

La libertad de funcionamiento de establecimientos abiertos al público en tiempos de pandemia

Nicolás González-Deleito Domínguez

Abogado Socio de Cuatrecasas

Resumen: *En el presente artículo haremos una descripción de las medidas adoptadas en los diferentes periodos de la pandemia en relación con los establecimientos abiertos al público y analizaremos su cobertura legal, limitada y claramente sobrepasada, sin duda tras el primer estado de alarma, por las medidas de cierres generales en determinadas zonas geográficas de determinadas categorías de establecimientos o restricciones horarias impuestas.*

Palabras clave: Libertad de empresa, establecimientos abiertos al público, limitaciones, medidas sanitarias, policía sanitaria, reserva de ley, proporcionalidad.

I. Introducción

Las medidas adoptadas por los Estados para combatir la pandemia del Covid-19 han supuesto grandes limitaciones de las libertades públicas de los ciudadanos, incluidas en igual o mayor dimensión, las libertades económicas, en relación con aquellas actividades que implican la concentración de personas o simples relaciones interpersonales. Así, mientras la industria, salvo en el período de 30 de marzo a 9 de abril impuesto por el Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo, ha podido desarrollar sus actividades con relativa normalidad, al margen de la adopción de las medidas higiénicas en los puestos de trabajo acordadas por las autoridades sanitarias, el comercio o la hostelería se han visto muy seriamente afectados por tales medidas. Todos hemos podido constatar esos cierres limitaciones de horarios y aforos. Ahora que parece que, gracias al proceso de vacunación, podemos esperar que tales medidas terminen desapareciendo en un breve período de tiempo, es un momento adecuado para recapacitar sobre sus fundamentos y régimen jurídico.

Estas medidas adoptadas con carácter general para los sectores a los que nos referiremos en este artículo en ámbitos territoriales determinados, directamente limitativas de su actividad, podemos clasificarlas en las siguientes categorías:

- Cierre total o clausura de actividad: esta es la medida más intensa. Implica una prohibición de realizar una actividad económica legalmente habilitada por razones sanitarias.
- Cierres parciales: se permite el funcionamiento del establecimiento, pero se prohíbe alguna de las facetas de la misma
- Limitaciones de aforo: se permite la actividad pero limitando su potencial clientela. Esta limitación puede ser directa, imponiendo unos aforos máximos determinados, o indirectas, como resultado de la aplicación de distancias

mínimas entre usuarios, etc.

— Limitaciones de horario: se limita el horario de funcionamiento al que el establecimiento está habilitado conforme a su licencia correspondiente y la legislación sectorial aplicable

Se trata de medidas que se iniciaron durante el primer estado de alarma y han venido siendo aplicadas, con diversa intensidad y fundamento, hasta prácticamente nuestros días, en los que incluso se mantienen cierres como los del denominado ocio nocturno.

II. El estado de alarma de marzo de 2020

El primer gran hito es el RD 463/2020, de 14 de marzo, de declaración del estado de alarma (en adelante, «**RD 463/2020**») que estableció las medidas más rigurosas, decretando la suspensión de las siguientes actividades:

- Locales y establecimientos minoristas, salvo lo que se consideraron esenciales (1) .
- Museos, archivos, bibliotecas, monumentos.
- Auditorios, cines, plazas de toros, pabellones de congresos, salas de conciertos, salas de conferencias, salas de exposiciones, salas multiuso, teatros.
- Locales y establecimientos en los que se desarrollen espectáculos públicos y actividades de esparcimiento y diversión o instalaciones asimilables a los anteriores.
- Las actividades deportivas desarrolladas en locales o recintos cerrados, campos de fútbol, baloncesto y otros deportes, campos de tiro, piscinas, locales de boxeo, lucha, judo, circuitos permanentes, polideportivos, boleras, salones de billar, gimnasios, pistas de atletismo, estadios y otros locales, instalaciones o actividades asimilables a los mencionados.
- Actividades deportivo-recreativas, recorridos en espacios abiertos y vías públicas y actividades asimilables.
- Locales de juegos y apuestas, como casinos, establecimientos de juegos, salones de juego, recreativos,, locales de apuestas y otros locales e instalaciones asimilables a los de actividad recreativa de juegos y apuestas conforme a lo que establezca la normativa sectorial en materia de juego.
- Hostelería y restauración, incluyendo cafeterías, bares y otros locales asimilables. Únicamente se permite, en el ámbito de la hostelería y la restauración, la prestación, exclusivamente, de servicios de entrega a domicilio.

Asimismo, se habilitó al Ministro de Sanidad para modificar, ampliar o restringir las medidas, lugares, establecimientos y actividades enumeradas en los apartados anteriores, por razones justificadas de salud pública, con el alcance y ámbito territorial que específicamente se determine. En cumplimiento de esta habilitación, por Orden SND/257/2020, de 19 de marzo, se decretó el cierre al público de los hoteles y alojamientos similares, alojamientos turísticos y otros alojamientos de corta estancia, campings, aparcamientos de caravanas y otros establecimientos similares, salvo los que albergasen clientes de larga temporada.

A pesar de ello, lo cierto es que no hay una previsión expresa para la suspensión de actividades económicas durante el estado de alarma, pues el

artículo 11 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (en adelante, «**LOEAES**») está pensado más bien en clave de intervención y ocupación de actividades económicas para garantizar el abastecimiento de los mercados y funcionamiento de los centros de producción. Lo que sí contiene la LOEAES es una remisión a las medidas previstas en la legislación sanitaria «*para la lucha contra las enfermedades infecciosas*», que pueden ser adoptadas por la Autoridad competente en el marco del estado de alarma (art. 12). En cualquier caso y al margen de las dudas que estas suspensiones generalizadas de actividades económicas pueda plantear desde la perspectiva de nuestra legislación sanitaria, como veremos más adelante, es lo cierto que la posibilidad de limitar la circulación o permanencia de personas en lugares determinados, permitiría prohibir el acceso a los locales afectados por estas suspensiones de actividad, lo que equivale a la propia suspensión de la misma. La constitucionalidad del RD 463/2020 ha sido cuestionada por otras razones, relacionadas con el confinamiento domiciliario de la población y la efectiva suspensión, que no limitación, de la libertad de circulación, pero lo cierto es que no se ha cuestionado la procedencia de la suspensión de la actividad de establecimientos abiertos al público durante el estado de alarma.

El estado de alarma concluyó a través de un proceso de desescalada que debería conducir a la «nueva normalidad». Este proceso fue aprobado por el Consejo de Ministros del 28 de abril de 2020, articulada a través de tres Fases sucesivas en las que se comenzaría a permitir la apertura de determinados establecimientos de forma parcial. Dio lugar a un proceso de

No hay una previsión expresa para la suspensión de actividades económicas

cogobernanza en el que las Comunidades Autónomas, de acuerdo con lo previsto en la Orden SND/387/2020, de 3 de mayo, justificando que cumplían los requisitos establecidos en cuanto a capacidad asistencial, podían proponer las medidas adecuadas en el marco del Plan de Desescalada. Con carácter previo a la Fase I, de acuerdo con la Orden SND/388/2020, de 3 de mayo, se permitió la reapertura, con cita previa, de los establecimientos y locales comerciales minoristas y de prestación de servicios asimilados con una superficie máxima de 400 metros cuadrados, así como la recogida de pedidos en establecimientos de hostelería y restauración. Este Plan se desarrolló en los siguientes términos:

Se articuló en tres fases: (i) Fase I o inicial, desarrollada por la Orden SND/399/2020, de 9 de mayo, que permitió la apertura parcial de económicas como pudieran ser la apertura del pequeño comercio, la apertura de terrazas con limitaciones de ocupación; la apertura de hoteles y alojamientos turísticos excluyendo zonas comunes, actividades culturales, etc.; (ii) Fase II o intermedia, desarrollada por la Orden SND/414/2020, de 16 de mayo, que permitió la apertura de todos los establecimientos de comercio minorista, incluidos los centros y parque comerciales, con limitaciones de aforo; el interior de los locales de restauración con limitación de aforo y garantías de separación y sólo para servicio de mesas; reapertura de las zonas comunes en los hoteles y alojamientos turísticos; apertura de monumentos y otros equipamientos culturales, cines, teatros, auditorios y espacios similares y otros locales establecimientos destinados a actos y espectáculos culturales; plazas de toros; instalaciones deportivas cubiertas y piscinas; turismo activo y de naturaleza y otras actividades de ocio; congresos, encuentros, reuniones de negocio, conferencias y eventos; y (iii) Fase III o avanzada, desarrollada por la Orden SND/458/2020, de 30 de mayo, que flexibilizó la movilidad general, dentro de la provincia, lo cual tiene una repercusión en las actividades económicas; se flexibilizan las condiciones de aforo en el ámbito comercial y, en general, se suavizaron las restricciones de aforo.

III. La legislación dictada para regular las actividades económicas tras el estado de alarma

Tras la desescalada, se dictó una nueva legislación para regular las actividades que se habían visto afectadas por las suspensiones de actividad durante el estado de alarma, tal norma es 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 (en adelante, «**RDL 21/2020**»). Este real decreto ley ha dado lugar a la Ley 2/2021, de 29 de marzo, de igual título (en adelante, «**Ley 2/2021**») y casi idéntico contenido. La importancia de esta regulación es que constituye la regulación básica de rango legal del ejercicio de estas actividades durante la pandemia de Covid-19, tras la conclusión del primer estado de alarma, puesto que segundo estado de alarma, declarado por RD 926/2020, de 25 de octubre, no contuvo ninguna previsión relativa al ejercicio de actividades económicas (2).

Las actividades afectadas por el RDL 21/2020 y la Ley 2/2021, son las siguientes:

- Establecimientos comerciales de venta minorista o mayorista de cualquier clase de artículos (art. 11).
- Hoteles y alojamientos similares, alojamientos turísticos, residencias universitarias y similares, y otros alojamientos de corta estancia, campings, aparcamientos de caravanas y otros establecimientos similares (art. 12).
- Bares, restaurantes y demás establecimientos de hostelería y restauración (art. 13).
- Equipamientos culturales, tales como museos, bibliotecas, archivos o monumentos, establecimientos de espectáculos públicos y de otras actividades recreativas (art. 14).
- Instalaciones en las que se desarrollen actividades y competiciones deportivas, de práctica individual o colectiva (art. 15).
- Cualquier otro centro, lugar, establecimiento, local o entidad que desarrolle su actividad en un sector distinto de los mencionados en los artículos anteriores, o por los responsables u organizadores de la misma, cuando pueda apreciarse riesgo de transmisión comunitaria de COVID-19 (art. 16).

Pues bien, el contenido normativo de estas disposiciones legales, respecto de estos sectores es equivalente, consistente en una habilitación normativa para que las Administraciones competentes aseguren

«el cumplimiento por los titulares [de los diferentes establecimientos indicados], de las normas de aforo, desinfección, prevención y acondicionamiento que aquellas determinen»

Asimismo, ordena que se asegure la adopción de las medidas organizativas que resulten necesarias para evitar aglomeraciones 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.

El análisis de estas normas pone de manifiesto un dato especialmente llamativo, por no decir escandaloso, especialmente

en relación con la Ley 2/2021, y es que **no contemplan ni el cierre de actividades ni la limitación de horarios**.

Destaca la labor normativa de la Comunidad Autónoma de Aragón

Sin embargo, la realidad ha sido que, tras el proceso de desescalada y la terminación del primer estado de alarma, las Comunidades Autónomas han ido estableciendo muy diversas limitaciones y restricciones en estos sectores que han ido fluctuando en el tiempo de acuerdo con la evolución de la pandemia y sus diversas olas. En un primer momento, lo cierto, es que esas medidas se adecuaron a las previsiones del RDL 21/2020, aunque pronto se empezó a decretar el cierre del ocio nocturno (3) y, conforme se han sucedido las sucesivas olas, son decenas las órdenes autonómicas que han decretado el cierre de actividades económicas, total o parcialmente, perdurando aún algunas, y se ha normalizado la restricción de horarios de actividad (4). Ello nos lleva a

preguntarnos cómo es posible que el legislador, que estaba tramitando como proyecto de ley el RDL 21/2020, no haya reparado en este extremo y, a la vez que se preocupaba en recoger en una norma con rango de ley la limitación de aforos o de distancias interpersonales, se haya desentendido de dar cobertura legal a las medidas más limitativas de derechos, los cierres y las limitaciones de horario. Tampoco se han contemplado los cierres y limitaciones con carácter general en la normativa legal aprobada por las diversas Comunidades Autónomas para combatir la pandemia (5), con las excepciones de Aragón y Galicia.

La realidad es que nos encontramos ante una clara y evidente disociación entre la actividad limitativa de la Administración y la regulación legal que la disciplina de forma específica, pues no nos encontramos ante una situación en la que hayamos de enfrentarnos a la crisis sanitaria con las normas generales de policía sanitaria de las actividades económicas (6), sino que existe una normativa específica que regula las *«medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19»*, sin incluir, hemos de repetir, ni el cierre de actividades ni la limitación de horarios, cuestiones que también hubieran podido ser abordadas por leyes autonómicas.

Como indicábamos, debe destacarse la labor normativa de la Comunidad Autónoma de Aragón que dictó el Decreto Ley 7/2020, de 19 de octubre, por el que se establece el régimen jurídico de alerta sanitaria para el control de la pandemia COVID-19 en Aragón, modificado por los Decretos Leyes 8 y 9/2020 y que fue tramitado como proyecto de ley, dando lugar a Ley 3/2020 regula la posibilidad de limitaciones de aforo, horario o cierre de diversas actividades económicas, de conformidad con los diversos niveles de alerta sanitaria, con enorme precisión y claridad. Es, sin duda la norma legal más respetuosa con el principio de reserva de ley y el propio contenido de los derechos constitucionales afectados, precisamente por su previsibilidad y precisión. No es casualidad que esa labor legislativa haya surgido en una Comunidad Autónoma cuyo Tribunal Superior de Justicia ha sido enormemente respetuoso con la exigencia de predeterminación normativa, de manera, que el Gobierno y el Parlamento han debido responder a las exigencias que a tales efectos les planteó desde un primer momento el Tribunal, lo que ha dado lugar, no a la propagación de la enfermedad, sino a la aparición de instrumentos legislativos adecuados a las exigencias constitucionales.

Ley 8/2021, de 25 de febrero de la Xunta de Galicia habilita la adopción de medidas que afectan a derechos constitucionales con escasas. Se trata de una ley que recoge con enorme extensión una batería de medidas limitativas que se pueden adoptar, habilitándolas para unos supuestos genéricos de riesgo para la salud pública, sin precisar niveles de alerta o umbrales que permitan ir adaptando las diversas medidas disponibles en función de la gravedad de la situación, como muy correctamente hace la ley de Aragón. Se trata de la concesión a la autoridad sanitaria (entre la que se incluyen los alcaldes) de un cheque en blanco para adoptar medidas limitativas, únicamente controlables a través de un *test* de proporcionalidad, lo que difícilmente puede satisfacer las exigencias de precisión que exige el principio constitucional de reserva de ley, como veremos.

IV. La dudosa cobertura legal de las medidas de cierre de actividades y limitaciones de horario.

La cuestión que se plantea ante el dato de que la legislación dictada para regular las actividades económicas durante la pandemia no contemple el cierre de actividades ni la limitación de horarios es si, en ausencia de esa habilitación legal, es posible adoptar tales medidas, que implican una restricción muy sustancial o incluso una privación total de un derecho constitucional como lo es la libertad de empresa, respecto del también rige el principio constitucional de reserva de ley (obviamente, reserva de ley ordinaria, al no estar cubierto este derecho por la reserva del art. 81 CE). Y ello por más que se trate de un derecho en cuya regulación sea absolutamente necesaria la colaboración, *«indispensable»* de acuerdo con la STC 2/1987. En todo caso, esa reserva de ley implica que la intervención del reglamento *«requiere disponer de una habilitación bastante, en el sentido de que la ley establezca directamente sus determinaciones básicas y fundamentales y que aquellas en ningún momento impongan limitaciones a la libertad de empresa en cuanto expresión del principio general de libertad*

que la Constitución consagra (art. 1.1)- que no estén específicamente previstas en la ley habilitante» (7) .

Nuestra legislación sanitaria no está concebidas para una pandemia

Estas ideas claves de la regulación constitucional de la libertad de empresa (contenido esencial y reserva de ley) son una constante en nuestra jurisprudencia constitucional y, así la tiene establecido el Tribunal Constitucional, por todas, en su STC 89/2017, de 4 de julio, relación con el derecho a la libertad de empresa reconocido en el artículo 38 de la Constitución el Tribunal ha declarado que el precepto establece *«los límites dentro de los que necesariamente han de moverse los poderes constituidos al adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico de nuestra sociedad. El mantenimiento de esos límites [...] está asegurado por una doble garantía, la de la reserva de ley y la que resulta de la atribución a cada derecho o libertad de un núcleo del que ni siquiera el legislador puede disponer, de un contenido esencial»* (STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 2).

Además, ha de recordarse que la reserva de ley exige que se establezcan *«suficientes referencias normativas, de orden formal y material, para generar previsibilidad y certeza sobre lo que, en su aplicación, significa una correcta actuación administrativa y, en su caso, para contrastar y remediar las eventuales irregularidades, arbitrariedades o abusos»* (STC 37/1987, FJ 3), exigibles a toda restricción de derechos constitucionales del referido Capítulo II del Título I de la Constitución. En esta Sentencia se analizó la constitucionalidad de la Ley de Reforma Agraria Andaluza, desechando su inconstitucionalidad (relacionadas con vulneraciones de los arts. 33 y 38 CE) por cuanto esa ley contenía las normas *«que determinan básicamente el alcance de los deberes de los propietarios y empresarios agrícolas y de las medidas de intervención pública que pueden adoptarse para lograr»* los fines públicos perseguidos ; esto es, *«el tipo de criterios objetivos, las formas y modalidades de su concreción y las específicas finalidades que han de perseguirse»*. Es reserva de ley y el propio contenido esencial de los derechos constitucionales se vulneran por la falta de previsión y precisión normativa, pues como certeramente señala la Exposición de Motivos de la modélica Ley 3/2020 de Aragón:

«Esa reserva de ley a que, con carácter general, somete la Constitución Española la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en su Título I, desempeña una doble función, a saber: de una parte, asegura que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes; y, de otra, en un ordenamiento jurídico como el nuestro, en el que los Jueces y Magistrados se hallan sometidos "únicamente al imperio de la Ley" y no existe, en puridad, la vinculación al precedente (SSTC 8/1981, 34/1995, 47/1995 y 96/1996), constituye, en definitiva, el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Por eso, en lo que a nuestro ordenamiento se refiere, hemos caracterizado la seguridad jurídica como una suma de legalidad y certeza del Derecho (STC 27/1981, FJ 10)» (Sentencia del Tribunal Constitucional 169/2001, de 16 de julio).

[...] En términos de la sentencia del Tribunal Constitucional 76/2019, de 22 de mayo, que cita la anterior sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, «las limitaciones del derecho fundamental establecidas por una ley "pueden vulnerar la Constitución si adolecen de falta de certeza y previsibilidad en los propios límites que imponen y su modo de aplicación", pues "la falta de precisión de la ley en los presupuestos materiales de la limitación de un derecho fundamental es susceptible de generar una indeterminación sobre los casos a los que se aplica tal restricción"; "al producirse este resultado, más allá de toda interpretación razonable, la ley ya no cumple su función de garantía del propio derecho fundamental que restringe, pues deja que en su lugar opere simplemente la voluntad de quien ha de aplicarla". Y añade que «el tipo de vulneración que acarrea la falta de certeza y previsibilidad en los propios límites: "no sólo lesionaría el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), concebida como certeza sobre el ordenamiento aplicable y expectativa razonablemente fundada de la persona sobre cuál ha de ser la actuación del poder aplicando el Derecho (STC 104/2000, FJ 7, por todas), sino que al mismo tiempo dicha ley estaría lesionando el contenido esencial del derecho fundamental así restringido, dado que la forma en que se han fijado sus límites lo hacen irreconocible e imposibilitan, en la práctica, su ejercicio (SSTC 11/1981, FJ 15; 142/1993, de 22 de abril, FJ 4, y 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 7)". Es precisamente la búsqueda de seguridad jurídica, certeza y previsibilidad lo que justifica esta norma»

Nuestra legislación sanitaria y de salud pública, obviamente, no están concebidas para una pandemia como esta que cuando se dictaron nadie preveía. La norma de cabecera es el art. 3 de la LO 3/1986, cuyo rango orgánico permite afectar todo tipo de derechos constitucionales, que contiene una genérica habilitación para adoptar las *«medidas oportunas»*:

«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»

Como vemos, se trata de una habilitación genérica e innominada, cuyas limitaciones en cuanto a las exigencias de predeterminación normativa difícilmente se pueden ver cubiertas por otras leyes sanitarias, aunque venga a constituir un lugar común en las órdenes de medidas e, incluso, en los autos de ratificación, la invocación de los arts. 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad que parecen referirse a procedimientos singulares dirigidos a sujetos concretos y determinados y no a medidas de carácter general, como claramente parece inferirse de su supuesto de hecho, *«riesgo inminente y extraordinario»*, que implica la existencia de concretas circunstancias específicas identificadas en un momento y lugar determinados y que resulta complicado referirlas racionalmente a un conjunto de establecimientos de una zona geográfica cuyo funcionamiento implique una cierta interacción personal y a los que, potencialmente, pueda acceder una persona infectada que, por no cumplir con las medidas higiénicas establecidas, pueda, potencialmente, infectar a otros sujetos. Más bien parece que los rasgos propios del concepto de riesgo inminente y extraordinario implican de suyo la referencia a un lugar o establecimiento concreto, no pudiendo entenderse por tal un riesgo genérico de transmisión comunitaria de una enfermedad, como hace, por ejemplo el TSJ de Extremadura que lo vincula en general *«a un incremento importante del número de afectados por Covid-19»* en una zona determinada (Auto 54/2021, de 10 de mayo).

El Supremo impone la proporcionalidad de las medidas adoptadas

Además, este precepto debe entenderse en relación con las previsiones de la Ley 33/2011, General de Salud Pública (a pesar de que también aparece generalmente citada para justificar estas medidas), coadyuvando fuertemente a la interpretación que se sostiene, por cuanto las medidas que contempla, entre las que ciertamente se incluye el cierre de establecimientos, se han de adoptar *«previa audiencia de los interesados»* (art. 54), lo que obviamente, remite a procedimientos dirigidos frente a sujetos o establecimientos concretos y determinados. La realidad es que, estas leyes, al igual que sus correlativas autonómicas nunca pudieron prever una situación como la que se ha debido

afrontar con la pandemia, por lo que no contienen regulaciones adecuadas para hacerle frente. Ello conduce a que, como señala la Exposición de Motivos de la Ley 3/2020, de Aragón, *«tal exigencia de certeza en la potencial modulación de derechos fundamentales, en el marco de la legislación básica estatal, es la que se logra con la regulación que ahora se establece, más detallada, sin duda, que la contenida en las leyes aragonesas 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón, y 5/2014, de 26 de junio, de Salud Pública de Aragón, que establecen una regulación genérica no concebida para una crisis sanitaria mundial como la que nos afecta hoy día»*.

No cabe duda de que estas previsiones de policía sanitaria habilitan medidas sobre establecimientos concretos y determinados, pero es mucho más dudoso que lo habiliten sobre sectores de actividad, con carácter general, para determinados ámbitos territoriales.

Esta falta de claridad de nuestras leyes, no superada por la labor legislativa desarrollada durante más del año de pandemia que venimos sufriendo (con la excepción de la Ley 2/2021 de Aragón que prevé el alcance de las medidas que la Administración sanitaria puede adoptar, los supuestos en que proceden y los deberes que incumben a los empresarios en cuanto a la organización de su actividad y la adopción de medidas higiénicas) y teniendo en cuenta que la propia existencia y contenido del RDL 21/2020, primero, y Ley 2/2021, después, que no habilitan otras medidas que las de **aforo, desinfección, prevención y acondicionamiento**, genera sin dudas importantes dudas acerca de la habilitación legal de medidas mucho más limitativas como el cierre de los establecimientos o las limitaciones de horario.

Estas dudas se han manifestado en la doctrina y, así mientras Baño León no ve problema de constitucionalidad alguna en el hecho de que las *«medidas oportunas»* habilitadas sean genéricas e innominadas (8), otros como Barnés Vázquez consideran que la interpretación conforme a la Constitución de esas leyes impide su utilización para aplicar medidas generales de limitación de derechos fundamentales (9) que afecten a toda un ámbito geográfico determinado (10).

En este contexto, es lo cierto que la mayoría de los Tribunales Superiores de Justicia (11) y la Audiencia Nacional (12) han sido muy laxos con las exigencias de la reserva de ley en relación con la cláusula de policía sanitaria, incluso cuando afecta a los derechos fundamentales a la libre circulación y reunión. Así, el Auto 51/2021, de 12 de mayo del TSJ de Galicia hace una exégesis del art. 3 de la LO 3/1986, señalando que *«Control», «grupo de personas», «acciones preventivas generales», «medidas oportunas», no son términos restrictivos»,* pasando por alto que, precisamente esa fuerza expansiva de tales términos es lo que desdibuja el principio constitucional de reserva de ley. Por lo demás, este Auto se remite al de 27 de octubre de 2020 del TSJ de la Comunidad Valenciana, conforme al cual *«las medidas que pueden adoptarse según tal precepto, conforme el mismo viene redactado, son las relativas, de un lado, al control de los enfermos, de las personas que hayan estado en*

contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, y, de otro, las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible. Así nos parece que resulta de la estructura gramatical del precepto y, en particular, de la locución conjuntiva "así como", que funciona como conjunción distributiva ("correlativa") con predicado único, que es el que va a continuación de "las que se consideren necesarias" y es el de "en caso de riesgo transmisible»).

En sentido contrario, tenemos la doctrina del TSJ de Aragón, cuyo Auto de 10 de octubre de 2020, señala, en relación con el art. 3 LO 3/1986, que cuando alude a *«personas concretas y determinadas, que presentan una clara relación con el agente causante de la intervención administrativa, esto es, la enfermedad. Se habla de enfermos y de personas que se han relacionado con ellos. La cláusula final, abierta, no salva el vacío existente cuando se impone la restricción de un derecho fundamental que se impone a cualquier persona no identificable»*.

De igual manera, el Auto del TSJ del País Vasco 21/2021, de 7 de mayo, que recogiendo esa doctrina, indica, también en relación con el art. 3 LO 3/1986, que *«la posibilidad de que la autoridad sanitaria tome las medidas «necesarias» en caso de riesgo de carácter transmisible representa un cajón de sastre carente de precisión, que podría afectar con carácter general a un amplio número de ciudadanos y a cualquier derecho fundamental, es una regulación que carece de precisión al limitarse a apoderar a la autoridad sanitaria sin señalar limitación alguna a las medidas ni garantías a respetar lo que es contrario a doctrina del Tribunal Constitucional recogida, entre otras, en las sentencias de dicho Tribunal 49/99, 292/00, 154/14 y 76/19»*, añadiendo que *«la legitimidad constitucional de la limitación de los derechos fundamentales no puede venir amparada por la mención al interés público por sí misma (STC 76/19)»*

Por su parte, el Auto del TSJ de Cantabria 9/2020, de 3 de noviembre, recuerda, respecto de una disposición de suspensión de actividades lectivas, que el *«ejercicio de la autoridad sanitaria», que se menciona en la resolución recurrida, en modo alguno autoriza a tomar cualesquiera medidas, del tipo que sean, por la simple y pura autoridad de la consejería, aunque el propósito sea la protección de la salud pública»*

Finalmente el Tribunal Supremo ha venido a unificar la doctrina señalando en su Sentencia de 21 de mayo de 2021, que desestima el recurso del Gobierno Canario frente a un auto que denegó parte de las medidas restrictivas de derechos fundamentales que le había solicitado, concretamente el cierre perimetral de las islas, señalando que *«el artículo tercero de la Ley Orgánica 3/1986 ha de interpretarse conjuntamente con los artículos 26 de la Ley 14/1986 y 54 de la Ley 33/2011 y, así entendido, autoriza limitaciones puntuales de la libertad de circulación siempre que la Administración: (i) acredite la existencia de una enfermedad transmisible grave que ponga en peligro la salud y la vida de las personas; (ii) justifique que esa limitación es imprescindible para impedir dicha transmisión por no haber otros medios eficaces para lograrlo; (iii) determine en función del número de enfermos y de su localización la extensión subjetiva y territorial de la limitación; y (iv) fije fundadamente el tiempo indispensable en que ha de mantenerse la limitación para impedir la difusión de la enfermedad»* (13).

Como se puede apreciar el Tribunal Supremo es flexible con los requerimientos de predeterminación normativa del art. 53.1 CE, asumiendo una interpretación expansiva del grupo normativo que aplica, pero lo compensa imponiendo unas estrictas exigencias de proporcionalidad de las medidas que se impongan.

V. La proporcionalidad como último reducto de protección de los derechos.

La aceptación de la cobertura legal de las medidas de cierre y limitaciones de horarios no contempladas en la Ley 2/2021 (o la legislación autonómica correspondiente), nos lleva a centrar la cuestión en su proporcionalidad, como último reducto de la protección de los derechos constitucionales ante la acción estatal para la que la invocación de la protección de la salud no puede suponer ninguna patente de corso para actuar abusiva, discriminatoria, inmotivada o arbitrariamente. La citada Sentencia de 21 de mayo 2021 del Tribunal Supremo fija los criterios básicos conforme al cual llevar a cabo este juicio: que la Administración justifique (i) la situación epidemiológica que alega como hecho determinante (ii) la necesidad y proporcionalidad de la medida (iii) el ámbito subjetivo y territorial de la medida y (iv) su duración temporal.

Para que pueda evaluarse la proporcionalidad de una medida es necesario que la autoridad sanitaria realice el adecuado *«esfuerzo argumentativo y su exhaustividad en la aportación de datos, en especial de las circunstancias más relevantes motivadoras de las medidas que se acuerdan»* (Auto TSJ Comunidad Valenciana 14/2021). O como señala el Auto del TSJ de Cataluña, Sala de Discordia, de 20 de mayo de 2021, PO 204/2021, *«El hecho de que, más allá del informe científico de carácter universitario aportado por la defensa letrada de la Administración (un informe sobre otros informes), los informes oficiales aportados no contengan ninguna justificación específica a propósito de las limitaciones impuestas en el sector de la hostelería y la restauración»*, recordando el principio de facilidad probatoria del art. 217.6 LEC.

Como señala el Auto del TSJ de Navarra 43/2021, este criterio implica que la medida se analice desde un criterio restrictivo, *«atendiendo a criterios de razonabilidad en la afectación a las personas, con especial referencia a sus derechos*

y libertades, y limitada al mínimo ámbito objetivo, subjetivo, territorial y temporal necesario para su efectividad», lo que ha de ser compatible con el criterio de prevención que implica que la «racionalidad o proporcionalidad de las medidas preventivas cuestionadas ante la incertidumbre científica respecto de la enfermedad en cuestión, ha de discernirse, todavía, desde la perspectiva de la prevención» (Auto TSJ Comunidad Valenciana 14/2021).

Para llevar a cabo esa ponderación, es necesario tener presente si, en cada momento, «es adecuada a la situación epidemiológica actúa» (Auto TSJ de Navarra 18/2021, de 21 de abril). En relación con ello, uno de los elementos a tener en cuenta, como hace el Auto 173/2021, de 7 de mayo, del TSJ de la Comunidad Valenciana, es el porcentaje de vacunados entre los segmentos de edad más vulnerables a esta enfermedad, así como los niveles de contagios en un determinado territorio y sus vecinos, por cuanto estos elementos inciden en la propio equilibrio entre beneficios y perjuicios derivados de la misma.

La proporcionalidad implica asimismo una coherencia racional con las demás medidas adoptadas. En este sentido, es muy interesante el Auto 65/2011, de 11 de mayo del TSJ de Navarra que denegó la ratificación de una orden que establecía medidas de limitación de horarios de establecimientos de hostelería como consecuencia de apreciar la desproporción del toque de queda que la misma orden imponía, siendo así que «Entendemos que estas limitaciones horarias (de los apartados 3.3, 3.4, 14.5, y 17 inciso segundo y 24.6.) solo tienen sentido en el contexto de la vigencia del «toque de queda» pues estos límites de horario máximo solo persiguen habilitar el cumplimiento del horario de «toque de queda»; así, decaída la limitación de circulación en horario nocturno («toque de queda») deben decaer por su base estas limitaciones por encontrarse íntimamente unidas».

Por último, para valorar la proporcionalidad de una medida ha de estarse al derecho o bien jurídico y su primacía respecto de otros que hubieran podido sacrificarse. Así el adelanto de la hora de cierre de establecimiento se considera preferible la limitación de la libertad de circulación. Así, el ATS 16 de 16 de febrero 2021, ECLI:ES:TS:2021:1156^a, justifica la suspensión del acto impugnado señalando que «las propias alegaciones de la Junta de Castilla y León nos ponen de manifiesto que se ha optado por la restricción de la libertad de circulación antes que otras medidas disponibles, y se menciona el adelanto del horario de cierre de establecimientos de actividades no esenciales». Esta preferencia debe venir de la relación de la faceta de cada derecho con la dignidad humana y el libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE). Así por ejemplo una limitación de aforo o de horario ha de considerarse preferible a un cierre de actividad que implica privar del derecho al trabajo a sus empleados.

En definitiva, una limitación del derecho a la libertad de empresa debe ser rechazada si se considera que carece de cobertura legal, pero aun cuando se aprecie que existe, debe someterse a un *test* de proporcionalidad de cuyo rigor al aplicarse por los jueces pende la efectiva garantía de los derechos constitucionales afectados por tales medidas al haber abdicado el legislador, con la excepción de la Comunidad Autónoma de Aragón, de su función constitucional de establecer una regulación que fije con precisión el alcance de las medidas que se pueden adoptarse en cada momento de acuerdo con la situación epidemiológica existente.

El objeto de la norma es establecer las medidas urgentes de prevención, contención y coordinación necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, así como prevenir posibles rebrotes, una vez decaídas las medidas adoptadas en el marco del estado de alarma, asignando a los órganos competentes de la Administración del Estado, las Comunidades Autónomas y las entidades locales las funciones de vigilancia, inspección y control del correcto cumplimiento de las medidas. Asimismo, se prevé la adopción de planes y estrategias de actuación para afrontar emergencias sanitarias, mediante actuaciones coordinadas en salud pública, para el desarrollo de las distintas actividades que se contemplan en los capítulos siguientes.

NOTAS

- (1) Se consideraron esenciales los de alimentación, bebidas, productos y bienes de primera necesidad, establecimientos farmacéuticos, médicos, ópticas y productos ortopédicos, productos higiénicos, peluquerías, prensa y papelería, combustible para la automoción, estancos, equipos tecnológicos y de telecomunicaciones, alimentos para animales de compañía, comercio por internet, telefónico o correspondencia, tintorerías y lavanderías. Por RD 465/2020, de 17 de marzo, se sustituyó la referencia a

Centros médicos por centros sanitarios, se incluyeron los centros o clínicas veterinarias y se suprimió la inclusión entre los establecimientos esenciales de las peluquerías, pero se permitió el ejercicio profesional de la actividad de peluquería a domicilio.

Ver Texto

- (2) Ello se confirma por el ATS de 9 de marzo de 2021, que declaró su incompetencia para conocer de resoluciones de la Generalitat de Cataluña limitadora de diversas actividades económicas precisamente por su desconexión de la articulación de la delegación de competencias para adoptar medidas en el marco del estado de alarma.

[Ver Texto](#)

- (3) Tal es el caso, por ejemplo, de la Resolución de 17 de agosto de 2020, de la Consellera de Sanidad Universal y Salud Pública de la Generalitat Valenciana,; de la Resolución de la Consejería de Salud de la Generalitat de Cataluña SLT/1840/2020, de 24 de julio; de la Orden 668/2020, de 19 de junio, de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid; del Decreto 49/2020, de 8 de junio, por el que se establece la no reapertura de los locales de discotecas y bares de ocio nocturno en la Comunidad Autónoma de Canarias o la Orden de 30 de junio de 2020, por la que se establece la demora en la reanudación de las actividades de los locales de discotecas y demás establecimientos de ocio nocturno en Galicia.

[Ver Texto](#)

- (4) Así, podemos traer a colación como ejemplo las siguientes disposiciones dictadas por algunas de las principales CC.AA.: (i) Andalucía: Orden de 19 de junio de 2020, con la que se introdujo en un primer momento medidas de aforo e higiénicas. Sin embargo, estas medidas fueron incrementándose hasta la aprobación de la Orden de 29 de octubre de 2020, que incluía, además de medidas higiénicas y de aforo, medidas más severas, incluida la limitación de horarios, como era el caso particular de los establecimientos de hostelería y hoteles. Posteriormente, mediante Orden de 8 de noviembre de 2020, se endurecieron severamente las restricciones incorporando incluso el cierre de actividades como la apertura de grandes establecimientos comerciales, instalaciones deportivas o la suspensión de las actividades de restauración, tanto en interiores como en terrazas, la suspensión de apertura de museos, cines, teatros, etc.; (ii) Cataluña: Mediante resolución SLT/1429/2020, de 18 de junio, se adoptaron toda una serie de medidas higiénicas y de restricción de aforos, entre otros, en establecimientos y actividades de hostelería y restauración. Posteriormente, mediante resolución SLT/2073/2020, de 17 de agosto, se endurecieron las medidas de restricción de aforos e, incluso, se suspendieron ciertas actividades de ocio como era el caso de la apertura de locales y establecimientos que desarrollasen actividades de discoteca, salas de baile y de fiestas, entre otros. Mediante resolución SLT/2700/2020, de 29 de octubre, se impusieron limitaciones más severas como el cierre de centros y recintos comerciales o los locales y establecimientos de restauración; (iii) Comunidad de Madrid: Orden 668/2020, de 19 de junio, con la que se adoptaron medidas esencialmente de prevención e higiene y de control de aforos. Más adelante, se dictó la Orden 1273/2020, de 1 de octubre, que endureció las medidas, incorporando, entre otros aspectos, importantes reducciones de aforo y horario, como era el caso de los locales comerciales y servicios abiertos al público y los establecimientos de la hostelería y la restauración. Con similar alcance a la anterior, se dictó igualmente la Orden 1405/2020, de 22 de octubre así como la Orden 46/2021, de 22 de enero, en las que se mantuvieron las restricciones de horarios; (iv) Comunidad Valenciana: Acuerdo de 19 de junio, del Consell, en el que se establecieron medidas de higiene y prevención y de limitación de aforo. Posteriormente, mediante Resoluciones de 17 de julio y de 13 de agosto de 2020, de la Consellera de Sanidad, se endurecieron las medidas reduciendo los aforos máximos permitidos y fijando restricciones horarias. También es destacable la resolución de 17 de agosto de 2020, de la Consellera de Sanidad que, entre otras limitaciones, acordó la suspensión de la actividad de los locales de discoteca, salas de baile, karaoke y bares de copas. Asimismo, mediante Resolución de 6 de noviembre de 2020, de la consellera de Sanidad Universal y Salud Pública se volvieron nuevamente a endurecer las medidas con una nuevas reducciones de los aforos máximos permitidos y el mantenimiento de horarios limitados.

[Ver Texto](#)

- (5) Entre las escasas normas que en el ámbito autonómico han contemplado el cierre de actividades, además de la legislación aragonesa que referiremos a continuación, cabe citar el Decreto-Ley Foral, de 17 de agosto, de medidas extraordinarias en la Comunidad de Navarra para responder ante la situación de especial riesgo derivada del incremento de casos positivos por COVID-19 únicamente prevé el cierre de la actividad de salas de fiesta y discotecas.

[Ver Texto](#)

- (6) Al contrario de lo que ocurre con las medidas de limitación de los derechos fundamentales de la Sección 1ª del Capítulo II del Título primero de la Constitución, que, además, deber ser regulado por ley orgánica.

[Ver Texto](#)

- (7) Sebastián Martín Retortillo, Derecho Administrativo Económico, Tomo I, , La Ley, 1988, pág. 163.

[Ver Texto](#)

- (8) JOSÉ MARÍA BAÑO LEÓN, «Confusión regulatoria en la crisis sanitaria», Revista española de derecho administrativo, ISSN 0210-8461, Nº 209, 2020, págs. 11-22: *«El hecho de que esas medidas sean genéricas e innominadas tampoco es excusa para considerar que no existe cobertura normativa, como se ha afirmado con ligereza. Obvio es decir que mientras el Tribunal Constitucional no declare la inconstitucionalidad de la ley, la Administración y los Tribunales deben aplicarla. Por otra parte, es típico de la legislación de policía establecer cláusulas generales. Y no es mala técnica, porque eso permite al poder público una rápida reacción, dado que no*

es posible prever cuáles serán las circunstancias que exijan la respuesta urgente de la Administración ni qué tipo de medidas haya que adoptar. La cláusula general de policía sanitaria que el legislador acordó deliberadamente con rango de ley orgánica cubre sobradamente la reserva de ley en esta materia, pues como debe volverse a recordar la remisión genérica de la ley a los poderes de la Administración no está vedada ni dicha cláusula general constituye una habilitación sin límites, ya que queda concretada a los supuestos en que exista una enfermedad transmisible. La ley apodera a la Administración en términos suficientemente expresivos: "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" (art. 3)»

Ver Texto

- (9) Ciertamente este autor se refiere a los derechos fundamentales de la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución, pero la reserva de ley es predicable también de los de la Sección 2ª, por más que no estén cubiertos por la reserva de ley orgánica, se permita con mayor extensión la colaboración reglamentaria o incluso sea posible un mayor sacrificio de los mismos en aras de protección de otros bienes constitucionales: Pero en todo caso, la exigencia de norma previa y cierta para su limitación es, en todo caso, exigible.

Ver Texto

- (10) Javier Barnés Vázquez, Falsos dilemas en la lucha contra la pandemia, El Almacén del Derecho, Agosto 2020 (<https://almacenederecho.org/falsos-dilemas-en-la-lucha-contr-la-pandemia>): «Vázquez en relación con los derechos fundamentales estricto sensu, pero desde esta perspectiva, no hay ninguna objeción para trasladarlo a la libertad de empresa, "Las leyes sanitarias españolas, tal y como están concebidas hoy y ahora, permiten una variedad de medidas en la lucha contra la pandemia. En lo que ahora importa, en materia de privación, suspensión o restricción de derechos fundamentales, tienen por objeto "medidas individuales" (como, por ejemplo, el confinamiento de una familia o de determinadas residencias de mayores, o la prohibición de reunión en la vía pública en una zona concreta). En nuestro Derecho "individuales" significa que tienen por destinatarios a individuos o grupos individualizables de personas (una familia, una comunidad, una sección de un barrio...)».

Ver Texto

- (11) Así, el TSJ de Navarra (Auto 65/2021, de 11 de mayo), el de Murcia (AUTO 119/2021, de 11 de mayo), el de Extremadura (Auto 56/2021, de 10 de mayo), el de Madrid (Auto 93/2021, de 7 de mayo, que no obstante cuanta con votos particulares de las Magistradas Sras. Galindo Gil y García Ruiz), de la Comunidad Valenciana (Auto 173/2021, de 7 de mayo), Islas Baleares (Auto 152/2021, de 7 de mayo) o Cataluña (Auto de 7 de mayo de 2021).

Ver Texto

- (12) Así, el Auto de la Sección 8ª de 21 de abril de 2021, que con el particular del Magistrado Sr. Soldevila fragoso, al que se adhiere la Magistrada Sra. Gómez García, ha considerado que el art. 3 LO 3/1986 otorga suficiente cobertura legal a las medidas de cuarentena obligatoria impuesta a los pasajeros provenientes de determinados países con variantes del virus especialmente peligrosas. Frente a ello, en el voto con fundamento en la jurisprudencia constitucional se justifica que la LO 3/1986 no cumple su función de garantía del propio derecho fundamental que restringe, pues deja que en su lugar opere simplemente la voluntad de quien ha de aplicarla, menoscabando así tanto la eficacia del derecho fundamental como la seguridad jurídica, puesto que la orden ratificada no se limita a incorporar un mero complemento técnico esencialmente variable, que es el único supuesto en el que se admite por la jurisprudencia constitucional la colaboración reglamentaria.

Ver Texto

- (13) Se trata de una transcripción de la Nota de la Sala hecha pública con anterioridad a la de la sentencia, no publicada al cerrarse la presente edición.

Ver Texto