

Dictamen Núm. 100/2023

**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 4 de mayo de 2023, 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 10 de febrero de 2023 -registrada de entrada el día 16 del 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 (agencia de viajes) 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 octubre de 2021 dos personas que “regentan” una agencia de viajes radicada en Langreo presentan, a través del Sistema de Interconexión de Registros, una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos como consecuencia de los cierres y limitaciones de horarios establecidos por la Administración regional a través de su Consejería de Salud, al haber visto mermados considerablemente sus ingresos y que “quedan completamente acreditados en la contabilidad de su negocio”, que “incluso tras

el recibo de las ayudas aportadas por la Administración” ascienden a dieciocho mil ochocientos noventa y siete euros (18.897 €).

Esgrimen escuetamente la concurrencia de los requisitos de la responsabilidad patrimonial (omitiendo toda consideración sobre la antijuridicidad del daño) y como soporte del referido *quantum* resarcitorio aportan copia de la contabilidad de una sociedad limitada laboral titular de la agencia de viajes de los ejercicios 2017, 2018, 2019 y 2020.

**2.** Requeridas de subsanación mediante oficio de 8 de noviembre de 2021, con expresa indicación de que “no es posible deducir de la documentación presentada si son las (...) personas físicas las interesadas en el procedimiento o lo es la sociedad mercantil (...), en cuyo caso no se habría acreditado la representación de la misma”, el 19 de noviembre de ese mes presentan las reclamantes el mismo escrito con corrección de algunas erratas, que formulan y rubrican en nombre propio junto a la misma documentación contable, sin aclarar en quién reside la cualidad de reclamante.

**3.** Mediante Providencia de 26 de noviembre de 2021, de la que se da traslado tanto a las interesadas como a la compañía aseguradora de la Administración, el Consejero de Salud dispone la tramitación del “correspondiente procedimiento de responsabilidad patrimonial” y designa instructor del mismo. En ella 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.

**4.** El día 29 de diciembre de 2022, el Jefe del Servicio de Alertas y Emergencias COVID-19 libra 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 consideración previa, puntualiza que se hace “una valoración técnica de las medidas adoptadas por el Principado de Asturias a partir de octubre de 2020 en el ámbito de las agencias de viajes como consecuencia de las sucesivas Resoluciones de la Consejería de Salud”, y recuerda que en la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias se adoptaron “distintas medidas, con impactos diferentes, no solo en determinados sectores productivos (...), 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 6 fases distintas en la evolución seguida por la pandemia en el período 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 (...) 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”. En apoyo de esta conclusión cita una “reciente publicación el 10 de noviembre en Nature (...), en base a patrones de movilidad de 98 millones de personas en diez de las áreas metropolitanas más grandes de Estados Unidos”, cuyos datos permiten observar “como la reapertura de diferentes tipos de establecimientos que conllevan un incremento de movilidad provocan un incremento en el número de infecciones observadas (...) frente a la medida de mantenimiento del cierre”.

En cuanto a la “proporcionalidad de las medidas”, señala que los datos analizados muestran “claramente como las distintas actuaciones realizadas a lo largo del estado de alarma objeto de esta reclamación han sido medidas proporcionadas, pues no existen otras menos limitativas de las actividades afectadas que garanticen el mismo nivel de protección de la salud./ Han sido además unas medidas que han ido modificándose en el tiempo y adaptándose a una situación epidemiológica cambiante con situaciones de alta probabilidad de aparición de nuevos casos y de brotes combinándose con otras de evolución más positiva de la pandemia. Y tanto en uno como en otro caso se ha buscado siempre la combinación entre potenciar aquellas formas de vivir que se han mostrado eficaces en la lucha contra la pandemia y minimizar a la vez la generación de efectos perjudiciales sobre las personas y su situación social y económica./ Para ello se ha tenido siempre en cuenta la necesidad de mantener la actividad del sector, modulándola hasta donde la situación de transmisión epidemiológica pudiera permitirlo./ 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”.

5. Librado el trámite de audiencia, al que se adjunta copia del anterior informe, no consta la presentación de alegaciones.

6. Con fecha 6 de febrero 2023, el Instructor del procedimiento elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella se limita la legitimación pasiva de la Administración del Principado de Asturias al “período coincidente con el segundo estado de alarma”.

Se indica que el escrito de reclamación se reduce a hacer referencia a “los cierres y limitaciones de horarios establecidos por la Administración regional a través de su Consejería de Salud” y al “cierre total de sus *modus vivendi*”, sin desagregar los daños que se imputan a las distintas restricciones impuestas, y, “dado que dicho escrito tuvo entrada el 29 de octubre 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./ Teniendo en cuenta esa limitación, debe entenderse que en el momento en que se presenta la reclamación de responsabilidad patrimonial, el día 29 de octubre 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, se reseña que las reclamantes omiten toda consideración al respecto cuando “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 (en este

caso, el sector de agencias de viajes) 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".

Se indica que "las medidas que afectaron al negocio" de las reclamantes "respetaban los requisitos de necesidad, adecuación y proporcionalidad".

Añade que las interesadas "no han rebatido la evidencia científica" expuesta en el informe del Jefe del Servicio de Alertas y Emergencias COVID-19, por lo que "tenían 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 las reclamantes, "sino a todo el sector del que su actividad forma parte, no puede considerarse que dicho daño reúna el requisito exigido".

Finalmente, se 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.

Sobre el importe reclamado en concepto de indemnización, se esgrime que "no puede considerarse que se haya acreditado" dado que "al pretenderse una indemnización por los resultados negativos del ejercicio la causa de esa pérdida ya no serían las medidas adoptadas para luchar contra la pandemia,

sino la pandemia misma, porque ésta ha afectado a toda la actividad económica”. Se deja constancia además de tres convocatorias de ayudas a las que pudieron acceder las reclamantes, mientras que en la contabilidad aportada sólo se refleja una.

**7.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 10 de febrero de 2023, 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), la legitimación activa para reclamar por los daños causados en una actividad mercantil corresponde a la empresa titular del negocio, en este caso una sociedad limitada laboral a tenor de la documentación contable aportada.

Requeridas las firmantes de la reclamación para aclarar si accionan en nombre propio o en el de la sociedad omiten toda consideración al respecto y presentan de nuevo el mismo escrito, formulado ahora bajo su nombre y rúbrica, lo que impide estimar la legitimación activa y aboca además -en caso de entenderse que actúan en representación de la mercantil- a no tener por acreditada esa representación.

No obstante lo anterior, la Administración ha tramitado el procedimiento, incorporado un exhaustivo informe y practicado el trámite de audiencia, por lo que procede, sin perjuicio de la desestimación que se anuda a aquella falta de legitimación, descender al examen del fondo del asunto.

En cuanto a la legitimación pasiva de la Administración del Principado de Asturias, las interesadas indican que su reclamación se fundamenta en "los cierres y limitaciones de horarios establecidos por la Administración regional a través de su Consejería de Salud".

Planteada la cuestión en estos términos, resulta evidente que en el período 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, 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, 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.

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 pudieran haber sufrido las reclamantes a resultas de las medidas adoptadas por las autoridades autonómicas a partir de las 00:00 horas del día 21 de junio de 2020, sin perjuicio de la limitación temporal que proceda por razón del plazo de prescripción.

Asumida esa legitimación pasiva, no puede tampoco orillarse que los daños reclamados no se anudan aquí a unas específicas medidas, ninguna de las cuales se identifica, y evidenciado que el sector de las agencias de viajes se ve marcadamente perjudicado por restricciones ajenas al lugar de su domicilio

o sede, no cabe ignorar la eventual concurrencia de otras Administraciones en la producción de los daños cuyo resarcimiento se persigue.

**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 presenta el día 29 de octubre 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.-** 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 de 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”.

Tal como razonamos en anteriores dictámenes, es claro que la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, no consagra un régimen autónomo o singular, pues lo que recoge es una mera remisión a “lo dispuesto en las leyes”, lo que aboca en definitiva a la aplicación del régimen -común o especial- que el legislador haya establecido para el resarcimiento del daño que se reclama, pudiendo articular diversas vías para atender las indemnizaciones que, en su caso, se asocien a la declaración de un estado de alarma, excepción o sitio.

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

El artículo 32 de la LRJSP establece en su apartado 1 que “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus

bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley". Y en su apartado 2 que, "En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas".

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

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

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

Por último, dada la singularidad de los daños por los que aquí se reclama, procede subrayar que el artículo 34.1 de la LRJSP preceptúa que "Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley", y que este régimen de resarcimiento -que presupone la nota de antijuridicidad- se entiende "sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer". Esto es, ha de distinguirse con nitidez el instituto de

la responsabilidad patrimonial, dimanante de la estricta legalidad, de aquellas compensaciones que -sobre bases de solidaridad y discrecionalidad- puedan articularse en el marco del Estado social.

Al respecto no cabe obviar que, en el ámbito de los daños y perjuicios derivados de la pandemia y sus consiguientes restricciones al ejercicio de la actividad económica, se han establecido medidas compensatorias de distinta índole (expedientes de regulación temporal de empleo, moratorias, aplazamientos, avales, reestructuración de la deuda financiera, etc.) y, en particular, diferentes convocatorias de ayudas públicas directas destinadas a minimizar el impacto económico de la pandemia. 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, las interesadas -que comparecen como gestoras de una agencia de viajes- formulan 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.

Acotado, por lo razonado en la consideración segunda, el alcance de la presente reclamación -y, en consecuencia, el objeto de este dictamen- a las medidas adoptadas por las autoridades del Principado de Asturias para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2 desde las 00:00 horas del día 21 de junio de 2020 y, en el caso examinado, dada la fecha de presentación de la reclamación, de las vigentes o adoptadas a partir del 29 de octubre de 2020 hasta el momento de formular esta, ha de reconocerse que a la luz de las restricciones impuestas es razonable advertir un cierto impacto en la actividad de las reclamantes directamente relacionado con el normal desarrollo de la misma, al verse condicionada por las medidas aplicables en cada momento. En estas condiciones 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 las reclamantes.

Sin embargo, el soporte contable de los ejercicios 2017, 2018, 2019 y 2020 con el que se pretende justificar un lucro cesante de 18.897 € es manifiestamente inadecuado. Por una parte, no puede soslayarse que la expectativa de ganancia queda mediatizada por el hecho mismo de la situación pandémica, de notorio alcance y repercusión, sin que pueda sostenerse que sin las restricciones impuestas en el ámbito territorial del Principado de Asturias un negocio de agencia de viajes hubiera obtenido resultados similares a los registrados en temporadas anteriores, pues ello significaría que los clientes habrían actuado de espaldas a las recomendaciones sanitarias y a las restricciones vigentes en otros territorios. Baste recordar, por su especial trascendencia en la actividad desarrollada por las reclamantes, que el 17 de marzo de 2020 los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de la Unión Europea, previa invitación de la Comisión Europea, y con el fin de contener la propagación de la pandemia, adoptaron una decisión que no tenía precedentes en la historia de la construcción europea: el cierre total de fronteras exteriores de la Unión Europea para un período de 30 días, y que habría que esperar a mediados de mayo para que la Comisión invitase a iniciar un proceso de reapertura gradual de la movilidad transfronteriza dentro de la Unión, y al 11 de junio para que recomendase suprimir a partir del 15 de junio las restricciones “intra Schengen” y fijase para el 30 de junio el levantamiento del cierre temporal de las fronteras exteriores para los viajes no esenciales.

Sin embargo, tal decisión en ningún caso supuso la desaparición de las restricciones a la libre circulación de las personas; así, la Recomendación (UE) 2020/1475 del Consejo, de 13 de octubre, reconocía que puesto que la pandemia de COVID-19 “ha causado una emergencia sanitaria sin precedentes, la protección de la salud pública ha pasado a ser una prioridad absoluta tanto para la Unión como para sus Estados miembros. En aras de la protección de la salud pública, los Estados miembros pueden adoptar medidas que restrinjan la libre circulación de las personas dentro de la Unión”, definiendo a continuación

un Marco común de medidas que los Estados podían adoptar, incluyendo la exigencia de cuarentenas o autoaislamiento y la realización de pruebas de detección de la COVID-19.

La mejora de la situación sanitaria permitió sustituir estas medidas por la Recomendación (UE) 2022/107 del Consejo, de 25 de enero, que propició la libre circulación dentro de la Unión de “Los viajeros en posesión de un certificado COVID digital de la UE válido expedido con arreglo al Reglamento (UE) 2021/953”; opción que, tras haber sido prorrogada, los Estados aún pueden mantener hasta el próximo 23 de junio.

Decisiones todas ellas adoptadas por otras autoridades y organismos, muy lejos del Principado de Asturias, que han condicionado obviamente la actividad de las agencias de viaje asentadas en esta Comunidad Autónoma.

De otra parte, 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. En el caso examinado, además, se deja constancia en el expediente que de tres convocatorias de ayudas a las que pudieron acceder las reclamantes, en la contabilidad aportada sólo se refleja una.

Al respecto, procede advertir que 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*. Sin embargo, huérfana esa valoración de justificación o elemento de contraste adecuado, el mero alzado de una cifra a partir de la contabilidad de ejercicios precedentes no alcanza a acreditar un menoscabo patrimonial imputable a la Administración autonómica en el singular contexto pandémico.

En suma, ni el lucro cesante puede deducirse del soporte contable aportado ni sería imputable en su integridad a la Administración autonómica.

A lo anterior cabe añadir que tampoco concurre en el caso examinado la nota de la antijuridicidad de los eventuales daños. En efecto, 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 circulación de personas y apertura de establecimientos que en respuesta a ese evento no imputable a la Administración se adoptaron por la autoridad autonómica, de modo que lo relevante es determinar si esa respuesta administrativa 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 el desplazamiento de personas están expuestos -en sí mismos y permanentemente- a la eventual necesidad de que se restrinja la circulación, 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 que incidían sobre las agencias de viajes fueron adoptadas 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.), y no pasan de ser la consecuencia de la función atribuida a las autoridades sanitarias 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 mes 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, habiendo sido adoptadas y adaptadas en todo momento con base en criterios y estudios epidemiológicos, tal como se desprende del informe del Jefe del Servicio de 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 “construyen intensísimamente, con carácter temporal, el libre mantenimiento de la actividad empresarial”, han de considerarse constitucionales en la medida en que quedan amparadas “siempre que se orienten a la protección de otros bienes de relevancia constitucional (...) y resulten razonablemente adecuadas y necesarias”. Tras advertir que las limitaciones a la actividad de restauración 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, y así fue

apreciado por el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias en los sucesivos pronunciamientos de fondo. En consecuencia, las reclamantes tienen el deber jurídico de soportar el perjuicio derivado de las mismas, fundadas adecuadamente en la protección de un bien jurídico superior como es el derecho a la salud, consagrado en el artículo 43 de la Constitución y presupuesto para el efectivo ejercicio de derechos y libertades.

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

Se advierte aquí que las medidas de restricción quedan amparadas por los artículos 1 a 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, que habilita a las distintas Administraciones públicas dentro del ámbito de sus competencias, al objeto de proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro, a adoptar las medidas previstas en dicha ley cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad; por el artículo 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que dispone, para el caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, la habilitación para que las autoridades sanitarias adopten las medidas preventivas que estimen pertinentes y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas; 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). Más recientemente el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 7 de febrero de 2023 -ECLI:ES:TS:2023:296- (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 4.ª), fija como doctrina casacional que “el artículo 26.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de

abril, de Medidas Especiales en materia de Salud Pública, y el artículo 54 de la Ley 3/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, proporcionan cobertura normativa suficiente para la adopción de las medidas que pudieran ser restrictivas del derecho a la libertad de empresa”.

En estos pronunciamientos observa el Alto Tribunal que “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 las reclamantes 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 o confirmadas por el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, conservando en su integridad la presunción de validez que justifica su ejecutividad. Así, 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 examinadas “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”, sin que se objetive discriminación o agravio comparativo sino “situaciones de riesgos de contagio diferentes”.

En definitiva, este Consejo concluye que carecen las reclamantes de legitimación activa en tanto que las ganancias dejadas de obtener pertenecen a una sociedad mercantil (de la que aparentemente son socias o partícipes), que si se quisiera entrar en el fondo habría que concluir 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 los principios de pertinencia, proporcionalidad y 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 a una actividad económica particularmente apta para la propagación del virus, sin que en las restricciones impuestas -extensivas a otros sectores que igualmente comportan ese riesgo- se atisbe discriminación arbitraria o desproporción. Por otro lado, es innegable que las restricciones a la libre circulación fuera de las fronteras nacionales, con indudable incidencia en la actividad de las reclamantes, no fueron adoptadas por el Principado de Asturias.

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.