



Sr. S. de Vega, Presidente

Sr. Ramos Antón, Consejero y
ponente

Sra. Ares González, Consejera

Sr. Herrera Campo, Consejero

Sr. Píriz Urueña, Secretario

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 22 de diciembre de 2022, ha examinado el *expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por qqqq, S.L., representada por D. yyy1 y D. yyy2*, y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN 638/2022

I

ANTECEDENTES DE HECHO

El día 28 de noviembre 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 qqqq, S.L., representada por D. yyy1 y 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.

Examinada la solicitud y admitida a trámite el 1 de diciembre de 2022, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 638/2022, 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 la 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. Ramos Antón.

Primero.- El 23 de octubre de 2021 la mercantil qqqq, S.L., representada por D. yyy1 y D. yyy2, presenta una reclamación de responsabilidad patrimonial frente la Administración Autonómica, por los daños y perjuicios causados en su actividad económica, como titular de un negocio de hostelería catalogado como bar de categoría especial, sito en la



calle cccc, nº 4, de xxxx, por las medidas adoptadas como consecuencia de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

Considera que las medidas, limitaciones y prohibiciones adoptadas por las Administración Autónoma en el período intermedio entre los estados de alarma declarados por los reales decretos 463/2020, de 14 de marzo y 926/2020, de 25 de octubre (que se extienden desde la aprobación del Acuerdo 29/2020, de 19 de junio, 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, hasta la Orden SAN/1118/2020, de 19 de octubre, que prorroga el cierre perimetral de la Orden SAN/1045/2020, de 6 de octubre para el municipio de xxxx), han determinado la limitación del ejercicio normal de su actividad económica, que se ha visto perjudicada por los cierres perimetrales y limitaciones de aforos, en terraza e interior, que suponen restricciones injustificadas a la libertad de empresa.

Cifra la indemnización que reclama por los perjuicios a su negocio en ese período en un total de 6.776,06 euros.

Para fundamentar su pretensión, la reclamante hace un recorrido por las principales disposiciones autonómicas adoptadas en este período, denominado de "nueva normalidad", posterior al primer estado de alarma, que abarca desde el 22 de junio hasta el 25 de octubre de 2020, con particular referencia a las siguientes:

- 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.

- Orden SAN/737/2020, de 31 de julio, por la que se adoptan medidas sanitarias preventivas adicionales para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la Covid19 en la Comunidad de Castilla y León, que limitó el horario de apertura de los establecimientos de hostelería y restauración hasta las 01:30 horas.



- 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 en cuanto a los locales de ocio, dispuso el cierre de discotecas, salas de baile y bares de copas con y sin actuaciones musicales en directo.

- 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. Se establece como horario de cierre de estos establecimientos la 01:00 horas como máximo, sin que puedan admitirse nuevos clientes a partir de las 00:00 horas. A su vez, dispone el cierre de discotecas y resto de establecimientos regulados en el apartado B.5 del Anexo de la Ley 7/2006, de 2 de octubre, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas de la Comunidad de Castilla y León, si bien permitía la apertura de las terrazas al aire libre de estos establecimientos, si las hubiera, en las mismas condiciones que el resto de terrazas de establecimientos de hostelería y restauración.

- Acuerdo 63/2020 de 02 de octubre, 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 30 de septiembre de 2020, mediante la que se aprueba la declaración de actuaciones coordinadas en salud pública para responder ante situaciones de especial riesgo por transmisión no controlada de infecciones causadas por el SARS-CoV2. Este Acuerdo disponía un aforo máximo del 50 % en interiores y 60 % en exteriores y prohíbe el consumo en barra. Establece una distancia de, al menos, 1,5 metros entre mesas, con una ocupación máxima de seis personas por mesa o agrupación. Además, no podrían admitirse nuevos clientes a partir de las 22:00 horas y la hora de cierre no podrá superar las 23:00 horas.



- Orden SAN/1045/2020, de 6 de octubre, adoptada en ejecución de la citada Orden comunicada del Ministro de Sanidad de 30 de septiembre de 2020. Esta Orden restringe la entrada y salida de personas en el municipio de xxxx y rebajó al 50 % el aforo en exteriores.

- Acuerdo 71/2020, de 15 de octubre, de la Junta de Castilla y León, por el que se modifica el Plan de Medidas de Prevención y Control para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, aprobado por Acuerdo 46/2020, de 20 de agosto (modificado previamente por el 64/2020). Solo se permitía el 75 % del aforo en el caso de salas de hasta 40 comensales y del 50 % en el caso de más de 40 comensales. El consumo dentro del local solo podía realizarse en mesa y en el interior y en las terrazas debía garantizarse una distancia mínima entre mesas o agrupaciones de mesas de 1,5 metros, con un máximo de 6 personas por mesa o agrupación.

- Orden SAN/1118/2020, de 19 de octubre, que prorroga el cierre perimetral adoptado en la Orden SAN/1045/2020, de 6 de octubre, para el municipio de xxxx, desde las 00.00 horas del día 21 de octubre de 2020 durante 14 días naturales y mantiene las medidas de limitación del aforo en la actividad de hostelería y restauración al 50 %, tanto en interiores como exteriores.

Ahora bien, la estimación de la incidencia temporal de esta última Orden la limita la reclamante a un período de 4 días, desde el 21 de octubre hasta las 00:00 horas del día 25 de octubre de 2020, en el que finaliza el período al que se extiende su reclamación.

Al escrito de reclamación le acompaña informe pericial de valoración de los perjuicios económicos de fecha 20 de octubre de 2021. A instancia de la Administración, la reclamante aporta documentación acreditativa de la representación.

Segundo.- El 16 de mayo de 2022 se admite a trámite la reclamación y se nombra instructor del expediente.

Tercero.- En el período de prueba se requiere de la reclamante la aportación de póliza de seguro e información sobre los ERTE solicitados. El 1 de junio aporta la póliza de seguro.



En esta fase se incorpora de oficio al expediente el resultado de la consulta efectuada al Sistema Nacional de Publicidad de Subvenciones y Ayudas Públicas, de acuerdo con la cual la mercantil reclamante ha sido beneficiaría de una serie de ayudas relacionadas con la crisis del COVID-19 por importe de 57.452,88 euros.

Cuarto.- El 10 de junio de 2022 la Dirección General de Salud Pública de la Consejería de Sanidad emite informe en el 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 7 de noviembre de 2020; y el impacto en el control de la transmisión de la enfermedad de las medidas no farmacológicas adoptadas.

Quinto.- Concedido trámite de audiencia a la reclamante el 13 de junio, no consta la presentación de alegaciones.

Sexto.- El 16 de noviembre de 2022 se formula propuesta de orden desestimatoria de la reclamación, por no concurrir los presupuestos del instituto de la reclamación patrimonial durante el período comprendido entre el 21 de junio y el 25 de octubre de 2020.

Séptimo.- El 21 de noviembre siguiente la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa favorablemente la propuesta.

Octavo.- El 23 de noviembre 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, 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 y se ha acreditado la representación en los términos por ella establecidos. 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.

La interesada 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 82.1 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 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 (LEF, en adelante), de modo que en función de la actuación o disposición de que se trate habrá que acudir al régimen jurídico en cada caso aplicable.

Ambas instituciones, expropiación forzosa y responsabilidad patrimonial, tienen un origen común. Quizás por ello, el precedente del régimen actual de responsabilidad patrimonial, el artículo de la 121 de la LEF, sigue en esta Ley al artículo 120, según el cual "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".

De acuerdo con ello, en la imposición de sacrificios singulares en aplicación de las medidas propias del estado de alarma, la acción administrativa se ha encaminado en ocasiones a despojar a los particulares de un elemento patrimonial en favor de la colectividad, como así parece haber ocurrido con las requisas o la ocupación de la propiedad de particulares, y ello se ha verificado sin un procedimiento previo en que se haya fijado una indemnización, obligando al particular a instar su inicio a tal fin.



Ahora bien, sin perjuicio de las diferencias entre uno y otro instituto, lo cierto es que las mismas no deberían afectar al quantum indemnizatorio, porque tanto el justiprecio expropiatorio como la indemnización por responsabilidad patrimonial se orientan por el principio de reparación integral del daño. Prueba de ello es que el propio artículo 34.2 de la LRJSP incluye entre los criterios de valoración para el cálculo de la indemnización por responsabilidad patrimonial, los de la legislación de expropiación forzosa.

En cualquier caso, la invocación por el particular de uno u otro fundamento resarcitorio, a juicio de este Consejo, no debe ser óbice para que la Administración deba tramitar el procedimiento por la vía que estime adecuada, ni parece que debiera autorizarla a desestimar la pretensión por no haberse invocado el fundamento de la indemnización que la Administración estima procedente.

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 de tales doctrinalmente 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 concurran", 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.- Expuesto lo anterior, el asunto sometido a consulta versa sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los perjuicios a la actividad económica que desarrolla la reclamante, a causa de las medidas que se adoptaron en relación con la hostelería por la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, en el período comprendido entre el día 21 de junio de 2020 y el 25 de octubre de 2020, día en el que se inicia el nuevo estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020.

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 restablece el marco jurídico ordinario y las Comunidades Autónomas vuelven a ejercer las competencias atribuidas que habían sido ejercidas por la Administración General del Estado durante aquel.

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 resultan de aplicación en todo el territorio nacional hasta que el Gobierno declare 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 RD-ley 21/2020 queda 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 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, Orden SAN/737/2020, Orden SAN/1045/2020 y Orden SAN/1118/2020, a los que se ha hecho referencia en el antecedente de hecho primero de este dictamen.

En definitiva, junto al cierre perimetral, se trata de diversas medidas encaminadas a evitar la propagación del virus mediante actuaciones preventivas de distanciamiento entre personas, limitación de aforos y del horario de apertura de los establecimientos, prohibiciones o límites al consumo en interiores y terrazas y en la ocupación máxima de las mesas.

Pues bien, 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”.

Este juicio de proporcionalidad fue realizado en las SSTC 148/2021 y 183/2021, que avalan las medidas adoptadas sobre la hostelería durante los estados de alarma declarados por los reales decretos 463/2020 y 926/2020, más intensas que las correspondientes al período intermedio analizado.

En este sentido, en la Sentencia 148/2021, de 14 de julio, el Tribunal Constitucional ha considerado que la constricción 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, indica la Sentencia 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 BGBl. 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)“.

Por su parte, la STC 183/2021 desestimó igualmente las impugnaciones formuladas contra las limitaciones de derechos fundamentales establecidas en los artículos 5 a 8 del Real Decreto 926/2020 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“.



7ª.- Así las cosas, para determinar en este supuesto 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, la reclamante no ha acreditado que las medidas adoptadas en el “periodo intermedio” entre ambos estados de alarma, 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 por parte de la reclamante.

Frente a ello, el detallado informe de la Dirección General de Salud Pública de la Consejería de Sanidad de 10 de junio de 2022 (mencionado en el antecedente de hecho cuarto 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 el período intermedio, 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 acceso a las vacunas frente a Covid-19, por lo que las medidas disponibles eran aquellas medidas preventivas de tipo individual y colectivo, que trataban de evitar comportamientos que generasen 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, entre el 21 de junio de 2020 y el 7 de noviembre de 2020, fecha en la que se declaró el nivel de alerta 4 en Castilla y León como consecuencia de la segunda onda de la pandemia, 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 este “período intermedio” al que 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 primer 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 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, de 3 de noviembre.

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 o 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 principales 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 el 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 Ley 40/2015, 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 por la mercantil qqqq, S.L., representada por D. yyy1 y 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.