

Dictamen Núm. 142/2022

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
García García, Dorinda
Baquero Sánchez, Pablo

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 16 de junio de 2022, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 24 de marzo de 2022 -registrada de entrada el día 29 de ese mismo mes-, 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 (actividades recreativas) derivados de las medidas adoptadas con motivo de la pandemia de COVID-19.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 29 de julio de 2021 una abogada, actuando en representación de la mercantil interesada, presenta a través del Sistema de Interconexión de Registros una reclamación de responsabilidad patrimonial -frente al Principado de Asturias- por los daños sufridos como consecuencia de las limitaciones impuestas a las actividades recreativas en el marco de las medidas adoptadas con motivo de la pandemia de COVID-19.

Tras referirse a los cardinales hitos vinculados con la declaración del primer estado de alarma para afrontar la crisis sanitaria, señala que “alcanzada

la mal llamada nueva normalidad en cada una de las Comunidades fue cedido a estas el control y gestión de la evolución de la pandemia, cesando el mando único centralizado en la Presidencia del Gobierno que establecía el art. 4 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo (...), que tenía por objeto establecer las medidas urgentes de prevención, contención y coordinación necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, así como prevenir posibles rebrotes, con vistas a la superación de la fase III del Plan para la Transición hacia una Nueva Normalidad por parte de algunas provincias, islas y unidades territoriales y, eventualmente, la expiración de la vigencia del estado de alarma (...). Desde dicho momento, el Gobierno autonómico fue publicando sucesivas disposiciones (...) que fueron constriñendo la actividad del sector” al que pertenece la mercantil reclamante, pues “establecieron medidas tendentes a limitar los horarios y aforos, así como el cierre parcial de los establecimientos de ocio de juego y apuestas, entre otros, al permitirse únicamente establecimientos con instalaciones exteriores como terrazas./ Efectivamente, se les ocupó temporalmente, de manera total o parcial, los derechos inherentes a sus respectivas licencias de actividad, enarbolando para ello el interés común como una suerte de *causa expropriandi*. Dicho de otro modo, al sector del juego se le exigió un mayor sacrificio que al común de los ciudadanos bajo la justificación de estar beneficiando al resto de la población./ No obstante ello, ninguna contraprestación fue acordada para compensar a estos negocios por ese ‘embargo’ del que estaban siendo objeto”.

Tras describir ciertas circunstancias contextuales, afirma que “con fecha 25 de octubre fue declarado un nuevo estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2 mediante el Real Decreto 926/2020./ Este estado de alarma tendría inicialmente que haber finalizado a las 00:00 horas del día 9 de noviembre de 2020, si bien con fecha 3 de noviembre fue aprobado el Real Decreto 956/2020 que lo prorrogaba hasta el 9 de mayo de 2021./ El art. 2 del primero establecía que la autoridad competente sería el Presidente de la Comunidad Autónoma, si bien ejercería tal competencia por delegación del Gobierno de la Nación, estando habilitado, en

su virtud, para dictar las órdenes, resoluciones y disposiciones para la aplicación de lo previsto en los artículos 5 a 11./ Tales artículos establecían las siguientes medidas mínimas que afectaban al sector económico al que pertenece (la reclamante) de la forma que se indica:/ Limitación de la libertad de circulación entre las 23:00 horas y las 6:00 horas del día siguiente (art. 5), con posibilidad de que las Comunidades restringieran los horarios dentro de una horquilla de 22:00-00:00 horas y 5:00-7:00 horas. De esta forma, implicaba la imposibilidad de abrir los establecimientos del tipo del de (la mercantil)./ Limitación de entrada y salida entre Comunidades, habilitando la posibilidad de que los Gobiernos autonómicos restringieran el movimiento a ámbitos territoriales inferiores (art. 6). Así, se limita la visita (de) turistas de los que se nutren en gran parte estos negocios./ Limitación de los grupos a seis en interior y exterior, habilitando la posibilidad de que los Gobiernos autonómicos rebajaran ese límite (art. 7)./ Como (se indica), en los tres casos esas restricciones mínimas podían ser agravadas por las Comunidades Autónomas en virtud de la facultad que les era conferida por el Gobierno de España en la citada declaración de estado de alarma (...). Así las cosas, las distintas Comunidades Autónomas, incluida la nuestra, han ido aprobando más normativa (...) que les permitió mantener medidas previamente acordadas y de dudoso encaje en sus respectivas competencias, así como acogerse a otras facilitadas por el Gobierno./ Y de esta forma, y sin perjuicio de otras medidas que fueron posteriormente” adoptadas, “se acordó el cierre del sector de ocio de juegos y apuestas, tanto de salones y casinos como por la imposibilidad de acceso a máquinas recreativas en cafés y bares por su carácter de actividad en el interior de los establecimientos (...). Por tanto, Estado y Comunidad procedieron a ocupar temporalmente a (la mercantil) sus derechos de empresa al no dejarle desarrollar su actividad de manera plena y total”.

Refiere que “la competencia para iniciar y resolver el procedimiento corresponde al Departamento de Sanidad de esta Comunidad Autónoma (...), de conformidad con lo dispuesto el art. 92, segundo párrafo, de la (...) Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común./ Por su parte, en cuanto al

periodo de estado de alarma, el art. 2.1 del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, establece como autoridad competente para la adopción de las medidas acordadas igualmente al Gobierno de la Nación, sin perjuicio de que delegara sus competencias en los presidentes autonómicos (art. 2.2)./ Respecto al periodo comprendido entre el 21 de junio de 2020 hasta la declaración del segundo estado de alarma el 24 de octubre de 2020, la responsabilidad respecto del perjuicio causado” a la interesada “recae exclusivamente sobre la Comunidad autónoma; no obstante (...), entre el 25 de octubre de 2020 y el 9 de mayo de 2021 la responsabilidad en cuanto a los daños causados (...) recae, no solo sobre el Gobierno autonómico, sino también sobre el Gobierno de España desde el mismo momento que establece medidas que afectan al desarrollo normal de su negocio y concede facultades exorbitantes a los gobiernos autonómicos./ Siendo ello así, la responsabilidad entre Administraciones es concurrente en ciertos periodos por lo que deberá consultarse a quien se considere del Gobierno, sin perjuicio de la competencia de esta Administración (...) para incoar, instruir y resolver en atención a lo establecido en el art. 33 de la Ley 40/1995, de Régimen Jurídico del Sector Público”.

Por lo que atañe a la cuantificación del daño, indica que a la mercantil “se le han ocupado durante un periodo temporal determinado una serie de derechos integrantes de su licencia de actividad, lo que ha supuesto que no haya podido hacer un uso completo de la misma. Siendo ello así, la Administración debería haber acordado previamente a su ocupación una indemnización que comprendiera tanto los daños y perjuicios que le han sido irrogados, como el valor subjetivo del bien o derecho en cuestión./ En el presente caso, ambas percepciones son cuantitativamente coincidentes, pudiendo ser valoradas realizando una comparativa con periodos y ejercicios previos en los que pudo desarrollarse la actividad con total normalidad de los siguientes conceptos:/ El beneficio que no se ha podido realizar como consecuencia del cese o limitación en la actividad instado por el Gobierno autonómico en connivencia con el Gobierno estatal en determinados periodos./

Las pérdidas ocasionadas en el negocio como consecuencia del cese o limitación en la actividad instado por el Gobierno autonómico en connivencia con el Gobierno estatal en determinados periodos./ Conceptos a los que habría que añadir el 5 % que vendría a compensar el perjuicio moral causado (...); es decir, el sufrimiento irrogado durante meses en los que el sector ha clamado por una solución sin que nadie les diera una respuesta mientras su negocio se hundía. Dicho porcentaje se fija por analogía a lo preceptuado en cuanto a este concepto en sede de los procedimientos de expropiación forzosa (premio de afección)./ Evidentemente, dado que acaba de levantarse hace escasas semanas el segundo estado de alarma, tales conceptos no pueden ser calculados aún”, al estar pendientes “de cerrar las cuentas correspondientes al último periodo, sin perjuicio de su concreción a lo largo de la tramitación” del procedimiento.

2. Mediante Providencia de 4 de agosto de 2021, de la que se da traslado tanto a la 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 26 de enero de 2022 el Jefe del Servicio de Alertas y Emergencias COVID-19 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”.

Como consideraciones previas, pone de relieve “cierta indefinición en el contenido de la reclamación patrimonial, ya que la misma no nos permite establecer con precisión a qué medidas concretas se refiere ni hay tampoco mención a normativa específica que afecte a la actividad mercantil a la que se

refiere la reclamante, aunque al expresar que esta incluye la (...) explotación de máquinas recreativas o juegos de azar (...) entenderemos para el propósito del presente informe que la normativa y medidas en discusión son las que hacen referencia a las adoptadas en el ámbito de las salas de juego, casinos y bingos, así como el de la hostelería en general./ Entendemos, por otra parte, que el periodo incluido en la reclamación comienza el 21 de junio de 2020./ Así pues, el presente informe se centrará en la pertinencia de las medidas adoptadas en el ámbito del sector del juego y de la hostelería, dado que son” las que la reclamante “aduce como causantes de su perjuicio patrimonial, sin ninguna otra referencia concreta”. Seguidamente, señala que “entre el 14 de marzo (...) y el 19 de junio de 2020 no se adoptó ninguna medida normativa (...) por parte del Principado de Asturias, dado que la situación de estado de alarma había transferido toda la capacidad normativa en esta materia al Gobierno de España, por lo que nuestro informe se centrará en las medidas adoptadas a partir de la Resolución de 19 de junio de 2020 (...). Desconocemos si la actividad mercantil concreta puede verse afectada por medidas referidas a otros sectores donde estos dispositivos pudieran igualmente ubicarse (...). En la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias durante el periodo que se reclama tuvo lugar la adopción de distintas medidas, con impactos diferentes no solo en determinados sectores productivos como el del juego, sino también dependiendo de indicadores epidemiológicos y de ámbitos geográficos concretos. Estas medidas fueron modificándose en el tiempo de forma que en algunos momentos fueron más restrictivas sobre la actividad desarrollada y en otros menos./ Por todo ello, el presente informe no puede menos que tener un carácter igualmente genérico”.

El análisis de la “necesidad de las medidas” se inicia con la individualización de hasta un total de 7 “momentos distintos en la evolución de la situación epidemiológica” en el periodo comprendido entre el 19 de junio de 2020 y el 20 de julio de 2021, tomando como referencia la incidencia acumulada a 14 días en el número de casos registrados. Ello ha supuesto que “para afrontar cada una de estas situaciones” se fueran “adoptando medidas

que, tanto en el caso de la hostelería” como en el del “sector del juego, han ido experimentando una variabilidad motivada por la evolución descrita y la necesidad de adecuar las medidas a esa evolución, teniendo en cuenta la situación tanto epidemiológica como socioeconómica de la población”.

Sobre la “adecuación de las medidas” adoptadas, indica que se han llevado a cabo con base en el “conocimiento de ciertos aspectos del comportamiento del virus que pueden ya considerarse como establecidos y más allá de toda duda razonable”. Reseña las conclusiones recogidas en un documento técnico del Ministerio de Sanidad denominado “Evaluación del riesgo de la transmisión de SARS-CoV-2 mediante aerosoles”, publicado el 18 de noviembre de 2020, que señala, en el apartado dedicado a las “Condiciones dependientes del escenario”, que “el riesgo en interiores es claramente superior frente a exteriores. Al inicio de la pandemia, sin ninguna medida de protección, un estudio de seguimiento de 110 casos y contactos calculó un riesgo de transmisión de unas 20 veces mayor en interiores frente a exteriores”. Y, respecto a las posibles “intervenciones no farmacológicas”, describe una batería de aquellas que estima necesario considerar, ya sean individuales o colectivas, entre las que se incluye, por lo que aquí y ahora interesa, y de acuerdo con el “documento publicado en septiembre por el European Centre for Disease Prevention and Control”, el cierre de determinados “negocios seleccionados” al tratarse de “lugares donde las personas tienen posibilidades limitadas de distanciamiento físico”. Asimismo, menciona que “el 22 de octubre de 2020 se actualiza el documento ‘Actuaciones de respuesta coordinada para el control de la transmisión de COVID-19’ (...) elaborado por la Ponencia de Alertas y Planes de Preparación y Respuesta, aprobado por la Comisión de Salud Pública del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud y acordado por el Pleno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud”, y que con base en “las situaciones de mayor riesgo antes descrita sobre espacios interiores dicho documento (...) realiza una categorización de diferentes espacios según riesgo alto o medio, considerando riesgo alto aquellas situaciones que implican un contacto estrecho prolongado, espacios cerrados,

ventilación escasa o deficiente y concurrencia de un elevado número de personas./ El documento señala cuatro niveles de alerta, para los tres primeros especifica una serie de medidas y para el nivel 4 señala: `El nivel de alerta 4, además de las actuaciones del nivel 3, supondrá la toma de medidas excepcionales que podrán incluir restricciones adicionales. En el caso de que su adopción requiriera de la activación del mecanismo previsto en el artículo cuarto de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio, el Presidente de la Comunidad Autónoma solicitará al Gobierno la declaración de estado de alarma, con arreglo a lo previsto en el artículo quinto de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio./ Las recomendaciones concretas que incluye, tanto para los establecimientos como salas de bingo, casinos, salones recreativos y de juegos y locales específicos de apuestas como para los establecimientos de hostelería, es la suspensión de la actividad en el interior de dichos establecimientos en un nivel de alerta 3 y 4, y un máximo de un tercio de su aforo o de la mitad para los niveles de alerta 2 y 1, respectivamente". De ello concluye que con base en "este conocimiento, ya sólido, del comportamiento del virus y de su forma de difusión en la población se proponen las medidas señaladas en las diferentes resoluciones y, específicamente, las limitaciones y cierres de los establecimientos relacionados con el juego, si bien no en su totalidad (...). Son medidas, además, necesarias y adecuadas ya que nos permiten disminuir la propagación de la enfermedad".

En cuanto a la proporcionalidad de las medidas, indica 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./ Así pues, las medidas adoptadas contienen la regulación imprescindible para la consecución de los objetivos perseguidos y resultan proporcionadas al bien público que se trata de proteger”.

4. Mediante escritos de 8 de febrero de 2022, el Instructor del procedimiento comunica a la interesada -de quien se requiere, asimismo, la cuantificación de lo reclamado- 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 Servicio de Alertas y Emergencias COVID-19.

5. El día 1 de marzo de 2022, la representante de la interesada presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito de alegaciones. En él señala, en cuanto “al periodo reclamado y la autoridad competente”, que “evidentemente el periodo reclamado a la Administración, tal y como se dice en su informe, es el comprendido entre el 21 de junio de 2020, momento en el que las (Comunidades Autónomas) vuelven a ser la autoridad sanitaria, y el 9 de mayo de 2021, momento en el que cesa el segundo estado de alarma./ Así pues, durante todo ese periodo de tiempo (...) nos encontramos dos etapas distintas: un primer periodo, de 125 días, que va desde el 21 de junio hasta el 26 de octubre” en el que “el Principado de Asturias viene a dictar medidas” con base en “la situación sanitaria de su Comunidad, y posteriormente un segundo periodo, de 196 días, en el que las medidas dictadas por el Gobierno asturiano están adoptadas bajo el paraguas del segundo estado de alarma./ Uno de los fundamentos de nuestra reclamación se basa en el propio artículo 3 de Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio, en el que de forma objetiva y sin restricciones permite a todos aquellos que hayan sufrido un daño o perjuicio en

su persona o en sus bienes como consecuencia de la aplicación de actos y disposiciones adoptadas durante el estado de alarma reclamarlos a la Administración actuante en concepto de indemnización”.

En relación con el contenido del informe del Servicio de Alertas y Emergencias COVID-19, indica que “viene a dar un intento de justificación de las medidas desde el punto de vista sanitario, su adecuación y necesidad según el momento concreto de la pandemia. Esta parte en ningún momento ha venido a cuestionar las medidas sanitarias ni su alcance. Estamos ante un procedimiento distinto, en el que solamente se pretende que (la interesada) sea reestablecida por las pérdidas que la adopción de esas medidas concretas ha ocasionado en su negocio y los beneficios que ha dejado de obtener por soportar unas medidas que van más allá de las impuestas a la sociedad en general./ Las medidas en unas ocasiones han supuesto un cese, otras una limitación de los derechos de (la mercantil) que en ningún momento debe soportar, y si lo hace, si sus derechos son sacrificados por el conjunto de la sociedad, como en este caso ocurre, deberán ser compensados económicamente por ese esfuerzo al que han sido sometidos y que ha redundado en beneficio de toda la sociedad, y que, en todo caso, es superior y desproporcionado al que ha venido soportando la ciudadanía en general./ Ya en nuestro escrito de inicio encuadrábamos este sacrificio especial de los afectados como un supuesto de responsabilidad de configuración legal reconocido por el legislador, cuyo fundamento reside en el reconocimiento directo del derecho a ser resarcido por los daños o perjuicios causados durante la vigencia de cualquiera de los estados para compensar a los afectados por el sacrificio especial sufrido en aras del interés general./ Como decíamos (...), este reconocimiento indemnizatorio no es exclusivo de la institución de responsabilidad patrimonial, sino que son numerosas las leyes que lo contemplan. Por ejemplo, en el artículo 294.1 LOPJ; en el artículo 3 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales; o en el artículo 3.2 del RD Legislativo 1/2006 de la CCAA de Madrid. En todos estos casos se justifica el sacrificio por el beneficio social obtenido, al igual que sucede con la Ley de

Expropiación Forzosa (...), y que precisamente por ello se impone al particular solicitar él la indemnización./ Este abanico de posibilidades nos lleva a abordar la cuestión de la indemnización desde un punto de vista amplio, ya que permite una fundamentación jurídica diversa que conduce al resarcimiento de los daños producidos por decisiones adoptadas por la Administración./ Algunas de las vías que el legislador ofrece y que legitiman al reclamante a ejercer su derecho terminan por remisión en el instituto de la responsabilidad patrimonial a los efectos del procedimiento a seguir para la valoración, que deberá ser observado desde la perspectiva actual y en atención a las circunstancias concretas que concurren en el presente caso. Es exactamente lo ocurrido, donde el artículo 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, remite a 'lo dispuesto en las leyes' al objeto de satisfacer una indemnización que se fija de manera objetiva (todo el que haya sufrido un daño como consecuencia del estado de alarma tendrá derecho a ser indemnizado) pero que deberá tramitarse conforme a las normas de resarcimiento previstas en las leyes (reclamación patrimonial como la emprendida por esta parte en su escrito). Esto es, en contra de lo alegado (...), la remisión del artículo 3.2 de la Ley a la normativa en materia de responsabilidad patrimonial lo hace a los únicos efectos de regular su tramitación, pero no a la declaración del derecho indemnizatorio que nace del propio artículo 3.2".

Por lo que atañe a la cuantificación de la indemnización pretendida, manifiesta que "el fin último de la reclamación es la indemnización que se solicita y que se justifica con el informe y la documentación que se acompañan en este trámite de alegaciones y que ha sido elaborado con fecha 19 de agosto de 2021 (...). No puede negarse la existencia de un daño real, efectivo e individualizado que ha sido acreditado con la documental aportada por esta parte. No puede negarse que ese daño es provocado por la limitación de la actividad consecuencia de las medidas impuestas a (la reclamante) que conllevaban limitaciones en su negocio. La relación de causalidad está acreditada./ Un daño que no es imaginario o infundado, sino que está calculado y acreditado" con base en "la documentación oficial de la empresa (...) sobre la

que, en función de criterios objetivos tomando como referencia las cuentas anuales de los años 2017, 2018 y 2019 y del ejercicio 2020 y 2021, se han obtenido los importes que se reclaman por los conceptos de pérdida de beneficio y las pérdidas ocasionadas en el negocio./ El contraste de lo que refleja la cuenta de resultados de explotación media de los últimos 3 años y provisionalmente del año 2020 nos ha permitido cuantificar el efecto anual de la pandemia y su prorrateo por los días que van desde el 21 de junio de 2020 hasta el 9 de mayo de 2021./ Es, por tanto, un daño real, efectivo, probado e individualizado que (...) no tiene el deber de soportar en ningún momento”.

Acompaña un informe pericial cuyo objeto es cuantificar el perjuicio económico causado “como consecuencia de las restricciones adoptadas por la Comunidad Autónoma de Asturias (...), derivadas de la adopción de distintas normas desde el 21 de junio de 2020 al 9 de mayo de 2021, diferenciándose dos periodos: aquel en el que las Comunidades asumieron las competencias exclusivas para establecer medidas sanitarias de restricción, una vez finalizado el primer estado de alarma el 21 de junio de 2020; y un segundo periodo en que el Gobierno autonómico reguló por delegación del Gobierno de España con ocasión de la declaración del segundo estado de alarma, desde el 25 de octubre hasta el 9 de mayo”. En cuanto al procedimiento empleado en la pericia, señala que “para la cuantificación (...) vamos a proceder a desagregar el perjuicio en 2 conceptos:/ El beneficio que no se ha podido realizar como consecuencia de las medidas restrictivas de apertura o cese en las actividades, así como otras que han afectado sustancialmente la actividad turística de la que depende el sector./ Las pérdidas ocasionadas en el negocio como consecuencia de las medidas restrictivas de apertura o cese en las actividades, así como otras que han afectado sustancialmente la actividad turística de la que depende el sector./ Para la elaboración del (...) informe hemos obtenido datos económicos-contables recogidos en las cuentas anuales de la mercantil o en la declaración del Impuesto de Sociedades de los últimos tres años, con el fin de obtener un histórico sobre la actividad y rendimientos de la misma. Adicionalmente, para obtener los datos específicos de la actividad (...) la sociedad nos ha facilitado el

desglose mensual de las cuentas de resultados que figuran en las cuentas anuales de cada año (...). De las declaraciones de IVA presentadas en los años 2017 y 2021 puede extraerse la obtención de la cifra de ventas realizada en el ejercicio, mientras que estas declaraciones no permiten la obtención del resultado de explotación de los años 2017 y 2021, dado que las bases imponibles relativas al IVA soportado no recogen partidas de gasto como es el personal, seguros y otros conceptos no sujetos a dicho impuesto./ Para la cuantificación de la pérdida relativa por el cierre de la actividad resulta necesaria la obtención de datos oficiales del ejercicio 2021 (que) se recogerán en las declaraciones del Impuesto de Sociedades o depósito de cuentas que se presentarán ante la Hacienda tributaria, cuyos plazos en términos generales se darán entre los meses de junio y julio del año 2022./ Para la cuantificación del perjuicio generado objeto de este informe vamos a tomar dos parámetros que, aun siendo conceptos diferentes, podrían ser ilustrativos del mismo:/ a) Resultado de explotación del ejercicio antes de impuestos: se trata de una magnitud que mide la diferencia entre ingresos y gastos de explotación del ejercicio, sin tener en cuenta el efecto del Impuesto de Sociedades que grava la actividad mercantil./ b) *Cash-Flow* antes de impuestos: con este parámetro vamos a tratar de medir las generaciones de tesorería de la actividad, sin tener en cuenta el efecto del Impuesto de Sociedades (...). Como decíamos anteriormente, el mero contraste de lo que refleja la cuenta de resultado de explotación media de los últimos 3 años, la cuenta de resultado de explotación del año 2020 y la de los 5 primeros (...) meses del ejercicio 2021 hasta el 9 de mayo de 2021 (fecha en la que finaliza el segundo estado de alarma por el Gobierno de España) permitiría cuantificar el efecto anual de la pandemia y su prorrateo./ Dada la ausencia de datos oficiales sobre el año 2021, vamos a tratar de cuantificar por la parte correspondiente al beneficio no obtenido como consecuencia del cese de actividad mientras que la parte correspondiente a las pérdidas generadas debe esperar al cumplimiento de los plazos legales para el depósito de cuentas o presentación del Impuesto de Sociedades, si bien podemos realizar una valoración y con carácter provisional". Una vez

realizados los cálculos, concluye que la cantidad total a reclamar alcanzaría los 609.292,67 € en la parte relativa a los 125 días del primer periodo y 1.766.672,80 € en la parte relativa a los 196 días del segundo periodo, dando un total de 2.375.965,48 € provisionalmente. Las ayudas concedidas por la Comunidad Autónoma de Asturias a la sociedad con motivo del COVID-19 han ascendido a 20.000 €. El importe total a reclamar una vez deducidas (...) las ayudas concedidas ascendería provisionalmente a 2.355.965,48 €. Al informe se anexan las declaraciones del Impuesto sobre Sociedades de la mercantil (modelo 200) correspondientes a los años 2017, 2018 y 2019; unos cuadros de pérdidas y ganancias de los años 2017, 2018 y 2019, y otro, al que se le otorga carácter provisional, de 2020.

6. Con fecha 7 de marzo de 2022, 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, que reside 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 “una parte del periodo temporal al que se circunscribiría la reclamación” se ampara en la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, que “determinó 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 (...). Las modulaciones que, sobre el ámbito temporal o territorial de algunas medidas previstas en el citado real decreto, se adoptaron por el Presidente del Principado de Asturias habrían tenido, en su caso, una influencia marginal o no apreciable; a diferencia de las

anteriores, se habrían dictado en su condición de autoridad competente delegada al amparo del estado de alarma”. Señala que, “dada la naturaleza de las actividades afectadas, la intervención que significativamente pudo tener más influencia en la hipotética producción del daño durante el segundo estado de alarma fue la de la Administración del Principado de Asturias, que actuó en ejercicio de sus competencias (al menos, en lo que respecta a las medidas adoptadas por la Consejería de Salud) y en tutela del interés de la protección de la salud de la población de la Comunidad Autónoma. Por tanto, procede que la Administración del Principado de Asturias asuma la tramitación de la presente reclamación en el periodo coincidente con el segundo estado de alarma”.

Indica que “el escrito de reclamación cita como fecha de inicio del primer periodo respecto al cual imputa responsabilidad a la Administración del Principado de Asturias el 21 de junio de 2020 (...). Por otra parte, como el mencionado escrito tuvo entrada el 29 de julio de 2021, la reclamación solo tendría opciones de prosperar, hipotéticamente, si se limita al año anterior a dicha fecha, debiendo considerarse prescrito el derecho a reclamar por los daños que supuestamente se hubieran ocasionado antes del día 30 de julio de 2020./ Teniendo en cuenta esa limitación, debe entenderse que en el momento en que se presenta la reclamación de responsabilidad patrimonial, el día 29 de julio de 2021, no había prescrito el derecho a reclamar por los daños ocasionados supuestamente por los actos adoptados por esta Administración durante el año anterior”.

Respecto al requisito de la antijuridicidad del daño, reseña que “las medidas de suspensión de la actividad y otras limitaciones en su ejercicio que dan lugar a la presente reclamación se adoptaron, de acuerdo a lo señalado en (...) las diversas resoluciones dictadas al efecto por el Consejero de Salud, al amparo de los artículos 1 a 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública; del artículo 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y del artículo 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública”, y que las leyes citadas, particularmente la Ley General de Salud Pública, “constituyen el canon para

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

Indica que “las medidas que afectaron al negocio de la reclamante respetaban los requisitos de necesidad, adecuación y proporcionalidad”.

Añade que la interesada no rebate “la evidencia científica” y la “argumentación técnico-sanitaria” expuesta en el informe del Servicio de Alertas y Emergencias COVID-19, señalando, al contrario, que “esta parte en ningún momento ha venido a cuestionar las medidas sanitarias ni su alcance”, y que “por tanto la reclamante 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 “en lo que respecta, al menos, a las medidas a las que la reclamante achaca el daño sufrido el informe del Servicio de Alertas y Emergencias COVID-19 de fecha 26

de enero de 2022 acredita su eficacia como medio para contener las infecciones”.

En cuanto a la aplicación de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio, y de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre Expropiación Forzosa, señala que “en relación con el artículo 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio (...), hay que tener en cuenta que lo que dispone literalmente es 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´./ No puede obviarse esta remisión a las leyes, distintas de la ley orgánica, que establecerían tanto el procedimiento como los requisitos que determinasen ese derecho a la indemnización y su alcance./ Tal ley podría ser la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre Expropiación Forzosa si el acto que ocasionara los daños o perjuicios tuviese naturaleza expropiatoria, como ocurriría, por ejemplo, si un local regentado por la reclamante hubiese sido ocupado temporalmente para prestarse en el mismo un servicio de utilidad pública o interés social, ya sea por la propia Administración o por otra entidad o persona beneficiaria./ En tal supuesto, sin duda sería aplicable lo previsto en el artículo 120 de la citada ley, pero es evidente que la Administración del Principado de Asturias no procedió a la ocupación temporal del negocio./ En el presente caso, sin embargo, se adoptaron medidas que afectaron al ejercicio de la actividad por exclusivas razones de protección de la salud pública, sin que existiera un beneficiario que obtuviese algún tipo de provecho de esa medida, y, a falta de una ley especial que sea aplicable a este supuesto, las leyes aplicables no podrían ser otras que la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en lo que respecta al régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, y la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en cuanto al procedimiento para su exigencia./ Por tanto, no procedería ni siquiera la

aplicación analógica de Ley de Expropiación Forzosa, dado que no concurren ni el vacío legal ni la identidad de razón que se exigen por el artículo 4.1 del Código Civil./ En consecuencia, carece de fundamento la exigencia de un precio de afección al amparo del artículo 47 de la citada ley./ Todo ello sin perjuicio de reiterar que las medidas aprobadas por el Consejero de Salud no se adoptaron al amparo de dicho estado de alarma, sino en ejercicio de las competencias que, como autoridad sanitaria, le atribuye la legislación sanitaria citada en los fundamentos de derecho de las correspondientes resoluciones”.

En su parte final se centra en el análisis de los pormenores relativos al importe reclamado en concepto de indemnización. En primer lugar, sostiene que se ha producido una prescripción parcial del derecho a reclamar, indicando que “debería considerarse prescrito el derecho a reclamar por los supuestos daños y perjuicios causados antes del día 30 de julio de 2020, dado que la reclamación se presentó el día 29 de julio de 2021 (...). Sin embargo, el informe pericial calcula el importe a reclamar tomando como fecha inicial el 21 de junio de 2020, de modo que, respecto a parte del mismo, habría prescrito el derecho reclamar”.

A continuación se detiene en el análisis de la metodología empleada por la pericial aportada por la reclamante. Advierte al respecto que “al pretenderse una indemnización sobre la base de la comparación con los resultados económicos obtenidos en otros periodos previos la causa de los daños y perjuicios (...) ya no serían las medidas adoptadas para luchar contra la pandemia, sino la pandemia misma, porque esta ha afectado a toda la actividad económica, y que constituiría un supuesto de fuerza mayor./ La metodología elegida apunta a que se pretende, más que una indemnización de daños y perjuicios ocasionados por las medidas adoptadas por la Administración, una cobertura de todos los riesgos de su actividad empresarial durante la pandemia, con independencia del alcance real de las medidas restrictivas, y sin tener en cuenta que la menor actividad de su negocio puede deberse también a las simples recomendaciones de las autoridades sanitarias o a las decisiones individuales de los clientes que, voluntariamente, frecuentan menos el interior

de los establecimientos (...), ya sea por seguir, voluntariamente, esas recomendaciones o porque, como consecuencia de los efectos de la pandemia sobre la economía de las familias, se restrinja el gasto en dichos establecimientos. De esta forma, se desdibuja la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión sufrida”.

Razona detalladamente que el informe presentado incurre en confusiones (entre otras, en cuanto a la distinción entre rendimiento no obtenido y pérdidas generadas), concluyendo que “al menos en relación con la mayor de las incongruencias en esta cuestión, que es la identificación del concepto de pérdidas generadas, no puede considerarse que las cuantías calculadas sean coherentes con la metodología descrita inicialmente, por lo que en este aspecto el informe carece de valor como prueba pericial”.

Alude finalmente a la compensación de las ayudas percibidas, advirtiéndole que “debería actualizarse la cuantía correspondiente a las subvenciones recibidas por la reclamante como consecuencia de la pandemia. A 7 de marzo de 2022, según la información que proporciona la Base de Datos Nacional de Subvenciones, la cuantía total de las ayudas concedidas por la Administración del Principado de Asturias asciende a 220.000 euros”.

7. En este estado de tramitación, mediante escrito de 24 de marzo de 2022, 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 autenticada 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 ejerce su actividad de “explotación de máquinas recreativas” a la que hace referencia en su escrito de reclamación. 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 interesada lleva a cabo la actividad a la que alude y que cuenta con las oportunas autorizaciones.

En cuanto a la legitimación pasiva de la Administración del Principado de Asturias, y si bien su escrito inicial arroja sombras sobre este extremo, la mercantil interesada concreta en sus alegaciones que, “evidentemente, el periodo reclamado a la Administración (...) es el comprendido entre el 21 de junio de 2020, momento en el que las (Comunidades Autónomas) vuelven a ser la autoridad sanitaria, y el 9 de mayo de 2021”.

Al respecto, 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, toda vez que a lo largo del mismo la única autoridad competente para hacer frente a la situación de emergencia sanitaria provocada por el COVID-19 era, tal y como se recogía en el artículo 4.1 del citado Real Decreto, el Gobierno de la Nación, bajo la dirección de su Presidente y las autoridades competentes delegadas -a saber, la Ministra de Defensa; el Ministro del Interior; el Ministro de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, y el Ministro de Sanidad-, en los términos de lo establecido en el artículo 4.2 de dicha disposición. En nada altera esta conclusión el hecho de que en la tarde del día 13 de marzo de 2020 se publicara en el suplemento del *Boletín Oficial del Principado de Asturias* la Resolución de 13 de marzo de 2020, de la Consejería de Salud, por la que se adoptan medidas en materia de salud pública en relación con espectáculos públicos, actividades recreativas, establecimientos, locales e instalaciones del Principado de Asturias, cuyo apartado primero preveía la suspensión de la apertura al público de los establecimientos, locales e instalaciones públicas, entre los que figuraban las actividades recreativas (punto 2) y las de hostelería y restauración (punto 4), 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 interesada como consecuencia 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 examinado, la reclamación se plantea el día 29 de julio de 2021; así pues, considerando que los daños supuestamente derivados de las medidas adoptadas por la Administración del Principado de Asturias como consecuencia de la pandemia causada por el SARS-CoV-2 se limitan a los producidos durante el año anterior a su presentación, cabe concluir que ha sido formulada dentro del plazo de un año legalmente establecido a contar desde la fecha de los actos que la motivan.

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 Alertas y Emergencias COVID-19, 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 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 turístico, hostelero y de restauración 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 interesada formula una reclamación de responsabilidad patrimonial frente al Principado de Asturias por los daños sufridos como consecuencia de las limitaciones impuestas a las actividades recreativas en el marco de las medidas adoptadas con motivo de la pandemia de COVID-19.

Con carácter previo a cualquier otra consideración, es necesario detenerse en la eventual aplicabilidad al supuesto que nos ocupa de la Ley de Expropiación Forzosa sostenida por la reclamante, cuando señala que a las empresas pertenecientes a su sector de actividad “se les ocupó temporalmente, de manera total o parcial, los derechos inherentes a sus respectivas licencias de actividad, enarbolando para ello el interés común como una suerte de *causa expropriandi*”, habiéndose visto afectados “sus derechos de empresa al no dejarle desarrollar su actividad de manera plena y total”, por lo que “la Administración debería haber acordado previamente a su ocupación una indemnización que comprendiera tanto los daños y perjuicios que le han sido irrogados como el valor subjetivo del bien o derecho en cuestión”. Asimismo, en

su escrito de alegaciones señala que el “reconocimiento indemnizatorio no es exclusivo de la institución de responsabilidad patrimonial”, lo que “nos lleva a abordar la cuestión de la indemnización desde un punto de vista amplio, ya que permite una fundamentación jurídica diversa”, si bien con posterioridad explicita su concreta intención reseñando que “algunas de las vías que el legislador ofrece y que legitiman al reclamante a ejercer su derecho terminan, por remisión, en el instituto de la responsabilidad patrimonial”, vía “emprendida por esta parte en su escrito”.

Conscientes de que el deslinde entre las figuras de la delimitación de derechos, la expropiación forzosa y la responsabilidad extracontractual objetiva no siempre se presenta -ni normativa ni jurisprudencialmente- tan nítida como sería deseable, y de que un tratamiento pormenorizado de la cuestión desbordaría lo que a este dictamen compete -habiendo sido clarificado por la interesada, en el trámite de audiencia, su acogimiento a la institución de la responsabilidad extracontractual objetiva-, cabe reparar en algunas circunstancias que, sin ánimo de exhaustividad, excluirían la aplicabilidad en el presente supuesto de la institución de la expropiación forzosa. En primer lugar, la expropiación se configura en nuestro ordenamiento no solo como una garantía para los administrados -que, sin duda, lo es-, sino como una potestad administrativa, por lo que tratándose de una posición jurídica activa exigiría de la Administración una concreta voluntad -expresa o tácita- acerca de su utilización, que en este caso no existió, pues a la hora de adoptar las correspondientes medidas las autoridades actuaron al expreso amparo de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, las cuales habrían procedido en su momento a una previa delimitación de derechos basada en el surgimiento de circunstancias excepcionalmente graves para la salud pública. En segundo lugar, la expropiación implica la producción de un daño patrimonial directamente pretendido por la voluntad manifiesta del poder público -respaldado por la existencia de una utilidad pública o interés social-, y de ahí que -salvo en casos de urgencia- proceda una previa indemnización

condicionante de la privación patrimonial, lo que no concurrió en el supuesto que nos ocupa; por otra parte, en la responsabilidad patrimonial el daño se produce de forma incidental -no expresamente querida por el actuante-, por lo que la reparación procede con posterioridad al hecho jurídico causante del daño. En tercer lugar, la expropiación se presenta, *ex artículo 1* de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre Expropiación Forzosa, como una “privación singular”, dato que delimita su ámbito de aplicación.

Procede recordar que el Tribunal Constitucional ha negado que la libertad de empresa consagrada en la Constitución goce del carácter de derecho absoluto; muy al contrario, se halla sometido a límites. Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional Núm. 227/1993, de 9 de julio -ECLI:ES:TC:1993:227-, sostiene que “en un Estado social y democrático de Derecho, como el que proclama el art. 1 de la Constitución, es lícitamente posible para el legislador la introducción de límites y restricciones al ejercicio de derechos de contenido patrimonial, como son los de propiedad y libertad de empresa, por razones derivadas de su función social (...). En este sentido, la libertad de empresa, junto a su dimensión subjetiva, tiene otra objetiva e institucional, en cuanto elemento de un determinado sistema económico, y se ejerce dentro de un marco general configurado por las reglas, tanto estatales como autonómicas”.

Sentado lo anterior, y 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 desde las 00:00 horas del día 21 de junio de 2020 hasta el momento de su presentación, procede señalar que, a la luz de las restricciones impuestas es razonable advertir un cierto impacto en la actividad de la reclamante directamente relacionado con la normal apertura y ocupación de la misma, al verse condicionadas estas por las medidas aplicables en cada momento. En estas circunstancias, consideramos que, siquiera sea a efectos meramente dialécticos, puede darse por acreditado que las medidas específicas establecidas 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 reiterando este Consejo (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. 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 interesada cifra “provisionalmente” el perjuicio patrimonial sufrido por las medidas adoptadas por las autoridades sanitarias asturianas en 2.355.965,48 €. Sin embargo, de principio, 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 al negocio de la reclamante hubiera sido similar a la de otras temporadas, pues ello significaría que los clientes habrían actuado de espaldas a las recomendaciones sanitarias. Resulta indubitado que no toda pérdida de beneficio es imputable a la Administración, ya que la situación pandémica ha dado lugar a determinadas pautas de conducta limitativas de las relaciones sociales en este tipo de establecimientos que han incidido notoriamente en la actividad de la reclamante. Y no puede tampoco orillarse que se han articulado diversas medidas compensatorias y se convocaron ayudas directas para estos operadores económicos en atención a los perjuicios derivados de las restricciones impuestas, que vienen contribuyendo a mitigar en parte el daño que pretenden 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.

Por otra parte, como indica la propuesta de resolución, “no puede considerarse que las cuantías calculadas sean coherentes con la metodología descrita inicialmente, por lo que en este aspecto el informe carece de valor como prueba pericial”. A ello ha de añadirse que a la hora de valorar la compensación de las ayudas percibidas la propuesta de resolución advierte que “debería actualizarse la cuantía correspondiente a las subvenciones recibidas por la reclamante como consecuencia de la pandemia”, pues, a 7 de marzo de 2022, “según la información que proporciona la Base de Datos Nacional de Subvenciones, la cuantía total de las ayudas concedidas por la Administración del Principado de Asturias asciende a 220.000 euros”.

En este escenario, 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 67.2 de la LPAC), mereciendo un tratamiento *pro actione* al considerar que la indemnización se cuantifica prudencialmente en 2.355.965,48 €. Sin embargo, procede recordar que 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 la perjudicada obtuvo ciertas ayudas o compensaciones públicas -que sería preciso cuantificar con exactitud 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 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 certeza del perjuicio económico (2.355.965,48 €) por el que se acciona.

A lo anterior cabe añadir que tampoco concurre en el caso examinado la nota de la antijuridicidad de los eventuales daños. Al respecto, procede subrayar en primer lugar que la antijuridicidad del daño sufrido solo puede ser entendida, en virtud de lo establecido en el artículo 34.1 de la LRJSP, como la causación de un daño que el perjudicado “no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley”.

Ha de puntualizarse que no se reclaman aquí los daños provocados por el hecho de la pandemia -asumido que es ajeno a la Administración del Principado de Asturias-, por lo que no procede detenerse en si es un suceso de fuerza mayor o sus consecuencias pudieron ser previstas o evitadas. El reproche se dirige frente a las medidas restrictivas de apertura 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 establecimientos de juego 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 (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 Servicio de Alertas y Emergencias COVID-19, 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 necesidad y proporcionalidad. Se estima una restricción “adecuada porque era apta para dar cumplimiento a una finalidad legítima como era la de `reducir sustancialmente la movilidad del virus´” y “necesaria para hacer frente a las constantes mutaciones del virus y a su creciente propagación, como también al previsible incremento de la `presión asistencial y hospitalaria´”. En la misma línea, también ha señalado el Tribunal Constitucional en la Sentencia

148/2021, de 14 de julio -ECLI:ES:TC:2021:148-, que las medidas de limitación y restricción de actividades económicas adoptadas con el primer estado de alarma, pese a que “constriñen intensísimamente, con carácter temporal, el libre mantenimiento de la actividad empresarial”, han de considerarse constitucionales en la medida en que quedan amparadas “siempre que se orienten a la protección de otros bienes de relevancia constitucional (...) y resulten razonablemente adecuadas y necesarias”. Tras advertir que las limitaciones a la actividad económica 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”. Esto es, el perjuicio alegado no entraña un sacrificio singular, excesivo o desigual que sustente su carácter antijurídico, sino la concreción del riesgo inherente a una actividad económica proclive a la propagación del virus, sin que en las restricciones impuestas -extensivas a otros sectores que igualmente comportan la concentración de personas en espacios cerrados- se observe discriminación arbitraria o desproporción.

Por otra parte, 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 -ya sectoriales, y adoptadas por la autoridad autonómica- fueron necesarias, 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, en tanto se justifique que fueron necesarias, adecuadas y proporcionadas al riesgo sanitario que se afrontaba -como así se ratificaron con carácter general por los Tribunales-, pues aquellas medidas encuentran su fundamento en la protección de un bien jurídico común y 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.

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

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

actividades o cierres de empresas o sus instalaciones; por el artículo 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, que habilita a la autoridad autonómica, con carácter excepcional y cuando así lo requieran motivos de extraordinaria gravedad o urgencia, a adoptar, mediante resolución motivada, entre otras medidas, la intervención de medios materiales o personales, el cierre preventivo de instalaciones, establecimientos, servicios e industrias, la suspensión del ejercicio de actividades y cualquier otra medida ajustada a la legalidad vigente si existen indicios racionales de riesgo para la salud, y por el artículo 5.b) de la Ley del Principado de Asturias 7/2019, de 29 de marzo, de Salud, conforme al cual se articula la competencia autonómica del titular de la Consejería en materia de sanidad y del Consejo de Gobierno para la aprobación de las medidas que procedan como consecuencia de la declaración de emergencia por crisis sanitaria.

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

En esta última sentencia razona el Tribunal Supremo que “hubiera sido deseable que, en vez de a conceptos indeterminados y cláusulas generales,

“pudiéramos acudir a una regulación específica para afrontar la pandemia”, pero “no puede preverse todo y tampoco puede decirse que los preceptos examinados adolecen de tal indeterminación que permitan hacer cualquier cosa a las Administraciones que los utilicen”. Nos enfrentamos así a conceptos jurídicos indeterminados que, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, han dado lugar a la doctrina del “margen de apreciación”, conforme a la cual existe un deber de soportar el daño cuando la actuación administrativa se ejercita dentro de unos márgenes razonados y razonables. Y en el contexto que nos atañe ese criterio de razonabilidad se traduce en el triple juicio de “adecuación, necesidad y proporcionalidad”, debiendo concluirse que las restricciones que afectaron al negocio de la reclamante superan -sin duda fundada- ese triple parámetro.

En el supuesto de las adoptadas, vía decreto o resolución, en el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma, debe recordarse además que han sido ratificadas y confirmadas por los Tribunales en los casos en que se han impugnado. Precisamente, en las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 22 de septiembre y 22 de diciembre de 2021 -ECLI:ES:TSJAS:2021:2763 y ECLI:ES:TSJAS:2021:3960- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) se ventila el cumplimiento “de los requisitos de motivación y proporcionalidad exigidos en la legislación invocada”, apreciándose la adecuada aplicación del principio de precaución o cautela -que permite adoptar medidas de protección ante riesgos potenciales “sin tener que esperar a que se demuestren plenamente la realidad y la gravedad de tales riesgos” (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de abril de 2014 -ECLI:EU:C:2014:255-, Sala Sexta, asunto C-269/13 P)-, que las restricciones a las actividades de ocio “se han revelado como idóneas para luchar contra el virus” y que las impuestas por la Administración del Principado de Asturias “son proporcionadas al riesgo que tratan de evitar de aparición de nuevos brotes pandémicos” asociados a la aglomeración de personas en 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”.

Tampoco enturbia estas conclusiones la reciente anulación de la atribución competencial que se arbitró en favor de los Tribunales Superiores de Justicia para la autorización o ratificación de las medidas adoptadas por la autoridad sanitaria (artículo 10.8 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), pues a los efectos que nos atañen los pronunciamientos judiciales recaídos son solo expresión de un juicio razonado y contextualizado que en este caso abunda en la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de las medidas restrictivas adoptadas.

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 del 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.