



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho y Grado en
Administración y Dirección de Empresas

Limites Constitucionales del Estado de Alarma decretado por el COVID-19; especial incidencia en la libertad de empresa

Presentado por:

ALFONSO DOMÍNGUEZ GONZÁLEZ

Tutelado por:

ÓSCAR SÁNCHEZ MUÑOZ

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN	4
II.	CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE EXCEPCIÓN. ADECUACIÓN DEL ESTADO DE ALARMA O DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN FRENTE A LA PANDEMIA DEL COVID-19.	6
III.	ESTALLIDO DE LA CRISIS SANITARIA Y LA DECLARACIÓN DEL PRIMER ESTADO DE ALARMA EN MARZO DE 2020. APLICACIÓN A LA LIBERTAD DE EMPRESA.	13
<i>i.</i>	<i>ESTALLIDO DE LA PANDEMIA MUNDIAL: DESDE WUHAN A ESPAÑA</i>	<i>13</i>
<i>ii.</i>	<i>ESPAÑA DURANTE LA VIGENCIA DEL PRIMER ESTADO DE ALARMA</i>	<i>14</i>
<i>iii.</i>	<i>CONTENIDO Y EFECTOS SOBRE LA LIBERTAD DE EMPRESA DEL RD 463/2020, DE 14 DE MARZO, POR EL QUE SE DECLARA EL PRIMER ESTADO DE ALARMA.</i>	<i>15</i>
	A. <i>EL ARTÍCULO 10 DEL RD 463/2020</i>	<i>15</i>
	B. <i>EL ARTÍCULO 7 DEL RD 463/2020</i>	<i>28</i>
IV.	PROCESO DE DESESCALADA Y LA LLAMADA NUEVA NORMALIDAD.	30
<i>i.</i>	<i>LA DESESCALADA Y LA TRANSICIÓN HACIA LA NUEVA NORMALIDAD.</i>	<i>30</i>
<i>ii.</i>	<i>ADOPCIÓN DE MEDIDAS ANÁLOGAS A LAS PROHIBITIVAS DURANTE LA NUEVA NORMALIDAD</i>	<i>30</i>
V.	LA SEGUNDA Y TERCERA OLAS DE LA PANDEMIA. DECLARACIÓN DEL SEGUNDO ESTADO DE ALARMA EN OCTUBRE DE 2020.	32
<i>i.</i>	<i>LA SEGUNDA Y TERCERA OLAS DE LA PANDEMIA.</i>	<i>32</i>
<i>ii.</i>	<i>EL RD 926/2020, DEL 25 DE OCTUBRE, POR EL QUE SE DECLARA EL SEGUNDO ESTADO DE ALARMA. CONTENIDO Y CONSTITUCIONALIDAD EN RELACIÓN CON LA LIBERTAD DE EMPRESA.</i> <i>33</i>	
VI.	MEDIDAS LIMITATIVAS DE LA LIBERTAD DE EMPRESA ADOPTADAS BAJO EL DERECHO DE NORMALIDAD, EN LA FASE DE NUEVA NORMALIDAD Y SEGUNDO ESTADO DE ALARMA.	35
<i>i.</i>	<i>MARCO NORMATIVO GENERAL DEL DERECHO DE NORMALIDAD PARA EMERGENCIAS SANITARIAS.</i>	<i>35</i>
<i>ii.</i>	<i>LA PRECEPTIVA AUTORIZACIÓN O RATIFICACIÓN JUDICIAL DE LAS MEDIDAS</i>	<i>38</i>
<i>iii.</i>	<i>MEDIDAS LIMITATIVAS DE LA LIBERTAD DE EMPRESA EXCLUIDAS DEL ALCANCE DEL ESTADO DE ALARMA.</i>	<i>45</i>

A. EJEMPLIFICACION DE ALGUNAS ADMISNISTRACIONES SANITARIAS AUTONOMICAS QUE HAN SOMETIDO A AUTORIZACION Y RATIFICACION JUDICIAL LAS MEDIDAS LIMITATIVAS DE LA LIBERTAD DE EMPRESA.	48
B. EL CASO DE LA ADMINISTRACION SANITARIA DE CASTILLA Y LEON: LA INTERPRETACION EXTENSIVA DE UNA NORMA EXCEPCIONAL.	51
iv. <i>EFFECTOS DE LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS LIMITATIVAS DE LA LIBERTAD DE EMPRESA DURANTE LA VIGENCIA DEL SEGUNDO ESTADO DE ALARMA PRESCINDIENDO DE AUTORIZACIÓN O RATIFICACIÓN JUDICIAL.</i>	<i>54</i>
VII. CONCLUSIONES:.....	56
VIII. BIBLIOGRAFIA	58
IX. RESOLUCIONES JUDICIALES CITADAS:	60

I. INTRODUCCIÓN

El 14 de marzo de 2020, en pleno crecimiento exponencial de los contagios por la incidencia del virus SARS-CoV-2, causante de la enfermedad infecciosa sobradamente conocida como COVID-19, España activo el Derecho constitucional de excepción. En esa fecha, el Gobierno aprobó el Real Decreto 463/2020, por el que se declaraba el estado de alarma en la totalidad del territorio español, el cual que se prorrogaría hasta junio de 2020. A este primer estado de alarma, y con el impasse de una *nueva normalidad* que nunca llego a ser tal, le seguiría un nuevo Real Decreto, el RD 926/2020, declarando nuevamente el estado de alarma el 25 de octubre de ese año, y manteniéndose en vigor hasta mayo de 2021.

Como consecuencia de la crisis sanitaria del COVID-19, el derecho de libertad de empresa, consagrado en el artículo 38 CE, dentro del Capítulo II del Título I -“de los derechos fundamentales”- de la Constitución Española, se ha visto notoriamente afectado, intervenido e incluso restringido. El presente estudio tiene como objetivo principal el análisis de los efectos jurídicos sobre este derecho fundamental derivados de la adopción y aplicación de las normas destinadas a frenar el impacto y las consecuencias de la pandemia en nuestro país, tanto en el marco del Derecho de normalidad como en el del Derecho de excepción.

Para ello, en primer lugar, estudiaremos como los ordenamientos jurídicos constitucionales, y en particular el español, regulan las respuestas y reacciones frente a las situaciones excepcionales que rompen la normalidad del Derecho. Centrándonos en el Derecho de excepción contemplado en la Constitución Española, nos plantearemos, como primera pregunta, la adecuación del estado de alarma como institución de Derecho de excepción frente a la pandemia del COVID-19, atendiendo a la naturaleza de la emergencia.

Visto lo anterior, abordaremos el estudio concreto del RD 463/2020, de 14 de marzo, mediante el que se declaró el primer estado de alarma, centrándonos en sus efectos sobre la libertad de empresa. Nos corresponderá analizar como dicho texto, en sus artículos 7 y 10, comportó una restricción generalizada de la libertad de circulación de las personas, junto a una serie de medidas económico-sociales fuertemente restrictivas sobre la actividad económica, impidiendo la apertura de los establecimientos abiertos al público y no exceptuados en la norma. Parece adecuado estudiar los efectos de uno y otro artículo,

abordando la delimitación constitucional del derecho a la libertad de empresa, y, más en concreto, parece necesario plantearse la constitucionalidad del citado artículo 10, para lo que resultara imprescindible analizar con una cierta profundidad el concepto del contenido esencial del artículo 38 CE.

El 21 de junio de 2020 el primer estado de alarma perdió su vigencia en todo el territorio español y, a partir de entonces, se ejecutó el plan de desescalada aprobado por el Gobierno con el objetivo de llegar a la *nueva normalidad*. Durante este periodo las restricciones a la libertad de empresa se limitaron en gran medida, tal y como tendremos ocasión de ver en estas páginas.

Con la llegada de la segunda ola de la pandemia y el incremento de los contagios, el 25 de octubre de 2020, el Gobierno declara el segundo estado de alarma mediante el RD 926/2020. Será necesario, por tanto, que estudiemos también el contenido y efectos de este Real Decreto, en el que, al contrario de lo que ocurría con el RD 463/2020, no se contempla una restricción directa y explícita de la libertad de empresa.

Finalmente, abordaremos el estudio de las medidas restrictivas o prohibitivas de la libertad de empresa realizadas durante las fases de *nueva normalidad* y de vigencia del segundo estado de alarma, adoptadas bajo el paraguas de la normativa de emergencias sanitarias propias del Derecho de normalidad. Respecto a ellas, la principal cuestión que se plantea, desde el punto de vista jurídico, tiene que ver con la necesidad de su sometimiento a autorización o ratificación judicial. Para tratar de responderla, veremos como las distintas administraciones sanitarias autonómicas han actuado durante este período, cumpliendo o no con dicho requisito legal.

Todo ello con el objetivo inicialmente citado: realizar un estudio exhaustivo de los límites constitucionales del estado, -o estados- de alarma y de las actuaciones adoptadas en la situación de *nueva normalidad* durante la pandemia del COVID-19, teniendo como eje vertebrador del mismo y como prisma principalísimo su incidencia en el derecho fundamental a la libertad de empresa.

II. CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE EXCEPCIÓN. ADECUACIÓN DEL ESTADO DE ALARMA O DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN FRENTE A LA PANDEMIA DEL COVID-19.

Nuestro ordenamiento jurídico se edificó sobre un Derecho constitucional diseñado por el constituyente para garantizar la vida diaria de los ciudadanos y la actividad cotidiana de los poderes públicos. La idea por tanto es garantizar la convivencia y un Estado de Derecho en situación de normalidad.

No obstante, el constituyente quiso igualmente darse un marco jurídico que permitiese afrontar el problema de la reacción de la norma frente a situaciones excepcionales o anormales. Cruz Villalón explica que el legislador quiso contemplar un Derecho de excepción que fuera capaz de responder a esas situaciones “modificando transitoriamente el régimen constitucional para garantizar su propia supervivencia”¹.

Estas situaciones excepcionales, además, en ningún caso son exclusivas del Derecho constitucional, sino que afectan también a otras disciplinas jurídicas, en la medida en la que la norma, en general, presupone la normalidad y esta no puede evitar verse afectada en su aplicación por una ruptura de dicha normalidad. La situación se ve agravada, además, cuando la ruptura de la normalidad afecta al conjunto de la sociedad, cuando la crisis se circunscribe a la totalidad del Estado.

El Estado es la garantía política de la sociedad, entendiendo esto como un todo; la herramienta o el instrumento del que se dota la sociedad para autodirigirse globalmente². A este respecto, Pérez Royo afirma que “cuando una situación de crisis llega al Estado, no nos encontramos ante una crisis localizada, sino ante una crisis de alcance general, que afecta a toda la sociedad o a una parte lo suficientemente significativa de la misma como para que tenga que reaccionar de forma especial el representante político general de la Sociedad, el Estado”³.

¹ CRUZ VILLALON, Pedro: “El nuevo derecho de excepción”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 2, 1981, pág. 95.

² TORRES DEL MORAL, Antonio: *Los derechos fundamentales y su protección Jurisdiccional*, Constitución y Leyes S.A. (COLEX), Madrid, 2007, pág. 627.

³ PEREZ ROYO: Javier. *Curso de Derecho Constitucional*, Duodécima edición, Ed. Marcial Pons, Madrid 2010, pág. 852.

Sobre la protección excepcional o extraordinaria del Estado en los países inequívocamente democráticos no encontramos unanimidad. En este sentido y atendiendo a la categorización doctrinal de Pérez Rojo⁴, podemos distinguir tres grandes modelos:

- i. El modelo inicial del Derecho de excepción en todos los Estados constitucionales no preveía de forma expresa la protección excepcional o extraordinaria del Estado. En lugar de eso, se configura un marco jurídico en el que, ante una situación excepcional, los órganos constitucionales actúan como estimen conveniente. Tras esta actuación, y una vez recuperada la normalidad, corresponde al Parlamento valorar si se ha producido un comportamiento antijurídico por parte de algún poder público, exonerando de responsabilidad al autor⁵. Con esta respuesta se da un voto de confianza a los poderes públicos, asumiendo o admitiendo que la situación de crisis o de anormalidad no será aprovechada para desnaturalizar el régimen constitucional.
- ii. Como opción intermedia, existe también un modelo constitucional en el que, si bien se prevé la protección extraordinaria del Estado, ésta se realiza mediante la técnica de la *cláusula general*, -una suerte de “cheque en blanco a favor del destinatario”⁶, según Pérez Rojo-. Ejemplo de ello es la atribución de competencias al Presidente de la República que se contenía en el artículo 48 de la Constitución de la República de Weimar⁷, o, más recientemente, en el artículo 16 de la Constitución Francesa de la V República⁸.

⁴ PEREZ ROYO, ob. cit., págs. 852-853.

⁵ Es la técnica de las *Indemnity Bills*, leyes de exoneración de la responsabilidad propio de países de tradición constitucional ininterrumpida como Inglaterra, los Estados Unidos o Suiza.

⁶ PEREZ ROYO, ob. cit., pág. 853.

⁷ Constitución del Imperio Alemán, de 11 de agosto de 1919, artículo 48: “[...] Cuando se hayan alterado gravemente o estén en peligro la seguridad y el orden públicos en el Imperio, el Presidente puede adoptar las medidas indispensables para el restablecimiento de los mismos, incluso en caso necesario con ayuda de la fuerza armada. Con este fin puede suspender temporalmente en todo o en parte los derechos fundamentales fijados en los artículos 114, 115, 117, 118, 123, 124 Y 153”.

⁸ Constitución Francesa de 4 de octubre de 1958, Artículo 16: “Cuando las instituciones de la República, la independencia de la Nación, la integridad de su territorio o el cumplimiento de sus compromisos internacionales estén amenazados de manera grave o inmediata y el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales esté interrumpido, el Presidente de la República tomará las medidas exigidas por tales circunstancias, previa consulta oficial con el Primer Ministro, los Presidentes de las Cámaras y el Consejo Constitucional”.

- iii. El tercer modelo va más allá y no solo prevé la protección extraordinaria o excepcional del Estado, sino que la regula expresamente y, de esta manera, junto al Derecho de normalidad prevé un *Derecho constitucional de excepción*.

Este último modelo es por el que se decantó el constituyente español. La Constitución Española de 1978 contempla, en su Título V, un Derecho de excepción, una respuesta jurídicamente ordenada para las eventuales situaciones de crisis. Un Derecho de excepción que, de acuerdo con Torres Muro⁹, es limitado, diversificado y parlamentario. Limitado porque estas situaciones en ningún caso pueden suponer una suspensión genérica de la Constitución, habiendo una “Constitución suspendible (*sic.*)”, -la del artículo 55 CE-, y el resto, una Constitución resistente al Derecho de excepción. Diversificado, porque en el artículo 116 CE se regulan tres tipos de estados excepcionales de acuerdo con la naturaleza de la situación, como veremos a continuación. Y parlamentario, porque es el Congreso de los Diputados el que decide sobre la suspensión de derechos, autorizando o no el estado excepcional propuesto –o su prórroga, en el caso del estado de alarma, en el que, por otra parte, no hay suspensión de derechos- y determinado también su ámbito, duración y contenido.

Es un Derecho claramente diferenciado del de normalidad, en el que se regula de forma inequívoca la distinción entre la competencia de decisión sobre el momento y el lugar de su aplicación -atribuida al Parlamento, excepto en el estado de alarma-, y la competencia para aplicar real y efectivamente las medidas previstas en este Derecho de excepción, -atribuido al Gobierno-. Este Derecho incluye también un principio de responsabilidad del Estado por los eventuales perjuicios generados por los poderes públicos en su actuación y aplicación de medidas extraordinarias.

El Derecho de excepción está igualmente sometido a un control jurisdiccional. Sin embargo, este control, como resalta Cruz Villalón¹⁰, “difícilmente puede abordarse en la práctica desde las categorías propias de la normalidad”. Debe existir un control jurisdiccional, dice, y también político -el parlamentario, anteriormente citado-, pero ese enjuiciamiento presenta particularidades, como se ha visto reflejado en el canon interpretativo empleado por el TC en estas situaciones, distinto del de normalidad.

⁹ TORRES MURO Ignacio: “Artículo 116”, en CASAS BAAMONDE M. E. y RODRIGUEZ-PIÑEIRO M. *Comentarios a la Constitución Española*, Wolters Kluwer y BOE, Madrid, 2018, Tomo II, pág. 632.

¹⁰ CRUZ VILLALON, “El nuevo...”, pág. 99.

En este mismo sentido se posiciona la Comisión de Venecia¹¹. Así, ante una emergencia o crisis constitucional no reglada, cobran protagonismo “los principios de urgencia, proporcionalidad, necesidad, idoneidad e incluso, de mera razonabilidad”, tal y como veremos más adelante.

Igualmente, como parte esencial de ese Derecho de excepción se regula la posibilidad de su modulación o adaptación en su aplicación en función de la crisis a la que haya que hacer frente, en nuestro caso, frente a las particularidades de la crisis derivada por la pandemia del COVID-19.

El artículo 116 CE, al regular la protección extraordinaria del Estado, remite al legislador su regulación: “Una ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio, y las competencias y limitaciones correspondientes”. Por su parte, el legislador fue relativamente diligente a la hora de cumplir el mandato constitucional, aprobando en junio de 1981 la LO 4/1981, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio (LOAES). A ella nos referiremos continuamente, centrándonos especialmente en lo referente a los estados de alarma y excepción.

El Constituyente configuró entonces los tres estados excepcionales y la LOAES los desarrolló después como supuestos diferentes, autónomos y no progresivos -sin pasar de uno a otro-, respondiendo y siendo cada uno de ellos de ellos declarado para un tipo de crisis o emergencia diferente. Es, por tanto, necesario atender a la distinta naturaleza de la emergencia.

El estado de alarma responde a una catástrofe natural o tecnológica, una situación que pudiera ser o no producida por la acción de los seres humanos, pero que en cualquier caso entraña “alteraciones graves de la normalidad” de naturaleza no política. En el artículo 4 de la LOAES contempla que *“El Gobierno, [...] podrá declarar el estado de alarma, en todo o parte del territorio nacional, cuando se produzca alguna de las siguientes alteraciones graves de la normalidad.”*

¹¹ CASTELLA ANDREU, José María: “La Comisión de Venecia y los estados de emergencia: la necesaria preservación del estado de derecho y la democracia constitucional durante la crisis del COVID-19”, en BIGLINO CAMPOS Paloma. y DURAN ALBA, Juan F.: *Los efectos horizontales de la COVID-19 sobre el sistema constitucional*, Fundación Giménez Abad, Zaragoza, 2020, pág. 23

- a) *Catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud.*
- b) *Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves.*
- c) *Paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garantice lo dispuesto en los artículos veintiocho, dos, y treinta y siete, dos, de la Constitución, concurra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en este artículo.*
- d) *Situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad.”*

Cruz Villalón¹² ha calificado esta enumeración de “imprecisa, [...] al igual que todas las normas que lo regulan”, considerando que el legislador, después de “intentar, sin mucho éxito, acotar” el estado de alarma, regula su declaración, reservada al Consejo de Ministros mediante Decreto. El artículo 5 LOAES contempla la declaración a solicitud del Presidente de una Comunidad Autónoma cuando el ámbito de territorial sea todo o parte del territorio de la Comunidad. El artículo 6.2 LOAES reserva la prórroga del estado de alarma más allá de quince días al Congreso de los Diputados, que podrá establecer el alcance, ámbito y contenido durante la vigencia del mismo.

Los efectos jurídicos del estado de alarma se regulan por un lado en el artículo 9 LOAES, en el que se recoge la posibilidad de que, durante la vigencia del mismo, se pongan bajo las órdenes de la autoridad competente todos los funcionarios públicos y autoridades de la zona afectada; en cuanto sea necesario para la protección de las personas, bienes y lugares, pudiendo serles impuestos servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza. Por otro lado, los artículos 11 y 12 de la LOAES, regulan las posibles medidas a adoptar durante la vigencia del estado de alarma.

Entre ellas encontramos en el artículo 11 LOAES las siguientes:

- a. *Limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos.*
- b. *Practicar requisas temporales de todo tipo de bienes e imponer prestaciones personales obligatorias.*

¹² CRUZ VILLALON, Pedro: *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 66 a 68.

- c. *Intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, con excepción de domicilios privados, dando cuenta de ello a los Ministerios interesados.*
- d. *Limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad.*
- e. *Impartir las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios de los centros de producción afectados por el apartado d) del artículo cuarto.*

En este sentido, el artículo 12 LOADES incorpora, además, dos habilitaciones:

Una, a la “autoridad competente” para que, en los casos de los apartados a) y b) anteriores, adopte a mayores de las previstas en estos dos apartados, aquellas medidas establecidas en las normas para la “lucha contra enfermedades contagiosas”; como la pandemia del COVID-19. Esto supone una remisión a la legislación reguladora de las emergencias sanitarias: la Ley Orgánica 3/1986 de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública (LOMEMSP), la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de la sanidad (LGS), y la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública (LGSP), de las que más adelante hablaremos.

Y otra, al Gobierno para que, en el caso de los apartados c) y d) anteriores, acuerde “la intervención de empresas o servicios, así como la movilización de su personal, con el fin de asegurar su funcionamiento”.

Por su parte, el estado de excepción se concibe como un estado de reacción frente a una crisis de “orden público”. Un estado que responde a una emergencia de naturaleza política, a la que el artículo 13.1 de la LOAES define como una situación en la que “*el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público, resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo*”.

A propósito del estado de excepción, Cruz Villalón¹³ resalta la concreción de su regulación frente a lo dispuesto para el estado de alarma. En el segundo apartado del

¹³ CRUZ VILLALON, *Estados excepcionales...*, pág. 81

artículo 13 LOAES se hace referencia a su declaración, atribuida al Gobierno, quien remitirá al Congreso de los Diputados una solicitud para su autorización -que deberá recoger un contenido y requisitos legalmente establecidos¹⁴-, para su debate en sesión de la Cámara y aprobación -en sus propios términos o añadiendo modificaciones-, si procede; todo ello previa a la declaración del estado de excepción mediante Decreto, una vez autorizado.

De esta manera, y a modo de conclusión preliminar, de acuerdo con toda la contextualización y caracterización de los estados de alarma y excepción expuesta, a mi juicio, parece adecuado afirmar que, frente a la pandemia del COVID-19, la elección del Gobierno de España del estado de alarma como mecanismo de Derecho de excepción fue, a priori, adecuada, atendiendo a la naturaleza de la emergencia, pues el país se enfrentaba a una “crisis sanitaria” en la que, además, se producía “la paralización de servicios públicos esenciales”. Y Todo ello a pesar de las opiniones contrarias, entre las que podemos destacar las de Aragón Reyes, que en varios artículos de opinión defendía que algunas de las medidas del primer estado de alarma no eran propias de la normativa estipulada para este estado¹⁵, alegando igualmente que la labor del Tribunal Constitucional de aplicar la Constitución, a su juicio, no consiste en distinguir entre estado de alarma o excepción, “De manera que lo único que de la Constitución se desprende es que, si la crisis es de tal gravedad que, para hacerle frente, han de suspenderse derechos, lo preceptivo es declarar el estado de excepción (que es algo que la interpretación constitucional de la Ley Orgánica no impide), y si la crisis no es tan grave, de modo que requiera, para hacerle frente, de una limitación, pero no de una

¹⁴ El Artículo 13.2 LOAES determina el contenido de la solicitud de autorización de declaración del estado de excepción, que deberá contener: a) la determinación de los efectos del estado de excepción, con mención expresa de los derechos cuya suspensión se solicita, que no podrán ser otros que los enumerados en el apartado uno del artículo cincuenta y cinco de la Constitución, b) la relación de las medidas a adoptar referidas a los derechos cuya suspensión específicamente se solicita, c) el ámbito territorial del estado de excepción, así como duración del mismo, que no podrá exceder de treinta días; y d), la cuantía máxima de las sanciones pecuniarias que la Autoridad gubernativa esté autorizada para imponer, en su caso, a quienes contravengan las disposiciones que dicte durante el estado de excepción.

¹⁵ ARAGON REYES comenta que “ordenar una especie de arresto domiciliario de la inmensa mayoría de los españoles, que es lo que realmente se ha hecho, no es limitar el derecho, sino suspenderlo, y esa conclusión resulta difícilmente rebatible desde un entendimiento jurídico correcto, y en tal sentido la medida adoptada creo que es bien distinta de la normativamente estipulada para el estado de alarma. Sí se corresponde con el estado de excepción, que tiene prevista esa posibilidad de suspensión en el artículo 55.1 de la Constitución y en el artículo 20 de la Ley Orgánica 4/1981” (ARAGON REYES, Manuel, “hay que tomarse la Constitución en serio”, El País, 10 de abril de 2020)

suspensión de derechos, lo preceptivo entonces es declarar el estado de alarma”¹⁶. En esta línea, y tal como recogía Ángela Martialay en prensa, un grupo no tan pequeño de juristas y Catedráticos de Derecho Constitucional, -Carlos Flores Juberías, Carlos Ruiz Miguel, Carlos Vaquero López, Santiago Carretero Sánchez, Miguel Ángel Salom y los letrados Rafael Abati y Sergio Nuño Díez de la Lastra-, llegaron incluso a dirigirse al defensor del pueblo, solicitándole que recurriese el decreto del estado de alarma “ante la suspensión generalizada, universal, y permanente de los derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución, que no encuentra cobertura jurídico-constitucional en el estado de alarma”¹⁷

Cuestión más controvertida es el análisis y estudio concreto de la idoneidad y legalidad de las medidas adoptadas en la declaración del estado de alarma, en ambos Reales Decretos, (RD 463/2020 y RD 926/2020), conforme con lo regulado en los artículos 9, 11 y 12 de la LOAES, y su relación con la libertad de empresa. De todo ello daremos cuenta en las siguientes páginas.

III. ESTALLIDO DE LA CRISIS SANITARIA Y LA DECLARACIÓN DEL PRIMER ESTADO DE ALARMA EN MARZO DE 2020. APLICACIÓN A LA LIBERTAD DE EMPRESA.

i. ESTALLIDO DE LA PANDEMIA MUNDIAL: DESDE WUHAN A ESPAÑA.

El 30 de enero de 2020 la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró que el brote COVID-19 detectado en la ciudad de Wuhan (China) cumplía los criterios para ser declarado una emergencia de salud pública de importancia internacional e instó a todos los países a tomar medidas con carácter urgente para hacer frente a la expansión del virus.

El riesgo de propagación internacional, que motivaba aquella declaración, se materializó en el mes de febrero en numerosos países europeos, entre ellos España. La situación de emergencia de salud pública ocasionada por el COVID-19 evolucionó, a nivel nacional e internacional, con rapidez.

16 ARAGON REYES, Manuel, “¿Alarma o excepción? La función del Tribunal Constitucional”, El País, 6 de julio de 2021.

17 MARTIALAY, Ángela: Un grupo de juristas pide al Defensor del Pueblo que impugne el decreto del estado de alarma por ser "inconstitucional", EL MUNDO, 19 de abril de 2020.

El 11 de marzo de 2020, la OMS declaró que la expansión del COVID-19 podía ser considerado una pandemia internacional. Por aquel momento, existían más de un millar de casos positivos detectados en España.

El 14 de marzo de 2020 el Gobierno de España aprobó el RD 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. Aquel día se contabilizaban un total de 5.753 casos y 136 fallecidos por COVID-19 en todo el país.

ii. ESPAÑA DURANTE LA VIGENCIA DEL PRIMER ESTADO DE ALARMA.

El RD 463/2020 determinó que el propio Gobierno de España fuese la “autoridad competente”, atribuyéndole varias de las competencias que normalmente corresponden a las administraciones autonómicas. Particularmente, el Ministro de Sanidad, como una de las autoridades competentes delegadas en el seno del Consejo de Ministros, fue investido de unos poderes exorbitantes, aunando las más amplias competencias en la materia a todos los efectos¹⁸.

La medida de mayor calado social y económico fue la restricción generalizada de la libertad de circulación de las personas. Junto a ésta, en el ámbito económico que nos ocupa, el RD 463/2020 comportó una serie de medidas fuertemente restrictivas que afectaron a distintos sectores de actividad, decretando el cierre de los establecimientos abiertos al público, lo que implicaba fuertes restricciones de la libertad de empresa. Ambas se regulan en los artículos 7 y 10 de dicho Real Decreto, como seguidamente veremos.

¹⁸ El artículo 4 RD 463/2020, del 14 de marzo: A los efectos del estado de alarma, la autoridad competente será el Gobierno. Para el ejercicio de las funciones a que se hace referencia en este real decreto, bajo la superior dirección del presidente del Gobierno, serán autoridades competentes delegadas, en sus respectivas áreas de responsabilidad: a) La Ministra de Defensa, b) El Ministro del Interior, c) El Ministro de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana y d) El Ministro de Sanidad.

Los Ministros designados como autoridades competentes delegadas en este real decreto quedan habilitados para dictar las órdenes, resoluciones, disposiciones e instrucciones interpretativas que, en la esfera específica de su actuación, sean necesarios para garantizar la prestación de todos los servicios, ordinarios o extraordinarios, en orden a la protección de personas, bienes y lugares, mediante la adopción de cualquiera de las medidas previstas en el artículo once de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio. Los actos, disposiciones y medidas a que se refiere el párrafo anterior podrán adoptarse de oficio o a solicitud motivada de las autoridades autonómicas y locales competentes, de acuerdo con la legislación aplicable en cada caso y deberán prestar atención a las personas vulnerables. Para ello, no será precisa la tramitación de procedimiento administrativo alguno.

El estado de alarma, con una vigencia inicial de 15 días, se prorrogó en seis ocasiones, por periodos de 15 días, hasta el 21 de junio de 2020. No obstante, el alcance de las medidas restrictivas de derechos fue modulándose a partir del 3 de mayo de 2020 en función de la evolución favorable de los indicadores epidemiológicos.

iii. CONTENIDO Y EFECTOS SOBRE LA LIBERTAD DE EMPRESA DEL RD 463/2020, DE 14 DE MARZO, POR EL QUE SE DECLARA EL PRIMER ESTADO DE ALARMA.

A. EL ARTÍCULO 10 DEL RD 463/2020

El RD 463/2020, del 14 de marzo, concretamente en el artículo 10.1, regulaba la suspensión de la “apertura al público de los locales y establecimientos minoristas”. Esta suspensión, con algunas excepciones puntuales que permitieran el acceso de los consumidores a alimentos y productos de primera necesidad¹⁹ -no sin muchas limitaciones-, fue una decisión generalizada e indiscriminada. No permitía continuar desarrollando una actividad comercial fuera de las excepciones recogidas, ni aunque los establecimientos implementasen medidas extremas de seguridad que garantizaran la distancia de seguridad y el seguimiento de todas las precauciones sanitarias.

Este contenido nos plantea el primero de los problemas: ¿Acaso no supone la redacción original del artículo 10 del RD 463/2020 la suspensión del derecho fundamental de la libertad de empresa reconocido en el artículo 38 CE para las actividades económicas afectadas?

Comencemos por delimitar constitucionalmente el derecho fundamental de libertad de empresa, para posteriormente abordar la Constitucionalidad del artículo 10 del RD 463/2020, atendiendo a la supuesta vulneración del contenido esencial del mismo.

¹⁹ El artículo 10 del RD 463/2020, del 14 de marzo, en su apartado 1º, excepciona la suspensión de apertura al público de locales y establecimiento minorista a “*establecimientos comerciales minoristas de alimentación, bebidas, productos y bienes de primera necesidad, establecimientos farmacéuticos, médicos, ópticas y productos ortopédicos, productos higiénicos, peluquerías, prensa y papelería, combustible para la automoción, estancos, equipos tecnológicos y de telecomunicaciones, alimentos para animales de compañía, comercio por internet, telefónico o correspondencia, tintorerías y lavanderías*”.

a. *DELIMITACION CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE LA LIBERTAD DE EMPRESA.*

El derecho a la libertad de empresa es un derecho consagrado en el artículo 38 de la Constitución Española. Un derecho sistemáticamente contenido en el Capítulo II del Título I de la Constitución, que lleva por rúbrica “Derechos y libertades”. Dentro de este Capítulo II, se desdoblaron dos secciones diferenciadas, una *Sección 1ª* –artículos 15 a 29- derechos y libertades que gozan de una protección privilegiada y una *Sección 2ª* –artículos 30 a 38- que recogen otros *derechos y deberes de los ciudadanos* que, si bien no son susceptibles de amparo, sí tienen carácter fundamental. De esta forma, la libertad de empresa del artículo 38 CE es un derecho constitucional fundamental.

En este sentido, Bilbao Ubillos²⁰ define a los derechos fundamentales y por tanto al derecho a la libertad de empresa, como aquellos de los que se predicen las siguientes notas características:

1. Estar recogidos y consagrados en el texto constitucional. Esta primera nota es condición necesaria pero no suficiente, porque no todos los derechos constitucionales son en sentido estricto fundamentales.
2. Que sean derechos subjetivos exigibles inmediatamente ante los tribunales ordinarios en los términos del artículo 53.1²¹ CE, esto es, sin necesidad de un previo desarrollo normativo.
3. Que estén dotados de una especial resistencia y vinculación²² frente al legislador en los términos del artículo 53.1 CE, resistencia que se concreta en nuestro caso en la garantía del respeto al contenido esencial del derecho, que más adelante abordaremos.

²⁰ BILBAO UBILLOS, Juan María, “Los derechos fundamentales de la Constitución Española”, en BIGLINO CAMPOS, Paloma; BILBAO UBILLOS, Juan María; REY MARTÍNEZ, Fernando, MATIA PORTILLA, Javier; VIDAL ZAPATERO, José Miguel: *Lecciones de Derecho Constitucional II*, Thomson Reuters, Valladolid, 2013, pág. 403- 404.

²¹ Artículo 53.1 CE: “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)”.

²² A este respecto, cabría igualmente preguntarse si se trata de un derecho fundamental por que vincula al legislador, o si más bien, vincula al legislador por ser derecho fundamental. Se trata de un debate doctrinal complejo, y sin pretender adentrarnos en el mismo, este alumno se decanta por la segunda, considerando más bien que la vinculación sería consecuencia y no causa de la fundamentalidad.

En este sentido, el artículo 38 CE, al tratarse de un derecho fundamental de la *Sección 2ª* del Capítulo II, no goza de la protección privilegiada de los anteriores, susceptibles de recurso de amparo, pero no por ello deja de ser un derecho fundamental, ya que sí goza de las garantías jurisdiccionales y normativas propias de esta categoría. En este punto, la tutela a través del recurso de amparo no es un criterio relevante.

Resaltada ya su naturaleza de derecho constitucional fundamental, de la “libertad de empresa en el marco de la economía de mercado”²³ dice Cidoncha Martín que se trata de “un ámbito de poder del individuo, que ha de responder no obstante a un interés digno de tutela y a su vez ser compatible con el interés general que define el Estado; un derecho subjetivo que como tal es anterior a la Constitución, pues existe desde que hay economía de mercado, y que nuestra Constitución crea (o re-crea) como derecho fundamental”²⁴.

Esta existencia previa de la que habla Cidoncha Martín nos remite a una concepción iusnaturalista, desde una perspectiva filosófica, pero no puede hacernos olvidar que el derecho de la libertad de empresa, como tal derecho subjetivo fundamental sólo va a ser oponible frente a los poderes públicos cuando es jurídicamente reconocido, en nuestro caso a través del artículo 38 CE.

El artículo 38 CE se refiere a la iniciativa económica privada, a diferencia del artículo 128 CE, que se refiere a la iniciativa económica pública. Dice Aragón Reyes “sin perjuicio de que incluso las empresas públicas no deban quedar totalmente al margen de la economía de mercado, lo cierto es que la aplicación de ambas normas es distinto: el derecho a la libertad de empresa resulta aplicable a toda actividad económica de titularidad no pública, y el artículo 128 CE, está reservado a la actividad económica desempeñada por el propio Estado”²⁵.

Por consiguiente, el término “empresa”, en el sentido del artículo 38 CE incluye cualquier tipo de actividad económica organizada, desde el comerciante individual a las personas jurídicas de toda clase, asociaciones, fundaciones o sociedades mercantiles que realicen actividad económica en el mercado, que no se lleve a cabo directamente por el propio Estado, sino por la sociedad. Estos serían los sujetos activos o titulares del derecho.

²³ Artículo 38 CE: “Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”.

²⁴ CIDONCHA MARTIN Antonio: *La Libertad de Empresa*, Aranzadi, Pamplona, 2006, págs. 178-190.

²⁵ ARAGON REYES, Manuel: *Libertades económicas y estado social*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, págs. 18 y 19

Implicaría además que, dado que la CE reconoce la libertad de empresa como tal derecho subjetivo, la protección otorgada alcanza a cada persona titular de la misma sin excepción.

Debe igualmente subrayarse que el ánimo de lucro no es una exigencia para que estemos en presencia de la libertad de empresa, y todo ello, pese a la duda que sobre ese extremo parece desprenderse de la doctrina del Tribunal Constitucional en la Sentencia 49/1988²⁶. Así lo pone de manifiesto Aragón Reyes, al entender que “el ánimo de lucro no es determinante de la consideración o no como empresa o empresario de quien realiza actividades económicas en el mercado”²⁷

El objeto del derecho subjetivo es el ámbito de la realidad donde se proyecta el poder del sujeto. Un objeto, no obstante, que en la Constitución no viene definido completamente, sino más bien enunciado, requiriéndose por un lado su interpretación, y por el otro una concreción normativa; mandato que la CE atribuye al legislador. Según Alexy²⁸, la libertad de empresa presenta, además, como peculiaridad, un “doble objeto”, esto es: un objeto inmediato que es la realidad sobre la que se proyecta, la empresa; y un objeto mediato, la realidad a la que se dirige el titular, que es el mercado.

Por su parte, el contenido del derecho subjetivo es un haz de posibilidades de acción que se reconocen o que se otorgan a la persona (las facultades miradas desde el prisma de los derechos patrimoniales); unas posiciones que dependen del derecho subjetivo en sí. No obstante, debemos señalar que lo que caracteriza al contenido de estos derechos subjetivos es su carácter abstracto y la indeterminación de sus condiciones de aplicación. Esto es especialmente visible en la libertad de empresa, siendo necesaria la intervención del legislador, a quien según la tesis iusnaturalista, no correspondería tanto constituir el contenido de ese derecho, que es preexistente a su constitucionalización, sino que, sobre todo, le corresponde reconocer y concretar el contenido constitucional del derecho.

La naturaleza de la libertad de empresa como derecho fundamental implica además la determinación de dos notas características; la caracterización como un derecho de libertad, que no de igualdad, y la de un derecho absoluto, que no relativo.

²⁶ Véase STC 49/1988, de 22 de marzo.

²⁷ ARAGON REYES, ob. cit., págs. 19

²⁸ ALEXY; Robert: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pág. 290.

Es un derecho de libertad. Prieto Sanchís²⁹ dice que la libertad de empresa se incluye dentro de los llamados derechos de libertad, y constituye una libertad propiamente dicha, una manifestación concreta del libre desarrollo de la personalidad. En positivo, ésta se puede entender como la posibilidad de actuar en el “marco de la economía de mercado”. En negativo, supone que la libertad de empresa no es un derecho de igualdad, no es un derecho a la igualdad en el ejercicio de actividades económicas y la igualdad en su ejercicio no se desprende del artículo 38 CE, sino de las conexiones con específicas “normas de igualdad”³⁰ que contiene la Constitución.

Es un derecho absoluto. Dice Alessandro Pace³¹ que la libertad de empresa constituye un derecho fundamental absoluto porque no requiere de un tercero para realizar el interés que incorpora, para ser puesto en funcionamiento o ejercitado. Es un derecho ejercitable *erga omnes*, frente a los poderes públicos y frente a los particulares. Todo ello sin perjuicio de que en su ejercicio pueda ser relativizado, como ocurre cuando se ejercita la libertad de empresa en el mercado, donde este derecho, frente a los particulares y frente a los poderes públicos, supone que ninguno pueda obstaculizar injustificadamente la libertad de cada empresario de vender servicios o bienes. O también cuando la libertad de empresa se ejerce en el seno de la misma, en la empresa, como autonomía de dirección³².

Ahora bien, considerando, de acuerdo con lo anterior, a la libertad de empresa como un derecho subjetivo y fundamental, procede estudiar la constitucionalidad del artículo 10 del RD 463/2020 y si la suspensión de la “apertura al público de los locales y establecimientos minoristas” que recoge dicho precepto constituye una suspensión de este derecho, inadmisibles bajo el estado de alarma, o puede suponer la vulneración del contenido esencial de la libertad de empresa.

²⁹ PRIETO SANCHÍS, Luis: *Estudios sobre derechos fundamentales*. Ed. Debate, 1990, págs. 126 y ss.

³⁰ Véase los artículos 9.2, 14 y 139.1 de la Constitución Española.

³¹ PACE, Alessandro: “La Heterogénea estructura de los derechos constitucionales”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 3, 1998, págs., 9 y ss.

b. CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 10 DEL RD 463/2020 EN RELACIÓN CON EL APARTADO C) DEL ARTÍCULO 11 DE LA LOAES, Y LOS ARTÍCULOS 38 Y 55 CE.

Si bien el apartado c) del artículo 11³³ de la LOAES contempla la posibilidad de “intervenir y ocupar transitoriamente [empresas]”, el RD 463/2020 opta en su artículo 10 por la suspensión de la “apertura al público de los locales y establecimientos minoristas”. En mi opinión, está claro que no existe identidad entre ambas expresiones, puesto que “intervención” y “cierre” no son conceptos equivalentes, y mientras el primero supone simplemente la limitación del derecho, el segundo comporta la suspensión de este. La falta de rigor aparente pudiera devenir en la consideración de un exceso del legislador en la elección de las medidas adoptadas en el Real Decreto de declaración del estado de alarma. Así lo ha considerado el grupo parlamentario que interpuso un recurso de inconstitucionalidad contra dicho Real Decreto, el cual todavía se encuentra *sub iudice*³⁴.

Es cierto que la LOAES no contempla la suspensión de la actividad empresarial, sino la intervención de la misma para el estado de alarma y que dicha suspensión del derecho fundamental pareciera más propia del estado de excepción. No obstante, en lo que se refiere a la libertad de empresa, la Constitución no prevé en ningún caso la suspensión general del derecho, dado que cuando el artículo 55.1 CE regula los derechos que son susceptibles de suspensión en el marco del estado de excepción, no se incluye en la enumeración de derechos el derecho a la libertad de empresa consagrado en el artículo 38 CE.

No obstante, y mientras no se resuelva el recurso de inconstitucionalidad presentado contra el RD 463/2020 en los términos anteriormente citados, continuamos el estudio sobre la constitucionalidad del contenido del artículo 10 RD 463/2020, dando por buena la idoneidad del mecanismo del estado de alarma frente a la crisis del COVID-19, en los términos recogidos el Epígrafe *II in fine* de este trabajo, cuestionándonos ahora si el precepto vulnera el contenido esencial de la libertad de empresa, aun por determinar.

³³ Apartado c) Artículo 11 Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio (LOAES), sobre las medidas que pueden adoptarse en el Estado de Alarma: “*Intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, con excepción de domicilios privados, dando cuenta de ello a los Ministerios interesados*”.

³⁴ El 28 de abril de 2020, 50 diputados del grupo parlamentario de Vox interpusieron un recurso de inconstitucionalidad contra el RD 463/2020, del 14 de marzo, fundamentado en la inconstitucionalidad en la vulneración del artículo 38 CE, con el citado Artículo 10, entre otros motivos.

c. *DELIMITACIÓN DE DEL CONTENIDO ESENCIAL DEL ARTÍCULO 38 CE
EN RELACIÓN CON ARTÍCULO 10 DEL RD 463/2020, DEL 14 DE MARZO*

De acuerdo con Bilbao Ubillos³⁵, el contenido esencial de un derecho fundamental es ese núcleo que actúa como garantía resistente a la intervención del legislador, como límite al margen de maniobra de la potestad legislativa de regulación del ejercicio de los derechos fundamentales.

La condición de límite, no obstante, no es suficiente, puesto que este no es el único aplicable a los derechos fundamentales³⁶. Parejo Alfonso destaca que los derechos fundamentales, como cualesquiera otros derechos subjetivos, no son ilimitados, sino que están sujetos a todo un sistema de límites, y que “la garantía constitucional de un contenido esencial en los mismos tiene la condición de barrera infranqueable, de límite de límites, al resultado del proceso de concreción de todos los límites posibles”³⁷.

Parece que la cuestión es más bien determinar el alcance del contenido esencial como límite constitucional de los límites de los derechos fundamentales. En este sentido, Parejo Alfonso, comentando la STC del 8 de abril de 1981, responde a la cuestión calificándolo de límite genérico a la regulación legal ordinaria de los derechos fundamentales, caracterización que se concreta en tres sentidos:

- a) La función limitadora se despliega en relación con todos los derechos fundamentales y las libertades públicas a que se refiere el artículo 53.1 de la Constitución, es decir, se extiende también a los reconocidos en el Capítulo II. Por consiguiente, también se aplica a la libertad de empresa.

³⁵ BILBAO UBILLOS, ob. cit., pág. 403

³⁶ El TC, en la STC 8 de abril de 1981, resolviendo el recurso de inconstitucionalidad número 192/1980, distingue otros límites a los derechos fundamentales: a) Límites inmediatamente derivados de la Constitución o que ésta «establece por sí misma». Es el caso, por ejemplo, de los artículos 16.1 (limitación de la libertad ideológica, religiosa y de culto por las necesidades de mantenimiento del orden público protegido por la Ley). b) Límites mediata o inmediatamente derivados de la Constitución por la necesidad de preservar o proteger otros derechos fundamentales. Ejemplo de estos sería el explicitado en el artículo 20.4 de la Constitución para los derechos y libertades reconocidos en el número 1 del propio precepto, al disponer que los mismos «tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título, en los preceptos de las Leyes que lo desarrollen...». Y c) Límites mediata o indirectamente derivados de la Constitución por la necesidad de proteger o preservar otros bienes constitucionalmente protegidos

³⁷ PAREJO ALFONSO, Luciano: “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 3, 1981, págs. 169-190.

- b) La calificación del contenido esencial como “límite genérico” hace referencia al juego del mismo en relación con otros límites propios de los derechos fundamentales, en referencia a los límites que forman parte, en su caso, de las condiciones en que el texto constitucional ha reconocido los correspondientes derechos. Estos límites específicos, en tanto que son definatorios del contenido normal de los derechos, en ningún caso pueden ser de tal índole que incidan, lesionen o desconozcan el núcleo esencial del contenido.
- c) El límite del contenido esencial tal y como se desgaja del artículo 53.1³⁸. de la Constitución; se consigna como prohibición dirigida al legislador cuando haga uso de la reserva de Ley que el propio precepto establece.

Bilbao Ubillos incide en esta nota al defender que los derechos individuales no pueden subordinarse de entrada a los objetivos y fines colectivos, es decir, no pueden sacrificarse de forma sistemática en aras de un supuesto interés general o bien común, interpretado por una mayoría, aunque si admite límites y modulaciones. Como señala este mismo autor, trayendo a colación la expresión acuñada por la doctrina alemana, “si antes los derechos fundamentales solo valían en el ámbito de la ley, hoy en día sucede exactamente lo contrario: las leyes únicamente valen en el ámbito de los derechos fundamentales”³⁹.

De todo lo anterior se desprende que la calificación por nuestro Tribunal Constitucional de la garantía del contenido esencial como “límite genérico” debe entenderse también en sentido de “límite de límites”, es decir, límite último, residual e infranqueable, de cualesquiera límites propios de los derechos fundamentales o que legítimamente puedan ser impuestos a éstos.

La libertad de empresa, como derecho fundamental que es, comparte con todos ellos sus notas y rasgos característicos, y presenta un contenido esencial que ha de ser respetado por el legislador. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional en la STC 37/1981⁴⁰ para la libertad de empresa en particular, de acuerdo con el artículo 53.1 de la CE

³⁸ Artículo 53.1 de la Constitución Española: “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)”.

³⁹ BILBAO UBILLOS, ob. cit., pág. 40.

⁴⁰ Así se expresa la STC 37/1981 (F. 2): “[...] es forzoso precisar en la medida estricta aquí necesaria, el contenido del precepto constitucional cuya lesión se aduce en primer término, esto es, del artículo 38 de

Aragón Reyes lo define como “la piedra de toque (...) que hace que esa libertad sea indisponible al legislador”⁴¹. Un contenido esencial cuya determinación no obstante presenta dificultades, derivadas principalmente de la nada fácil compatibilidad entre el carácter necesariamente absoluto -lo que no quiere decir, de ninguna manera, pétreo o inmodificable- del contenido esencial y la intensidad y diversidad de títulos constitucionales de intervención pública en la ordenación y realización de actividades económicas.

Precisamente por ese significado absoluto, de límite de los límites, o de reducto no susceptible de limitación alguna del contenido esencial del derecho, dice Aragón Reyes⁴² que han de rechazarse determinadas propuestas doctrinales que incluyen dentro del ámbito del contenido esencial de la libertad de empresa las posibilidades de limitación del derecho. Lo que esas doctrinas vienen a definir es en realidad el contenido del derecho, o más correctamente, el modo de ejercicio del derecho, del que forman parte los límites que por razones de interés general o de la perseverancia de otros derechos, valores o bienes constitucionalmente protegidos, y según el criterio de la proporcionalidad, el legislador puede establecer. Sin embargo, ya hemos visto que el contenido esencial, en este caso, de la libertad de empresa, es otra cosa.

Aragón Reyes afirma que el contenido esencial de la libertad de empresa es “el mínimo completamente irreductible de esa libertad que prevalece frente a cualquier otro valor”, sencillamente porque si ese mínimo no se preservara, la libertad literalmente desaparecería. Y concluye que, sin embargo, “para la libertad de empresa, cuando resulta que en ocasiones la intervención pública puede ser tan intensa, legítimamente, como para exigir, incluso, la previa autorización administrativa para ejercer determinadas actividades empresariales, condicionando, además, en ciertos casos, muy drásticamente, la autonomía organizativa y negocial de la empresa, hasta el extremo de imponerse, obligatoriamente, el cese de la actividad, la definición de un reducto mínimo de libertad

nuestra Ley Fundamental en cuanto reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Como es obvio, tal precepto, en muy directa conexión con otros de la misma Constitución y, señaladamente, con el 128 y el 131, en conexión con los cuales debe ser interpretado, viene a establecer 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.”

⁴¹ ARAGON REYES, ob. cit., pág. 19.

⁴² Ibídem, pág. 20.

absoluta para iniciar y proseguir actividades empresariales, es algo extraordinariamente difícil”⁴³.

De esta manera, y sin perder de vista todo lo anterior, nos preguntamos si la suspensión de la “apertura al público de los locales y establecimientos minoristas” que recoge el artículo 10 del RD 463/2020, del 14 de marzo, constituye una vulneración del contenido esencial del derecho fundamental del artículo 38 CE.

Dada la complejidad doctrinal manifiesta de la tarea y la indeterminación del contenido esencial de la libertad de empresa, necesitamos acudir a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, quien a su vez parte de la premisa de que, la definición a priori con carácter abstracto y de general aplicación del contenido de la libertad de empresa y de los límites que puedan establecerse por las normas que regulen su ejercicio, es una cuestión no exenta de graves dificultades⁴⁴.

Sobre el contenido esencial del derecho fundamental de la libertad de empresa, el Tribunal Constitucional en la STC 83/1984 declaró que el artículo 38 de la Constitución “no reconoce el derecho a acometer cualquier empresa, sino solo el de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial”⁴⁵. No comprende por tanto el libre acceso a toda actividad económica, puesto que, en relación con los distintos sectores económicos, el titular del derecho subjetivo y fundamental solamente tendrá derecho a iniciar aquella actividad económica cuando el legislador bien lo permita expresamente, o bien cuando directamente no lo prohíba. Lo que en cualquier caso la jurisprudencia del Tribunal sí reconoce, es que cuando se cumpla la condición anterior, el titular del derecho pueda iniciar o sostener su actividad económica con libertad de decisión, tanto para su iniciación, como para su desarrollo y actuación *ad intra* -reconociendo la autonomía organizativa dentro de la empresa- y *ad extra* -en el mercado- (STC 255/1993)⁴⁶.

No obstante, la consideración de este contenido esencial, en relación con la caracterización del mismo derecho de libertad de empresa como derecho absoluto, -

⁴³ *Ibidem*, pág. 20-21

⁴⁴ Véase STC 37/1987, F.5.

⁴⁵ Véase STC 83/1984, F.5, Párr. 5º.

⁴⁶ STC 225/1993, F. 3 B, Párr. 3: La libertad de empresa “entraña en el marco de una economía de mercado, donde este derecho opera como garantía institucional, el reconocimiento a los particulares de una libertad de decisión no solo para crear empresas y, por tanto, para actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado”.

anteriormente citada- planteo problemas a la hora de determinar cuando una iniciativa legislativa vulnera el contenido esencial de un derecho; como nos ocurre en este caso con el artículo 10 del RD 463/2020, del 14 de marzo.

En la STC 66/1991 (F.2) el Tribunal Constitucional introduce un nuevo concepto, con el objetivo de clarificar esta cuestión: el principio de proporcionalidad como canon de control de una medida normativa que limita o prohíbe realizar una determinada actividad económica. El Tribunal Constitucional no se queda ahí, y en la STC 84/1993 (F.8), afirma que, **junto al** (ver lo que digo dos párrafos más abajo) criterio de proporcionalidad, la “genérica y absoluta exclusión de legal de tal libertad empresarial” es absolutamente incompatible con la “Garantía constitucional” del derecho de libertad de empresa.

Parece por tanto que, si bien la libertad de empresa no comprende la libertad total de acceso a toda actividad empresarial, si incluye la garantía constitucional de la no prohibición genérica y absoluta de acceso a toda actividad económica. Garantía que, según Sáenz Royo⁴⁷, tiene una doble excepción: la primera, la que resulta de la habilitación constitucional a la ley para preservar recursos o servicios esenciales por razones de interés general, visible en el artículo 10 del RD 463/2020, y la segunda, la que resulta de la calificación como ilícito el desarrollo de la actividad en cuestión, y que en nuestro particular asunto tiene menor relevancia.

Cidoncha Martín⁴⁸ denuncia que, de facto, la posible constitucionalidad de una medida restrictiva de la libertad de empresa ya no se aborda también desde la perspectiva del contenido esencial sino solo desde la constitucionalidad de los límites anteriormente mentados, con base en el principio de proporcionalidad. Se traslada por tanto en la práctica el debate, y ya no consistiría exclusivamente en determinar si la regulación legal que el artículo 10 del RD 463/2020, del 14 de marzo hace de la libertad de empresa vulnera el contenido esencial del mismo, sino sobre si dicha intromisión es o no proporcionada.

⁴⁷ SÁENZ ROYO, Eva: “Limitar los derechos fundamentales durante la Pandemia”, Agenda Pública-Fundación Manuel Giménez Abad (14 de julio de 2020).

⁴⁸ CIDONCHA MARTIN Antonio: *La Libertad de Empresa*, Ed. Aranzadi, (2006). Cap. VI, Pág. 279.

Por su parte, Guerrero Vázquez⁴⁹ ha señalado que en lo que respecta a la libertad de empresa, el Tribunal Constitucional ha ido más allá y ha venido sustituyendo este test de proporcionalidad por otro de idoneidad, en el que lo que se considera es que la medida sea idónea al fin teleológico de la norma, -en nuestro caso con el artículo 10 del RD 463/2020, del 14 de marzo-, siendo suficiente con que el fin perseguido sea legítimo y necesario y con independencia, incluso de que se encuentre recogido en la Constitución Española.

Esto es lo que Cidoncha Martín⁵⁰ considera y califica como un “test de proporcionalidad mutilado”, por renunciar al último elemento de la prueba de proporcionalidad, es decir, por renunciar a que la medida considerada limitativa del derecho sea, en sentido estricto, proporcional, a favor de que sea necesario e idóneo.

Llegados a este punto, veamos el resultado de la aplicación de este “test de proporcionalidad mutilado” para el caso que nos ocupa:

(1) ¿Es idónea la medida suspensiva de la “apertura al público de los locales y establecimientos minoristas” que recoge el artículo 10 del RD 463/2020? Esta medida pretende reducir al máximo los movimientos de los ciudadanos, con el objetivo de reducir los contactos interpersonales y consecuentemente reducir los riesgos y los contagios del virus. Es por tanto una medida de un marcado carácter instrumental, que sirve de apoyo para la efectividad de otra medida, la de restricción de la libertad ambulatoria del artículo 7 del RD 463/2020, como luego veremos. Así, si lo que el legislador pretende es vaciar las calles de gente al reducir al máximo la actividad económica disponible y limitarla en exclusividad a aquella de carácter básico o de primera necesidad. Por tanto, a mi juicio, la suspensión de la apertura al público de los establecimientos del artículo 10 es una medida idónea para la consecución del fin perseguido.

(2) ¿Es la medida necesaria? La necesidad de la medida supone que su adopción sea imprescindible, y por tanto que el autor de la norma -en nuestro caso el Gobierno- no disponga de otra herramienta menos lesiva para el derecho que permita alcanzar

⁴⁹ GUERRERO VAZQUEZ, Pablo: “Estado de alarma sanitaria y medidas limitativas de la actividad económica”, en GARRIDO LOPEZ C. (coord.): *Excepcionalidad y derecho: el estado de alarma en España*. Colección obras colectivas, Fundación Giménez Abad, 2020, pág. 32

⁵⁰ CIDONCHA MARTIN Antonio: “Coronavirus y libertad de empresa”, en BIGLINO CAMPOS PALOMA y DURAN ALBA, Juan F.: *Los efectos horizontales de la COVID-19 sobre el sistema constitucional*, Colección obras colectivas, Fundación Giménez Abad, Zaragoza (2020)

satisfactoriamente el fin perseguido. A este respecto, me surgen dudas sobre la necesidad de la medida, puesto que cabría plantearse si esta misma restricción de la actividad empresarial hubiera podido ser adoptada sobre la base del Derecho de normalidad, esto es, con las previsiones de la LOMEMSP, la LGS y LGSP. Esta normativa atribuye potestades suficientes a la Administración sanitaria para adoptar las medidas necesarias para controlar el contagio de enfermedades transmisibles. Estas potestades podrían ofrecer una alternativa a la medida cuestionada dentro del marco del Derecho de normalidad, siendo no obstante imprescindible que, cuando estas medidas puedan afectar al estatuto jurídico de la libertad de empresa, su adopción se someta a los órganos Jurisdiccionales de lo Contencioso-administrativo, quienes en el ejercicio de la función de garantía de derechos que tienen atribuida, debieran autorizarlas o ratificarlas. La necesidad de la medida podría venir entonces justificada en poder adoptar dichas medidas bajo el paraguas del estado de alarma, y sin necesidad de someterse a autorización y ratificación judicial, buscando de esta manera ser más eficientes en su adopción, así como más efectivos a la hora de reducir los riesgos de contagio y la expansión de la pandemia.

No obstante, el Constitucional parece incluso rechazar en la STC 54/2014, el test de necesidad. De acuerdo con esta sentencia, le competiría únicamente analizar si la medida limitativa de la libertad de empresa en cuestión es “adecuada para la consecución de un fin legítimo”, pues ir más allá “supondría fiscalizar la oportunidad de una concreta elección del legislador, de una legítima opción política”⁵¹. Vemos, pues, que en la STC 54/2014 se inclina por descartar el test de necesidad y mantener únicamente el de idoneidad. Parece, por tanto, que el fin suficiente para acotar o limitar el derecho de empresa, es cualquiera que no esté expresamente prohibido en la Constitución.

Sin embargo, desde 2016⁵² el Tribunal cambia y matiza el enfoque, inclinándose por un doble canon de control según que la medida limitativa de la libertad de empresa afecte al acceso al mercado o inicio de la actividad empresarial o solo afecte al ejercicio. Cuando se trata de una medida limitativa relativa al “acceso al mercado”, el Tribunal opta por el “test de proporcionalidad mutilado”, es decir, por el teste de idoneidad y de necesidad. Por el contrario, cuando se trata de una medida limitativa relativa al ejercicio de la actividad empresarial, basta con el test de idoneidad.

⁵¹ Véase STC 53/2014, F. 7

⁵² Véase STC 35/2016, de 3 de marzo, F. 4 y F.7

Podemos, por tanto, concluir en este punto que, a la hora de enjuiciar la suspensión de la “apertura al público de los locales y establecimientos minoristas”, prevista en el artículo 10 del RD 463/2020, no solo hay que atender a la supuesta vulneración del contenido esencial del derecho fundamental del artículo 38 CE, sino que será necesario aplicar el test de proporcionalidad en los términos establecidos por la jurisprudencia constitucional, lo que nos llevaría a aplicar exclusivamente el test exclusivamente de idoneidad al caso, puesto que se trata de una medida limitativa que se refiere al ejercicio de la actividad empresarial, no al acceso al mercado.

B. EL ARTÍCULO 7 DEL RD 463/2020.

El artículo 7 del RD 463/2020, en su primera versión de 14 de marzo de 2020, contemplaba también la limitación severísima de la libertad ambulatoria. En su primer apartado limitaba la libertad de circulación de las personas por las vías de uso público a todas aquellas actividades que no fueran para adquirir bienes de primera necesidad, asistir a centros y servicios sanitarios, desempeñar relaciones laborales o empresariales, retornar al lugar de residencia, asistir al cuidado de mayores y dependientes, desplazarse a entidades de crédito o seguros, por causa de fuerza mayor o necesidad, y cualquier otra actividad de análoga naturaleza que habrá de hacerse individualmente, salvo que se acompañe a personas con discapacidad o por otra causa justificada.

Esta redacción del artículo 7 RD 463/2020 constituyó, por tanto, un impedimento indirecto al ejercicio de la libertad de empresa, visiblemente limitado ya por el artículo 10, tal y como venimos hablando.

En este sentido, la conjunción de ambos preceptos provocó según Guerrero Vázquez “cierta confusión entre los ciudadanos”⁵³. No obstante, esta supuesta confusión entre ambos artículos es fácilmente superable si se tiene en cuenta que el fin último de esta medida es la restricción de la libertad ambulatoria, sirviéndose además del cierre de toda

⁵³GUERRERO VAZQUEZ considera que, si bien el artículo 10 permitía la apertura de aquellos establecimientos que por excepción de la suspensión de la “apertura al público de los locales y establecimientos minoristas” consideraba esenciales para el acceso de los consumidores a alimentos y productos de primera necesidad, el artículo 7 limitaba al máximo la libertad ambulatoria, generando una notoria inseguridad jurídica. Ob. cit., págs. 5 y 6.

actividad económica no exceptuada en el artículo 10, reduciendo los contactos interpersonales y el riesgo de contagios del virus.

En cualquier caso, pasado un tiempo el legislador procedió a modificar la redacción del artículo 7 mediante el RD 492/2020, de 24 de abril, habilitando de forma expresa a realizar aquellos desplazamientos asociados a la asistencia a aquellos establecimientos cuya apertura no estaba suspendida por efecto del artículo 10 del RD 463/2020.

Parece por tanto clara la relación entre los artículos 7 y 10 del RD 463/2020. Para Guerrero Vázquez⁵⁴ se trata de las “dos caras de la moneda” pues mientras que el artículo 10 “pretende dejar las calles sin atractivos”, sin actividades económicas o empresariales que motiven o que pudieran justificar la salida de los ciudadanos de sus domicilios; el artículo 7 “las vacía directamente”. Las dos medidas buscaban el mismo fin, -el fin legítimo que comentábamos *in fine* en el epígrafe anterior: reducir los contagios mediante la reducción máxima del contacto interpersonal-, pero lo abordan desde distintas perspectivas. Mientras el artículo 7 lo hace de forma directa y mediata, limitando la circulación de las personas, el artículo 10 lo hace de forma indirecta, limitando el derecho de la libertad de empresa y por tanto la actividad económica y social.

Es por esta cuestión, por el carácter mediado y directo del artículo 7, por lo que una parte de la doctrina, entre los que citamos a Guerrero Vázquez⁵⁵ interpretó el artículo 10 como un precepto de carácter instrumental, frente al propio artículo 7, al que consideraron la clave de bóveda del estado de alarma.

En cualquier caso, lo que está claro es que con independencia del carácter instrumental o no del artículo 10 RD 463/2020, nadie pone en duda la naturaleza limitadora del derecho de la libertad de empresa de este durante la vigencia del estado de alarma.

⁵⁴ GUERRERO VAZQUEZ, ob. cit., pág. 5.

⁵⁵ GUERRERO VAZQUEZ, ob. cit., pág. 5.

IV. PROCESO DE DESESCALADA Y LA LLAMADA NUEVA NORMALIDAD.

i. LA DESESCALADA Y LA TRANSICIÓN HACIA LA NUEVA NORMALIDAD.

El 28 de abril de 2020 el Consejo de ministros aprobó el plan para la transición hacia una *nueva normalidad*, el plan de desescalada. El plan de desescalada diseñó un proceso articulado en cuatro fases graduales y adaptables para, en la medida de una progresiva flexibilización de las medidas impuestas en el marco del estado alarma, promover la reactivación económica y la actuación del conjunto de la sociedad española a una nueva realidad socioeconómica.

Como parte de esta flexibilización, a partir de la llamada *fase uno* -la segunda del plan de desescalada-, el Gobierno de España comenzó a devolver a las Comunidades Autónomas las competencias que había avocado durante el primer estado de alarma.

Así, el artículo 4 del RD 514/2020 preveía que el Gobierno, juntamente con cada Comunidad Autónoma, acordaría la modificación ampliación o restricción de las medidas, que serían definitivamente aplicadas por el presidente de la Comunidad Autónoma.

En el contexto anterior, cada una de las cuatro fases que componían el plan de desescalada fue activada mediante las correspondientes órdenes del Ministerio de Sanidad, que establecía las condiciones para la progresiva flexibilización de las restricciones establecidas por el estado de alarma.

Desde el mismo momento en que se aprobó el plan de desescalada, el propósito principal perseguido por las administraciones públicas fue facilitar en todo lo posible el normal desarrollo de las actividades económicas. En ningún caso se mantuvo el cierre total de los establecimientos ni mucho menos se limitó el reparto domiciliario de productos alimentarios en esta etapa.

ii. ADOPCIÓN DE MEDIDAS ANÁLOGAS A LAS PROHIBITIVAS DURANTE LA NUEVA NORMALIDAD

El primer estado de alarma perdió su vigencia en todo el territorio nacional al término de su sexta prórroga, el 21 de junio de 2020.

La expiración del primer estado de alarma, con la siguiente entrada en la llamada fase de *nueva normalidad* vino acompañada de una nueva regulación a nivel estatal, 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, que establecía un marco común de medidas de carácter preventivo aplicables a todo el territorio nacional.

El marco normativo creado por el RD-L 21/2020 se completaba con las normas reguladoras de emergencias sanitarias: la LOMEMSP, la LGS y la LGSP. Estas normas permitían y permiten a las autoridades sanitarias competentes adoptar las medidas necesarias para contener la propagación del virus.

Junto a éstas, y dentro del marco normativo anterior, las Comunidades Autónomas, aprobaron otras normas para prevenir el riesgo de transmisión y favorecer la contención infecciosa del SARS-CoV-2.

Cabe igualmente señalar que la *nueva normalidad* se desarrolló de forma desigual en las distintas Comunidades Autónomas, dando lugar a la adopción de medidas de distinta intensidad ante situaciones epidemiológicas similares. Por esta razón con fecha 14 de agosto de 2020, el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud adoptó un acuerdo sobre la declaración de actuaciones coordinadas en materia de salud pública dirigida a dotar de cierta homogeneidad de esas medidas.

Además, el entonces vigente artículo 8.6, párrafo segundo de la LJCA, (-hoy repartido entre ese precepto, el 10.8 y el 11.1-j) de la misma ley)-, obligaba a las autoridades sanitarias a solicitar autorización o ratificación judicial ante los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de aquellas medidas que supusiera una restricción de derechos fundamentales. De esta manera, durante el transcurso de esta etapa, las medidas limitativas o restrictivas en materia de actividades económicas y empresariales fueron sometidas a autorización o ratificación judicial con arreglo al artículo 8.6, párrafo segundo, de la LJCA entonces vigente. Veremos algún ejemplo de esto en Título VI.

V. LA SEGUNDA Y TERCERA OLAS DE LA PANDEMIA. DECLARACIÓN DEL SEGUNDO ESTADO DE ALARMA EN OCTUBRE DE 2020.

i. LA SEGUNDA Y TERCERA OLAS DE LA PANDEMIA.

Con la entrada del mes de septiembre, empezó a detectarse un incremento de la incidencia de la enfermedad en todo el país.

En este contexto, el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud adoptó una serie de acuerdos por los que se ordenaban actuaciones coordinadas para garantizar la aplicación correcta y equitativa de las medidas de prevención adoptadas por las Comunidades Autónomas. Estos acuerdos se enmarcan en el Derecho de normalidad, y en ningún caso se basaron en la suspensión de derechos que impidiesen la iniciación y sostenimiento de la actividad empresarial en libertad⁵⁶, sino solo su limitación con el objetivo de reducir el riesgo de contagio y favorecer la contención del virus.

No obstante, y a pesar de los esfuerzos del Consejo Interterritorial por acordar -no sin discrepancias entre el Gobierno Central y Gobiernos autonómicos- unas medidas que fueran útiles para frenar la pandemia, los datos epidemiológicos, y en especial el dato de incidencia acumulada a 14 días, no mejoraron.

Así, en atención a la situación sanitaria existente a finales de octubre, el Gobierno de España entendió finalmente necesario limitar ciertos derechos fundamentales para un mejor control de la transmisión de la enfermedad.

A tal fin, se declaró un segundo estado de alarma en todo el territorio nacional, en el que, a diferencia del primero, se nombró autoridades competentes delegadas a los Presidentes autonómicos. Este estado de alarma tenía un alcance muy concreto y limitado: la libertad de circulación del artículo 19 CE en horario nocturno y en determinados ámbitos territoriales; el derecho de reunión del artículo 21 CE; y la libertad de culto del artículo 16 CE. En particular, el segundo estado de alarma no afectó al derecho fundamental a la libertad de empresa de forma directa como veremos a continuación.

⁵⁶ En este sentido cabe señalar el contenido del Acuerdo del Consejo Interterritorial del 30 de Septiembre, por el que se establece medidas para las actividades de hostelería y restauración entre las que se encuentran la reducción de aforos máximos al 50% en interiores y 60% en exteriores, la prohibición del consumo en barra, la separación entre unas y otras mesas y sillas de 1,5 m, la ocupación máxima por mesa de seis personas, y la limitación de la admisión de nuevos clientes a partir de las 22:00 h y de la hora de cierre hasta las 23:00 h, a excepción de los servicios de entrega de comida a domicilio.

Por su parte, la tercera ola de la pandemia hace referencia al repunte de los contagios que se producen pasadas las Navidades y a pesar de las fuertes restricciones implementadas especialmente sobre el sector hotelero y de la restauración y el ocio. Los indicadores epidemiológicos revelaron entonces un aumento notorio de la transmisión del COVID-19 en todo el territorio nacional; lo que motivó la prórroga del mismo. Así, El estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, que finalizaba el día 9 de noviembre de 2020, se prorrogó por la Resolución de 29 de octubre de 2020, del Congreso de los Diputados⁵⁷ una sola vez, por un periodo de 6 meses, hasta las 00:00 horas del 9 de mayo de 2021.

ii. EL RD 926/2020, DEL 25 DE OCTUBRE, POR EL QUE SE DECLARA EL SEGUNDO ESTADO DE ALARMA. CONTENIDO Y CONSTITUCIONALIDAD EN RELACIÓN CON LA LIBERTAD DE EMPRESA.

El RD 926/2020 no contempló propiamente limitaciones a la actividad empresarial. En su lugar contemplaba en su artículo 5 la limitación de la circulación de las personas mediante un toque de queda entre las 23:00 h y las 6:00 h. En el horario nocturno comprendido entre esa horquilla modulable, solo se autoriza a la circulación para aquellas actividades que en su momento ya reservara y autorizara el primer estado de alarma, en el artículo 7 del RD 463/2020.

El toque de queda nocturno provocó en primer término una limitación indirecta a la actividad empresarial que afectaba especialmente al sector de la restauración y del ocio nocturno, viéndose inevitablemente avocados al cierre y al cese de la actividad en esa franja horaria.

De igual forma, en el artículo 6 del RD 926/2020 habilitó a las Comunidades Autónomas la posibilidad de limitar la entrada y salidas de sus territorios, mediante la instauración de “confinamientos perimetrales”⁵⁸.

⁵⁷ Resolución de 29 de octubre de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de autorización de la prórroga del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2.

⁵⁸ Estas limitaciones de la entrada y salida en las Comunidades Autónomas y ciudades con Estatuto de autonomía, no solo se autorizaban para la totalidad del territorio de las CCAA, si no que podrían

Estos confinamientos y cierres perimetrales han supuesto en la práctica la limitación de la actividad empresarial, particularmente de todas aquellas actividades asociadas a la hostelería y la restauración, viéndose especialmente afectadas aquellas zonas de gran afluencia turística: zonas metropolitanas turísticas, zonas rurales y de montaña destinados tanto al agroturismo, el turismo enológico y el ecoturismo, como al turismo deportivo y asociado al sector de la nieve.

En tercer lugar, y aunque su impacto limitativo sobre la actividad empresarial haya sido menor, podemos igualmente hacer mención del artículo 7 del RD 926/2020, por el que se limita el número de personas a las que les permite la permanencia en espacios públicos y privados. Este límite a la permanencia, inicialmente establecida en 6 personas -con excepción de los convivientes-, podría ser igualmente modulado por la autoridad competente “en su ámbito territorial, a la vista de la evolución de los indicadores sanitarios, epidemiológicos, sociales, económicos y de movilidad, previa comunicación al Ministerio de Sanidad”.

Con todo esto, podemos afirmar que, si bien el RD 926/2020, del 25 de octubre, por el que se declara por segunda vez el estado de alarma, no contempla una restricción directa del derecho de la libertad de empresa, como si hiciera el RD 463/2020, de 14 de marzo, las limitaciones a la circulación de personas a través de los artículos 5, sobre la limitación a la circulación en horario nocturno, y 6, sobre la limitación de entrada y salidas en los territorios de las CCAA, así como el artículo 7, sobre la limitación de la permanencia de personas en lugares públicos y privados, constituyen en la práctica una limitación de las actividades empresariales.

Esta limitación, no obstante, al no ser directa, y a pesar de tener el RD 926/2020 un impacto más que notorio en el ejercicio y desarrollo de la actividad empresarial, no permite el reproche y enjuiciamiento de la norma en relación con la vulneración del derecho de la libertad de empresa consagrado en la Constitución. Así, cuando el RD 926/2020 ha sido objeto de un recurso de inconstitucionalidad⁵⁹ motivado por una

desplegarse en las áreas geográficas de las entidades previstas en el artículo 137 CE, -Municipios, provincias, además de las propias CCAA-. Así se establece en apartado 2 del artículo 6 del RD 926/2020 del 25 de octubre, reconociendo la competencia de “la autoridad competente delegada” por adicionalmente, “limitar la entrada y salida de personas en ámbitos territoriales de carácter geográficamente inferior a la comunidad autónoma y ciudad con Estatuto de autonomía”.

⁵⁹ Recurso de inconstitucionalidad promovido por interpuesto por más de 50 diputados del Grupo Parlamentario VOX contra varios preceptos del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se

supuesta vulneración de derechos fundamentales, entre el elenco de derechos que lo fundamentan –libertad de circulación (artículo 19 CE), derecho de reunión (artículo 21 CE), derecho de asociación (artículo 22 CE) y libertad religiosa (artículo 16), entre otros–, los recurrentes no alegaron vulneración del artículo 38 CE.

Todo ello, no obstante, como tendremos ocasión de ver más adelante, sin perjuicio de que la libertad de empresa pudiera verse afectada después por la adopción de medidas limitativas adoptadas en el marco del Derecho de normalidad (normativa general para emergencias sanitarias) que regula las potestades ordinarias que el ordenamiento jurídico confiere a las administraciones públicas en estos supuestos. En los casos en los nos encontrásemos con esta segunda situación, los actos y medidas limitadoras del derecho fundamental, serán contrarios a Derecho cuando no se sometan a la preceptiva autorización o ratificación judicial de las medidas limitadoras o prohibitivas.

VI. MEDIDAS LIMITATIVAS DE LA LIBERTAD DE EMPRESA ADOPTADAS BAJO EL DERECHO DE NORMALIDAD, EN LA FASE DE *NUEVA NORMALIDAD* Y SEGUNDO ESTADO DE ALARMA.

El 21 de junio de 2021, al término de su sexta prórroga, el primer estado de alarma declarado perdió su vigencia para todo el territorio nacional. Desde entonces, primero durante la llamada etapa de *nueva normalidad*, y después durante la vigencia del segundo estado de alarma se han puesto en marcha medidas para reducir el riesgo de contagio y evitar la propagación del virus Sars-Cov-2, que si bien han supuesto límites al derecho de la libertad de empresa, lo han hecho circunscribiéndose al marco del llamado Derecho de normalidad.

i. MARCO NORMATIVO GENERAL DEL DERECHO DE NORMALIDAD PARA EMERGENCIAS SANITARIAS.

El ordenamiento jurídico español atribuye a las administraciones sanitarias competentes distintas potestades para hacer frente a situaciones de crisis sanitaria.

declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2 y de la Resolución de 29 de octubre de 2020 del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de autorización de la prórroga del estado de alarma.

Estas potestades, en la medida en la que pueden producir efectos jurídicos de naturaleza diversa, se encuentran dispersas en normas de distinto rango y que deben interpretarse conjuntamente.

En primer lugar, existen normas estatales de carácter básico, adoptadas al amparo de la regla contenida en el artículo 149.1.16ª CE, que atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de “bases y coordinación General de sanidad”⁶⁰.

Por un lado, la Ley Orgánica 3/1986 de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública (LOMEMSP), faculta a la administración competente para “adoptar las medidas previstas en la presente ley cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad” (artículo 1). Estas medidas, -dice el siguiente precepto-, podrán consistir en “medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecian indicios racionales que permiten suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle su actividad” (artículo 2), y en el específico caso de que se trate que sea necesario controlar enfermedades transmisibles, la Administración sanitaria, de acuerdo con el artículo 3, 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 consideran necesarios en caso de riesgo de carácter transmisible”.

Por otro lado el artículo 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de la sanidad (LGS), permite a la Administración sanitaria, en los casos en que “exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud” y con análogo carácter discrecional, “adoptar las medidas preventivas que estimen pertinentes, tales como la incautación la inmovilización de productos, la suspensión del ejercicio de actividades, cierre de empresas sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y cuántas otras se consideran sanitariamente justificadas”.

Por último, la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública (LGSP), permite a la Administración sanitaria, adoptar, sin perjuicio de dispuesto en las leyes anteriormente citadas, medidas tales como la inmovilización y el decomiso de producto y sustancias; la

⁶⁰ Artículo 149.1: “El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:” letra 16ª: “Sanidad exterior. Bases y coordinación general de la sanidad. Legislación sobre productos farmacéuticos”.

intervención de medios materiales o personales; el cierre preventivo de instalaciones, establecimientos servicios e industrias; la suspensión del ejercicio de actividades; en condiciones para la fabricación y comercialización de productos sustancias o el funcionamiento de instalaciones, establecimientos, servicios e industrias; o “cualquier otra medida ajustado a la legalidad vigente si existen indicios racionales de riesgo para la salud” (artículo 54 LGSP).

Como es lógico, la adopción de cualesquiera medidas al amparo de los preceptos citados puede incidir en el ejercicio por los ciudadanos de los derechos fundamentales que le reconoce el título primero de la Constitución. Esta afectación permite explicar la diferencia de rango que existe entre las distintas normas que las albergan.

En efecto, si bien de acuerdo con el artículo 53.1 CE la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales solo puede realizarse por ley que, en todo caso, deberá respetar su contenido esencial, el artículo 81.1 CE establece una reforzada reserva de ley orgánica para el desarrollo normativo de los derechos fundamentales y libertades públicas recogidos en la Sección Primera del Capítulo II del Título I. Por esta razón, aquellas medidas que pueden afectar a este último grupo de derechos, por ejemplo, restricciones de la libertad del artículo 17 de la Constitución, o del derecho a la propia imagen artículo 18 CE, etc., deben ampararse en los preceptos de la LOMEMSP, mientras que las medidas que pueden afectar a los demás derechos fundamentales, recogidos en la Sección Segunda del citado Capítulo II, pueden adoptarse al amparo de las previsiones recogidas en las ordinarias LGS y LGSP, siendo estas últimas las que más nos interesan en relación con el estudio del derecho de la libertad de empresa del artículo 38 CE.

Esta distinción, por cierto, ya se recogía en el proyecto de Ley General de Sanidad que fue sometido a debate del Congreso de los Diputados, que incluía las previsiones que hoy incorpora la LOMEMSP con carácter de ley orgánica (DA 6ª del Proyecto)⁶¹.

Todas estas disposiciones deben completarse con aquellas otras de índole procesal que salvaguardan y garantizan los derechos fundamentales de los ciudadanos, defendiéndoles de afectación es arbitrarias o desproporcionadas que puedan vulnerar lo dispuesto a este respecto en la Constitución.

⁶¹ Vid BOLETIN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES, Sección Congreso de los Diputados, II Legislatura, Serie A, núm. 145-I, págs. 2014)

ii. LA PRECEPTIVA AUTORIZACIÓN O RATIFICACIÓN JUDICIAL DE LAS MEDIDAS.

La disposición final 14ª de la Ley 1/2000, del 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) introdujo un segundo párrafo en el artículo 8.6 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), que atribuye a los Juzgados de los Contencioso-Administrativo competencia para conocer de “la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental”.

En realidad, este nuevo párrafo segundo del artículo 8.6 de la LJCA abarcaba dos supuestos diferentes: aquellos en los que se producía una auténtica *suspensión* de un derecho fundamental –es decir, una privación del mismo o una vulneración de su contenido esencial-, y aquellos en los que, sin llegar a tal extremo, se producía una restricción del derecho, esto es, se les privaba a los titulares de facultades intrínsecas al mismo, de acuerdo con su regulación legal.

La razón de ser de esta previsión es evidente: dado que los derechos fundamentales, todos, solo pueden ser regulados por ley –en algunos casos además orgánica-, la adopción de medidas que pueden mermar el contenido delineado por ellas, aun siendo legítima por venir amparada en normas que satisfacen la reserva de ley o de ley orgánica, pueden suponer un sacrificio desproporcionado en la atención al fin perseguido; sacrificio frente al cual el particular solo tendría la posibilidad de accionar a posteriori cuando por decirlo llanamente, el daño ya se ha pronunciado, algo que, en materia de hechos fundamentales no parece la mejor alternativa.

La reciente Sentencia del Tribunal Supremo 719/2021, del 24 de mayo, confirma que la ratificación judicial procede en aquellos casos en los que las limitaciones se dicten en ejercicio de potestades administrativas que atribuyen a la Administración las leyes en materia de emergencia sanitaria, y no cuando formen parte de la delimitación del contenido normal de los derechos”⁶².

⁶² STS 719/2021, de 24 de mayo, F. 4: “por otro lado, está claro que las que deben ser objeto de ratificación son las que no están ya previstas sea por la legislación sanitaria sea por la de policía administrativa o por la correspondiente a otras materias. Es el caso, entre otras de las disposiciones relativas a horarios y aforos en establecimientos públicos, en las actividades educativas, las que miran a preservar los espacios públicos

Esta consideración es lógica. Las limitaciones que en último término provienen de una ley, -ya sea sanitaria, de policía administrativa o de otra materia-, cumplen con los requisitos establecidos en el artículo 53.1 de la Constitución para delimitar el contenido de los derechos fundamentales. Por el contrario, aquellas limitaciones impuestas por la administración el ejercicio de potestades administrativas, en cuanto alteran el contenido de los derechos, deben someterse a autorización o ratificación judicial.

Este criterio, no es exclusivo de esta rama del conocimiento, sino que si acudimos a otras áreas como por ejemplo el derecho administrativo observamos que también es empleado para distinguir la delimitación del normal contenido de los derechos que se realiza por ley de las limitaciones administrativas a su ejercicio. La delimitación del contenido de un derecho realizada por ley determina, dada su vocación de generalidad y permanencia, qué facultades inherentes a él son admisibles y los límites dentro de los cuales debe ejercitarse, a fin de garantizar los demás bienes constitucionalmente protegidos.

Por el contrario, la limitación de derechos fundamentales, según García de Enterría y Fernández Rodríguez, se “trataría de una incidencia que no modifica el derecho subjetivo afectado ni tampoco la capacidad jurídica o de obrar del titular, sino que actúa, exclusivamente, sobre las condiciones de ejercicio de dicho derecho, dejando inalterados todo el resto de los elementos del mismo, -configuración, funcionalidad, límites, y protección-. Esa incidencia sobre las facultades de ejercicio de los derechos está determinada por la necesidad de coordinarnos, bien con los derechos o intereses de otro sujeto, bien, lo que es el supuesto normal de las limitaciones administrativas, con los intereses o derechos de la comunidad o del aparato administrativo”⁶³.

Las limitaciones administrativas de derechos son, por tanto, construcciones que afectan el ejercicio del derecho en unas circunstancias determinadas, y, en la medida que no alteran el normal contenido de derechos, carecen de vocación de permanencia.

Éstas limitaciones, cuando se adoptan en el marco del ejercicio de las potestades atribuidas a la Administración por las leyes en materia de emergencias sanitarias, deben ser objeto de autorización o ratificación judicial porque así lo establece la ley. Y cuánto

e impedir que en ellos se consuman alcohol, las que tienen por objeto evitar la contaminación acústica o de otra naturaleza y, en general, las dirigidas a mantener la convivencia”.

⁶³ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, y FERNANDEZ RODRIGUEZ, Tomas Ramón. *Curso de Derecho administrativo*, Tomo II, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters- Civitas, 2002, Pág. 114.

más cabe decir de aquellas limitaciones que no solo merman el contenido del derecho legalmente determinado, sino que afectan supuestamente a su contenido esencial, algo que ni siquiera el legislador -en su caso orgánico- tiene permitido hacer. En estos casos la necesidad del control judicial es, si cabe, aún mayor.

Veámoslo ahora con un ejemplo relativo a una medida limitativa de la libertad de empresa objeto de este estudio:

Los horarios y aforos en establecimientos públicos se encuentran establecidos en normas de diferente rango, leyes y reglamentos, que, de este modo, delimitan el contenido de la libertad de empresa en estos aspectos.

La fijación del contenido de estas normas que, lógicamente, puede variar en atención a consideraciones de política normativa del legislador o de la Administración, por ejemplo, por la preponderancia de otros bienes constitucionalmente protegidos, como el derecho a la vida o a la salud, no requiere autorización o ratificación judicial en la medida en que se ajuste a los límites constitucionalmente establecidos.

Ahora bien, si dichos horarios o aforo se ven limitados por un acto administrativo dictado en aplicación de las normas en materia de emergencias sanitarias, restringiendo de este modo el normal contenido del derecho, las limitaciones así impuestas deben ser objeto de autorización o ratificación judicial.

De este modo, la atribución a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de la competencia de autorización o ratificación de las medidas que inciden en el normal contenido de los derechos fundamentales es una garantía del recto ejercicio de las potestades atribuidas a la Administración, impidiendo sacrificios innecesarios de derechos que en modo alguno coadyuven al objeto de enfrentar la situación de emergencia sanitaria que produzca.

En resumidas cuentas, la atribución de esta competencia a los órganos del poder judicial no supone el ejercicio de una función jurisdiccional, sino de una función de garantía de los derechos de los ciudadanos que expresamente atribuye el artículo 117.4 CE⁶⁴. Así lo explica Díez-Picazo Giménez: “los tribunales, aparte de la función jurisdiccional, sólo pueden ejercer las funciones que taxativamente les atribuyan las leyes en garantía de

⁶⁴ Véase artículo 117.4 CE: “Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho”.

cualquier derecho. Dos son, pues los requisitos que impone la Constitución a la atribución a los tribunales de funciones no jurisdiccionales: la primera, de orden formal, que la atribución ha de hacerse por ley; la segunda, de contenido, que la atribución ha de tener por finalidad que los Tribunales garanticen algún derecho. No cabe, por tanto, atribuir a los tribunales cualquier tipo de función no jurisdiccional. Con ello, se está intentando salvaguardar, de un lado una hipotética invasión por parte de los órganos judiciales de las competencias de otros poderes del Estado y, de otro lado, se intenta proteger la independencia y buen funcionamiento de los propios órganos judiciales, que podrían verse comprometidos si se les pudieran atribuir sin límite atribuciones no jurisdiccionales”⁶⁵.

Ahora bien, la anterior previsión ha estado vigente en nuestro ordenamiento jurídico hasta que, tras el estallido de la pandemia provocada por el COVID-19, el legislador entendió necesario adecuar el régimen de autorización o ratificación de medidas sanitarias limitativas de los derechos fundamentales a las circunstancias concurrentes.

Así, mediante la disposición final segunda de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de justicia, el régimen de autorización o ratificación de estas medidas pasa a articularse sobre un esquema triangular:

- a. De acuerdo con la nueva redacción dada al párrafo segundo del artículo 8.6 de la LJCA, los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo pasan a conocer única y exclusivamente de:

“La autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a legislación sanitaria que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen limitación o restricción de los derechos fundamentales cuando dichas medidas estén plasmadas en actos administrativos singulares que afecten únicamente a uno o varios particulares concretos identificados de manera individualizada”.

⁶⁵ DIEZ-PICAZO GIMENEZ, Ignacio, “Artículo 117” en RODRIGUEZ PIÑEIRO Y BRAVO_FERRER, Miguel, y CASAS BAAMONDE, María Emilia, *Comentarios a la Constitución Española*, Wolters Kluwers y BOE, Madrid, 2018, Tomo I, pág. 665.

- b. Por su parte, de acuerdo con el nuevo apartado 8 del artículo 10 de la LJCA, las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas:

“Conocerán de la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades sanitarias de ámbito distinto al estatal consideran urgentes y necesarias para la salud pública impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente”.

- c. Finalmente, la nueva regla i) del artículo 11.1 de la LJCA refiere a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional la competencia para conocer:

“De la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que la autoridad sanitaria estatal considere urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricciones derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente”.

Es decir, cuando las medidas consisten en actos administrativos singulares, la competencia recaerá en los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo. En cambio, cuando se trate de actos administrativos de alcance general- la competencia recaerá en el órgano jurisdiccional colegiado correspondiente al nivel administrativo territorial de que se trate.

Un aspecto muy relevante de esta reforma que no puede pasarse por alto se refiere al objeto de la autorización. Mientras en la versión original de la previsión legal se hablaba de medidas que comportaran una “privación o restricción” de derechos fundamentales la nueva versión de la norma amplía considerablemente el alcance del expediente al bastar con que las medidas sanitarias impliquen “la limitación o restricción de derechos fundamentales”. Ello, además, corrobora la idea avanzada anteriormente en el sentido de que la ratificación judicial debe proceder siempre que la medida altere el estatuto jurídico del derecho fundamental resultante de sus normas reguladoras, aun cuando no afecte a su contenido esencial.

Por otro lado, el reciente Real Decreto Ley 8/2021, de 4 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario social y jurisdiccional, aplicable tras la finalización de la vigencia del segundo estado de alarma, introduce una modificación adicional en la LJCA para habilitar la posibilidad de interponer recurso de casación frente a los autos dictados por la Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas y de la Audiencia Nacional en la aplicación de lo previsto en el artículo 10.8 y 11.1 letra i) de la LJCA.

Lo relevante de esta norma no es sólo la *sui generis* configuración de este recurso, precisamente debido a que no se refiere a resoluciones recaídas en el ejercicio de la función jurisdiccional, donde existe una relación jurídico procesal, sino en el desempeño de la función tuitiva de derechos legalmente atribuida, sino también la expresa reafirmación que hace en su Exposición de Motivos de la necesidad de que cualesquiera afecciones de derechos fundamentales producida por medidas sanitarias sea autorizada o ratificada por los órganos jurisdiccionales competentes:

“Durante la vigencia y prórroga del estado de alarma se han adoptado numerosas medidas al amparo del mismo por las autoridades competentes delegadas (...). No obstante, la mayoría de dichas medidas pueden articularse, en caso de necesidad, en el marco definido por la Ley Orgánica 3/1986 de 14 de abril de Medidas Especiales En Materia De Salud Pública, y por la ley 33 2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública; quedando sujetas a control jurisdiccional ordinario” (..)

Y más adelante expresa:

“cuando se trata de medidas restrictivas de derechos fundamentales, estas han de ser objeto de autorización o ratificación judicial, de acuerdo con lo previsto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa”.

Y finaliza confirmando que:

“La adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales justificadas por la acción de las administraciones públicas para combatir la pandemia del coronavirus dirigidas a la ciudadanía, deben ser objeto de autorización a ratificación judicial, de acuerdo con lo previsto en los artículos 8.6, párrafo segundo, 10.8, 11.1 letra i) y 122 *quater* de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción

Contencioso-administrativa, según redacción dada por la disposición final segunda de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la administración de justicia”

En este mismo sentido, el Consejo de Estado también ha confirmado la necesidad de que las medidas restrictivas de derechos fundamentales tengan que ser autorizadas o ratificadas por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa. Así, el Dictamen 213/2001, del 22 de marzo, que examina la viabilidad de un recurso de inconstitucionalidad proyectado por el Gobierno de España frente a la reforma de la ley sanitaria gallega para incluir instrumentos jurídicos de lucha contra la pandemia, el alto órgano consultivo expuso lo siguiente:

“En efecto, han sido numerosas las resoluciones administrativas que, con fundamento en la Ley Orgánica 3/1986, han acordado el aislamiento e internamiento de enfermos para evitar la transmisión y procurarles un tratamiento adecuado, la cuarentena en el domicilio un lugar adecuado, el sostenimiento exámenes médicos o pruebas diagnósticas individuales o de cribado masivo o a mediados a medidas profilácticas, la restricción o limitación de la circulación en zonas afectadas o la limitación de reuniones privadas. Todo ello bajo el control de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, a quien corresponde en todo caso la autorización o ratificación de tales medidas. La lectura de los boletines oficiales y autonómicos y de las resoluciones judiciales así lo confirma”⁶⁶.

Finalmente, hay que recordar que la Administración que somete a autorización o ratificación judicial órdenes, resoluciones y disposiciones que contienen dichas medidas prohibitivas o limitativas de la libertad de empresa, debe hacerlo, tal y como dice la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, indicando “con la pormenorización necesaria los concretos y puntuales preceptos a que se hace referencia para su autorización o ratificación, argumentando debidamente lo que interesa y proceda sin que sea dable formular indicaciones genéricas o que sea el tribunal el que identifique y señale la posible incidencia de otros que no se concreten desplazando lo que debe ser contenido de la administración y apartando al tribunal de la imparcialidad

⁶⁶ Dictamen 213/2021, del 22 de marzo, del CONSEJO DE ESTADO, sobre la viabilidad del Recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley de la Comunidad Autónoma de Galicia 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia.

que le corresponde⁶⁷. Esto es así porque el procedimiento de ratificación judicial es de cognición limitada, de suerte que el órgano jurisdiccional no puede ir más allá de lo expresamente pedido.

En resumidas cuentas y a modo de conclusión de este epígrafe las leyes estatales y autonómicas atribuyen a la Administración sanitaria potestades bastantes para poder adoptar las medidas necesarias para controlar el contagio de enfermedades transmisibles, dentro del marco del Derecho de normalidad, previendo expresamente que, cuando estas medidas puedan afectar a los derechos fundamentales del Título Primero de la Constitución, como es el caso que nos ocupa de aquellas medidas que afecten a la libertad de empresa, los órganos jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo, en el ejercicio de la función de garantía de derechos que tienen constitucionalmente atribuida, deben autorizarlas o ratificarlas.

iii. MEDIDAS LIMITATIVAS DE LA LIBERTAD DE EMPRESA EXCLUIDAS DEL ALCANCE DEL ESTADO DE ALARMA.

Si las medidas limitativas de la libertad de empresa están excluidas del alcance de segundo estado de alarma, tal y como hemos visto, necesariamente deben ser autorizadas o ratificadas por los órganos jurisdiccionales.

Así, será preciso discernir si las medidas que fueron adoptadas durante la vigencia del segundo estado alarma forman parte del Derecho de excepción en él contemplado, o, por el contrario, se enmarcan en las normas generales que atribuyen potestades discrecionales a la Administración sanitaria para adoptar medidas excepcionales en situaciones de crisis. De ello depende cual deba ser el parámetro de legalidad respecto del cual deba enjuiciarse la conformidad a Derecho de las medidas.

En este sentido, y haciendo referencia al estudio que ya hiciéramos del alcance material del segundo estado de alarma, el Real Decreto 926/2020, en sus artículos 5 a 11, extiende su alcance a la limitación de tres derechos fundamentales concretos: la libertad religiosa contenida (artículo 16 CE), la libertad de circulación (artículo 19 CE) y la libertad de

⁶⁷ Auto del 16 de octubre de 2020, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

reunión (artículo 21 CE), así como a la imposición de prestaciones personales forzosas en el ámbito sociosanitario.

Por tanto, aquellas medidas que las autoridades competentes delegadas adopten en relación con estos tres ámbitos podrán entenderse amparadas, si se ajustan los límites establecidos en el Real Decreto 926/2020, en este Derecho de excepción. Por el contrario, todas las demás medidas que no se correspondan con dicho ámbito material deben entenderse fundamentadas en las potestades ordinarias que ordenamiento jurídico confiere a las Administraciones públicas. Así lo confirma el artículo 12 del propio Real Decreto cuando señala que:

“Cada Administración conservará las competencias que le otorga la legislación vigente, así como la gestión de sus servicios y de su personal, para adoptar las medidas que estime necesarias, sin perjuicio de lo establecido en este Real Decreto”.

Desde luego, pretender extender el alcance del segundo estado alarma a otras medidas distintas a las contempladas en su articulado contraviene el artículo 1.2 de la LOEAES, a saber, las medidas “serán en cualquier caso a las estrictamente indispensables para asegurar el restablecimiento de la normalidad” y entra en contradicción también con la “interpretación restrictiva de las normas excepcionales” impuesta en el artículo 4.2 del Código Civil⁶⁸.

En este punto, resulta oportuno que hablemos de algunas de las medidas adoptadas durante la vigencia del segundo estado de alarma, aunque fuera de su alcance material, por afectar directamente al derecho fundamental a la libertad de empresa. A título meramente ejemplificativo podemos citar las siguientes:

- a) La prohibición de ejercer la actividad de reparto a domicilio a partir de las 23:00 horas, coincidiendo con los primeros meses de la vigencia del estado de alarma. Esta medida supone el constreñimiento de la actividad empresarial al reducir la entrega a domicilio de la situación normal –es común que en situación de normalidad las ordenanzas habiliten al reparto de 6:00 h a 2:30 h del día siguiente-

⁶⁸ Artículo 4.2 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil: “Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas”.

a un periodo inferior, que ha oscilado durante este tiempo desde las 6:00 h. hasta las 21:00 h primero, las 22:00 h. después y las 23:00 finalmente; todo ello según las CCAA y hasta que se han levantado estas medidas.

- b) La prohibición de ejercer la actividad empresarial en locales y en sus terrazas anejas, o en determinadas franjas horarias. Las medidas con este contenido suponen una suspensión temporal de la regulación general de horarios en situación de normalidad, sustituyéndola por otra mucho más restrictiva, hasta el punto de que ha sido frecuente y común que todas las autoridades competentes delegadas, en un primer periodo, apostasen por la suspensión de la apertura de los establecimientos, y en un segundo periodo, por la posibilidad de apertura acotada a franjas muy limitadas de tiempo, o que, no siendo tan limitadas, suponen una considerable reducción de las previstas con carácter general en la norma.
- c) La prohibición de emplear parte de su capacidad productiva, limitando o prohibiendo el consumo en barra, y reduciendo al 30% el aforo en interiores e imponiendo distancias obligatorias entre mesas. En este sentido, cabe igualmente señalar que frente a estas medidas aplicadas, las normas que disciplinan la actividad empresarial, en este caso de la restauración, no contienen limitaciones respecto de la capacidad productiva, mas allá de los límites de los propios aforos autorizados que las entidades locales determinen al autorizar la implantación de la actividad con arreglo a las normas correspondientes.

Estos son solo tres supuestos, pero resultan suficientemente ejemplificativos para entender la naturaleza de las medidas limitativas de la libertad de empresa adoptadas durante la vigencia del segundo estado de alarma a las que nos referimos.

A la vista de su contenido, es evidente que estas no afectan a la libertad religiosa, ni a la libertad de circulación, ni a la libertad de reunión, sino las facultades propias de los empresarios en este caso concretamente de la hostelería organizar la actividad económica que desempeña, dentro de las normas que la disciplina.

Por consiguiente, las medidas citadas no guardan relación alguna con el alcance material del segundo estado de alarma, regulado en el RD 926/2020, del 25 de octubre. Por ello solo puede concluirse que dichas medidas sólo han podido dictarse de acuerdo con lo previsto en las normas generales en materia de emergencias sanitarias (LOMEMSP, LGS

y LGSP) y no al amparo del estado de alarma; siendo necesario, pues, que todas ellas hayan sido sometidas a la preceptiva autorización o ratificación del correspondiente órgano jurisdiccional de acuerdo con la LJCA.

A. EJEMPLIFICACION DE ALGUNAS ADMISNISTRACIONES SANITARIAS AUTONOMICAS QUE HAN SOMETIDO A AUTORIZACION Y RATIFICACION JUDICIAL LAS MEDIDAS LIMITATIVAS DE LA LIBERTAD DE EMPRESA.

Ejemplificamos estos casos, con algunas resoluciones de las Administraciones sanitarias autonómicas por las que se adoptan medidas limitadoras de la libertad de empresa en el marco del Derecho de normalidad previsto para afrontar las crisis sanitarias, y que las correspondientes autoridades han sometido diligentemente a autorización o ratificación judicial:

1) La Administración Catalana.

Así, por ejemplo, la Generalidad de Cataluña, ha sometido a ratificación la resolución SLT/1748/2020 que, en su punto ocho, imponía la reducción de la capacidad productiva de los establecimientos de restauración al 50 %. El Juzgado de Instrucción número cuatro de Gerona, haciendo funciones de juzgado de guardia, acordó, en su Auto de 19 de julio de 2020, ratificar esas medidas, advirtiendo que eran susceptibles de ser sometidas a autorización o ratificación judicial:

“En lo que atañe a las obligaciones de medidas a adoptar ya a nivel general, (uso obligatorio de mascarilla), como a nivel particular, en especial, en la materia de prevención higiene en el trabajo u obligaciones, -de hacer y no hacer-, y recomendaciones (punto 4 de servicios y comercios minoristas; punto 6 para el uso del transporte público; punto 7 suspensión temporal de la apertura al público, de actividades culturales deportivas ocio nocturno recreativos y espectáculos públicos con las matizaciones y salvedades introducidas en tal punto, sobre la competencia de cada ayuntamiento afectado con previa autorización de PROCICAT) en tanto qué medidas extraordinarias y temporales, sujetas

a razones estrictamente sanitarias, de salud pública, y epidemiológicas, atendidas las actuales circunstancias de todo tipo que envuelve la temática que nos ocupa, es dable su ratificación judicial, también por el interés general de la colectividad, en especial la trabajadora y consumidora, y por el incremento del riesgo de transmisión comunitaria del COVID-19 que es una ratificación comportaría”.

Asimismo, también fue objeto de ratificación la resolución SLT/1932/2020 en lo relativo a la ratificación de medidas limitativas de la libertad de empresa en el ámbito de la restauración, que suponía la restricción del horario de cierre hasta las 24 horas. Y de hecho, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número dos de Gerona, competente entonces para conocer del asunto por razón de la redacción del artículo 8.6 párrafo segundo entonces vigente, en su Auto número 87/2020, de 13 de julio, denegó la autorización de esas medidas al entenderlas desproporcionadas:

“Tampoco en el informe se justifica en qué medida el cierre de las 24 horas evitaría una mayor transmisión del virus por lo que no procede la ratificación de la medida en este concreto aspecto”.

Cabe destacar también el auto de 24 de agosto de 2020 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número cinco de Barcelona que, en respuesta a la ratificación solicitada por la Generalidad de Cataluña respecto de la resolución SLT/2094/2020, de 24 de agosto, se pronuncia expresamente sobre la necesidad de someter a ratificación aquellas medidas que afectan actividades económicas como la hostelería o la restauración por su afectación al derecho fundamental de la libertad de empresa:

“El punto cuatro, al igual que los puntos siete y ocho, si contiene una serie de medidas susceptibles de afectar a los derechos fundamentales, dado que en ello se establece una serie de limitaciones y exigencias al ejercicio de determinadas actividades económicas, como son las empresas servicios, el comercio minorista, el sector cultural, el deportivo y la hostelería y restauración. En todos estos casos por tanto queda afectada la libertad de empresa consagrado en el artículo 38 de la Constitución”.

En el mismo sentido, se podrían citar, entre otros el Auto del Juzgado Instrucción número 2 de Lérida, -haciendo igualmente funciones de Juzgado de Guardia-, de 17 de julio de 2020, o el Auto del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 15 de Barcelona, del 17 de julio de 2020.

Finalmente y a modo de aclaración decir que estas medidas, a pesar de ser de alcance general, han sido sometidos a autorización y ratificación judicial de acuerdo con la redacción antigua del artículo 8.6 LJCA, al someterse a la misma, en fecha anterior al 20 de septiembre de 2020, cuando entra en vigor la reforma del citado artículo por la por la disposición final 2.1 de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre.

2) La Administración Extremeña:

La Administración extremeña también ha sometido a autorización judicial el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 7 de mayo de 2021, que, entre otras cosas, comportaba limitaciones a la actividad de restauración. Y la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, en su Auto número 56/2021, del 10 de mayo, ha entendido procedente pronunciarse sobre la necesidad de ratificar estas medidas:

“Las medidas no suponer una limitación absoluta de los derechos fundamentales consagrados en el capítulo segundo del título primero de la Constitución, sino una limitación de la libertad de circulación y reunión de las personas, así como medidas de aforo y contención de los lugares de culto y en el ámbito de los servicios sociales, establecimientos locales y comerciales, actividades de hostelería y restauración, actividades educativas y demás espacios públicos, pero sin supresión de los libertades fundamentales y de las referidas actividades. (...) También resultas proporcionadas las medidas en el ámbito de la hostelería y restauración, en cuanto pudieran afectar a los derechos fundamentales, al limitar la agrupación de personas y reducir los aforos, evitando que se agrupen demasiadas personas con la posible transmisión en controlada del virus”.

3) La Administración Foral de Navarra:

Por su parte, la Administración foral de Navarra ha sometido a ratificación judicial la Orden foral 54/2020, de 11 de octubre, de la Consejera de Salud, por la que se adoptan medidas específicas de prevención, de carácter extraordinario, para la Comunidad Foral de Navarra, como consecuencia de la evolución de la situación epidemiológica derivada del COVID-19, que incluye limitaciones de horarios y restricciones de aforos para los establecimientos de restauración. Y la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra entendió, en su Auto número 167/2020, del 16 de octubre, que tales medidas debían sujetarse a ratificación en cuanto limitaban la libertad de empresa:

“La limitación de aforos y ciertas actividades, no suponen previsiones totales de esas determinadas actividades. Gran parte de estos contagios se producen en reuniones de personas tanto en el ámbito público como privado, por lo que la limitación de los aforos y horarios es fundamental para tratar de evitar que se expanda el virus. Lógicamente si la situación sigue empeorando, se hace necesario seguir manteniendo estas limitaciones, por otra parte ya aprobadas para otras localidades con unos índices de contagio similares al que se constata hoy en día en Navarra en su conjunto, incluso cada vez más restrictivas de esos aforos y actividades”.

B. EL CASO DE LA ADMINISTRACION SANITARIA DE CASTILLA Y LEON: LA INTERPRETACION EXTENSIVA DE UNA NORMA EXCEPCIONAL.

Por el contrario, y como ejemplo de una Administración sanitaria que ha actuado de forma diametralmente opuesta a todo lo anterior, vemos el caso de Castilla y León, en el cual la autoridad competente delegada asumió que la habilitación contenida en el artículo 2.3 del RD 926/2020, por el que se declara el segundo estado de alarma, para “dictar, por delegación del Gobierno de la Nación, las órdenes, resoluciones y disposiciones para la aplicación de lo previsto en los artículos 5 a 11” del propio texto, excluyéndose la aplicación de lo previsto en el segundo párrafo del artículo 8.6 y en el artículo 10.8 de la Ley 29/1998, era extensible a otros ámbitos materiales más allá de los señalados en propio Real Decreto.

Así, la Administración sanitaria castellanoleonesa entendió que esa habilitación incluía la posibilidad de dictar ordenes, resoluciones y disposiciones en cuyo contenido, entre otros, se adoptasen medidas limitativas o restrictivas de la libertad de empresa sin necesidad de sometimiento a autorización y ratificación judicial. Esta actitud, a mi juicio poco diligente, no sólo es contraria a Derecho por contravenir los artículos artículo 8.6 y 10.8 de la LJCA, sino que, además, considero que atenta contra el principio de la *interpretación restrictiva de las normas excepcionales* contenido en el artículo 4.2 del Código Civil.

En este sentido podemos mencionar lo sucedido con el Acuerdo 2/2021, de 15 de enero, del Presidente de la Junta de Castilla y León. En el mismo, el Presidente, como autoridad competente delegada dispuesta por el Real Decreto 926/2020, fija en todo el territorio de la Comunidad de Castilla y León como hora de comienzo de la limitación de la libertad de circulación de las personas en horario nocturno las 20,00 horas y como hora de fin a las 6:00 h. La medida mas restrictiva que la prevista en el artículo 5 del Real Decreto 926/2020, que recogía la limitación entre las 22,00 y las 00,00 horas el de inicio, y entre las 5,00 horas y las 7,00 horas el de finalización, supone una restricción severa y directa de la libertad ambulatoria, y afecta de forma indirecta a la libertad de empresa. Entro en vigor a las 20:00 h del día 16 de enero, y no fue sometida a autorización y ratificación previa.

Sobre esto, el 18 de enero de 2021, la Abogacía del Estado presentó recurso Contencioso-administrativo a la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, en el que solicitó la suspensión cautelar del acuerdo, por considerar que podría ser nulo de pleno derecho por ausencia de competencia, y contrario a derecho por rebasar el límite de inicio de la restricción de la libertad de circulación que permite la declaración de estado de alarma, a las 22 horas.

El 19 de enero de 2021, formada pieza separada de medidas cautelares, se acordó, por providencia de esa fecha, conceder audiencia a la Administración demandada, Comunidad Autónoma de Castilla y León, sobre la suspensión interesada por la parte recurrente.

El 3 de febrero de 2021, evacuando el trámite conferido por diligencia de ordenación de 19 de enero de 2021, el Director de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Castilla y León, presentó escrito de alegaciones en el que se opuso al recurso solicitado por la

Abogacía del Estado. En el mismo se alegaba la habilitación competencial suficiente del Presidente de la Junta de Castilla y León ex artículo 2.3 del Real Decreto 926/2020 para adoptar la medida, y su capacidad para ampliar los márgenes horarios conferidos en el art. 5.2 R.D 926/2020, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10 del Real Decreto 926/2020. Afirma que el incremento de la inicial limitación de la libertad de circulación “en dos horas más, hasta un máximo total de once horas en absoluto es excesivo”, y que “ en la ponderación circunstanciada de los intereses en conflicto, es evidente que, ante la existencia de transmisión comunitaria de la COVID-19 en la Comunidad de Castilla y León, debe prevalecer la salud colectiva y la vida e integridad física de todos los ciudadanos sobre los derechos invocados por la parte demandante referidos a la limitación de la libertad de circulación personal unas horas, pues el verdadero interés general es el defendido por el Acuerdo 2/2021”⁶⁹; oponiéndose a la adopción de la medida cautelar solicitada por la Abogacía del Estado.

Finalmente, en Auto del 16 de febrero de 2021, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo resuelve admitir la medida cautelar solicitada por la Abogacía del Estado, sin entrar a valorar el fondo del asunto. Dice que “todo el alcance de la limitación de los derechos fundamentales afectados por el estado de alarma debe estar expresamente previsto en dicha norma y, concretamente, en el caso de la libertad de circulación, deberá estar fijado para “horas” determinadas. Esta exigencia de predeterminación en la norma del estado de alarma es completamente opuesta a la tesis de la representación de la Comunidad de Castilla y León, que sostiene que puede “agravar” la restricción, más allá del preciso límite de horas previsto en la norma del estado de alarma, sin otro límite que el agravamiento de la restricción no exceda del horario nocturno”⁷⁰.

La sección Cuarta pone de manifiesto “la argumentación de la Junta de Castilla y León para sostener que dispone de la facultad de agravar la restricción de la libertad de circulación es, in icto oculi, esto es, de un vistazo, contraria a la predeterminación que

⁶⁹ Escrito de alegaciones de los Servicios Jurídicos de Castilla y León del 3 de febrero de 2021, evacuando el trámite conferido por diligencia de ordenación de 19 de enero de 2021 de la sección cuarta de la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Supremo.

⁷⁰ Auto del 16 de febrero de 2021, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo

viene impuesta, ex art. art. 11.1.a), de la LO 4/1981. Es más, ni tan siquiera la propia norma del estado de alarma, el R.D. 926/2020, estaría habilitada para introducir semejante indeterminación en el marco de restricción máxima de la libertad de circulación”. Defiende por tanto que el rango horario es claro y preciso y, desde luego, “la interpretación que sostiene la Junta de Castilla y León respecto al alcance de los art. 9 y 10 del R.D. 926/2020 y, en particular, la asimilación del significado del verbo “modular” a la acción de “agravar”, está muy lejos de ser evidente”⁷¹.

Del contenido del Auto del 16 de febrero, se desprende lo que ya habíamos afirmado en estas paginas supra, la interpretación extensiva de las normas excepcionales que realiza la administración Castellano Leonesa, y que personalmente considero que atenta contra el principio de la *interpretación restrictiva de las normas excepcionales* contenido en el artículo 4.2 del Código Civil.

iv. EFECTOS DE LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS LIMITATIVAS DE LA LIBERTAD DE EMPRESA DURANTE LA VIGENCIA DEL SEGUNDO ESTADO DE ALARMA PRESCINDIENDO DE AUTORIZACIÓN O RATIFICACIÓN JUDICIAL.

No obstante, y en contraste con el anterior correcto proceder, por el que se deben someter a ratificación o autorización judicial aquellas medidas prohibitivas o limitativas del derecho de la libertad de empresa consagrado en el artículo 38 de la Constitución, durante el periodo de vigencia del segundo estado de alarma se han adoptado igualmente medidas prescindiendo de dicha autorización o ratificación judicial.

En estos casos, se entiende que la Administración que toma estas medidas, está privando en primer lugar a los órganos jurisdiccionales de la función de garante de derechos constitucional y legalmente atribuida, infringiendo por ello el ordenamiento jurídico y viciando de nulidad el acto administrativo en cuestión.

⁷¹ Auto del 16 de febrero de 2021, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.

Por otro lado, cabe señalar la posibilidad de que la Administración sí someta a autorización o ratificación judicial las órdenes, resoluciones y disposiciones que contengan medidas limitativas de la libertad de empresa, pero lo haga formulando indicaciones genéricas, sin realizar la “pormenorización necesaria los concretos y puntuales preceptos a que se hace referencia para su autorización o ratificación argumentando debidamente lo que interesa”, por citar la expresión del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña⁷². En estos casos, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo⁷³ viene a confirmar que en el procedimiento de ratificación judicial la intervención del órgano jurisdiccional es de cognición limitada, de suerte que dicho órgano no puede ir más allá de lo expresamente pedido:

“Al respecto, cabe decir que, dadas las características de la intervención judicial prevista, no puede ser sino sumamente limitada. Ante todo, debe resaltarse que no justifica por sí mismo ninguna limitación de derechos. El tribunal no sustituye la imprescindible habilitación normativa en el que ha de descansar la medida de que se trate. Por tanto, la primera comprobación que deberá hacer el juzgador ha de ser, precisamente además de la competencia de la administración, la existencia de esa habilitación. A partir de ella, su juicio ha de quedar circunscrito a la constatación preliminar de los aspectos externos y reglados de la actuación administrativa y, todo lo demás, a una verificación prima facie de la actuación, necesidad y proporcionalidad de las medidas dispuestas. A falta de contradicción y de una prueba plena, no cabe aquí un examen a fondo”.

Así pues, la autorización o ratificación judicial de las medidas no empecé ni la obligación de la Administración de someter autorización o ratificación judicial todas las medidas que puedan limitar o restringir derechos fundamentales, -en concreto el derecho a libertad de empresa-, ni mucho menos, que la falta de sometimiento a ese trámite pueda sanar de algún modo medidas adoptadas sin cumplir con él.

En conclusión, cuando las medidas prohibitivas o limitativas implican una limitación o suspensión del derecho fundamental de la libertad de empresa consagrado en la Constitución, se hubieran dictado prescindiendo de toda autorización o ratificación

⁷² Auto del 16 de octubre de 2020, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

⁷³ STS 719/2021, de 24 de mayo, F. 4

judicial o bien cuando la Administración competente evito deliberadamente someter a ese tramite las medidas sirviéndose de indicaciones genéricas, poco pormenorizadas y concretas, se vulnera el ordenamiento jurídico -especialmente lo dispuesto en los artículos 10.8 y el 11.1-j) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa- y dicha omisión implica viciar de invalidez el acto administrativo por el que estas se adoptaron.

VII. CONCLUSIONES:

1. Frente a la pandemia del COVID-19, -una “crisis sanitaria” por causas no políticas, en la que además se produce “la paralización de servicios públicos esenciales”-, la elección del Gobierno de España del estado de alarma como institución del Derecho de Excepción en la declaración del mismo entre marzo y junio de 2020 (RD 463/2020 del 14 de marzo) primero, y de octubre de 2020 hasta mayo de 2021 (RD 926/2020, del 25 de octubre) después, fue a priori adecuada; atendiendo a la naturaleza de la emergencia.
2. Sobre la constitucionalidad o no del artículo 10 del RD 463/2020, si bien es cierto que en él se opta por suspender la “apertura al público de los locales y establecimientos minoristas, cuando el apartado c) del artículo 11 de la LOAES, contempla la posibilidad de la intervenir y ocupar transitoriamente”, suspendiendo aparentemente un derecho fundamental en un estado de alarma cuando la suspensión de estos derechos parece mas propias para el estado de excepción, también lo es que cuando el artículo 55.1 CE regula los derechos que son susceptibles de suspensión en el marco del estado de excepción, no se incluye en la enumeración de derechos el derecho a la libertad de empresa consagrado en el artículo 38 CE. Actualmente su constitucionalidad se encuentra *sub iudice* y parece adecuado esperar a lo que diga el TC, no obstante, en su constitucionalidad o inconstitucionalidad hay que atender a si el precepto recurrido vulnera o no el contenido esencial del derecho a la libertad de empresa.
3. Podemos por tanto concluir, que la suspensión de la “apertura al público de los locales y establecimientos minoristas” que recoge el artículo 10 del RD 463/2020, del 14 de marzo, y el enjuiciamiento de la misma, no solo ha de mirar si la redacción del

precepto citado vulnera el contenido esencial del derecho fundamental del artículo 38 CE, sino que, atendiendo a la evolución jurisprudencial, requiere de la aplicación de unos test de proporcionalidad, necesidad, e idoneidad. Concretamente, en lo que se refiere a las medidas adoptadas en el artículo 10 del RD 463/2020, del 14 de marzo: un test de proporcionalidad mutilado, que cuestione la idoneidad y la necesidad de la medida limitativa en los casos de enjuiciamiento de aquellas que constituyen un límite al “acceso al libre mercado”, y un test exclusivamente de idoneidad, para el enjuiciamiento de aquellas otras que simplemente limiten el derecho a la libertad de empresa, acotando el ejercicio del derecho fundamental del artículo 38 CE.

4. Durante el periodo de *nueva normalidad* y el de vigencia del segundo estado de alarma y se han adoptado igualmente medidas prescindiendo de dicha autorización o ratificación judicial. Así, cuando las medidas prohibitivas o limitativas implican una limitación o suspensión del derecho fundamental de la libertad de empresa consagrado en la Constitución, se hubieran dictado prescindiendo de toda autorización o ratificación judicial o bien cuando la Administración competente evito deliberadamente someter a ese tramite las medidas sirviéndose de indicaciones genéricas, poco pormenorizadas y concretas, se vulnera el ordenamiento jurídico - especialmente lo dispuesto en los artículos 10.8 y el 11.1-j) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa- y dicha omisión implica viciar de invalidez el acto administrativo por el que estas se adoptaron.

VIII. BIBLIOGRAFIA

- ALEXY; Robert: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pág. 290.
- ARAGÓN REYES, Manuel: *Libertades económicas y Estado social*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, págs. 18-19.
- BILBAO UBILLOS, Juan María, “Los derechos fundamentales de la Constitución Española”, en BIGLINO CAMPOS, Paloma; BILBAO UBILLOS Juan María; REY MARTÍNEZ, Fernando, MATIA PORTILLA, Javier; VIDAL ZAPATERO, José Miguel (dirs.): *Lecciones de Derecho Constitucional II*, Thomson Reuters, Valladolid, 2013, págs. 40, 403- 404
- CASTELLA ANDREU, José María: “La Comisión de Venecia y los estados de emergencia: la necesaria preservación del estado de derecho y la democracia constitucional durante la crisis del COVID-19”, en BIGLINO CAMPOS, Paloma. y DURAN ALBA, Juan F. (dirs.): *Los efectos horizontales de la COVID-19 sobre el sistema constitucional*, Fundación Giménez Abad, Zaragoza, 2020, págs. 23
- CIDONCHA MARTÍN Antonio: *La Libertad de Empresa*, Aranzadi, Pamplona, 2006. Pags. 178-190, 279,
- CIDONCHA MARTÍN Antonio: “Coronavirus y libertad de empresa”, en BIGLINO CAMPOS, Paloma. y DURAN ALBA, Juan F. (dirs.): *Los efectos horizontales de la COVID-19 sobre el sistema constitucional*, Fundación Giménez Abad, Zaragoza, 2020, págs. 18-22.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro: “El nuevo derecho de excepción”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 2, 1981, págs. 95
- CRUZ VILLALÓN, Pedro: *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 66-68.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, “Artículo 117” en CASAS BAAMONDE M. E. y RODRÍGUEZ-PIÑEIRO M. (dirs.): *Comentarios a la Constitución Española*, Wolters Kluwer-BOE, Madrid, 2018, pág. 665

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomas Ramón. *Curso de Derecho administrativo*, Thomson Reuters- Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2002, pág. 114.

GUERRERO VÁZQUEZ, Pablo: “Estado de alarma sanitaria y medidas limitativas de la actividad económica”, en GARRIDO LÓPEZ C. (coord.): *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*. Fundación Giménez Abad, Zaragoza, 2020, págs. 5-6.

PACE, Alessandro: “La Heterogénea estructura de los derechos constitucionales. Cuadernos de Derecho Público, núm. 3, 1998, págs. 9-11.

PAREJO ALFONSO, Luciano: “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 3, 1981, págs. 169-190.

PRIETO SANCHÍS, L.: *Estudios sobre derechos fundamentales*. Debate, Madrid, 1990, págs. 126 -130.

SÁENZ ROYO, E.: “Limitar los derechos fundamentales durante la Pandemia”, Agenda Publica-Fundación Manuel Giménez Abad, 14 de julio de 2020.

TORRES DEL MORAL, Antonio: *Los derechos fundamentales y su protección Jurisdiccional*, COLEX, Madrid, 2007, pág. 627.

TORRES MURO Ignacio: “Artículo 116”, en CASAS BAAMONDE M. E. y RODRÍGUEZ-PIÑEIRO M. (dirs.): *Comentarios a la Constitución Española*, Wolters Kluwer-BOE, Madrid, 2018, pág. 99

IX. RESOLUCIONES JUDICIALES CITADAS:

- STC 8 de abril de 1981.
- STC 37/1981, de 16 de noviembre.
- STC 49/1988, de 22 de marzo.
- STC 37/1987, de 26 de marzo, F.5.
- STC 83/1984, de 24 de julio, F.5, Párr. 5º.
- STC 225/1993, de 8 de julio, F. 3 B, Párr. 3
- STC 53/2014, de 10 de abril, F. 7
- STC 35/2016, de 3 de marzo, F. 4 y F.7
- STS 719/2021, de 24 de mayo, F. 4:
- Auto del 16 de octubre de 2020, de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.
- Auto del 16 de febrero de 2021, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo