamante asocia los daños y perjuicios cuya indemnización postula, se recoge en los siguientes actos y disposiciones: “Resolución de 3 de noviembre de 2020, de la Consejería de Salud, por la se establecen medidas urgentes de carácter extraordinario, urgente y temporal de prevención, contención y coordinación, necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19 (...). Resolución de 18 de noviembre de 2020, de la Consejería de Salud, por la que se ordena la publicación del texto refundido de carácter informativo de las medidas urgentes de prevención, contención y coordinación necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19 tras la expiración de la vigencia del estado de alarma (...). Resolución de 18 de diciembre de 2020, de la Consejería de Salud (...). Resolución de 11 de enero de 2021, de la Consejería de Salud (...). Decreto 16/2021, de 5 de febrero, del Presidente del Principado de Asturias, por el que se prorrogan las medidas de prevención y control establecidas en los concejos de Noreña, Gijón, Mieres y San Martín del Rey Aurelio, ante la evolución de la situación epidemiológica derivada de la COVID-19 (...). Resolución de 17 de febrero de 2021, de la Consejería de Salud, de prórroga de

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

Alude a un “funcionamiento anormal de la Administración” concretado en “el diseño del sistema de lucha contra la enfermedad (...), que ha tenido como esencia la privación de derechos de los reclamantes en el ejercicio de sus actividades económicas” y que provoca “un daño antijurídico” al afectar a “derechos individuales (entre otros, los constitucionalmente reconocidos en el artículo 33 y 38 CE, esto es, la propiedad privada y la libertad de empresa)” y, sobre todo, “a determinadas actividades” que “se encuentran con una 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./ Con esta decisión las Administraciones públicas producen un daño individualizado y concreto”. Se niega la concurrencia de “fuerza mayor, como causa extraña a la organización”, que pueda desvirtuar la reclamación, toda vez que “no es el COVID-19 el hecho generador del daño, sino las medidas adoptadas por las Administraciones públicas para paliarlo”.

Por último, afirma la existencia de daño en concepto de “lucro cesante y del daño emergente”, cuya cuantificación se pospone a la espera de un documento pericial en elaboración, sin perjuicio de que se adelante “una suma total (de carácter preliminar)” de 4.715.000 €.

El día 7 de mayo 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 cuatro millones cuatrocientos cincuenta y tres mil doscientos tres euros con setenta céntimos (4.453.203,70 €). 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 reclamación, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

3. El día 23 de julio de 2021, el Jefe del Servicio de Salud Poblacional emite informe sobre la reclamación formulada. En él advierte que ha sido “elaborado por epidemiólogos (...) y por ello de naturaleza referida exclusivamente a los aspectos relacionados con la salud pública (...). No se entra (...) a valorar los aspectos jurídicos”.

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

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

actividad. De hecho (...), ocupan el segundo lugar en capacidad de producir infecciones adicionales, solo por detrás de los restaurantes”.

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 es el caso de los gimnasios”.

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 escritos de 2 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 5 de agosto de 2021, la reclamante presenta un escrito en el registro de la Administración del Principado de Asturias en el que reitera que “no se niega el efecto de la pandemia, sino que las (medidas) adoptadas para la

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

6. Con fecha 26 de agosto de 2021, el Instructor del procedimiento elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella analiza y defiende, en primer lugar, la competencia de la Administración del Principado de Asturias para resolver sobre la reclamación formulada, distinguiendo entre el primero y el segundo estado de alarma. Así, en relación con el primero -el declarado por Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, que en virtud de sucesivas prórrogas se prolongaría hasta el 21 de junio de 2020- concluye 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.

En cuanto al segundo estado de alarma -el declarado por Real Decreto 926/2020, de 25 octubre, 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. 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 que pudieran haber ocasionado los perjuicios invocados por la reclamante, en términos hipotéticos cabe considerar que habrían influido en mayor medida las medidas adoptadas por el Consejero de Salud del Principado de Asturias, independientes de la declaración de dicho estado, en ejercicio de las competencias que, como autoridad sanitaria, le confiere el artículo 5.b) de la Ley del Principado de Asturias 7/2019, de 29 de marzo, de Salud, que no quedaron limitadas durante el estado de alarma, como se desprende inequívocamente del artículo 12 del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre”.

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. Señala, al respecto, 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” y la “argumentación técnico-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”.

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.

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

7. En este estado de tramitación, mediante escrito de 25 de octubre de 2021, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias objeto del expediente núm. de la Consejería de Salud, adjuntando a tal fin copia del mismo en soporte digital.

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

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

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), en principio 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 ejerce su actividad en la instalación deportiva 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 lleva a cabo su actividad en la instalación a la que se alude y que cuenta con las oportunas autorizaciones.

En cuanto a la legitimación pasiva de la Administración del Principado de Asturias, la interesada 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 la cuales se ubican los centros o instalaciones deportivas antes referidas”, entre los cuales figura uno

ubicado en un centro comercial en el Principado de Asturias. A pesar de ello, la mercantil admite que entre el 14 de marzo de 2020 -declaración del primer estado de alarma- y el 12 de marzo de 2021 -fecha de presentación de la reclamación- es posible individualizar un mayor o menor grado de participación de la Administración General del Estado o de la Administración autonómica en la generación de los daños, en función de la intensidad de la intervención de cada una a lo largo de este periodo.

Planteada la cuestión en estos términos, resulta evidente que en el periodo comprendido entre el 14 de marzo y el 20 de junio de 2020, en el que estuvo vigente el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, el Principado de Asturias carece de legitimación pasiva en la reclamación presentada, toda vez que a lo largo del mismo la única autoridad competente para hacer frente a la situación de emergencia sanitaria provocada por el COVID-19 era, tal y como se recogía en el artículo 4.1 del citado Real Decreto, el Gobierno, bajo la dirección de su Presidente y las autoridades competentes delegadas -a saber, la Ministra de Defensa; el Ministro del Interior; el Ministro de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, y el Ministro de Sanidad-, en los términos de lo establecido en el artículo 4.2 de dicha disposición. En nada altera esta conclusión el hecho de que en la tarde del día 13 de marzo de 2020 se publicara en el suplemento del *Boletín Oficial del Principado de Asturias* la Resolución de 13 de marzo de 2020, de la Consejería de Salud, por la que se adoptan medidas en materia de salud pública en relación con espectáculos públicos, actividades recreativas, establecimientos, locales e instalaciones del Principado de Asturias, cuyo apartado primero preveía la suspensión de “la celebración” de una serie de espectáculos públicos y actividades recreativas, así como “la apertura al público de (...) los ‘Gimnasios’ (punto 5)”, toda vez que este acto, cuyos efectos se habrían de desplegar “desde las 0:00 horas del día 14 de marzo de 2020”, se vio desplazado ese mismo día por la entrada en vigor del citado Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

Situación distinta se plantea a partir de las 00:00 horas del día 21 de junio de 2020, una vez expirado el estado de alarma declarado por el Real

Decreto 463/2020, de 14 de marzo. A partir de ese momento, restituidas las autoridades del Principado de Asturias en la plenitud del ejercicio de sus funciones y competencias, resulta incuestionable la legitimación pasiva de la Administración autonómica en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial en las que -tal y como acontece en la que nos ocupa- los daños y perjuicios cuya indemnización se postula derivan de las medidas adoptadas por sus autoridades. Ello no se vería alterado por la declaración del segundo estado de alarma, ya que el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre -vigente entre el 25 de octubre de 2020 y el 9 de mayo de 2021- no restringe las competencias de la Administración del Principado de Asturias, que conserva en los términos de lo establecido en el artículo 12 de dicha norma “las competencias que le otorga la legislación vigente, así como la gestión de sus servicios y de su personal, para adoptar las medidas que estime necesarias”, a fin de hacer frente a la grave crisis sanitaria. La anulación de la “delegación” operada por el artículo 2 del mencionado Real Decreto como consecuencia de la Sentencia del Tribunal Constitucional 183/2021, de 27 de octubre -ECLI:ES:TC:2021:183-, tampoco trasciende a estos efectos pues la habilitación se constreñía a las medidas limitativas de los derechos de circulación y de reunión, y la referida sentencia explicita que la nulidad declarada “no afecta por sí sola, de manera directa, a los actos y disposiciones dictados sobre la base de tales reglas durante su vigencia”.

En definitiva, consideramos que el Principado de Asturias está pasivamente legitimado, como Administración sanitaria, a los efectos de responder de las eventuales consecuencias dañosas que 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 12 de marzo de 2021 “con carácter solidario frente a la Administración General del Estado, así como frente a las Administraciones de las Comunidades Autónomas en las cuales se ubican los centros o instalaciones deportivas” que menciona, entre los cuales figura uno situado en el Principado de Asturias, por los daños derivados de las medidas adoptadas por la Administración General de Estado y el de 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 de 14 de marzo de 2020 -en que fue declarado el primer estado de alarma- o la de 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 ha sido formulada dentro del plazo de un año legalmente establecido a contar desde la fecha de los actos que la motivan, reparándose además en que ha sido presentada con anterioridad a la fecha de cesación de los efectos lesivos, lo que no obsta su tramitación.

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

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

Sin embargo, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis

meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 91.3 de la LPAC. No obstante, ello no impide que esta se adopte, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21.1 y 24.3, letra b), de la referida Ley.

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

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

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

artículo 3.2 de la referida Ley Orgánica no consagra, con carácter pleno, un deber de indemnizar singular y ajeno al artículo 106.2 de la Constitución, sino una habilitación para adoptar las medidas compensatorias que procedan “de acuerdo con las Leyes”.

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

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

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

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

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

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

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

Por último, dada la singularidad de los daños por los que aquí se reclama, procede subrayar que el artículo 34.1 de la LRJSP preceptúa que “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”, y que este régimen de resarcimiento -que presupone la nota de antijuridicidad- se

entiende “sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer”. Esto es, ha de distinguirse con nitidez el instituto de la responsabilidad patrimonial, dimanante de la estricta legalidad, de aquellas compensaciones que -sobre bases de solidaridad y discrecionalidad- puedan articularse en el marco del Estado social.

Al respecto no cabe obviar que, en el ámbito de los daños y perjuicios derivados de la pandemia y sus consiguientes restricciones al ejercicio de la actividad económica, se han establecido medidas compensatorias de distinta índole (expedientes de regulación temporal de empleo, moratorias, aplazamientos, avales, reestructuración de la deuda financiera, etc.) y, en particular, diferentes convocatorias de ayudas públicas directas destinadas a minimizar el impacto económico de la pandemia. Entre otras, las impulsadas a nivel estatal por el Real Decreto-ley 5/2021, de 12 de marzo, de Medidas Extraordinarias de Apoyo a la Solvencia Empresarial en Respuesta a la Pandemia de la COVID-19, y en el ámbito del Principado de Asturias las articuladas a partir del Fondo de ayudas urgentes por la COVID-19 durante el año 2021 para trabajadores por cuenta propia o autónomos, comunidades de bienes, sociedades civiles y pymes afectadas por la crisis de la COVID-19, creado a través de la disposición adicional novena de la Ley del Principado de Asturias 3/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales para 2021, así como, para el caso que examinamos, las convocadas por Resolución de 15 de febrero de 2021, de la Consejería de Cultura, Política Llingüística y Turismo, por la que se convocan ayudas urgentes a trabajadores por cuenta propia o autónomos, comunidades de bienes, sociedades civiles y pymes del sector deportivo afectadas por la crisis de la COVID-19. Tales compensaciones no obstan al ejercicio de una acción de responsabilidad patrimonial, pero han de ponderarse en la consideración del daño por el que se reclama.

SEXTA.- En el presente asunto, la mercantil interesada -que, según afirma, ejerce su actividad en centros e instalaciones deportivas, uno de los cuales se ubica en un centro comercial situado en el Principado de Asturias- 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 derivado de las medidas adoptadas en el marco de la pandemia para reducir o evitar el impacto del COVID-19”.

Acotado, por la razonado en la consideración segunda, el alcance de la presente reclamación y, en consecuencia, el objeto de este dictamen a las medidas adoptadas por las autoridades del Principado de Asturias en relación con los gimnasios 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, si bien durante dicho periodo este tipo de equipamientos no ha visto suspendidas, con carácter general, sus actividades, 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 condicionados, 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 los gimnasios -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 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 en un importe de 4.453.203,70 €, sin deslindar el daño correspondiente a la instalación ubicada en el Principado de Asturias. Esta 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 las instalaciones deportivas hubiera sido similar a la de otras temporadas, pues ello significaría que los usuarios 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 por 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 esa cifra 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 4.453.203,70 €.

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 autonómica 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 “curso 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 realidad y certeza del perjuicio económico (4.453.203,70 €) 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 gimnasios sean los causantes de la situación”, impidieron marcadamente la normal apertura de sus instalaciones, limitaron sus horarios o condicionaron la forma habitual y de plena legalidad en la que desarrollar su actividad.

Ha de puntualizarse que no se reclaman aquí los daños provocados por el hecho de la pandemia -asumido que es ajeno a la Administración del Principado de Asturias-, por lo que no procede detenerse en si es un suceso de fuerza mayor o sus consecuencias pudieron ser previstas o evitadas. El reproche se dirige frente a las medidas restrictivas de apertura y aforo que en respuesta a ese evento no imputable a la Administración se adoptaron por la autoridad autonómica, por lo que lo relevante es determinar si esa respuesta fue razonada o arbitraria, lógica o irracional, proporcionada o excesiva. De superar este juicio, más allá del de legalidad formal, nos enfrentaríamos a la concreción de unos riesgos que pertenecen a cada sector de actividad, ya que es claro que aquellos negocios 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 los gimnasios en cumplimiento de las resoluciones adoptadas desde el 21 de junio de 2020 en función de parámetros epidemiológicos (riesgos propios de la respectiva actividad, contagios,

fallecimientos, ámbito territorial, etc.), similares a las establecidas en muchos otros ámbitos empresariales (hostelería, alojamiento, espectáculos, actividades culturales, etc.), no pasan de ser la consecuencia de la estricta ejecución de lo ordenado, en el contexto de la pandemia, en las diferentes resoluciones dictadas por las autoridades sanitarias 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 21 de junio 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 -incluida la consistente en la suspensión de la apertura al público de determinados establecimientos impuesta por el artículo 10.3 del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, que se extendía a los gimnasios-, 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 “constríen 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 deportiva 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 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 deportivas en espacios cerrados “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 entornos 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 ni la evaluación económica 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.