

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

CURSO ACADÉMICO 2022 / 2023

FECHA: 26 JUNIO 2023.

TÍTULO:

**LA POSIBLE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA
ADMINISTRACIÓN DERIVADA DE LAS MEDIDAS
ADOPTADAS DURANTE LA PANDEMIA EN EL ÁMBITO DE
LA HOSTELERIA**

WORK TITLE:

**THE POSSIBLE PATRIMONIAL RESPONSABILITY OF
PUBLIC ADMINISTRATION RESULTING FROM MEASURES
TAKEN DURING THE PANDEMIC IN THE HOSPITALITY
SECTOR**

AUTORA:

MARTA TORRE HERRERO

DIRECTORA:

ANA SÁNCHEZ LAMELAS

INDICE

INTRODUCCION.....	4
1. MEDIDAS TENDENTES A COMPENSAR LOS DAÑOS	7
2. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL	11
2.1. HECHO IMPUTABLE A LA ADMINISTRACION Y RELACION DE CAUSALIDAD	13
2.1.1. <i>Formulas conjuntas de actuación y concurrencia en la actuación</i>	13
2.1.2. <i>Actuaciones acordadas por el gobierno y las comunidades autónomas. Lapsos temporales.....</i>	15
2.2. AUSENCIA DE FUERZA MAYOR.....	27
2.3. ANTIJURIDICIDAD DEL DAÑO	29
2.3.1. <i>Daño emergente y lucro cesante.....</i>	32
2.3.2. <i>Daño antijuridico.....</i>	34
2.3.3. <i>Principio de precaución:</i>	37
3. CONCLUSIONES.....	44
4. BIBLIOGRAFIA.....	45
4.1 CITAS.....	45
4.2 JURISPRUDENCIA DESTACADA.....	45

INTRODUCCION

El 31 de diciembre de 2019 la Oficina de la Organización Mundial de la Salud declaró la existencia de casos de una neumonía atípica de origen desconocido detectados en la ciudad de Wuhan, provincia de Hubei (China). Apenas un mes después, el COVID-19 llegó a Europa y su expansión fue imparable. Los altos niveles de contagios y la letalidad de la enfermedad hicieron que las autoridades mundiales adoptaran medidas tendentes a evitar su propagación.

España no fue una excepción y el Gobierno de la nación tuvo que adoptar medidas para hacer frente a una situación desconocida que generaba absoluta incertidumbre, por este motivo el Gobierno hizo uso de una de las figuras previstas en el art. 116 de la Constitución Española y declaró el estado de alarma y es que ante la situación de excepcionalidad que acontecía en España el principio de precaución previsto en el artículo 3 de la Ley 33/2011 de 4 de octubre adquirió especial importancia¹.

El primer estado de alarma se declaró por medio del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 adoptando medidas restrictivas y generales con el fin de evitar la expansión del virus. En virtud de lo dispuesto en este Real Decreto se limitaron los desplazamientos de los ciudadanos por todo el territorio nacional, y se establecieron limitaciones en la apertura de establecimientos y comercios. Los establecimientos de hostelería se vieron directamente afectados por lo dispuesto en el art. 10.4 del citado Real Decreto dado que se suspendió la apertura al público de las actividades de hostelería y restauración, pudiendo prestarse exclusivamente servicios de entrega a domicilio.

¹ Principio de precaución. La existencia de indicios fundados de una posible afectación grave de la salud de la población, aun cuando hubiera incertidumbre científica sobre el carácter del riesgo, determinará la cesación, prohibición o limitación de la actividad sobre la que concurren

El 21 de junio de 2020 finalizó el primer estado de alarma² pero los efectos de la pandemia no cesaron y tanto el Gobierno de España como las Comunidades Autónomas adoptaron medidas con el fin único de evitar contagios. El sector servicios y, en concreto la hostelería fue uno de los sectores en los que las medidas adoptadas tuvieron mayor incidencia. La suspensión o limitación del ejercicio normal de dicha actividad económica, los cierres totales o parciales, limitaciones de aforos, de horarios de apertura de los establecimientos y de la libertad de circulación de las personas son alguno de los ejemplos de decisiones que incidieron directamente y de manera más intensa en este sector.

La necesidad de adoptar medidas tendentes a evitar los contagios afectaba a distintos ámbitos de actividad y competencia. No solo el Gobierno de la Nación, sino también las Comunidades Autónomas y, en algunos casos las Administraciones Locales tuvieron que regular en sus respectivos ámbitos competenciales.

La evolución de la pandemia supuso que se tuvo que Decretar un segundo estado de alarma del 25 de octubre de 2020 al 9 mayo de 2021, estado declarado por el Real Decreto 926/2020. Durante este segundo estado de alarma, entre otras medidas se limitó la circulación de personas en horario nocturno (toque de queda)(Art. 5), se limitó la entrada y salida de las comunidades autónomas (cierre perimetral) (art. 6) y se limitó la permanencia de grupos de personas en espacios públicos y privados (art. 7)

Finalmente, y aún cuanto no será objeto de este estudio hemos de apuntar que tras finalizar el estado de alarma declarado por el RD 926/2020, las Comunidades Autónomas continuaron adoptando medidas justificándolas en el grado de contagios detectados en sus respectivos ámbitos territoriales y dentro del marco de la Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19 y el RD-ley 8/2021, de 4 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes

² El estado de alarma se prorrogó hasta en seis ocasiones por decisión del pleno del Congreso de los Diputados. Concretamente, las prórrogas tuvieron lugar el 25 de marzo, 9 de abril, 22 de abril, 6 de mayo, 20 de mayo y 3 de junio.

en el orden sanitario, social y jurisdiccional a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020. En concreto, en Cantabria se aprobaron varias:

1. Resolución de la Consejería de Sanidad por la que se establecen medidas sanitarias para la prevención, contención y control de la pandemia ocasionada por el Covid-19 en la Comunidad Autónoma de Cantabria (Boletín Oficial de Cantabria extraordinario nº 34 de 11 de mayo de 2021). En esta Resolución se exigía la exhibición del Certificado COVID en determinados locales de riesgo alto
2. Resolución de la Consejería de Sanidad de 14 de julio de 2021, por la que se adoptan medidas de mitigación y contención de la quinta ola en los municipios de la Comunidad Autónoma de Cantabria que superan umbrales de riesgo extremo de transmisión del virus en indicadores de incidencia acumulada etaria, positividad y concurrencia de variante Delta. (Boletín Oficial de Cantabria extraordinario nº 58, de 14 de julio de 2021)

La excepcionalidad de la situación fue puesta de manifiesto por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 183/2021 de 27 de octubre indicando que: *“No estamos en un supuesto de funcionamiento ordinario del estado de derecho, sino en una situación de crisis, propiciada (...) por la propagación de una pandemia con evolución y resultado incierto, al tiempo en que tuvo vigencia el estado de alarma”*.

La especial incidencia en la hostelería y el turismo fue reconocido por el propio Gobierno en el Plan de Refuerzo a la Hostelería, el Turismo y Comercio aprobado por el Consejo de Ministros el 22 de diciembre de 2020, mediante Real Decreto-ley 35/2020, de 22 de diciembre, dado que se aprobaron medidas urgentes de apoyo al sector turístico, la hostelería y el comercio y en materia tributaria, en el que se estableció el plan de rescate a la hostelería, comercio y turismo.

Aún a pesar de este paquete de medidas los destinatarios de las mismas las entendieron insuficientes y pusieron de manifiesto que las decisiones

que afectaban a la hostelería en ocasiones no fueron ni necesarias ni proporcionadas por lo que no excluyeron solicitar responsabilidad patrimonial a la Administración.

1. MEDIDAS TENDENTES A COMPENSAR LOS DAÑOS

Tal y como hemos puesto de manifiesto, las Administraciones Públicas fueron conscientes de la especial incidencia que las medidas adoptadas tenían en el sector de la hostelería y, en atención a ello, incluyeron diferentes medidas compensatorias: la rebaja del 50% del alquiler de instalaciones de grandes titulares, la posibilidad que los arrendadores pudieran incluir como gasto deducible la rebaja al arrendatario y la posibilidad de aplazar las deudas tributarias durante seis meses con tres de carencia de intereses. Se aprobaron rebajas fiscales, moratoria de pagos y reducciones y exoneraciones de los pagos a la Seguridad Social.

Estas medidas de apoyo estatales fueron reforzadas por las Comunidades Autónomas. A modo de ejemplo, en Cantabria se aprobaron entre otros:

- **El Decreto 50/2020**, de 31 de julio, por el que se regula la concesión directa de subvenciones para la recuperación de la actividad de los autónomos, microempresas y pequeñas empresas del sector turístico;
- **El Decreto 88/2020**, de 24 de noviembre, por el que se reguló lo concesión directa de subvenciones por SODERCAN, S.A. a las empresas y autónomos del sector de la hostelería, el turismo y otros afectados por la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (CHEQUE DE URGENCIA).
- **El Decreto 97/2020**, de 30 de diciembre, por el que se regula la concesión directa de subvenciones por SODERCAN, S.A. o las empresas y autónomos del sector de la hostelería, el turismo, el comercio minorista y ambulante afectados por lo crisis sanitario ocasionada por el COVID-19 (CHEQUE DE URGENCIA II).

- **El Decreto 30/2021**, de 12 de marzo, por el que se regula la concesión directa de subvenciones por SODERCAN, S.A. o los empresas y autónomos del sector de lo hostelería, el turismo y el comercio afectados por la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (CHEQUE DE URGENCIA III) ³. En esta última medida fue especialmente relevante dado que se aprobaron dos paquetes de ayudas por valor de 10,8 millones de euros para los autónomos y empresas de los sectores más afectados por la crisis generada por el COVID-19, concretamente los que pertenecen al ámbito de la cultura y el deporte y al del turismo, hostelería y comercio⁴

El primer paquete, dotado con 8,8 millones de euros, fue destinado a la hostelería, turismo y comercio y gestionado por la Sociedad para el desarrollo regional de Cantabria.

El segundo paquete, para el sector cultural, deportivo y de ocio, y contaba con una dotación de 2 millones de euros, gestionados por la Sociedad Regional de Cultura y Deporte.

Las cuantías individuales a percibir por los beneficiarios oscilaron entre los 800 y los 1.500 euros, que podrían ascender hasta los 2.500 euros en el caso de empresas localizadas en alguna zona confinada en las semanas anteriores a la aprobación de las ayudas.

Las ayudas serán de 1.500 euros para los negocios de ocio nocturno; bares y cafeterías; restaurante; alojamientos hoteleros y de turismo rural; campings; albergues; organizaciones de congresos etc. La misma cantidad se contempla también las empresas de los sectores cultural y deportivo.

³ Las ayudas antes enumeradas fueron las tres que más incidencia tuvieron en el sector de la hostelería, no obstante, en Cantabria también se adoptaron muchas otras que indirectamente pudieron ayudarles a paliar los efectos de la situación. A modo de ejemplo: La Resolución por la que se acuerda la publicación del Convenio de Colaboración entre la Administración del Gobierno de Cantabria, a través de las Consejerías de Economía y Hacienda y de Empleo y Políticas Sociales, y las entidades financieras LIBERBANK, S.A., CAIXABANK, S.A., BANCO SABADELL, S.A. para la formalización de préstamos para el anticipo de prestaciones por desempleo con origen en expedientes de regulación temporal de empleo consecuencia de la crisis económica provocada por el COVID-19. (4 de mayo de 2020, 8 de mayo, 26 de mayo).

⁴ BOLETÍN OFICIAL DE CANTABRIA, de 12 de marzo de 2021.

En cambio, serán de 1.000 euros para empresas de turismo activo y venta ambulante autorizada y de 800 euros para alojamientos extra hoteleros y guías de turismos.

En definitiva, las Administraciones Públicas han adoptado medidas para paliar los efectos de las medidas restrictivas, sin embargo, probablemente no hayan supuesto suficientes y la situación del colectivo afectado ha sufrido consecuencias negativas y no se ha mantenido intacta.

En relación con este punto el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria enfocó la necesidad de compensar los daños reclamados mediante la provisión de asistencia o apoyo. En concreto, el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria 73/2020 dictado con ocasión de la denegación de una medida cautelar en relación con el apartado 17.5 de la Resolución del Consejero de Sanidad relativa a la suspensión de la apertura al público de las discotecas y salas de fiestas, bares especiales, pubs y whiskerías, analiza la reparabilidad de los perjuicios económicos que se ocasionen con posibles compensaciones o ayudas. Indica el Auto:

“Cuando aludimos a la reparabilidad de los perjuicios económicos, no estamos pensando únicamente en los derivados de la ejecución de la resolución impugnada en caso de sentencia final estimatoria del recurso contencioso-administrativo (algo previsto en el art. 133.3 de la LJCA), sino, también, en las compensaciones y ayudas que pueda establecer el Estado en el marco que de una actuación de fomento y compensación, encuadrable en la reactivación de la economía que acompaña a las restricciones propias e ineludibles que se dan en situaciones tan graves como la pandemia que estamos sufriendo. No estamos hablando de medidas indemnizatorias jurídicamente obligadas (tema que no cabe analizar en este proceso), sino del binomio general restricciones necesarias por razones sanitarias/medidas de reactivación de la economía y ayudas a los sectores más afectados; binomio cuyo alcance no puede determinarse en este proceso (ni, en general, y salvo eventuales excepciones, por los tribunales); pero que es un elemento que no puede desacatarse radicalmente de la ponderación de intereses que nos ocupa.

Y algo similar haya que decir de la eventual pérdida de puestos de trabajo: podrían estar en riesgo si la medida se prolonga en el tiempo; pero es sabido que el Estado y las Comunidades autónomas han proveído medios para la salvaguarda de los empleos, medios que pueden continuar y ampliarse dentro de ese esquema restricción sanitaria/mantenimiento y reactivación de la actividad económica.”

Por otra parte, además de las medidas de fomento adoptadas por las Administraciones Públicas, en algunos casos los daños en la hostelería fueron asumidos por los seguros privados. Algunos hosteleros reclamaron la indemnización a las compañías aseguradoras por la paralización de la actividad a consecuencia de las normas que dictaron los gobiernos estatales y autonómicos a lo largo de la pandemia. Bien es cierto que el reconocimiento de esta indemnización no ha sido unánime en los tribunales dado que las compañías de seguros han alegado que en las pólizas suscritas no se cubrían este tipo de siniestros. Una de las primeras sentencias que reconoció que estos riesgos estaban cubiertos por las pólizas de seguro privado fue la sentencia de 3 febrero de 2021 de la Audiencia Provincial de Girona, que estimó y justificó la reclamación a su aseguradora de una empresa perjudicada por el cierre decretado a la raíz del COVID-19, sin vincularlo a ningún daño material⁵

Sin embargo, estas tesis son contrarias a otros pronunciamientos tales como los de la Audiencia Provincial de Granada de 21 de septiembre de 2022 y 7 de octubre de 2022⁶. Este dato es relevante ya que la exclusión de estos riesgos del contrato de seguro privado va a suponer que, en el caso de reclamación de responsabilidad patrimonial, la Administración no podrá deducirse de la cantidad reclamada la abonada por la compañía aseguradora.

⁵ En similar sentido Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Girona, Sección 1ª, de 3 de febrero de 2021, condenando a SEGURCAIXA ADESLAS a pagar 6.000 € a su asegurado. Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Girona, Sección 2ª, de 16 de junio de 2021, condenando a ZURICH a pagar 18.000 € a su asegurado.

⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 28 de febrero de 2022, SAP de Cantabria de 13 de septiembre de 2022 entre otras.

2. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

En cierto modo, ya hemos adelantado parte de las medidas adoptadas por las administraciones públicas tendentes a paliar los efectos que las medidas restrictivas supusieron en la hostelería. Ahora bien, la siguiente cuestión es determinar si las mismas son suficientes y suponen la exclusión de la posible responsabilidad patrimonial de la Administración, lo cual nos lleva a analizar presupuestos necesarios para una posible responsabilidad patrimonial de la administración.

El artículo 116.6 de la CE 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”*. Por otra parte, la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio incluye entre otros derechos, una indemnización a los que sufran daños o perjuicios⁷.

Por lo tanto, las reclamaciones de responsabilidad patrimonial que se sostengan deberán ajustarse a lo dispuesto en los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) y la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Desde el punto de vista de la doctrina y jurisprudencia emanadas en torno a este régimen, puede decirse que, para que surja la supuesta responsabilidad patrimonial de la Administración se requieren los siguientes requisitos:

a) **Un hecho imputable** a la administración, siendo suficiente por tanto con acreditar que se ha producido en el desarrollo de una actividad cuya titularidad corresponde a un ente público y **una relación de causalidad** directa y eficaz, entre el hecho que se imputa a la administración y el daño producido⁸.

⁷ Artículo 3.2 establece que *“Quienes como consecuencia de la aplicación de los actos y disposiciones adoptadas durante la vigencia de estos estados sufran, de forma directa, o en su persona, derechos o bienes, daños o perjuicios por actos que no les sean imputables, tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las leyes”*.

⁸ EVA M^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Principios de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública (artículos 139 y 141.LRJPAC), en el libro colectivo “La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública” Ed. Tirant Lo Blanch, 2ª edición, 2013, pág. 62

b) **Ausencia de fuerza mayor**, como causa ajena a la organización y diferente del caso fortuito.

c) **Un daño antijurídico** producido, en cuanto a la pérdida patrimonial injustificada, es decir, que el que lo padece no tenga el deber jurídico de soportarlo. El perjuicio patrimonial ha de ser real, evaluable económicamente, efectivo e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

El fundamento de este sistema ha cambiado de la perspectiva tradicional de la responsabilidad del individuo hacia la perspectiva de proteger los derechos patrimoniales de la persona perjudicada. Sin embargo, esto no implica eliminar el requisito de la causalidad y, por lo tanto, de la atribución de responsabilidad. El concepto central en este sistema es la lesión, es decir, una pérdida económica antijurídica.

Esta antijuridicidad no deriva del hecho de que la conducta del autor sea ilegal (antijuridicidad subjetiva) sino que deriva de que respecto de ese daño, el afectado no tenga el deber jurídico de soportarlo. De esta forma se exige para que aparezca el concepto de lesión, el perjuicio, la ausencia de causas de justificación de la producción del mismo respecto del titular y la posibilidad de imputarlo a la Administración. En definitiva es preciso que la lesión causalmente ligada a la acción u omisión pueda ser jurídicamente atribuida, en este caso, a quien constituye una persona jurídica.

Es por ello por lo que, cuando en un servicio público se ha generado un daño, no es suficiente decir que el servicio causó el problema. Es necesario establecer legalmente la responsabilidad por medio de un fundamento legal. Si el servicio público en cuestión no tiene la obligación legal de eliminar el riesgo que causó el problema, entonces no se puede atribuir legalmente el daño resultante al funcionamiento del servicio. Esto se refiere al requisito de la relación de causalidad, que no se limita solo a la conexión física entre el evento y la participación del servicio público (aspecto fáctico del requisito que se traduciría en la regla conocida como "*conditio sine quanon*"). Es necesario realizar una

evaluación posterior desde una perspectiva legal y en referencia al concepto legal de responsabilidad para determinar si existe una conexión adecuada entre los hechos y la atribución del daño a la administración. Esta evaluación se ha expresado en teorías como la causalidad adecuada o la imputación objetiva del daño, y busca realizar una evaluación racional de los hechos desde una perspectiva legal.⁹

2.1. HECHO IMPUTABLE A LA ADMINISTRACION Y RELACION DE CAUSALIDAD

2.1.1. Formulas conjuntas de actuación y concurrencia en la actuación

En primer lugar consideramos preciso determinar si los daños provocados al sector de las hostelería se han derivado de fórmulas conjuntas de actuación del Gobierno de España y de las Comunidades, o bien, por la concurrencia de la actividad de los dos Gobiernos. En atención a lo dispuesto en el art. 33.1 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre o 33.2 de la misma norma¹⁰ se

⁹ La sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2002 unifica criterios en torno al alcance de la denominada tradicionalmente responsabilidad objetiva de la Administración respecto al funcionamiento de sus servicios públicos, recordando que: « en reiterados pronunciamientos de este Tribunal Supremo (se) tiene declarado, Sentencia de 5 jun. 1998 , que "La prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquélla de la infraestructura material para su prestación no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario, como pretende el recurrente, se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico".»

Y la STS de 6 de noviembre de 1999 afirma que "Debe, pues, concluirse que para que el daño concreto producido por el funcionamiento del servicio a uno o varios particulares sea antijurídico basta con que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social. No existirá, entonces, deber alguno del perjudicado de soportar el menoscabo y, consiguientemente, la obligación de resarcir el daño o perjuicio causado por la actividad administrativa será a ella imputable".

¹⁰ "33.1. Cuando de la gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación entre varias Administraciones públicas se derive responsabilidad en los términos previstos en la presente Ley, las Administraciones intervinientes responderán frente al particular, en todo caso, de forma solidaria. El instrumento jurídico regulador de la actuación conjunta podrá determinar la distribución de la responsabilidad entre las diferentes Administraciones públicas.

distinguen dos situaciones lesivas, a las que proporciona un tratamiento diferente:

- La primera se halla en el párrafo primero y hace referencia a aquellas lesiones patrimoniales derivadas de *fórmulas conjuntas de actuación entre varias Administraciones Públicas, en cuyo caso estas han de responder de forma solidaria.*
- La segunda se halla en el párrafo segundo y contempla una cláusula residual para todos aquellos supuestos en que la producción del daño obedezca a la participación de más de una Administración sin que se derive de fórmulas conjuntas de actuación. En estos casos *la responsabilidad se fijará para cada Administración atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención,* por lo que en principio habrá que exigir la responsabilidad individualmente a cada una de las Administraciones Públicas concurrentes en función de su participación en el hecho lesivo; y sólo en el caso de que no sea posible la determinación de su participación, se podrá exigir la responsabilidad de forma solidaria como vía para facilitar el resarcimiento del daño.

Las medidas limitativas que incidieron en el sector de la hostelería no se adoptaron en atención a fórmulas conjuntas de actuación entre el Gobierno del Estado y el de la Comunidad Autónoma, por lo que debemos excluir el supuesto previsto. No nos encontraríamos ante un supuesto previsto en el art. 33.1, sino que, se trata de unas medidas encuadradas dentro del art. 33.2.

Los daños sufridos que pueden ser objeto de la reclamación de responsabilidad patrimonial se derivan de lo dispuesto en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el Estado de Alarma. En la redacción del mismo no participaron las Comunidades Autónomas, por lo que debemos de concluir que no se trata de responsabilidad patrimonial concurrente.

33.2. *En otros supuestos de concurrencia de varias Administraciones en la producción del daño, la responsabilidad se fijará para cada Administración atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención. La responsabilidad será solidaria cuando no sea posible dicha determinación.*

Además, para profundizar aún más en el tema, otras de las medidas adoptadas se dictaron por las Comunidades Autónomas por delegación, en cuyo caso, se entiende que actúa el órgano delegante, y por lo tanto a nuestro entender tampoco acontecería la requerida concurrencia. En definitiva, dado que las medidas no se derivaron de fórmulas conjuntas de actuación no parece poder encajar la situación en esta posibilidad habilitada por la ley.

Esta consideración tiene a nuestro entender gran trascendencia práctica dado que los interesados han de presentar la reclamaciones de responsabilidad ante las dos Administraciones ya que en caso contrario faltaría el agotamiento de la vía administrativa previa.

2.1.2. Actuaciones acordadas por el gobierno y las comunidades autónomas. Lapsos temporales

Una vez excluida la concurrencia consideramos necesario de determinar la Administración responsable en la adopción de las medidas que han tenido incidencia en el sector de la hostelería, por lo que a nuestro entender debemos diferenciar tres lapsos temporales:

- 1.- Desde el 14 de marzo de 2020 al día 21 de junio de 2020, fecha en la que finaliza el primer estado de alarma declarado mediante el RD 463/2020.
- 2.- Período intermedio entre ambos estados de alarma.
- 3.- Del 25 de octubre de 2020 y el 9 mayo de 2021, segundo estado de alarma declarado por el RD 926/2020.

Analizaremos a continuación las medidas adoptadas y la Administración que a nuestro entender les serían imputables los supuestos daños causados.

1.- Desde el 14 de marzo de 2020 al día 21 de junio de 2020, fecha en la que finaliza el primer estado de alarma declarado mediante el RD 463/2020:

En el artículo 4 de este Real Decreto dispone que, *a los efectos del estado de alarma, la autoridad competente será el Gobierno de la Nación*. Por otra parte, en el art. 10.4 se dispuso que se suspendían las actividades de hostelería y restauración, pudiendo prestarse exclusivamente servicios de entrega a domicilio. Por lo tanto, durante este período no se le pueden imputar a las Comunidades Autónomas las medidas adoptadas, lo que supone que no serían estas responsables en ningún caso.

Ahora bien, respecto a este periodo debemos tener en cuenta la STC 148/2021 ¹¹, de 14 de julio, que estima parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto frente al RD 463/2020 pero concluyó que las medidas previstas en el art. 10.4 no fueron desproporcionadas y descarta la responsabilidad del Estado Legislador dado que consideró que contaban con suficiente respaldo constitucional. Según el TC dichas limitaciones suponían un deber jurídico de soportar, en atención a la gravedad de los bienes que se pretende proteger, lo que supuso que se estimaron medidas adecuadas y necesarias¹².

2.- Período intermedio entre ambos estados de alarma:

La finalización del estado de alarma no supuso ni la finalización de los contagios ni la supresión de las medidas restrictivas, el Estado aprobó 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

¹¹ “*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)*”.

¹² El Consejo de Estado en el Dictamen 1129/2021, de 24 de febrero de 2022, considera que no existe responsabilidad patrimonial por el Estado Legislador por la aprobación y por la inconstitucionalidad del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma

el COVID-19. Las medidas previstas en los capítulos II a VII¹³ y de la disposición adicional sexta resultaban de aplicación en todo el territorio nacional hasta que el Gobierno declarara la finalización de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, en los términos previstos en el artículo 2 del mismo.

En este Real Decreto se incluyeron medidas específicas destinadas al sector de la hostelería en el artículo 12 y el art. 13, si bien en el apartado primero se regulaban medidas genéricas, se disponía que *las administraciones competentes deberán asegurar el cumplimiento de las normas de aforo, desinfección, prevención y acondicionamiento que aquellas determinen*, es decir, se dejaba margen para la determinación posterior de las mismas. Sin embargo, en el apartado segundo¹⁴ se disponía respecto a los hoteles y alojamientos turísticos que era preciso asegurar que en las zonas comunes de dichos establecimientos se adoptaran las medidas organizativas oportunas para evitar aglomeraciones y garantizar que, clientes y trabajadores mantuvieran una distancia de seguridad interpersonal mínima de 1,5 metros. Cuando no fuera posible mantener dicha distancia de seguridad, se debían observar las medidas de higiene adecuadas para prevenir los riesgos de contagio. Por otra parte, en

¹³ En el Capítulo II se incluyeron medidas de prevención e higiene, en concreto en el Artículo 6 uso obligatorio de mascarillas, art. 7 medidas referidas a los centros de trabajo, art. 8 centros, servicios y establecimientos sanitarios, art. 9 centros docentes, art. 10 servicios sociales, art. 11 establecimientos comerciales, artículo 14. Equipamientos culturales, espectáculos públicos y otras actividades recreativas. Artículo 15. Instalaciones para las actividades y competiciones deportivas. Artículo 16. Otros sectores de actividad. En el Capítulo III se incluyen medidas en materia de transportes, en el CAPÍTULO IV medidas relativas a medicamentos, productos sanitarios y productos necesarios para la protección de la salud. En el capítulo V Detección precoz, control de fuentes de infección y vigilancia epidemiológica. En el Capítulo VI Medidas para garantizar las capacidades del sistema sanitario y el CAPÍTULO VII Régimen sancionador

¹⁴ Artículo 12. Hoteles y alojamientos turísticos:

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

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

el art. 13.2¹⁵, referido a la hostelería y restauración se obligaba a la adopción de las medidas organizativas que resultaran necesarias para evitar aglomeraciones tanto dentro del establecimiento como en los espacios de terrazas autorizados y garantizar que, clientes y trabajadores mantuvieran una distancia de seguridad de, al menos, 1,5 metros y cuando no fuera posible mantener dicha distancia de seguridad, se observarán las medidas de higiene adecuadas para prevenir los riesgos de contagio (este RD-ley fue sustituido posteriormente por la Ley 2/2021, de 29 de marzo).

Haciendo uso del margen de actuación que les dejaba el Real Decreto Ley, las Comunidades Autónomas adoptaron diversas medidas con la finalidad de evitar la propagación del virus. No obstante, el grado de intensidad y el número de medidas adoptadas fue dispar, generalmente se referían a limitar el consumo en interiores, determinar el número máximo de ocupantes de las mesas, limitaciones de aforo en el establecimiento o restricciones en el horario.

Las Comunidades Autónomas justificaban la adopción de estas medidas en varios títulos jurídicos; el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública¹⁶ y en los artículos 26.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad¹⁷ y 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.¹⁸

¹⁵ Artículo 13. Actividades de hostelería y restauración.

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.

¹⁶ Artículo 3 de la LO 3/1986 “*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*”.

¹⁷ Artículo 26.1 de la Ley 14/1986 “*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*”.

¹⁸ Artículo 54. 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

Ahora bien, a nuestro entender, durante el este periodo la Administración del Estado tampoco estaría exenta de responsabilidad, dado que las Comunidades Autónomas actuaron, pero teniendo en cuenta lo dispuesto en 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, y de las Declaraciones de actuaciones coordinadas en salud pública que se fueron adoptando, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

Es decir, a partir del 21 de junio de 2020 (El 19 de junio para el caso de Cantabria) las Comunidades Autónomas concretaban en su territorio las medidas en función de sus datos epidemiológicos, medidas que se adoptaban motivadamente en el ejercicio de su competencia en materia de salud pública, pero respetando en todo caso las competencias de coordinación general que correspondían al Estado, y que se vinieron ejerciendo o ejecutando a través de las decisiones adoptadas en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

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:

a) La inmovilización y, si procede, el decomiso de productos y sustancias.

b) La intervención de medios materiales o personales.

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.

3. Las medidas se adoptarán previa audiencia de los interesados, salvo en caso de riesgo inminente y extraordinario para la salud de la población y su duración no excederá del tiempo exigido por la situación de riesgo que las motivó. Los gastos derivados de la adopción de medidas cautelares contempladas en el presente artículo correrán a cargo de la persona o empresa responsable.

Las medidas que se adopten deberán, en todo caso, respetar el principio de proporcionalidad.

A partir del 21 de junio de 2020, hay que hacer referencia a los Acuerdos del Consejo Interterritorial. El Consejo Interterritorial de Sistema Nacional de Salud, según la definición que recoge el artículo 69 de la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud es el órgano permanente de coordinación, cooperación, comunicación e información de los servicios de salud, entre ellos y con la Administración del Estado, que tiene como finalidad promover la cohesión del Sistema Nacional de Salud a través de la garantía efectiva de los derechos de los ciudadanos en todo el territorio del Estado. Los Acuerdos de este Consejo eran de obligado cumplimiento para todas las Comunidades Autónomas y Ciudades Autónomas conforme al segundo párrafo del artículo 151.2.a) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, dado que este Acuerdo viene referido a un ámbito material en el que la Administración General del Estado tiene atribuidas funciones de coordinación general de la sanidad, de acuerdo con el orden constitucional de distribución de competencias.

Estos Acuerdos, conforme al segundo párrafo del artículo 151.2.a) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, venían referidos a un ámbito material en el que la Administración General del Estado tiene atribuidas funciones de coordinación general de la sanidad, de acuerdo con el orden constitucional de distribución de competencias, por lo que eran de obligado cumplimiento para todas las comunidades y ciudades autónomas integrantes del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, con independencia del sentido de su voto.

El Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud acordó medidas en atención a la competencia que, con carácter exclusivo, corresponden a la Administración del Estado en materia de coordinación general de la sanidad (artículo 149.1.16 C.E) y por la atribución del artículo 65 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, el Ministro de Sanidad aprobó la declaración de actuaciones coordinadas en salud pública, con el fin de consensuar un conjunto de medidas de control y prevención, de obligado cumplimiento para las comunidades autónomas, para conseguir una unificación suficiente en la lucha

contra la pandemia evitando, con ello, diferencias en los territorios autonómicos, derivadas de la adopción por cada comunidad autónoma de acciones singularizadas según la concreta evolución de la incidencia de la enfermedad COVID-19.

El Consejo Interterritorial adoptó, entre otros y en lo que aquí nos interesa, los siguientes Acuerdos:

1.- El **14 de agosto de 2020** se aprobó el primer Acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

2.- El **30 de septiembre de 2020** se aprobó el Acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud sobre 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-Cov-2.

3.- El **22 de octubre de 2020** se aprobó el "Documento de Actuaciones de respuesta coordinada para el control de la transmisión de COVID-19", elaborado por la Ponencia de Alertas y Planes de Preparación y Respuesta, aprobado por la Comisión de Salud Pública del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud y acordado por el Pleno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. Dicho documento establece diferentes niveles de alerta (niveles 1, 2 y 3) en función de la concurrencia de diversos indicadores para la valoración del riesgo.

De hecho, el Decreto 2/2020, de 18 de junio, del Presidente de la Comunidad Autónoma, por el que se dispone la entrada de la Comunidad Autónoma en la nueva normalidad, estableció en su artículo 2 que:

“a partir de la entrada en la situación de "nueva normalidad", serán de aplicación en la Comunidad Autónoma de Cantabria las medidas

contempladas en los capítulos II, III, IV, V, VI y VII del 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, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.1. de dicho texto normativo”.

Es decir, en la Comunidad Autónoma de Cantabria se aplicaron, a partir del 19 de junio de 2020, las citadas medidas del Real Decreto 21/2020 por imposición legal estatal, ya que de acuerdo con lo establecido en su art. 2.1:

“No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, las medidas contempladas en los capítulos II, III, IV, V, VI y VII y en la disposición adicional sexta únicamente serán de aplicación en aquellas provincias, islas o unidades territoriales que hayan superado la fase III del Plan para la Transición hacia una Nueva Normalidad, y en las que hayan quedado sin efecto todas las medidas del estado de alarma, conforme a lo dispuesto en el artículo 5 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, de 14 de marzo, a excepción de lo dispuesto en el artículo 15.2 que será de aplicación desde el momento de la entrada en vigor del real decreto-ley en todo el territorio nacional”

De lo expuesto, se deduce que las actuaciones coordinadas en salud pública y las medidas tomadas y aprobadas por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, tienen por directo destinatario a las autoridades sanitarias autonómicas, como intermediario de la administración del Estado, a quienes vinculan (artículo 65.2 Ley 16/2003) y no a los ciudadanos.

A efectos de determinar el carácter vinculante y la naturaleza jurídica de estos Acuerdos consideramos de especial relevancia el Auto de la Audiencia Nacional 124/2021, Sección 8 de 17 de febrero de 2021 dictado en el procedimiento ordinario 1022/2020. De hecho, la Audiencia Nacional ha dictado múltiples pronunciamientos en el mismo sentido, por lo que traemos a colación éste a título de mero ejemplo. En el mismo se analizaba la legitimación de la Federación Catalana de Locales de Ocio Nocturno (FECALON) para impugnar

la Orden del Ministerio de Sanidad, de 14 de agosto de 2020, mediante la que se aprueba la declaración de actuaciones coordinadas en Saludo Pública para responder ante la situación de especial riesgo derivada del incremento de casos positivos por COVID 19. Con ocasión de ello se analizó la naturaleza jurídica de las actuaciones coordinadas. La Audiencia Nacional concluyó que:

“TERCERO. - Esta Sección en auto de 4 de diciembre de 2020, dictado en el recurso 1137/2020, ya se ha pronunciado denegando la legitimación de los particulares en la impugnación de una orden comunicada que 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, cuya fundamentación reproducidos:

*"(...) La declaración de actuaciones coordinadas **obliga a las Comunidades y Ciudades Autónomas, incluidas en dicha declaración**, como lo establece el artículo 65.2 de la ley 16/2003 pues "obliga a todas las partes incluidas en ella" pero no obliga directamente a los ciudadanos.*

No tiene por tanto la recurrente legitimación activa en el presente recurso y procede la inadmisión del mismo ".

En definitiva, las medidas que afectaron a la hostelería en las Comunidades Autónomas a partir del 21 de junio de 2020 fueron impuestas por la Administración Estatal en atención a su competencia de coordinación con las Comunidades Autónomas. A nuestro juicio las Declaraciones de actuaciones coordinadas adoptadas durante la gestión de la pandemia supone que durante este periodo intermedio la Administración Estatal también sería responsable de los supuestos daños causados. En el periodo intermedio las Comunidades Autónomas contaron con un margen de actuación, ahora bien, era el Estado, en atención a sus competencias de coordinación sanitaria, el que impuso determinadas decisiones en aras a evitar riesgos para la población y en atención al principio de precaución previsto en la normativa aplicable.

En Cantabria las medidas que se adoptaron y que tuvieron especial incidencia sobre la hostelería fueron las siguientes:¹⁹

¹⁹ Además de las normas mencionadas que tuvieron directa incidencia en la hostelería en Cantabria hemos de mencionar también por su afectación, aunque de forma más indirecta:

- Decreto 3/2020, de 26 de octubre, del presidente de la Comunidad Autónoma, por el que se limita la permanencia de grupos de 20 de personas en espacios públicos y privados en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

- Decreto 4/2020, de 26 de octubre, del presidente de la Comunidad Autónoma, por el que se fija la hora de comienzo y finalización de la limitación de la libertad de circulación de las personas en horario nocturno en la Comunidad Autónoma de Cantabria.

- Decreto 6/2020, de 4 de noviembre, del presidente de la Comunidad Autónoma, por el que se prorroga la limitación de entrada y salida de personas del territorio de la Comunidad Autónoma de Cantabria y se limita la entrada y salida de personas de los términos municipales en los que tengan fijada su residencia en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma.

- Decreto 8/2020, de 13 de noviembre, del presidente de la Comunidad Autónoma, por el que se fija la hora de comienzo y finalización de la limitación de la libertad de circulación de las personas en horario nocturno en la Comunidad Autónoma de Cantabria.

- Decreto 9/2020, de 17 de noviembre, del Presidente de la Comunidad Autónoma, por el que se establecen limitaciones de entrada y salida de personas tanto del territorio de la Comunidad Autónoma de Cantabria como de los términos municipales en los que tengan fijada su residencia en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma.

- Decreto 11/2020, de 1 de diciembre, del presidente de la Comunidad Autónoma, por el que prorroga la eficacia de las medidas adoptadas por Decreto 9/2020, de 17 de noviembre, de limitación de entrada y salida de personas tanto del territorio de la Comunidad Autónoma de Cantabria como de los términos municipales en los que tengan fijada su residencia en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma.

- Decreto 12/2020, de 11 de diciembre, del Presidente de la Comunidad Autónoma, por el que se prorroga la eficacia de la medida adoptada por el Decreto 8/2020, de 26 de noviembre, por el que se fija la hora de comienzo y finalización de la limitación de la libertad de circulación de las personas en horario nocturno en la Comunidad Autónoma de Cantabria; y la eficacia de la medida adoptada por el Decreto 9/2020, de 1 de diciembre, de limitación de entrada y salida de personas del territorio de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

- Decreto 13/2020, de 17 de diciembre, del presidente de la Comunidad Autónoma, por el que se adoptan medidas de limitación de la libertad de circulación de personas en horario nocturno; limitación de la permanencia de grupos de personas en espacios públicos y privados; y, limitación de entrada y salida de personas del territorio de Cantabria.

- Decreto 14/2020, de 28 de diciembre, del Presidente de la Comunidad Autónoma, de modificación del Decreto 13/2020, de 17 de diciembre, en relación con las medidas de limitación de la libertad de circulación de personas en horario nocturno, y limitación de la permanencia de grupos de personas en espacios públicos y privados en el territorio de Cantabria, los días de nochevieja y año nuevo.

- Decreto 1/2021, de 13 de enero, del Presidente de la Comunidad Autónoma, por el que se adoptan medidas de limitación de la libertad de circulación de personas en horario nocturno y limitación de entrada y salida de personas del territorio de Cantabria, al amparo de lo establecido en el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2.

- Decreto 8/2021, de 15 de marzo, del presidente de la Comunidad Autónoma, por el que se adoptan medidas de limitación de la libertad de circulación de personas en horario nocturno y limitación de entrada y salida de personas del territorio de Cantabria, al amparo de lo establecido en el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2.

- Decreto 9/2021, de 23 de marzo, del Presidente de la Comunidad Autónoma, por el que se establecen medidas temporales de limitación de la permanencia de grupos de personas en espacios públicos y privados en el territorio de Cantabria, durante la festividad de Semana Santa.

- Decreto 2/2020, de 18 de junio, del Presidente de la Comunidad Autónoma, por el que se dispone la entrada de la Comunidad Autónoma de Cantabria, en la situación de nueva normalidad.

- Resolución de la Consejería de Sanidad de 18 de junio de 2020 (Boletín Oficial de Cantabria extraordinario nº 50, de 18 de junio de 2020; corrección de errores en el Boletín Oficial de Cantabria extraordinario nº 53 de 29 de junio de 2020) por la que se establecen las medidas sanitarias aplicables en la Comunidad Autónoma de Cantabria durante el período de nueva normalidad. Esta Resolución experimentó, desde su entrada en vigor múltiples modificaciones para adaptarla a la situación epidemiológica.

No obstante, no deja de llamar la atención que las medidas aprobadas por las Comunidades Autónomas no fueron uniformes. A modo de ejemplo analizaremos las adoptadas por Cantabria, Madrid y Andalucía en idéntico periodo.

En agosto de 2020 en Cantabria y Madrid respecto al aforo se estableció un límite máximo de ocupación en los establecimientos de hostelería. Se permitía un aforo máximo del 50% de la capacidad normal del local, lo que significa que solo podía haber la mitad de las personas que normalmente se permitían en el establecimiento, sin embargo en Andalucía el aforo se ampliaba hasta el 70%.

En esta época en Cantabria se exigía que los establecimientos de hostelería llevaran un registro de los datos de contacto de los clientes, se solicitaban el nombre, el número de teléfono y, en algunos casos, la dirección de correo electrónico. Estos datos se utilizaban para facilitar el rastreo de contactos en caso de ser necesario debido a un posible brote de COVID-19. Esta exigencia no se impuso ni en Andalucía ni en Madrid.

Por otra parte, en Cantabria no se impuso un horario restringido para la hostelería. Aunque seguíamos con toque de queda. Sin embargo, en Madrid y

Andalucía se establecieron horarios de apertura y cierre para los establecimientos de hostelería para evitar aglomeraciones y controlar la propagación del virus.

En atención a lo expuesto consideramos que para el caso en que la reclamación se pueda considerar viable debería fundamentarse en la necesidad de las medidas adoptadas y la duración de las medidas, haciendo especial hincapié en la diferencia de medidas adoptadas ante situaciones iguales.

3.- Del 25 de octubre de 2020 y el 9 mayo de 2021, segundo estado de alarma declarado por el RD 926/2020.

En este Real Decreto se incluyeron medidas tales como la limitación de circulación en horario nocturno, la movilidad entre Comunidades Autónomas, la permanencia en determinados lugares o el número de grupos.

Este Real Decreto difiere del primero en un aspecto clave, se determinó que la autoridad competente para adoptar las medias era el presidente de la Comunidad Autónoma. Sin embargo, esta atribución fue declarada inconstitucional por la STC 183/2021, de 27 de octubre, en concreto los apartados 2 y 3 del artículo 2, por lo que durante este periodo, la responsabilidad de la Administración autonómica se limitaría a aquellas actuaciones tomadas en el ejercicio de sus competencias no delegadas.

A nuestro entender durante este periodo la autoridad responsable de la adopción de las medidas restrictivas o limitativas de derechos fundamentales para la aplicación de lo previsto en los artículos 5 a11 del RD 926/2020 sería el Estado y no las Comunidades Autónomas.

Sin embargo, la imputación de la Administración del Estado carece de relevancia dado que la STC 183/2021 consideró que las limitaciones previstas en el artículo 5 (limitación de la libertad de circulación de las personas en horario nocturno), artículo 6 (limitación de la entrada y salida en las comunidades autónomas y ciudades con Estatuto de autonomía) y art 7 (limitación de la

permanencia de grupos de personas en espacios públicos y privados) se consideraron proporcionales al entender que eran adecuadas porque eran aptas *“para dar cumplimiento a una finalidad legítima como era la de reducir sustancialmente la movilidad del virus”* y necesarias *“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”*.

Ahora bien, durante este periodo las Comunidades Autónomas adoptaron decisiones además, de las adoptadas por delegación, de esta forma el Real Decreto posibilitaba tal actuación en el art. 6.2; *“durante la vigencia del estado de alarma, las administraciones sanitarias competentes en salud pública, en lo no previsto en esta norma, deberán continuar adoptando las medidas necesarias para afrontar la situación de emergencia de salud pública ocasionada por la COVID-19, con arreglo a la legislación sanitaria, en particular, la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, así como en la normativa autonómica correspondiente”*.

2.2. AUSENCIA DE FUERZA MAYOR

La Responsabilidad alcanza todos los daños producidos por la Administración siempre y cuando no tengan los ciudadanos, como hemos dicho, el deber jurídico de soportar, y excepto en aquellos casos en los que se considera que existe fuerza mayor, es decir, casos en los que la causa no es previsible o que siendo previsible es inevitable. En estos casos, no se niega la existencia del daño producido, sino que simplemente se considera que la Administración no se puede hacer responsable de esos daños causados por falta de relación de causalidad. Estos supuestos están amparados por el artículo 106.2 de la Constitución Española y por el artículo 32.1 de la Ley 40/2015

Podemos definir la fuerza mayor como un elemento exterior que rompe el vínculo causal entre la actuación administrativa y el daño producido, se

caracteriza por ser imprevisible, irresistible y ajena a la voluntad de quien la invoca y su prueba corresponde a la Administración²⁰.

El coronavirus se trata de una nueva enfermedad que ha ocasionado una pandemia mundial motivada por un virus denominado COVID-19. La Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2002 (recurso 1729/1998), señaló que, aunque el concepto de fuerza mayor esté perfectamente definido en el plano teórico, su concreción es extremadamente casuística. Así, una reiterada jurisprudencia recoge el concepto clásico de la fuerza mayor como “*el acontecimiento externo que no pudo preverse o, que, de haberse previsto, fuera inevitable*”.

Como ya hemos expuesto anteriormente la relación de causalidad puede romperse por la existencia de un evento constitutivo de fuerza mayor. Según la doctrina jurisprudencial, son constitutivos de fuerza mayor los acontecimientos imprevisibles e inevitables, o en caso de ser previstos, que excedan de los riesgos propios de la empresa, esto es de los derivados de la propia naturaleza de los servicios públicos o los acontecimientos realmente anormales y extraños a las previsiones típicas de cada actividad o servicio, según su propia naturaleza.

En el caso de los daños ocasionados como consecuencia de las medidas adoptadas para frenar la expansión del virus podrían concurrir los requisitos para considerarla fuerza mayor dado que su aparición fue imprevisible según los expertos en ciencia; además, aun pudiendo ser hipotéticamente previsible, fue, sin embargo, inevitable; y, por último, la causa que lo motivó fue extraño e independiente de la actuación administrativa. Se trataba de una enfermedad nueva cuyo agente causante fue identificado por primera vez el 7 de enero de 2020 y el día 30 de enero de 2020 la Organización Mundial de la Salud declaró el brote como una Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional pasando el 11 de marzo de 2020, a tener la calificación de una

²⁰ JOSE MARIA PEREZ MONGUÍO, “La fuerza mayor en la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública”, en *Panorama jurídico de las Administraciones Públicas en el Siglo XXI: Homenaje al Profesor Eduardo Roca Roca*, INAP, Madrid, 2002, págs. 1123-1136.) y EVA M^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN, (op. cit) pág. 72

pandemia global. Por tanto, en un primer acercamiento podríamos concluir que se dieron los requisitos necesarios para apreciar la existencia de fuerza mayor, imprevisible e irresistible y completamente extraña a esta Administración, es decir, se rompería el nexo causal para ser imputable a las Administraciones Públicas.

2.3. ANTIJURIDICIDAD DEL DAÑO

En cuanto al daño causado como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, la jurisprudencia ha declarado, reiteradamente, que, es necesario que el mismo sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado, debiendo, además, en cualquier caso, quedar suficientemente acreditado, no pudiéndose concretar una indemnización sobre parámetros posibles o hipotéticos.

No cabe plantearse una posible responsabilidad de la Administración sin la existencia de un daño real y efectivo a quien solicita ser indemnizado. Así, las Sentencias de 13 de febrero de 2018 (recurso 597/2017) y de 17 de noviembre de 2020 (recurso 443/2019) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo - Sentencias de 1 de febrero de 2012 (recurso 280/2009) y 30 de diciembre de 2013 (recurso 300/2008)- señalan que *“la existencia de un daño real y efectivo, no traducible en meras especulaciones o expectativas, constituye el núcleo esencial de la responsabilidad patrimonial traducible en una indemnización económica individualizada, de tal manera que resulte lesionado el ámbito patrimonial del interesado que es quién a su vez ha de soportar la carga de la prueba de la realidad del daño efectivamente causado”*.

Los posibles daños sufridos en el sector de la hostelería como consecuencia de las decisiones que se imputa a la Administración estatal y a la autonómica podrían referirse a:

- a) Gastos fijos soportados con independencia de haber estado cerrado el negocio, incluso aquellos productos perecederos que se compraron como provisión con anterioridad al conocimiento del estado de alarma.
- b) Pérdidas económicas a consecuencia del escalonamiento de la autorización de reaperturas con limitaciones de aforo y ocupación.
- c) Pérdida de clientes a consecuencia del cierre de fronteras (no fluctuación del turismo)
- d) Limitación del uso de sus propias instalaciones, reduciendo su disfrute a las terrazas, lo que también supone una pérdida del número de clientes. Así mismo, tuvieron que soportar unos costes adicionales para la implantación de infraestructuras a exigencias de la normativa para cumplir con las medidas de distanciamiento social o prevención sanitaria (geles hidroalcohólicos, mamparas, cámaras termográficas, etc.)
- e) Costes directos enfocados a una mayor limpieza y desinfección del local así como equipar el local con nuevas instalaciones para llegar a dar un mayor servicio.

En este sentido, algunos Tribunales han dado por hecho la existencia de daños sin necesidad de un exhaustivo ejercicio probatorio. En este sentido, el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 4 de enero de 2021 dictado con objeto de la solicitud de suspensión de la Resolución del Consejero de Sanidad de 17 de diciembre de 2020 por la que se prorroga el cierre de las zonas interiores de los establecimientos hosteleros, se concluye los obvios y notorios perjuicios económicos sin necesidad de acreditarlos. Indica el Auto que:

“CUARTO: Íntimamente unido con lo dicho anteriormente, hay que examinar el criterio tradicional del periculum in mora o ponderación del carácter irreparable o no de los perjuicios que la ejecución del acto administrativo pudiera acarrear al interesado, mientras se tramita el procedimiento jurisdiccional. Es decir, si la ejecución del acto administrativo objeto de impugnación pudiera tener una incidencia lesiva sobre los intereses o derechos del recurrente, de tal entidad o naturaleza

que, en el supuesto de que la impugnación jurisdiccional tenga éxito, el resultado procesal obtenido resultará inútil para reparar de manera satisfactoria la lesión producida. Tal criterio se alega por el solicitante de la medida en relación con lo alegado anteriormente, respecto al perjuicio económico y a tal efecto dice que resulta evidente que los perjuicios se están ocasionando, dice la parte solicitante de la medida que, además, son perjuicios irreparables o de difícil reparación, ya que la merma de ingresos que dicha medida está ocasionando está consiguiendo que muchos profesionales vean peligrar su puesto de trabajo; perjuicios que ya no tendrán reparación si se espera a la resolución del recurso. Frente a esto, la administración recuerda la jurisprudencia constante que dice que la falta de acreditación de los daños irreparables que se invocan, hace que no se pueda estimar la misma. A tal efecto, el Auto de fecha 12 de febrero de 2007 (recurso n° 522/2006) en el cual el Tribunal supremo dice: “Necesidad de justificación o prueba, aun incompleta o por indicios de aquellas circunstancias que puedan permitir al Tribunal efectuar la valoración de la procedencia de la medida cautelar: la mera alegación, sin prueba alguna, no permite estimar como probado, que la ejecución del acto impugnado hace perder al recurso Contencioso-Administrativo su finalidad legítima. Sin embargo, esta Sala, en este tipo de acciones cautelares ejercitadas frente a medidas sanitarias restrictivas de actividades económicas, está entendiendo que la concurrencia de los perjuicios económicos es obvia y notoria, sirviendo la situación actual de indicio suficiente de su existencia, y sin necesidad, de exigir que se concretasen en cifras los mismos”

Es cierto que estas consideraciones se realizan en un contexto bien diferente, el de la adopción o no de medidas cautelares y que en caso de reclamar la responsabilidad patrimonial se exigiría en todo caso la concreta cuantificación del daño. Ahora bien, la existencia de la lesión, no su cuantificación, bien podría darse por acreditada también a efectos de una reclamación de indemnización.

2.3.1. Daño emergente y lucro cesante

Otro de los aspectos que adquiere especial relevancia en el caso de la posible responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas derivadas de las medidas adoptadas en el sector de la hostelería durante la crisis sanitaria es diferenciar entre el daño emergente y el lucro cesante en sus reclamaciones.

El daño emergente es “el valor de la pérdida sufrida o de los bienes destruidos o perjudicados” o “la disminución del patrimonio de la víctima causada por el evento dañoso”. También se define como “el perjuicio efectivo sufrido en el patrimonio de la víctima, que ha perdido un bien o derecho que ya estaban incorporados a ese patrimonio”. El daño debe ser real, efectivo, y afectar a bienes o derechos patrimoniales. El resarcimiento del daño emergente pretende situar el patrimonio afectado en el mismo estado en que se encontraría de no haberse producido el incumplimiento contractual o el acto ilícito. Posee una función reparadora del patrimonio afectado.

Por otra parte, el lucro cesante se ha configurado como “el valor o importe de la ganancia, utilidad o interés que se ha dejado de obtener”.

La jurisprudencia ha ido perfilando estos conceptos: lucro cesante sería “el perjuicio equivale a lo que se iba a ganar si no hubiese ocurrido el evento dañoso o unos gastos en los que no se iba a incurrir”. Ahora bien, no debe identificarse estos conceptos con el daño futuro. Tanto el lucro cesante como el daño emergente pueden ser actuales o futuros.

El Tribunal Supremo precisa que la indemnización normalmente ha de limitarse al daño emergente (que genera indemnización en todo caso) teniendo en cuenta al lucro cesante solo cuando su producción sea jurídicamente posible por el cumplimiento de los requisitos y circunstancias necesarios, exigiéndose una prueba rigurosa de las ganancias dejadas de obtener²¹.

²¹ STS de 12 de mayo de 1997: "El concepto de lucro cesante abarca: * Se excluyen las meras expectativas o ganancias dudosas o contingentes, puesto que es reiterada la postura jurisprudencial del Tribunal Supremo (así en Sts15 octubre 1986) que no computa las ganancias dejadas de percibir que sean posibles, pero derivadas de resultados

En cuanto al lucro cesante, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2015²² (recurso 4427/2012) que se opone a *“la indemnización de las meras expectativas o ganancias dudosas o contingentes, derivadas de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre”*. Considera el Tribunal Supremo que *“la indemnización por lucro cesante requiere demostrar que se ha producido de forma inmediata, exclusiva y directa, un perjuicio efectivo y susceptible de valoración económica, derivado de la pérdida de unos ingresos no meramente contingentes, quedando excluidas de resarcimiento las meras expectativas o ganancias dudosas”*

Con respecto al daño emergente deberá probarse en qué consistía el daño (realidad y existencia) y qué conceptos lo integraban (alcance), pues la jurisprudencia reclama la necesidad de acreditar la realidad y certeza del daño, así como sus límites (entre otras muchas, STS 17 de febrero de 2011).

Con respecto al lucro cesante deberá probarse en qué consistía la ganancia frustrada (realidad y existencia) y qué conceptos la integraban (alcance), reclamando la jurisprudencia que se opere sobre un juicio de probabilidad razonable (entre otras muchas, SSTS 29 de diciembre de 2000; 4 de febrero de 2005, y 8 de septiembre de 2013).

En atención a lo expuesto, deberá prestarse especial atención a la prueba en las reclamaciones que se presenten ante la Administración del Estado y Comunidades Autónomas a efectos de determinar si se encuentran adecuadamente probados.

inseguros y desprovistos de certidumbre, cuando las pruebas de las ganancias dejadas de obtener sean dudosas o meramente contingentes (...)

* Se excluye, igualmente, la posibilidad de que a través del concepto de lucro cesante y del daño emergente se produzca un enriquecimiento injusto, puesto que la indemnización ha de limitarse al daño emergente que genera el derecho a la indemnización (...).

* Finalmente, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala (S 3 febrero 1989), entre otras) falta una prueba que determine la certeza del lucro cesante, pues tanto en el caso de éste como en el caso del daño emergente, se exige una prueba rigurosa de las garantías dejadas de obtener, observándose que la indemnización de lucro cesante, en coherencia con reiterada jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo (S 15 octubre 1986 entre otras) ha de apreciarse de modo prudente y restrictivo, puesto que no es admisible una mera posibilidad de dejar de obtener unos beneficios, lo que se acredita por la variabilidad cuantificadora y el distinto ámbito temporal previsible, que se contiene en los diversos dictámenes periciales".

²² De esta forma, resulta igualmente aplicable la Sentencia del de 15 de diciembre de 2016 (recurso 2709/2015) que señala: *«La jurisprudencia orienta esta cuestión exigiendo “una prueba rigurosa de las garantías dejadas de obtener, observándose que la indemnización de lucro cesante, en coherencia con reiterada jurisprudencia ha de apreciarse de modo prudente y restrictivo, puesto que no es admisible una mera posibilidad de dejar de obtener unos beneficios*

2.3.2. Daño antijurídico

Una vez analizados los daños sufridos, se ha de determinar y demostrar por parte del administrado que el daño sufrido como consecuencia de las medidas adoptadas es un daño antijurídico.

La antijuridicidad, como elemento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, es una aportación de GARCÍA DE ENTERRÍA: “el daño, para que sea indemnizable, debe ser antijurídico”. Para poder entender que el daño es indemnizable, no podrá haber una causa de justificación que lo legitime²³.

Así las cosas, la responsabilidad patrimonial de la Administración se genera con la consecuencia de la producción de un daño antijurídico, esto es, la lesión, que es antijurídica no porque la conducta de quien la causa sea contraria a derecho, sino porque el perjudicado no tiene el deber jurídico de soportarla.

La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en su artículo 32, recoge la necesidad de la antijuridicidad al relacionar el reconocimiento de una indemnización a la ausencia del deber jurídico de soportar el daño, por lo que se debe analizar si los daños sufridos fueron antijurídicos.

Como ya hemos expuesto anteriormente, la primera vez que el TC estudió las decisiones tomadas por el Gobierno para frenar la expansión del coronavirus fue a cuenta de la declaración del primer estado de alarma, que entró en vigor el 14 de marzo de 2020.

En julio de 2021, en respuesta a un recurso presentado por Vox --que estimó parcialmente--, el Pleno declaró inconstitucional el confinamiento, es decir, la limitación de la circulación de personas y vehículos en espacios y vías públicas, así como la capacidad del Ministerio de Sanidad para modificar y ampliar las medidas de contención en la actividad comercial.

²³ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, «Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación Forzosa». Anuario de Derecho Civil, vol. 8, núm. 4 (1955).

La STC 148/2021, de 14 de julio, en lo que aquí interesa declara por una parte, inconstitucionales y nulas determinadas medidas. Entre ellas, las restricciones a la libertad de circulación recogidas en los apartados 1, 3 y 5 del artículo 7 del Real Decreto 463/2020; y por otra, ha considerado conforme a la CE, las medidas adoptadas en el artículo 10, puntos 1, 3 y 4 en relación a la libertad de empresa, en las que se establecía la suspensión de la apertura al público de locales y establecimientos salvo los considerados esenciales, así como la suspensión de la apertura al público de museos, archivos, bibliotecas, monumentos, la de los locales y establecimientos en los que se desarrollen espectáculos públicos, las actividades deportivas y de ocio y las de hostelería y restauración. Por tanto, respecto de las medidas de limitación y restricción de las actividades económicas reguladas en el artículo 10 del Real Decreto 463/2020, la sentencia afirma su plena constitucionalidad²⁴. Esta concreta referencia de la STC 148/2021 impone un deber de soportar dichas limitaciones y avala la proporcionalidad de las medidas restrictivas de la libertad de empresa (artículo 38 de la CE) que cede ante otros derechos constitucionales como el de la vida e integridad física (artículo 15) o ante la protección de la salud (artículo 43 de la CE). En adición a ello, hemos de destacar el FJ 10 de la sentencia en el que el Tribunal Constitucional modula los efectos resultantes de la declaración de inconstitucionalidad, señalando que *“las medidas declaradas inconstitucionales, pese a ello, son medidas que los ciudadanos tenían el deber jurídico de soportar” y, por tanto, esta inconstitucionalidad apreciada en la sentencia “no será por sí*

²⁴ *“El derecho fundamental a la libertad de empresa que reconoce el art. 38 CE ampara “el iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial” (...). 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 ya 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 y resulten razonablemente adecuadas y necesarias a tal propósito. (...)*

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 pues con fundamento en la Ley Orgánica a la que remite el artículo 116.1 CE, y no resultó desproporcionada, por lo que se rechaza la pretensión de inconstitucionalidad formulada (...) lo que se traduce en un correlativo deber de soportar dichas limitaciones, en atención a la gravedad de los bienes que se pretende proteger”.

misma título para fundar reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas”.

En conclusión, la STC 148/2021, en la que el Tribunal Constitucional señaló en el apartado c) del fundamento de derecho 11 que:

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

Es decir, el Tribunal Constitucional cerró la puerta a las reclamaciones de responsabilidad patrimonial basadas en un precepto (artículo 7 del RD 463/2020) que declaró inconstitucional.

Recientemente el Tribunal Constitucional ha vuelto a pronunciarse sobre esta materia en el Auto núm. 40/2020 de 30 abril. Considera el Tribunal Constitucional que la resolución administrativa justificó la decisión en la necesidad de proteger la salud pública y evitar el peligro de contagio del Covid-19 entre las personas que participen, sus contactos y transeúntes.

Respecto al Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declaró el segundo estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2 (Real Decreto 926/2020) y del Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por el que se prorrogó el estado de alarma declarado en aquel (Real Decreto 926/2020), el Tribunal Constitucional ha dictado la STC 183/2021, de 27 de octubre. El fallo señala:

- a) Por un lado, un pronunciamiento desestimatorio de las impugnaciones formuladas contra las limitaciones de derechos fundamentales establecidas en los artículos 5 a 8 de los Reales Decretos 926/2020 y 956/2020, por haber quedado circunscritas aquellas a lo que el bloque

de constitucionalidad derivado del artículo 116 de la CE ha dispuesto para el estado de alarma, habiéndose ajustado al principio de proporcionalidad en su determinación.

- b) Y por otro, estima las pretensiones de inconstitucionalidad relativas a la duración de los seis meses de la prórroga autorizada por el Congreso de los Diputados, así como al régimen de delegación que efectuó el Gobierno, en los presidentes de las comunidades autónomas y de ciudades autónomas.

En consecuencia, se declaró la constitucionalidad de las medidas adoptadas por el Estado en el llamado segundo estado de alarma.

Lo cual nos lleva a concluir que las medidas que hipotéticamente pueden dar lugar a responsabilidad patrimonial fueron las que adoptaron a partir del 21 de junio de 2020 al 25 de octubre de 2020, medidas que adoptaron las Comunidades Autónomas en atención a una competencia propia y el Estado en atención al principio de coordinación. Las de fecha posterior únicamente se dirigirían frente a las Comunidades Autónomas. Ahora bien, la hipotética responsabilidad se podría derivar siempre y cuando al adoptarlas se hubiera excedido de los límites del principio de precaución.

2.3.3. Principio de precaución:

El principio de precaución se trata de un concepto que respalda la toma de medidas necesarias en el momento indicado para evitar o prevenir un perjuicio grave e irreversible. Se trata de no esperar a tomar esas decisiones para evitar unos posibles daños, incluso se podría afirmar que en aplicación del principio de precaución para garantizar la seguridad y la salud es preferible la precipitación que la tardanza.

ESTEVE PARDO, catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Barcelona afirma que, “*el presupuesto para que pueda aplicarse*

*el principio de precaución es que se produzca una situación de incertidumbre en la que se plantean riesgos para la salud o el medio ambiente*²⁵

En nuestro derecho positivo, viene regulada la indemnización por la posible Responsabilidad Patrimonial en el artículo 34 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y en él se hace referencia al Principio de Precaución: *“No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”*. En este sentido se habla de los riesgos del progreso, como otro elemento que exonera de la responsabilidad patrimonial y que debido a la efectividad del principio de precaución, crea dificultades de aplicación. El origen del principio de precaución se encuentra en la interpretación de la jurisprudencia comunitaria, que constituye el reverso del sistema integral de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Por tanto, si aplicamos el principio de precaución, no podrá aplicarse ninguna exención basada en el riesgo de progreso.

Aunque el conocimiento científico aún no sea del todo cierto y seguro, la administración sanitaria debe actuar y tomar medidas, ya que si se espera hasta alcanzar la certeza, las medidas podrían ser ya tardías o tomadas ad hoc, generándose daños evitables si se hubiesen tomado decisiones con anterioridad. Es por eso por lo que en el campo de la investigación (por ejemplo, ensayar una posible vacuna) se considera que la imposición del principio de precaución bloquearía el avance científico.²⁶

En atención a este principio basta con que el riesgo exista. El hecho de que aún no se haya acreditado claramente la magnitud del riesgo y de que existan divergencias al respecto entre los especialistas científicos carece de importancia. En efecto, exigir que no se tomen medidas hasta que el riesgo se

²⁵ JOSÉ EXTEVE PARDO, Lecciones de Derecho Administrativo, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid 2011, página 376

²⁶ GONZALO QUINTERO OLIVARES. *“La precaución y la prudencia y la responsabilidad en la pandemia”* (p. 4). (2020). Tirant lo Blanch.

haya materializado resulta absurdo y contrario a la obligación de las instituciones comunitarias de garantizar un alto nivel de protección de la salud pública.

Por lo que afecta al Derecho Comunitario, el principio de precaución está incluido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que en su artículo 191.2 alude al principio de acción preventiva principio de precaución ha pasado a tener la protección de la salud humana como uno de sus principales ejes, pero en la actualidad incumbe asimismo a cuestiones más amplias que cabe agrupar bajo el principio de la sostenibilidad. Es el propio Tribunal General de la Unión Europea quien lo califica como un auténtico principio general de ese ordenamiento jurídico supranacional.²⁷

El principio de precaución también aparece en nuestra legislación positiva. Comenzamos con la cita de la legislación estatal y concretamente de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública que en su artículo 3 dispone:

“Artículo 3. De los principios generales de acción en salud pública. Las Administraciones públicas y los sujetos privados, en sus actuaciones de salud pública y acciones sobre la salud colectiva, estarán sujetos a los siguientes principios:

- c) Principio de precaución. La existencia de indicios fundados de una posible afectación grave de la salud de la población, aun cuando hubiera incertidumbre científica sobre el carácter del riesgo, determinará la cesación, prohibición o limitación de la actividad sobre la que concurran”.*

Como no podría ser de otra manera, la jurisprudencia también se ha pronunciado al respecto, y sobre el principio de precaución, ha de citarse la Sentencia núm.1042/2018 de 19 junio del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª). En el señalado procedimiento la Administración procedió a retirar del mercado una serie de sustancias ante la posibilidad de que las mismas tuvieran la condición de medicamento no

²⁷ DAVID BLANQUER CRIADO (2021). “La responsabilidad patrimonial en tiempos de pandemia” (p. 608). Tirant lo Blanch.

autorizado. Con posterioridad la resolución por la que la Administración había acordado la retirada de las sustancias fue declarada nula de pleno derecho por la Sentencia de un Tribunal, y en virtud de ello por el interesado fue formulada reclamación de responsabilidad patrimonial. El Tribunal Supremo se manifiesta en su Sentencia recordando que no procede la responsabilidad patrimonial interesada toda vez que el principio de proporcionalidad la excluye, y así deja señalado que:

“Pues bien, es importante señalar que, a la vista de esa argumentación y partiendo de que en el caso de autos existían presupuestos fácticos —que no se cuestionan— de que la decisión de la Administración, declarando la alerta sanitaria, con los efectos que le eran propios, se considera razonable y razonada, con fundamento en el mencionado principio de precaución, es manifiesto que no se habrían vulnerado los preceptos que se invocan en el motivo. Y en este sentido debe tener en cuenta que si ya con carácter general la jurisprudencia de este Tribunal Supremo viene rechazando que pueda apreciarse la antijuridicidad del daño —presupuesto necesario para que concurra la responsabilidad— cuando la decisión administrativa, pese a que pudiera ser anulada en vía administrativa o jurisdiccional —que no es el caso de autos, como veremos— no puede apreciarse cuando, al considerar los conceptos jurídico indeterminados —incluso las potestades regladas— se aprecie que la decisión no solo es razonable sino que está razonada —por todas, sentencia 1999/2017, de 18 de diciembre, recurso de casación 1845/2016 —; esa falta de antijuridicidad debe ser apreciada con mayor rigor cuando la actividad administrativa incida en la propia salud pública, conforme se disponía, para el caso de autos, en el artículo 106 de la Ley 29/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, vigente al momento de autos; porque es indudable que el riesgo que subyace en dicha actuación, comporta la obligada decisión de adoptar con carácter perentorio las medidas de seguridad en salvaguarda del mencionado bien público”.

En resumen, la Sala Tercera del Tribunal Supremo consideró, conforme a los hechos, que concurría el riesgo que se trataba de prevenir, fundado en un principio de proporcionalidad, y en virtud de ello declara no indemnizable el daño sufrido al no concurrir la responsabilidad patrimonial de la administración.

De igual modo, puede citarse la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) del 29 septiembre 2010.

“En este contexto es en el que ha de examinarse si el principio de cautela o de precaución, al que apela la Administración para poner en funcionamiento las medidas de prevención que autoriza el artículo 26 de la LGT (RCL 1963, 2490) , se aplicó de forma prudente y adecuada o no. No podemos obviar que este principio, que halla su origen en materia de medioambiente, se extiende en materia de salud, con objeto de propiciar la seguridad y prevención de la misma. Opera en aquellos supuestos en los que ha sido identificado un peligro y su gravedad, con objeto de asegurar medidas apropiadas que permitan evitar que la lesión se consume, sin aguardar a disponer una evidencia científica. Es decir, " cuando subsisten dudas sobre la existencia o el alcance de riesgos para la salud de las personas, las instituciones pueden adoptar medidas de protección sin tener que esperar a que se demuestre plenamente la realidad y la gravedad de tales riesgos " (Sentencia del Tribunal de Justicia del 5 de mayo de 1998, Reino Unido/ Comisión C- 180-96 (TJCE 1998, 80) y asunto Nacional Farmers' Union y otros(C-157/96) (TJCE 1998, 79)”

Por lo tanto, el principio de cautela permite que las instituciones comunitarias adopten en interés de la salud humana, pero basándose en unos conocimientos científicos aún incompletos, medidas de protección que pueden afectar, a veces gravemente, a situaciones jurídicas protegidas y otorga a las instituciones un gran margen de apreciación a este respecto. Las exigencias derivadas del mantenimiento de la salud pública constituyen un motivo suficiente

para limitar el ejercicio de ciertos derechos fundamentales, cuánto más para proyectar ciertas restricciones en el ejercicio de actividades económicas. Por ejemplo, cuando se adoptaron medidas restrictivas de aforos o, incluso, la eventual lesión del derecho de reunión y manifestación por las consecuencias derivadas del estado de alarma.

En este sentido hay que traer a colación el pronunciamiento recogido en el FJ4^a del Auto del TC de 30 de abril de 2020, en el que, al analizar la eventual lesión del derecho de reunión:

“Es aquí donde la finalidad de la medida restrictiva del ejercicio del derecho confluye con la justificación de la declaración del Estado de alarma. Las razones que sustentan ambas son idénticas y buscan limitar el impacto que, en la salud de los seres humanos, en su integridad física y en su derecho a la vida pueda tener la propagación del COVID - 19. En el estado actual de la investigación científica, cuyos avances son cambiantes con la evolución de los días, incluso de las horas, no es posible tener ninguna certeza sobre las formas de contagio, ni sobre el impacto real de la propagación del virus, así como no existen certezas científicas sobre las consecuencias a medio y largo plazo para la salud de las personas que se han visto afectadas en mayor o menor medida por este virus. Ante esta incertidumbre tan acentuada y difícil de calibrar desde parámetros jurídicos que acostumbran a basarse en la seguridad jurídica que recoge el art. 9.3 de la Constitución, las medidas de distanciamiento social, confinamiento domiciliario y limitación extrema de los contactos y actividades grupales, son las únicas que se han averado eficaces para limitar los efectos de una pandemia de dimensiones desconocidas hasta la fecha”.

Por lo tanto, para abordar el estudio de este principio es necesario identificar cómo se configura en dos grandes pilares, y cuál es el modo de actuación que debe seguirse por la autoridad. Cuando contemplamos el principio de precaución presupone que se han identificado los efectos potencialmente peligrosos y que la evaluación científica no permite determinar el riesgo con la

certeza suficiente. En otras palabras, y centrándonos en el contexto de la pandemia por la Covid-19, la aplicación de este principio tiene lugar cuando concurren las siguientes circunstancias²⁸:

- a) En primer lugar, resulta que pese a la existencia de una incertidumbre sobre los efectos nocivos que determinada actividad pueda tener frente al medio ambiente deben tomarse las medidas preventivas y correctivas necesarias para evitar un daño, consistan éstas en una acción o en una omisión. Es decir, no es necesario que exista certeza científica del daño para implementar las medidas a que haya lugar, éstas se justifican aun en aquellos eventos donde haya duda respecto a los perjuicios que puede causar determinada actuación. Se debe decidir a favor del ambiente y de la salud.
- b) En segundo lugar, y como corolario lógico de lo anteriormente expuesto, resulta que la carga de la prueba se invierte, es decir, quien pretende defender la salud o el medio ambiente no tiene que demostrar que la acción afecta a la misma o a los recursos naturales, ya que al contrario, es quien ejecuta la acción «posiblemente» lesiva, quien debe demostrar que la salud o medio ambiente no se están viendo alteradas negativamente o que se han tomado las medidas preventivas necesarias para evitar el daño.

Para terminar, debemos recordar, que el Tribunal Constitucional considera en materia de salud que no se trata de un derecho exclusivamente individual sino también colectivo cuya afectación pone en riesgo el interés general y limita las posibilidades de la conservación de la especie humana.

En definitiva, a efectos de aplicación del principio de precaución será exigible:

1. Una proporcionalidad entre las medidas adoptadas y el nivel de protección elegido.
2. No discriminación en la aplicación de las medidas.

²⁸ DAVID BLANQUER CRIADO (2021). (op.cit) (p. 609). Tirant lo Blanch.

3. Coherencia con las medidas adoptadas en situaciones similares.
4. Análisis de las ventajas y los inconvenientes que se derivan de la acción o de la inacción.
5. Revisión de las medidas a la luz de la evolución científica.

3. CONCLUSIONES

A nuestro entender las medidas adoptadas por las diferentes Administraciones Públicas destinados a paliar los efectos adversos que las mismas han supuesto a la hostelería pueden no haber sido suficientes o adecuadas. En el caso que los afectados por las medidas adoptadas en el sector de la hostelería durante la pandemia reclamen uno de los primeros aspectos que deben justificar es que han solicitado las ayudas y que la cantidad percibida no ha sido suficiente, es decir, que soliciten un resarcimiento total de los daños sufridos que no han sido cubiertos por otras medidas.

A tenor de las consecuencias de jurisprudencia constitucional entendemos que el lapso temporal al que deben referirse las reclamaciones ha de ser del 21 de junio de 2020 al 25 de octubre de 2020, en este caso las reclamaciones han de dirigirse contra el Estado y las Comunidades Autónomas. En el caso que se reclamen los daños sufridos a partir del 25 de octubre la reclamación debería dirigirse únicamente frente a las Comunidades Autónomas en atención a las medidas adoptadas por delegación.

Respecto al título jurídico en el que podrían basarse para tener mayores visos de prosperabilidad sería impertinencia de las restricciones adoptadas haciendo un estudio comparativo y considerando que con el mismo fin, evitar la expansión del virus, las Comunidades Autónomas han adoptado medidas de muy distinto calado, es decir, alegando que se vulneró el principio de proporcionalidad, que las medidas fueron discriminatorias y que no tenían coherencia, todo ello en atención a los datos epidemiológicos.

4. BIBLIOGRAFIA

4.1 CITAS

- EVA M^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN (2013), Principios de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública (artículos 139 y 141 LRJPAC), en el libro colectivo “La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública” Ed. Tirant Lo Blanch, 2^a edición,
- JOSE MARIA PEREZ MONGUÍO, “La fuerza mayor en la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública”
- EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, “Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación Forzosa”. Anuario de Derecho Civil, vol. 8, núm. 4 (1955).
- JOSÉ EXTEVE PARDO, (2011) “Lecciones de Derecho Administrativo”, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales,
- GONZALO QUINTERO OLIVARES (2020). “La precaución y la prudencia y la responsabilidad en la pandemia”. Tirant lo Blanch.
- DAVID BLANQUER CRIADO (2021). “La responsabilidad patrimonial en tiempos de pandemia”. Tirant lo Blanch

4.2 JURISPRUDENCIA DESTACADA

- STC 183/2021 de 27 de octubre
- Auto del TSJ de Cantabria 73/2020
- SAP de Girona de 3 febrero de 2021
- SAP de Granada de 21 de septiembre de 2022 y 7 de octubre de 2022
- SAP de Girona de 16 de junio de 2021
- SAP de Murcia de 28 de febrero de 2022
- SAP de Cantabria de 13 de septiembre de 2022
- STS de 13 de septiembre de 2002
- STS de 15 de diciembre de 2016.

- STS de 5 junio de 1998
- STS de 6 de noviembre de 1999
- STC 148/2021 de 14 de julio
- STC 183/2021, de 27 de octubre
- STS de 29 de junio de 2002
- STSJ de Madrid del 13 de febrero de 2018 (recurso 597/2017) y de 17 de noviembre de 2020 (recurso 443/2019)
- STS de 1 de febrero de 2012 (recurso 280/2009) y 30 de diciembre de 2013 (recurso 300/2008)
- STS de 12 de mayo de 1997
- STS de 20 de febrero de 2015 (recurso 4427/2012)
- STS 17 de febrero de 2011
- STS 29 de diciembre de 2000; 4 de febrero de 2005, y 8 de septiembre de 2013
- STC 148/2021, de 14 de julio
- STS de 19 junio núm.1042/2018
- STS de 18 de diciembre 1999/2017
- SAN del 29 septiembre 2010
- Sentencia del Tribunal de Justicia del 5 de mayo de 1998, Reino Unido/ Comisión C- 180-96 (TJCE 1998, 80) y asunto Nacional Farmers' Union y otros(C-157/96) (TJCE 1998, 79)