

Dictamen Núm. 206/2022

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
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 7 de septiembre 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 27 de mayo de 2022 -registrada de entrada el día 2 de junio de ese mismo año-, 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 de juegos de azar y apuestas) 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 3 de noviembre de 2021 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 de juegos de azar y apuestas, en el marco de las medidas adoptadas con motivo de la pandemia de COVID-19.

Indica que se interpone una “reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por los daños y perjuicios causados a la reclamante”.

Expone que “el Consejo de Ministros, en su reunión de fecha 25 de octubre de 2020, aprobó el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2./ En el mismo, en su artículo 2.2, se dispone que ‘la autoridad competente delegada será quien ostente la presidencia de la Comunidad Autónoma’./ El Presidente del Principado de Asturias dictó, el 26 de octubre, el Decreto 27/2020, por el que se adoptan medidas para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2 en el marco del estado de alarma, modificado por el Decreto 28/2020, de 30 de octubre, del Presidente del Principado de Asturias (...), estableciendo una serie de limitaciones que afectan a la libertad de circulación o el derecho de reunión”, disponiendo que “corresponde, en el marco establecido, a las autoridades competentes delegadas precisar cuestiones tales como (i) limitación de circulación de las personas en horario nocturno (ii) limitar la entrada y salida del territorio autonómico (iii) plantear cierres perimetrales o (iv) fijar medidas sobre el número de personas que pueden reunirse o los aforos para la asistencia a lugares de culto./ Tal y como se indica (...): ‘las autoridades competentes delegadas quedan habilitadas para dictar, por delegación del Gobierno de la Nación, las órdenes, resoluciones y disposiciones que fuese menester a este objeto’./ En consecuencia, la Consejería de Salud del Principado de Asturias dictó la (...) Resolución de 3 de noviembre de 2020 (...), por la que se establecen medidas urgentes de carácter extraordinario, urgente y temporal de prevención, contención y coordinación, necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19 (...). A los efectos que aquí interesan, se adoptó la medida de suspensión de la apertura al público de los establecimientos de hostelería y de juego durante un plazo de quince (15) días naturales, esto es, desde las 00:00 horas del 4-11-2020 hasta las 24 horas del 18-11-2020. Dicho periodo inicial fue prorrogado (...) mediante sendas prórrogas de quince días naturales (...). Por Resolución del Consejero de Salud

de 18 de diciembre de 2020 se adoptan medidas especiales de carácter extraordinario, urgente y temporal de prevención, contención y coordinación, necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, con efectos desde las 00:00 horas del día 19 diciembre de 2020 hasta las 24:00 horas del día 11 de enero de 2021./ Posteriormente, la situación de los referidos establecimientos de hostelería y de juego ha pasado por fases en las que se permitió su reapertura con limitaciones o restricciones y otras en las que se volvió a decretar su cierre”.

Manifiesta que “a partir de noviembre de 2020, en el contexto del segundo estado de alarma declarado por el RD 926/2020, es la Comunidad Autónoma la que acuerda las medidas referidas, focalizándose muchas de ellas en la hostelería y el juego./ En cambio, otras actividades recreativas se pudieron desarrollar sin restricciones./ El sector del juego se ha visto afectado por un daño patrimonial singular y, por tanto, debe (...) ser objeto de compensación por parte de la Administración./ La incidencia que han tenido las medidas adoptadas por el Gobierno de España y el Gobierno del Principado de Asturias para la empresa reclamante son más que evidentes./ El día tres de noviembre de 2020 los establecimientos de hostelería cerraron al público, cesando, en consecuencia, toda la actividad empresarial de la (reclamante)./ Y no fue hasta el día 14 de diciembre de 2020 en que se flexibilizaron las medidas del Principado y se permitió la apertura de los establecimientos de hostelería, si bien sometiendo la reanudación de la actividad a importantes restricciones./ A partir de esa fecha, los cierres se sucedieron hasta el mes de mayo de 2021./ No cabe duda que esta inactividad y carencia de ingresos supone un grave quebranto económico./ Lo que no se ha acreditado en modo alguno por el Principado es que la apertura de los establecimientos de hostelería fuera un elemento de riesgo cierto y grave para la salud pública./ El Principado no valoró criterios científicos, o estudios de expertos reputados, que concluyeran esa imperiosa necesidad de suspender la actividad en los establecimientos de hostelería. Se adoptó esta decisión sin que la misma se basara en algo más que suposiciones y, en opinión del compareciente, de modo arbitrario./ El Gobierno

del Principado no ha aclarado (...) porqué concluye que la actividad hostelera supone un especial riesgo de contagio que obligaba al cierre total del mismo./ Sin embargo sí se autoriza la apertura de otros establecimientos comerciales para realizar la adquisición de alimentos y productos de primera necesidad./ Desde luego, esto supone una vulneración del principio de igualdad./ No se justifica, en modo alguno, la diferencia de criterios entre unos y otros establecimientos./ Tampoco se han valorado por el Gobierno autonómico otras opciones a la crisis que pudieran haber evitado la dramática situación en la que se ha visto inmersa esta empresa”.

Considera que “el Gobierno asturiano ha producido un daño individualizado y concreto que opera sobre la esfera patrimonial de la entidad (reclamante), y que esta no tiene la obligación de soportar./ Procede, por tanto, la presente acción de responsabilidad dirigida contra quien ha establecido estas medidas limitativas y restrictivas de derechos, pues ha sido la decisión de los distintos órganos de las Administraciones estatal y autonómica (...) la que genera un daño que reúne todos los requisitos, desde nuestro punto de vista, de la norma de cobertura./ Los derechos de esta empresa han sido sometidos a unas cargas y limitaciones desproporcionadas que han supuesto que se vacíe su contenido esencial y que no han ido acompañadas de medidas económicas dirigidas a compensar los mismos./ Sin duda, nos encontramos ante un detrimento patrimonial antijurídico, no ya porque la conducta de su autor sea contraria a Derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportarlo”.

Refiere que “el Tribunal Constitucional ha dictado una sentencia declarando inconstitucional la prórroga de seis meses acordada (...) y el nombramiento de autoridades competentes delegadas que fijaba el Real Decreto 926/2020 del segundo estado de alarma (...). Asevera que la determinación temporal de aquella prórroga de seis meses se realizó de un modo por entero inconsistente con el sentido constitucional que es propio del acto de autorización, y sin coherencia alguna, incluso, con las razones que el Gobierno hizo valer para instar la prórroga finalmente concedida./ Añade que la

prórroga fue autorizada cuando las medidas limitativas de derechos incluidos en la solicitud no iban a ser aplicadas inmediatamente por el Gobierno, pues se supeditaba su puesta en práctica a lo que los presidentes de las Comunidades Autónomas decidieran. Indica que aquella autorización se dio sin saber qué medidas se iban a aplicar para combatir la pandemia”.

Entiende que “por parte del Estado Español y de la Comunidad Autónoma, y a partir de la (...) declaración del segundo estado de alarma, se han aplicado unas normas que conculcan nuestra Constitución, sin que el gobierno autonómico tuviera (...) capacidad legal para establecer tales restricciones, tal y como ha dejado claro el Tribunal Constitucional./ Todas y cada una de las normas que el Gobierno ha dictado amparándose en el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, deben (...) ser declaradas nulas y, por tanto, ineficaces, dado que se fundan en una norma declarada inconstitucional”.

Señala que la Constitución “no habilita suspender con carácter general derechos fundamentales durante el estado de alarma (el estado pensado para hacer frente a epidemias) y la libertad de empresa es uno de ellos. Ni siquiera habilita para suspender con carácter general la libertad de empresa en los estados de excepción y de sitio, no pensados, por lo demás, para hacer frente a epidemias./ Pero, lo cierto es que el Gobierno del Principado ha suspendido el ejercicio de la libertad de empresa de la (reclamante), por mucho que se pretenda escudar para ello en la legislación sanitaria./ La libertad de empresa es un derecho fundamental que no puede ser vulnerado, y mucho menos hacerlo amparándose en una errónea justificación jurídica”.

Por lo que atañe a la cuantificación del daño, indica que “la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial asciende a quinientos treinta y cinco (mil) ochocientos noventa euros (535.890,00 €) conforme al siguiente detalle:/ lucro cesante: 535.890 € (...). Se calculan las ganancias dejadas de obtener a causa del cierre obligado y del cese de la actividad tomando como referencia los beneficios del ejercicio de 2019./ Hay que tener en cuenta que

las limitaciones de uso de barra y (...) de aforo y horarios de la hostelería también afectaron negativamente a las máquinas recreativas./ La cuantía de la indemnización se calcula con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al Índice de Garantía de la Competitividad, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o, en su caso, a las normas presupuestarias de las Comunidades Autónomas./ Se adjunta esta información preliminar, si bien dada la complejidad del caso y la situación pandémica actual nos reservamos la aportación de informe pericial complementario que especifique y clarifique el presente”.

2. Mediante Providencia de 17 de noviembre 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 7 de abril de 2022, el Jefe del Servicio de Alertas y Emergencias COVID-19 emite informe sobre la reclamación formulada. En él advierte, como consideraciones previas, que ha sido “elaborado por epidemiólogos (...) y por ello de naturaleza referida exclusivamente a los aspectos relacionados con la salud pública”, por lo que “no se entra (...) a valorar los aspectos jurídicos”. Asimismo, señala que se desconoce “si la actividad mercantil concreta puede verse afectada por medidas referidas a otros sectores”, y que “dado que en la reclamación patrimonial no se hace referencia a ninguno de ellos y sí a la hostelería, nos referiremos a este sector concreto”. Seguidamente reseña que

“en la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias durante el periodo que se reclama” se adoptaron “distintas medidas, con impactos diferentes no solo en determinados sectores productivos, como el de la hostelería, 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”, tomando como referencia la incidencia acumulada a 14 días en el número de casos registrados. Ello ha supuesto que “para afrontar cada una de estas situaciones” se fueran “adoptando medidas que, en el caso de la hostelería, como en el resto de sectores económicos y sociales, 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 (...) 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, refiere 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 señalaba 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 para los establecimientos de hostelería son la suspensión de la actividad en el interior de dichos establecimientos en los niveles 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 todo 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 la hostelería. Son medidas, además, necesarias y adecuadas ya que nos permiten disminuir la propagación de la enfermedad”.

En cuanto a la proporcionalidad de las medidas, señala que los datos analizados muestran “claramente como las distintas actuaciones realizadas a lo largo del periodo 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 y favoreciendo, en cuanto fue posible, la adopción de las medidas en ámbitos geográficos más específicos./ 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 abril de 2022, el Instructor del procedimiento comunica a la 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 Alertas y Emergencias COVID-19.

5. El día 3 de mayo de 2022 la mercantil presenta, a través del Sistema de Interconexión de Registros, un escrito de alegaciones en el que se “afirma y ratifica en todos los fundamentos jurídicos” de su reclamación. Por otra parte,

confirma que la cuantía de lo reclamado asciende a quinientos treinta y cinco mil ochocientos noventa euros (535.890 €).

6. Con fecha 11 de mayo 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 el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, 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 (...). En cualquier caso, a efectos dialécticos, debe tenerse en cuenta que en la gestión de la presente crisis sanitaria no existen fórmulas conjuntas de actuación entre varias Administraciones públicas, a los efectos previstos en el artículo 33.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, más allá de la necesaria colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas”. 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./ De acuerdo con los motivos expuestos, procede que la Administración del Principado de Asturias asuma la tramitación de la presente reclamación con independencia de su coincidencia, al menos parcial, con el segundo estado de alarma”.

Indica que, “si bien el (...) escrito de reclamación cita diversas disposiciones y actos, remontándose al Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2 (...), `el día tres de noviembre de 2020 los establecimientos de hostelería cerraron al público, cesando, en consecuencia, toda la actividad empresarial de la empresa operadora´ (...). Por tanto, los supuestos efectos lesivos se imputan a las medidas adoptadas a partir de ese día./ Como el mencionado escrito tuvo entrada el 3 de noviembre de 2021, en esta fecha 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 Jefe del Servicio de Alertas y Emergencias COVID-19, “limitándose a cuestionar que la suspensión de la actividad hostelera fuera necesaria para paliar las consecuencias de la pandemia o (...) las medidas, incluido el cierre de los establecimientos./ Niega también que esté acreditada la eficacia y validez de las medidas desde el punto epidemiológico./ Pero no aporta una evidencia científica diferente a la del citado informe que apoye sus alegaciones (...). Por tanto (...), 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 Alertas y Emergencias COVID-19.

En relación con la motivación de las medidas, afirma que “si se examina la Resolución de 3 de noviembre de 2020, por la que se establecen medidas

urgentes de carácter extraordinario, urgente y temporal de prevención, contención y coordinación, necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, puede comprobarse” que en ella “se cita el informe de la Dirección General de Salud Pública de fecha 2 de noviembre de 2020, del que se reproducen diversos indicadores epidemiológicos y de demanda asistencial, así como el análisis de dichos datos”, recogiendo en sus fundamentos jurídicos los preceptos de la legislación sanitaria que amparan la competencia del Consejero y la adopción de las medidas, y también su “necesidad, idoneidad y proporcionalidad (...). El mismo nivel de motivación puede predicarse de las resoluciones que modificaron o prorrogaron la de 3 de noviembre de 2020, así como de las posteriores que la sustituyeron”.

Respecto a la eventual vulneración del principio de igualdad y no discriminación, advierte que “este reproche se basaría en el distinto trato recibido por el sector hostelero en comparación con otros, dado que la Resolución de 3 de noviembre de 2020 contempló diversas excepciones, citándose las siguientes por la reclamante: comercios de alimentación, de bebidas, de artículos de primera necesidad, farmacias, parafarmacias, ópticas, prensa y revistas, estancos, talleres, ITVs, equipos tecnológicos, tintorerías, lavanderías, peluquerías o recogida de comidas”, razonando a continuación que “el trato diferenciado estaba justificado por el mayor riesgo de transmisión que supone la hostelería debido a que, al menos durante el acto de comer y beber, se prescinde de la mascarilla, a que la distancia de seguridad se guarda entre mesas pero no en cada una de ellas y a la mayor interacción social que se despliega en estos establecimientos. Estas circunstancias, que no concurren en el resto de sectores excepcionados de la suspensión, facilitan el contagio, conforme a los mecanismos de transmisión que se describen de forma pormenorizada en el informe del Servicio de Alertas y Emergencias COVID-19 de 7 de abril de 2022, que también expone la evidencia disponible sobre el riesgo específico de los establecimientos de hostelería./ Por tanto, desde el punto de vista epidemiológico estaba justificado ese trato diferenciado”.

En cuanto a una posible vulneración del derecho a la libertad de empresa, sostiene que “las manifestaciones (...) negando la constitucionalidad de la suspensión de dicho derecho durante un estado de alarma no tienen en cuenta que la Sentencia del Tribunal Constitucional 148/2021, de 14 de julio (...), consideró que las medidas contempladas en el artículo 10 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo (entre ellas, la suspensión de la actividad de la hostelería y el ocio nocturno), se consideraron conformes con la Constitución./ Desde otro punto de vista, tampoco hace falta la cobertura de un estado de alarma para adoptar medidas que limiten derechos fundamentales. Sin perjuicio de reiterar que las medidas de suspensión de la actividad de los establecimientos de hostelería no limitaron derechos fundamentales, a efectos dialécticos procede citar la Sentencia del Tribunal Supremo (...) de 3 de junio de 2021”, de la que “se desprende que la restricción de derechos fundamentales en el marco de la lucha contra la pandemia del COVID-19 no exige siempre y necesariamente la cobertura del estado de alarma”.

Sobre el importe reclamado en concepto de indemnización, señala que “no puede considerarse que se haya acreditado”, pues solo se “aporta un documento (...) con una tabla cuyo encabezado reza: ‘resultados antes de impuestos’ (...) que carece de valor probatorio (...) dado que no está respaldado por otros documentos de carácter fiscal o contable, por un informe pericial o por algún tipo de intervención de un tercero./ Además, el documento supuestamente compara los meses de noviembre a abril previos a la pandemia, pero no detalla a qué año o años se corresponden. Por otra parte, en lo que se refiere a los meses equivalentes durante la pandemia, se consignan los (...) de noviembre, diciembre, marzo y abril de 2019 y los meses de enero y febrero de 2020. Aunque el error en este caso es patente y fácilmente salvable (marzo y abril serían de 2020), evidencia la falta de cuidado en la elaboración del documento./ Desde otro punto de vista, al pretenderse una indemnización por los beneficios dejados de obtener sobre la base de la comparación con los resultados económicos obtenidos en otros periodos previos la causa de esa pérdida 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 (...) 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 (...) frecuentan menos el interior de los establecimientos de hostelería, 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". Finalmente advierte que, "en aplicación de los principios de indemnidad y de prohibición del enriquecimiento injusto, de una hipotética indemnización deberían excluirse las ayudas percibidas, en su caso, de las Administraciones públicas para compensar los efectos de la pandemia./ A 11 de mayo de 2022, según la información que proporciona la Base de Datos Nacional de Subvenciones, la cuantía total de las ayudas concedidas a la reclamante por el Principado de Asturias asciende a 174.832,45 euros".

7. En este estado de tramitación, mediante escrito de 27 de mayo 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 o de azar en los establecimientos a 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 se alude y que cuenta con las oportunas autorizaciones.

En cuanto a la legitimación pasiva de la Administración del Principado de Asturias, los daños y perjuicios cuya indemnización se postula derivan de las medidas adoptadas por sus autoridades en cuanto titulares de las competencias que les atañen, de conformidad con lo previsto en el artículo 12 del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre -vigente entre el 25 de octubre de 2020 y el 9 de mayo de 2021-, y como responsables de la gestión de sus servicios y de

su personal. La anulación de la “delegación” de competencias 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, amén de las propias que corresponden a la Administración autonómica en materia de sanidad y salud pública, 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 reclamante a resultas de las medidas adoptadas por las autoridades autonómicas desde el 25 de octubre de 2020.

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 3 de noviembre de 2021 y, 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 durante el periodo comprendido entre octubre de 2020 y mayo de 2021 -es decir, tras el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre- se limitan a los producidos durante el año anterior a la presentación de aquella, 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.

CUARTA.- En relación con el procedimiento administrativo aplicable, la reclamación indica que se interpone una “reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado legislador”. Pues bien, a tenor de lo dispuesto en el artículo 32.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, para ejercitar la pretensión resarcitoria por esa vía sería preciso, o bien estar ante la aplicación de “actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos” que los administrados no tengan el deber jurídico de soportar -siempre y cuando así se estableciese en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen- o bien ante “la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional”. Dado que a la hora de adoptar las correspondientes medidas las autoridades sanitarias del Principado de Asturias actuaron al expreso amparo de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública; 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 -habiendo procedido, en su momento, a una previa delimitación de derechos basada en circunstancias excepcionalmente graves para la salud pública- ni han sido declaradas inconstitucionales ni han especificado compensación alguna al respecto, resulta notorio que el único cauce por el que debe discurrir la reclamación aquí examinada es el previsto en el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, según el cual “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”.

Sentado lo anterior, 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 habla aquí de 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 -que, según afirma, ejerce una actividad de explotación de máquinas recreativas o de azar en establecimientos abiertos al público- formula una reclamación de responsabilidad patrimonial frente a la Administración del Principado de Asturias por los daños derivados de las medidas adoptadas como consecuencia de la pandemia causada por el SARS-CoV-2.

Con carácter previo, debemos detenernos en una eventual “vulneración del principio de igualdad” por parte de las autoridades del Principado de Asturias al haber obligado al cierre de la actividad hostelera mientras autorizaba la apertura de “establecimientos comerciales para realizar la adquisición de alimentos y productos de primera necesidad”. Al respecto, es preciso advertir que el principio de igualdad se halla muy lejos de garantizar, en abstracto, idéntico tratamiento a todos los supuestos, sino que obliga a tratar igual lo igual y de forma desigual lo desigual. De esta forma, la Sentencia del Tribunal Constitucional 39/2002, de 14 de febrero -ECLI:ES:TC:2002:39-, señaló que “como tiene declarado este Tribunal desde la STC 22/1981, de 2 de julio, recogiendo al respecto la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el art. 14 CEDH, el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan solo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues,

como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable”. Con base en ello, huelga, por obvio, entrar a analizar en detalle las múltiples diferencias de toda índole existentes entre los establecimientos en los que se suministran productos de primera necesidad y aquellos otros destinados a ofrecer al público juegos recreativos o de azar para poder rechazar, de plano, cualquier posible vulneración del principio de igualdad en el caso que nos ocupa.

Asimismo, en cuanto a la conculcación de la libertad de empresa invocada por la reclamante, procede recordar que el Tribunal Constitucional ha negado que goce de un carácter absoluto pues, muy al contrario, se halla sometida a límites. Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional 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 el alcance de la presente reclamación a las medidas adoptadas por las autoridades del Principado de Asturias desde el día 25 de octubre de 2020 hasta el momento de presentación de la reclamación, procede señalar que a la luz de las restricciones de apertura, horario y aforo impuestas es razonable advertir un cierto impacto en la actividad de la reclamante, al verse condicionada esta 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 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. 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 en 535.890 €. No obstante, como señala la propuesta de resolución, la afirmación de la reclamante “carece de valor probatorio (...) dado que no está respaldada por otros documentos de carácter fiscal o contable, por un informe pericial o por algún tipo de intervención de un tercero”. A todo ello ha de añadirse -como se advierte en aquella- que, “en aplicación de los principios de indemnidad y de prohibición del enriquecimiento injusto, de una hipotética indemnización deberían excluirse las ayudas percibidas, en su caso, de las Administraciones públicas para compensar los efectos de la pandemia”, y que “a 11 de mayo de 2022, según la información que proporciona la Base de Datos Nacional de Subvenciones, la cuantía total de las ayudas concedidas a la reclamante por el Principado de Asturias asciende a 174.832,45 euros”.

Por otra parte, 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 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 toda vez 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. 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.

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), mereciendo un tratamiento *pro actione* al considerar que la indemnización se cuantifica prudencialmente en 535.890 €. Sin embargo, huérfana esa valoración de justificación o elemento de contraste adecuado y suficiente, 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, 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 y pautas de conducta social 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 (535.890 €) 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 25 de octubre 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 25 de octubre de 2020 cuentan todas ellas con el amparo legal que les proporciona el artículo 26.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad -conforme al cual, “En caso de que exista o se sospeche

razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, las autoridades sanitarias adoptarán las medidas preventivas que estimen pertinentes, tales como la (...) suspensión del ejercicio de actividades, cierres de Empresas o de sus instalaciones (...), y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas"-, habiendo sido adoptadas y adaptadas en todo momento con base en criterios y estudios epidemiológicos, tal como se desprende del informe del 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 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 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 -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, en

tanto se justifique que fueron adecuadas y proporcionadas al riesgo sanitario que se afrontaba -como así se ratificó por los Tribunales-, pues aquellas medidas encuentran su 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.

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

Se advierte aquí que las medidas de restricción quedan amparadas por los artículos 1 a 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, que habilita a las distintas Administraciones públicas dentro del ámbito de sus competencias, al objeto de proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro, a adoptar las medidas previstas en dicha ley cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad; por el artículo 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que dispone, para el caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, la habilitación para que las autoridades sanitarias adopten las medidas preventivas que estimen pertinentes y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas, entre otras, la suspensión del ejercicio de actividades o cierres de empresas o sus instalaciones; por el artículo 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, que habilita a la

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

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

En esta última sentencia razona el Tribunal Supremo que “hubiera sido deseable que, en vez de a conceptos indeterminados y cláusulas generales, pudiéramos acudir a una regulación específica para afrontar la pandemia”, pero “no puede preverse todo y tampoco puede decirse que los preceptos

examinados adolecen de tal indeterminación que permitan hacer cualquier cosa a las Administraciones que los utilicen”. Nos enfrentamos así a conceptos jurídicos indeterminados que, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, han dado lugar a la doctrina del “margen de apreciación”, conforme a la cual existe un deber de soportar el daño cuando la actuación administrativa se ejercita dentro de unos márgenes razonados y razonables. Y en el contexto que nos atañe, ese criterio de razonabilidad se traduce en el triple juicio de “adecuación, necesidad y proporcionalidad”, debiendo concluirse que las restricciones que afectaron al negocio de la reclamante superan -sin duda fundada- ese triple parámetro.

En el supuesto de las adoptadas, vía decreto o resolución, en el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma, debe recordarse además que han sido ratificadas y confirmadas por los Tribunales en los casos en que se han impugnado. 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 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, cuya constitucionalidad ha sido avalada; que la Administración autonómica ha actuado conforme a derecho, aplicando adecuadamente el principio de precaución y motivando su necesidad y proporcionalidad, 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.