

Dictamen Núm. 114/2023

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 18 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 15 de marzo de 2023 -registrada de entrada el día 20 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 (hostelería) 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 13 de marzo de 2021, la representante de la mercantil interesada presenta en el Registro Electrónico una reclamación de responsabilidad patrimonial -dirigida a la Delegación del Gobierno- por los daños derivados de las limitaciones a la actividad hostelera por parte de la Administración General del Estado.

Expone, en primer lugar, el contexto de pandemia sanitaria y consecuente declaración del estado de alarma en virtud del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el Estado de Alarma para la Gestión de la Situación

de Crisis Sanitaria ocasionada por el COVID-19, en cuya aplicación “se han visto afectados de forma directa los empresarios a quienes se les obligó a cerrar sus negocios (...). Entre los mismos se encuentra mi representado, quien (...) sin ningún tipo de ayuda directa (...) tuvo que cerrar, cesando su actividad, negándole la posibilidad de generar ingresos y soportando los gastos fijos del negocio. Con motivo de esta situación (...) se encuentra en un estado de desesperación y zozobra en todos los sentidos: económico y moral, lo que se traduce en un daño que jurídicamente (...) no ha de soportar”.

Indica que como consecuencia de la aprobación del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el Estado de Alarma para contener la Propagación de Infecciones causadas por el SARS-CoV-2, “nuevamente se han visto afectados de forma directa los empresarios a quienes se les obligó a cerrar sus negocios o a soportar fuertes restricciones”. Concretamente, afirma que la mercantil se vio afectada “por el cierre obligatorio de su negocio en virtud de la Resolución de 18 de agosto de 2020, de la Consejería de Salud, de cuarta modificación de las medidas urgentes, contención y coordinación necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19”. Y destaca que “el ocio nocturno no ha sido resarcido de ninguna manera porque a fecha actual sigue decretado el cierre, ante la imposibilidad de una pronta apertura; por ello, resulta más difícil aún poder determinar pérdidas por este período de restricciones (...) hasta que no cese la causación del daño que sigue latente”.

Sostiene que “la tardía adopción de medidas por parte del Ejecutivo, cuando la situación sanitaria estaba descontrolada, es otro elemento que acentúa la culpa o negligencia en la gestión, que en consecuencia acentuó los problemas sanitarios, económicos y sociales”, y niega que en este supuesto concurra la fuerza mayor.

Finalmente, alega que “no está acreditado que el sector de hostelería y restauración haya supuesto un peligro mayor que el resto de las actividades empresariales o comerciales que se desarrollan en contacto con el público en general”.

Por lo que se refiere a la indemnización solicitada, la cifra en treinta y seis mil trescientos veinte euros con ochenta y seis céntimos (36.320,86 €), de los cuales 23.235,28 € corresponderían al “lucro cesante”, calculado “en función de lo que dejó de percibir en comparación con ejercicios anteriores”; 978,63 € “al daño emergente o “pérdida de aprovisionamiento de productos perecederos”, y 12.106,95 € a “los daños y perjuicios causados (...) por el funcionamiento” de la Administración.

Adjunta a su escrito, entre otros, los siguientes documentos: a) Informe pericial emitido por un Economista con fecha 12 de marzo de 2021. b) Cuentas anuales correspondientes a los ejercicios 2017, 2018 y 2019. c) Declaraciones anuales del Impuesto sobre Sociedades relativas a los ejercicios 2017, 2018 y 2019. d) Liquidaciones trimestrales del IVA de los años 2018, 2019 y 2020. e) Facturas de pago a proveedores.

Requerida la interesada para que aporte diversa documentación que manifiesta acompañar a su reclamación y que no consta, adjunta poder *apud acta* y escrituras de constitución y estatutos sociales de la entidad reclamante.

2. Con fecha 19 de enero de 2022, el Subdirector General de la Unidad de Seguimiento, Coordinación y Gestión de Procedimientos de Responsabilidad Patrimonial del Ministerio de Hacienda y Función Pública traslada a la Consejería de Salud del Principado de Asturias la reclamación, “al entenderse que esa Comunidad Autónoma es competente para conocer de todas las actuaciones concernientes a la misma”.

Asimismo, se informa que “la Administración General del Estado instruirá y resolverá la reclamación en lo que se refiera exclusivamente a sus propias competencias”.

3. Mediante Resolución de 8 de febrero de 2022, el Consejero de Salud dispone la tramitación del “correspondiente procedimiento de responsabilidad patrimonial” y designa instructor del mismo. En ella se consigna 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.

Consta en el expediente su traslado a la interesada y a la compañía aseguradora de la Administración.

4. El día 28 de diciembre de 2022, el Jefe del Servicio de Alertas y Emergencias COVID-19 emite informe sobre la reclamación formulada. En él advierte que ha sido “elaborado por epidemiólogos (...) y por ello de naturaleza referida exclusivamente a los aspectos relacionados con la salud pública”, por lo que “no se entra (...) a valorar los aspectos jurídicos”.

Como consideración previa, pone de relieve que en la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias 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 lo que el informe tiene carácter genérico.

El análisis de la “necesidad de las medidas” se inicia con la individualización de 3 fases distintas en la evolución seguida por la pandemia entre marzo y diciembre de 2020 -durante el período objeto de la presente reclamación-, 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 en septiembre por el European Centre for Disease Prevention and Control”, el cierre de determinados “negocios seleccionados”, como sería el caso de los de hostelería, al tratarse de “lugares donde las personas tienen posibilidades limitadas de distanciamiento físico”. En apoyo de esta conclusión cita otra publicación el 10 de noviembre en Nature, “*Mobility network models of COVID-19 explain inequities and inform reopening*”, basada en “patrones de movilidad de 98 millones de personas en diez de las áreas metropolitanas más grandes de Estados Unidos”, cuyos datos permiten observar “como la reapertura de los establecimientos de restauración (...) y hostelería (...) constituyen los principales lugares de provocación de infecciones adicionales que tendrían lugar, frente a la medida de mantenimiento del cierre, y se sitúan muy claramente por delante de otros sectores de actividad”, existiendo revisiones posteriores (de marzo de 2021) en la misma línea (“Evidencia epidemiológica acerca del rol de la hostelería en la transmisión de la COVID-19: una revisión rápida de la literatura”) y concluyentes en cuanto a “señalar que el cierre de los locales de hostelería es una de las medidas más efectivas para disminuir la incidencia y la mortalidad de la COVID-19”.

Centrados en el Principado de Asturias, se aprecia que “entre los eventos detectados en nuestra Comunidad Autónoma cobran especial relevancia por el número de personas afectadas los producidos dentro del ámbito social, y dentro

de estos los relativos al sector de hostelería”, como lo prueba el dato de que “del total de casos que estuvieron vinculados a un evento en Asturias durante el año 2020 el 25 % (602 de un total de 2.437) correspondieron al ámbito de la hostelería, mientras que del total de contactos estrechos generados en brotes el 29 % (871 de 3.052) presentaron un vínculo indiscutible con establecimientos de hostelería”. A idénticas conclusiones se llega analizando el impacto de la pandemia entre los trabajadores del sector de la hostelería, tal y como se desprende del análisis de los datos que arrojan las bajas laborales en este sector a lo largo de la pandemia, que ponen de relieve que “las restricciones en la actividad hostelera tienen un efecto beneficioso en la disminución de la transmisión de la COVID-19 entre los trabajadores del sector y guardan una buena correlación con las medidas restrictivas que se van adoptando”.

En cuanto a la “proporcionalidad de las medidas”, señala que los datos analizados muestran “claramente como las distintas actuaciones realizadas a lo largo del estado de alarma objeto de esta reclamación han sido medidas proporcionadas, pues no existen otras menos limitativas de las actividades afectadas que garanticen el mismo nivel de protección de la salud./ 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. Mediante escritos de 30 de diciembre de 2022 y 16 de enero de 2023, 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.

6. Con fecha 13 de febrero de 2023, 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 residencia en el titular de la Consejería de Salud, para resolver sobre la reclamación formulada. Al efecto razona, partiendo de lo establecido en el artículo 33.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que, “si bien el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, determinó otras medidas que pudieran haber afectado al negocio de 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./ 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 hubiera tenido 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”.

Por lo que se refiere al plazo de prescripción indica que, “como el mencionado escrito de reclamación tuvo entrada el 15 de marzo de 2021 (*sic*), no habría prescrito el derecho a reclamar por los supuestos daños y perjuicios causados durante el período al que el informe pericial imputa el perjuicio sufrido a la medida de cierre acordada por la Administración del Principado de Asturias a través de la Resolución del Consejero de Salud de 3 de noviembre de 2020”.

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”.

A la vista del informe del Servicio de Alertas y Emergencias COVID-19 de fecha 28 de diciembre de 2022, afirma que “las medidas que afectaron al

negocio de la reclamante respetaban los requisitos de necesidad, adecuación y proporcionalidad”.

Añade que la interesada, “que no presentó alegaciones con motivo del trámite de audiencia, no ha aportado 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 mismas”.

Por otra parte, efectúa un análisis de las medidas adoptadas al amparo del segundo estado de alarma con base en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de octubre de 2021, que anuló parcialmente el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, y sin perjuicio de advertir que las medidas adoptadas con tal fundamento presentan “alcance marginal o inapreciable” respecto al negocio de la afectada.

Asimismo, efectúa mención singular a la Sentencia del Tribunal Constitucional 148/2021, de 14 de julio, en la que se expresa que “la inconstitucionalidad parcial del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, no deriva del contenido material de las medidas adoptadas, cuya necesidad, idoneidad y proporcionalidad hemos aceptado”, especificando que “al tratarse de medidas” (básicamente restrictivas del derecho fundamental a la libre circulación) “que los ciudadanos tenían el deber jurídico de soportar, la inconstitucionalidad apreciada en esta sentencia no será por sí misma título para fundar reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas”. Del mismo modo, transcribe parcialmente el fundamento de la sentencia relativo a la idoneidad y necesidad de medidas limitativas de actividades económicas “para frenar la expansión de la epidemia y revertir sus daños”.

A nivel autonómico, realiza una “especial referencia” a diversas sentencias del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 2021 relativas a las Resoluciones dictadas por el Consejero de Salud en los meses de agosto y noviembre de 2020 y enero y febrero de 2021, destacando que todas ellas avalan la adecuación de las medidas adoptadas.

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 cuanto a la aplicación de la Ley de Expropiación Forzosa, advierte que “en el presente caso (...) se adoptaron medidas que afectaron al ejercicio de la actividad por exclusivas razones de protección de la salud pública, sin que existiera un beneficiario que obtuviese algún tipo de provecho de esa medida, y, a falta de una ley especial que sea aplicable a este supuesto, las leyes aplicables no podrían ser otras que la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (...), y la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”.

Por último, la propuesta de resolución aborda el importe reclamado en concepto de indemnización, que no considera acreditado con base en la documentación aportada. A ello añade la observación de que “al pretenderse una indemnización” por los beneficios dejados de alcanzar “sobre la base de los resultados económicos obtenidos en otros períodos previos, la causa de los daños y perjuicios (...) ya no serían las medidas adoptadas para luchar contra la pandemia, sino la pandemia misma, porque esta ha afectado a toda la actividad económica, y (...) 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 indica que “en el presente caso, a fecha 13 de febrero de 2023, no consta en la Base de Datos Nacional de Subvenciones ninguna ayuda a favor de la reclamante (...), sin perjuicio de señalar que carece de fundamento, en la medida en que pudiera afectar a esta Administración, el reproche reiterado del escrito de reclamación de que `España sea el único país de la Unión Europea que no está aplicando ayudas directas al sector´ o que el cierre se efectuó `sin ningún tipo de ayuda directa (ayuda como tal, no un disfraz en forma de ICO, ERTE...)´”.

7. En este estado de tramitación, mediante escrito de 15 de marzo 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), está la interesada activamente legitimada para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

En cuanto a la legitimación pasiva de la Administración del Principado de Asturias, la perjudicada indica que su reclamación se fundamenta en el daño patrimonial sufrido como consecuencia del cierre de su negocio durante la pandemia. Pese a la confusa redacción, el lapso temporal al que imputa el perjuicio que constituye su objeto puede acotarse, a la vista del informe pericial que aporta, considerando “los días de cierre total de actividad sufridos tanto en el período que se deduce del primer confinamiento (...), entre los días 14 de marzo (...) y 22 de junio de 2020, y el cierre de actividad decretado entre los días 2 de noviembre (...) y 14 de diciembre de 2020”.

Planteada la cuestión en estos términos resulta evidente que, tal y como hemos señalado en dictámenes precedentes (entre otros, Dictamen Núm. 85/2022), 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 en la reclamación presentada, toda vez que a lo largo del mismo la única autoridad competente para hacer frente a la situación de emergencia sanitaria provocada por el COVID-19 era, tal y como se recogía en el artículo 4.1 del citado Real Decreto, el Gobierno, bajo la dirección de su

Presidente y las autoridades competentes delegadas -a saber, la Ministra de Defensa; el Ministro del Interior; el Ministro de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, y el Ministro de Sanidad-, en los términos de lo establecido en el artículo 4.2 de dicha disposición. En nada altera esta conclusión el hecho de que en la tarde del día 13 de marzo de 2020 se publicara en el suplemento del *Boletín Oficial del Principado de Asturias* la Resolución de 13 de marzo de 2020, de la Consejería de Salud, por la que se adoptan medidas en materia de salud pública en relación con espectáculos públicos, actividades recreativas, establecimientos, locales e instalaciones del Principado de Asturias, cuyo apartado primero preveía la suspensión de la apertura al público de los establecimientos, locales e instalaciones públicas, entre los que figuraban los “De hostelería y restauración” (punto 4)”, toda vez que este acto, cuyos efectos se habrían de desplegar “desde las 0:00 horas del día 14 de marzo de 2020”, se vio desplazado ese mismo día por la entrada en vigor del citado Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

Situación distinta se plantea a partir de las 00:00 horas del día 21 de junio de 2020, una vez expirado el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo. A partir de ese momento, restituidas las autoridades del Principado de Asturias en la plenitud del ejercicio de sus funciones y competencias, resulta incuestionable la legitimación pasiva de la Administración autonómica en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial en las que -tal y como acontece en la que nos ocupa- los daños y perjuicios cuya indemnización se postula derivan de las medidas adoptadas por sus autoridades. Ello no se vería alterado por la declaración del segundo estado de alarma, ya que el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre -vigente entre el 25 de octubre de 2020 y el 9 de mayo de 2021-, no restringe las competencias de la Administración del Principado de Asturias, que conserva en los términos de lo establecido en el artículo 12 de dicha norma “las competencias que le otorga la legislación vigente, así como la gestión de sus servicios y de su personal, para adoptar las medidas que estime necesarias” a fin de hacer frente a la grave crisis sanitaria. La anulación de la “delegación” operada por el artículo 2 del mencionado Real

Decreto como consecuencia de la Sentencia del Tribunal Constitucional 183/2021, de 27 de octubre -ECLI:ES:TC:2021:183-, tampoco trasciende a estos efectos pues la habilitación se constreñía a las medidas limitativas de los derechos de circulación y de reunión, y la referida sentencia explicita que la nulidad declarada “no afecta por sí sola, de manera directa, a los actos y disposiciones dictados sobre la base de tales reglas durante su vigencia”.

Al respecto debe significarse que, si bien el escrito de reclamación cita 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, como causa del cierre del negocio de la interesada, el informe pericial hace referencia al “cierre de actividad decretado entre los días 2 de noviembre (...) y 14 de diciembre de 2020”. Como advierte la propuesta de resolución, “este cierre no se acordó en el mencionado real decreto, sino en la Resolución de 3 de noviembre de 2020, de la Consejería de Salud, por la que se establecen medidas urgentes de carácter extraordinario, urgente y temporal de prevención, contención y coordinación, necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19”.

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 en virtud de la citada Resolución de 3 de noviembre de 2020, de la Consejería de Salud.

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 13 de marzo 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 tras la Resolución del Consejero de Salud de 3 de noviembre de 2020 se limitan a los producidos durante el período comprendido entre el 2 de noviembre y el 14 de diciembre de 2020 (sin perjuicio de la desviación en las fechas de inicio y final, dado que incluye en el cálculo los días 3 de noviembre y 14 de diciembre en que no fueron eficaces -conforme a lo dispuesto en el apartado octavo de la citada Resolución y al mismo apartado de la Resolución de 9 de diciembre de 2020 de la Consejería de Salud), es claro que ha sido formulada dentro del plazo de un año legalmente establecido a contar desde la fecha de los actos que la motivaron.

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”.

Con relación al alcance de este precepto procede señalar, en primer lugar, que la declaración del estado de alarma no altera el principio de responsabilidad del Gobierno y sus agentes porque así viene impuesto por el artículo 116.6 de la propia Constitución, al disponer que “La declaración de los estados de alarma, de excepción y de sitio no modificarán el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes”. Por otra parte, del citado artículo 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, se deduce sin controversia que el legislador orgánico no predetermina de qué modo puedan articularse las indemnizaciones que en su caso procedan, y contiene una remisión genérica al régimen común u ordinario vigente para el resarcimiento de los perjuicios de que se trate con la única precisión de que han de ser daños sufridos “de forma directa”. Sin necesidad de aclarar la significación de este requisito añadido -que parece meramente enfático, pues el daño resarcible es ya de ordinario el efectivo, individualizado y derivado sin interferencia de la actuación administrativa-, lo cierto es que el artículo 3.2 de la referida Ley Orgánica no consagra, con carácter pleno, un deber de indemnizar singular y ajeno al artículo 106.2 de la Constitución, sino una habilitación para adoptar las medidas compensatorias que procedan “de acuerdo con las Leyes”.

En efecto, reconocido su fundamento en el artículo 106.2 de la Constitución, merece recordarse que este precepto supone la recepción constitucional del sistema de responsabilidad de la Administración previamente

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

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

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

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

evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

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

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

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

Por último, dada la singularidad de los daños por los que aquí se reclama, procede subrayar que el artículo 34.1 de la LRJSP preceptúa que “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”, y que este régimen de resarcimiento -que presupone la nota de antijuridicidad- se entiende “sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer”. Esto es, ha de distinguirse con nitidez el instituto de la responsabilidad patrimonial, dimanante de la estricta legalidad, de aquellas compensaciones que -sobre bases de solidaridad y discrecionalidad- puedan articularse en el marco del Estado social.

Al respecto no cabe obviar que, en el ámbito de los daños y perjuicios derivados de la pandemia y sus consiguientes restricciones al ejercicio de la

actividad económica, se han establecido medidas compensatorias de distinta índole (expedientes de regulación temporal de empleo, moratorias, aplazamientos, avales, reestructuración de la deuda financiera, etc.) y, en particular, diferentes convocatorias de ayudas públicas directas destinadas a minimizar el impacto económico de la pandemia. Entre otras, las impulsadas a nivel estatal por el Real Decreto-ley 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 contempladas en la Resolución de 15 de febrero de 2021, de la Consejería de Cultura, Política Llingüística y Turismo, por la que se convocan ayudas urgentes a trabajadores por cuenta propia o autónomos, comunidades de bienes, sociedades civiles y pymes del sector turístico, hostelero y de restauración afectadas por la crisis de la COVID-19. Tales compensaciones no obstan al ejercicio de una acción de responsabilidad patrimonial, pero han de ponderarse en la consideración del daño por el que se reclama.

SEXTA.- En el presente asunto, la interesada formula una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños derivados de la paralización de su actividad económica como consecuencia de las medidas adoptadas para afrontar la pandemia por el SARS-CoV-2.

En primer lugar, procede recordar que el Tribunal Constitucional ha negado que la libertad de empresa consagrada en la Constitución goce del carácter de derecho absoluto; muy al contrario, se halla sometido a límites. Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional 227/1993, de 9 de julio -ECLI:ES:TC:1993:227-, sostiene que "en un Estado social y democrático de

Derecho, como el que proclama el art. 1 de la Constitución, es lícitamente posible para el legislador la introducción de límites y restricciones al ejercicio de derechos de contenido patrimonial, como son los de propiedad y libertad de empresa, por razones derivadas de su función social (...). En este sentido, la libertad de empresa, junto a su dimensión subjetiva, tiene otra objetiva e institucional, en cuanto elemento de un determinado sistema económico, y se ejerce dentro de un marco general configurado por las reglas, tanto estatales como autonómicas”.

Sentado lo anterior, y acotado por 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 en relación con los establecimientos de hostelería para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2 desde el día 2 de noviembre al 14 de diciembre de 2020 -período al que hace referencia el informe pericial aportado-, procede señalar que, a la luz de las restricciones impuestas es razonable advertir un cierto impacto en la actividad de la reclamante directamente relacionado con la normal apertura y ocupación de la misma, al verse condicionadas estas por las medidas aplicables en cada momento. En estas condiciones consideramos que, siquiera sea a efectos meramente dialécticos, puede darse por acreditado que las medidas específicas establecidas en relación con la hostelería en la Resolución de 3 de noviembre de 2020, de la Consejería de Salud, se revelan en abstracto idóneas para ocasionar una merma en la expectativa de negocio de la reclamante.

Sin embargo, no basta la invocación genérica de un daño. En efecto, como viene señalando este Consejo de manera reiterada (por todos, Dictamen Núm. 10/2014), el primer requisito que debe satisfacer toda reclamación de responsabilidad patrimonial es que el daño alegado ha de ser efectivo, esto es, real, y que su existencia ha de quedar acreditada en el expediente. Este requisito constituye el núcleo esencial de cualquier reclamación, de modo que su ausencia determina el fracaso de toda pretensión indemnizatoria que se sustente en meras especulaciones, lo que implica que, por regla general, únicamente

sean indemnizables los perjuicios ya producidos. También ha subrayado este órgano que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega.

En el caso examinado, la interesada cifra el perjuicio sufrido en la cantidad de 36.320,86 €, de los cuales 12.106,95 € lo serían en concepto de daño moral. Con relación a este tipo de daños, venimos reiterando (por todos, Dictámenes Núm. 134/2015 y 151/2022) que “la exigencia de prueba del daño moral jurídicamente relevante, aun siendo liviana, existe, y aunque se atempere la carga de su demostración no basta con su mera afirmación para tenerlo como cierto”, si bien, como también pusimos de manifiesto en el Dictamen Núm. 56/2019, cabe presumir o deducir “la realidad del daño moral en atención a la gravedad de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto cuando el daño invocado reviste tal entidad que permite su apreciación, sin necesidad de prueba específica”. En la misma línea, la jurisprudencia ha señalado que el daño “debe estar acreditado, pues la indemnización no puede pivotar sobre parámetros eventuales o posibles”, y ha de ser “real, cierto y determinado, sin que sean estimables los daños hipotéticos, potenciales, contingentes, dudosos o presumibles, y sin que tampoco sea bastante la mera frustración de una expectativa” (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2014 -ECLI:ES:TS:2014:1211-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª), y descartadas situaciones de mero malestar, incertidumbre e incomodidad también ha reconocido que su apreciación puede en ocasiones inferirse sin necesidad de una específica prueba cuando el propio “supuesto de hecho” lo revela implícitamente (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2008 -ECLI:ES:TS:2008:516-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª). En el caso planteado no se acredita ningún padecimiento psicofísico singular, debiendo además repararse en que el supuesto daño moral infligido ni siquiera se contempla en el informe pericial en el que la interesada funda su pretensión resarcitoria.

En cambio, dicho informe sí considera el daño emergente, que cuantifica en 978,63 € por “los costes reales” de los “aprovisionamientos de productos o servicios cuya pérdida o uso resultó imposible evitar por mor del cierre ordenado”. Pues bien, dado que las facturas aportadas para justificar dichos gastos corresponden a los meses de marzo y abril de 2020, se estaría reclamando al Principado de Asturias la indemnización del perjuicio patrimonial supuestamente ocasionado durante el primer estado de alarma, cuya declaración y efectos son ajenos a la competencia de la Comunidad Autónoma, según hemos expuesto en la consideración segunda de este dictamen.

Por lo que refiere al cálculo del lucro cesante, el autor del informe pericial aplica a los días en que estuvo cerrado el negocio la media del margen bruto diario de los ejercicios 2017, 2018 y 2019. Sin embargo, tal y como subraya la propuesta de resolución, “no parece que durante el tercer trimestre del ejercicio 2020 los resultados de la empresa fueran particularmente negativos si se comparan con los del mismo período de 2019”. Y añade que en cualquier caso “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”. En efecto, la documentación presentada resulta claramente insuficiente para sustentar la finalidad pretendida, sin perjuicio de que la metodología aparentemente seguida evidencie la pretensión de atribuir a las restricciones la totalidad de las pérdidas sufridas, sin diferenciación alguna respecto a sus causas.

Sobre este extremo procede reiterar que, como hemos señalado en supuestos precedentes (por todos, Dictamen Núm. 143/2022), no puede soslayarse que la expectativa de ganancia queda mediatizada por el hecho mismo de la situación pandémica, de notorio alcance y repercusión en la vida social, laboral y empresarial de la ciudadanía, sin que pueda sostenerse que de no haberse impuesto las restricciones la afluencia de usuarios a los negocios 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 afluencia a los mismos. Y no puede tampoco obviarse 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.

En este escenario, la cuantía reclamada, que comprende daños ajenos a la Administración del Principado de Asturias, solo permite tener por cumplimentado un requisito de procedibilidad, cual es la valoración económica del daño "si fuere posible" (artículo 67.2 de la LPAC), mereciendo un tratamiento *pro actione* al considerar que la indemnización se cuantifica en 36.320,86 €. Sin embargo, procede recordar que la prueba de las ganancias dejadas de obtener es singularmente rigurosa, "quedando excluidas de resarcimiento las meras expectativas o ganancias dudosas" (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2015 -ECLI:ES:TS:2015:535-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.^a); por otro, el escenario de pandemia arroja dudas fundadas sobre las cuentas de resultados que penden de la asistencia física de personas aunque no mediara restricción administrativa, y, finalmente, es pacífico que la suspensión temporal de la actividad por decisiones administrativas no sancionadoras es un riesgo asegurable, cuya eventual indemnización debe también deducirse del *quantum* resarcitorio reclamado en este cauce para excluir la doble indemnidad o la obtención de un beneficio que exceda del daño patrimonial ocasionado.

En estas condiciones, el indicio racional de unas pérdidas no es suficiente para acreditar la efectividad del daño por el que aquí se reclama, pues media la evidencia de que concurrían otras circunstancias externas derivadas de la compleja situación sanitaria que condicionaban la asistencia a los establecimientos hosteleros, y el perjuicio ha sido (o está siendo) compensado a través de otras vías, singularmente ayudas o subvenciones, y eventualmente podría haber sido también resarcido por estar asegurado el riesgo de restricción o cese temporal de actividad. En definitiva, se reclaman unas ganancias hipotéticas e inciertas que no responden a una cuantificación real y efectiva de los daños padecidos, y todo ello en un escenario crítico para la rentabilidad del negocio, por lo que no puede estimarse acreditada la realidad y certeza del perjuicio económico (23.235,28 €) 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, cuya concurrencia expresamente afirma la interesada. 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. Ello, sin perjuicio de compartir el criterio expresado al respecto por el Consejo de Estado (Dictamen 1129/2021) al calificar "la epidemia" como "un acontecimiento insólito, inevitable e incontrolable a la vista del estado de la ciencia en el momento de generarse". Y es que, al dirigirse el reproche formulado 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, 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 la actividad desarrollada en establecimientos de hostelería en cumplimiento de las resoluciones adoptadas desde el 21 de junio de 2020 en función de parámetros epidemiológicos (riesgos propios de la respectiva actividad, contagios, fallecimientos, ámbito territorial, etc.), similares a las establecidas en muchos otros ámbitos empresariales (alojamiento, espectáculos, actividades culturales, etc.), no pasan de ser la consecuencia de la estricta ejecución de lo ordenado, en el contexto de la pandemia, en las diferentes resoluciones dictadas por las autoridades sanitarias en el ejercicio de las competencias que le vienen reconocidas en la normativa de aplicación, singularmente en el artículo 5, apartado a), de la Ley del Principado de Asturias 7/2019, de 29 de marzo, de Salud, a tenor del cual corresponde a la Consejería competente en materia de sanidad, entre otras, "Realizar acciones sistemáticas para (...) la prevención de la enfermedad y de los riesgos y amenazas para la salud".

En efecto, las medidas adoptadas por el Consejero de Salud a partir del 21 de junio de 2020 cuentan todas ellas con el amparo legal que les proporciona el artículo 26.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad -conforme al cual, "En caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, las autoridades sanitarias adoptarán las medidas preventivas que estimen pertinentes, tales como la (...) suspensión del ejercicio de actividades, cierres de Empresas o de sus

instalaciones (...), y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas"-, habiendo sido adoptadas y adaptadas en todo momento con base en criterios y estudios epidemiológicos, tal como se desprende del informe del 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. En el mismo sentido, el Consejo de Estado aprecia en el dictamen anteriormente citado que las medidas se adoptaron "a la vista de las circunstancias (...) concurrentes, contándose con el asesoramiento de expertos", y "de acuerdo con el conocimiento científico de la epidemia habido entonces, no resultando desproporcionadas a la vista de la situación existente", según ha declarado el Tribunal Constitucional en la Sentencia 148/2021, de 14 de julio ECLI:ES:TC:2021:148-, y cuya "procedencia o eventual desacierto no pueden, ni considerarse o enjuiciarse conforme a lo conocido con posterioridad -la denominada cláusula *hindsight bias* o sesgo retrospectivo de la jurisprudencia anglosajona-, ni generar responsabilidad incluso aun cuando fueren mejorables a la vista de los conocimientos adquiridos luego -lo que no ocurre en el caso presente-".

Las medidas autonómicas restrictivas de la libertad de circulación o del derecho de reunión han sido dictadas en aplicación de la autorización contenida en el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declaró el segundo estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por la COVID-19, norma sobre la que se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal Constitucional 183/2021, de 27 de octubre -ECLI:ES:TC:2021:183-. Este fallo,

estimatorio respecto de las pretensiones de inconstitucionalidad referidas al incumplimiento del bloque de la constitucionalidad sobre el estado de alarma (artículo 116 de la Constitución y Ley Orgánica de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio), contiene un pronunciamiento desestimatorio respecto de las impugnaciones formuladas contra las limitaciones de derechos fundamentales, considerando la constitucionalidad de la restricción de movilidad y del derecho de reunión tanto en espacios públicos como privados por superar el juicio de proporcionalidad. Se estima una restricción “adecuada porque era apta para dar cumplimiento a una finalidad legítima como era la de `reducir sustancialmente la movilidad del virus´” y “necesaria para hacer frente a las constantes mutaciones del virus y a su creciente propagación, como también al previsible incremento de la `presión asistencial y hospitalaria´”. En la misma línea, también ha señalado el Tribunal Constitucional en la Sentencia 148/2021, de 14 de julio -ECLI:ES:TC:2021:148-, que las medidas de limitación y restricción de actividades económicas adoptadas con el primer estado de alarma, pese a que “constrañen intensísimamente, con carácter temporal, el libre mantenimiento de la actividad empresarial”, han de considerarse constitucionales en la medida en que quedan amparadas “siempre que se orienten a la protección de otros bienes de relevancia constitucional (...) y resulten razonablemente adecuadas y necesarias”. Tras advertir que las limitaciones a la actividad de hostelería 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, debidamente motivadas y justificadas -como así fueron ratificadas jurisdiccionalmente- con fundamento en la protección de un bien jurídico superior como es el derecho a la salud, consagrado en el artículo 43 de la Constitución y presupuesto para el efectivo ejercicio de derechos y libertades.

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

Se advierte aquí que las medidas de restricción quedan amparadas por los artículos 1 a 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, que habilita a las distintas Administraciones públicas dentro del ámbito de sus competencias, al objeto de proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro, a adoptar las medidas previstas en dicha ley cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad; por el artículo 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que dispone, para el

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

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

proporcionalidad (Sentencia de 24 de mayo de 2021 -ECLI:ES:TS:2021:2178-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª).

En esta última sentencia razona el Tribunal Supremo que “hubiera sido deseable que, en vez de a conceptos indeterminados y cláusulas generales, pudiéramos acudir a una regulación específica para afrontar la pandemia”, pero “no puede preverse todo y tampoco puede decirse que los preceptos examinados adolecen de tal indeterminación que permitan hacer cualquier cosa a las Administraciones que los utilicen”. Nos enfrentamos así a conceptos jurídicos indeterminados que, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, han dado lugar a la doctrina del “margen de apreciación”, conforme a la cual existe un deber de soportar el daño cuando la actuación administrativa se 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, conservando así en su integridad la presunción de validez que justifica su ejecutividad. 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), entre otras, se ventila el cumplimiento “de los requisitos de motivación y proporcionalidad exigidos en la legislación invocada”, apreciándose la adecuada aplicación del principio de precaución o cautela -que permite adoptar medidas de protección ante riesgos potenciales “sin tener que esperar a que se demuestren plenamente la realidad y la gravedad de tales riesgos” (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de abril de 2014 -ECLI:EU:C:2014:255-, Sala Sexta, asunto C-269/13 P)-, que las restricciones a las actividades de hostelería y restauración

“se han revelado como idóneas para luchar contra el virus” y que las impuestas por la Administración del Principado de Asturias “son proporcionadas al riesgo que tratan de evitar de aparición de nuevos brotes pandémicos” asociados a la aglomeración de personas en 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 posterior 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 sólo expresión de un juicio razonado y contextualizado que en este caso abunda en la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de las medidas restrictivas adoptadas.

En definitiva, este Consejo concluye que no queda acreditada la efectividad ni la evaluación económica de los daños reclamados, y que no concurre el requisito de la antijuridicidad en los perjuicios que se asocian a las medidas preventivas y restricciones adoptadas por las autoridades sanitarias a partir de la declaración del segundo estado de alarma motivado por la crisis de la COVID-19. Se aprecia que existía fundamento legal para la adopción de tales medidas; que la Administración autonómica ha actuado conforme a derecho, aplicando adecuadamente el principio de precaución; que las medidas adoptadas fueron motivadas, necesarias y proporcionadas, 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.