



Sr. S. de Vega, Presidente

Sr. Ramos Antón, Consejero
Sra. Ares González, Consejera
Sr. Herrera Campo, Consejero y
ponente

Sr. Píriz Urueña, Secretario

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 14 de julio de 2022, ha examinado el *expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada a instancia de D. yyy1* y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN 338/2022

I

ANTECEDENTES DE HECHO

El día 14 de junio de 2022 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. yyy1, representada por D. yyy2, debido a los daños y perjuicios derivados de las medidas administrativas adoptadas en relación con la hostelería por la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

Examinada la solicitud y admitida a trámite el 17 de junio de 2022, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 338/2022, y se inició el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 52 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por Resolución de 5 de febrero de 2014 de la Mesa de las Cortes de Castilla y León. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Herrera Campo.

Primero.- El día 9 de junio de 2021 D. yyy1, representado por D. yyy2, presenta una reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Administración Autonómica por los daños y perjuicios sufridos en su actividad económica, como propietario de un negocio de pub nocturno sito en calle cccc nº 17 de la ciudad de xxxx, por las medidas adoptadas como consecuencia de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.



La reclamación se formula también con carácter solidario frente a la Administración General del Estado.

Considera que las medidas, limitaciones y prohibiciones adoptadas por las Administraciones Públicas para la lucha contra la pandemia han determinado la suspensión o limitación del ejercicio normal de su actividad, que se ha visto muy perjudicada por los cierres totales de la hostelería, por los cierres perimetrales de la provincia, por los toques de queda de las 20 y 22 horas (el primero invalidado judicialmente), y por las limitaciones de aforo, a lo que se añade la estigmatización del sector servicios que aquellas han conllevado, y la actuación de hecho que les ha correspondido como "policía sanitaria", además de los gastos soportados para cumplir las restricciones impuestas.

Estima el daño económico producido en su negocio, conforme al informe pericial que acompaña, en la cantidad de 14.741,14 euros, a la que suma otros 30.000 euros en concepto de daños morales, que hacen un total de 44.741,14 euros, fijando así la indemnización reclamada circunscrita al ejercicio 2020, con expresa reserva de la reclamación futura de los daños sufridos a partir de ese momento.

Para articular su pretensión, la reclamante se refiere a las decisiones de las Administraciones Públicas que provocarían su responsabilidad patrimonial, y que se corresponden con los tres períodos temporales siguientes:

1) Primer período: desde el 14 de marzo hasta las 00:00 horas del 21 de junio de 2020. "Estado de alarma" declarado mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, y sus sucesivas prórrogas. Inicialmente supuso el cierre inmediato y la prohibición de toda actividad de hostelería y restauración, y en consecuencia el cierre completo del establecimiento de la reclamante hasta el 21 de junio, pues si bien es cierto que la actividad económica se fue reactivando progresivamente gracias al "Plan de la transición hacia una nueva normalidad" aprobado por el Gobierno el día 28 de abril, en el que se establecían 4 "fases de la desescalada" con una serie de medidas en cada una de ellas, se fijaron importantes normas limitativas para el sector de la hostelería, que se detallan en la reclamación, refiriendo la prohibición de apertura de bares de ocio nocturno y discotecas, y las limitaciones de aforo en interiores y terrazas en cada caso.



2) Segundo período: posterior al primer estado de alarma, denominado de "nueva normalidad", desde las 00:00 horas del 21 de junio hasta el 25 de octubre de 2020. La reclamante detalla las decisiones esenciales adoptadas en este período por la Comunidad de Castilla y León:

- Acuerdo 29/2020, de 19 de junio, de la Junta de Castilla y León, por el que se aprueba el Plan de Medidas de Prevención y Control para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19 en la Comunidad de Castilla y León, que establecía el deber de mantener la distancia de seguridad interpersonal fijada en 1,5 metros, limitaciones de aforo (75 % en interiores y 80 % en terrazas) y un máximo de 25 personas por mesa o agrupación de mesas.

- Acuerdo 43/2020 de 15 de agosto, de la Junta de Castilla y León, por el que se da publicidad, para general conocimiento y por ser de obligado cumplimiento, a la Orden comunicada del Ministro de Sanidad de 14 de agosto de 2020, mediante la que se aprueba la declaración de actuaciones coordinadas en salud pública para responder ante la situación de especial riesgo derivada del incremento de casos positivos por COVID-19. Este Acuerdo estableció nuevas limitaciones horarias para los restaurantes, así como el máximo de personas que podían estar en una misma mesa, y el cierre de discotecas, salas de baile y bares de copas.

- Acuerdo 46/2020, de 20 de agosto, de la Junta de Castilla y León, por el que se aprueba el Plan de Medidas de Prevención y Control para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19 en la Comunidad de Castilla y León. Según este Acuerdo, el aforo en la barra no podía superar el 50 %, y la capacidad en mesa no podía rebasar el 75 % si el aforo total era inferior a 40 comensales, y el 50 % para los casos en los que el restaurante tuviese una capacidad mayor de 40 comensales; todo ello con una distancia mínima de 1,5 metros entre mesas, con un máximo de 10 personas por mesa o agrupación. Además, todas aquellas actividades de restauración que se tuviesen que llevar a cabo de pie se suprimieron por completo, y se mantuvo el cierre de discotecas, salas de baile, bares de copas y otros establecimientos de ocio nocturno.

- Por último, el Acuerdo 73/2020, de 23 de octubre, de la Junta de Castilla y León, por el que se limita parcial y temporalmente la libertad de circulación de las personas en la Comunidad de Castilla y León por motivos muy graves de salud pública, afectando a determinadas medidas del plan de medidas de prevención y control para hacer frente a la crisis sanitaria



ocasionada por la COVID-19 en la Comunidad de Castilla y León, aprobado por Acuerdo 46/2020, de 20 de agosto, de la Junta de Castilla y León, que establece el "toque de queda" entre las 22:00 horas de cada día y las 06:00 horas del día siguiente. Tan solo eran posibles aquellos desplazamientos que estuviesen debidamente justificados y fuesen conformes a lo recogido en el Acuerdo.

3) Tercer periodo: desde el 25 de octubre de 2020 hasta el 9 de mayo de 2021. Se corresponde con la declaración de un nuevo "Estado de alarma" de ámbito nacional. En cualquier caso, hay que considerar que la evaluación del daño se limita temporalmente en la reclamación a fecha 31 de diciembre de 2020, esto es, al daño económico y moral producido en el ejercicio 2020.

La vigencia del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, fue prorrogada hasta el 9 de mayo de 2021, mediante el Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre.

La reclamante hace referencia a las restricciones establecidas a nivel nacional por el Real Decreto 926/2020; a que en su desarrollo se adoptaron determinados acuerdos por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (21 de octubre de 2020) estableciendo los distintos niveles de alerta, con la incidencia de cada uno de los mismos sobre las actividades de hostelería y restauración; y a que, en virtud de todo ello, se habilitó a las autoridades delegadas (Comunidades Autónomas) para acordar la limitación de movilidad entre Comunidades (cierres perimetrales). Finalmente, la reclamante se detiene en la incidencia producida en el sector de hostelería por las medidas adoptadas por distintos Acuerdos de la Junta de Castilla y León: 76/2020, 77/2020, 78/2020, 96/2020 (para el municipio de xxxx), 101/2020 y 4/2021; así como por los Acuerdos del Presidente de la Junta de Castilla y León: 10/2020 (cierre perimetral, prorrogado por otros sucesivos), 12/2020, 15/2020, 17/2020, 20/2020 (sobre medidas para la celebración de las fiestas navideñas), 1/2021 (por el que se prorrogan los efectos del acuerdo 10/2020, del presidente de la Junta de Castilla y León, por el que se dispone la limitación de la entrada y salida de personas del territorio de la Comunidad de Castilla y León), 2/2021 (que amplía hasta las 20:00 horas el "toque de queda"), acuerdo 6/2021, 17/2021, 21/2021 y 24/2021.

El 15 de septiembre de 2021 se requiere a D. yyy2 para que acredite la representación que dice ostentar del reclamante. El 28 de septiembre 2021 comparece para otorgar apud acta su representación.



Segundo.- Por Orden de 7 de octubre de 2021 se admite a trámite la reclamación y se nombra instructora del expediente.

Tercero.- El 10 de noviembre de 2021 se da traslado de la reclamación al Ministerio de Sanidad a los efectos de su conocimiento y actuación procedente.

Cuarto.- El 9 de febrero de 2022 la instructora abre un periodo de prueba, a cuyo efecto requiere al reclamante aclaración de la ubicación del establecimiento por cuyos perjuicios reclama, así como la siguiente documentación: informe pericial económico que no adjuntó a la reclamación; expedientes de regulación de empleo (ERTEs), en caso de tener trabajadores por cuenta ajena; póliza del seguro sobre su negocio y establecimiento, en caso de que lo hubiera suscrito.

El 20 de febrero se aporta la aclaración solicitada y se atiende el requerimiento de documentación.

Asimismo, se incorpora de oficio a esta fase probatoria el resultado de la consulta efectuada al Sistema Nacional de Publicidad de Subvenciones y Ayudas Públicas, de acuerdo con la cual, ha sido beneficiario de ayudas y subvenciones por un importe total de 8.556,39 euros, por parte del Ayuntamiento de xxxx, la Junta de Castilla y León y el Instituto para la Competitividad Empresarial de Castilla y León.

Quinto.- El 21 de marzo de 2022 la Dirección General de Salud Pública de la Consejería de Sanidad emite informe que aborda las siguientes cuestiones: los datos globales de la enfermedad Covid-19 en Castilla y León; la aparición, transmisión e impacto de la enfermedad Covid-19 y medidas sanitarias adecuadas para el control de su transmisión; la evolución de los indicadores de riesgo de la enfermedad Covid-19 en Castilla y León entre el 21 de junio de 2020 y el 4 de marzo de 2021; y el impacto en el control de la transmisión de la enfermedad de las medidas no farmacológicas adoptadas.

Sexto.- Concedido trámite de audiencia, el 5 de abril de 2022 la entidad reclamante presenta alegaciones en las que reitera su pretensión.

Séptimo.- El 26 de mayo de 2022 se formula propuesta de orden por la que se inadmite la reclamación en lo referente a los daños correspondientes al primero y tercero de los períodos reclamados, por falta



de legitimación pasiva de la Administración Autonómica, y se desestima la reclamación en relación con los perjuicios alegados respecto del segundo de los períodos, por no concurrir los presupuestos del instituto de la responsabilidad patrimonial ni haberse acreditado el daño alegado.

Octavo.- El 30 de mayo de 2022 la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa favorablemente la propuesta de orden.

Noveno.- El 9 de junio de 2022 se formula propuesta de orden definitiva, en el mismo sentido que la anterior.

En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emitiera dictamen.

II CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1ª.- El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en el presente expediente, con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1.i), 1º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo a la Sección Primera emitir el dictamen según lo establecido en el apartado tercero, 1.g), del Acuerdo de 6 de marzo de 2014 del Pleno del Consejo, por el que se determina la composición y competencias de las Secciones.

2ª.- El procedimiento se ha instruido con arreglo a lo previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC, en adelante).

No obstante, se incumple el plazo máximo de resolución y notificación establecido en su artículo 91.3, (la reclamación se presenta el 9 de junio de 2021 y la propuesta de orden definitiva es de 9 de junio de 2022) lo que no elimina la obligación de dictar resolución expresa conforme a lo dispuesto en el artículo 21.1 de la LPAC. Tal dilación ha de considerarse como una vulneración por parte de la Administración del artículo 12.b) del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, que consagra el derecho de los ciudadanos a la resolución de los asuntos que les conciernan en un plazo razonable; e igualmente contraría los principios de buena administración y el de control del gasto público ligado a la consecución de los objetivos de estabilidad



presupuestaria, considerado el incremento que ha de conllevar la cantidad que como indemnización se vaya a conceder a la reclamante, en su caso, mediante la oportuna resolución.

3ª.- Concurren en la parte reclamante los requisitos de capacidad y legitimación exigidos por la LPAC. La competencia para resolver la presente reclamación corresponde al Consejero de Sanidad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 82.2 de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.

El interesado ha ejercitado su derecho en tiempo hábil, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 67.1 de la LPAC.

4ª.- El artículo 106.2 de la Constitución establece que "Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos". La referencia constitucional a la ley debe entenderse hecha a los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP, en adelante), a la que además se remite el artículo 81 de la Ley 3/2001, de 3 de julio.

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la reiterada doctrina del Consejo de Estado, así como la de este Consejo Consultivo, la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública exige la concurrencia de los siguientes requisitos: a) daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; b) antijuridicidad del daño, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la ley; c) imputabilidad a la Administración de la actividad dañosa, es decir, la integración del agente en el marco de la organización administrativa a la que pertenece o la titularidad pública del servicio o la actividad en cuyo ámbito se produce el daño; d) relación de causalidad entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, esto es, que el daño sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público; e) ausencia de fuerza mayor. Asimismo, se exige que la reclamación se presente antes de que transcurra un año desde el momento en que se produjo el hecho causante.



5ª.- Tras exponer las notas generales caracterizadoras del instituto de la responsabilidad patrimonial conviene hacer una breve referencia a su vigencia durante las situaciones constitucionales de excepcionalidad y a su diferenciación de otros mecanismos de resarcimiento.

Hay que partir de que el principio de responsabilidad, como contrapeso del ejercicio del poder público, no queda enervado por la declaración del estado de alarma, al tratarse de un mandato constitucional insoslayable de acuerdo con los artículos 9 y 106 de la Constitución (CE). Su vigencia además se hace especialmente necesaria en los estados de excepcionalidad, pues “la declaración de cualquiera de estos estados conlleva necesariamente una potenciación de las potestades públicas, con la consiguiente constricción de los derechos de los ciudadanos”, tal como declara la Sentencia del Tribunal Constitucional 148/2021, de 14 de julio, que estima parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto frente al Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el primer estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

El mismo artículo 116 CE, en su apartado 6, expresamente dispone 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”.

Pero esta responsabilidad no puede limitarse a la meramente política. Y por ello la propia Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, incluye la “responsabilidad” entre los principios rectores de la declaración y vigencia de los estados de emergencia. Según su artículo 3.2, “Quienes como consecuencia de la aplicación de los actos y disposiciones adoptadas durante la vigencia de estos estados sufran, de forma directa, o en su persona, derechos o bienes, daños o perjuicios por actos que no les sean imputables, tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las leyes”.

No hay, sin embargo, una correspondencia estricta entre las medidas que pueden adoptarse de acuerdo con la Ley Orgánica 4/1981 y el régimen de responsabilidad patrimonial, pues algunas de ellas, autorizadas por su artículo 11, tales como requisas, ocupaciones o intervenciones temporales de inmuebles o empresas o las prestaciones personales obligatorias, disponen de vías específicas de resarcimiento, en particular a través de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, de modo que en función



de la actuación o disposición de que se trate habrá que acudir al régimen jurídico en cada caso aplicable.

Al margen de estos mecanismos de resarcimiento, la pandemia puede originar limitaciones de derechos no indemnizables, categoría en la que cabrá incluir en principio a numerosas medidas restrictivas de derechos adoptadas durante ella. Así, se han calificado doctrinalmente de tales el confinamiento general, el toque de queda, el cierre perimetral de los territorios, la limitación de la permanencia de grupos en espacios públicos y privados o el uso obligatorio de mascarillas. Para la adopción de tales limitaciones se ha apelado en particular al denominado "principio de precaución", reconocido en el artículo 3 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, que somete al mismo a las Administraciones públicas y sujetos privados en sus actuaciones de salud pública y acciones sobre la salud colectiva. Conforme a este principio "La existencia de indicios fundados de una posible afectación grave de la salud de la población, aun cuando hubiera incertidumbre científica sobre el carácter del riesgo, determinará la cesación, prohibición o limitación de la actividad sobre la que concurren", de modo que, aunque finalmente tales medidas se mostraran como innecesarias, no cabría derivar responsabilidad por su adopción, a salvo, puede entenderse, su desproporción evidente. A este respecto, hay que tener en cuenta que la Sentencia del Tribunal Constitucional 183/2021, de 27 de octubre, ha señalado que "el juicio de proporcionalidad a las medidas previstas para el estado de alarma al que se refiere el art. 1.2 LOAES, habrá de realizarse de manera prudencial y con una inevitable modulación, pues en casos como el presente no estamos en un supuesto de funcionamiento ordinario del estado de derecho, sino en una situación de crisis, propiciada en el caso de autos por la propagación de una pandemia con evolución y resultado incierto, al tiempo en que tuvo vigencia el estado de alarma".

Sin perjuicio de ello, puede traerse a colación aquí la articulación por parte de las Administraciones Públicas de mecanismos de compensación o de ayuda, con el fin de mitigar el fuerte impacto que las medidas adoptadas durante la pandemia hayan podido ocasionar a determinados sectores económicos, entre ellos, al hostelero, las cuales parece que debieran tomarse en consideración, en el caso de apreciarse la existencia de responsabilidad patrimonial, a los efectos de evitar un eventual enriquecimiento injusto.

6ª.- El asunto sometido a consulta versa sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los perjuicios a la actividad económica que



desarrolla la reclamante (pub nocturno) a causa de las medidas que se adoptaron en relación con la hostelería por la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

A la hora de abordar la cuestión planteada, conviene diferenciar, como hace la reclamante, la situación y el régimen jurídico aplicable hasta el día 21 de junio de 2020, en el que finaliza el primer estado de alarma declarado por la crisis sanitaria causada por la pandemia de Covid-19; el existente desde el 25 de octubre de 2020, tras la declaración de un nuevo estado de alarma, hasta el día 31 de diciembre de 2020, en el que el reclamante cierra el período al que se contrae el daño reclamado; y por último el correspondiente al período intermedio entre ambos estados de alarma.

De este modo, cabe comenzar por el análisis del período correspondiente al primer estado de alarma.

Mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116 CE y en el artículo 4 de la Ley Orgánica 4/1981. El estado de alarma finalizó a las 00:00 horas del 21 de junio de 2020, de acuerdo con el artículo 2 del Real Decreto 555/2020, de 5 de junio, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020.

Aunque formalizada mediante real decreto del Consejo de Ministros, la decisión de declarar el estado de alarma, dado su contenido normativo y efectos jurídicos, debe entenderse que queda configurada en nuestro ordenamiento como una decisión o disposición con rango o valor de ley. Y, en consecuencia, queda revestida de un valor normativo equiparable, por su contenido y efectos, al de las leyes y normas asimilables cuya aplicación puede excepcionar, suspender o modificar durante el estado de alarma (STC 83/2016, de 28 de abril).

Como declaró el Tribunal Constitucional en el Auto 7/2012, de 13 de enero, "todos los estados que cabe denominar de emergencia ex art. 116 CE (...) suponen (...) excepciones o modificaciones pro tempore en la aplicabilidad de determinadas normas del ordenamiento vigente, incluidas, en lo que ahora importa, determinadas disposiciones legales, que sin ser derogadas o modificadas sí pueden ver alterada su aplicabilidad ordinaria (arts. 9 a 12; 16 a 30; 32 a 36 de la Ley Orgánica 4/1981), pues el fundamento de la declaración de cualquiera de estos estados es siempre la



imposibilidad en que se encuentran las autoridades competentes para mantener mediante «los poderes ordinarios» la normalidad ante la emergencia de determinadas circunstancias extraordinarias (art. 1.1 de la Ley Orgánica 4/1981)” (FJ 4).

De esta forma, a los efectos del estado de alarma la autoridad competente es el Gobierno ex artículo 7 de la Ley Orgánica 4/1981 (o, por su delegación, el Presidente de la Comunidad Autónoma, cuando la declaración afecte exclusivamente a su territorio), de manera que en la adopción de las medidas para solucionar la emergencia que motiva la declaración del estado de alarma se altera temporalmente el esquema normal de distribución competencial, de modo que aquella se residencia en el Gobierno del Estado, aunque la Comunidad Autónoma afectada disponga en la materia de competencias exclusivas o, como sucede en la materia sanitaria, de desarrollo de la legislación básica.

A este respecto, el artículo 4 del citado Real Decreto 463/2020 designó inicialmente a los titulares de distintos departamentos ministeriales como autoridades delegadas competentes, entre ellos al Ministro de Sanidad, que en el ejercicio de esta delegación pueden dictar las órdenes, resoluciones, disposiciones e instrucciones interpretativas necesarias “para garantizar la prestación de todos los servicios ordinarios o extraordinarios, en orden a la protección de bienes y lugares, mediante la adopción de cualquiera de las medidas previstas en el artículo 11 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio”.

Sin perjuicio de ello, el artículo 6 del Real Decreto 463/2020 prevé que, en el marco de las órdenes directas de la autoridad competente, cada Administración conserva las competencias que le atribuye la legislación vigente en la gestión ordinaria de sus servicios para adoptar las medidas que estime necesarias, sin perjuicio de lo establecido en sus artículos 4 y 5.

Pues bien, las consideraciones anteriores permiten descartar en este período la responsabilidad patrimonial de la Administración Autonómica, que no tuvo intervención alguna en la adopción de medidas de contención en el ámbito de las actividades de hostelería y restauración durante la vigencia del primer estado de alarma, ya que esta decisión fue adoptada, al amparo de la Ley Orgánica 4/1981, por el propio Real Decreto 463/2020, cuyo artículo 10, en su apartado 4, estableció que “Se suspenden las actividades de hostelería y restauración, pudiendo prestarse exclusivamente los servicios de entrega a domicilio”.



Sin perjuicio de la falta de competencia de la Comunidad Autónoma para la adopción de aquellas medidas, hay que recordar, en todo caso, que en la Sentencia 148/2021, de 14 de julio, el Tribunal Constitucional ha considerado que la restricción extraordinaria del derecho fundamental a la libertad de empresa que se estableció en los apartados 1, 3 y 4 del artículo 10 del Real Decreto 463/2020, contó con fundamento en la Ley Orgánica 4/1981 a la que remite el artículo 116.1 CE, y no resultó desproporcionada, por lo que rechaza la pretensión de inconstitucionalidad formulada respecto a ellas “en la medida en que cuentan con suficiente respaldo constitucional, tienen capacidad para obligar tanto a los ciudadanos como a los poderes públicos (art. 9.1 CE), lo que se traduce en un correlativo deber de soportar dichas limitaciones, en atención a la gravedad de los bienes que se pretende proteger”.

A este respecto la citada Sentencia indica que:

“No hay duda de que las mencionadas reglas del art. 10 constriñen intensísimamente, con carácter temporal, el libre mantenimiento de la actividad empresarial en algunos de los sectores directamente concernidos. Pero como se ha señalado anteriormente, el estado de alarma puede justificar `excepciones o modificaciones pro tempore en la aplicabilidad´ ordinaria de determinadas normas del ordenamiento vigente (STC 83/2016, FJ 9), siempre que se orienten a la protección de otros bienes de relevancia constitucional, cuenten con soporte en la LOAES, y resulten razonablemente adecuadas y necesarias a tal propósito.

»La primera de estas condiciones concurre en las decisiones adoptadas en los apartados ahora discutidos del art. 10, pues con estas medidas se procuró, limitando la concentración de personas, atajar o contener la propagación del virus y proteger tanto la salud de todos como la suficiencia del sistema sanitario nacional (art. 43.1 y 2 CE). Tales decisiones se adoptaron con fundamento en el artículo 12.1 LOAES y, por su remisión, en los artículos 26.1 de la Ley 14/1986, general de sanidad, y 54. 2 (letras c] y d]) de la Ley 33/2011, general de salud pública. Ambos preceptos legales prevén expresamente, como quedó dicho en el fundamento anterior, la posible `suspensión del ejercicio de actividades´, así como `cierres de Empresas´ o el `cierre preventivo de... instalaciones, establecimientos, servicios e industrias´ cuando las circunstancias en ellos descritas (`riesgo inminente y extraordinario para la salud´, en la primera de estas disposiciones, y `motivos de extraordinaria gravedad o urgencia´, en la



segunda) lo justifiquen. No cabe dudar que circunstancias de ese tipo fueron las que justificaron las medidas que ahora se consideran (...).

»(...) Se imponen, así, unas reglas que, por su propia estructura y pese a su amplísimo alcance, se ajustan más a la naturaleza de una limitación muy intensa que a la de una suspensión general.

»Tanto la decisión de suspender determinadas actividades empresariales con afluencia de clientes (número 4), como la de hacer otro tanto respecto de la apertura al público de establecimientos, servicios o instalaciones (números 1 y 3), aparecen pues como idóneas y necesarias para frenar la expansión de la epidemia y revertir sus daños. Basta con remitirnos de nuevo a lo ya razonado, y con recordar que otros países europeos adoptaron medidas análogas por las mismas fechas (por todas, Reglamento BGBI. II núm. 96/2020, de 16 de abril, del ministro federal de Asuntos Sociales, Asistencia y Protección de los Consumidores del Gobierno austriaco en relación con las medidas provisionales para evitar la propagación del COVID-19)".

7ª.- En segundo lugar, tampoco serían imputables a la Administración de la Comunidad de Castilla y León los daños que se invocan en el período de vigencia del estado de alarma declarado mediante el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, que fue prorrogado durante 6 meses por el Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, hasta las 00:00 horas del día 9 de mayo de 2021, más allá por tanto del 31 de diciembre de 2020, fecha que delimita temporalmente el daño reclamado en el presente supuesto por el interesado.

El Real Decreto 926/2020, a diferencia del anterior, no prevé una suspensión generalizada de las actividades ni un confinamiento domiciliario, pero sí que establece una serie de medidas restrictivas a la circulación en horario nocturno, a la entrada y salida de personas en Comunidades Autónomas o ámbitos inferiores, límites a la participación en grupos y a la permanencia en lugares de culto.

A su vez, en su artículo 2, el citado Real Decreto dispuso lo siguiente:

"1. A los efectos del estado de alarma, la autoridad competente será el Gobierno de la Nación.



»2. En cada comunidad autónoma y ciudad con Estatuto de autonomía, la autoridad competente delegada será quien ostente la presidencia de la comunidad autónoma o ciudad con Estatuto de autonomía, en los términos establecidos en este real decreto.

»3. Las autoridades competentes delegadas quedan habilitadas para dictar, por delegación del Gobierno de la Nación, las órdenes, resoluciones y disposiciones para la aplicación de lo previsto en los artículos 5 a 11. Para ello, no será precisa la tramitación de procedimiento administrativo alguno ni será de aplicación lo previsto en el segundo párrafo del artículo 8.6 y en el artículo 10.8 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa”.

La Sentencia del Tribunal Constitucional nº 183/2021, de 27 de octubre, recaída en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el Real Decreto 926/2020, estima las pretensiones de inconstitucionalidad relativas a la duración de los seis meses de la prórroga autorizada por el Congreso de los Diputados y al régimen de delegación que efectuó el Gobierno del Estado en los presidentes de las Comunidades Autónomas, al desconocer la esencia de la posición institucional del Congreso y del Gobierno y de las relaciones entre ambos poderes, durante la vigencia del estado de alarma y de su prórroga.

Declara la Sentencia que “La delegación acordada, (...) no respondió a lo que es propio de un acto de tal naturaleza (...), que implica que el delegante, en cuanto titular y responsable de la potestad atribuida, establezca, al menos, los criterios o instrucciones generales que deba seguir el delegado para la aplicación de las medidas aprobadas; para el control que haya de ejercer durante su aplicación; y, por último, para la valoración y revisión final de lo actuado”.

De este modo, la Sentencia vuelve a poner el acento en que, también durante la vigencia del estado de alarma declarado mediante el Real Decreto 926/2020, es el Gobierno del Estado la autoridad responsable de la adopción de las medidas restrictivas o limitativas de derechos fundamentales, y declara por ello la inconstitucionalidad de los apartados 2 y 3 del artículo 2, y la de aquellos que permitían a la autoridad delegada fijar limitaciones en cuanto a su contenido (apartado 2 de los artículos 5, 6, 7, 8; artículo 9.1 -salvo el inciso inicial de su párrafo segundo- y 9.2 -salvo su párrafo primero-; artículo 10; y artículo 11).



Aun así, la declaración de inconstitucionalidad no implica por sí sola, la nulidad de los actos y disposiciones dictados por las autoridades de la Comunidad Autónoma, pues la Sentencia precisa el alcance de su pronunciamiento en el sentido de que “Esta declaración de inconstitucionalidad y nulidad no afecta por sí sola, de manera directa, a los actos y disposiciones dictados sobre la base de tales reglas durante su vigencia. Ello sin perjuicio de que tal afectación pudiera, llegado el caso, ser apreciada por los órganos judiciales que estuvieran conociendo o llegaran aún a conocer de pretensiones al respecto, siempre conforme a lo dispuesto en la legislación general aplicable y a lo establecido, específicamente, en el art. 40.1 LOTC”.

Sin perjuicio de lo expuesto, hay que recordar aquí también que la STC 183/2021 desestima las impugnaciones formuladas contra las limitaciones de derechos fundamentales establecidas en los artículos 5 a 8 del Real Decreto 926/2020, a las que la reclamante atribuye la producción del daño, por haberse ajustado al principio de proporcionalidad en su determinación. En concreto, se trata de la limitación de la libertad de circulación en horario nocturno, la restricción de entrada y salida de personas en comunidades autónomas o en ámbitos territoriales inferiores, así como la limitación de la permanencia de grupos de personas tanto en espacios públicos como privados. Considera el Tribunal a este respecto que la medida de restricción de la movilidad ha superado el juicio de proporcionalidad, ya que “resultó adecuada porque era apta para dar cumplimiento a una finalidad legítima como era la de reducir sustancialmente la movilidad del virus” y “necesaria para hacer frente a las constatadas mutaciones del virus y a su creciente propagación, como también al previsible incremento de la presión asistencial y hospitalaria”. Asimismo, la limitación de la permanencia de grupos de personas en espacios públicos y privados y en lugares de culto se considera como “una medida necesaria y adecuada con los mismos argumentos citados anteriormente”.

8ª.- Resta por analizar la pretensión referida al período intermedio entre los dos estados de alarma.

Hay que partir de que el 21 de junio de 2020 finalizó el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de modo que se restableció el marco jurídico ordinario y las Comunidades Autónomas volvieron a ejercer las competencias atribuidas que habían sido ejercidas por la Administración General del Estado durante aquel tiempo extraordinario.



Ahora bien, aunque finalizó el estado de alarma, no lo hizo la crisis sanitaria provocada por la pandemia, por lo que el Gobierno aprobó el llamado Real Decreto-ley de la "nueva normalidad", 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. Así, las medidas de sus capítulos II a VII y de la disposición adicional sexta resultaron de aplicación en todo el territorio nacional hasta que el Gobierno declarara de manera motivada y de acuerdo con la evidencia científica disponible, previo informe del Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias, la finalización de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (El Real Decreto-ley 21/2020 quedó implícitamente derogado por la Ley 2/2021, de 29 de marzo).

Según el preámbulo del citado real decreto-ley, esta norma responde a la finalidad de establecimiento de un deber general de cautela y protección que afiance comportamientos de prevención en el conjunto de la población, así como a la adopción de una serie de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación, dirigidas a garantizar el derecho a la vida y a la protección de salud mientras perdure la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, una vez expirada la vigencia del estado de alarma y de las medidas extraordinarias de contención, incluidas las limitativas de la libertad de circulación, establecidas al amparo de aquel.

En cuanto a las actividades de hostelería y restauración, su artículo 13 establece 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".

Pues bien, junto a ello y a las actuaciones coordinadas declaradas en los acuerdos del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, se hace referencia en la reclamación a una serie de decisiones que adopta la Comunidad de Castilla y León durante este período intermedio: Acuerdos de



la Junta de Castilla y León 29/2020, 43/2020, 46/2020, 63/2020, 71/2020 y 73/2020, y la Orden SAN 1117/2020, a cuyo contenido se hizo referencia en el antecedente de hecho primero de este dictamen.

En definitiva, junto al llamado “toque de queda” al que se refiere el Acuerdo 73/2020, se trata de diversas medidas encaminadas a evitar la propagación del virus mediante actuaciones preventivas de distanciamiento entre personas, uso de mascarillas, limitación de aforos, prohibiciones o límites al consumo en barra u ocupación máxima de las mesas, y mediante el control de su cumplimiento por parte de los titulares de los establecimientos hosteleros.

La cobertura legal de la adopción de estas medidas, necesaria por sus implicaciones con el derecho a la libertad de empresa, puede encontrarse en diversos preceptos. Así, el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (“Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible”); el artículo 26.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (“En caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, las autoridades sanitarias adoptarán las medidas preventivas que estimen pertinentes, tales como la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de Empresas o sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas); y el artículo 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, sobre “Medidas especiales y cautelares” (“1. Sin perjuicio de las medidas previstas en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, con carácter excepcional y cuando así lo requieran motivos de extraordinaria gravedad o urgencia, la Administración General del Estado y las de las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán adoptar cuantas medidas sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la ley. 2. En particular, sin perjuicio de lo previsto en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, la autoridad competente podrá adoptar, mediante resolución motivada, las siguientes medidas: (...) c) El cierre preventivo de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias. d) La suspensión del ejercicio de actividades. e) La determinación de



condiciones previas en cualquier fase de la fabricación o comercialización de productos y sustancias, así como del funcionamiento de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias a que se refiere esta ley, con la finalidad de corregir las deficiencias detectadas. f) Cualquier otra medida ajustada a la legalidad vigente si existen indicios racionales de riesgo para la salud incluida la suspensión de actuaciones de acuerdo a lo establecido en el Título II de esta ley”).

Tales medidas están sujetas a dos condicionantes: la temporalidad, pues su duración no puede exceder del tiempo exigido por la situación de riesgo que las motiva, tal como indican los artículos 26.2 de la Ley 14/1986 y 54.3 de la Ley 33/2011, y la proporcionalidad, a la que alude expresamente el último de los preceptos citados, como manifestación del principio de pertinencia del artículo 3.c) de la misma Ley, a cuyo tenor “Las actuaciones de salud pública atenderán a la magnitud de los problemas de salud que pretenden corregir, justificando su necesidad de acuerdo con los criterios de proporcionalidad, eficiencia y sostenibilidad”.

Pues bien, para determinar la relación de causalidad entre las medidas adoptadas y el daño alegado, hay que partir de que la carga de la prueba pesa sobre la parte reclamante de acuerdo con los viejos aforismos *necessitas probandi incumbit ei qui agit* y *onus probandi incumbit actori*, y con el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La Administración, por su parte, deberá probar los hechos que, en su caso, desvirtúen los alegados. Ello, sin perjuicio de que la regla pueda intensificarse o alterarse, según los casos, en aplicación del principio de la buena fe en su vertiente procesal, mediante el criterio de la facilidad, cuando hay datos de hecho que resultan de clara facilidad probatoria para una de las partes y de difícil acreditación para la otra (Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de enero, 5 de febrero y 19 de febrero de 1990, y 2 de noviembre de 1992, entre otras).

En este caso, el reclamante no ha acreditado que las medidas adoptadas en este “periodo intermedio” no fueran adecuadas para la consecución de la finalidad que fundamentaba su adopción, pues no aporta prueba que cuestione fehacientemente su eficacia o utilidad. Tampoco consta su impugnación en el momento oportuno por parte de la entidad reclamante.

Frente a ello, el detallado informe de la Dirección General de Salud Pública de la Consejería de Sanidad de 21 de marzo de 2022 (mencionado en el antecedente de hecho quinto de este dictamen) hace referencia tanto a la



evidencia científica sobre la transmisión de la infección por SARS-CoV-2 por vía de aerosoles, que se alcanzó ya en este período de la pandemia, como a la importancia de las medidas preventivas en las que se incardinan la mayoría de aquellas a las que el reclamante imputa el daño.

Indica al respecto que “desde el inicio de la pandemia el 11 de marzo de 2020 hasta finales de diciembre de 2020, no existía en España ni un tratamiento curativo ni vacunas, por lo que las medidas disponibles eran aquellas medidas preventivas de tipo individual y colectivo, que trataban de evitar comportamientos que generen riesgos de propagación o exigir determinadas condiciones de prestación de servicios para prevenir y minimizar posibles riesgos de contagio. Entre las medidas de uso individual son esenciales el uso de la mascarilla, el mantenimiento de la distancia interpersonal, la etiqueta respiratoria y la higiene de manos. Si bien, estas medidas deben ser reforzadas con medidas de carácter colectivo como son aquellas dirigidas a reducir el número de personas que pueden concentrarse (...) en lugares como ceremonias nupciales y otras celebraciones religiosas o civiles; establecimientos de hostelería y restauración y sociedades gastronómicas, zonas comunes de hoteles y alojamientos turísticos; actividades e instalaciones deportivas, bibliotecas, archivos, museos, salas de exposiciones y monumentos; actividades y eventos deportivos; actividades de tiempo libre dirigidas a la población infantil y juvenil así como reuniones de carácter privado o familiar, medidas que se han aplicado con carácter más o menos restrictivo, tratando de adecuarlas a la realidad epidemiológica de cada momento y siempre con una visión preventiva, tratando de evitar que la situación llegue a un grado de descontrol que ponga en grave riesgo la salud y las capacidades del sistema sanitario para responder a las necesidades asistenciales”.

A continuación el referido informe recoge la relación de medidas acordadas una vez finalizado el primer estado de alarma, y sitúa cada una de ellas dentro del contexto epidemiológico existente en el momento de su adopción, con el propósito de “poner de manifiesto como las medidas sanitarias no farmacológicas acordadas por la Administración autonómica han sido acordes en todo momento con la situación epidemiológica, siendo más contundentes ante el aumento de la incidencia y más laxas con ocasión de su disminución”. Así, por semanas epidemiológicas, que en el período al que ahora nos referimos comprende desde la semana 26 a la 43, desglosa la incidencia acumulada de casos, semanal y a 14 días, por cada 100.000 habitantes, y las tasas de ocupación de hospitales por pacientes con Covid, en planta y en UCI. De los datos que aporta resulta que apenas un mes



después de la finalización del estado de alarma, se aprecia un ascenso en la incidencia, y ya en “la semana epidemiológica 31/2020 (27/07-02/08): Se diagnostican 530 casos nuevos (...) triplicándose los casos diagnosticados con respecto a la semana anterior, (...). Esta semana puede considerarse inicio de la ‘segunda onda epidémica’, que alcanzará su nivel más alto en el mes de noviembre. La tendencia progresiva ascendente de los indicadores, tal como se pone de manifiesto en el recorrido cronológico que se realiza en los siguientes puntos, provoca una cascada de medidas sanitarias aplicables en todo o parte del territorio, que se irán aplicando hasta la aprobación del documento de actuaciones de respuesta coordinada en el seno del Consejo Interterritorial de Salud en la semana 43 [19 al 25 de octubre de 2020]. Dichas medidas consistían en el cierre perimetral de diversos municipios, la limitación del número de personas en las reuniones, la suspensión de visitas a residencias, la prohibición de actividad en las peñas o la limitación del horario de cierre de los establecimientos de hostelería y restauración, ocio nocturno y juego”. Es en la semana 45, del 2 al 8 de noviembre de 2020 (fuera del período que se analiza), cuando se suspende toda la actividad de restauración, en interiores y terrazas, por Acuerdo de la Junta de Castilla y León 78/2020.

Este informe de la Dirección General de Salud Pública argumenta en sus conclusiones la adecuación y proporcionalidad de las medidas adoptadas: “La literatura científica disponible sobre el impacto de las intervenciones no farmacológicas para reducir la transmisión del SARS-CoV-2 es consistente en señalar el papel de las actividades de socialización en las cuales no se puede garantizar el uso correcto de la mascarilla durante todo el tiempo, en especial cuando estas actividades ocurren en lugares interiores mal ventilados”.

A este respecto, con el fin de poner de manifiesto el papel de los establecimientos hosteleros en las dinámicas de transmisión, recoge gráfico que muestra la correlación entre la entrada en vigor de las primeras medidas generales de cierre de la hostelería en la Comunidad de Castilla y León y la evolución de la incidencia semanal de casos por 100.000 habitantes.

De acuerdo con las consideraciones anteriores, cabe concluir que no se aprecia en este período intermedio entre los dos estados de alarma, declarados por los Reales Decretos 463/2020 y 926/2020, la concurrencia de los presupuestos exigidos por la ley para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Autónoma, puesto que, de acuerdo con los informes técnicos incorporados al expediente y en atención a la cláusula de



progreso recogida en el artículo 34.1 de la LRJSP, aquella adoptó las medidas preventivas que los conocimientos científicos disponibles revelaban como más eficaces para evitar la propagación de la enfermedad y la saturación del sistema sanitario en ejercicio de sus competencias sobre protección de la salud pública.

III CONCLUSIONES

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa:

Procede dictar resolución desestimatoria en el procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada a instancia de D. yyy1, representada por D. yyy2, debido a los daños y perjuicios derivados de las medidas adoptadas en relación con la hostelería por la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

No obstante, V.E. resolverá lo que estime más acertado.