

Roj: **STS 4431/2023 - ECLI:ES:TS:2023:4431**

Id Cendoj: **28079130052023100201**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **31/10/2023**

Nº de Recurso: **453/2022**

Nº de Resolución: **1360/2023**

Procedimiento: **Recurso ordinario**

Ponente: **CARLOS LESMES SERRANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1.360/2023

Fecha de sentencia: 31/10/2023

Tipo de procedimiento: REC.ORDINARIO(c/a)

Número del procedimiento: 453/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de : 21/09/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos Lesmes Serrano

Procedencia: CONSEJO MINISTROS

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Sinforiano Rodriguez Herrero

Transcrito por:

Nota:

REC.ORDINARIO(c/a) núm.: 453/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos Lesmes Serrano

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Sinforiano Rodriguez Herrero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1360/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, presidente

D. Carlos Lesmes Serrano

D. José Luis Requero Ibáñez

D. Fernando Román García

D.ª Ángeles Huet De Sande



En Madrid, a 31 de octubre de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso-administrativo número 453/2022, interpuesto por el procurador don Miguel Ángel Moral Sánchez, en nombre y representación de la mercantil Alhambra Palace S.A., bajo la dirección letrada de don Javier López García de la Serrana, contra resolución del Consejo de Ministros desestimatoria por silencio administrativo de la solicitud de indemnización por responsabilidad patrimonial del Estado legislador prevista en el artículo 3.2 de la LO 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, solicitando indemnización por cierre de establecimiento impuesto durante el primer estado de alarma (RRDD 463/2020, 465/2020, 476/2020, 487/2020, 492/2020, 514/2020 y 555/202).

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Carlos Lesmes Serrano.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante escrito presentado el 13 de mayo de 2022, la representación procesal de la sociedad Alhambra Palace S.A., interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Consejo de Ministros desestimatoria por silencio administrativo, de la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por la recurrente el 26 de mayo de 2021 al amparo del artículo 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, solicitando indemnización por cierre de establecimiento durante el primer estado de alarma (RRDD 463/2020, 465/2020, 476/2020, 487/2020, 492/2020, 514/2020 y 555/202).

Por diligencia de ordenación de esta Sala y Sección, de 27 de mayo de 2022, se tuvo por interpuesto recurso y se ordenó la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que formalizara escrito de demanda, lo que verificó en tiempo y forma, mediante escrito de 22 de julio de 2022, en el que tras hacer las alegaciones que estimó oportunas, terminó suplicando a la Sala dicte sentencia:

".....por la que se declare la responsabilidad patrimonial del CONSEJO DE MINISTROS DEL GOBIERNO DE ESPAÑA, condenando a la Administración demandada al pago de la cantidad de **CUATROCIENTOS DIECISIETE MIL TRESCIENTOS DIECISÉIS EUROS CON SETENTA CÉNTIMOS (417.316,70 euros)**, más el interés legal y moratorio correspondiente desde el inicio del expediente administrativo de responsabilidad patrimonial, así como se condene a la Administración demandada al pago de las costas ocasionadas a esta parte derivadas del presente procedimiento judicial por su temeridad y mala fe, de conformidad con el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional....".

En el mismo escrito, fijó la cuantía del presente recurso en 417.316,70€.

TERCERO.- El Abogado del Estado, en la representación que ostenta de la Administración General del Estado, contestó la demanda mediante escrito presentado el 22 de septiembre de 2022, en el que tras fijar los puntos de hecho y de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando a la Sala dictar sentencia desestimatoria del recurso con imposición de costas a la recurrente.

CUARTO.- Mediante decreto de 26 de septiembre de 2022, quedó fijada la cuantía del recurso en 417.316,70 € y se acordó la continuación de la tramitación del recurso, pasando las actuaciones al Magistrado Ponente para resolver sobre el recibimiento a prueba solicitado por las partes.

Por auto de 28 de septiembre de 2022 se acordó el recibimiento a prueba limitándose a la documental y a la pericial de las propuestas por las partes. Finalizado el término probatorio, por diligencia de ordenación de fecha 31 de octubre de 2022, se confirió traslado a la recurrente para que formulara escrito de conclusiones sucintas, lo que verificó mediante escrito de 17 de noviembre de 2022. El Abogado del Estado evacuó, igualmente, sus conclusiones mediante escrito de fecha de presentación 7 de diciembre de 2022.

QUINTO.- Conclusas las actuaciones, por providencia de 21 de junio de 2023, se señaló para la deliberación, votación y fallo del presente recurso el día 21 de septiembre de 2023, fecha en que, efectivamente, tuvo lugar el acto, con celebración previa de vista pública, habiéndose deliberado en sucesivas sesiones a lo largo de las semanas siguientes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Objeto del recurso.

La representación procesal de ALHAMBRA PALACE, S.A., interpone recurso contencioso-administrativo frente a la desestimación por silencio administrativo por parte del Consejo de Ministros de la reclamación de



responsabilidad patrimonial presentada el 26 de mayo de 2021. En dicha reclamación se sostiene haber sufrido daños, como consecuencia de la aplicación de las medidas de contención que dispone el artículo 10.4 del citado Real Decreto 463/2020, en el contexto de la declaración del primer estado de alarma, en particular la suspensión de apertura al público del establecimiento de que es titular, sin que para la estimación de sus pretensiones -afirma- sea necesaria la declaración de ser contrario al ordenamiento jurídico el cierre decretado.

SEGUNDO.- La crisis sanitaria producida por el virus SARS-COV-2. Antecedentes relevantes.

Antes de analizar la cuestión litigiosa que se plantea en el presente recurso, como en tantos otros de análoga naturaleza, es conveniente para una mejor comprensión de nuestra decisión hacer una breve referencia a los hechos que dieron lugar a una crisis sanitaria de escala mundial producida por la expansión del virus SARS-COV-2, también denominado COVID-19, en la que se puso en riesgo la vida de cientos de millones de personas, y que obligó a las autoridades públicas de la práctica totalidad de los países del mundo a adoptar medidas extraordinarias de contención que produjeron daños económicos extraordinarios a millones de personas y empresas.

Los hechos que se relatan a continuación son notorios por haber sido publicados en numerosos medios de comunicación nacionales e internacionales o en boletines oficiales, sin que se hayan cuestionado en ningún momento.

El primero de esos hechos destacables se produce el 31 de diciembre de 2019, cuando la Comisión de Salud y Sanidad de Wuhan (provincia de Hubei, China), informó sobre los primeros casos de neumonía de etiología desconocida en la ciudad de Wuhan.

El 7 de enero de 2020, las autoridades chinas informan que los casos detectados en diciembre son provocados por un nuevo coronavirus que denominan SARS- Cov-2, y ello tras los análisis y estudios correspondientes. El mismo día de esta información, en nuestro país el Ministerio de Sanidad activó el sistema de Alertas y Respuesta Rápida, con el objetivo de trasladar la información a las Comunidades Autónomas.

A partir del 13 de enero de 2020 se efectúan actualizaciones diarias de la información relacionada con tal virus. Es relevante que el 23 de enero de 2020 se publica un protocolo elaborado por la Ponencia de Alertas y Planes de Preparación y Respuesta y ello para dar respuesta a casos sospechosos en España.

Siguiendo con la secuencia temporal, el día 30 de enero de 2020 se celebra la segunda reunión del Comité de Emergencias del Reglamento Sanitario Internacional (OMS) en relación con el brote del nuevo coronavirus 2019; estableciéndose como una Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional.

A raíz de tal situación, el Ministro de Sanidad desarrolla un contacto coordinado con las CCAA, el Centro Nacional de Epidemiología, el Centro Nacional de Microbiología y con los organismos internacionales como son la OMS, ECDE y la Comisión Europea. La intención es la de ir considerando las alertas y ofrecer una respuesta rápida y coordinada.

También dentro del Ministerio de Sanidad se creó un Comité de Seguimiento.

El contacto directo con las organizaciones internacionales fue tarea del Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias del Ministerio de Sanidad.

En los días 1 y 4 de febrero, el Ministro de Sanidad convocó en pleno al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. Este organismo asume, desde tal momento, tareas relacionadas con la gestión de la pandemia, seguimiento de los primeros casos, desarrollo de los protocolos, etc.

El día 4 de febrero se creó el Comité de Coordinación Interministerial. Vino a ser un comité de evaluación y respuesta transversal.

Para considerar la situación concreta de España, se hace preciso señalar los casos de COVID-19 que fueron apareciendo y la actuación o respuesta de la Administración. Así, los primeros casos de COVID-19 en nuestro país estaban relacionados con contactos en Alemania y Francia. Se localizaron en La Gomera y en Mallorca los días 31 de enero y 9 de febrero. Del seguimiento de éstos se obtuvo ausencia de contagio en los contactos directos.

Los días 23 y 24 de febrero se comunicaron por Italia 129 casos positivos. Previamente, en el entorno europeo se habían detectado 45 casos de COVID-19 de los que 28 eran secundarios de otros conocidos. El 24 de febrero se confirmó en España el primer caso de COVID-19 con origen en Italia y 4 contagios de contactos relacionados con éste. Hasta el 27 de febrero se identificaba el origen o contacto inicial, salvo el de un contacto en Torrejón de Ardoz (Madrid).



El 2 de marzo notificaron 114 casos positivos de COVID-19 en España, existiendo supuestos en los que se conocía el origen y otros en los que no fue posible verificar la inicial transmisión.

En consideración al escenario de los países europeos, a excepción de Italia que se ubicaba ya en una fase inicial, las reuniones del CISNS (Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud) celebradas los días 1 y 5 de marzo catalogaron la evolución como de escenario de contención.

Por otra parte, la Organización Mundial de la Salud, el día 7 de marzo de 2020 informó que se habían superado los 100.000 casos confirmados de COVID-19 y emitió una declaración en la que se hizo un llamamiento a la acción para detener, contener, controlar, retrasar y reducir el impacto del virus a cada oportunidad.

Ese mismo día 7 de marzo, el Departamento de Seguridad Nacional emite una nota en la que se informa de la situación existente en España, Europa y a nivel mundial. En ella se recuerda que el Consejo Europeo de Empleo, Política Social, Sanidad y Consumidores, celebrado el 6 de marzo, había recomendado establecer medidas de contención coherentes, y, a su vez, se hace valer que en varios países de Europa las autoridades pertinentes han decretado la suspensión de actividades y eventos que congreguen un número significativo de personas y, en tal sentido, se cancelaron las reuniones previstas hasta finales de abril preparatorias de la Cumbre sobre el Clima, que estaba previsto para su celebración en noviembre en Glasgow.

No obstante estas advertencias, en nuestro país se producen coetáneamente diversas concentraciones de personas: del 4 al 8 de marzo tuvo lugar en IFEMA (Madrid) el Salón del Estudiante y la Oferta Educativa (Aula 2020); En esas fechas se celebraron eventos deportivos que recibieron gran afluencia de público, como los partidos de fútbol entre los clubes Barcelona- Real Sociedad en el Camp Nou o entre los clubes Betis-Real Madrid, así como en el ámbito del baloncesto los partidos entre el Barça- Bayer en el Palau Blaugrana y la Copa del Rey de Balonmano en la Caja Mágica de Madrid. También el día 6 de marzo se celebró un concierto de Isabel Pantoja en el WiZink Center de Madrid y el 8 de marzo de 2020 las Subdelegaciones del Gobierno, en las distintas provincias, autorizaron manifestaciones con ocasión del Día Internacional de la Mujer, manifestaciones que se desarrollaron en ciudades como Madrid, Barcelona, Albacete, Alicante, Almería, Ávila, Badajoz, Badalona, Bilbao, Burgos, Cádiz, Cartagena, Castellón, Ceuta, Ciudad Real, Córdoba, Huelva, Ibiza, Palma, Pamplona, Salamanca, Santander, Segovia, Sevilla, Tenerife, Toledo, Valladolid, Valencia, Vitoria, Zaragoza y Zamora. El mismo día 8 de marzo, se celebra un mitin por el partido político VOX en el Palacio de Vistalegre en Madrid.

Entre los días 8 y 9 de marzo hubo un aumento destacado de los casos registrados; que pasaron de 527 a 999. En el cómputo se pasó de incluir sólo los casos de infecciones respiratorias agudas con antecedentes de haber estado en una zona con evidencia de transmisión comunitaria o contacto estrecho con un caso probable o confirmado en los 14 días previos a incluir también las infecciones respiratorias de vías bajas que requieren de hospitalización.

Estos primeros días, desde el 7 al 10 de marzo, se extrae información precisa de las Comunidades Autónomas con el fin de detectar si los casos responden a agrupaciones identificadas o resultan de contagios esporádicos. Como resultado se obtiene que los casos muestran un contagio comunitario cuyo origen no se puede determinar; ya que de entre el 2,5% y el 28% de los casos positivos reportados por las CCAA se desconoce vínculo con contacto positivo.

El día 9 de marzo de 2020, el Centro Interterritorial del Sistema Nacional de Salud acuerda medidas de contención o distanciamiento en el ámbito educativo y laboral para la Comunidad de Madrid y Vitoria y Labastida en el País Vasco. Entre las medidas adoptadas se pueden enunciar las de distanciamiento en el ámbito educativo y laboral que van desde la suspensión de la actividad docente presencial en todos los niveles educativos, la realización de teletrabajo cuando fuere posible, la flexibilización de horarios y organización de turnos para evitar concentraciones. También se previeron medidas de protección para personas mayores y se recomendó evitar viajes innecesarios y no acudir al trabajo si se tuvieran síntomas como fiebre o síntomas respiratorios.

El día 10 de marzo se aprueba el Real Decreto-ley 6/2020 por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública (BOE número 62, de 11 de marzo de 2020).

Igualmente, el 10 de marzo de 2020 se celebra un Consejo Europeo Extraordinario en el que se fijan ciertas prioridades para abordar una actuación común.

En el ámbito de la OMS, el día 11 de marzo de 2020 se modifica la calificación de situación de emergencia de salud pública a pandemia internacional.

Del 11 al 13 de marzo se apreció una duplicación de los casos; manifestándose una transmisión comunitaria mantenida.



Y, el 12 de marzo de 2020 se aprueba el Real Decreto-ley 7/2020 por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19 (BOE número 65 de 13 de marzo de 2020).

TERCERO.- La respuesta normativa por parte de los poderes públicos para evitar o mitigar la propagación de la pandemia. En particular los Reales Decretos relativos al estado de alarma.

Como quiera que en este recurso, y en otros muchos análogos que penden de decisión en esta Sala, se imputa de forma principal la responsabilidad patrimonial de la Administración al impacto y daños patrimoniales consecuentes producidos por la normativa dictada por los distintos poderes públicos en las actividades económicas y empresariales -normativa que tenía por objeto evitar o mitigar la propagación de la pandemia COVID-19-, es preciso reseñar ese conjunto de normas, en particular, por su mayor carácter intrusivo y excepcionalidad, los Reales Decretos relativos al estado de alarma.

Nuestra Constitución prevé en su artículo 116 un Derecho de Excepción o de Emergencia para abordar situaciones extraordinarias, que se desarrollan en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de estados de alarma, excepción y sitio. El estado de alarma, que atribuye poderes de excepción menos invasivos que en los otros estados, no se basa en la Ley de 1981 en la existencia de actos contrarios a la convivencia originados por la conducta de personas o grupos, es decir en alteraciones del orden público, sino en las situaciones provocadas por hechos extraordinarios que no dependen de la voluntad de las personas, tales como catástrofes, situaciones de desabastecimiento, paralización de servicios esenciales y, por lo que ahora interesa, crisis sanitarias y situaciones de contaminación grave.

Estos poderes de excepción ya estaban contemplados en cierto modo en la normativa específica en materia sanitaria, que prevé actuaciones de necesidad para hacer frente a las epidemias y crisis sanitarias (por ejemplo, la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública o la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública).

Sin embargo, el Gobierno de la Nación, pese a disponer de esos otros instrumentos normativos para el abordaje de la pandemia, decidió utilizar el estado de alarma como herramienta central y primaria del combate jurídico que puso en marcha en el mes de marzo del año 2020 para frenar la expansión del virus. En esas circunstancias la normativa específica sanitaria podía haber sido desplazada por los mandatos contenidos en la declaración del estado de alarma o, por el contrario, ser utilizada como complemento de sus previsiones, como ha ocurrido en nuestro caso.

El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo (BOE de esa misma fecha), por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

El Preámbulo de esta norma busca amparo en el supuesto de hecho previsto en el apartado b), del artículo Cuarto de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (en adelante LOAES) que habilita al Gobierno en uso de las facultades que le otorga el artículo 116.2 C.E., a declarar el estado de alarma, en todo o parte del territorio nacional, cuando surja una alteración grave de la normalidad; en el caso del apartado b):"Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves."

Al supuesto de hecho allí previsto, asimila el legislador la situación de emergencia de la salud pública ocasionada por la enfermedad COVID-19, que la Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS) elevó a pandemia internacional el 11 de marzo de 2020, cuando en su Preámbulo justifica la declaración en los términos que transcribimos,

"La rapidez en la evolución de los hechos, a escala nacional e internacional, requiere la adopción de medidas inmediatas y eficaces para hacer frente a esta coyuntura. Las circunstancias extraordinarias que concurren constituyen, sin duda, una crisis sanitaria sin precedentes y de enorme magnitud tanto por el muy elevado número de ciudadanos afectados como por el extraordinario riesgo para sus derechos."

Desde el presupuesto así definido, resultaría que las medidas que prevé suponen una actitud propositiva del Gobierno, dirigida a la protección de la salud y seguridad de los ciudadanos (bienes jurídicos amenazados), contención de la progresión de la enfermedad y reforzamiento del sistema de salud pública.

Sostiene que aquellas vendrían a intensificar:

"Las medidas temporales de carácter extraordinario que ya se han adoptado por todos los niveles de gobierno (...) para, "prevenir y contener el virus y mitigar el impacto sanitario, social y económico.", todo lo cual justifica como indispensable la declaración del estado de alarma, por estar ante una "situación, grave y excepcional".

Caracteriza las medidas que dispone de,

"imprescindibles para hacer frente a la situación, resultan proporcionadas a la extrema gravedad de la misma y no suponen la suspensión de ningún derecho fundamental, tal y como prevé el artículo 55 de la Constitución."



De su articulado, se hace preciso dejar constancia de aquellos preceptos que contienen proclamaciones generales. Quedan enunciados, siquiera sintéticamente:

Artículo 2, que define el ámbito territorial de la declaración del estado de alarma, a todo el territorio nacional.

Artículo 3, relativo al ámbito temporal, concretando la duración del estado de alarma que se proclama a quince días naturales, a computar desde la fecha de su publicación (recordemos que lo fue el día 14 de marzo de 2020).

Artículo 4, dedicado a identificar quién sea la autoridad competente, señalando al Gobierno, a los efectos de la declaración del estado de alarma. A su vez y como autoridades competentes delegadas, siempre bajo la superior dirección del presidente del Gobierno a la Ministra de Defensa; Ministro del Interior; Ministro de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana y Ministro de Sanidad, en sus respectivas áreas de responsabilidad, sin perjuicio de que este último tenga tal condición respecto de aquellas áreas para las que los restantes Ministros, no resultasen competentes.

Artículo 5 sobre Colaboración con las autoridades competentes delegadas, prevé:

i) Apartado 1, impone el deber de colaboración con las autoridades competentes delegadas a, " Los integrantes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, los Cuerpos de Policía de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales quedarán bajo las órdenes directas del Ministro del Interior, a los efectos de este real decreto, en cuanto sea necesario para la protección de personas, bienes y lugares, pudiendo imponerles servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza."

ii) Apartado 2, habilita a los agentes de la autoridad quienes, "podrán practicar las comprobaciones en las personas, bienes, vehículos, locales y establecimientos que sean necesarias para comprobar y, en su caso, impedir que se lleven a cabo los servicios y actividades suspendidas en este real decreto, salvo las expresamente exceptuadas. Para ello, podrán dictar las órdenes y prohibiciones necesarias y suspender las actividades o servicios que se estén llevando a cabo.", y a tal fin, "la ciudadanía tiene el deber de colaborar y no obstaculizar la labor de los agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones."

iii) Es más, "Para el eficaz cumplimiento de las medidas incluidas en el presente real decreto, las autoridades competentes delegadas podrán requerir la actuación de las Fuerzas Armadas, de conformidad con lo previsto en el artículo 15.3 de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional." (Apartado 6).

iv) Los Apartados 4 y 5, sitúan bajo la dependencia funcional del Ministro del Interior, la actuación de, "Los servicios de intervención y asistencia en emergencias de protección civil definidos en el artículo 17 de la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil (...)", de modo que aquel miembro del Gobierno, " podrá dictar las órdenes, resoluciones, disposiciones e instrucciones que considere necesarias a todos los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada."

Artículo 6, que remite a cada Administración competente la gestión ordinaria de los servicios, "para adoptar las medidas que estime necesarias en el marco de las órdenes directas de la autoridad competente a los efectos del estado de alarma y sin perjuicio de lo establecido en los artículos 4 y 5."

Artículo 7 que contiene limitaciones a la libertad de circulación.

Artículo 8 y en los términos del artículo Once, b) LOAES, contiene una habilitación para que las autoridades competentes delegadas pueden acordar requisas temporales de todo tipo de bienes necesarios para el cumplimiento de los fines previstos en el propio Real Decreto, en las condiciones que en el mismo precepto de describen. En los mismos términos y revirtiendo en idénticos fines, alude a la imposición de prestaciones personales obligatorias imprescindibles.

Los restantes preceptos aluden específicamente, a las concretas medidas acordadas por sectores de actividad a los que luego nos referiremos para nuestro caso concreto (ámbito educativo y de la formación; actividad comercial, equipamientos culturales, establecimientos y actividades recreativos, actividades de hostelería y restauración; lugares de culto y ceremonias civiles y religiosas; para reforzar el Sistema Nacional de Salud en todo el territorio nacional; aseguramiento del suministro de bienes y servicios necesarios para la protección de la salud pública; en materia de transportes; garantía del abastecimiento alimentario; Tránsito aduanero; Garantía de suministro de energía eléctrica, productos derivados del petróleo y gas natural; Operadores críticos de servicios esenciales; Medios de comunicación de titularidad pública y privada). Estas medidas concretas las trataremos y estudiaremos en el siguiente fundamento, teniendo en cuenta el sector de actividad sobre el que versa el recurso.

Mención aparte, merece recordar que el citado texto legal fue objeto de hasta seis prórrogas acordadas por los correspondientes Reales Decretos y que llevaron a cabo sendas modificaciones del originariamente dictado.



El Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, por el que se modifica el 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.

Publicado en el "BOE" núm. 73, de 18 de marzo de 2020 y entrada en vigor coincidente con su publicación, responde a la finalidad de reforzar los instrumentos de protección de la salud pública y garantizar la prestación de los servicios públicos esenciales, en un contexto caracterizado por la rápida evolución de la crisis sanitaria.

A tal efecto, en su artículo Único, modifica el primer inciso y la letra h) del artículo 7.1, con la redacción siguiente,

"1. Durante la vigencia del estado de alarma las personas únicamente podrán circular por las vías o espacios de uso público para la realización de las siguientes actividades, que deberán realizarse individualmente, salvo que se acompañe a personas con discapacidad, menores, mayores, o por otra causa justificada".

"h) Cualquier otra actividad de análoga naturaleza."

Asimismo, el Título y apartado 1 del artículo 10, introduciendo un apartado 6, en los siguientes términos,

"Artículo 10. Medidas de contención en el ámbito de la actividad comercial, equipamientos culturales, establecimientos y actividades recreativas, actividades de hostelería y restauración, y otras adicionales."

"1. Se suspende la apertura al público de los locales y establecimientos minoristas, a excepción de los establecimientos comerciales minoristas de alimentación, bebidas, productos y bienes de primera necesidad, establecimientos farmacéuticos, sanitarios, centros o clínicas veterinarias, ópticas y productos ortopédicos, productos higiénicos, prensa y papelería, combustible para la automoción, estancos, equipos tecnológicos y de telecomunicaciones, alimentos para animales de compañía, comercio por internet, telefónico o correspondencia, tintorerías, lavanderías y el ejercicio profesional de la actividad de peluquería a domicilio. En cualquier caso, se suspenderá la actividad de cualquier establecimiento que, a juicio de la autoridad competente, pueda suponer un riesgo de contagio por las condiciones en las que se esté desarrollando."

"6. Se habilita al Ministro de Sanidad para modificar, ampliar o restringir las medidas, lugares, establecimientos y actividades enumeradas en los apartados anteriores, por razones justificadas de salud pública."

La modificación llevada a cabo, además, tuvo el siguiente alcance:

Apartado 4 del artículo 14, que queda redactado como sigue:

"4. Por resolución del Ministro de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana se establecerán las condiciones necesarias para facilitar el transporte de mercancías en todo el territorio nacional, con objeto de garantizar el abastecimiento y la entrega de productos adquiridos en el comercio por internet, telefónico o correspondencia."

Disposición Adicional Tercera Apartado 4 y se añaden dos nuevos apartados 5 y 6 con la redacción siguiente:

"4. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados anteriores, desde la entrada en vigor del presente real decreto, las entidades del sector público podrán acordar motivadamente la continuación de aquellos procedimientos administrativos que vengan referidos a situaciones estrechamente vinculadas a los hechos justificativos del estado de alarma, o que sean indispensables para la protección del interés general o para el funcionamiento básico de los servicios."

"5. La suspensión de los términos y la interrupción de los plazos a que se hace referencia en el apartado 1 no será de aplicación a los procedimientos administrativos en los ámbitos de la afiliación, la liquidación y la cotización de la Seguridad Social."

"6. La suspensión de los términos y la interrupción de los plazos administrativos a que se hace referencia en el apartado 1 no será de aplicación a los plazos tributarios, sujetos a normativa especial, ni afectará, en particular, a los plazos para la presentación de declaraciones y autoliquidaciones tributarias."

El título del anexo con la siguiente redacción:

"ANEXO. Relación de equipamientos y actividades cuya apertura al público queda suspendida con arreglo a lo dispuesto en el artículo 10."

Prórrogas del Real Decreto 463/2020

La primera de ellas fue la declarada por el Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo, publicada por el Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática, en el BOE núm. 86, de 28 de marzo de 2020.

Su alcance tal como aboca a concluir su denominación, no fue otro que prorrogar la duración de la declaración del estado de alarma -que en el Real Decreto 463/2020, fue de 15 días naturales a computar desde su entrada en vigor el día 14 de marzo- hasta las 00:00 horas del día 12 de abril de 2020, sometiéndose a las



mismas condiciones establecidas en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, modificado por el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo.

El Preámbulo de la norma justifica la ampliación del periodo de duración de la prórroga a la luz de los datos disponibles y de los informes de evaluación elaborados por las autoridades competentes según los cuales, la situación de emergencia sanitaria generada por el COVID-19 no se ha superado completamente en el plazo previsto inicialmente por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

Cuenta con una Disposición Final Primera, que modifica el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, añadiendo a tal fin una nueva Disposición Adicional Sexta, rubricada "Información al Congreso de los Diputados" que con fundamento en el apartado Uno, del artículo Octavo LOAES impone al Gobierno la remisión semanal al Congreso de los Diputados, de información documental estructurada de la ejecución de las distintas medidas adoptadas y valoración de su eficacia para contener el virus COVID-19 y mitigar su impacto sanitario, económico y social.

La segunda prórroga la realiza el Real Decreto 487/2020, de 10 de abril (BOE núm. 101, de 11 de abril de 2020).

En su Preámbulo como ya hiciera el anterior texto legal, considera imprescindible la ampliación de la duración que dispone, ya que con base en los datos disponibles y en los informes de evaluación elaborados por las autoridades competentes delegadas durante el periodo inicial y prorrogado del estado de alarma, el Gobierno concluye que:

"El carácter dinámico y el contexto de elevada incertidumbre que caracteriza la evolución de esta crisis sanitaria mundial sin precedentes obligan a extremar la prudencia. Mientras siga existiendo transmisión, una vuelta a la normalidad podría implicar el inicio de nuevas cadenas de transmisión y un retroceso en los esfuerzos por controlar esta epidemia, lo que además podría mermar la confianza de los ciudadanos.", y añade, "Los análisis realizados a partir de los datos proporcionados por la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica y su modelización permiten concluir que una segunda prórroga contribuirá a reforzar de forma decisiva en todo el territorio nacional la contención de la propagación de la enfermedad para salvar vidas, evitar la saturación de los servicios sanitarios y mantener posibles rebrotes en niveles asumibles por el sistema sanitario. Esta segunda prórroga constituye una medida indispensable para tratar de garantizar que los pacientes que requieran de hospitalización, ingreso en las unidades de cuidados intensivos o ventilación mecánica no superan el umbral que impediría proporcionar la adecuada calidad asistencial en función de los recursos actualmente disponibles."

Desde tales premisas, la duración de esta segunda prórroga, se extenderá hasta las 00:00 horas del día 26 de abril de 2020, con sujeción a las mismas condiciones establecidas en el Real Decreto 463/2020, su modificación por el Real Decreto 465/2020 y prórroga previamente acordada.

La tercera prórroga acordada por el Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática, se acomete por el Real Decreto 492/2020, de 24 de abril, publicado en el BOE núm. 115, de 25 de abril de 2020 y opera la extensión del estado de alarma declarado desde las 00.00 horas del día 26 de abril de 2020 hasta las 00.00 horas del día 10 de mayo de 2020.

Motiva la necesidad de ampliación del plazo ya prorrogado con anterioridad, en atención al contenido de la "Hoja de ruta común europea para el levantamiento de las medidas de contención de la COVID-19", presentada el 15 de abril de 2020, por la Presidenta de la Comisión Europea y el Presidente del Consejo Europeo y a los criterios indicados por la OMS en su documento sobre la evolución del COVID-19, presentado el 14 de abril de 2020.

Ambos instrumentos tienen como finalidad conseguir el paso a una fase de transición, a efectos de lo cual, presentan un conjunto de objetivos cuya consecución puede operar ese fin confeso.

El Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo, materializa la cuarta prorroga (BOE, núm. 129, de 9 de mayo de 2020) que se extendería desde las 00:00 horas del día 10 de mayo de 2020 hasta las 00:00 horas del día 24 de mayo de 2020, sometiéndose a las mismas condiciones establecidas en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo y en las disposiciones que lo modifican, aplican y desarrollan, sin perjuicio de lo que se explica a continuación (artículo 2).

Se debe significar por su importancia, que ya antes de su entrada en vigor, el Consejo de Ministros en su reunión de 28 de abril de 2020, aprobó el Plan de Transición hacia una Nueva Normalidad o Plan de desescalada cuyo propósito era reactivar la actividad económica del país programando al efecto la salida gradual de España de la etapa más aguda de la crisis generada por la enfermedad COVID-19 y poner el país en marcha, protegiendo, la salud y la vida del conjunto de la ciudadanía, todo ello partiendo -según cabe leer- de lo siguiente,



"Las medidas de contención adoptadas, tanto a nivel nacional como en el resto del mundo, se han mostrado efectivas en el control de la pandemia, pero están teniendo un impacto muy negativo sobre la actividad económica global y sobre grupos sociales vulnerables, con una incidencia especial en determinados sectores y países."

De esta manera se solapó en el tiempo, la aplicación de las medidas de carácter sanitario temporales y excepcionales con la aplicación gradual y asimétrica de las cuatro fases de duración mínima de dos semanas, allí previstas para la así diseñada, vuelta a la normalidad.

En el Preámbulo del Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo de aprobación de la cuarta prórroga se relata que durante la primera prórroga y partiendo de los datos proporcionados por la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica, se evidenció una disminución de la transmisión de la enfermedad y una reducción al máximo del riesgo de colapso en las unidades de cuidados intensivos hospitalarios, todo ello debido -así refiere- a las medidas aplicadas durante el periodo de vigencia del estado de alarma.

Asimismo, y por referencia a la segunda prórroga, los datos remitidos al Gobierno pusieron de manifiesto,

"...que se había conseguido disminuir el número de contagios a fin de situarlos por debajo del umbral que produciría la saturación de las UCI, con su capacidad extendida para hacer frente a la epidemia, al tiempo que se había fortalecido la capacidad del sistema sanitario para dar respuesta a la misma. En efecto, el incremento de nuevos casos hospitalizados e ingresados en UCI había pasado de alrededor del 20 % para ambos indicadores la semana anterior a la segunda prórroga a estar por debajo del 2 % en la semana del 20 de abril. Además, el número de altas se fue incrementando en este periodo, y con ello se produjo una descarga progresiva de las unidades asistenciales ampliadas." y desde la misma fuente que en el periodo de la tercera prórroga, "(...) se ha consolidado la tendencia decreciente de los diferentes indicadores (casos confirmados diarios por PCR, fallecimientos confirmados, ingresos hospitalarios y en UCI), habiéndose reducido a la mitad los incrementos diarios, a excepción de los casos que han requerido hospitalización."

Pese a tales avances en la contención de la pandemia, la cuarta prórroga vino determinada -siempre según el Preámbulo- porque,

"(...) los datos de personas todavía hospitalizadas y la detección, aunque con mucha menos frecuencia de casos nuevos, algunos de ellos sin un vínculo epidemiológico claro, aconseja mantener el instrumento que ha contribuido a gestionar eficazmente esta emergencia sanitaria. En algunos aspectos, es necesario todavía preparar los sistemas de información y vigilancia para garantizar que las capacidades de detección precoz y manejo de nuevos casos y sus contactos está garantizada en todos los niveles."

Ahora bien, dado que la Comunicación "Hoja de ruta común europea para el levantamiento de las medidas de contención de la COVID-19", presentada el 15 de abril por la Presidenta de la Comisión Europea y el Presidente del Consejo Europeo, sin perjuicio de definir las medidas restrictivas como idóneas, imprescindibles y proporcionadas reconoce que, "acarrean un elevado coste social y económico, suponen una presión sobre la salud mental y obligan a los ciudadanos a cambiar radicalmente su vida cotidiana", resulta, "indispensable planificar la fase en la que los Estados miembros podrán reanudar las actividades económicas y sociales de modo que se minimice cualquier repercusión sobre la salud de las personas y no se sobrecarguen los sistemas sanitarios."

Y con este objetivo,

"de conformidad con la Hoja de ruta citada, con los criterios en ella recogidos y con los expresados por la Organización Mundial de la Salud en su documento sobre la evolución del COVID-19, presentado el pasado 14 de abril de 2020, atendiendo a la evolución de la situación epidemiológica, y en línea con otros países de nuestro entorno, mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de abril de 2020, se aprobó el Plan para la desescalada de las medidas extraordinarias adoptadas para hacer frente a la pandemia de COVID-19, en el que el proceso descrito se concibe de modo gradual, asimétrico, coordinado con las comunidades autónomas, y adaptable a los cambios de orientación necesarios en función de la evolución de los datos epidemiológicos y del impacto de las medidas adoptadas. El Plan fue remitido al Congreso de los Diputados el 29 de abril de 2020 en cumplimiento de lo previsto por la disposición adicional sexta del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

Para la elaboración de dicho Plan, el Gobierno se ha basado en el informe elevado el pasado 25 de abril por el Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias, además de recabar la opinión y propuestas de expertos en el ámbito sanitario, científico, social y empresarial."

Centrándonos ya en las concretas medidas contenidas en esta prórroga del estado de alarma, sin perjuicio de recalcar su necesidad, idoneidad y proporcionalidad, insiste en la eficacia de la limitación de la libertad deambulatoria y las medidas dirigidas a evitar aglomeraciones o el contacto interpersonal ya que "se han



mostrado hasta ahora las más adecuadas para conseguir índices notables de reducción de los niveles de contagio."

Y añade, "Las medidas contenidas en la presente prórroga han demostrado su eficacia para contener la propagación de la enfermedad y, por tanto, resulta previsible que sigan siendo adecuadas durante el transcurso de esta prórroga adicional."

Aclara que, "sólo manteniendo la limitación a la libertad deambulatoria en todo el territorio nacional será posible controlar la pandemia y esta limitación, de alcance general a todo el territorio, sólo puede establecerse en el marco del estado de alarma.", motivando de este modo la ampliación del periodo previamente prorrogado.

Compatibiliza el mantenimiento del Real Decreto 463/2020 con el Plan de desescalada de las medidas extraordinarias adoptadas para hacer frente a la pandemia de COVID-19, al objeto de dar sentido y suficiente cobertura jurídica a la habilitación del Ministro de Sanidad, en su condición de autoridad competente delegada, previendo un proceso en el que participarán las comunidades autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla con arreglo a los principios de cooperación y colaboración, para concretar las medidas que deban aplicar en el proceso de desescalada. En este sentido, la habilitación al Ministro de Sanidad y demás autoridades competentes delegadas que prevé el primer párrafo del artículo 3, se refiere a las medidas de desescalada en todos los ámbitos de actividad afectados por las restricciones establecidas en la declaración del estado de alarma y sus sucesivas prórrogas.

Respecto a la libertad deambulatoria, el Real Decreto de prórroga permite el desplazamiento por la provincia, isla o unidad territorial de referencia, sin perjuicio de las excepciones que justifiquen el desplazamiento a otra parte del territorio nacional por motivos sanitarios, laborales, profesionales o empresariales, de retorno al lugar de residencia familiar, asistencia y cuidado de mayores, dependientes o personas con discapacidad, causa de fuerza mayor o situación de necesidad o cualquier otra de análoga naturaleza.

Asimismo, prevé la posibilidad de que el Gobierno acuerde conjuntamente con cada Comunidad Autónoma la modificación, ampliación o restricción de las unidades de actuación y de las medidas a adoptar, correspondiendo en tal caso la aplicación de estas medidas a quien ostente la Presidencia de la Comunidad Autónoma, por considerarle representante ordinario del Estado en el territorio.

La quinta prórroga es acordada por el Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo ("BOE" núm. 145, de 23/05/2020), que se extendió desde las 00:00 horas del día 24 de mayo de 2020 hasta las 00:00 horas del día 7 de junio de 2020.

Designa como autoridad competente delegada al Ministro de Sanidad, bajo la superior dirección del Presidente del Gobierno y con arreglo al principio de cooperación con las comunidades autónomas (artículo 6), levanta la suspensión de los plazos procesales suspendidos con efectos del día 4 de junio de 2020 (artículo 8) y la correlativa de los plazos administrativos, con efectos del día 1 de junio de 2020, previendo ya su reanudación, ya su reinicio, " si así se hubiera previsto en una norma con rango de ley aprobada durante la vigencia del estado de alarma y sus prórrogas." (artículo 9)

El alzamiento de los plazos de prescripción y caducidad de derechos y acciones -también suspendidos- se prevé para el día 4 de junio de 2020 (artículo 10).

Proclama la vigencia de las órdenes, resoluciones, disposiciones e instrucciones dictadas por las autoridades competentes delegadas previstas en el artículo 4.2 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, en cuanto no se opongan a lo dispuesto en otras posteriores, ni a lo establecido en el propio Real Decreto (artículo 11).

Su disposición derogatoria única, incide en las disposiciones adicionales segunda y cuarta del Real Decreto 463/2020, con efectos del día 4 de junio de 2020 y desde el día 1 de junio de 2020, su disposición adicional tercera, como consecuencia lógica del alzamiento de los plazos suspendidos.

Dedica el resto de su articulado a exponer y describir las particularidades propias del procedimiento para la desescalada (artículos 3; 4 y 5), de las que nos ocuparemos con ocasión del estudio del Plan de Transición para una nueva normalidad.

La sexta y última prórroga tuvo lugar con la publicación en el BOE núm. 159, de 6 de junio de 2020, del Real Decreto 555/2020, de 5 de junio que, según su artículo 2, abarcó el periodo comprendido, desde las 00:00 horas del día 7 de junio de 2020 hasta las 00:00 horas del día 21 de junio de 2020.

Con un contenido sustantivo idéntico al anterior Real Decreto Ley 537/2020, es de significar su artículo 6 - Autoridades competentes delegadas-, en cuanto dispone,

"(...)



La autoridad competente delegada para la adopción, supresión, modulación y ejecución de medidas correspondientes a la fase III del plan de desescalada será, en ejercicio de sus competencias, exclusivamente quien ostente la Presidencia de la comunidad autónoma, salvo para las medidas vinculadas a la libertad de circulación que excedan el ámbito de la unidad territorial determinada para cada comunidad autónoma a los efectos del proceso de desescalada.

2. Serán las comunidades autónomas las que puedan decidir, a los efectos del artículo 5, y con arreglo a criterios sanitarios y epidemiológicos, la superación de la fase III en las diferentes provincias, islas o unidades territoriales de su Comunidad y, por tanto, su entrada en la "nueva normalidad".

3. Correspondrá durante ese periodo a las administraciones públicas competentes el ejercicio de las funciones contempladas en el artículo 5 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo."

El Plan de Transición a una nueva normalidad.

El día 28 de abril de 2020, el Gobierno de España, a través del presidente del Gobierno, hizo público el plan de desescalada o Plan para la Transición hacia una Nueva Normalidad, acordado en Consejo de Ministros, que implicaba una progresiva y gradual relajación de las medidas extraordinarias de restricción de la movilidad y el contacto social adoptadas hasta la fecha, con el fin de "facilitar una recuperación, lo más rápida posible, de la actividad social y económica". Sus previsiones se simultanearon con lo dispuesto en el Real Decreto 537/2020, de 22 mayo -como precisamos mas arriba- que acordó la cuarta prórroga del estado de alarma.

Otras disposiciones que declaran el estado de alarma.

El 25 de octubre de 2020, como consecuencia del desbordamiento de los contagios por la segunda ola de la pandemia, el Gobierno previo acuerdo del Consejo de Ministros, declara un nuevo estado de alarma en toda España, que se plasma en el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARSCoV-2, al amparo de lo dispuesto en el artículo cuarto, apartado b), de la LOAES, publicado en el BOE" núm. 282, de 25 de octubre de 2020, fecha en la que comenzó su vigencia.

Según su art. 4, el estado de alarma declarado finalizará a las 00:00 horas del día 9 de noviembre de 2020, sin perjuicio de las prórrogas que puedan establecerse.

Con aquella finalidad, su Artículo 5 estableció una limitación de la libertad de circulación de las personas en horario nocturno, de modo que durante el periodo comprendido entre las 23:00 y las 6:00 horas, sólo se podría circular por las vías o espacios de uso público para la realización de las concretas y muy específicas actividades que relaciona y que damos aquí por reproducidas.

Habilita a la autoridad competente delegada correspondiente -Presidente de la Comunidad Autónoma o Ciudad Autónoma- para determinar, en su ámbito territorial, que la hora de comienzo de la limitación prevista en este artículo sea entre las 22:00 y las 00:00 horas y la hora de finalización de dicha limitación sea entre las 5:00 y las 7:00 horas y adicionalmente, para limitar la entrada y salida de personas en ámbitos territoriales de carácter geográficamente inferior a la comunidad autónoma y ciudad con Estatuto de autonomía, con las excepciones previstas, habilitación que se amplía en el artículo 11 para imponer en su ámbito territorial la realización de las prestaciones personales obligatorias que resulten imprescindibles en el ámbito de sus sistemas sanitarios y sociosanitarios para responder a la situación de emergencia sanitaria que motiva la aprobación del Real Decreto.

La limitación a la libertad de circulación se refirió también, a la entrada y salida en las comunidades autónomas y ciudades con Estatuto de autonomía, salvo para aquellos desplazamientos, adecuadamente justificados que respondan a alguno de los motivos previstos en el artículo 6.

Sin embargo, no queda sometida a restricción alguna la circulación en tránsito a través de los ámbitos territoriales en que resulten de aplicación las limitaciones previstas en el precepto.

Se limita a través de su artículo 7, la permanencia de grupos de personas en espacios públicos y privados, sin que queden afectadas las actividades laborales e institucionales, ni aquellas para las que se establezcan medidas específicas en la normativa aplicable.

El artículo 8 contiene una expresa habilitación a la autoridad competente delegada correspondiente, para limitar la permanencia de personas en lugares de culto mediante la fijación, de aforos para las reuniones, celebraciones y encuentros religiosos, atendiendo al riesgo de transmisión que pudiera resultar de los encuentros colectivos, sin que ello implice la afectación en ningún caso, del ejercicio privado e individual de la libertad religiosa.



Por su parte los artículos 9 y 10 se dedican a determinar la eficacia de las limitaciones y la flexibilización y suspensión de las limitaciones, respectivamente.

Si bien - artículo 12- cada Administración conservará las competencias que le otorga la legislación vigente, así como la gestión de sus servicios y de su personal siempre para el cumplimiento de la finalidad que persigue el Real Decreto, el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud -artículo 13-, con la finalidad de garantizar la necesaria coordinación en la aplicación de las medidas contempladas, bajo la presidencia del Ministro de Sanidad, podrá adoptar a estos efectos, cuantos acuerdos procedan incluidos en su caso, el establecimiento de indicadores de referencia y criterios de valoración del riesgo.

Para el incumplimiento del contenido del Real Decreto o la resistencia a las órdenes de las autoridades competentes, el artículo 15 contiene la previsión de un régimen sancionador con arreglo a las leyes, en los términos establecidos en el artículo 10 de la LOAES.

Comprobado el riesgo de aumento de contagios que se producen en horario nocturno de acuerdo con la información facilitada por las comunidades autónomas, circunstancia esta que reduce sustancialmente la eficacia de otras medidas de control implementadas, se publica el Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre ("BOE" núm. 291, de 4 de noviembre de 2020) por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, con la finalidad de que la medida de limitación de la libertad de circulación de las personas en horario nocturno, prevista en el artículo 5 del Real Decreto 926/2020, conserve su eficacia, como medida proporcionada y con un potencial impacto positivo en el control de la transmisión, al evitarse situaciones de contacto de riesgo vinculadas a encuentros sociales, " (...) en los términos previstos con anterioridad al comienzo de la prórroga autorizada, en tanto que la autoridad competente delegada que corresponda no determine, de acuerdo con el artículo 10 del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, su modulación, flexibilización o suspensión."

La duración de la prórroga se fija en su Artículo 2 y se extendió desde las 00:00 horas del día 9 de noviembre de 2020 hasta las 00:00 horas del día 9 de mayo de 2021.

A su vez, publicado en el BOE" núm. 268, de 9 de octubre de 2020, el Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre, declara el estado de alarma para responder ante situaciones de especial riesgo por transmisión no controlada de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, con una duración de 15 días naturales para los siguientes municipios de la Comunidad de Madrid: Alcobendas; Alcorcón; Fuenlabrada; Getafe; Leganés; Madrid; Móstoles; Parla y Torrejón de Ardoz.

Para finalizar este apartado, debemos hacer expresa referencia a la Orden SND/726/2023, de 4 de julio, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de julio de 2023, por el que se declara la finalización de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19.

Otras disposiciones relevantes para hacer frente a la pandemia.

Dejamos constancia por orden cronológico del siguiente bloque normativo, complementario del estudiado hasta el momento y que dejamos simplemente enunciado:

- Real Decreto-Ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19
- Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.
- Real Decreto-Ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19.
- Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19-.
- Real Decreto-Ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar a la economía y el empleo.
- Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019.
- Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.
- Real Decreto-ley 22/2020, de 16 de junio, por el que se regula la creación del Fondo COVID-19 y se establecen las reglas relativas a su distribución y libramiento.



- Real Decreto-ley 23/2020, de 23 de junio, por el que se aprueban medidas en materia de energía y en otros ámbitos para la reactivación económica.
- Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio, de medidas sociales de reactivación del empleo y protección del trabajo autónomo y de competitividad del sector industrial.
- Real Decreto-ley 25/2020, de 3 de julio, de medidas urgentes para apoyar la reactivación económica y el empleo.
- Real Decreto-ley 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del COVID-19 en los ámbitos de transportes y vivienda.
- Real Decreto 692/2020, de 21 de julio, para la adaptación de la gestión del canon de ocupación y aprovechamiento del dominio público marítimo-terrestre regulado en el artículo 84 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, a las medidas excepcionales adoptadas por las autoridades sanitarias para hacer frente a la emergencia provocada por el COVID-19.
- Real Decreto 703/2020, de 28 de julio, por el que se aprueban las bases reguladoras de las ayudas a la paralización temporal de la actividad pesquera para poder hacer frente al impacto económico y social derivado de la pandemia de COVID-19, se convocan dichas ayudas para el primer tramo del ejercicio 2020 y se modifican distintos reales decretos relativos a la regulación de las organizaciones profesionales en el sector de la pesca y la acuicultura y para el ejercicio de la pesca recreativa.
- Real Decreto-ley 27/2020, de 4 de agosto, de medidas financieras, de carácter extraordinario y urgente, aplicables a las entidades locales.
- Resolución de 10 de septiembre de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de derogación del Real Decreto-ley 27/2020, de 4 de agosto, de medidas financieras, de carácter extraordinario y urgente, aplicables a las entidades locales
- Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.
- Real Decreto-ley 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones Públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19.
- Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo.
- Real Decreto-ley 31/2020, de 29 de septiembre, por el que se adoptan medidas urgentes en el ámbito de la educación no universitaria.
- Real Decreto 866/2020, de 29 de septiembre, por el que se regula la concesión directa de subvenciones a diversos organismos y entidades del sector turístico por el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, durante el ejercicio presupuestario 2020.
- Real Decreto-ley 32/2020, de 3 de noviembre, por el que se aprueban medidas sociales complementarias para la protección por desempleo y de apoyo al sector cultural.
- Real Decreto-ley 33/2020, de 3 de noviembre, por el que se adoptan medidas urgentes de apoyo a entidades del Tercer Sector de Acción Social de ámbito estatal.
- Real Decreto-ley 34/2020, de 17 de noviembre, de medidas urgentes de apoyo a la solvencia empresarial y al sector energético, y en materia tributaria.
- Real Decreto-ley 35/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes de apoyo al sector turístico, la hostelería y el comercio y en materia tributaria.
- Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.
- Real Decreto-ley 37/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda y en materia de transportes.
- Real Decreto-ley 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo.- 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.
- Ley 2/2021, de 29 de marzo, medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.



- Ley 3/2021, de 12 de abril, por la que se adoptan medidas complementarias en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19.
- Ley 4/2021, de 12 de abril, por la que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19.
- Real Decreto-ley 6/2021, de 20 de abril, por el que se adoptan medidas complementarias de apoyo a empresas y autónomos afectados por la pandemia de COVID-19.
- Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma declarado por 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.
- Real Decreto-ley 16/2021, de 3 de agosto, por el que se adoptan medidas de protección social para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica.
- Real Decreto-ley 18/2021, de 28 de septiembre, de medidas urgentes para la protección del empleo, la recuperación económica y la mejora del mercado de trabajo.
- Real Decreto-ley 21/2021, de 26 de octubre, por el que se prorrogan las medidas de protección social para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica.
- Real Decreto-ley 27/2021, de 23 de noviembre, por el que se prorrogan determinadas medidas económicas para apoyar la recuperación.
- Real Decreto-ley 30/2021, de 23 de diciembre, por el que se adoptan medidas urgentes de prevención y contención para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19.
- Orden SND/726/2023, de 4 de julio, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de julio de 2023, por el que se declara la finalización de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19.

CUARTO.- Las concretas medidas adoptadas para el sector empresarial dedicado a la hostelería y restauración.

Como quiera que la actividad empresarial a la que se dedica la entidad recurrente es a la explotación de un hotel y que es precisamente esa actividad la que, a su juicio, ha resultado perjudicada económicamente como consecuencia de la actividad desarrollada por los poderes públicos para frenar la expansión de la pandemia del COVID-19, es preciso reseñar las disposiciones más relevantes aprobadas en relación con el sector de la hostelería y la restauración.

Como hemos reseñado en el fundamento anterior, mediante Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, en cuyo artículo 10 se establecieron las medidas de contención en el ámbito de la actividad comercial, equipamientos culturales, establecimientos y actividades recreativas, actividades de hostelería y restauración, y otras adicionales. Estas medidas fueron las siguientes:

1. Se suspende la apertura al público de los locales y establecimientos minoristas, a excepción de los establecimientos comerciales minoristas de alimentación, bebidas, productos y bienes de primera necesidad, establecimientos farmacéuticos, médicos, ópticas y productos ortopédicos, productos higiénicos, peluquerías, prensa y papelería, combustible para la automoción, estancos, equipos tecnológicos y de telecomunicaciones, alimentos para animales de compañía, comercio por internet, telefónico o correspondencia, tintorerías y lavanderías. Se suspende cualquier otra actividad o establecimiento que a juicio de la autoridad competente pueda suponer un riesgo de contagio.
 2. La permanencia en los establecimientos comerciales cuya apertura esté permitida deberá ser la estrictamente necesaria para que los consumidores puedan realizar la adquisición de alimentos y productos de primera necesidad, quedando suspendida la posibilidad de consumo de productos en los propios establecimientos.
- En todo caso, se evitarán aglomeraciones y se controlará que consumidores y empleados mantengan la distancia de seguridad de al menos un metro a fin de evitar posibles contagios.
3. Se suspende la apertura al público de los museos, archivos, bibliotecas, monumentos, así como de los locales y establecimientos en los que se desarrollen espectáculos públicos, las actividades deportivas y de ocio indicados en el anexo del presente real decreto.



4. Se suspenden las actividades de hostelería y restauración, pudiendo prestarse exclusivamente servicios de entrega a domicilio.

5. Se suspenden asimismo las verbenas, desfiles y fiestas populares.

En virtud del Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, se incluyó un apartado 6 en el mencionado artículo, el cual disponía literalmente:

"Se habilita al Ministro de Sanidad para modificar, ampliar o restringir las medidas, lugares, establecimientos y actividades enumeradas en los apartados anteriores, por razones justificadas de salud pública."

También como señalamos anteriormente, previa la autorización del Pleno del Congreso de los Diputados, otorgada en las sesiones celebradas los días 25 de marzo, 9 de abril, 22 de abril, 6 de mayo, 20 de mayo y 3 de junio de 2020, el estado de alarma acordado mediante 463/2020, de 14 de marzo, fue prorrogado mediante Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo; mediante Real Decreto 487/2020, de 10 de abril; mediante Real Decreto 492/2020, de 24 de abril; mediante Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo; mediante Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo; y finalmente mediante Real Decreto 555/2020, de 5 de junio, en virtud del cual el estado de alarma se extendió hasta las 00:00 horas del día 21 de junio de 2020.

En concreto, el artículo 3 del Real Decreto 514/2020 establecía que:

"En aplicación del Plan para la desescalada de las medidas extraordinarias adoptadas para hacer frente a la pandemia de COVID-19, aprobado por el Consejo de Ministros en su reunión de 28 de abril de 2020, el Ministro de Sanidad, a propuesta, en su caso, de las comunidades autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla, y a la vista de la evolución de los indicadores sanitarios, epidemiológicos, sociales, económicos y de movilidad, podrá acordar, en el ámbito de su competencia, la progresión de las medidas aplicables en un determinado ámbito territorial, sin perjuicio de las habilitaciones conferidas al resto de autoridades delegadas competentes. La regresión de las medidas hasta las previstas en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, se hará, en su caso, siguiendo el mismo procedimiento."

Dicho Plan contemplaba cuatro fases de desescalada que estaba previsto que se aplicaran de manera asimétrica, en función del cumplimiento de cada provincia o isla de ciertos marcadores contemplados en un Panel Integral, y por tanto de manera coordinada y siempre adaptable a los datos de cada momento. Cada una de las fases tuvo una duración mínima de dos semanas y su normativa precisa se desarrolló mediante Órdenes del Ministerio de Sanidad. La Fase 0 o fase de preparación era una etapa preparatoria en la que se facilitaron pequeñas aperturas en la actividad económica. En concreto, dicha fase permitió la apertura de establecimientos con cita previa para la atención individual de los clientes o la apertura de restaurantes con servicio de comida para llevar sin consumo en el local. Según el texto del propio Plan, en la Fase I o inicial se permitiría la apertura del pequeño comercio con cita previa o servicio en mostrador, restaurantes y cafeterías con entrega para llevar, actividades en el ámbito agrario, actividades deportivas profesionales, alojamientos turísticos sin utilización de zonas comunes y con restricciones, entre otras actividades. En la Fase 2 o intermedia, previo cumplimiento de las condiciones y marcadores estipulados, en restauración se abrió el espacio interior de los locales de más de 70 m² con una ocupación de 1/3 de aforo y garantías de separación y solo para el servicio de mesas. Por último, en la Fase 3 o avanzada, en el ámbito comercial se limitó el aforo a la mitad, fijando una distancia mínima de 2 metros, y en restauración se suavizaron las restricciones de aforo y ocupación, si bien se mantienen estrictas condiciones de separación entre el público.

El Anexo III del Plan recogió un cronograma orientativo de desescalada hasta la nueva normalidad, cuyas decisiones concretas fueron adoptadas por el Ministerio de Sanidad, según un Panel Integral de marcadores objetivos, para cada provincia o unidad territorial, basándose en los siguientes criterios: 1) Las capacidades estratégicas del sistema sanitario, tanto en su vertiente de atención primaria como hospitalaria; 2) la situación epidemiológica en la zona; es decir el diagnóstico e identificación de la situación concreta de la pandemia; 3) la implantación de medidas de protección colectiva en comercios, transportes, centros de trabajo y en cualquier espacio público; y 4) los datos de movilidad y económicos.

Finalmente, el artículo 5 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, estableció que:

"La superación de todas las fases previstas en el Plan para la desescalada de las medidas extraordinarias adoptadas para hacer frente a la pandemia de COVID-19, aprobado por el Consejo de Ministros en su reunión de 28 de abril de 2020, determinará que queden sin efecto las medidas derivadas de la declaración del estado de alarma en las correspondientes provincias, islas o unidades territoriales."

En el ámbito del citado Plan de Transición hacia una Nueva Normalidad fueron aprobadas las siguientes órdenes ministeriales:



Mediante la Orden SND/388/2020, de 3 de mayo, por la que se establecen las condiciones para la apertura al público de determinados comercios y servicios, y la apertura de archivos, así como para la práctica del deporte profesional y federado, conforme señala su propio preámbulo, se adoptaron diferentes medidas destinadas a flexibilizar determinadas restricciones establecidas tras la declaración del estado de alarma en materia de comercio minorista, hostelería y restauración, práctica del deporte profesional y federado y archivos. En concreto, en lo que respecta a las actividades de hostelería y restauración, el artículo 5 estableció que:

"1. Las actividades de hostelería y restauración podrán realizarse mediante servicios de entrega a domicilio y mediante la recogida de pedidos por los clientes en los establecimientos correspondientes, quedando prohibido el consumo en el interior de los establecimientos.

2. En los servicios de entrega a domicilio podrá establecerse un sistema de reparto preferente para personas mayores de 65 años, personas dependientes u otros colectivos más vulnerables a la infección por COVID-19.

3. En los servicios de recogida en el establecimiento, el cliente deberá realizar el pedido por teléfono o en línea y el establecimiento fijará un horario de recogida del mismo, evitando aglomeraciones en las inmediaciones del establecimiento.

Asimismo, el establecimiento deberá contar con un espacio habilitado y señalizado para la recogida de los pedidos donde se realizará el intercambio y pago. En todo caso, deberá garantizarse la debida separación física establecida en este capítulo o, cuando esto no sea posible, con la instalación de mostradores o mamparas.

4. No obstante lo previsto en el apartado anterior, en aquellos establecimientos que dispongan de puntos de solicitud y recogida de pedidos para vehículos, el cliente podrá realizar los pedidos desde su vehículo en el propio establecimiento y proceder a su posterior recogida.

5. Los establecimientos solo podrán permanecer abiertos al público durante el horario de recogida de pedidos."

A continuación, la Orden SND/399/2020, de 9 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional, establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 1 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad, estableció, en su artículo 15, que:

1. Podrá procederse a la reapertura al público de las terrazas al aire libre de los establecimientos de hostelería y restauración limitándose al cincuenta por ciento de las mesas permitidas en el año inmediatamente anterior en base a la correspondiente licencia municipal. En el caso que la licencia sea concedida por primera vez, deberán limitarse al cincuenta por ciento las mesas permitidas para este año. En todo caso, deberá asegurarse que se mantiene la debida distancia física de al menos dos metros entre las mesas o, en su caso, agrupaciones de mesas.

2. En el caso de que el establecimiento de hostelería y restauración obtuviera el permiso del Ayuntamiento para incrementar la superficie destinada a la terraza al aire libre, se podrán incrementar el número de mesas previsto en el apartado anterior, respetando, en todo caso, la proporción del cincuenta por ciento entre mesas y superficie disponible y llevando a cabo un incremento proporcional del espacio peatonal en el mismo tramo de la vía pública en el que se ubique la terraza.

3. La ocupación máxima será de diez personas por mesa o agrupación de mesas. La mesa o agrupación de mesas que se utilicen para este fin, deberán ser acordes al número de personas, permitiendo que se respeten la distancia mínima de seguridad interpersonal.

Además, el artículo 44 de la citada Orden, en lo que respecta a la apertura de hoteles y alojamientos turísticos, señaló lo siguiente:

"1. Podrá procederse a la reapertura al público de los hoteles y alojamientos turísticos que hubieran suspendido su apertura al público en virtud de la Orden SND/257/2020, de 19 de marzo, por la que se declara la suspensión de apertura al público establecimientos de alojamiento turístico de acuerdo con el artículo 10.6 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, con las limitaciones y condiciones establecidas en los apartados siguientes.

2. A los servicios de restauración y cafeterías de los hoteles y alojamientos turísticos se les aplicará con carácter general lo establecido en el capítulo IV. No obstante, exclusivamente para los clientes hospedados, se prestará servicio de restauración y cualquier otro servicio que resulte necesario para la correcta prestación del servicio de alojamiento. Estos servicios no se prestarán en las zonas comunes del hotel o alojamiento turístico, que permanecerán cerradas. La prestación de estos servicios tendrá que observar las medidas e instrucciones sanitarias de protección y de distancia de seguridad interpersonal.



3. No estará permitida la utilización de piscinas, spas, gimnasios, miniclubs, zonas infantiles, discotecas, salones de eventos y de todos aquellos espacios análogos que no sean imprescindibles para el uso de hospedaje del hotel o del alojamiento turístico.
4. El uso de los aseos por los clientes se ajustará a lo dispuesto en el artículo 6.5.
5. Aquellas zonas que no estén en uso deberá contar con una clara identificación de acceso restringido o clausuradas totalmente.
6. Lo previsto en esta orden se entenderá sin perjuicio de lo establecido en la Orden TMA/277/2020, de 23 de marzo, por la que se declaran servicios esenciales a determinados alojamientos turísticos y se adoptan disposiciones complementarias."

La Orden SND/414/2020, de 16 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 2 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad, estableció en su artículo 18 que:

- "1. Podrá procederse a la reapertura al público de los establecimientos de hostelería y restauración para consumo en el local, salvo los locales de discotecas y bares de ocio nocturno, siempre que no se supere un cuarenta por ciento de su aforo y se cumplan las condiciones previstas en los apartados siguientes.
2. El consumo dentro del local únicamente podrá realizarse sentado en mesa, o agrupaciones de mesa, y preferentemente mediante reserva previa. En ningún caso se admitirá el autoservicio en barra por parte del cliente. Asimismo, estará permitido el encargo en el propio establecimiento de comida y bebida para llevar.
3. Se podrá ofrecer productos de libre servicio, ya sean frescos o elaborados con anticipación, para libre disposición de los clientes siempre que sea asistido con pantalla de protección, a través de emplatados individuales y/o monodosis debidamente preservadas del contacto con el ambiente.
4. La prestación del servicio en las terrazas al aire libre de los establecimientos de hostelería y restauración se realizará conforme a lo previsto en la Orden SND/399/2020, de 9 de mayo.
5. Deberá asegurarse el mantenimiento de la debida distancia física de dos metros entre las mesas o, en su caso, agrupaciones de mesas. La mesa o agrupación de mesas que se utilicen para este fin, deberán ser acordes al número de personas, permitiendo que se respeten la distancia mínima de seguridad interpersonal."

Y su artículo 22, en lo relativo a la reapertura de zonas comunes de hoteles y alojamientos turísticos, añadió que:

- "1. Podrá procederse a la reapertura al público de las zonas comunes de los hoteles y alojamientos turísticos que hubieran suspendido su apertura al público en virtud de la Orden SND/257/2020, de 19 de marzo, por la que se declara la suspensión de apertura al público establecimientos de alojamiento turístico, siempre que no se supere un tercio de su aforo.
2. A los servicios de hostelería y restauración de los hoteles y alojamientos turísticos se les aplicará lo establecido en el capítulo IV.
3. Lo previsto en esta orden se entenderá sin perjuicio de lo establecido en la Orden TMA/277/2020, de 23 de marzo, por la que se declaran servicios esenciales a determinados alojamientos turísticos y se adoptan disposiciones complementarias."

Por su parte, la Orden SND/458/2020, de 30 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 3 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad, estableció en su artículo 18, que:

- "1. Podrá procederse a la apertura al público de los establecimientos de hostelería y restauración para consumo en el local, salvo los locales de discoteca y bares de ocio nocturno, siempre que no se supere el cincuenta por ciento de su aforo y se cumplan las condiciones previstas en este capítulo.
2. El consumo dentro del local podrá realizarse sentado en mesa, o agrupaciones de mesas, preferentemente mediante reserva previa. Deberá asegurarse el mantenimiento de la debida distancia física de dos metros entre las mesas o, en su caso, agrupaciones de mesas. La mesa o agrupación de mesas que se utilicen para este fin, deberán ser acordes al número de personas, permitiendo que se respeten la distancia mínima de seguridad interpersonal.
3. Estará permitido el consumo en barra siempre que se garantice una separación mínima de dos metros entre clientes o, en su caso, grupos de clientes.



4. Podrá procederse a la apertura al público de las terrazas al aire libre de los establecimientos de hostelería y restauración limitándose el aforo al setenta y cinco por ciento de las mesas permitidas en el año inmediatamente anterior en base a la correspondiente licencia municipal. En el caso que la licencia sea concedida por primera vez, deberá limitarse el aforo al setenta y cinco por ciento del que haya sido autorizado para este año.

A los efectos de la presente orden se considerarán terrazas al aire libre todo espacio no cubierto o todo espacio que, estando cubierto, esté rodeado lateralmente por un máximo de dos paredes, muros o paramentos.

En el caso de que el establecimiento de hostelería y restauración obtuviera el permiso del Ayuntamiento para incrementar la superficie destinada a la terraza al aire libre, se podrá incrementar el número de mesas previsto en el párrafo anterior, respetando, en todo caso, una proporción del setenta y cinco por ciento entre mesas y superficie disponible y llevando a cabo un incremento proporcional del espacio peatonal en el mismo tramo de la vía pública en el que se ubique la terraza.

En todo caso, deberá asegurarse que se mantiene la debida distancia física de al menos dos metros entre las mesas o, en su caso, agrupaciones de mesas. La ocupación máxima será de veinte personas por mesa o agrupación de mesas. La mesa o agrupación de mesas que se utilicen para este fin, deberán ser acordes al número de personas, permitiendo que se respeten la distancia mínima de seguridad interpersonal.

5. Las comunidades autónomas y las ciudades autónomas, en su respectivo ámbito territorial, podrán modificar el aforo previsto en el apartado 1, siempre que el mismo no sea inferior al cincuenta por ciento ni superior a los dos tercios del aforo máximo.

Asimismo, podrán modificar el porcentaje previsto en el apartado 4, siempre que el mismo no sea inferior al cincuenta por ciento ni superior al setenta y cinco por ciento."

Y añadía el artículo 20 que:

"1. Podrá procederse a la reapertura al público de las zonas comunes de los hoteles y alojamientos turísticos que hubieran suspendido su apertura al público en virtud de la Orden SND/257/2020, de 19 de marzo, por la que se declara la suspensión de apertura al público establecimientos de alojamiento turístico, siempre que no se supere el cincuenta por ciento de su aforo.

2. A los servicios de hostelería y restauración de los hoteles y alojamientos turísticos se les aplicará lo establecido en el capítulo IV.

3. Lo previsto en esta orden se entenderá sin perjuicio de lo establecido en la Orden TMA/277/2020, de 23 de marzo, por la que se declaran servicios esenciales a determinados alojamientos turísticos y se adoptan disposiciones complementarias."

Por su parte, la Orden SND/507/2020, 6 de junio, por la que se modifican diversas órdenes con el fin de flexibilizar determinadas restricciones de ámbito nacional y establecer las unidades territoriales que progresan a las fases 2 y 3 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad, modificó el apartado 1 y añadió un apartado 6 al artículo 18 de la anterior Orden SND/458/2020 en el sentido de disponer literalmente que:

"1. Podrá procederse a la apertura al público de los establecimientos de hostelería y restauración para consumo en el local siempre que no se supere el cincuenta por ciento de su aforo y se cumplan las condiciones previstas en este capítulo."

"..."

"6. Podrá procederse a la reapertura al público de locales de discotecas y bares de ocio nocturno siempre que no se supere un tercio de su aforo y se cumplan las condiciones previstas en este capítulo. En todo caso, podrá procederse a la apertura al público de las terrazas al aire libre de estos establecimientos en las mismas condiciones y con los mismos requisitos previstos en los apartados 4 y 5.

Cuando existiera en el local un espacio destinado a pista de baile o similar, el mismo podrá ser utilizado para instalar mesas o agrupaciones de mesas, no pudiendo dedicarse dicho espacio a su uso habitual."

Finalmente, el Real Decreto Ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 estableció en su artículo 1 que:

"El presente real decreto-ley tiene por objeto establecer las medidas urgentes de prevención, contención y coordinación necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, así como prevenir posibles rebrotes, con vistas a la superación de la fase III del Plan para la Transición hacia una Nueva Normalidad por parte de algunas provincias, islas y unidades territoriales y, eventualmente, la expiración de la vigencia del estado de alarma declarado por el 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, y sus prórrogas."

Más en concreto, su artículo 12, en el ámbito de los hoteles y alojamientos turísticos, estableció que:

"Las administraciones competentes deberán asegurar el cumplimiento por los titulares de hoteles y alojamientos similares, alojamientos turísticos, residencias universitarias y similares, y otros alojamientos de corta estancia, campings, aparcamientos de caravanas y otros establecimientos similares, de las normas de aforo, desinfección, prevención y acondicionamiento que aquellas determinen.

En particular, se asegurará que en las zonas comunes de dichos establecimientos se adoptan las medidas organizativas oportunas para evitar aglomeraciones y garantizar que clientes y trabajadores mantengan una distancia de seguridad interpersonal mínima de 1,5 metros. Cuando no sea posible mantener dicha distancia de seguridad, se observarán las medidas de higiene adecuadas para prevenir los riesgos de contagio."

Y el artículo 13, en materia de actividades de hostelería y restauración, dispuso que:

"Las administraciones competentes deberán asegurar el cumplimiento por los titulares de bares, restaurantes y demás establecimientos de hostelería y restauración de las normas de aforo, desinfección, prevención y acondicionamiento que se determinen

En cualquier caso, deberá asegurarse la adopción de las medidas organizativas que resulten necesarias para evitar aglomeraciones tanto dentro del establecimiento como en los espacios de terrazas autorizados y garantizar que clientes y trabajadores mantengan una distancia de seguridad de, al menos, 1,5 metros. Cuando no sea posible mantener dicha distancia de seguridad, se observarán las medidas de higiene adecuadas para prevenir los riesgos de contagio."

QUINTO.- Planteamiento principal del recurso: Responsabilidad patrimonial derivada del impacto de la normativa COVID-19 en las actividades económicas del recurrente.

Posición de la parte actora.

En la demanda se afirma que la responsabilidad patrimonial se funda en el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y deriva de la declaración del estado de alarma, realizada mediante Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, así como de sus sucesivas prórrogas, en la medida en que en dicho Real Decreto se ordena en su artículo 10 el cierre de los establecimientos comerciales, resultando afectado el Hotel Alhambra Palace del que la empresa recurrente es titular.

La actora califica lo acontecido como un funcionamiento anormal del servicio público de alertas y emergencias sanitarias, sin que exista fuerza mayor que excuse a la Administración de su obligación resarcitoria a los titulares de los establecimientos de hostelería, restauración y turismo que se vieron obligados a su cierre, al no encontrarnos ante un suceso imprevisto, insólito y con unos efectos inevitables que no estuviesen dentro del ámbito de decisión y/o capacidad de la Administración.

La cantidad reclamada asciende a cuatrocientos diecisiete mil trescientos dieciséis euros con setenta céntimos (417.316,70 euros), más el interés legal y moratorio correspondiente, desde el inicio del expediente administrativo de responsabilidad patrimonial hasta la fecha de notificación de la sentencia que la Sala dicte, calculando según el interés de demora vigente a la fecha del devengo, contabilizándose año por año conforme al tipo expresado en las leyes de Presupuestos Generales del Estado, con imposición de costas a la Administración demandada.

Construye temporalmente, su reclamación al periodo comprendido entre los días 14 de marzo a 21 de junio de 2020, en que el establecimiento cuya actividad comercial consiste en hostelería y restauración - Código 681.- Hospedaje de Hoteles y Moteles, en el Censo de Actividades Económicas - permaneció cerrado en aplicación de las medidas de contención en el ámbito de la actividad comercial, equipamientos culturales, establecimientos y actividades recreativas, actividades de hostelería y restauración, y otras adicionales, previstas en el artículo 10 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, así como las limitaciones y restricciones posteriores que sucedieron al cierre total decretado en el precepto más arriba citado tal como analizaremos a continuación con ocasión de exponer el marco normativo en que se inscribe su reclamación.

La acción de resarcimiento la fundamenta en primer lugar, en el artículo 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio. A su juicio, dicho precepto contiene un supuesto de responsabilidad patrimonial de configuración legal - que no deriva de los artículos 106.1 y 121 C.E.-. Esta particular responsabilidad patrimonial de configuración legal no es una excepción en nuestro sistema jurídico. A título de ejemplo cita los supuestos indemnizatorios de daños causados como consecuencia de la prisión provisional, seguida de absolución (artículo 294 LOPJ).



Manifiesta la existencia de otros preceptos que reconocen el carácter indemnizable de los sacrificios que se imponen a los particulares para salvaguarda del bien común: Artículo 3 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales; Artículo 32 del Decreto Legislativo 1/2006, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley por la que se regulan los Servicios de Prevención, Extinción de Incendios y Salvamentos de la Comunidad de Madrid y artículo 7.2 de la Ley Orgánica 9/2015, de 28 de julio, de Régimen de Personal de la Policía Nacional.

Añade que los perjuicios sufridos no pueden ser atribuidos a la pandemia, sino a la medida de cierre de establecimientos decretada que en sí misma, evidenciaría un funcionamiento anormal del servicio público de alertas y emergencias sanitarias que no acordó, pudiendo haberlo hecho, medidas de precaución desde el mes de enero de 2020.

En otro orden de consideraciones, mantiene que la fuerza mayor como eximite del cumplimiento de la obligación resarcitoria a cargo de la demandada, no concurrirá en el caso de autos. Explica que la pandemia no es calificable de suceso imprevisto, insólito e inevitable - artículo 1105 Código Civil- y ajeno al ámbito de decisión y/o capacidad de la Administración a quien reclama.

Insiste en que los daños y perjuicios sufridos derivan directa e inmediatamente, de las medidas sanitarias excepcionales impuestas en el Real Decreto 463/2020, más arriba citadas, la normativa que prorroga el estado de alarma y las restricciones y limitaciones asociadas a la puesta en marcha del Plan de Transición a una Nueva Normalidad.

La afectación directa e inmediata por el cierre acordado, lo fue a los derechos fundamentales de libertad de circulación ex artículo 17.1 C.E - limitación del transporte de viajeros imposibilitando recibir turistas, lo que revirtió en más y mayores perjuicios- y la libertad de empresa ex artículo 38 C.E., de que es titular.

Por otra parte considera que el artículo 10 del Real Decreto 463/2020, "adolece de una notoria falta de motivación y justificación suficiente."

En su escrito rector reprocha al Consejo de Ministros que el periodo anterior a la declaración del primer estado de alarma, es decir, desde la declaración por la OMS de emergencia de salud pública de importancia internacional de la enfermedad COVID-19, hasta ser elevada a la declaración de pandemia, incumplió sus obligaciones formales de prevención y alerta sanitaria. Y ello debido a que, desde el mes de enero de 2020 el Gobierno de España era conocedor de diversas alertas difundidas por distintos organismos internacionales, además de las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS) de 29 de enero; 16 y 24 de febrero de 2020 que, sin embargo, habrían sido desconocidas ya que -según la actora- aquel no desplegó medida alguna de prevención que sirviera para mitigar o atenuar la virulencia de los efectos de la crisis sanitaria en nuestro país.

Precisa que, la medida de cierre de los establecimientos comerciales a excepción de los declarados como esenciales, no resultó fundamentada en ninguna de las recomendaciones de la OMS. Por el contrario, las medidas aconsejadas relativas al uso de mascarillas, distanciamiento social, impedir hacinamientos, actos y eventos que supusieran aglomeraciones, todas ellas fueron incumplidas por el Gobierno de España.

Afirma, que otro tanto habría ocurrido con las recomendaciones del Centro Europeo para la prevención y control de enfermedades, que el 2 de marzo de 2020 señaló que Europa se encontraba en el escenario 2, por lo que especificó las siguientes: asegurar la rápida y completa comunicación a todos los ciudadanos para hacer a la ciudadanía consciente de la necesaria prevención de la pandemia y la interrupción de las cadenas de transmisión, así como la implementación de medidas de distanciamiento social; suspensión de reuniones a gran escala, cierre de escuelas o grandes centros de trabajo; decretar medidas de distanciamiento individual; promover medidas de autoaislamiento a personas de riesgo; evitar dar la mano; evitar besar; evitar los transportes en los que se prevea un gran movimiento de personas; evitar las concentraciones masivas; evitar el hacinamiento; cancelar o aplazar los grandes eventos; adopción de medidas de naturaleza sanitaria en relación a la protección de los profesionales de la salud y de los preparativos frente a la masiva afluencia de pacientes.

También considera que se han vulnerado principios jurídicos relevantes para el funcionamiento de la Administración Pública que convierten la actuación administrativa desplegada por la demandada en antijurídica. En concreto, se refiere a los siguientes que enumera el artículo 3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público: Principio de confianza legítima, principio de eficacia, principio de seguridad jurídica, principio de proporcionalidad, principio de motivación y principio de buena regulación.

En relación con la intervención de la fuerza mayor, recuerda que habiendo ejercitado su acción de resarcimiento al amparo de las previsiones del artículo 3. 2 LOAES para la estimación de sus pretensiones, sería indiferente el cumplimiento de los presupuestos y requisitos con que los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de



1 de octubre, configuran la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, de donde concluye la exclusión de la necesidad de ausencia de fuerza mayor.

Finaliza este apartado, negando que sobre ella recaiga la obligación de soportar los daños y perjuicios sufridos como efecto del cierre de su actividad. Explica que no constan normas que le puedan imponer legal o reglamentariamente aquel deber; además, no se trataría de una medida de alcance general para toda la población sino muy al contrario, específica para el sector de la hostelería, restauración y turismo que se habrían visto expuestos a un sacrificio especial, en pro del bien general de los ciudadanos.

En cuanto a la responsabilidad del Estado-Legislador sostiene que, aunque el RD 463/2020 no prevea expresamente la obligación de indemnizar a cargo de la Administración demandada, el artículo 3.2 de la LOAES justifica su reclamación y su derecho a obtener una indemnización ya que el acto legislativo del Consejo de Ministros, concretamente el art. 10, ha incidido negativamente en su actividad empresarial.

Completa lo anterior, asimilando el derecho al resarcimiento al régimen de expropiación forzosa, previsto en el artículo 121 C.E, respecto de derechos o intereses legítimos sobre el patrimonio. Afirma que las medidas adoptadas se configuran como expropiatorias de derechos, por el especial daño sacrificial padecido por los sectores de alojamiento, hostelería, restauración, turismo y viajes habiendo sido aquel sector de actividad el más afectado por las medidas de cierre, subsiguientes limitaciones de aforo y otras restricciones impuestas en el "Plan para la transición hacia una nueva normalidad", lo que inscribe la pretensión resarcitoria en la lógica expropiatoria, generando un derecho indemnizatorio o derecho a ser compensado por aquel especial sacrificio sufrido en aras del bien común.

Posición del Abogado del Estado.

En esencia, el Abogado del Estado rechaza que el artículo 3. 2 LOAES suponga un régimen singular de responsabilidad patrimonial específica y diversa de la que denomina general regulada en los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015 y correlativos de la Ley 39/2015, ambas de 1 de octubre.

Apoyarían tal conclusión el artículo 116.6 C.E., cuando dispone que la declaración de los estados de alarma, excepción y sitio no modificará el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes; que la remisión que contiene el artículo 3.2 LOAES, inciso final "a lo dispuesto en las leyes", llama a la aplicación del arriba calificado régimen general o a una normativa análoga -a día de hoy inexistente- a la que el artículo 32.7 de la Ley 40/2015 contiene en relación a la responsabilidad por el funcionamiento de la Administración de Justicia y que se ocuparía de la correlativa una vez declarado alguno de los estados de excepción que prevé la Ley Orgánica 4/1981.

Contrariamente a lo sostenido por la actora y dado que los perjuicios reclamados se imputan directamente, a las medidas sanitarias excepcionales y de índole temporal previstas en el artículo 10 del Real Decreto 465/2020 del que recuerda que tiene valor y rango de ley - STC 83/2016 y Auto de esta Sala de 10 de junio de 2020 (Rec. 111/2020), concluye que la cuestión controvertida se concretaría en un supuesto de responsabilidad del Estado Legislador.

No obstante y una vez estudiado el artículo 32, apartados 3; 4 y 5 de la Ley 40/2015 - debiendo concurrir asimismo los requisitos previstos en los apartados 1 y 2 - afirma que debe ser excluida la existencia de responsabilidad alguna a cargo del estado legislador y no solo por ausencia de constitucionalidad -recuerda que solo han sido ciertos artículos y apartados del art. 10 del Real Decreto 463/2020, los que han sido declarados inconstitucionales por la STC 148/2021 y no el texto legal en sí mismo considerado- sino porque no concurre alguno de los restantes supuestos de hecho previstos en el texto legal arriba mencionado que permita apreciar aquella modalidad de responsabilidad pública.

En otro orden de consideraciones, centrándose ahora en los requisitos previstos en los apartados 1 y 2 del artículo 32 de la Ley 40/2015 configuradores de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, se remite a la STC 148/2021, de 14 de julio para afirmar que respecto de los daños reclamados -de ser acreditados por medio de prueba válida en Derecho- el accionante tiene el deber jurídico de soportarlos, tal como se razona en aquella.

Advierte que el citado pronunciamiento, sobre la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de las medidas controvertidas, vincula a esta Sala en punto a resolver el presente recurso. Cita a tal efecto, el artículo 38 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, el Tribunal Constitucional y el artículo 5 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial.

Aporta un doble orden de argumentos complementarios al anterior, para afirmar que el daño no es antijurídico -tal como pretende la actora- porque existía el deber jurídico de soportarlo.



Para empezar, alude a que las medidas controvertidas responden a los cánones constitucionales de proporcionalidad, necesidad e idoneidad, atendido el estado de conocimiento de la ciencia y el contexto definido por los estudios de evolución epidemiológica, de donde deduce que la actuación administrativa impugnada, puede considerarse razonable conforme a los estándares exigibles.

En segundo término, recuerda que el derecho a ser resarcido tan solo es factible cuando así se prevea expresamente en aquel texto legal o bien, cuando, atendida la casuística, no se contemple una indemnización asociada a un daño antijurídico. Cita las siguientes sentencias de esta Sala dictadas dentro del ámbito de la responsabilidad sanitaria, de 10 de noviembre de 2009 (RCA 349/2008) y de 28 de enero de 2021 (RCA 5467/2019). Para el supuesto concreto del Estado Legislador, trae a colación la sentencia de fecha 17 de octubre de 2019 (Rec. 426/2018).

Para finalizar, destaca que la tesis sostenida por la actora es contraria a la regla general, cuando los perjuicios reclamados se imputan a la aplicación de una disposición general, supuesto en que el derecho a ser resarcido existe cuando así se prevea expresamente en esta última -se remite al artículo 32.3 Ley 40/2015- o cuando, en el caso concreto, se acredite la inexistencia del deber jurídico de soportar el daño y que la propia disposición general aplicada debió prever esa compensación y no en sentido inverso, esto es, haciendo necesaria la prueba de que en el caso concreto, sí existía el deber jurídico de soportar el daño.

A continuación, ofrece a la Sala la interpretación correcta que ha de hacerse a la remisión que la STC148/202 hace al artículo 3.Dos LOAES, en el apartado c), inciso final del Fundamento de Derecho Undécimo, según la cual y contando que aquella proclama la constitucionalidad de las medidas discutidas y por ende, el deber jurídico de soportar los daños derivados de su aplicación, la referencia lo es para el supuesto de que existiese alguna aplicación singularizada que exceda de la aplicación general de estas medidas sanitarias de carácter excepcional sancionadas por el Tribunal Constitucional como necesarias, idóneas y proporcionadas. Y no dándose el supuesto en el caso de autos, aboga por la plena aplicación de la exclusión de responsabilidad patrimonial decretada en aquella sentencia.

Se ocupa asimismo, de rebatir a la actora el empleo del título de imputación consistente en culpa por omisión de las medidas previas y anticipadas a la elevación por la OMS del estado de emergencia de salud pública de importancia internacional a pandemia internacional, acudiendo al contenido del Informe elaborado por la Dirección General de Salud Pública sobre las reclamaciones de responsabilidad patrimonial presentadas ante al Ministerio de Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática, en solicitud de indemnización por cierre de establecimientos/actividad comercial, que llegó a la siguientes conclusiones:

- No medió retraso en la adopción de medidas. Es falso que, desde finales de enero de 2020, se impusiera la adopción de medidas propias de un estado de alarma.
- Las medidas excepcionales adoptadas con el Real Decreto 463/2020, fueron imprescindibles para hacer frente a la situación.

El aludido Informe ilustra sobre la bondad de la actuación del Gobierno de España durante el estado de alarma y su eficacia.

Completa la exposición, trayendo aquí el ATC 40/2020, de 30 de abril, en el que dicho órgano inadmitió a trámite el recurso de amparo 2056/2020 promovido por la Central Unitaria de Trabajadores/as (CUT) en el proceso contencioso-administrativo sobre el ejercicio del derecho de manifestación en relación precisamente, con las medidas adoptadas en el Real Decreto que declara el estado de alarma en España.

Al hilo de lo expuesto, se refiere a la teoría de la prohibición del regreso lógico desde acontecimientos futuros (sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fechas 14 y 15 de febrero de 2006; 7 de mayo de 2007 y 10 de junio de 2008 y Sala Tercera en sentencia de fecha 14 de noviembre de 2001 (RCA 8397/1997) - contagios de Hepatitis C - y sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León 225/2016, de 19 de febrero y sentencia 456/2016, de 6 de junio dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

Siguiendo con el estudio de los requisitos configuradores de la responsabilidad patrimonial, afirma la inexistencia de nexo causal. De lo contrario -postulado por la mercantil actora- se convertiría a la Administración Pública en garante universal en todo caso, en una situación de fuerza mayor, del perjuicio personal o patrimonial de los afectados, lo que, además, haría irrelevante las medidas adoptadas o no, para atender a la situación de emergencia.

Completa lo así manifestando, asegurando que el Gobierno de España nunca confirmó que las medidas para combatir la crisis sanitaria, no produjeran ninguna afectación al ramo de hostelería, restauración y turismo; y ello, atendiendo a que, de no haberse adoptado las medidas aquí discutidas, aquellas actividades comerciales habrían visto agravadas las consecuencias negativas que de por sí, asoció la pandemia.



Negado el nexo causal, el mismo destino postula para el requisito de daño singular e individualizado. Manifiesta que en ningún caso, se produjo el daño sacrificial alegado por la recurrente para los sectores de alojamiento, hostelería, restauración, turismo y viajes, erigiéndose como el más afectado por las medidas controvertidas, que afectaron a la totalidad de la ciudadanía y a todos los sectores de actividad económica del país, tal como habría reconocido la STC 148/2021, cuando razona " (...) habiendo afectado la suspensión a la generalidad de la población, no resulta justificado que puedan atenderse pretensiones singulares de revisión fundadas exclusivamente en la constitucionalidad apreciada, cuando no concurren otros motivos de antijuridicidad. Entenderlo de otro modo pugnaría no solo con el principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) sino también con el de igualdad (art. 14 CE)."'

Añade -con alusión al Informe de la Dirección General de Salud Pública- que si bien las medidas acordadas inicialmente supusieron una restricción especial, fueron moduladas gradualmente según los índices epidemiológicos, lo que se plasmaría en el Plan de Transición hacia una nueva normalidad, aprobado por el Consejo de Ministros el 28 de abril de 2020, que a su vez, responde a un planteamiento diseñado en la Hoja de Ruta Europea para el levantamiento de las medidas de contención de la enfermedad COVID-19, aprobada en la reunión de 26 de marzo de 2020 por los miembros del Consejo Europeo.

Como argumento complementario, alude a que el distanciamiento social se reveló como la medida más eficaz cuando el nivel de circulación del virus es muy alto y media un exceso de hospitalización que requiere adoptar medidas más enérgicas basadas en minimizar en lo posible la interacción social.

Las razones expuestas pese a la alegación de la actora, despejan la denuncia de agravio comparativo con otros sectores de la actividad económica, citando la sentencia número 807/2022, de 7 de marzo de 2022 (Rec. 3729/2020), dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que aborda esta concreta censura a la actuación de su representada.

Tras hacer determinadas valoraciones sobre las cantidades reclamadas y el fundamento de las mismas, termina interesando la desestimación del recurso.

A la vista de las alegaciones de las partes y como presupuestos del enjuiciamiento para resolver la cuestión litigiosa, debemos tener en cuenta la utilización de diversos títulos de imputación de la responsabilidad patrimonial y otras alegaciones complementarias.

Por un lado, la responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador, con la particularidad derivada del artículo 3.2 de la LOAES y que deriva de la normativa dictada para hacer frente a la pandemia, el particular la declaración del estado de alarma mediante Real Decreto. Unida a esta cuestión, la existencia de un sacrificio especial del sector empresarial al que pertenece el recurrente, establecido en la normativa COVID, que sería antijurídico por contrario al principio de igualdad a la hora del reparto de las cargas públicas.

Por otro, la que deriva del funcionamiento anormal de los servicios públicos, residenciada en la forma en que fue abordada la pandemia por los poderes públicos, en particular por el Gobierno de la Nación, al que se le imputa retraso en la adopción de medidas de prevención y alerta sanitaria, con anterioridad a la declaración del primer estado de alarma decretado por el Real Decreto 463/2020.

Alternativamente a la responsabilidad patrimonial, se plantea el resarcimiento de los perjuicios pretendidos con sujeción al régimen jurídico sobre expropiación forzosa cuando no media el abono del correspondiente justiprecio.

También se invoca la fuerza mayor como condicionante de la causalidad de los daños y perjuicios alegados.

Abordaremos todas estas cuestiones en los siguientes fundamentos.

SEXTO.- La responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador. Las STC 148/2021 y 183/2021 .

El principio de responsabilidad patrimonial del Estado tiene su anclaje último en el principio general de responsabilidad de los poderes públicos (artículo 9.3 CE) y en la propia cláusula constitucional de Estado de Derecho (artículo 1.1 CE), concretándose a nivel constitucional en los arts. 106.2 y 121, si bien su desarrollo queda deferido a la ley.

En cuanto a la responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador, deriva del principio de responsabilidad de los poderes públicos (artículo 9.3) pero a diferencia de la de las Administraciones Pùblicas o del Poder Judicial no está expresamente constitucionalizada hasta el punto de que el legislador puede excluir la indemnización de los daños por él mismo generados sin que por ello resulte infringido el artículo 106.2 CE, en cuanto que dicha norma resulta aplicable únicamente a la actividad administrativa, no a la legislativa. Así lo vienen reconociendo numerosas sentencias del Tribunal Constitucional (STC 129/1987, 70/1988, 67/1990 o 112/2018, entre otras muchas). Ello significa que el texto constitucional permite al legislador ejercer una opción entre los varios



sistemas posibles, sin perjuicio de las exigencias del Derecho de la Unión Europea en el caso de normas nacionales que vulneran alguna normativa europea, como vimos recientemente en nuestra sentencia núm. 292/2023, de 8 de marzo.

Antes de avanzar en las alegaciones de las partes, es necesario hacer una precisión. Los daños patrimoniales sufridos por la parte actora se imputan principalmente a las normas que impusieron un conjunto de restricciones y medidas de contención relativas a actividades determinadas, tanto del sector público como del sector privado, entre ellas las desarrolladas por la empresa de la que es titular la recurrente. Esta imputación nos conduce a una responsabilidad patrimonial de Estado-Legislador, a cuyo examen dedicamos el presente fundamento. Pero también se imputa en la demanda a la Administración su omisión o demora en la respuesta a la pandemia, lo que supone un título de imputación diferente al anterior, en este caso de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de los servicios públicos. Nos referiremos a ello al final de esta sentencia.

Hemos recogido en fundamentos anteriores de forma detallada la muy amplia normativa aprobada para hacer frente a la pandemia COVID-19 y hemos concretado en particular la relativa a la del sector de actividad al que se dedica la parte recurrente.

Como estas medidas de contención y restricciones se recogían en lo esencial en los Reales Decretos que declaraban el estado de alarma y se aplicaron a sus destinatarios sin necesidad del dictado de actos administrativos de ejecución de su contenido, hay que entender que el daño que se afirma haber sufrido se imputa principal y directamente a una disposición general y no a actos de la Administración.

Planteado así el recurso podemos afirmar que la responsabilidad patrimonial que se reclama principalmente es del Estado-Legislador, pues los Reales Decretos de declaración de estado de alarma 463/2020 y 926/2020, y sus correspondientes prórrogas, ostentan la naturaleza jurídica de disposiciones con valor de ley.

Sobre la naturaleza de estos Reales Decretos ya se pronunció nuestra Sala en el auto de 10 de junio de 2020, dictado por la Sección Cuarta, a tenor del cual

"La declaración de estado de alarma del artículo 116.2 CE, tiene la forma de un decreto acordado en Consejo de Ministros, pero no es ejercicio de la potestad reglamentaria para la ejecución de las leyes [artículo 5 h) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno] sino un acto de relación entre el Gobierno y las Cortes Generales del Título V de la Constitución -en el que tiene su sede el artículo 116.2 de la misma- que por su naturaleza se dirige para su control inmediato por el Congreso de los Diputados -"reunido inmediatamente al efecto", como expresa el artículo 116.2 CE -. Por eso los decretos en cuestión, pese a su forma de real decreto acordado en consejo de ministros, se diferencian de las actuaciones administrativas que pueden ser controladas normalmente por este orden contencioso-administrativo, conforme a los artículos 1 y 2 de la LJCA, en cuanto resultan manifestación de una actuación del Gobierno en su condición de órgano constitucional, no de órgano superior de la Administración.

Así se declaró en los Autos de 10 de febrero de 2011, de 9 de marzo de 2011, en súplica, y de 9 de junio de 2011, en nulidad de actuaciones (Rec. 553/2010). También en el Auto de 30 de mayo de 2011 (Rec. 152/2011), en el Auto de la misma fecha de 30 de mayo de 2011, confirmado en reposición el 1 de junio de 2011 (Rec. 153/2011), ya citados, y, en fin, en el Auto de 5 de abril de 2011, confirmado el 8 de junio de 2011 y el 28 de noviembre de 2011 (Rec. 180/2011). La sentencia de la misma Sección Séptima de 17 de febrero de 2014 (Casación 666/2012) se ha referido a ellos y a su doctrina."

En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional 83/2016, de 23 de febrero FJ 10º, descartó que ese rango o valor de ley lo sea a los efectos meramente procesales, es decir, a los solos efectos de determinar el órgano competente para fiscalizar tales normas:

"La decisión gubernamental por la que se declara el estado de alarma no se limita a constatar el presupuesto de hecho habilitante de la declaración de dicho estado" [...] "La decisión gubernamental tiene además un carácter normativo, en cuanto establece el concreto estatuto jurídico del estado que se declara. En otras palabras, dispone la legalidad aplicable durante su vigencia, constituyendo también fuente de habilitación de disposiciones y actos administrativos. La decisión gubernamental viene así a integrar en cada caso, sumándose a la Constitución y a la Ley Orgánica 4/1981, el sistema de fuentes del derecho de excepción, al complementar el derecho de excepción de aplicación en el concreto estado declarado. Y esta legalidad excepcional que contiene la declaración gubernamental desplaza durante el estado de alarma la legalidad ordinaria en vigor, en la medida en que viene a excepcionar, modificar o condicionar durante ese periodo la aplicabilidad de determinadas normas, entre las que pueden resultar afectadas leyes, normas o disposiciones con rango de ley, cuya aplicación puede suspender o desplazar."



Más recientemente, el Tribunal Constitucional en su STC 183/2021, de 27 de octubre, se ha pronunciado en el mismo sentido.

Pues bien, como antes decíamos el sistema de responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador es de configuración legal al abstenerse la Constitución de establecer un régimen, por mínimo que fuere, relativo al mismo.

Es la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, la que establece en nuestro ordenamiento jurídico una regulación legislativa específica y más completa de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por leyes contrarias a normas o valores constitucionales.

Su art. 32, apartados 3 y 4, establece lo siguiente:

"3. Asimismo, los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos como consecuencia de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos que no tengan el deber jurídico de soportar cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen.

La responsabilidad del Estado legislador podrá surgir también en los siguientes supuestos, siempre que concurran los requisitos previstos en los apartados anteriores:

a) Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, siempre que concurran los requisitos del apartado 4.

b) Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5.

4. Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada."

Vemos así que para que nazca el deber de indemnizar, deben concurrir los requisitos generales de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: a) que la aplicación de la ley haya ocasionado una lesión que "el particular no tenga el deber jurídico de soportar"; y b) que el daño alegado sea "efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas".

Nuestra jurisprudencia se ha enfrentado en numerosas ocasiones a reclamaciones de responsabilidad patrimonial de Estado-Legislador, cuestión sobre la que tiene una consolidada doctrina. Por todas, podemos citar la sentencia núm. 1404/2020, de 27 de octubre de 2020, Rec. 454/2018, que analiza extensamente esta cuestión.

En esta sentencia recordábamos que, como en todo supuesto de responsabilidad, la base de la imputable al Estado legislador se centra en la producción de una lesión, en sentido técnico jurídico de daño a un particular que éste no tenga el deber de soportar y que ese daño esté vinculado a la actividad de un tercero mediante una relación de causa efecto. Ciertamente, el deber indemnizatorio que afecta a todos los poderes públicos de conformidad con lo establecido en el art. 9.3 de la Constitución fue de reconocimiento más complejo en el caso de la responsabilidad del Estado legislador. Ello se debió, no sólo a que la Constitución no hace ninguna referencia a la misma, sino también a la dificultad de compatibilizar los caracteres de imperatividad y generalidad consustanciales a la ley con las exigencias de que el daño, para ser indemnizable, sea concreto y no exista el deber de soportarlo.

No obstante, tal y como expone la citada Sentencia 1040/2020, de 27 de octubre, la Jurisprudencia de esta Sala fue reconociendo ya desde los años ochenta del pasado siglo la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, lo que llevó a la inclusión del principio de responsabilidad por los actos legislativos no expropiatorios en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Sin embargo, dada la redacción del precepto, que exige que sea la propia norma la que determine la obligación de indemnizar y los términos en que la misma debía reconocerse, no se articula un nuevo título para la indemnidad de los perjudicados, de modo que la cuestión de la responsabilidad del Poder Legislativo quedaba reducida a los casos de inconstitucionalidad de las leyes.

Pese a la ausencia de regulación legal, nuestra Jurisprudencia examinó, bajo la vigencia de la ley 30/1992, pretensiones amparadas en la responsabilidad del Estado legislador, vinculándolas a la declaración de inconstitucionalidad, plasmando en distintas sentencias la idea básica de que no existen supuestos de exclusión de la responsabilidad de los poderes públicos, doctrina que encuentra amparo en el propio Derecho de la Unión Europea.



A la vista de esa reiterada jurisprudencia, se acometió su regulación en la vigente Ley de Régimen Jurídico del Sector Público de 2015. Se contemplan dos supuestos de responsabilidad del Estado Legislador: uno, concebido en términos generales, en cuanto se genera sólo cuando se trate de actos legislativos no expropiatorios que comporten una lesión que no se tenga el deber jurídico de soportar y se establezca en la propia norma legal y, otro supuesto, más específico, de leyes declaradas inconstitucionales, en el que se establece una presunción *iuris et de iure* de que se ha ocasionado el daño, cuando concurren los dos requisitos establecidos en la norma: que hay existido una sentencia firme y se haya invocado en el correspondiente proceso la inconstitucionalidad luego declarada. De este modo, concluíamos en la reiterada sentencia 1404/2020, "solo la actuación, podríamos decir patológica, de la potestad legislativa que comporta la declaración de inconstitucionalidad, generaría la responsabilidad del Estado legislador (...)" . Por supuesto, siempre que se cumplan los requisitos del apartado 4 del artículo 32.

Los Reales Decretos de declaración de estado de alarma 463/2020 y 926/2020 no contemplan en ninguno de sus preceptos la previsión a que hace referencia el artículo 32.3 de la Ley 40/2015 para que pueda surgir un derecho a la indemnización por responsabilidad patrimonial de Estado-Legislador.

Sin perjuicio del análisis más detallado que haremos en el fundamento siguiente sobre la antijuridicidad del daño como presupuesto imprescindible para que surja la responsabilidad en relación con las cargas generales y el sacrificio especial, es lo cierto que de ambos Reales Decretos se deriva el deber de soportar las cargas en ellas impuestas con carácter general para preservar la salud pública de los ciudadanos, sin que se genere un derecho de reparación de los posibles daños sufridos. Este es un principio general que aparece ya recogido en el artículo 54.3 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, que expresamente excluye la indemnización por parte de la Administración respecto de los gastos causados por las medidas adoptadas para preservar la salud pública.

STC 148/2021, de 14 de julio .

Se impugnaron en el proceso constitucional dos bloques normativos diferenciados. Por un lado, determinados preceptos del Real Decreto (artículo 7, relativo a las medidas de la libertad de circulación de las personas; artículo 9, de medidas de contención en el ámbito educativo; artículo 10, de medidas de contención en la actividad comercial, equipamientos culturales, establecimientos recreativos y actividades de hostelería y restauración; y el artículo 11, de medidas de contención en los lugares de culto y ceremonias civiles y religiosas. Por otra parte, se impugnaron los Reales Decretos 464 /2020, de 27 de marzo; 487/2020, de 10 de abril, y 492/2020, de 24 de abril, por los que se prorrogaba el estado de alarma.

La sentencia, para el juicio de proporcionalidad que debía realizar en relación con las restricciones impuestas a los distintos derechos constitucionales afectados, acogió los parámetros ordinarios, centrados en la articulación de tres pasos: idoneidad de la medida para la consecución de la finalidad legítima que se pretende, necesidad, por no existir otra menos incisiva en el derecho fundamental con eficacia pareja, y razonabilidad, por derivarse de ella más beneficios para el interés general que perjuicios sobre el derecho en cada caso comprometido.

En relación con las medidas de contención en el ámbito de la actividad comercial, equipamientos culturales, establecimientos y actividades recreativas, actividades de hostelería y restauración, y otras adicionales, la sentencia afirma que dichas medidas no vulneran lo establecido en los artículos 35.1 y 38 CE (derecho a la elección de profesión u oficio y libertad de empresa). En relación con esta última, las restricciones de la actividad no limitan o restringen, en general la libertad de comercio, sino que determina el cierre o clausura temporal de unos establecimientos que quedarán individualizados por las condiciones y el riesgo de contagio a los que el precepto se refiere sin que pueda calificarse de ejercicio de libertad constitucional de empresa aquella conducta que depare, por su anómalo desenvolvimiento, daños o riesgos para terceros.

En cuanto a las reglas que suspenden la apertura al público tanto de locales y establecimientos comerciales como de determinados equipamientos culturales o destinados a actividades recreativas así como las que suspenden las actividades de hostelería y restauración se reconoce en la sentencia que "constriñen intensísimamente, con carácter temporal, el libre mantenimiento de la actividad empresarial en esos sectores, pero el estado de alarma puede justificar excepciones o modificaciones pro tempore en la aplicabilidad de las normas, siempre que se orienten a la protección de otros bienes de relevancia constitucional."

Además, se tiene en cuenta en la sentencia que la medida de suspensión está prevista en el artículo 12.1 LOAES y, por remisión en los artículos, 26.1 de la Ley General de Sanidad y 54.1.c) y d) de la Ley 33/2011, General de Salud Pública en los casos de que concurren" riesgo inminente y extraordinario para la salud", en la primera de estas disposiciones y "motivos de extraordinaria gravedad o urgencia", en la segunda.



Como quiera que la sentencia declara la inconstitucionalidad de algunos de los preceptos del Real Decreto, el Tribunal Constitucional considera necesarios hacer algunos pronunciamientos generales de especial interés para nuestro asunto litigioso.

En primer lugar, que las medidas adoptadas son necesarias, idóneas y proporcionales a la situación, habiendo afectado a la generalidad de la población, por lo que no resulta justificado que puedan atenderse pretensiones singulares de revisión fundadas exclusivamente en la inconstitucionalidad apreciada, cuando no concurren otros motivos de antijuridicidad, sin que puedan revisarse procesos conclusos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada ni situaciones decididas mediante actuaciones administrativas firmes ni las demás situaciones jurídicas generadas por la aplicación de los preceptos anulados, aunque sí los procesos o procedimientos sancionadores (artículo 40.1 LOTC).

En segundo lugar, que la inconstitucionalidad apreciada en la sentencia no será por sí misma título (así se afirma expresamente) para fundar reclamaciones de responsabilidad patrimonial en las Administraciones Públicas sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3.2 de la LO 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

En definitiva, de la declaración de inconstitucionalidad parcial de este Real Decreto no nace en el presente caso un derecho al resarcimiento por responsabilidad patrimonial fundado en dicha declaración.

La STC 183/2021, de 27 de octubre de 2021 .

Esta sentencia declara la inconstitucionalidad de parte del Real Decreto 926/2020, en relación a la competencia de lo que la norma denomina "autoridades competentes delegadas" del Acuerdo del Pleno del Congreso de autorización de la prórroga del estado de alarma; en concordancia con la declaración de inconstitucionalidad, de parte del Real Decreto 926/2020, también declara inconstitucional el Real Decreto 956/2020.

Esta sentencia utiliza la doctrina del Tribunal contenida en la STC 148/2021, en relación al tema de suspensión o limitación de derechos.

En definitiva y para lo que aquí interesa, en ambas sentencias se declara que las medidas restrictivas que tuvo que soportar la parte actora y de las que deduce los daños patrimoniales sufridos fueron constitucionales y proporcionadas a la situación existente.

No obstante, la parte sostiene, pese a estos pronunciamientos, que su sector de actividad (restauración/hostelería) fue sometido a un sacrificio especial en relación con otros sectores, contrario al principio de igualdad en el sometimiento a las cargas públicas lo que determina su antijuridicidad. Abordamos esta cuestión en el siguiente fundamento.

SÉPTIMO.- La cuestión de la antijuridicidad en la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador. Carga general o sacrificio especial.

Los artículos. 32.1 y 34.1 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público excluyen la posibilidad de indemnización cuando el particular tenga el deber jurídico de soportar el daño de acuerdo con la ley.

Con carácter general, cuando se trata de normas jurídicas con rango de ley, todos los ciudadanos a los que van dirigidas están obligados a someterse a sus dictados y soportar las cargas inherentes a su cumplimiento atendida la imperatividad y generalidad que es consustancial a ellas, de manera que existe el deber jurídico de soportar las consecuencias negativas de su aplicación.

Precisamente por imponer cargas de obligado cumplimiento en ejercicio del poder legislativo del Estado, la antijuridicidad en la responsabilidad patrimonial de Estado-Legislador no surge lógicamente por la promulgación de la ley, tan siquiera por su aplicación, requiera o no actividad intermedia administrativa. La antijuridicidad surgirá en el caso de declaración de inconstitucionalidad, porque esa declaración produce la anulación de la ley y su no producción de efectos. Si su aplicación ha producido daños, esos daños serán antijurídicos por carecer ya de la cobertura que les proporcionaba la ley, han perdido la garantía propia de la juridicidad.

Las normas de excepción, al igual que el resto de las leyes, son imperativas y de aplicación general a sus destinatarios, imponiendo a todos ellos el deber de soportar las cargas que de ellas se derivan en aras del interés público que justifica su aprobación, de manera que, en principio, solo se puede generar la responsabilidad patrimonial a favor de los afectados por dicha normativa cuando el propio legislador así lo hubiera reconocido o cuando fuere declarada su inconstitucionalidad.

La misma consecuencia del deber de soportar tiene, para lo que aquí interesa, el ejercicio de las incisivas potestades que tiene reconocida la Administración Pública en defensa de la salud colectiva, pudiendo en el ejercicio de las mismas limitar derechos individuales. Baste recordar a estos efectos las medidas especiales y



cautelares que el artículo 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, autoriza a establecer a la Administración General del Estado y las de las Comunidades Autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla, en el ámbito de sus respectivas competencias, para asegurar el cumplimiento de la ley, y en el mismo sentido las contempladas en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública.

Pues bien, en relación con estas normas conviene traer otra vez a colación lo establecido en el último inciso del apartado 3 del artículo 54 de la Ley 33/2011, en el que se establece que los gastos derivados de la adopción de medidas cautelares contempladas en este artículo correrán a cargo de la persona o empresa responsable, y no de la Administración sanitaria que las adopta, sentando así el principio general de que existe la obligación de soportar las cargas económicas que pudieran resultar de la obligación de cumplir las medidas ordenadas por las autoridades públicas en aras de preservar la salud de los ciudadanos sin que de ello se derive el derecho a obtener un resarcimiento económico.

Las normas previstas en los Reales Decretos que declararon o prorrogaron el estado de alarma tuvieron un carácter excepcional y limitado en el tiempo al objeto de abordar una situación de emergencia sanitaria que comprometía gravemente la salud y vida de los ciudadanos. Esta situación justificó el desplazamiento de la legislación ordinaria y la restricción de derechos constitucionales, aplicándose las medidas extraordinarias que se consideraron necesarias para actuar contra la pandemia.

Es cierto que tales medidas no estaban predeterminadas en el ordenamiento jurídico, pero tal predeterminación no es exigible cuando se trata del Derecho de Excepción porque es imposible fijar previamente la ruta de una situación extraordinaria y anómala, como lo es también pre establecer los medios que han de utilizarse para combatirla, aunque si les es exigible que sean proporcionales y adecuadas a los hechos que deben afrontar.

El Tribunal Constitucional, en la STC 148/2021, al juzgar las medidas adoptadas y la restricción de los derechos constitucionales que se derivaban de ellas, las consideró adecuadas al propósito de preservar la salud y vida de las personas "... dado que las medidas de distanciamiento físico entre personas se presentaban como imperiosas para limitar el contagio y evitar la propagación comunitaria del virus..." y que, "...atendidas las circunstancias en que se adoptó, esta decisión tampoco puede ser considerada como desproporcionada, excesiva o no indispensable. No existía certeza sobre la suficiente eficacia que pudieran tener medidas menos incisivas sobre el derecho fundamental, ni cabe olvidar la relativa escasez de recursos efectivos para hacer frente a la expansión inicial de la epidemia".

Además, la normativa de excepción para afrontar la pandemia está plenamente justificada pues, como señaló el Tribunal Constitucional en la STC 148/2021, las medidas adoptadas se orientaron "...a la preservación, defensa y restauración de la salud y, en última instancia, de la vida, "derecho fundamental esencial y troncal, en cuanto es el supuesto ontológico" sin el cual los demás "no tendrían existencia posible"; bienes constitucionales en riesgo extremo para el conjunto de la ciudadanía y lesionados para un gran número de ciudadanos por la rápida y creciente expansión de la epidemia".

La doctrina constitucional citada tiene el importante antecedente que representa el Auto número 40/2020, de 30 de abril -aludido en un Fundamento anterior- que para inadmitir el recurso de amparo promovido contra la decisión judicial que confirma la gubernativa de denegar la celebración de una manifestación convocada en el marco temporal de una situación de pandemia global con gran número de afectados y de fallecidos en nuestro país, razona de modo extrapolable con carácter general que, "Ante esta incertidumbre tan acentuada y difícil de calibrar desde parámetros jurídicos que acostumbran a basarse en la seguridad jurídica que recoge el art. 9.3 de la Constitución, las medidas de distanciamiento social, confinamiento domiciliario y limitación extrema de los contactos y actividades grupales, son las únicas que se han adverado eficaces para limitar los efectos de una pandemia de dimensiones desconocidas hasta la fecha.", de modo que, "(...) la prohibición de celebrar la manifestación, que se deriva claramente de la resolución judicial impugnada, guarda una relación lógica y de necesidad evidente con la finalidad perseguida por esa misma interdicción: evitar la propagación de una enfermedad grave, cuyo contagio masivo puede llevar al colapso de los servicios públicos de asistencia sanitaria."

En definitiva y como conclusión extrapolable en este punto del debate procesal, la escalada exponencial de contagios - hecho notorio indiscutible - comporta necesariamente, la limitación del ejercicio del derecho fundamental de reunión y manifestación ex artículo 21 C.E., de modo que tal como conjectura el Tribunal Constitucional, "siendo positivo este juicio liminar sobre la proporcionalidad de las medidas, no puede acordarse la concurrencia de verosimilitud de la denunciada lesión del art. 21 CE".

En el ámbito de la salud colectiva la adopción de decisiones, en muchas ocasiones, debe basarse en la determinación cuantitativa del riesgo, de manera que la restricción de actividades potencialmente peligrosas se produce una vez que los estudios científicos contemplan una asociación presumiblemente causal entre dichas actividades y su impacto adverso sobre la salud. Ahora bien, en determinados supuestos, como



aconteció en los momentos iniciales de la pandemia derivada del COVID-19, no se cuenta, desde el punto de vista científico, con el componente de certeza de un modo indubitable.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 10 de abril de 2014, Acino/Comisión, C-269/13 P; EU:C:2014:255, interpretó el principio de precaución del siguiente modo:

"(...) en tanto no se despeje la incertidumbre sobre la existencia o el alcance de los riesgos para la salud humana, es posible adoptar medidas de protección sin esperar a que se demuestre plenamente la realidad y gravedad de tales riesgos" y asimismo, " aun cuando la valoración del riesgo no pueda basarse en consideraciones puramente hipotéticas, no lo es menos también (...) cuando resulta imposible determinar con certeza la existencia o alcance del riesgo alegado por razón de la naturaleza insuficiente, no concluyente o imprecisa de los resultados de los estudios realizados y sin embargo, persiste la probabilidad de un perjuicio real para la salud pública en el supuesto en que se materialice el riesgo, el principio de cautela justifica la adopción de medidas restrictivas."

En la misma línea, el Auto del TJUE, de 19 de diciembre de 2013, Comisión/Alemania, C-42613 P (R, EU:C:2013:848, refiere, "cuando aparecen dudas sobre la existencia de riesgos para la salud humana o sobre su alcance, las instituciones de la Unión, en aplicación de ese principio, pueden adoptar medidas de protección sin tener que esperar a que se demuestren plenamente la realidad y gravedad de tales riesgos" (apartado 54).

La Comunicación de la Comisión Europea sobre el recurso al principio de precaución (Bruselas 2.2.2000 COM (2000) 1 final), alude a su ámbito de aplicación cuando la salud humana esté en riesgo. Señala como inspiradores del principio, la proporcionalidad, no discriminación, coherencia, análisis de ventajas e inconvenientes y estudio de la evolución científica.

A estos efectos señala,

"Los responsables políticos se encuentran constantemente frente al dilema de encontrar un equilibrio por un lado entre las libertades y los derechos de los individuos, la industria y las organizaciones, y por otro, de la necesidad de reducir o eliminar el riesgo de efectos peligrosos para el medio ambiente o la salud. Encontrar el equilibrio correcto para que pueda llegarse a decisiones proporcionadas, no discriminatorias, transparentes y coherentes, y que al mismo tiempo proporcionen el nivel elegido de protección, requiere un proceso de toma de decisiones estructurado, basado tanto en la información científica, como en otras informaciones detalladas y objetivas. Esta estructura la proporcionan los tres elementos del análisis de riesgo: la evaluación del riesgo, la elección de la estrategia de gestión de riesgo y la comunicación del riesgo. Toda evaluación del riesgo que se lleve a cabo debe basarse en la información científica y estadística existente. La mayor parte de las decisiones se adoptan cuando existe suficiente información disponible para adoptar las medidas preventivas adecuadas, pero en otras ocasiones los datos pueden no ser suficientes. La decisión de invocar o no el principio de precaución es una decisión que se ejerce cuando la información científica es insuficiente, poco concluyente o 8 incierta, y cuando hay indicios de que los posibles efectos sobre el medio ambiente y la salud humana, animal o vegetal pueden ser potencialmente peligrosos e incompatibles con el nivel de protección elegido.....Aunque el Tratado CE en su art. 174 sólo mencione explícitamente el principio de precaución en el terreno del medio ambiente, su ámbito de aplicación es mucho más amplio. Este principio abarca los casos específicos en los que los datos científicos son insuficientes, no concluyentes o inciertos, pero en los que una evaluación científica objetiva preliminar hace sospechar que existen motivos razonables para temer que los efectos potencialmente peligrosos para el medio ambiente y la salud humana, animal o vegetal pudieran ser incompatibles con el alto nivel de protección elegido"

La carga de acreditar que las medidas concretas que se someten a ratificación judicial se ajustan a los principios de necesidad, idoneidad y razonabilidad compete a las administraciones públicas, a través de criterios científicos informados a modo de antecedente y que servirán a la obligada motivación de la resolución a que se refiere el artículo 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, que enfatiza con expresiones tales como "con carácter excepcional", "cuando así lo requieran motivos de extraordinaria gravedad o urgencia."

Sin embargo, la aplicación del principio de precaución comporta una inversión de la carga de la prueba, debiendo ser quien ejercita la acción de resarcimiento quien acredite la ausencia de justificación, idoneidad y razonabilidad de las medidas adoptadas, acreditación que en modo alguno se ha efectuado en este proceso, debiendo recordar, como se ha dicho, que la STC 148/2021 consideró las medidas restrictivas previstas en el RD 463/2020 idóneas, necesarias y proporcionales.

Cabe recordar que cuando se está frente a un proceso de toma de decisiones, generalmente hay un campo que se deja al azar al analizar las consecuencias, debido a circunstancias de ignorancia o incertidumbre. Pues bien, en materia de salud pública este rango de incertidumbre y de azar se constituye en un riesgo para la



salud que no se puede asumir y que el principio de precaución busca eliminar al imponer la toma de medidas necesarias para prevenir el daño.

La consecuencia de la aplicación del principio de precaución determina la imposibilidad de derivar responsabilidad a la Administración cuando las medidas sanitarias adoptadas tendieron a mitigar o evitar la propagación de los contagios, siempre y cuando se muestren razonables y proporcionadas, aunque posteriormente se pudiese demostrar que resultaron innecesarias, pues lo trascendental es la incertidumbre científica sobre la naturaleza y alcance del riesgo.

Sin perjuicio de lo expuesto, la suspensión temporal de actividades propias de los establecimientos de hostelería es una manifestación de la potestad de ordenación general de la actividad en cuestión, justificada por las circunstancias excepcionales que se estaban viviendo, tras la comprobación de que la eliminación de actividades grupales frenaba la tendencia ascendente de la expansión descontrolada del virus.

A estos efectos, conviene recordar los pronunciamientos que el Tribunal Constitucional vierte en su auto 40/2020, de 30 de abril (rec. 2056/2020), que inadmite a trámite el recurso de amparo promovido por la Central Unitaria de Traballadores/as (CUT) en proceso contencioso-administrativo sobre ejercicio del derecho de reunión, en cuyo fundamento jurídico segundo, establece:

"No podemos olvidar que, como reconoce la recurrente, la manifestación se pretende desarrollar en el marco de una situación de pandemia global muy grave, que ha producido un gran número de afectados y de fallecidos en nuestro país, y que ha puesto a prueba a las instituciones democráticas y a la propia sociedad y los ciudadanos, en cuanto se han convertido, en conjunto, en elementos esenciales para luchar contra esta situación de crisis sanitaria y económica que afecta a todo el país, situado por mor de la misma ante una situación que, pese a no ser la primera vez que se produce (ya sufrimos, entre otras, la pandemia de 1918), sí es la primera vez que nuestra actual democracia se ha visto en la necesidad de enfrentarse ante un desafío de esta magnitud y de poner en marcha los mecanismos precisos para hacerle frente".

Entre otras cuestiones, la importancia de este pronunciamiento radica en que recae sobre las medidas específicas que propician el distanciamiento social, el confinamiento domiciliario y la limitación de contactos y actividades grupales, desde el control que proporcionan los principios de proporcionalidad, idoneidad, necesidad y justificación. Así en su fundamento jurídico sexto,

"ii) En el supuesto que nos ocupa, la limitación del ejercicio del derecho tiene una finalidad que no sólo ha de reputarse como legítima, sino que además tiene cobertura constitucional bastante en los arts. 15 CE (garantía de la integridad física de las personas) y 43 CE (protección de la salud), ambos tan intensamente conectados que es difícil imaginarlos por separado, máxime en las actuales circunstancias. Es aquí donde la finalidad de la medida restrictiva del ejercicio del derecho confluye con la justificación de la declaración del Estado de alarma. Las razones que sustentan ambas son idénticas y buscan limitar el impacto que, en la salud de los seres humanos, en su integridad física y en su derecho a la vida pueda tener la propagación de la COVID-19. En el estado actual de la investigación científica, cuyos avances son cambiantes con la evolución de los días, incluso de las horas, no es posible tener ninguna certeza sobre las formas de contagio, ni sobre el impacto real de la propagación del virus, así como no existen certezas científicas sobre las consecuencias a medio y largo plazo para la salud de las personas que se han visto afectadas en mayor o menor medida por este virus. Ante esta incertidumbre tan acentuada y difícil de calibrar desde parámetros jurídicos que acostumbran a basarse en la seguridad jurídica que recoge el art. 9.3 de la Constitución, las medidas de distanciamiento social, confinamiento domiciliario y limitación extrema de los contactos y actividades grupales, son las únicas que se han adverado eficaces para limitar los efectos de una pandemia de dimensiones desconocidas hasta la fecha. Desconocidas y, desde luego, imprevisibles cuando el legislador articuló la declaración de los estados excepcionales en el año 1981".

En definitiva, la enfermedad derivada del COVID-19 como enfermedad infecciosa altamente transmisible por vía aérea y a través del contacto personal, no solo conllevó un alto riesgo para la salud humana derivado del elevado índice de propagación sino y, además, un riesgo de colapso de los servicios sanitarios tal como de hecho sucedió, asociado todo ello a un incremento de la mortalidad y morbilidad. Es por ello por lo que, el mantenimiento de la integridad física de la población (artículo 15 CE) y el derecho a la protección de la salud pública (artículo 43 CE), otorgan cobertura constitucional y legitiman, las restricciones en el ejercicio de determinadas actividades económicas, lo que se revela suficiente para rechazar la vulneración de la libertad de empresa prevista en el artículo 38 C.E.

Por otra parte, ninguno de los Reales Decretos relativos al estado de alarma ha reconocido derechos patrimoniales a favor de los destinatarios de las limitaciones y restricciones de las actividades empresariales en ellos establecidas, de manera que el derecho indemnizatorio no se puede fundar, en principio, en el artículo 32.3 de la Ley 40/2015.



Tampoco lo han hecho las SSTS que declararon la constitucionalidad parcial de los RRDD de estado de alarma, sentencias que expresamente excluyen la responsabilidad al declarar que la constitucionalidad no afecta a las obligaciones que se imponen a los ciudadanos con carácter general en estos RRDD.

No obstante, se pretende fundar la responsabilidad en la supuesta existencia de un sacrificio patrimonial singular de derechos o intereses económicos legítimos que resultaron afectados de manera especial, en relación o comparación con otros sujetos a los que también estuvo dirigida la referida normativa. Ese diferente y singular trato se considera contrario al principio constitucional de igualdad ante las cargas públicas y su reparación no ha sido expresamente descartada en la propia ley.

Con independencia de la acogida que pudiera tener este planteamiento en abstracto, es lo cierto que las restricciones y limitaciones contenidas en los Reales Decretos de estado de alarma tuvieron carácter general, con múltiples e indeterminados destinatarios, y con numerosos sectores económicos y empresariales afectados, como hemos visto en los primeros fundamentos de esta sentencia al reflejar esa normativa, de manera que no se puede deducir la singularización pretendida por el recurrente. La mayor o menor afección de una norma jurídica en relación con sus destinatarios, su diferente intensidad desde el punto de vista de la carga que supone su aplicación, en sí misma no permite establecer la distinción querida por el recurrente, pues esas diferencias se producen ordinariamente en la aplicación de todas las normas jurídicas en relación con el círculo de intereses de sus destinatarios, que nunca resultan por igual afectados, consideración que se maximiza cuando estamos en presencia de normas de excepción.

En nuestro caso, además, las medidas que se adoptaron para los distintos y amplios sectores de actividad estuvieron dotadas del suficiente grado de generalidad como para afirmar que los menoscabos sufridos deban encuadrarse en la categoría de carga colectiva. La sociedad en su conjunto tuvo que soportar las decisiones adoptadas por los poderes públicos para preservar la salud y la vida de los ciudadanos, de manera que la vía de reparación o minoración de daños para aquellos que la padecieron con mayor intensidad, de ser procedente, tiene que ser la de las ayudas públicas -que se concedieron ampliamente-, pero no la de la responsabilidad patrimonial que exige como presupuesto inexcusable de una antijuridicidad que aquí no es previsible.

En cuanto a las ayudas públicas, basta reparar en las numerosas normas dictadas a raíz de la pandemia al objeto de mitigar los graves perjuicios económicos producidos a amplios sectores de nuestra sociedad. Algunas de estas disposiciones aparecen reseñadas en la parte final del fundamento tercero de esta sentencia.

En definitiva, las medidas contenidas en el Real Decreto 463/2020, particularmente las previstas en su artículo 10, fueron necesarias, adecuadas y proporcionales a la gravedad de la situación y gozaron del suficiente grado de generalidad en cuanto a sus destinatarios, que tuvieron el deber jurídico de soportarlas sin generar ningún derecho de indemnización por los posibles perjuicios sufridos, habiéndolo declarado así expresamente el Tribunal Constitucional en la ya citada STC 148/2021, sentencia que produce efectos de cosa juzgada y vincula a todos los tribunales ex artículo 38 LOTC y 5 LOPJ.

Esta sentencia preserva, no obstante, la posible aplicación de lo previsto en el artículo 3.2 de la LOAES y sobre esta precaución la parte trata de construir un diferenciado sistema de responsabilidad patrimonial.

Lo analizamos a continuación.

OCTAVO.- El artículo 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981 sobre los estados de Alarma, Excepción y Sitio. Inexistencia de un nuevo y singular sistema de responsabilidad patrimonial de naturaleza objetiva.

Dice la STC 148/2021, sobre el artículo 3.2 de la Ley Orgánica reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio, lo siguiente:

"c) Por último, al tratarse de medidas que los ciudadanos tenían el deber jurídico de soportar, la constitucionalidad apreciada en esta sentencia no será por sí misma título para fundar reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio".

La parte sostiene que esa referencia expresa artículo 3.2 de la LO 4/1981 se debe a que dicho precepto establece un régimen especial de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos durante la vigencia de los estados de alarma, excepción y sitio. Ese régimen especial estaría caracterizado porque en él no resultaría de aplicación el régimen jurídico sustantivo previsto en los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015. En particular, no sería aplicable la fuerza mayor como causa de exoneración de la responsabilidad, ni tampoco la exigencia de la antijuridicidad del daño como elemento determinante del concepto de lesión.

Para dar respuesta a esa tesis, se debe centrar el marco normativo de aplicación, partiendo de lo expresado en el texto constitucional.



Así, el artículo 116.6 CE determina 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 su parte el artículo 106.2 CE establece lo siguiente:

"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".

Finalmente, el artículo 3 de la LO 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, último de los artículos del capítulo primero relativo a las disposiciones comunes a los tres estados, dispone:

"Uno. Los actos y disposiciones de la Administración Pública adoptados durante la vigencia de los estados de alarma, excepción y sitio serán impugnables en vía jurisdiccional de conformidad con lo dispuesto en las leyes.

Dos. 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".

En relación con lo dispuesto en el texto constitucional, debemos destacar que la reiteración del principio de responsabilidad en el artículo 116.6 -garantizado por la Constitución respecto de todos los poderes públicos en el artículo 9.3-, tiene todo el sentido cuando de estados excepcionales se trata, en la medida en que durante su aplicación se produce un debilitamiento, cuando no suspensión, del ejercicio de derechos constitucionales por parte de los ciudadanos atendida la situación extraordinaria que se trata de afrontar con el estado excepcional, como ha acontecido durante la pandemia del COVID-19.

La excepcionalidad que justifica la restricción no excluye la juridicidad de todo el proceso que debe seguirse. El Derecho Ordinario es desplazado por el Derecho de Excepción, pero este antes que nada es Derecho en la medida en que su nacimiento, desarrollo y extinción debe hacerse siempre de conformidad con la Constitución y la Ley.

Los poderes públicos han de actuar conforme a Derecho también en las situaciones excepcionales, de manera que en caso de extralimitaciones se puede incurrir en responsabilidad. La primera de esas responsabilidades será, sin duda, la responsabilidad política que corresponde al Gobierno por el uso de los poderes extraordinarios, cuyo control se residencia en las Cámaras Legislativas. Pero esa responsabilidad política no excluye otras posibles responsabilidades, como la penal o la patrimonial.

La parte, como hemos anticipado, pretende construir sobre la base del artículo 3.2 de la L.O. 4/1981, de 1 de junio, un régimen de responsabilidad patrimonial diferente del recogido en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público, en el que bastaría la existencia de un daño patrimonial derivado causalmente de alguno de los estados excepcionales para que surja automáticamente el derecho a obtener una indemnización de las Administraciones Públicas.

Señala que este particular responsabilidad patrimonial de configuración legal no es una excepción en nuestro sistema jurídico y cita a título de ejemplo el art. artículo 294 LOPJ, el art. 3 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales; el art. 32 del Decreto Legislativo 1/2006, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley por la que se regulan los Servicios de Prevención, Extinción de Incendios y Salvamentos de la Comunidad de Madrid y el artículo 7.2 de la Ley Orgánica 9/2015, de 28 de julio, de Régimen de Personal de la Policía Nacional. En todos estos preceptos se reconoce el carácter indemnizable de los sacrificios que se imponen a los particulares para salvaguarda del bien común.

La Sala no comparte esta interpretación.

En primer lugar, porque ese supuesto régimen singular, que prescinde de los requisitos establecidos en la Ley 40/2015, no se deduce directa ni indirectamente del artículo 116.6 de la Constitución o del reseñado artículo 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, ya que estas normas no contienen ni expresa ni tácitamente previsión alguna al respecto. Si el legislador hubiera querido crear un régimen autónomo de responsabilidad, atendida la trascendencia de esa medida, que supondría excepcionar el propio artículo 106.2 de la Constitución, lo hubiera expresado claramente.

En segundo lugar, porque la remisión que efectúa el artículo 3.2 "a lo dispuesto en las leyes" solo puede ser entendido como una remisión al régimen general de la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos vigente en cada momento, de manera que si se trata de responsabilidad patrimonial del Estado-Legislatador por los daños sufridos como consecuencia de las normas con fuerza y valor de ley aprobadas (la derivada de los Reales Decretos relativos al estado de alarma) habrá que estar a las normas reguladoras de dicha



responsabilidad, y si se trata de la responsabilidad del Estado-Administración, por los daños derivados del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, también habrá de estarse a la regulación contenida en la Ley 40/2015.

Téngase en cuenta que la técnica remisoria también es utilizada en el apartado primero de ese artículo 3, cuando señala que durante la vigencia de los estados de alarma, excepción y sitio, la actividad de las Administraciones Públicas está sometida al control judicial (artículo 3.1 LO 4/1981).

Ambas remisiones lo que hacen es poner de manifiesto que dos de los pilares básicos de nuestro sistema administrativo, que se erigen como contrapartida esencial al ejercicio de las potestades administrativas, siguen vigentes con arreglo a sus normas generales durante los estados de alarma, excepción y sitio, normas que no pueden ser desplazadas y sustituidas por otras por el Derecho de Excepción.

Esta misma línea argumental puede ser traída a colación para el rechazo de la alegación de que no resulta de aplicación en los estados de alarma, excepción y sitio la exoneración de la responsabilidad por concurrencia de fuerza mayor.

Esa exclusión de la fuerza mayor contravendría directamente los artículos. 116.6 y 106.2 CE. El primero en cuanto señala que la declaración de los estados no modifica el principio de responsabilidad, en toda su extensión, reconocido en la Constitución y el segundo en cuanto que establece que la concurrencia de fuerza mayor resulta determinante como causa de exoneración de la responsabilidad de las Administraciones ante las lesiones sufridas por los particulares como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, sin contemplar excepción alguna al respecto.

Esto no significa que las circunstancias fácticas excepcionales de una situación de emergencia no deban ser tenidas en cuenta al determinar la concurrencia de los requisitos de la responsabilidad, en especial al establecer el estándar de funcionamiento de la Administración, que puede diferir del exigible en situaciones de normalidad. Pero ello, no supone alterar los requisitos y presupuestos de la institución de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

En definitiva, la declaración del Tribunal Constitucional pretende principalmente excluir la responsabilidad del Estado-Legislador por falta de antijuridicidad de las medidas adoptadas pese a la declaración de inconstitucionalidad de alguna de las normas del Real Decreto del estado de alarma, pero deja a salvo, lógicamente, otros posibles supuestos de responsabilidad patrimonial que pudieran darse, como es la que supuestamente podría corresponder a la Administración Pública por el funcionamiento de los servicios públicos, especialmente los sanitarios.

Ello es así, y lo decimos una vez más, porque la declaración de los estados de alarma, excepción y sitio no altera el principio de responsabilidad de las Administraciones Públicas, como se ocupa de destacar la propia Constitución en el artículo 116.6 al señalar como posible responsable no solo al Gobierno sino también a sus agentes.

En cuanto a las normas que cita como apoyo argumental a su tesis de la existencia de un régimen especial de responsabilidad patrimonial, por referirse a supuestos en los que se reconoce el carácter indemnizable de los sacrificios que se imponen a los particulares, debemos señalar que en todos esos supuestos es la propia norma jurídica la que singulariza conscientemente esa situación, al señalar que no existe en esos casos concretos el deber jurídico de soportar el daño aunque la actuación de la Administración correspondiente haya sido correcta. En parecidos términos se pronuncia el artículo 32.3 de la Ley 40/2015, al prever la posibilidad de indemnización a favor de todos aquellos que sufran lesión en sus bienes y derechos como consecuencia de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos que no tengan el deber jurídico de soportar *cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen*. No es este el caso del artículo 3.2 de la LOAES, que se limita a remitirse genéricamente a las leyes que regulan la responsabilidad patrimonial.

Esta alegación (del régimen singular) que postula la existencia de un régimen específico en contraposición al régimen general de la responsabilidad de la Administración Pública debe rechazarse.

NOVENO.- Exclusión del instituto de la expropiación forzosa como mecanismo de reparación de los daños derivados del cumplimiento de la normativa COVID-19.

Como alternativa a la responsabilidad patrimonial de Estado-legislador, a la que ya nos hemos referido, se quiere fundar el derecho a obtener una reparación económica por los perjuicios sufridos por el impacto de la normativa COVID-19 en la actividad empresarial del recurrente en el instituto expropiatorio, más concretamente en el artículo 120 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 que establece que "cuando por consecuencias de graves razones de orden o seguridad públicos, epidemias, inundaciones u otras calamidades,



hubiesen de adoptarse por las Autoridades civiles medidas que implicasen destrucción, detrimento efectivo o requisas de bienes o derechos de particulares sin las formalidades que para los diversos tipos de expropiación exige esta Ley, el particular dañado tendrá derecho a indemnización de acuerdo con las normas que se señalan en los preceptos relativos a los daños de la ocupación temporal de inmuebles y al justiprecio de los muebles, debiendo iniciarse el expediente a instancia del perjudicado y de acuerdo con tales normas".

Tampoco la Sala comparte en este caso la tesis de la recurrente.

El artículo 1 de la Ley de Expropiación Forzosa establece que por expropiación forzosa ha de entenderse cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que fueren las personas o Entidades a que pertenezcan, acordada imperativamente, ya implique venta, permuto, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio.

No hay expropiación forzosa sin privación singular, entendida ésta como sacrificio especial impuesto deliberadamente a uno o varios sujetos en sus bienes, derechos o intereses, de forma directa por causa de utilidad pública o interés social. Cuando estamos en presencia de limitaciones o regulaciones generales del contenido de un derecho, cuando se configura *ex novo* o bien se modifica partiendo de una situación normativa general anterior, no se puede sostener que se produzca una privación singular en el sentido expresado por la Ley de Expropiación Forzosa.

Es preciso, además, para que podamos hablar de expropiación que estemos en presencia de derechos y no de meras expectativas.

La finalidad perseguida por los Reales Decretos de estado de alarma era preservar la salud y la vida de los ciudadanos comprometida por la expansión indiscriminada de la pandemia provocada por el virus. Así se dice expresamente en el Preámbulo del RD 463/2020:

"La Organización Mundial de la Salud elevó el pasado 11 de marzo de 2020 la situación de emergencia de salud pública ocasionada por el COVID-19 a pandemia internacional. La rapidez en la evolución de los hechos, a escala nacional e internacional, requiere la adopción de medidas inmediatas y eficaces para hacer frente a esta coyuntura. Las circunstancias extraordinarias que concurren constituyen, sin duda, una crisis sanitaria sin precedentes y de enorme magnitud tanto por el muy elevado número de ciudadanos afectados como por el extraordinario riesgo para sus derechos. El artículo cuarto, apartado b), de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, habilita al Gobierno para, en el ejercicio de las facultades que le atribuye el artículo 116.2 de la Constitución, declarar el estado de alarma, en todo o parte del territorio nacional, cuando se produzcan crisis sanitarias que supongan alteraciones graves de la normalidad. En este marco, las medidas previstas en la presente norma se encuadran en la acción decidida del Gobierno para proteger la salud y seguridad de los ciudadanos, contener la progresión de la enfermedad y reforzar el sistema de salud pública. Las medidas temporales de carácter extraordinario que ya se han adoptado por todos los niveles de gobierno deben ahora intensificarse sin demora para prevenir y contener el virus y mitigar el impacto sanitario, social y económico."

Esta finalidad fue confirmada por la STC 148/2021 cuando examinó la constitucionalidad del referido RD. En ningún caso se ha pretendido privar de derechos a los ciudadanos o a las empresas, aunque se hayan establecido limitaciones de carácter temporal a su ejercicio.

En cuanto a la previsión del artículo 120 LEF, a la que trata de acogerse la parte, no es aplicable al caso enjuiciado, además de por el motivo indicado, por dos razones adicionales: la primera, porque el precepto se refiere a medidas concretas adoptadas por autoridades civiles, pero no a la aprobación de medidas legislativas de general aplicación. Faltaría así el primero de los presupuestos de hecho que genera el derecho a obtener una indemnización prevista en el artículo 120 LEF. En segundo lugar, porque las medidas adoptadas por las autoridades civiles han de tener por objeto la *destrucción, detrimento efectivo o requisas de bienes o derechos de particulares*, sin que ninguna de estas circunstancias se dé en el caso que juzgamos.

Además, una expropiación forzosa por regla general exige un procedimiento que aquí no ha existido, lo que nos llevaría a calificar como vía de hecho una medida legislativa lo que constituye una contradicción en sus propios términos.

No hay, por tanto, una expropiación forzosa que justifique el abono de la cantidad que se reclama.

En cuanto a la referencia al artículo 121 de la LEF, que contiene el régimen de la responsabilidad patrimonial como paralelo y complementario de la expropiación forzosa, únicamente señalar que dicho régimen se encuentra hoy desarrollado en la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público como venimos destacando reiteradamente en esta sentencia.

DÉCIMO.- Fuerza mayor y pandemia.

Para que exista responsabilidad es preciso que los daños no se hayan producido en unas circunstancias que puedan ser calificadas de fuerza mayor. Así lo dice el artículo 106.2 de la Constitución y el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Pese a considerarse presupuesto de exclusión de la responsabilidad patrimonial del Estado en ambos preceptos, no existe ninguna norma administrativa que nos defina la fuerza mayor, lo que nos obliga a acudir en primer lugar a la definición contenida en el art. 1.105 del Código Civil, que exige imprevisibilidad de la causa del daño e inevitabilidad del resultado, aunque en el caso de las Administraciones Públicas ese evento caracterizado por la imprevisibilidad e irresistibilidad que exime de responsabilidad debe ser, además, ajeno al funcionamiento del servicio, a la actividad administrativa.

A juicio de la Sala, la pandemia producida por el virus denominado técnicamente SARS-COV-2 se ajusta a esa definición de fuerza mayor porque constituyó un acontecimiento insólito e inesperado en el momento en el que surgió y por la forma en la que se extendió por todo el planeta en sus primeros momentos, inicio y desarrollo completamente ajeno a la actividad de las Administraciones Públicas.

Aunque algunas pandemias son previsibles y permiten actuaciones preventivas por parte de las autoridades sanitarias, como ocurre anualmente con la de la gripe, la provocada por el virus SARS-COV-2, no pudo serlo por tener unas características totalmente desconocidas en el momento de su aparición, como sus efectos sobre la salud humana, los mecanismos de propagación y la rapidez con la que esta se producía. También ese desconocimiento la hizo inevitable e incontrolable inicialmente, fuera del círculo de actividad de las Administraciones Públicas.

Queremos decir con esto que en los primeros momentos los daños producidos directamente por la pandemia en la salud de las personas fueron imprevisibles en su producción e irresistibles e inevitables en su resultado sin que tuviera en ello ninguna intervención la Administración. En relación con esos daños la fuerza mayor operaría como causa de exclusión de la responsabilidad administrativa ya que guardarían la necesaria relación de causalidad con un acontecimiento ajeno a la Administración y de carácter imprevisible e inevitable.

No obstante, cabe recordar que uno de los principios a los que deben someter su actuación las Administraciones públicas en materia de salud colectiva es el de precaución, artículo 3 d) de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, y que con base a este principio la mera 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 concurren.

Precisamente los daños que ahora se reclaman no se imputan a la pandemia, aunque esta sea causa remota de esos daños, sino a las medidas adoptadas por los poderes públicos para tratar de frenar su desarrollo.

Ello así porque cuando surge un acontecimiento imprevisible que puede ser calificado de fuerza mayor, ajeno completamente a la actividad administrativa, estamos obligados a hacer un juicio de valor sobre el comportamiento de la Administración en relación con ese acontecimiento, sobre si pudo o no prever determinados sucesos y sobre si, en su caso, adoptó las medidas necesarias para evitarlo o, al menos, para minimizar sus posibles efectos lesivos. Esa valoración ha de efectuarse, en cada caso, desde la base ofrecida por las reglas propias de la actividad en la que tiene lugar el acontecimiento generador del daño. No debemos olvidar que la Administración Pública sirve con objetividad a los intereses generales (artículo 103 CE), y entre estos se hallan el que se eviten o atenúen, dentro de lo posible, las situaciones de riesgo, de las que puedan derivarse daños para las personas o las cosas.

Por ese motivo el juicio sobre esas medidas no puede quedar descartado por el hecho de calificar la pandemia con las características de la fuerza mayor en relación con determinados daños. No habrá ruptura del nexo causal y nacerá la responsabilidad patrimonial cuando los daños no fueren directamente imputables a la enfermedad sino a las medidas adoptadas para hacerla frente, medidas que pueden ser juzgadas desde la perspectiva de la responsabilidad por su razonabilidad, grado de intensidad, proporcionalidad o duración.

Por tanto, la adopción de medidas en el marco de la gestión de la crisis puede hacer posible la responsabilidad de la Administración, dado que, pese a tratarse la pandemia de una situación inevitable, esa gestión puede haber coadyuvado a agravar los daños, o no los ha minorado o eliminado pudiendo hacerlo. En estos casos, la fuerza mayor (pandemia) no excluye la posibilidad del deber de indemnizar los posibles daños que se hubieran podido evitar o mitigar de haberse adoptado por parte de las autoridades con competencia en la materia las medidas precisas, bajo el principio de precaución al que están legalmente obligadas, que tendieran a evitar la propagación, vía contagio, y letalidad de la enfermedad. De este modo, si se acreditara que una Administración pudo, dadas sus competencias, impedir la aparición de perjuicios adicionales mediante la adopción de medidas concretas, con arreglo a los estándares de actuación conocidos en ese momento, podría apreciarse la necesaria relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos y el daño o



lesión sufrida, presupuesto necesario para que sea viable una acción de responsabilidad patrimonial con la consiguiente obligación de indemnizar.

Ahora bien, para juzgar el acierto o desacuerdo de las medidas adoptadas por los poderes públicos en los primeros meses de pandemia, entre ellas las contempladas en los Reales Decretos de estado de alarma, no podemos estar a los conocimientos científicos actuales sino a los existentes cuando la pandemia comienza a desplegar sus efectos. Así lo ha sostenido el Tribunal Constitucional en la STC 148/2021, al señalar que las medidas que se tomaron lo fueron de acuerdo con el conocimiento científico de la epidemia habido entonces, no resultando desproporcionadas esas medidas a la vista de la situación existente. Añadiendo el Tribunal que su procedencia o eventual desacuerdo no pueden ni deben considerarse o enjuiciarse conforme a lo conocido con posterioridad -la denominada cláusula *hindsight* o sesgo retrospectivo de la jurisprudencia anglosajona-, ni genera responsabilidad incluso cuando fueren mejorables a la vista de los conocimientos adquiridos luego. Mismo criterio de no retrospección mantenido por nuestro Tribunal Supremo cuando ha declarado la prohibición del regreso lógico desde acontecimientos futuros (sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fechas 14 y 15 de febrero de 2006; 7 de mayo de 2007 y 10 de junio de 2008 y Sala Tercera en Sentencia de fecha 14 de noviembre de 2001, Rec. 8397/1997) - contagios de Hepatitis C- y otras muchas, como se encarga de recordar el Abogado del Estado en su escrito de contestación a la demanda.

La propia Ley 40/2015, en su artículo 34.1, a los efectos de la responsabilidad, tiene en cuenta estos mismos criterios de valoración:

"1. 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. 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 prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos."

Pues bien, no cabe duda de que el conjunto de medidas adoptadas por las Administraciones Públicas durante la gestión de la crisis sanitaria estuvo condicionada por los conocimientos científicos existentes en cada momento, muy escasos de certezas, tanto en lo relativo a la forma de transmisión del coronavirus y al impacto real de la propagación, como a las consecuencias a medio y largo plazo sobre la salud de las personas afectadas en mayor o menor medida por el virus. Con arreglo a esos conocimientos, las medidas de distanciamiento social, el confinamiento domiciliario y la limitación extrema de los contactos y actividades grupales fueron las únicas medidas que se acreditaron como eficaces para limitar los efectos de una pandemia completamente imprevisible y de dimensiones desconocidas hasta entonces. Como sabemos, esas fueron precisamente las medidas principalmente contempladas en los Reales Decretos de alarma, que fue el instrumento normativo adoptado por el poder público para minimizar los enormes daños que se estaban produciendo.

No resulta ocioso recordar ahora, que el Tribunal Constitucional desde su prematuro auto 40/2020, de 30 de abril - ya analizado - y sus posteriores Sentencias asimismo estudiadas en el Fundamento Quinto de esta resolución, haya validado por sus notas de necesidad, proporcionalidad e idoneidad según cada hito de evolución de la pandemia en el país -esto es, de forma dinámica- las medidas controvertidas, pese a incidir, limitando el ejercicio de los derechos fundamentales implicados por mor de la finalidad legítima de salvaguardar bienes jurídicos esenciales, -en ese momento expuestos a un riesgo efectivo y desconocido en sus implicaciones- que exigió que se postergara a un momento más propicio, según los índices epidemiológicos conocidos en el devenir diario de la evolución de la pandemia, su pleno ejercicio.

Para la parte actora, la fuerza mayor no opera de ningún modo en relación con su reclamación de responsabilidad patrimonial. En este punto su razonamiento no discurre por el cauce que acabamos de expresar, sometiendo a discusión el acierto de la Administración, sino que entiende que las previsiones del artículo 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de los estados de alarma, excepción y sitio, hacen innecesario el cumplimiento de los presupuestos y requisitos con que los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, configuran la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, entre ellos el de la inexistencia de fuerza mayor.

Sobre esta argumentación ya hemos razonado ampliamente con anterioridad, descartando que el citado artículo 3.2 establezca un régimen diferenciado de responsabilidad patrimonial que permita prescindir de los presupuestos recogidos en el propio artículo 106.2 de la Constitución, entre ellos el de fuerza mayor. La Administración General del Estado, por su parte, no duda en calificar de fuerza mayor la crisis generada por el COVID-19. La pandemia ha exigido una actuación excepcional de los poderes públicos frente a ella, sin que se pueda exigir a las Administraciones Públicas unas funciones de garantes universales que aseguren en una situación de fuerza mayor que los afectados no sufran ningún perjuicio personal o patrimonial, sino que solo



puede exigirse cuando ante esa situación la actuación de la Administración no es correcta, de manera que los daños deben entenderse imputables a la propia pandemia y, por tanto, excluidos de indemnización. Esta tesis no puede tener acogida en nuestro caso ya que los daños que se reclaman no se imputan, en cuanto a su producción, a la pandemia, sino a la actividad desplegada por la Administración para combatirla.

Podemos concluir que la fuerza mayor puede operar como supuesto de exención de responsabilidad patrimonial en relación con determinados daños directamente imputables a la pandemia COVID-19, pero no cuando se deducen de la actuación de los poderes públicos, si bien en nuestro caso, como ya hemos razonado extensamente *supra*, la actividad administrativa desarrollada fue razonable y proporcionada a la situación existente por lo que no generó responsabilidad.

UNDÉCIMO.- Otras alegaciones.

El demandante también trata de justificar la existencia de la responsabilidad patrimonial en la imprevisión y mal funcionamiento de la Administración en los primeros momentos de la pandemia. Principalmente reprocha el retraso en la adopción de medidas de prevención y atención sanitaria desde que la Organización Mundial de la Salud declaró la emergencia de salud pública de importancia internacional, incumpliéndose - supuestamente- muchas de sus recomendaciones, como también habría sucedido con las recomendaciones del Centro Europeo para la prevención y control de enfermedades.

Estaríamos aquí en presencia de una responsabilidad patrimonial distinta de la que se ha querido construir y que ya hemos analizado del Estado-Legislador. Se trataría de una responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de los servicios públicos a la hora de afrontar la pandemia.

Pues bien, con independencia del juicio que merezca la actuación del Gobierno en las primeras semanas de la pandemia, lo cierto es que los daños que se reclaman se imputan al cierre del establecimiento hotelero acordado por el Real Decreto de estado de alarma 463/2020, de 14 de marzo, y sus sucesivas prórrogas, y no al retraso en la adopción de medidas o al cumplimiento en mayor o menor medida de las recomendaciones de organismos internacionales. Para poder imputar los daños sufridos, en todo o en parte, a esos retrasos o incumplimientos hubiera sido preciso un esfuerzo de argumentación y prueba sobre la causalidad existente entre unos y otros, sin que tal esfuerzo se haya realizado mínimamente.

También considera la parte que se han vulnerado principios jurídicos relevantes para el funcionamiento de la Administración Pública que convierten la actuación administrativa desplegada por la demandada en antijurídica. En concreto, se refiere a los siguientes que enumera el artículo 3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público: Principio de confianza legítima, principio de eficacia, principio de seguridad jurídica, principio de proporcionalidad, principio de motivación y principio de buena regulación.

Tampoco esta alegación puede ser acogida.

Como hemos ya razonado ampliamente, los daños se imputan a las normas jurídicas dictadas para frenar la expansión de la pandemia, muy especialmente los Reales Decretos de estado de alarma, y esas disposiciones han sido juzgadas por el Tribunal Constitucional desde la perspectiva de los principios y valores constitucionales, llegándose a unas conclusiones diferentes de las sostenidas por la parte. La actuación administrativa ha sido calificada de razonable, proporcional y adecuada a la situación existente, y eficaz para frenar la expansión de la pandemia, como se ha valorado ampliamente en esta sentencia, como lo fue en la STC 148/2021 con el mismo resultado.

DECIMOSEGUNDO.- Conclusiones y costas.

Rechazadas todas las alegaciones de la parte actora, procede la desestimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto frente a la desestimación presunta por silencio administrativo por parte del Consejo de Ministros de la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada con fecha 26 de mayo de 2021.

Y, en virtud de lo previsto en el artículo 139 LJCA, procede imponer las costas a la parte demandante, si bien la Sala, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso, establece que el importe máximo a satisfacer al respecto a la Administración demandada por todos los conceptos será de cuatro mil euros (4.000 euros), más el IVA correspondiente, si procediere.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

1) Desestimar el recurso contencioso-administrativo núm. 453/2022, interpuesto por la representación procesal de ALHAMBRA PALACE, S.A., frente a la desestimación presunta por silencio administrativo por parte



del Consejo de Ministros de la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada con fecha 26 de mayo de 2021.

2) Imponer las costas a la demandante en los términos establecidos en el último Fundamento de Derecho de esta sentencia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.