

LA PANDEMIA Y LA LIBERTAD DE EMPRESA

Antonio CIDONCHA MARTÍN*

Resumen

El objeto de este trabajo es analizar desde una perspectiva constitucional el impacto jurídico de la pandemia sobre la libertad de empresa. Se explica en primer lugar cómo entiende el Tribunal Constitucional esta libertad y cómo se sitúa esta en el contexto de los estados excepcionales. Después, se analiza la erosión que ha sufrido la libertad de empresa con las medidas adoptadas en las tres fases por las que ha pasado (y sigue pasando) la crisis sanitaria. Por último, se concluye con unos breves apuntes, a modo de epílogo.

Palabras clave

Pandemia. Libertad de empresa. Contenido esencial. Estado de alarma. Suspensión de actividades económicas. Nueva normalidad. Legislación sanitaria.

Abstract

The purpose of this paper is to analyze from a constitutional perspective the legal impact of the pandemic on the freedom of enterprise. First, it explains how the Constitutional Court understands this freedom and how it is situated in the context of exceptional states. It then analyzes the erosion suffered by the freedom of enterprise as a result of the measures adopted in the three phases through which the health crisis has passed (and continues to pass). Finally, it concludes with a few brief notes by way of an epilogue.

Keywords

Pandemic. Freedom of enterprise. Essential content. State of alarm. Suspension of economic activities. New normality. Sanitary legislation.

* Profesor contratado doctor de Derecho Constitucional. Universidad Autónoma de Madrid.

SUMARIO: I. Introducción. II. Sobre la libertad de empresa. 1. La libertad de empresa como derecho fundamental; 2. La libertad de empresa y los estados excepcionales. III. Sobre la libertad de empresa y la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. 1. La libertad de empresa durante la vigencia del estado de alarma decretado el 14 de marzo de 2020. 2. La libertad de empresa durante la «nueva normalidad». 3. La libertad de empresa durante la vigencia del estado de alarma decretado el 25 de octubre de 2020. IV. Breves apuntes a modo de epílogo. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Todos lo sabemos: estamos en crisis, en una crisis sanitaria provocada por un virus llamado COVID-19. La OMS declaró la situación de emergencia de salud pública el 30 de enero de 2020 y, ante la galopante propagación del virus, declaró finalmente la situación de pandemia el 11 de marzo de 2020.

Entre nosotros, esta crisis sanitaria ha pasado jurídicamente por varias etapas. La primera va desde el 14 de marzo de 2020, fecha en la que el Gobierno decretó el estado de alarma en todo el territorio nacional «para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19», hasta el 21 de junio de 2020, fecha en la que la dejó de estar vigente tras seis prórrogas. La segunda va desde esa fecha hasta el 24 de octubre de 2020: es el período que se ha dado en llamar de «nueva normalidad». La tercera arranca el 25 de octubre de 2020, fecha en la que el Gobierno decretó un nuevo estado de alarma en todo el territorio nacional «para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2». Al cierre de este trabajo, esta tercera etapa está a punto de concluir: el 9 de mayo de 2021 vence la prórroga (¡por 6 meses!) de ese estado de alarma. Pero me temo que, llegada esa fecha, la crisis sanitaria continuará. En todo caso, jurídicamente no acabará en tanto el Gobierno no decrete su finalización, de acuerdo con la evidencia científica disponible y previo informe del Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias (1).

En el limitado espacio del que dispongo, pretendo al menos esbozar el impacto jurídico sobre la libertad de empresa de las medidas adoptadas en cada una de estas fases. Me centraré en algunos asuntos (no todos) y tomando como referencia la Constitución. Se trata, pues, de un (esbozo de) análisis básicamente constitucional. Por ello, antes de entrar en el meollo (apartado II) es imprescindible informar de cómo entiende el Tribunal Constitucional la libertad de empresa y de cómo se ubica esta en el conjunto de los estados excepcionales (apartado I). Finalizaré (no puede ser de otra forma) con unos breves apuntes, a modo de epílogo (apartado IV).

(1) Utilizo las palabras del artículo 2.3 del Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes y de coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, derogado por la Ley 2/2021, de 19 de marzo, del mismo nombre, que reproduce íntegramente en su artículo 2.3 el contenido del artículo 2.3 del decreto-ley que deroga.

II. SOBRE LA LIBERTAD DE EMPRESA

1. LA LIBERTAD DE EMPRESA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Casi me produce rubor recordar esto, pero conviene hacerlo en los tiempos que corren: no solo son derechos fundamentales aquellos cuyo «desarrollo» está reservado a Ley Orgánica (art. 81.1 de la Constitución –CE en adelante–), esto es, los de la sección 1.^a del capítulo II del Título Primero de la CE, sino todos los que encontramos en el capítulo II. Por tanto, también son derechos fundamentales los de la sección 2.^a, entre ellos, la libertad de empresa consagrada en el artículo 38. Por ser derecho fundamental, la libertad de empresa goza de la doble garantía constitucional de la reserva de ley y de la obligación de la ley de respetar su contenido esencial (art. 53.1 CE). Así lo declaró tempranamente el Tribunal Constitucional (TC en adelante), en el fundamento jurídico (FJ en adelante) de la sentencia 37/1981 y así la ha reiterado en varias ocasiones (como ejemplo más reciente, la STC 53/2014, FJ 7).

Sin embargo, para el TC la libertad de empresa no es un derecho fundamental cualquiera, es un derecho fundamental *ma non troppo*. Lo revela sobre todo cómo ha interpretado para ella la regla del artículo 53.1 CE, la que obliga al legislador a respetar el contenido esencial de los derechos fundamentales (2). Como he declarado en otros lugares (3), el TC nunca ha escrutado las restricciones legales de la libertad de empresa con los criterios de la sentencia 11/1981, esto es, desde la llamada «teoría absoluta» de los derechos fundamentales. Lo ha hecho tradicionalmente desde la «teoría relativa», apelando al principio de proporcionalidad, pero mutilado, esto es, circunscrito aparentemente a los dos primeros test del mismo (idoneidad y necesidad), con exclusión del tercero (proporcionalidad en sentido estricto), aunque, en realidad, limitado a un mero control de razonabilidad de la medida limitativa o, en otros términos, un mero test de idoneidad (4).

En 2016 se produce un cambio en el enfoque del TC, siempre desde la teoría relativa. Este cambio se aprecia en la STC 35/2016 (FJ 4)(5) y se consolida en las SSTC 89/2017 (FJ 14) y 111/2017 [FJ 4.a)]. Con arreglo a la nueva jurisprudencia, la libertad de empresa tiene dos cánones de control del respeto al contenido esencial de la libertad de empresa, según que la regulación que la limite afecte al «acceso» al mercado, esto es, a la libertad de inicio de la actividad empresarial, o solo al «ejercicio de» la actividad empresarial, sin afectar al acceso al mercado. En el primer caso (acceso al mercado), el canon de control es el de proporcionalidad mutilada: la medida limitativa del acceso al mercado será constitucional si supera los

(2) También por la forma en que entiende su condición de derecho subjetivo. Para el TC, la libertad de empresa es un derecho debilitado en su dimensión subjetiva, porque sobre él predomina su dimensión institucional. Sobre esta cuestión, CIDONCHA MARTÍN, A., *La libertad de empresa*, Thomson/Civitas-IEE, Cizur Menor, 2006, p. 176.

(3) Más recientemente, en CIDONCHA MARTÍN, A., «Coronavirus y libertad de empresa», en Biglino Campos, P., y Durán Alba, J. F. (dirs.), *Los efectos horizontales de la COVID-19 sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada*, Colección Obras Colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021, p. 336.

(4) Sin disimulo alguno, en la STC 53/2014 (FJ 7).

(5) Se atisba en la STC 53/2014, FJ 7, a la que hace mención la STC 35/2016.

test de idoneidad y necesidad. En el segundo caso (ejercicio de la actividad empresarial ya iniciada), el único canon de control, según la STC 35/2016, es el de idoneidad, como de costumbre: la medida limitativa del ejercicio de la actividad empresarial será constitucional si es «adecuada» o idónea para la consecución de un *fin legítimo* (6).

Pero falta una sorpresa. En la sentencia 89/2017 [FJ 14 b)], el TC añade un nuevo test a la limitación de la «libertad de ejercicio», más propio de un entendimiento «absoluto» de la regla del artículo 53.1 CE: la medida limitativa es constitucional si, además de ser adecuada para alcanzar un objetivo legítimo, no conlleva, debido a su intensidad, «una privación del referido derecho»; o, para ser más precisos, no supone «un impedimento práctico para su ejercicio». En el mismo sentido se pronuncia la STC 111/2017 [FJ 4 a)]. Retenga el lector esta novedad.

2. LA LIBERTAD DE EMPRESA Y LOS ESTADOS EXCEPCIONALES

La CE no ha incluido la libertad de empresa entre los derechos fundamentales que pueden ser suspendidos con carácter general si se declaran los estados de excepción y de sitio (art. 55). Fuera o no una imprevisión del legislador constituyente, este es un dato de partida que no se puede soslayar. En ninguno de los estados excepcionales (alarma, excepción y sitio) se puede suspender con carácter general la libertad de empresa. Lo que sí procede durante la vigencia de cualquiera de esos estados es limitar con carácter general el ejercicio de la libertad de empresa, pero con el límite del respeto a su contenido esencial. La regla del artículo 53.1 CE rige para la libertad de empresa, cualquiera que sea el estado que se declare.

Ahora bien, el contenido esencial de los derechos fundamentales es resistente a la ley, pero no a la CE misma, que puede introducir excepciones. En tiempos de excepción y sitio, se puede excepcionar la regla del artículo 53.1 CE, suspendiendo con carácter general ciertos derechos fundamentales, pero entre ellos no está la libertad de empresa. Sin embargo, tanto en tiempos excepcionales (alarma, excepción o sitio) como en tiempos de normalidad, la regla que obliga a la ley a respetar el contenido esencial la libertad de empresa (art. 53.1 CE, en conexión con el art. 38) es excepcionable si se ponen en práctica las cláusulas habilitadoras del segundo inciso del artículo 128.2 CE. Esta norma constitucional excluye del ámbito de aplicación de la libertad de empresa los recursos o servicios esenciales reservados al sector público o las empresas intervenidas mediante ley (7).

Así las cosas, la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (LOAES en adelante), a la que reserva la CE la regulación de esos estados (art. 116.1), no puede regular medidas que supongan suspensión general de la libertad de empresa, pero sí limitaciones respetuosas con su contenido esencial o amparadas en el artículo 128.2 CE. Y a fe que lo ha hecho.

(6) Fin legítimo apto para limitar la libertad de empresa no es solo un fin previsto en la CE, sino cualquier fin que no esté prohibido por ésta (*vid.* STC 83/1984, FJ 3).

(7) Sobre esta cuestión, *vid.* CIDONCHA MARTÍN, A., *La libertad de empresa*, ob. cit., pp. 332 y ss.

Durante la vigencia del estado de alarma (y bajo su cobertura jurídica), la LOAES habilita (no obliga) a adoptar medidas específicas que impactan directamente sobre la libertad de empresa. El decreto de alarma podrá acordar, por ejemplo, la intervención transitoria de industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza [art. 11.c) LOAES] o, más genéricamente, la intervención de empresas [art. 12.2 LOAES]. Medidas de este tipo de este tipo están amparadas en el artículo 128.2 CE, como ya he dicho. También puede acordar la limitación o el racionamiento del uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad [art.11.d) LOAES]. Una medida tal afecta a la libertad de actuación en el mercado y debe ser respetuosa con el contenido esencial de la libertad de empresa(8).

Amén de estas medidas expresas y específicas, el artículo 12.1 LOAES habilita a la autoridad competente en el estado de alarma para adoptar las medidas establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas, cuando se declare el estado de alarma en razón del supuesto b) del artículo 4 LOAES (crisis sanitarias, tales como epidemias...). Por esta puerta se da entrada a la legislación sanitaria (estatal o autonómica) para hacer frente a crisis de este tipo. La legislación básica estatal al respecto con incidencia en la libertad de empresa se contrae al binomio formado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS), en particular, sus artículos 26 y 28; y la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de la Salud Pública (LGSP), en particular su artículo 54(9). Estas dos leyes estatales facultan a las autoridades sanitarias (estatales o autonómicas) a adoptar una amplia variedad de medidas concretas para hacer frente a crisis sanitarias y, como cierre, a modo de cláusula general, las que estimen necesarias a tal fin.

Entre las medidas concretas hay dos que impactan directamente sobre la libertad de empresa: la suspensión del ejercicio de actividades o el cierre temporal de empresas e instalaciones (art. 26 LGS y 54 LGS). También durante la vigencia del estado de excepción y de sitio la LOAES autoriza a adoptar estas medidas (art. 26). Me pregunto si estas normas, en tanto autoricen a adoptar medidas de alcance general, son respetuosas con el contenido esencial de la libertad de empresa. Trataré de responder a esta pregunta en el apartado siguiente.

(8) En fin, también puede habilitar a la autoridad competente a impartir las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados en situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad [art. 11.e) LOAES]. Una medida tal, en cuanto afecte negativamente a la libertad del empresario de actuar en el mercado o a su libertad de organización, debe ser respetuosa con el contenido esencial de la libertad de empresa, a menos que implique una intervención de empresas, en cuyo caso deberá justificarse en el artículo 12.2 LOAES.

(9) Debería quedar fuera del radio de acción de la libertad de empresa la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (LOMESP), pues no está entre de los derechos de la sección 1.ª del capítulo II del título I, los únicos cuyo desarrollo está reservado a ley orgánica. Sin embargo, el artículo 4 de la misma autoriza a adoptar una medida (establecer el suministro centralizado por la Administración de un producto sanitario o cualquier producto necesario para la protección de la salud que se vea afectado por excepcionales dificultades de abastecimiento) con impacto directo sobre la libertad de empresa. Me pregunto si otorgar rango orgánico a este precepto es constitucional. Es más, me pregunto si realmente la LOMESP es una Ley de «desarrollo» de derechos fundamentales que justifique su rango orgánico. No puedo detenerme en ello.

III. SOBRE LA LIBERTAD DE EMPRESA Y LA CRISIS SANITARIA OCASIONADA POR EL COVID-19

1. LA LIBERTAD DE EMPRESA DURANTE LA VIGENCIA DEL ESTADO DE ALARMA DECRETADO EL 14 DE MARZO DE 2020

La respuesta jurídica del Gobierno a la crisis se hizo esperar, pero llegó de forma abrupta el 14 de marzo de 2020, con la declaración del estado de alarma, aprobada mediante Real Decreto 463/2020, que se prolongó, mediante sucesivas prórrogas (seis), hasta el 21 de junio de 2020 (10). En el Real Decreto se adoptaron medidas de «limitación» de la libertad de circulación y medidas de «contención» en distintos sectores, entre ellos diversos sectores económicos (*v. gr.*, el sector servicios –art. 10– o el sector del transporte –art. 14–). Unas y otras medidas perseguían un mismo objetivo, reducir la movilidad y el contacto personal al máximo: las primeras, directamente, las segundas, indirectamente. Todas ellas tenían impacto, real o potencial, sobre la libertad de empresa, pero aquí solo procede referirse a las que impactaron jurídicamente sobre ella, esto es, a las que la afectaron directamente y, además, de forma general. Se trata, en definitiva, de escrutar si alguna de las medidas del citado decreto, dotado de rango de ley (11), lesionó el contenido esencial de la libertad de empresa.

Me centro en la medida que, sin duda, tuvo más impacto, la del artículo 10 del decreto (12). El precepto se dirigía al sector servicios de nuestra economía (la actividad comercial, los equipamientos culturales, los establecimientos y actividades recreativas, las actividades de hostelería y restauración y otras adicionales). Las medidas que preveía eran de alcance general (dirigidas a una pluralidad indeterminada de sujetos) y directamente aplicables (no eran meras habilitaciones). Se pueden resumir así: en el artículo 10 se decretó directamente el cierre de establecimientos o la suspensión de actividades, esto es, la paralización casi total de la actividad de una buena parte del sector terciario o de servicios, que, no olvidemos, supone casi el 70% del PIB del país. La paralización, que se extendió a toda actividad económica no esencial durante 10 días, tras la aprobación del Real Decreto-Ley 10/2020, se fue relajando progresivamente con la puesta en práctica del Plan

(10) En rigor, y uso palabras del propio del propio Gobierno (Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 21/2020), la articulación jurídica de su respuesta a la pandemia se estructuró en torno a dos instrumentos constitucionales: por un lado, la declaración del estado de alarma (y sus prórrogas) y las medidas adoptadas en su virtud, tanto «limitativas» de la libertad de circulación como de «contención» en diversos ámbitos; por otro lado, la adopción de sucesivos decretos-leyes, fundamentalmente dirigidos a paliar las consecuencias negativas en el ámbito socioeconómico de la pandemia y de las medidas de contención adoptadas para contenerlas.

En relación con el impacto sobre la libertad de empresa de los decretos-leyes aprobados durante la vigencia del estado de alarma decretado el 14 de marzo de 2020, me remito a CIDONCHA MARTÍN, A., «Coronavirus y libertad de empresa», *ob. cit.*, pp. 348 a 352.

(11) Rango de ley que le ha otorgado el Tribunal Constitucional (STC 83/2016).

(12) Una clasificación de las medidas del decreto de alarma con impacto (directo o potencial) en la libertad de empresa, en CIDONCHA MARTÍN, A., «Coronavirus y libertad de empresa», *ob. cit.*, pp. 340 a 343. También puede encontrar ahí el lector el «despiece» del artículo 10 del decreto (pp. 343-344).

de Transición a la Nueva Normalidad por el Consejo de Ministros (Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de abril de 2020)(13).

En definitiva, lo que se produjo a partir del 14 de marzo de 2020 y, como mínimo, hasta la puesta en práctica (progresiva y asimétrica) del plan de desescalada, fue «una disrupción temporal y generalizada de la actividad económica», «especialmente acusada en el sector terciario, y muy particular en el turismo y la hostelería, dos de los motores económicos del país». No son palabras mías, sino del mismo Gobierno(14), quien se cuidó mucho de precisar el distinto carácter de las medidas para la movilidad de la población y las de contención de la actividad económica adoptadas en el decreto de declaración de estado de alarma: restricción en un caso, paralización o suspensión en otro(15).

¿Respeto el contenido esencial de la libertad de empresa una prohibición temporal, sí, pero (casi) general y (casi) absoluta de la actividad económica en sectores tan relevantes como el comercio minorista, la hostelería y restauración o los hoteles y alojamientos turísticos? Si me tomo la jurisprudencia reciente del TC en serio (no puedo hacer otra cosa), concluyo que, efectivamente, el artículo 10 del decreto de alarma supera sin problemas el test de razonabilidad o idoneidad que exige el TC para las medidas que afectan al ejercicio de la libertad de empresa. La medida afectó (¡y de qué manera!) a la libertad de ejercicio de la actividad empresarial de la inmensa mayoría de los empresarios del sector servicios. Pero la medida era a priori (y lo fue *a posteriori*) idónea para alcanzar el fin previsto: el inmediato, restringir la movilidad, y el mediato, proteger la vida y la salud de las personas (arts. 15 y 43 CE).

Sucede que no basta con que la medida sea idónea o razonable. Es necesario, además que no conlleve, debido a su intensidad, «una privación del referido derecho»; o, dicho de otro modo, que no suponga «un impedimento práctico para su ejercicio». Y esto es lo que sucedió: que se impidió el ejercicio de la libertad de empresa a los empresarios incluidos dentro del ámbito de aplicación del artículo 10 del decreto de declaración del estado de alarma, que no fueron precisamente pocos. Por muy buenas razones, pero se impidió.

Se puede argüir que las medidas adoptadas en el artículo 10 del decreto de alarma, amén de imprescindibles e inevitables para afrontar el drama que se vivió allá por marzo, fueron temporales, por lo que no implicaron un impedimento definitivo y, por tanto, absoluto, del ejercicio de la actividad empresarial(16). Pero razonar así significa diluir toda diferencia entre suspensión y no suspensión de los

(13) Nunca publicado, aunque sí comunicado al Congreso, en aplicación de la Disposición Adicional Sexta del decreto de declaración de estado de alarma (introducida por el Real Decreto 476/2020, por el que se aprobó la primera prórroga del estado de alarma).

(14) El primer entrecorillado lo encontrará el lector en el preámbulo del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo; el segundo, en el 13/2020, de 31 de marzo. Las alusiones a que durante la alarma se produjo una paralización o suspensión de numerosas actividades económicas es constante en los preámbulos de los decretos-leyes aprobados durante la vigencia del estado de alarma.

(15) Véase, por ejemplo, el preámbulo del Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo o el del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio. En este último se dice textualmente que las medidas de contención han supuesto «reducir la actividad económica y social de forma temporal, restringiendo la movilidad y paralizando la actividad en numerosos ámbitos».

(16) Este argumento parece deslizarlo el Gobierno en el preámbulo del Real Decreto 492/2020, de 24 de abril (tercera prórroga del estado de alarma): «... el carácter limitado en el tiempo de las medidas de contención para hacer frente a la gestión de la crisis sanitaria, junto con las medidas que de

derechos fundamentales, a efectos del artículo 55.1 CE. Si una prohibición general del ejercicio de un derecho no lesiona su contenido esencial por el hecho de ser temporal, ¿qué es entonces una suspensión de un derecho fundamental? (17).

En el artículo 10 del decreto de alarma se extrema, para la libertad de empresa, la «limitación» que, para la libertad de circulación, prevé su artículo 7. Con base en la jurisprudencia misma del TC, pienso que el artículo 10 del decreto de alarma no respetó el contenido esencial de la libertad de empresa (18), un derecho fundamental que, además, no puede ser suspendido con carácter general en ninguno de los estados excepcionales.

2. LA LIBERTAD DE EMPRESA DURANTE LA «NUEVA NORMALIDAD»

El 21 de junio de 2020 finalizó el estado de alarma, pero no, desgraciadamente, la crisis sanitaria provocada por la pandemia. Durante el estado de alarma, pero pensando en el día después de su fin, el Gobierno aprobó el Real Decreto-ley 21/2020, de 9 junio, de medidas urgentes y de coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Es el llamado decreto-ley de «nueva normalidad», derogado por Ley 2/2021, de 29 de marzo, del mismo nombre, que transcribe su contenido casi en su totalidad.

En el decreto-ley hay mandatos y obligaciones directas (19), pero, sobre todo, directrices dirigidas a las autoridades competentes, de hecho, las autonómicas, para que se aseguren de que los titulares de actividades de contacto directo con el público adopten las medidas pertinentes al objeto de evitar contagios (20). Entre ellos están los titulares de las actividades económicas que fueron suspendidas con la declaración del estado de alarma.

La responsabilidad del control de la pandemia se hizo recaer en cada una las comunidades autónomas ¿Con qué armas jurídicas? Con la legislación sanitaria, la básica estatal (el trinomio LOMESP-LGS-LGSP) y la suya propia, dentro del marco fijado por el citado decreto-ley. Para asegurar un cierto grado de coordinación entre ellas (no en vano corresponde al Estado la coordinación general de la sanidad –art. 149.1.16.^a CE–), y con base en el artículo 65 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, el Ministerio de Sanidad podía adoptar una «declaración de actuaciones coordinadas en salud pública», previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de

forma simultánea se están articulando en materia socioeconómica, permitirán paliar el impacto de las primeras sobre el conjunto del tejido productivo...».

(17) Sobre lo qué es para mí una «suspensión» de un derecho fundamental, *vid.* CIDONCHA MARTÍN, A., «Algunas ideas a propósito del famoso artículo 7 del decreto de declaración de estado de alarma», en VV. AA., *20 reflexiones jurídicas en tiempo de confinamiento. Liber Amicorum en homenaje a Cristina Izquierdo Sans*, autoedición, 2020, pp. 129-140.

(18) Una posición distinta, en GUERRERO VÁZQUEZ, P., «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*, Colección Obras Colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021.

(19) *V. gr.*, artículos 7 y 19.

(20) *V. gr.*, artículos 11 a 16.

Salud (CISNS en adelante), en el que están representadas todas las comunidades autónomas (21).

Es conocido que, ante la nueva ola de contagios que empezó a emerger a poco de entrar en la nueva normalidad, las autoridades autonómicas adoptaron medidas de limitación de las condiciones de ejercicio de la libertad de empresa en, por ejemplo, el sector de la hostelería y la restauración (limitaciones de aforo, de distancia entre mesas y de horarios) e incluso el cierre general de algunas actividades, como el ocio nocturno, con base en los criterios adoptados por el CISNS. El *iter* jurídico era así: declaración de actuaciones coordinadas *ex* artículo 65 de la Ley 16/2003, comunicación por el Ministro de Sanidad a las comunidades autónomas (mediante Orden comunicada) e implementación de las medidas acordadas por cada comunidad autónoma, por regla general mediante Orden de su Consejería de Sanidad (22).

Al hilo de este *modus operandi* me hago algunas preguntas. La primera se refiere a la figura de la «declaración de actuaciones coordinadas» del artículo 65 de la Ley 16/2003 ¿Es una declaración de este tipo título jurídico suficiente para limitar el ejercicio de la libertad de empresa y, en general, los derechos fundamentales? Obviamente, una declaración de actuaciones coordinadas no vincula a los ciudadanos, tan solo a las comunidades autónomas (23). También es obvio que el artículo 65 de la Ley 16/2003 no respeta en absoluto las exigencias de la reserva de ley en materia de restricciones de derechos fundamentales fijadas por el TC (24). Pero es que este precepto no regula el ejercicio de los derechos fundamentales ni lo pretende. Es una norma dirigida únicamente a regular las relaciones de cooperación y coordinación entre las distintas autoridades sanitarias para hacer frente a la pandemia (25).

La base jurídica para adoptar medidas sanitarias limitativas del ejercicio de la libertad de empresa y, por ende, de derechos fundamentales en épocas de normalidad (aunque sea nueva), hay que buscarla en la legislación sanitaria básica estatal y

(21) Salvo en situaciones de urgente necesidad, en cuyo caso el Ministerio tomará las medidas estrictamente necesarias e informará de manera urgente de las medidas adoptadas.

(22) *V. gr.*, mediante Orden 1008/2020, de 18 de agosto, la Comunidad de Madrid implementó las medidas acordadas en el CISNS de 14 de agosto de 2020 y traducidas en una declaración de actuaciones coordinadas vinculante para todas ellas. Entre las medidas adoptadas, se encontraba la limitación de aforos y horarios en la hostelería y restauración y la suspensión total de la actividad de las discotecas y establecimientos de ocio nocturno «hasta el fin de la vigencia de la declaración de actuaciones coordinadas» (que –salvo error por mi parte– no establecía plazo alguno de vigencia).

(23) Los «acuerdos» adoptados en el CISNS, que es una Conferencia Sectorial, son de obligada cumplimiento incluso para la minoría que haya votado en contra de ellos, en tanto el Estado ejerce sobre la sanidad funciones de coordinación [*vid.* art. 151.2.a) de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público –Ley 40/2015–].

(24) Por todas, STC 76/2019, de 22 de mayo (FFJJ 7 y 8), que exige que la ley determine el interés público esencial que fundamente la restricción y que establezca los supuestos, condiciones y garantías en que procede la adopción de medidas restrictivas de los derechos fundamentales. Que este precepto no ofrece cobertura jurídica a la limitación del ejercicio de derechos fundamentales (en concreto, para confinar poblaciones enteras) lo declaró el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid (Auto 128/2020, de 8 de octubre, de su Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava).

(25) *Vid.* en este sentido VELASCO CABALLERO, F., «El Tribunal Superior de Justicia de Madrid no ratifica los confinamientos por falta de autorización legal», entrada de 8 de octubre de 2020 de su blog.

en, su caso, la autonómica que la desarrolle. A este respecto, me hago al menos dos preguntas:

La primera es si la legislación básica estatal, esto es, el binomio LGS de 1986-LGSP de 2011 (26), habilita a las autoridades sanitarias para adoptar medidas de limitación o suspensión del ejercicio de la libertad de empresa (o de otros derechos fundamentales) «de alcance general». Desde luego, el tenor literal de ambas leyes conspira en contra de una respuesta positiva: las medidas «se fijarán caso por caso» (art. 26.2 LGS) y se adoptarán «previa audiencia de los interesados» (art. 54.3 LGSP). Sin embargo, la reforma operada en la LJCA (27) ha zanjado cualquier duda al respecto, nos guste o no. Desde el 20 de septiembre de 2020 (fecha de entrada en vigor de la reforma), a efectos de autorización o ratificación judicial de las medidas de las autoridades sanitarias que impliquen «limitación o restricción» de derechos fundamentales, hay que distinguir según el alcance subjetivo de las mismas. La competencia para conocer de las medidas de alcance «individual» corresponde a los juzgados de lo contencioso-administrativo (nuevo art. 8.6 LJCA). La competencia para conocer de las que sean de «alcance general» corresponde a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional [nuevo art. 11.1.i) LJCA] o a las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia (nuevo art. 10.8 LJCA), según que la autoridad sanitaria que las adopte sea estatal o distinta de la estatal.

Tras esta reforma, hay que entender que las autoridades sanitarias pueden adoptar medidas que limiten o restrinjan el ejercicio de los derechos fundamentales «con alcance general», dirigidas a «destinatarios no identificados individualmente» pues, de lo contrario, no se explicaría esa nueva competencia de la Audiencia Nacional o de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas (28).

Ahora es claro, por voluntad del legislador, que las leyes sanitarias básicas estatales habilitan para adoptar las medidas que prevén con «alcance general». Si así son las cosas, me pregunto si habilitar para suspender el ejercicio de actividades o cerrar empresas o establecimientos [medidas que expresamente prevén –art. 26.1 LGS y 54.2 LGSP (29)] con carácter general (*v. gr.*, el cierre de los locales de ocio nocturno) lesiona o no el contenido esencial de la libertad de empresa. En coherencia con lo dicho en relación con el artículo 10 del decreto de estado de alarma declarado el 14 de marzo de 2020, mi respuesta es: sí lo lesiona. Si la libertad de empresa es un derecho fundamental, si su ejercicio no puede ser impedido en la práctica con alcance general, pues ello equivale a su privación [STC 89/2017, FJ 14.a)], las

(26) Excluyo la LOMESP, por las razones expuestas en la nota 9.

(27) Por 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.

(28) Ello resulta difícilmente conciliable con el tenor literal de las leyes sanitarias, que no se ha modificado. Una medida de alcance general, por definición, no puede adoptarse «caso por caso» y «previa audiencia de los interesados». Ello obliga a reinterpretar estas referencias, en el sentido de aplicables solo a las medidas de alcance individual ¿Por qué no se ha modificado la legislación sanitaria, para que sea coherente con la modificación de la legislación procesal?

(29) Y que pueden prever también las leyes sanitarias autonómicas de desarrollo. Véase, por ejemplo, el artículo 38.1.b) y c) de la Ley de Salud de Galicia (Ley 8/2008, de 10 de julio), modificada por ley 8/2021, de 25 de febrero. El Presidente del Gobierno ha recurrido diversos preceptos de la ley 8/2021, pero no el nuevo artículo 38.1.

autoridades sanitarias no pueden acordar con alcance general la suspensión del ejercicio de la libertad de empresa en un sector económico, sea el ocio nocturno o cualquier otro, como tampoco puede el Gobierno suspender con alcance general el ejercicio de la libertad de empresa con base en la declaración del estado de alarma. Sí pueden adoptar medidas «que limiten» con alcance general el ejercicio de la libertad de empresa (*v. gr.*, limitaciones de aforo o de horarios (30)) siempre que sean temporales y proporcionadas, tal como exige la legislación básica estatal (arts. 26.2 y 28 LGS y 54.2 LGSP).

3. LA LIBERTAD DE EMPRESA DURANTE LA VIGENCIA DEL ESTADO DE ALARMA DECRETADO EL 25 DE OCTUBRE DE 2020

El 25 de octubre de 2020, el Gobierno decretó un nuevo estado de alarma en todo el territorio nacional (mediante Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre) que, tras la autorización del Congreso, fue prorrogado nada menos que por 6 meses (mediante Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre), hasta el 9 de mayo de 2021. Me interesa destacar lo siguiente:

En primer lugar, en lo que respecta al contenido de las medidas establecidas, la nueva declaración de estado de alarma es menos drástica que la anterior. No se establece ni el confinamiento (casi) total de la población, aunque sí «toques de queda» (art. 5), «confinamientos perimetrales territoriales» (art. 6), amén de limitaciones del derecho de reunión (art. 7) y de la libertad religiosa (art. 8). Y, lo que aquí importa, no se establece medida alguna de «contención» de la actividad económica (31).

En segundo lugar, en lo que respecta al alcance (subjetivo y objetivo) de estas medidas, la nueva declaración del estado de alarma lleva a cabo una doble operación. Por un lado, hace recaer la adopción de las medidas previstas (de todas ellas, tras la prórroga del estado de alarma) (32) en las comunidades autónomas (art. 2) (33). Por otro lado, las medidas previstas son facultativas, no obligatorias: compete a los presidentes de las comunidades autónomas decidir si las adoptan (art. 9), y una vez adoptadas, decidir flexibilizarlas o suspender su aplicación (art. 10).

(30) Véase, por ejemplo, el artículo 38.1.e) y f) de la Ley de Salud de Galicia.

(31) Obvio es decirlo: si se prohíbe la circulación de personas entre las 23:00 y las 6:00 (art. 5) ello afecta *de facto* e indefectiblemente a las actividades económicas (especialmente el ocio nocturno) que se verán sin clientes en esos horarios. Pero, puesto que la limitación del ejercicio de derechos fundamentales no se presume, la sola invocación del artículo 5 del decreto de alarma no basta para ordenar el cierre de los establecimientos entre las 23:00 y las 6:00. El decreto de alarma ha limitado la libertad de circulación, pero no la libertad de empresa (cosa que sí hizo el decreto de alarma de marzo de 2020).

(32) Inicialmente, el «toque de queda» era una medida directamente aplicable. Tras la prórroga, también está queda en manos de las autoridades autonómicas.

(33) Violentando lo dispuesto en el artículo 7 de la LOAES, que admite que los presidentes de comunidades autónomas sean autoridad competente, por delegación del Gobierno, «cuando la declaración afecte exclusivamente a todo o parte del territorio de una comunidad», lo que no es el caso. En un ejercicio de contorsionismo jurídico, el artículo 2 del decreto de alarma declara a la vez que la autoridad competente es el Gobierno, pero también los presidentes de las comunidades autónomas (y de los de las ciudades autónomas), como autoridades delegadas (ap. 3 del art. 2).

En tercer lugar (y esto es relevante), las medidas previstas en el decreto no son las únicas que pueden adoptar las comunidades autónomas para hacer frente a la pandemia. Durante la vigencia del estado de alarma, las autoridades sanitarias autonómicas pueden (y deben) seguir adoptando las medidas necesarias para afrontar la situación de emergencia sanitaria causada por el COVID-19 con arreglo a la legislación sanitaria (34). Estas medidas caen fuera del radio de acción del estado de alarma y, por ello, deben ser sometidas a autorización o ratificación judicial cuando impliquen limitación o restricción de derechos fundamentales (35).

A partir de estas premisas, se impone esta conclusión: el decreto de estado de alarma no ampara jurídicamente las medidas de limitación del ejercicio de la libertad de empresa que han venido adoptando las comunidades autónomas desde el 25 de octubre de 2020, desde limitaciones de aforos y horarios hasta el cierre o suspensión de actividades. Esta auténtica selva de medidas (36) solo puede fundarse en la legislación sanitaria, tanto la básica estatal como la autonómica, y teniendo en cuenta las actuaciones coordinadas adoptadas en el CISNS que les sean vinculantes (37).

Sobre la constitucionalidad de las medidas dictadas al amparo de la legislación sanitaria ya me he pronunciado. Lo recuerdo: para mí, el cierre o suspensión general de actividades económicas lesiona el contenido esencial de la libertad de empresa. No sucede lo mismo con las limitaciones a su ejercicio (*v. gr.*, limitaciones de aforos o de horarios). En principio, en tanto sean medidas razonables y no impidan en la práctica el ejercicio de la libertad de empresa superan el test de constitucionalidad del TC.

Sucede que la legislación sanitaria básica eleva el estándar de protección de la libertad de empresa. Las medidas que la limiten no solo han de ser razonables (test de idoneidad), sino temporales, proporcionadas (38) (art. 28 LGS y 54 LGSP) y, más aún, deben estar presididas por el principio de intervención mínima: expresamente dispone el artículo 28 de la LGS que se deberán utilizar las medidas que

(34) Léase el párrafo tercero del apartado III del preámbulo del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre.

(35) Por el contrario, las medidas adoptadas bajo la cobertura jurídica del estado de alarma no requieren de esa autorización o ratificación judicial (véase el art. 2.3 del decreto de alarma).

(36) Invito al lector a meterse en el Código COVID de las Autonomías del BOE. Una vez metido en él, estoy convencido de que se perderá en él, como me he perdido yo.

(37) El 22 de octubre de 2020 (tres días antes de la declaración del estado de alarma), el CISNS aprobó un documento titulado «Actuaciones de respuesta coordinada para el control de la transmisión de COVID-19», que fue actualizado el 26 de marzo de 2021. Es una suerte de hoja de ruta para las comunidades autónomas. Se establecen distintos niveles de alerta a los que corresponden determinadas actuaciones proporcionadas a cada nivel, aunque se deja a las autoridades autonómicas libertad para adoptar las medidas complementarias que se consideren adecuadas. Sobre esta hoja de ruta han operado las comunidades autónomas para, por ejemplo, introducir limitaciones a las actividades de hostelería y restauración, aunque casi todas han ido más allá. Por cierto, el documento prevé el cierre del ocio nocturno en todos los niveles de alerta.

(38) Que sea la proporcionalidad a la que se refieren las leyes estatales básicas está por dilucidar. El principio del *favor libertatis* aboga por entenderla en sentido amplio, como comprensiva del triple test del principio de proporcionalidad, entendido en sentido amplio. Este triple test es el que impone, por ejemplo, el artículo 5 de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, según la interpretación que de él ha hecho el TC (STC 89/2017, FJ 9). Y es que el TC no impide al legislador mejorar el estándar de protección de la libertad de empresa (véase la STC 111/2017, FJ 4). En fin, la Ley de Salud de Galicia apuesta también por el triple test (véase el art. 38 ter.3).

menos perjudiquen a la libertad de empresa. Hago este recordatorio elemental frente a la tentación (al parecer irresistible), de ir reduciendo horarios hasta llegar al cierre de actividades a poco que se vayan poniendo feas las cosas. Estas medidas no pueden imponerse «hasta nuevo aviso», esto es, sin fijación de un plazo determinado. Tampoco pueden adoptarse sin más por simple precaución, al superarse determinados niveles de contagio. La justificación ha de ser mayor, lo exige nuestra legislación.

Me pregunto, por último (39), si las autoridades sanitarias deben someter a autorización o ratificación judicial las medidas sanitarias que impliquen limitación o restricción de la libertad de empresa, tanto si son individuales (art. 8.6 LJCA) como si son generales, esto es, cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente (arts. 10.8 y 11.1 LJCA). Pienso, no ya en los cierres generales de actividades económicas (ya sabe el lector lo que pienso de ellos) sino, por ejemplo, en los «bailes» de limitaciones horarias en la hostelería y restauración que hemos vivido y seguimos viviendo, tantos como comunidades autónomas tenemos. Mi respuesta es esta: si la libertad de empresa es un derecho fundamental (y lo es), toda limitación o restricción de la misma que acuerden las autoridades sanitarias por considerarla urgente y necesaria para la salud pública debe ser autorizada o ratificada judicialmente.

Pero predico en el desierto. No parece que las autoridades sanitarias hayan hecho cola en los tribunales para solicitar la autorización o ratificación judicial no solo de las restricciones horarias, sino incluso de los cierres generales de actividad. Tampoco los órganos judiciales se han sentido llamados a pronunciarse sobre ellas. Creo que, ni para nuestras autoridades sanitarias, ni para nuestros órganos judiciales, la libertad de empresa es un derecho fundamental (40).

IV. BREVES APUNTES A MODO DE EPÍLOGO

1. La libertad de empresa ha sido tradicionalmente un derecho fundamental débil, en la interpretación que de ella ha hecho el TC: cualquier limitación a la misma que fuera razonable pasaba con éxito el filtro de la constitucionalidad. En la

(39) Podría seguir preguntándome cosas, pero no hay espacio para ello. Por ejemplo, si son indemnizables los daños causados a los empresarios por, cuanto menos, las suspensiones de su actividad económica: la general en el sector servicios que se produjo en el primer estado de alarma; o las que, por ejemplo, lleva soportando el ocio nocturno en la nueva normalidad e, intermitentemente, la hostelería y la restauración. Sobre esta cuestión, véanse las posiciones diferentes de Doménech [DOMÉNECH PASCUAL, G., «Responsabilidad patrimonial del Estado por la gestión de la crisis del Covid-19», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 86-87, 2020], y Nieto [NIETO GARRIDO, E., «La indemnización por daños y perjuicios causados por las medidas adoptadas durante el estado de alarma», *Almacén del Derecho*, <https://almacendederecho.org/>, septiembre 15, 2020].

(40) Cosa bien distinta es la pertinencia y el sentido de someter a autorización o ratificación judicial medidas sanitarias generales que restringen derechos fundamentales, asunto en el que –desgraciadamente– tampoco puedo detenerme. Véase, en todo caso, la crítica al respecto de Baño León, que comparto en lo sustancial [BAÑO LEÓN, J. M., «Confusión regulatoria en la crisis sanitaria», *REDA*, núm. 209, 2020]. Véase también ÁLVAREZ GARCÍA, V., 2020, *el año de la pandemia de la COVID-19*, Iustel, Madrid, 2020, pp. 116-120.

jurisprudencia más reciente ha pasado a ser también un derecho exótico: tiene dos cánones de control del respeto a su contenido esencial, según que la limitación afecte al «acceso» al mercado o a su «ejercicio» en el mercado. Además, en ninguno de esos cánones se aplica el principio de proporcionalidad en su totalidad (no sé por qué). En fin, y más recientemente, el debilísimo canon de control de las limitaciones a su «ejercicio» parece fortalecerse con un test propio de la teoría absoluta del contenido esencial de los derechos fundamentales.

Me gustaría ver más claridad en el TC en relación con la libertad de empresa. Si es un derecho fundamental, debe ser tratado como los demás. Yo sí tengo claro que la libertad de empresa es un derecho fundamental como los demás, solo que a su manera (todos los derechos fundamentales lo son «a su manera»): a su manera, porque las razones para limitarla son mayores que en otros derechos fundamentales; como los demás, porque el método de control de constitucionalidad de sus limitaciones debe ser el mismo que el de los demás derechos fundamentales. No puede haber un canon de control especial para la libertad de empresa y, mucho menos, dos.

2. Sostengo que el decreto de estado de alarma de 14 de marzo de 2020, en su artículo 10, impidió en la práctica el ejercicio de la actividad económica en buena parte del sector servicios de nuestra economía, el más importante cuantitativamente de nuestra economía. Se lesionó el contenido esencial de la libertad de empresa. Sostengo también que, en situaciones de emergencia sanitaria, las leyes sanitarias básicas no pueden habilitar para suspender con alcance general el ejercicio de la libertad de empresa en ningún sector de la economía. Sostengo, en fin, que esas leyes no habilitan para limitar el ejercicio de la libertad de empresa sin una justificación rigurosa.

Lo que sostengo es consecuencia de mi interpretación de la jurisprudencia reciente del TC y de la legislación sanitaria. Ahora bien, nuestro Alto Tribunal tendrá ocasión de aclararnos qué es lo que piensa al respecto al enfrentarse al escrutinio del citado artículo 10 de la declaración de estado de alarma de 14 de marzo de 2020. Contra este precepto y otros de ese mismo decreto (entre ellos, el famoso artículo 7) hay pendiente de resolución un recurso de inconstitucionalidad. Espero su respuesta, pero me permito sugerirle que no retuerza en exceso el Derecho para salvar la constitucionalidad del decreto. Es preferible una declaración de inconstitucionalidad sin nulidad o con nulidad no retroactiva (otras veces lo ha hecho el TC) que una interpretación de la CE retorcida que salve a toda costa la constitucionalidad del decreto, porque esa interpretación habrá llegado para quedarse(41).

(41) Una vez corregidas las pruebas de este trabajo, se ha publicado la sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado por VOX contra determinados artículos del decreto de estado de alarma (Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo) y su modificación (Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo), entre ellos, el artículo 10. En la sentencia (de 14 de julio de 2021), el TC declara que no son inconstitucionales las medidas que suspenden la apertura al público de locales y establecimientos comerciales (ap. 1), como de determinados equipamientos culturales o destinados a actividades recreativas (ap. 3), así como las que suspenden las actividades de hostelería y restauración (ap. 4).

La declaración parte de una premisa general, para todos los derechos fundamentales (FJ 3): la distinción, dentro del concepto genérico de limitaciones, de tres grupos: limitaciones ordinarias, esto es, limitaciones al régimen ordinario de ejercicio de los derechos fundamentales, limitaciones extraordinarias y suspensiones. Las primeras están sujetas al límite del respeto al contenido esencial ex art 53.1 CE. Las segundas, las que se pueden adoptar en el estado de alarma, pueden ir más allá de ese límite, pero no pueden suponer una suspensión del derecho fundamental. Las terceras suponen una

3. No pretendo anteponer economía a salud, ni pretendo dudar de la razonabilidad de las medidas que las autoridades sanitarias están adoptando para hacer frente a la pandemia. Acaso, como ciudadano, me inquieta la disparidad de respuestas en las diferentes comunidades autónomas; cosa, por otra parte, esperable, dado que desde el 21 de junio de 2020 se ha hecho recaer sobre ellas la responsabilidad de gestionar esta terrible pandemia.

Pero soy jurista, más precisamente, constitucionalista. Y, en mi calidad de tal, me niego a intentar estirar como un chicle el Derecho, para hacerle decir lo que, para mí, de ninguna manera dice (o debe decir). Corremos el riesgo de que, en aras de la salud pública, erigida en *lex suprema*, acabemos legitimando medidas que dejen irreconocibles los derechos fundamentales. El Derecho es dúctil, pero no debe ser maleable. No quiero que se rinda en su inexcusable función de límite al poder. Prefiero, por ello, decir, que el edificio del Derecho ha hecho aguas con la pandemia (no se culpe a nadie) y que es preciso repararlo. Ya estamos tardando.

BIBLIOGRAFÍA (42)

ÁLVAREZ GARCÍA, V., 2020, *el año de la pandemia de la COVID-19*, Iustel, Madrid, 2020.
BAÑO LEÓN, J. M., «Confusión regulatoria en la crisis sanitaria», *REDA*, núm. 209, 2020.

cesación temporal del ejercicio del derecho (y de las garantías que protegen los derechos fundamentales) y solo pueden adoptarse en los estados de excepción y de sitio.

Así las cosas, las limitaciones extraordinarias que se pueden adoptar en el estado de alarma ocupan un espacio intermedio entre la limitación ordinaria y la suspensión del derecho fundamental. La constitucionalidad de las mismas depende de que no superen ciertos límites, uno genérico y dos específicos. El límite genérico: que no supongan una suspensión del derecho fundamental. Los límites específicos: por un lado, que encuentren cobertura en la LOAES (principio de legalidad); por otro lado, que sean proporcionadas, en el triple sentido de idóneas, necesarias y proporcionadas en sentido estricto.

Con este triple test escruta el TC las medidas del citado artículo 10 (FJ 9). En lo que hace al límite genérico, el TC llega a la conclusión de que las medidas suponen una limitación muy intensa de la libertad de empresa en los sectores afectados, pero no una suspensión, porque esta no fue general, sino limitada a ciertos ámbitos de la actividad económica (locales y establecimientos minoristas y actividades de hostelería y restauración). En lo que hace a los límites específicos, el TC encuentra su cobertura básicamente en la remisión que el art. 12.1 LOAES hace a la legislación sanitaria básica [arts. 26.1 LGS y 54.2, c) y d) LGSP]. Además, considera que fueron medidas idóneas y necesarias para frenar la expansión de la pandemia y revertir sus daños.

Esta declaración del TC bien merece otro trabajo específico. Me limito aquí a decir que discrepo de ella. Discrepo de la premisa general, desde la que crea una nueva categoría de limitaciones de los derechos fundamentales, las extraordinarias del estado de alarma, capaz de sortear la regla de respeto al contenido esencial. Discrepo también del escrutinio que hace del art. 10: para el TC, una suspensión que afecta a sectores que suponen el 70% del PIB de nuestro país es una limitación intensa, no una suspensión de la libertad de empresa. Según entiendo, para el TC solo será suspensión la que afecte a toda la actividad económica del país. En fin, no tengo claro cuál es la posición del TC respecto de la suspensión del ejercicio de actividades o el cierre de empresas según se adopten en estado de alarma o en tiempos de normalidad, al amparo de la legislación sanitaria. Una suspensión de actividades en tiempos de normalidad ¿está sujeta a la regla de respeto al contenido esencia de la libertad de empresa? ¿Se vulnera la libertad de empresa cuando se adopta con carácter general, esto es, para una pluralidad indeterminada de personas?

(42) Se incluye solo la bibliografía expresamente citada, no, obviamente, toda la bibliografía leída (que es mucha).

- CIDONCHA MARTÍN, A., *La libertad de empresa*, Thomson/Civitas-IEE, Cizur Menor, 2006.
- «Algunas ideas a propósito del famoso artículo 7 del decreto de declaración de estado de alarma», en VV. AA., *20 reflexiones jurídicas en tiempo de confinamiento. Liber Amicorum en homenaje a Cristina Izquierdo Sans*, autoedición, 2020.
 - «Coronavirus y libertad de empresa», en Biglino Campos, P. y Durán Alba, J. F. (dirs.), *Los efectos horizontales de la COVID-19 sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada*, Colección obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021.
- DOMÉNECH PASCUAL, G., «Responsabilidad patrimonial del Estado por la gestión de la crisis del COVID-19», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 86-87, 2020.
- GUERRERO VÁZQUEZ, P., «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*, Colección Obras Colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021.
- NIETO GARRIDO, E., «La indemnización por daños y perjuicios causados por las medidas adoptadas durante el estado de alarma», *Almacén del Derecho*, <https://almacenderecho.org/>, septiembre 15, 2020.
- VELASCO CABALLERO, F., «El Tribunal Superior de Justicia de Madrid no ratifica los confinamientos por falta de autorización legal», entrada de 8 de octubre de 2020 de su *blog*.