



Revista Jurídica
de la Comunidad de Madrid

La crisis sanitaria derivada del COVID-19: retos jurídicos en la Comunidad de Madrid



**Comunidad
de Madrid**

Las opiniones expresadas por cada uno de los autores constituyen una manifestación de su derecho de libertad de expresión, sin pretender representar la posición institucional de la Comunidad de Madrid.

@ Comunidad de Madrid

Edita: Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid
Puerta del Sol, 7, 3.ª planta – 28013 Madrid
Tel.: 91 580 42 86 – Fax: 91 580 42 69
E-mail: revjuridica@madrid.org

Depósito legal: M-33944-2021
Diseño y maquetación: BOCM
Imprime: Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid
Edición: diciembre 2021

Publicado en España / *Published in Spain*

ÍNDICE

Prefacio	9
----------------	---

BLOQUE I. Retos constitucionales

Protección de la salud y garantía de los derechos fundamentales y libertades públicas en tiempos de pandemia: una imperiosa necesidad de ponderación entre bienes jurídicos protegidos (<i>Francisco A. Bravo Virumbrales</i>)	13
---	----

1. Introducción	15
2. Marco jurídico vigente	16
3. Estados de alarma y «nuevas normalidades»	30
4. Jurisprudencia ordinaria	33
5. Doctrina constitucional	43
6. Epílogo	66

Diferencias entre estados de alarma. Especial referencia a la Comunidad de Madrid (<i>Cristina Recarte Llorens</i>)	71
--	----

1. Introducción	73
2. El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo	77
3. El fin del estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020. La transición hacia la nueva normalidad	85
4. Especial referencia a la Comunidad de Madrid	87
5. El Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre	101
6. Conclusiones	107

BLOQUE II. Retos judiciales

La ratificación judicial de las medidas sanitarias adoptadas durante la crisis del COVID-19 (<i>Fernando Muñoz Ezquerro y María Mercedes Rus Moreno</i>)	113
---	-----

1. Introducción	115
-----------------------	-----

2. Medias sanitarias antes de la declaración del estado de alarma	116
3. Medidas sanitarias durante el estado de alarma	120
4. Verano de 2020: la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de agosto de 2020	123
5. Septiembre de 2020: la primera modificación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa	128
6. Mayo de 2021: la segunda modificación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y la Sentencia de 24 de mayo del Tribunal Supremo	135
7. Perspectiva a futuro	147
La pieza separada de medidas cautelares durante la crisis del COVID-19 (Vanessa Moneo de Blas y José Borja Gómez Encina)	149
1. Introducción	151
2. Medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa. Consideraciones generales	152
3. Medidas cautelares durante la crisis del COVID-19	157
4. Algunas consideraciones adicionales	180
5. Resumen final	184
Una perspectiva jurídico-penal del coronavirus en la Comunidad de Madrid (Diego García Paz)	187
1. Introducción: la pandemia del siglo XXI en Madrid	189
2. Derecho Penal: parte general	191
3. Derecho Penal: parte especial	202
4. La posición de la Comunidad de Madrid en los procesos penales seguidos por los hechos derivados de la pandemia del coronavirus en residencias de mayores y en centros sanitarios públicos	213
5. El conflicto de intereses entre los propios de la Comunidad de Madrid y los de las autoridades, empleados y funcionarios públicos, investigados en procedimientos penales por hechos derivados de la pandemia ocasionada por el coronavirus con perjuicio a residentes o pacientes de centros públicos, y que interesen la asistencia a título particular del Letrado de la Comunidad de Madrid	215
6. Conclusión	219
La llamada cláusula de no despido: análisis del artículo 2 del Real Decreto-ley 9/2020 a través de la jurisprudencia (Pablo Mediavilla Abellán)	221
1. Introducción	223
2. Régimen jurídico	225
3. Improcedencia: la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 31 de marzo de 2021	230



4. Nulidad: la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 23 de febrero de 2021	237
5. Epílogo	238

BLOQUE III.
Retos en la actividad administrativa

La contratación de emergencia frente a la pandemia por COVID-19: análisis del artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020 (Paloma Sanz Baos)	243
---	------------

1. Introducción	245
2. La contratación de emergencia: antecedentes históricos y regulación actual ..	246
3. La contratación de emergencia como instrumento para afrontar las consecuencias del COVID-19: el artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020	254
4. Las orientaciones de la Comisión Europea: el procedimiento negociado sin publicación previa	264
5. El Informe 30/2021, de 30 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado	267
6. Conclusiones	269

El reequilibrio de los contratos de concesión con motivo de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (Beatriz Álvarez Herranz)	271
---	------------

1. Introducción	273
2. El restablecimiento del equilibrio económico del contrato conforme al Real Decreto-ley 8/2020	275
3. Restablecimiento del equilibrio económico del contrato conforme a la legislación ordinaria de contratación pública	291
4. Conclusiones	300

La indemnización de los daños causados por las medidas de intervención u ocupación transitoria de empresas y servicios durante la pandemia (Héctor Durán Vicente)	303
--	------------

1. Introducción	305
2. Marco normativo de las medidas de intervención en materia sanitaria	306
3. El resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de la adopción de las medidas de intervención	310
4. Los conceptos indemnizatorios incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 120 de la Ley de Expropiación Forzosa	315
5. El procedimiento para la reclamación de los daños	319

BLOQUE IV. Epílogo: retos a futuro

Superar la crisis económica y social generada por la pandemia. El Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (<i>Elena Gallardo Pernas y María Elena López de Ayala Casado</i>)	331
1. Contexto: los fondos europeos para la recuperación de la crisis creada por el COVID-19	333
2. El Real Decreto-ley 36/2020 y sus dos objetivos básicos: absorción ágil de los fondos de recuperación y modernización de la Administración	335
3. Normas específicas para la recuperación de la crisis del COVID-19: el título IV..	346
4. Conclusiones	364

PREFACIO

Estimado lector:

Me complace presentarte una excelente obra del Cuerpo de Letrados de la Comunidad de Madrid en la que se compilan los principales retos jurídicos a los que esta Comunidad ha tenido que enfrentarse desde que se adoptaron las primeras medidas para hacer frente a la pandemia provocada por el Covid-19.

En efecto, no cabe olvidar que fue la Comunidad de Madrid la primera Administración que adoptó medidas sanitarias de alcance general. Así, el 10 de marzo de 2020, se publicaba la Orden 338/2020, de 9 de marzo, de la Consejería de Sanidad, que, por un plazo de quince días, acordaba la suspensión temporal de la actividad educativa presencial en todos los centros y etapas, ciclos, grados, cursos y niveles de enseñanza. En los dos días siguientes le seguirían la Orden 344/2020, de 10 de marzo, y la Orden 348/2020, de 11 de marzo, que acordaban medidas similares, tales como la suspensión de los eventos de más de 1.000 personas, o la práctica totalidad de la actividad deportiva.

Con la promulgación del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, se abrieron una serie de desafíos que afectaron a la actividad administrativa ordinaria de todas las Comunidades Autónomas y a la propia actividad judicial, que hubo de hacer frente, entre otras, a las ratificaciones de las medidas sanitarias que iban adoptándose por las Comunidades Autónomas. Y todo ello, sin olvidar el rico debate jurídico que se produjo desde un principio sobre el instrumento jurídico utilizado por el Gobierno en el citado real decreto para hacer frente a la devastadora crisis sanitaria a la que nos hemos enfrentado.

Pues bien, la obra que tengo el orgullo de prologar analiza, desde un punto de vista jurídico, los aspectos más relevantes a los que ha tenido que hacer frente la Comunidad de Madrid. Desde un punto de vista sistemático se aborda, en primer

lugar, el tratamiento constitucional sobre el delicado equilibrio entre la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas y la necesaria protección a la salud, con un análisis pormenorizado de las sentencias del Tribunal Constitucional núms. 148/2021, de 14 de julio, y 183/2021, de 27 de octubre, así como la comparativa entre los estados de alarma decretados por los Reales Decretos 463/2020, de 14 de marzo y 926/2020, de 25 de octubre. A continuación, se adentra en aspectos tan esenciales a los que se ha tenido que enfrentar la Comunidad de Madrid en sede judicial, como lo han sido las ratificaciones judiciales de las medidas sanitarias adoptadas por la Consejería de Sanidad y las medidas cautelares que se instaban en el orden contencioso-administrativo en ese apuntado delicado equilibrio entre los derechos fundamentales y libertades públicas y la protección de la salud, todo ello sin olvidar el análisis jurídico-penal de las acciones instadas en esa sede judicial y la protección de los derechos de los trabajadores en sede social a través de la denominada «cláusula de no despido». Además, como no podía ser de otro modo, la intensa actividad administrativa de la Comunidad de Madrid ha planteado numerosos interrogantes en la actividad consultiva que se tratan pormenorizadamente en la obra, en concreto, la contratación de emergencia, los reequilibrios de las concesiones administrativas y la indemnización de los daños causados por las medidas de intervención u ocupación transitoria de empresas y servicios durante la pandemia. Finalmente, el último de los trabajos aborda el futuro inmediato con el análisis de los fondos destinados por la Unión Europea a la recuperación y el examen del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

Por último, me gustaría mostrar mi más sincero agradecimiento a los autores por la excelente calidad jurídica de sus trabajos y, por extensión, a la Abogacía General de la Comunidad de Madrid por la extraordinaria dedicación en defensa del interés público durante estos difíciles tiempos que nos ha tocado vivir.

LUIS BANCELLA RODRÍGUEZ-MIÑÓN

Abogado General de la Comunidad de Madrid

BLOQUE I

Retos constitucionales



Protección de la salud y garantía de los derechos fundamentales y libertades públicas en tiempos de pandemia: una imperiosa necesidad de ponderación entre bienes jurídicos protegidos

FRANCISCO A. BRAVO VIRUMBRALES

Letrado de la Comunidad de Madrid*

SUMARIO

1. Introducción.
2. Marco jurídico vigente.
3. Estados de alarma y «nuevas normalidades».
4. Jurisprudencia ordinaria.
5. Doctrina constitucional.
6. Epílogo.

RESUMEN

Este artículo examina uno de los mayores retos jurídicos vividos durante las últimas décadas, consistente en la necesidad de armonizar la protección de la vida y la salud con la salvaguarda de los derechos fundamentales y libertades públicas como consecuencia del advenimiento de la pandemia ocasionada por el COVID-19. Ante la ausencia de precedentes en nuestro marco constitucional, se ha producido

un intenso debate acerca de los cauces, alcance y límites de las medidas de carácter general y excepcional a adoptar, que se ha plasmado en un prolijo número de instrumentos normativos y de pronunciamientos jurisprudenciales, cuyas principales implicaciones tratan de abordarse en este trabajo, hasta llegar a las sentencias del Tribunal Constitucional de 14 de julio y de 27 de octubre de 2021.

PALABRAS CLAVE

Protección de la vida y la salud pública; limitación y suspensión de derechos y libertades; estados de alarma, excepción y sitio; libertades de circulación, residencia, reunión, manifestación y culto.

* En la actualidad ocupa el puesto de Letrado Jefe de la Subdirección General de Asistencia Jurídica Convencional, Asuntos Constitucionales y Estudios en la Abogacía General de la Comunidad de Madrid.

ABSTRACT

This article examines one of the greatest legal challenges experienced in recent decades, consisting of the need to harmonize the protection of life and public health with the safeguard of fundamental rights and public freedoms, as a consequence of the pandemic caused by COVID-19. Without precedent in

our constitutional system, there has been an intense debate about the procedure and limits of the exceptional measures to be adopted, which has been reflected in an extensive number of regulations and rulings, until reaching the Constitutional Court ruling of July 14th and October 27th, 2021.

KEYWORDS

Protection of life and public health; limitation and suspension of rights and freedoms; alarm, exception and siege states; freedoms of movement, residence, assembly, demonstration and worship.

1. Introducción

A medida que un sistema político se consolida en el tiempo, su funcionamiento va perfilándose con mayor profundidad y precisión. Sin perjuicio de su natural evolución, las instituciones desarrollan paulatinamente un bagaje derivado de una *praxis* cada vez más dilatada en el tiempo y en su contenido y, aun cuando muchas problemáticas permanecen abiertas o van surgiendo otras nuevas, tiende a generarse una cierta sensación de seguridad y confianza que es consecuencia del mayor rodaje de aquellas.

No quiere ello decir que no se planteen nuevas cuestiones de índole práctica que desemboquen en nuevos retos jurídicos, pues la sociedad se encuentra en constante evolución y el Derecho no puede sino adaptarse —con mayor o menor retraso— a dichos cambios. Pero la existencia de cada vez mayores experiencias y pronunciamientos en cuestiones conexas dota normalmente a los operadores jurídicos de instrumentos y medios para abordarlos con una razonable comodidad.

Así había venido sucedido hasta el advenimiento de la crisis sanitaria ocasionada por el coronavirus (COVID-19) con el progresivo afianzamiento de nuestro vigente orden constitucional, en el que, tras más de cuarenta años desde la promulgación de nuestra Carta Magna, parecían muy limitados aquellos aspectos carentes de precedentes y acerca de los cuales no existiesen unos mínimos criterios orientadores que guiasen la actuación de los poderes públicos.

A lo anterior se une un cambio de mentalidad importante pues, si la inercia histórica ha tendido a un progresivo reconocimiento de derechos y libertades a lo largo de las últimas décadas e incluso siglos, esta pandemia ha supuesto exactamente lo contrario. Por primera vez en mucho tiempo, nos hemos visto abocados a tener que restringir aquellos. Y no se ha tratado de una restricción puntual o de carácter individual, ni tampoco fruto de una revolución o cambio de régimen, sino —y he aquí

lo novedoso del asunto— de una restricción general y prolongada en el tiempo dentro del marco constitucional, sin que, todavía a fecha de hoy, se sepa a ciencia cierta hasta qué punto será necesaria la continuidad, con mayor o menor intensidad, de las limitaciones, o en qué momento podrá darse por definitivamente superada la crisis sanitaria que las ha motivado.

Como acertadamente preconizaba el Preámbulo del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (en adelante, Real Decreto 463/2020), *«Las circunstancias extraordinarias que concurren constituyen, sin duda, una crisis sanitaria sin precedentes y de enorme magnitud tanto por el muy elevado número de ciudadanos afectados como por el extraordinario riesgo para sus derechos»*. Riesgo cuyo alcance, por aquel entonces, difícilmente se acertaba a vislumbrar, pues pocos imaginaban aún la extensión temporal de la pandemia que apenas acababa de comenzar.

Debido a ello, ha sido necesario desplegar un gran esfuerzo, a todos los niveles, para afrontar la crisis padecida. Aunque el sanitario ha sido el más evidente, el jurídico ha experimentado también un grandísimo reto en la delicada ponderación entre la protección de la salud colectiva y la salvaguarda de los derechos y libertades individuales, suscitándose un debate de enorme relevancia e implicaciones para la protección de ambos.

En este contexto, el presente análisis se centrará en lo referente a la constitucionalidad de las medidas adoptadas, teniendo presente que la Constitución tan solo se refiere al estado de alarma declarado para hacer frente a la pandemia en un exiguo precepto, remitiendo su regulación a una ley orgánica que, con anterioridad, apenas había tenido aplicación práctica.

2. Marco jurídico vigente

Para poder abordar debidamente el estudio que nos ocupa y comprender el alcance del debate constitucional surgido en torno al mismo, así como los fundamentos de las decisiones adoptadas, resulta imprescindible realizar un —siquiera somero— repaso al marco normativo existente al tiempo de iniciarse la situación de crisis sanitaria, y que ha permanecido esencialmente vigente hasta la fecha, en materia de limitación de derechos y libertades por motivos extraordinarios de protección a la salud pública.



Para ello, examinaremos previamente, por la importancia que revisten de cara al posterior análisis de la jurisprudencia ordinaria y constitucional dictada con ocasión de la pandemia, los presupuestos habilitantes de los distintos estados excepcionales o de crisis previstos en el actual marco jurídico, para seguidamente analizar las distintas medidas o posibilidades de actuación —y consiguientes límites— que ofrecen cada uno de ellos.

a) Estados de alarma, excepción y sitio

Durante este periodo, han cobrado especial protagonismo los denominados estados excepcionales, de crisis o de emergencia (alarma, excepción y sitio) que, hasta este momento, y si bien se encontraban previstos en nuestro ordenamiento jurídico, inducían a pensar más —especialmente el segundo y el tercero— en una obligada regla de prudencia o cautela¹ —por otra parte, generalizada en el constitucionalismo tanto histórico como comparado²—, que en unos mecanismos susceptibles de aplicación práctica en estados de derecho consolidados y avanzados.

¹ Como afirmaba CARRO MARTÍNEZ, Antonio, veinte años después de la promulgación de la Constitución, el artículo 116 *«sigue vigente tras casi un cuarto de siglo de vida, lo cual es importante. Pero más importante es que no se haya estrenado y se encuentre inédito en cuanto a su aplicación práctica. Y conste que en este periodo ha habido crímenes políticos y actos terroristas que han atentado a muchos cientos de personas, que tenían el legítimo derecho a la vida. Esto demuestra que se trata de un precepto de valor histórico fundamental, pero que afortunadamente es de implícita inanidad para el normal desarrollo de la actual vida política española»*.

² Históricamente, ya en el art. 308 de la Constitución de Cádiz de 1812 se contemplaba la posibilidad de suspensión de derechos en circunstancias extraordinarias para la seguridad del Estado; posibilidad que se mantuvo y perfeccionó en textos posteriores, como la Constitución de 1869 (art. 31), la Constitución de 1876 (art. 17) o la Constitución de 1931 (art. 42).

A nivel de Derecho comparado, la previsión de estados excepcionales es frecuente en muchos textos constitucionales de nuestro entorno, como sucede con la Constitución de Portugal de 1976 (art. 19), la de Francia de 1958 (art. 16) o la de Grecia de 1975 (art. 48). En varios de esos textos, como el portugués o el griego, solo se contempla la posibilidad de suspensión de derechos en casos de guerra o por razones de orden público, pero no por razón de crisis sanitarias, catástrofes naturales u otros supuestos propios de nuestro estado de alarma, que en algunos de ellos ni siquiera se recogen. No obstante, también existen ejemplos de ordenamientos carentes de estados excepcionales, como sucede con la Constitución de Bélgica de 1831, cuyo art. 187 (resultante de la armonización realizada en 1994; antiguamente era el art. 130) proclama que *«La Constitución no puede ser suspendida ni en todo ni en parte»*.

Por otra parte, el propio Convenio Europeo de Derechos Humanos, en su artículo 15, permite a los Estados signatarios adoptar medidas, en casos de guerra u otros peligros públicos, que deroguen los derechos y obligaciones derivados del mismo, con determinados límites y sin exceder de lo estrictamente requerido por la situación. A pesar de lo cual, España formuló una reserva expresa a dicho precepto en el Instrumento de Ratificación del Convenio, en el sentido de ser interpretado de modo que se garantice el cumplimiento de los artículos 55 y 116 de la Constitución (BOE n.º 243, de 10 de octubre de 1979).

Buena muestra de ello es que, durante la vigencia de nuestro sistema constitucional, con carácter previo al advenimiento de esta pandemia, tan solo había sido declarado el estado de alarma en una ocasión con anterioridad, y lo fue para atender a una situación asaz más puntual, tanto en su ámbito subjetivo como en su duración, que la vivida durante los meses precedentes³. Nos referimos a la huelga de controladores aéreos declarada a finales del año 2010, y que fue atajada mediante el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo (en lo sucesivo, Real Decreto 1673/2010), en virtud del cual todos los controladores de tránsito aéreo al servicio de la entonces entidad pública empresarial Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA) —hoy en día ENAIRE— pasaron a tener la consideración de personal militar sometido a las órdenes directas del Jefe del Estado Mayor del Ejército del Aire y de las autoridades militares designadas por este. Inicialmente declarado por quince días naturales, fue autorizada su prórroga por el Congreso de los Diputados por otros quince días adicionales, dictándose al efecto el Real Decreto 1717/2010, de 17 de diciembre, por lo que su duración total se extendió a un mes; desde el 15 de diciembre de 2010 hasta el 15 de enero de 2011.

Y si el estado de alarma únicamente había tenido un precedente, nunca antes se había llegado siquiera a plantear la posibilidad de declarar legalmente los estados de excepción y de sitio⁴, que parecían más bien propios de acontecimientos que se re-

³ No por lo limitado de su extensión temporal y subjetiva significa que el instrumento elegido fuera el adecuado. Muy crítica se muestra a este respecto SIEIRA MUCIENTES, Sara, al considerar que «el Gobierno declaró un estado de alarma, cuando debiera haber declarado un estado de excepción, y adoptó medidas propias de un estado de sitio» [«Los estados excepcionales». *Revista de las Cortes Generales*, n.º 104, 2018, p. 389].

⁴ Durante el fallido intento de golpe de estado perpetrado el 23 de febrero de 1981, el entonces capitán general de la III Región Militar, Jaime Milans del Bosch, declaró para aquella el estado de excepción y el toque de queda de 21 a 7 horas. No obstante, en modo alguno puede considerarse que se tratase de un estado declarado conforme a derecho y siguiendo los cauces constitucionales, ya que la competencia para su declaración, de conformidad con el artículo 116.3 de la Constitución, corresponde exclusivamente al Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros, previa autorización del Congreso de los Diputados. Dicho estado únicamente estuvo vigente durante unas horas.

Nótese, por otra parte, que en aquel momento aún no se había promulgado el desarrollo legislativo del artículo 116 de la Constitución y que el Gobierno y las Cortes Generales habían sido ocupados militarmente, razón por la cual la restauración del orden constitucional se asumió desde la Jefatura del Estado a través de lo que algunos autores no han dudado en calificar como una auténtica vía de hecho. Y ello, por cuanto que, como señala CRUZ VILLALÓN, Pedro, sin el necesario desarrollo normativo del artículo 116 CE, los estados excepcionales en él previstos se hallaban en suspenso, como posibilidad constitucional no inmediatamente aplicable.



presentaban en el imaginario colectivo, a medida que se fue consolidando el sistema constitucional, como característicos ya fuera de épocas superadas, de Estados fallidos o de eventos distópicos y con tintes cuasi-apocalípticos.

Descendiendo al plano del derecho positivo, los estados de alarma, excepción y sitio se encuentran regulados, a nivel constitucional, en el artículo 116 de nuestra Carta Magna, el cual se limita a establecer unas reglas básicas en cuanto a la competencia para su aprobación, duración y límites, remitiendo a una ley orgánica su regulación⁵.

La norma a la que se remite el artículo 116 de la Constitución es la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (en adelante, LOAES), cuyo artículo 1 comienza proclamando que procederá su declaración *«cuando circunstancias extraordinarias hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las Autoridades competentes»*.

Sin embargo, contrariamente a lo que pudiera parecer en una primera lectura, dicha proclamación inicial no implica, *per se*, que cada uno de los tres estados pueda declararse indistintamente y en virtud de los mismos supuestos, atendiendo únicamente a la gravedad de los mismos. Bien al contrario, como señaló CRUZ VILLALÓN, Pedro, la misma *«solo pretende ser un modo de abrir una ley tan trascendente y que se presenta ausente de una exposición de motivos»*.

De hecho, uno de los debates legislativos y doctrinales más apasionados a propósito de los estados excepcionales ha sido, precisamente, el relativo a los presupuestos que ampararían la procedencia de la declaración de cada uno de ellos, enfrentando a quienes consideraban que debía realizarse una lectura «gradualista» de la norma constitucional, conforme a la cual los tres serían susceptibles de declararse ante cualquier eventualidad de carácter extraordinario que requiriese una reacción igualmente extraordinaria del poder público, con independencia de su naturaleza, siendo la única diferencia entre unos y otros el de la gravedad de la situación —de manera que, a mayor intensidad de la crisis, podría intensificarse igualmente la res-

⁵ Como señala PRESNO LINERA, Miguel Ángel, *«aunque la Constitución española, frente al criterio mantenido por otros textos constitucionales recientes —como la Ley Federal de Bonn o la Constitución italiana de 1947— haya seguido la línea de recoger en su propio articulado los mecanismos de defensa extraordinaria de las instituciones públicas (...) ha sido realmente sobria en la definición de los conceptos y en la concreción del contenido de los tres estados extraordinarios, respecto a los cuales apenas hace otra cosa que mencionar sus nombres»* [«El estado de alarma en España: desde el origen al COVID-19». *Revista Estudios Institucionais*, vol. 6, n.º 3, 2020, p. 986].

puesta⁶—, con quienes entendían que cada uno de los estados había de responder ante causas debidamente acotadas y diferenciadas. Esta última fue, según se verá seguidamente, la alternativa por la que optó el legislador orgánico.

En efecto, la LOAES deriva del «Proyecto de Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana», que fue dividido en cuatro normas durante su tramitación parlamentaria, siguiendo las recomendaciones de la Comisión Constitucional⁷, a la vista del Informe de la Ponencia. Pues bien, en la redacción original del artículo 20 del referido Proyecto⁸ se incluía una enumeración meramente ejemplificativa de supuestos que podían dar lugar al estado de alarma, entre las que se comprendían tanto alteraciones del orden o de la seguridad ciudadana como catástrofes, crisis sanitarias, paralización de servicios esenciales y situaciones de desabastecimiento, configurándolo, por tanto, como un instrumento de primera respuesta tanto frente a alteraciones del orden público como frente a crisis sanitarias y catástrofes naturales.

El anterior listado fue modificado tras el Informe de la Ponencia⁹ al ya reconvertido en «Proyecto de Ley Orgánica de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio», que consideró favorablemente las enmiendas núms. 123 del Grupo Parlamentario Comunista y 233 del Grupo Socialista en el Congreso de los Diputados, suprimiendo el entonces apartado a) del artículo 4, relativo a las alteraciones del orden o de la seguridad ciudadana, y condicionando los supuestos de paralización de servicios públicos esenciales a que no se pudiese garantizar lo dispuesto en los artículos 28.2 y 37.2 de la Constitución.

No obstante, el listado seguía configurándose como un *numerus apertus*, ya que permitía al Gobierno declarar el estado de alarma «cuando concurren situaciones como las siguientes», sin tener, por tanto, un carácter limitativo. La taxatividad de dicha enumeración fue consecuencia del posterior debate en el Pleno, del que resultó la redacción definitiva¹⁰, conforme a la cual únicamente podría declararse la alar-

⁶ Esta alternativa «gradualista» era por la que optó la Ley de Orden Público de 1933 (*Gaceta de Madrid*, n.º 211, de 30 de julio de 1933), cuyo capítulo II del título II configuraba un «estado de prevención» para aquellos casos en que «la alteración del orden público, sin llegar a justificar la suspensión de las garantías constitucionales, exija que sean adoptadas medidas no aplicables en régimen normal», en tanto que el capítulo III regulaba un «estado de alarma» aplicable «si las medidas autorizadas por el artículo anterior fuesen insuficientes para mantener el orden público».

⁷ Boletín Oficial de las Cortes Generales de 27 de octubre de 1980, serie A, n.º 73-II, p. 382/11.

⁸ Boletín Oficial de las Cortes Generales de 21 de septiembre de 1979, serie A, n.º 73-I, p. 370.

⁹ Boletín Oficial de las Cortes Generales de 14 de abril de 1981, serie A, n.º 73-I ter, p. 382/24.

¹⁰ Boletín Oficial de las Cortes Generales de 30 de abril de 1981, serie A, n.º 73-III ter, p. 382/46.



ma «*cuando se produzca alguna de las siguientes alteraciones graves de la normalidad*», siendo estas las de:

- i) Catástrofes, calamidades o desgracias públicas.
- ii) Crisis sanitarias.
- iii) Paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad.
- iv) Situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad.

Como puede observarse, desaparecidas las alteraciones del orden público, todas las restantes causas se reconducían con facilidad a supuestos de crisis de carácter no político, a excepción de la tercera. Por ello, en el debate en Pleno decidió adicionarse a esta el inciso final «*y concurra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en este artículo*», con lo que el listado —ya cerrado— de supuestos que ampararían la declaración del estado de alarma quedó definitivamente delimitado y es el mismo que existe en la actualidad, al no haber sido objeto de modificaciones ulteriores.

Por oposición al anterior, el estado de excepción decidió constreñirse a las alteraciones del orden público, y así resulta tanto del introductorio artículo 13.1¹¹ como de las concretas medidas previstas en los artículos 16 a 27 de la LOAES (detenciones de personas, inspecciones y registros domiciliarios, intervención de las comunicaciones, control de transportes y mercancías, prohibición de desplazamientos, suspensión de publicaciones y emisiones, restricciones y disolución de reuniones y manifestaciones, prohibición de huelgas o incautación de armas y municiones, entre otras), todas ellas orientadas a combatir los efectos derivados de circunstancias de dicha naturaleza. Pero, muy especialmente, de su artículo 28, conforme al cual «*Cuando la alteración del orden público haya dado lugar a alguna de las circunstancias especificadas en el artículo cuarto o coincida con ellas, el Gobierno podrá adoptar además de las medidas propias del estado de excepción, las previstas para el estado de alarma en la presente ley*», de donde se evidencia claramente la divergencia entre los presupuestos habilitantes de uno y otro estado.

A la misma conclusión se llega mediante la lectura de los debates parlamentarios en relación con este último precepto. Concretamente, en el debate del Pleno cele-

¹¹ Dispone el referido artículo 13.1 que «*Cuando 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, el Gobierno, de acuerdo con el apartado tres del artículo ciento dieciséis de la Constitución, podrá solicitar del Congreso de los Diputados autorización para declarar el estado de excepción*» (el subrayado es añadido).

brado el 22 de abril de 1981¹², los grupos parlamentarios comunista y nacionalista vasco en el Congreso defendieron la necesidad de supresión de dicho artículo, fundamentada en que —en palabras del señor Solé Tura— *«Nos encontramos, por tanto, con una superposición de los dos estados: del estado de alarma y del estado de excepción y eso está en contradicción con lo que dispone el artículo 116 de la Constitución que distingue muy claramente un estado del otro e incluso en el proyecto que ahora estamos discutiendo, pues SS. SS. recordaran que en el primitivo proyecto de la Ley de Seguridad Ciudadana existía una cierta continuidad entre los dos estados. Eso se ha cambiado de modo que el estado de alarma es una cosa y el de excepción otra y, sin embargo, en este artículo 28 estamos superponiendo los dos estados estableciendo que las medidas de uno son aplicables dentro del otro por una autoridad distinta a la inicialmente prevista»*. Por su parte, en la respuesta en defensa de la redacción de la norma que fue finalmente aprobada, y que ha llegado a nuestros días, el diputado de la UCD, señor Alzaga Villaamil, coincidía en recalcar la diferencia de presupuestos habilitantes entre uno y otro estado, explicando que la previsión contenida en el artículo 28 responde al caso en que *«se pueda dar la hipótesis de que cuando unas circunstancias singulares de las previstas en el artículo 4.º, como pueden ser una catástrofe, determinadas calamidades, situaciones de desabastecimiento, etcétera, que traigan causa o —como dice S. S.—, sean conexas con la situación de orden público»*. De donde, al margen de otras discrepancias, se evidencia la sintonía entre los parlamentarios en cuanto a la distinción de causas determinantes de la declaración de ambos estados¹³.

Finalmente, el estado de sitio quedó reservado para insurrecciones o actos de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, que no pudieran ser resueltos por otros medios, como resulta del artículo 32 de la LOAES. En definitiva, se trata de sublevaciones armadas o crisis de Estado, siendo heredero del «estado de guerra» contemplado en las Leyes

¹² Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, sesión plenaria n.º 161, 22 de abril de 1981, pp. 9944 a 9949.

¹³ La posibilidad de aplicación simultánea de varios estados de crisis en nuestro ordenamiento jurídico, dada su diferente naturaleza y presupuestos, ha sido defendida por algunos autores, como RUIZ MIGUEL, Carlos [«Crisis del Coronavirus y crisis del Estado constitucional español». *Diario La Ley*, n.º 9656, Sección Tribuna, 18 de junio de 2020] o CRUZ VILLALÓN, Pedro [«El nuevo derecho de excepción». *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 1, n.º 2, 1981, p. 111]; declaración simultánea que, en cambio, no considera viable la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón en su voto particular a la STC 148/2021. Esta cuestión también se abordó, si bien tangencialmente, en los debates parlamentarios de la LOAES, en los que el diputado de la UCD, señor Alzaga Villaamil, manifestó que *«Yo no conozco en el Derecho comparado que en un determinado momento, en un país, se sumen dos estados excepcionales; serían estado de excepción más estado de alarma»*, de donde probablemente se explique el tenor del art. 28 de aquella norma.



de Orden Público de 1933 y 1959 y guardando un amplio paralelismo con la «Martial Law» inglesa o «L'état de siège» francés en Derecho comparado, como se reconocía en la Memoria del Proyecto de Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana de 1979.

Nos hemos querido detener muy especialmente en la delimitación entre los distintos estados de crisis pues, lejos de ser una cuestión baladí o ya superada, cobra especial relevancia a la vista del razonamiento contenido en el FJ 11 de la STC n.º 148/2021, de 14 de julio, que analizaremos detenidamente en el apartado 5, y es especialmente trascendente para poder comprender tanto su contenido como el alcance y efectos del mismo.

b) Limitación y suspensión de derechos durante los estados excepcionales y fuera de ellos

La suspensión de derechos y libertades se encuentra prevista, a nivel constitucional, en su artículo 55.1 (único precepto del capítulo V del título I, específicamente referido a esta cuestión), en el que se advierte que *«Los derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3, artículos 19, 20, apartados 1, a) y d), y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción»*. Como puede observarse, ninguna mención se realiza en este precepto al estado de alarma, quedando reservada, por tanto, la posibilidad de suspender los derechos y libertades que en el mismo se contemplan a los estados de excepción y de sitio.

Distinta de la suspensión es la limitación de tales derechos y libertades pues, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional desde antiguo, el contenido de aquellos no es absoluto, sino que puede y debe encauzarse o restringirse en la medida en que entre en colisión con otros derechos y libertades constitucionalmente consagrados¹⁴. A la hora de trazar dichos límites, la jurisprudencia constitucional

¹⁴ Por todas, la STC 24/2015, en cuyo FJ 4 se recuerda *«nuestra conocida doctrina sobre el carácter limitado y no absoluto de los derechos fundamentales. En concreto, para el derecho de reunión y manifestación lo recordábamos en la STC 193/2011, de 12 de diciembre, FJ 3, donde dijimos: “[e]n efecto, el derecho recogido en el art. 21 CE no es un derecho absoluto o ilimitado, sino que, al igual que los demás derechos fundamentales, puede verse sometido a ciertas modulaciones o límites, entre los que se encuentran tanto el específicamente previsto en el propio art. 21.2 CE —alteración del orden público con peligro para personas y bienes—, como aquellos otros que vienen impuestos por la necesidad de evitar que un ejercicio extralimitado del derecho pueda entrar en colisión con otros valores constitucionales” (STC 42/2000, de 14 de febrero, FJ 2)»*.

ha venido atendiendo a lo que en ocasiones ha dado en calificar como «contenido indisponible», «contenido mínimo» o «núcleo esencial» del derecho en cuestión¹⁵.

En congruencia con la regulación constitucional, la LOAES únicamente prevé la suspensión de derechos para los estados de excepción y de sitio, pero no para el de alarma. Resultan muy clarificadoras al respecto las previsiones contempladas en torno a una de las libertades que más ha sufrido durante la crisis sanitaria, cual es la libertad de circulación. Así, mientras que para el estado de alarma, el artículo 11.a) de aquella norma permite «Limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos», para el estado de excepción, su artículo 20.1 autoriza a «prohibir la circulación de personas y vehículos en las horas y lugares que se determine, y exigir a quienes se desplacen de un lugar a otro que acrediten su identidad, señalándoles el itinerario a seguir». En todo caso, ambos supuestos están directamente afectados por el límite impuesto en el artículo 1.2 —por tratarse de una disposición común a los tres estados—, en el que se consagran los principios de proporcionalidad y de limitación de la duración y contenido de las medidas adoptadas al amparo de los mismos a lo estrictamente indispensable para asegurar el restablecimiento de la normalidad.

En materia de duración de las medidas, deben tenerse en cuenta, además del límite común arriba mencionado, los límites específicos de uno y otro estado. Así, la duración inicial del estado de alarma, al ser declarado por decreto del Consejo de Ministros, es de un máximo de quince días naturales; sin embargo, con la correspondiente autorización parlamentaria puede autorizarse su prórroga, sin que dicha prórroga esté sujeta a un plazo máximo específico (arts. 116.2 CE y 6.2 LO 4/1981). Por su parte, el estado de sitio tampoco tiene fijado un plazo de duración máximo, siendo declarado directamente por el Congreso de los Diputados, a propuesta del Gobierno, con el voto favorable de la mayoría absoluta de la Cámara, que determinará su extensión temporal (arts. 116.4 CE y 32.2 LO 4/1981). En cambio, el estado de excepción es el único de los tres para el que sí se prevé un plazo máximo, que no podrá

¹⁵ En el FJ 4 de la STC 148/2021 se recogen las distintas fórmulas con las que se ha abordado en sus resoluciones esta cuestión, de modo que «en algunos casos, se ha identificado un «contenido absoluto» de los derechos, un «núcleo irrenunciable» de los mismos que «puede alcanzar proyección universal» (entre otras, SSTC 91/2000, de 30 de marzo, FFJJ 7 y 8, y 26/2014, de 11 de marzo, FJ 4). En otros, se habla de un «contenido constitucional indisponible» (SSTC 16/1994, de 20 de enero, FJ 3, o 101/2019, de 16 de septiembre, FJ 3). Por su parte, las SSTC 119/2011, de 5 de julio, FJ 9, o 139/2017, de 29 de noviembre, FJ 6, aluden a un «contenido central». Mientras que las SSTC 201/1999, de 8 de noviembre, FJ 4, o 70/2000, de 13 de marzo, FJ 4, la distinguen dentro del contenido de algún derecho fundamental no solo un «contenido esencial mínimo», sino también un «contenido adicional» integrado por «derechos o facultades adicionales de origen legal o convencional», cuya vulneración puede comportar también (aunque no siempre lo hace) la del derecho fundamental afectado».



exceder de treinta días, prorrogables por otro plazo igual, con lo que, a lo sumo, podrá tener una duración límite de sesenta días (arts. 116.3 CE y 15.3 LO 4/1981).

Centrándonos en los efectos del estado de alarma, en la medida en que ha sido el aplicado para combatir los efectos de la crisis sanitaria, interesa destacar dos cuestiones:

- A nivel competencial, la autoridad competente pasa a ser, con carácter general, el Gobierno de la Nación, que podrá nombrar autoridades competentes delegadas (art. 7). Como consecuencia de ello, todas las autoridades civiles, integrantes de los cuerpos de Policía, funcionarios y trabajadores al servicio de las distintas Administraciones afectadas por el ámbito territorial de la declaración, quedarán bajo las órdenes directas de la autoridad competente en cuanto sea necesario para la protección de personas, bienes y lugares (art. 9).
- En el ámbito sustantivo, el estado de alarma posibilita la adopción de todas o algunas de las medidas contempladas en sus artículos 11 y 12, entre las que se encuentra, tal y como se avanzó anteriormente, la limitación o condicionamiento a la circulación o permanencia de personas o vehículos en los términos que se señalan¹⁶. Aun a riesgo de pecar de excesiva insistencia, cabe enfatizar en este punto, por su trascendencia a la hora de enjuiciar la constitucionalidad de las medidas adoptadas durante la vigencia de aquel en pandemia, que dicho precepto permite limitar, pero no suspender, tales libertades, supeditándolo a que tales limitaciones de produzcan *«en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos»*.

Al margen del estado de alarma, es importante poner de manifiesto que muchas de las medidas previstas en el mismo no requieren de su declaración, sino que pueden ser igualmente adoptadas por las autoridades sanitarias en situaciones de normalidad constitucional, al amparo de normas con rango de ley, cuando circunstancias excepcionales así lo justifiquen. No en vano, los artículos 53.1 y 81.1 de la Constitución contienen una reserva de ley (orgánica, en el segundo de ellos) para el desarrollo —y, por ende, los límites— de los derechos fundamentales y libertades públicas, sin que sea necesario subvertir el orden constitucional de competencias al efecto.

¹⁶ Otras restricciones contempladas en tales preceptos son la posibilidad de practicar requisas temporales de bienes e imponer prestaciones personales obligatorias; intervenir y ocupar transitoriamente industrias o locales de cualquier naturaleza, con excepción de domicilios privados; limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad; impartir las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios de los centros de producción, además de las restantes medidas previstas en las distintas normas sectoriales aplicables.

En cuanto a los supuestos en que basta acudir a la ley ordinaria o debe emplearse ley orgánica, han sido analizados por el Tribunal Constitucional en múltiples sentencias, entre las que pueden citarse las SSTC 49/1999, 292/2000, 169/2001 y 53/2002, que establecen que toda injerencia en el ámbito de los derechos fundamentales y libertades públicas precisa una habilitación legal; habilitación que deberá revestir el rango de ley orgánica cuando incida directamente en su desarrollo o afecte a su contenido esencial, por mor del art. 81.1 CE, pudiendo realizarse mediante ley ordinaria en los restantes casos en los que se regule o condicione de algún modo su ejercicio, de conformidad con el art. 53.1 CE¹⁷.

Esta posibilidad se ha evidenciado tras el decaimiento de los distintos estados de alarma —tanto del primero, que desembocó en lo que se dio en denominar como situación de «nueva normalidad»¹⁸, como del tercero—, tras los cuales se han seguido adoptando distintas medidas limitativas para tratar de contener o frenar la propagación de los contagios, muchas de las cuales resultan parcial o totalmente coincidentes con las declaradas durante la vigencia de aquellos (toques de queda, confinamientos perimetrales, horarios de cierre y limitaciones de aforos en establecimientos, distancia interpersonal y uso obligatorio de mascarillas, etc.)¹⁹.

¹⁷ Precisaba la STC 292/2000 en su FJ 11 que los límites a los derechos fundamentales «o bien pueden ser restricciones directas del derecho fundamental mismo, a las que antes se ha aludido o bien pueden ser restricciones al modo, tiempo o lugar de ejercicio del derecho fundamental. En el primer caso, regular esos límites es una forma de desarrollo del derecho fundamental [que requeriría, por tanto, de ley orgánica, ex art. 81.1 CE]. En el segundo, los límites que se fijan lo son a la forma concreta en la que cabe ejercer el haz de facultades que compone el contenido del derecho fundamental en cuestión, constituyendo una manera de regular su ejercicio, lo que puede hacer el legislador ordinario a tenor de lo dispuesto en el art. 53.1 CE».

¹⁸ La aterradora expresión de «nueva normalidad» llegó incluso a acuñarse a nivel normativo, como consecuencia del que se denominó como «Plan para la transición hacia una nueva normalidad» (también conocido como Plan de desescalada, que preveía el levantamiento gradual de las restricciones en cuatro fases), así como de las sucesivas normas dictadas en plasmación y desarrollo del mismo (e.g., art. 6.2 del Real Decreto 555/2020, de 5 de junio; Orden TMA/384/2020, de 3 de mayo; Orden SND/387/2020, de 3 de mayo; Orden SND/399/2020, de 9 de mayo; Orden SND/404/2020, de 11 de mayo; Orden SND/414/2020, de 16 de mayo; Orden SND/440/2020, de 23 de mayo; Orden SND/458/2020, de 30 de mayo; Orden SND/487/2020, de 1 de junio, etc.).

¹⁹ La restricción de derechos y libertades en periodos de normalidad constitucional ha llegado hasta el punto de denunciar CRUZ VILLALÓN, Pedro, que nos encontramos ante «un estado de derecho sometido a un progresivo proceso de degradación, y ello sobre la base de incorporar de forma estable y permanente a su ordenamiento instituciones hasta ahora tradicionalmente relegadas a los periodos excepcionales», advirtiendo que «de poco sirve extremar las garantías de los estados excepcionales si, mediante una interpretación forzada de la Constitución se va transformando progresivamente al «régimen de normalidad» todo el arsenal propio de los estados excepcionales. Es un camino por el que se puede llegar a la situación surrealista de que el derecho de excepción ofrezca más garantías que el régimen normal del orden constitucional» [«El nuevo derecho de excepción». *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 1, n.º 2, 1981, p. 111].



Resulta llamativo que tales medidas no hayan sido adoptadas al amparo de nuevas normas, dictadas a raíz del advenimiento de la crisis sanitaria con el propósito de dotar a los poderes públicos de mecanismos adecuados y eficaces de actuación frente al virus, sino que han descansado en disposiciones previas, muchas de ellas antiguas, que coexistían pacíficamente en nuestro ordenamiento jurídico, pero cuya aplicación práctica ha pasado de ser residual y principalmente limitada a sujetos individualizados o individualizables, a extenderse a grupos genéricos e indeterminados de personas (por lo general, a municipios enteros, cuando no a comarcas, provincias, islas o comunidades autónomas en su conjunto, aunque en el caso específico madrileño —como también en el castellanoleonés—, se optó por atender a unidades menores y de naturaleza específicamente sanitaria, como fueron las zonas básicas de salud).

Así, entre dichas normas, pueden destacarse las siguientes:

- Artículos 1 a 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública. En particular, el art. 1 habilita para que *«Al objeto de proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro, las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones Públicas podrán, dentro del ámbito de sus competencias, adoptar las medidas previstas en la presente Ley cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad»*, en tanto que el art. 3 autoriza a que *«Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible»*.
- Artículo 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad: *«1. En caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, las autoridades sanitarias adoptarán las medidas preventivas que estimen pertinentes, tales como la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de Empresas o sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas. 2. La duración de las medidas a que se refiere el apartado anterior, que se fijarán para cada caso, sin perjuicio de las prórrogas sucesivas acordadas por resoluciones motivadas, no excederá de lo que exija la situación de riesgo inminente y extraordinario que las justificó»*.
- Artículo 54.1 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública: *«Sin perjuicio de las medidas previstas en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, con carácter excepcional y cuando así lo requieran motivos de extraordinaria gravedad o urgencia, la Ad-*

ministración General del Estado y las de las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán adoptar cuantas medidas sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la ley».

- En el específico caso autonómico madrileño, el artículo 55.1 de la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid, que incluye entre las funciones de autoridad sanitaria, en sus apartados a) y b), respectivamente, *«La adopción cuando proceda, de las medidas previstas en la Ley 3/1986, de 14 de abril de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, y especialmente en los supuestos contemplados en sus artículos 2 y 3»* y *«La adopción de cualquier otra medida necesaria en función del análisis de los determinantes del proceso salud-enfermedad en la Comunidad de Madrid».*

Sin embargo, estas leyes, además de exigir la observancia de la debida proporcionalidad en su adopción, circunscriben las medidas a adoptar al ámbito de las competencias respectivas de cada Administración actuante, como no podría ser de otra manera, puesto que en caso contrario se estaría incurriendo en una invasión competencial y consiguiente inconstitucionalidad de cualquier disposición o actuación que excediera de dicho ámbito. Esta es, pues, una diferencia esencial con el estado de alarma, en el que, como se ha visto, la autoridad competente será siempre el Gobierno de la Nación, sin perjuicio de la facultad de delegación, incluso en presidentes autonómicos, cuando el ámbito territorial de la emergencia se circunscriba total o parcialmente a su territorio.

De la breve exposición normativa que hemos realizado pueden anticiparse ya unas conclusiones preliminares, sin perjuicio del ulterior examen de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en relación con el primer y tercer estado de alarma:

- i) En primer lugar, y contrariamente a la que ha sido durante bastante tiempo una creencia popular generalizada, el ordenamiento ofrece armas para afrontar los supuestos de crisis sanitarias dentro y fuera del estado de alarma, por lo que, en un contexto de legalidad ordinaria, y sin necesidad de declarar aquel, pueden imponerse restricciones de notable intensidad para combatir la pandemia. Esta consecuencia no pasó desapercibida para el legislador a la hora de desarrollar el artículo 116 de la Constitución mediante la LOAES, hasta el punto de que llegó a afirmarse la inutilidad del estado de alarma y a proponerse su supresión²⁰.

²⁰ Ya en los propios debates constitucionales, la enmienda n.º 692, formulada por el Grupo Parlamentario Comunista, proponía la supresión del estado de alarma, puesto que, en palabras de su diputado don Jordi Solé Tura, *«Nos parece innecesario constitucionalizar esto, porque el estado de alarma, o se explica para circunstancias excepcionales, en casos de cataclismos, etc., en cuyo caso el Gobierno tiene poderes suficientes para hacerle frente, y si no es así, y se mantiene el estado de alarma, sin*



- ii) A pesar de ello, sí existen diferencias entre una situación de legalidad ordinaria y el estado de alarma pues, aunque en ambos supuestos se encuentra constitucionalmente vedada la suspensión de derechos y libertades, este último permite una alteración en la distribución competencial entre Administraciones territoriales, siendo quizá esta centralización de competencias y decisiones, en un Estado fuertemente descentralizado como es España, su principal virtualidad²¹.
- iii) Al margen de la cuestión competencial, el estado de alarma también presenta otra diferencia de gran interés, que se ha puesto de manifiesto especialmente tras las recientes reformas de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LJCA) en materia de autorización y ratificación de medidas limitativas de derechos y libertades. En efecto, mientras que en una situación de legalidad ordinaria cualquier medida de dicha naturaleza requiere la aquiescencia judicial, por así exigirlo los artículos 8.6, 10.8²² y 11.1.i) de la LJCA, durante el estado de alarma, es el real decreto que lo declara, o los sucesivos que lo prorroguen previa autorización parlamentaria, los que contemplan las medidas que pueden adoptarse, en el marco de los artículos 11 y 12 de la LOAES²³.

especificar además ni a qué derecho se refiere, puesto que en definitiva no se dice nada al respecto, puede ocurrir que ese estado sirva para limitar derechos sin decirlo, y en ese sentido nos parece mejor eliminar esto, puesto que si se trata de circunstancias excepcionales que exijan limitación de derecho, ya existe para ello el estado de excepción y el estado de sitio» (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, sesión plenaria n.º 17, 8 de junio de 1978, p. 3074).

²¹ Esta característica no ha pasado desapercibida para algunos autores, entre los que se encuentra NOGUEIRA LÓPEZ, Ana, para quien *«parecería que el efecto distintivo de la declaración del estado de alarma es el competencial»* [«Confinar el coronavirus. Entre el viejo Derecho sectorial y el Derecho de excepción». *El Cronista, IUSTEL*, n.º 86-87, 2020, p. 29].

Es más, en la propia Memoria del Proyecto de Ley de Seguridad Ciudadana se aludía a *«la lógica concentración de atribuciones administrativas»* (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 21 de septiembre de 1979, serie A, n.º 73-I, p. 360).

²² La constitucionalidad del artículo 10.8 de la LJCA, introducido por la DF 2.ª de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, ha generado un gran debate del que se hace eco el propio Tribunal Supremo en su sentencia n.º 719/2021, de 24 de mayo (rec. 3375/2021), al comienzo de su FJ 4. Debe igualmente advertirse que, en relación con este precepto, sido admitida a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 6283/2021, planteada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

²³ La innecesidad de ratificación judicial de las medidas adoptadas por las autoridades competentes delegadas durante el tercer estado de alarma fue contemplada expresamente en el artículo 2.3 del Real Decreto 926/2020, conforme al cual *«Las autoridades competentes delegadas quedan habilitadas 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. Para ello, no será precisa la tramitación de procedimiento administrativo alguno ni será de aplicación lo previsto en el segundo párrafo del artículo 8.6 y en el artículo 10.8 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa»*.

- iv) Corolario de la anterior característica es el régimen de impugnación de las disposiciones limitativas de derechos. De este modo, mientras que durante los periodos de legalidad ordinaria estas se han venido imponiendo, a nivel autonómico, por medio de disposiciones generales de rango reglamentario (generalmente órdenes²⁴) dictadas al amparo de las normas sectoriales sanitarias anteriormente reseñadas y, por tanto, susceptibles de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, los reales decretos que declaran y prorrogan los estados de alarma tienen fuerza de ley²⁵, por lo que únicamente resulta posible su revisión ante el Tribunal Constitucional, a través de alguno de los procedimientos de inconstitucionalidad regulados en la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC).

A la vista de lo anterior, podría afirmarse indiciariamente que el estado de alarma no afecta tanto al qué (las concretas medidas que se puedan adoptar), cuanto al quién (esto es, al concepto de autoridad competente y autoridades competentes delegadas) y al cómo (en cuanto a la necesidad de autorización o ratificación judicial de las disposiciones que acuerden la limitación de derechos y libertades, así como su régimen de control jurisdiccional).

3. Estados de alarma y «nuevas normalidades»

Tras unas semanas iniciales de desconcierto, fue promulgado el ya citado Real Decreto 463/2020, por el que se declaró el primer estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria. Su duración inicial, de conformidad con su artícu-

²⁴ En el caso de la Comunidad de Madrid, cabe destacar la Orden 668/2020, de 19 de junio, de la Consejería de Sanidad, por la que se establecen medidas preventivas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 una vez finalizada la prórroga del estado de alarma establecida por el Real Decreto 555/2020, de 5 de junio, aplicable durante todo el periodo de «nueva normalidad», y la Orden 572/2021, de 7 de mayo, de la Consejería de Sanidad, por la que se establecen medidas preventivas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 una vez finalizada la prórroga del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, aplicable tras la finalización del tercer estado de alarma. Ambas órdenes constituyen un ejemplo de buena técnica normativa, dado que compendian, en una única disposición, la totalidad de las medidas aplicables *ratione temporis* a nivel autonómico madrileño (a excepción de la determinación de zonas básicas de salud confinadas, que se iban actualizando mediante órdenes semanales que se publicaban los sábados), evitando la proliferación de multiplicidad de normas dispersas, de contenido cambiante y generadoras de inseguridad jurídica, como sucedió en otros ámbitos territoriales.

²⁵ Así lo declaró la STC 83/2016, más adelante analizada. Como consecuencia de lo anterior, únicamente resultan impugnables de forma directa a través de los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad, con la legitimación más limitada que presentan estos. Todo ello, sin perjuicio de su impugnación indirecta, a través de las disposiciones y actos dictados en aplicación de los mismos, como expresamente se recuerda en su FJ 11.



lo 3, quedó fijada en quince días naturales —el máximo que permite el artículo 116.2 de la Constitución Española sin autorización del Congreso de los Diputados—, si bien fue posteriormente prorrogada hasta en seis ocasiones²⁶.

A dicho estado de alarma inicial le seguirían otros dos. El segundo, declarado por Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para responder ante situaciones de especial riesgo por transmisión no controlada de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, quedó constreñido a un ámbito geográfico muy determinado, integrado por nueve municipios²⁷ de la Comunidad de Madrid, entre los cuales se encontraba su capital.

Su duración también fue la más limitada de todas, pero la ausencia de su prórroga no fue debida a un levantamiento de las medidas restrictivas, sino a la generalización de las mismas a nivel nacional nuevamente, como consecuencia de la declaración del tercer —y más extenso— estado de alarma por medio del 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.

Este último estado de alarma se caracterizó, en lo que respecta a su duración, por una diferencia —de gran relevancia a efectos de su control parlamentario, según se examinará en el apartado 5— con respecto del primero, consistente en que, si aquel fue prorrogado en sus seis ocasiones por el Congreso de los Diputados en periodos de quince días cada uno, este lo fue en una única ocasión, por un periodo de seis meses, mediante Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, siendo autorizada la prórroga por la Cámara baja en sesión plenaria de 29 de octubre de 2020. De este modo, se extendió desde el 25 de octubre de 2020 hasta las 00:00 horas del día 9 de mayo de 2021.

²⁶ Las referidas prórrogas se declararon y autorizaron, respectivamente, (i) por Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo, hasta las 00:00 horas del 12 de abril de 2020, siendo autorizada la prórroga mediante Acuerdo del Congreso de los Diputados adoptado en sesión plenaria de 25 de marzo de 2020, (ii) por Real Decreto 487/2020, de 10 de abril, hasta las 00:00 horas del 26 de abril de 2020, siendo autorizada la prórroga mediante Acuerdo del Congreso de los Diputados de 9 de abril de 2020, (iii) por Real Decreto 492/2020, de 24 de abril, hasta las 00:00 horas del 10 de mayo de 2020, siendo autorizada la prórroga mediante Acuerdo del Congreso de los Diputados de 22 de abril de 2020, (iv) por Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo, hasta las 00:00 horas del 24 de mayo de 2020, siendo autorizada la prórroga mediante Acuerdo del Congreso de los Diputados de 6 de mayo de 2020, (v) por Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, hasta las 00:00 horas del 7 de junio de 2020, siendo autorizada la prórroga mediante Acuerdo del Congreso de los Diputados de 20 de mayo de 2020, y (vi) por Real Decreto 555/2020, de 5 de junio, hasta las 00:00 horas del día 21 de junio de 2020, siendo autorizada la prórroga mediante Acuerdo del Congreso de los Diputados de 3 de junio de 2020.

²⁷ De conformidad con su artículo 2, los municipios afectados fueron Alcobendas, Alcorcón, Fuenlabrada, Getafe, Leganés, Madrid, Móstoles, Parla y Torrejón de Ardoz.

Como consecuencia de ello, una situación que inicialmente se suponía transitoria y breve se prolongó durante casi diez meses si se suman los tres estados de alarma; plazo que fue excedido en los nueve municipios madrileños que fueron objeto del segundo.

En cuanto a las medidas adoptadas, las mismas difirieron no ya entre los tres estados de alarma, sino incluso durante el periodo de vigencia de cada uno de ellos. Tales diferencias se analizarán detenidamente por Cristina RECARTE LLORENS a propósito de las *«Diferencias entre estados de alarma. Especial referencia a la Comunidad de Madrid»*. Baste recordar, *grosso modo*, en este momento, que las medidas más severas se aprobaron en el primero, durante el cual, en lo tocante a la libertad de circulación, se acordó el confinamiento domiciliario ahora declarado inconstitucional, mientras que el segundo se limitó a restringir la entrada y salida de los nueve municipios madrileños afectados por su declaración y el tercero, nuevamente de ámbito nacional, impuso igualmente cierres perimetrales, pero a nivel autonómico —de manera que quedaba vedada la libre circulación entre regiones salvo por causas tasadas—, así como el toque de queda en horario nocturno.

Al igual que sucedió con las medidas adoptadas, tampoco las autoridades competentes delegadas permanecieron inmutables entre estados de alarma ni durante los mismos. Así, en el primero de ellos, fueron inicialmente autoridades competentes delegadas, en sus respectivas áreas de responsabilidad, los titulares de las carteras de Defensa; Interior; Transportes, Movilidad y Agenda Urbana; y Sanidad (art. 4 del Real Decreto 463/2020). Sin embargo, con ocasión de la quinta prórroga, y durante su periodo de vigencia, el art. 6 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, pasó a considerar como única autoridad competente delegada al Ministro de Sanidad, volviendo a atribuir a las Administraciones competentes el ejercicio de las funciones de policía y seguridad ciudadana previstas en el art. 5 del Real Decreto 463/2020. Y, por último, en la sexta y última prórroga, el art. 6 del Real Decreto 555/2020, de 5 de junio, designó como autoridad competente delegada para la adopción, supresión, modulación y ejecución de medidas correspondientes a la Fase 3 (salvo para las medidas vinculadas a la libertad de circulación que excediesen de su ámbito territorial), así como para decidir su superación, a los presidentes de las distintas comunidades autónomas. Por su parte, en el segundo estado de alarma, el art. 4 del Real Decreto 900/2020 se limitó a señalar como autoridad competente al Gobierno, sin concreción de delegaciones. Y en el tercero, fue autoridad competente el Gobierno y autoridades competentes delegadas los respectivos presidentes de comunidades autónomas o ciudades con Estatuto de autonomía²⁸.

²⁸ La designación de los presidentes de comunidades autónomas y ciudades con estatuto de autonomía como autoridades competentes delegadas ha sido posteriormente declarada inconstitucional y nula por la STC n.º 183/2021, de 27 de octubre (*vid* apartado 5 *in fine* del presente trabajo).



Entre el primer y los segundo y tercer estados de alarma transcurrieron apenas cuatro meses que fueron bautizados como el periodo de «nueva normalidad»; periodo durante el cual, al haber cesado aquel marco constitucional excepcional, las distintas administraciones públicas recuperaron el ejercicio ordinario de sus competencias.

En todo caso, durante este periodo fueron adoptándose numerosas medidas limitativas de derechos y libertades, especialmente a finales del verano y comienzos del otoño de 2020, a medida que fue incrementándose nuevamente el número de contagios por coronavirus tras las primeras semanas de relativa tranquilidad experimentadas al comienzo de esta etapa, como consecuencia de la baja incidencia acumulada registrada tras el confinamiento. Tales medidas, como ya se ha tenido ocasión de avanzar, guardaron una gran similitud en su contenido (cierres perimetrales, toques de queda, limitaciones de horarios de apertura de locales, establecimiento de aforos, etc.) con las adoptadas durante la vigencia del segundo y tercer estado de alarma, variando naturalmente en uno y otro caso tanto las autoridades autoras como la necesidad de ratificación judicial de las mismas.

Dada la semejanza de su contenido, huelga afirmar que muchas de ellas produjeron una afectación, más o menos intensa según los casos, a distintos derechos fundamentales y libertades públicas, habiendo dado lugar a un extenso número de resoluciones judiciales por parte de la jurisdicción ordinaria antes de producirse el pronunciamiento del Tribunal Constitucional que, por su interés y trascendencia en lo que se refiere a la protección de aquellos, conviene analizar con carácter previo a la doctrina sentada por este último.

Y lo mismo ha sucedido tras la finalización del tercer estado de alarma, tras el cual diversas comunidades autónomas han ido sometiendo a ratificación judicial, con distinta fortuna, nuevas medidas restrictivas.

4. Jurisprudencia ordinaria

Uno de los grandes retos que ha supuesto esta pandemia ha sido la inexistencia de precedentes o, por lo menos, de situaciones remotamente asimilables, desde el establecimiento del actual marco constitucional, e incluso desde mucho antes, pues para encontrar una calamidad sanitaria de proporciones comparables a la experimentada habría que remontarse a la mal llamada gripe española, ocurrida hace ya más de un siglo. Pues si bien es cierto que, en los lustros recientes, han existido otras amenazas y crisis sanitarias (recuérdense, por citar algunos ejemplos en su denominación coloquial, los casos de las vacas locas, la gripe aviar, la peste porcina, la gripe A o el ébola), todas ellas fueron resolviéndose sin generar una afectación de tal intensidad

y extensión entre la población y, en consecuencia, sin necesidad de una respuesta que implicase un reto jurídico de tal magnitud como el vivido recientemente.

Ante la consecuente ausencia de pronunciamientos previos por parte del Tribunal Constitucional que hubiesen sentado doctrina sobre la materia, los órganos de la jurisdicción ordinaria se vieron obligados a tener que interpretar la Carta Magna huérfanos de parámetros de enjuiciamiento constitucional relativos al alcance y extensión de los estados de alarma. Y, si bien es cierto que la interpretación de la Constitución no es una cuestión ajena a nuestros Juzgados y Tribunales, en un sistema en el que *«todo juez es un juez constitucional»*²⁹, dada la vinculación de todos los poderes públicos a sus mandatos (art. 9.1 CE) y, en particular, de los órganos jurisdiccionales (art. 5 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial), su plasmación práctica se dificultaba sobremedida en un ámbito en el que, por un lado, la aplicación del texto constitucional resulta especialmente intensa³⁰ y, por otro, los principios de igualdad y seguridad jurídica hubieran demandado, idealmente, una respuesta lo más homogénea posible. Todo ello, unido a la imperiosa urgencia con la que habían de examinarse los asuntos, debido a las acuciantes necesidades derivadas de la protección de la salud.

En este contexto, los distintos órganos judiciales desarrollaron una, muchas veces, encomiable labor de innovación e integración jurídicas, que ha sido cuidadosamente examinada por Fernando MUÑOZ EZQUERRA y Mercedes RUS MORENO en su análisis de *«La ratificación judicial de las medidas sanitarias adoptadas durante la crisis del COVID-19»*. Nos detendremos aquí, por tanto, exclusivamente en lo que toca a los juicios de constitucionalidad contenidos en tales resoluciones.

- i) A tal efecto, un primer momento relevante de pronunciamientos judiciales sobre el particular se produjo con ocasión de la Fiesta del Trabajo celebrada el 1 de mayo de 2020, toda vez que las limitaciones impuestas por el artícu-

²⁹ Como señaló la STC 50/1984, de 5 de abril, al comienzo de su FJ 3, *«La distinción entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria no puede ser establecida, como a veces se hace, refiriendo la primera al "plano de la constitucionalidad" y la jurisdicción ordinaria al de la "simple legalidad", pues la unidad del ordenamiento y la supremacía de la Constitución no toleran la consideración de ambos planos como si fueran mundos distintos e incommunicables. Ni la jurisdicción ordinaria puede, al interpretar y aplicar la Ley, olvidar la existencia de la Constitución, ni puede prescindir la jurisdicción constitucional del análisis crítico de la aplicación que la jurisdicción ordinaria hace de la Ley cuando tal análisis es necesario para determinar si se ha vulnerado o no alguno de los derechos fundamentales o libertades públicas cuya salvaguardia le esté encomendada»*.

³⁰ Desarrollando a GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, consideraba DíEZ PICAZO, Luis, que si existe un supuesto en el que se pueda producir una aplicación directa de la Constitución por los Tribunales de Justicia, ese es el de la tutela de los derechos fundamentales que disponen de un ámbito especial de protección, pues en tales casos el juzgador deberá acudir al texto constitucional como parámetro directo de enjuiciamiento y no a través de una aplicación mediata [«Constitución, Ley, Juez». *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 5, n.º 15, 1985, p. 19].



lo 7 del Real Decreto 463/2020 afectaban, al menos indirectamente, al derecho de manifestación que, como variante del derecho de reunión, se consagra con el rango de derecho fundamental en el artículo 21.2 de la Constitución.

Así, en un lapso de dos o tres días se dictaron numerosas resoluciones por diversos Tribunales Superiores de Justicia, en recursos contencioso-administrativos interpuestos frente a actos denegatorios de manifestaciones a lo largo del territorio nacional. Al encontrarse vigente el primer estado de alarma y emanar las resoluciones denegatorias de las distintas delegaciones del Gobierno, se trató de recursos interpuestos por particulares, personas físicas o jurídicas, que fueron resueltos por sentencia. La mayoría de ellas declararon la conformidad a derecho de los actos administrativos recurridos y, por ende, confirmaron la procedencia de la denegación de autorización de las manifestaciones, por entender que los derechos a la vida, integridad física y protección de la salud consagrados en los artículos 15 y 43 de la Constitución habían de prevalecer sobre el derecho a manifestarse de su artículo 21.2. Así sucedió, en el caso madrileño, con la STSJ de Madrid n.º 195/2020, de 30 de abril (rec. 306/2020), que avaló la decisión de la Delegación del Gobierno, puntualizando además que la misma no se sustentaba en la aplicación del Real Decreto 463/2020, sino en la *«necesidad de evitar la difusión de la pandemia con sus secuelas de contagios, fallecimientos y enfermos»*, y aplicando, en consecuencia, un criterio puro de ponderación entre bienes jurídicos protegidos.

Llamativamente, la ratificación judicial de los actos administrativos denegatorios tuvo carácter mayoritario incluso en el caso de manifestaciones a bordo de vehículos, si bien debe tenerse en cuenta que, en aquella época, la pandemia era aún incipiente (apenas había transcurrido un mes y medio desde la declaración del estado de alarma y dos meses desde las primeras medidas de protección) y los efectos y forma de difusión del virus resultaban bastante desconocidos. Pueden citarse entre estos pronunciamientos la STSJ de Galicia n.º 136/2020, de 28 de abril (rec. 152/2020) que, a diferencia de la de Madrid, sí aludía específicamente en su fundamentación a la normativa reguladora del estado de alarma cuando afirmaba que *«la celebración de una manifestación formando caravana a bordo de vehículos no se encuentra entre dichas actividades [permitidas por el artículo 7 del Real Decreto 463/2020]»*, la STSJ de Castilla y León n.º 90/2020, de 30 de abril (rec. 1/2020) o la STSJ de Navarra n.º 70/2020, de 30 de abril (rec. 134/2020), que avaló la prohibición de una caravana de tan solo veinte vehículos, por entender que *«el riesgo es evidente atendido el número de vehículos que se van a mover, la duración de la caravana reivindicativa y (...) sin haberse si quiera propuesto medidas de desinfección de los turismos»*, considerando además que *«el uso*

de vehículos a motor no disminuye el riesgo de contagio sino que puede incluso incrementarlo, puesto que los vehículos son vectores del COVID 19».

Sin embargo, no todo fueron resoluciones desestimatorias. Sin ir más lejos, el mismo TSJ de Navarra, en otra sentencia dictada en el mismo día y por la misma ponente —Ilma. Sra. Dña. María Jesús Azcona Labiano— estimó un recurso y anuló una resolución denegatoria de una concentración simbólica de seis personas en Pamplona. Se trata de la sentencia n.º 69/2020, de 30 de abril (rec. 133/2020), en la que se afirmaba que *«Sabido es que el derecho de reunión como derecho fundamental no ha sido suspendido por el Decreto que declara el estado de alarma, no puede hacerlo; en todo caso debe entenderse que ha podido quedar limitado o restringido. Es cierto que tras el estado de alarma, las restricciones pueden ser más intensas habida cuenta de la situación de crisis sanitaria que sufre el país, pero por muy amplias que hayan sido las limitaciones o restricciones, ninguna ha comportado la suspensión de derechos fundamentales de los ciudadanos (...) Y a juicio de esta Sala, considerar el contexto de la actual crisis sanitaria existente, no puede significar que la Autoridad competente impida absolutamente el ejercicio de derecho de reunión. Dicho de otro modo no puede llevar a la Administración, en la práctica, en todo caso, y de plano, a la denegación de la concentración estática y reducida que nos ocupa, so pena de dejar el derecho de reunión vacío de contenido».*

En la misma línea se pronunciaba el que seguramente haya sido el Tribunal Superior de Justicia uniformemente más crítico con las medidas administrativas adoptadas durante los estados de alarma y el más celoso con la garantía de los derechos y libertades. Se trata del TSJ de Aragón, que ya en su sentencia n.º 151/2020, de 30 de abril (rec. 112/2020) advirtió que *«El estado de alarma no ampara la suspensión de ningún derecho. Pero, menos, limitación ninguna del derecho de reunión y libre manifestación»*, autorizando de este modo una marcha de sesenta vehículos por el centro de Zaragoza.

A este periodo corresponde también el ATC de 30 de abril de 2020, sobre el que incidiremos por razones sistemáticas en el siguiente apartado. Baste señalar en este momento que fue el único supuesto de un recurso de amparo frente a una sentencia —en este caso, del TSJ de Galicia— en la materia que llegó a acceder al Tribunal Constitucional, si bien resultó inadmitido.

En las siguientes semanas continuaron dictándose resoluciones sobre el particular, si bien se observó una tendencia tímidamente más proclive a la autorización de manifestaciones en las que los organizadores ofreciesen ciertas garantías de seguridad durante su desarrollo, lo que resultaba ya más congruente con una bien entendida distinción entre limitación y suspensión (ma-



terial) del derecho. Así, frente a la STSJ de Extremadura n.º 118/2020, de 12 de mayo (rec. 1/2020), que confirmó la denegación de una manifestación de tan solo treinta personas en Mérida bajo el cuestionable argumento de que no resultaría descartable que el propósito de los promotores fuese el de exceder dicho número para lograr el mayor éxito posible de la convocatoria, la STSJ de Castilla y León n.º 462/2020, de 21 de mayo (rec. 357/2020) anuló las resoluciones de las subdelegaciones del Gobierno en las nueve provincias castellanoleonesas que prohibieron las manifestaciones convocadas por el partido político Vox en forma de caravana, y la STSJ de Madrid n.º 214/2020, de 21 de mayo (rec. 319/2020) autorizó asimismo una manifestación promovida por el PCPE en Madrid, habida cuenta de que en la misma participarían un máximo de cincuenta personas, manteniendo una distancia mínima interpersonal de tres metros, provistas con mascarillas y guantes y adoptando las restantes medidas de seguridad señaladas por los organizadores. Citamos específicamente estos dos últimos casos como muestra de la evolución señalada puesto que, tan solo dos semanas antes, ambos TSJ rechazaron sendas manifestaciones en dos sentencias citadas *ut supra*.

- ii) Un segundo gran momento de pronunciamientos judiciales se produjo tras la cesación del primer estado de alarma y con anterioridad a la declaración del segundo y tercero, en la conocida como fase de «nueva normalidad», frente a las órdenes dictadas por las distintas Comunidades Autónomas acordando restricciones, una vez recobrado el ejercicio de sus potestades ordinarias. En esta segunda etapa, el objeto del examen judicial no eran actos administrativos sino disposiciones generales, y mayoritariamente no se trataba de recursos contencioso-administrativos interpuestos por particulares, sino de solicitudes de autorización o ratificación de medidas restrictivas de derechos fundamentales instadas por los propios gobiernos autonómicos autores de aquellas, por lo que fueron resueltas mediante autos. Además, fue en esta fase cuando se produjo una primera modificación de la LJCA, de modo que la competencia para conocer de dichas solicitudes, cuando sus destinatarios no se encontraran identificados individualmente, pasó de los juzgados de lo contencioso-administrativo a las salas de lo contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia.

Con carácter general, los autos dictados durante este periodo fueron más homogéneos en cuanto a la fundamentación jurídica y, desaparecido el marco habilitante del estado de alarma, tendían a ampararse todos ellos en una serie de normas a las que ya aludíamos en el apartado anterior: artículos 1 a 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública; artículo 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; artículos 27 y 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud

Pública, así como las respectivas normas sectoriales autonómicas (en el caso de la Comunidad de Madrid, artículo 55.1.a) de la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid)³¹.

En su gran mayoría, la ratificación se fundaba —en palabras del ATSJ de Extremadura de 21 de septiembre de 2020— en que *«Las medidas no suponen una limitación absoluta de los derechos fundamentales consagrados en el capítulo II del título I de la Constitución, sino una restricción o limitación (...), pero sin supresión de la referida actividad, con una limitación temporal»*, además de considerar las medidas como idóneas y proporcionadas.

No obstante, también existieron supuestos de denegación de la ratificación solicitada cuando los tribunales consideraron que las medidas propuestas traspasaban la difusa línea que separa la limitación de la suspensión de derechos. Así, por ejemplo, el ATSJ de Castilla y León, sede de Valladolid, n.º 229/2020, de 1 de octubre (rec. 753/2020), autorizó todas las medidas contempladas en la Orden SAN/963/2020, de 25 de septiembre, de la Consejería de Sanidad de la Junta de Castilla y León, para la contención del COVID-19 en el municipio burgalés de Miranda de Ebro, a excepción de la interdicción temporal de visitas a los centros residenciales de mayores y de salida de los residentes pues, a pesar de reconocer que se trataba de un colectivo especialmente vulnerable y afectado por los estragos de la pandemia, constató que la medida propuesta *«en tanto en cuanto no permite, bajo ningún concepto, la salida de las personas mayores de los centros residenciales supone la suspensión —y no solo la limitación o restricción— de su libertad de movimientos, por lo que no puede ser ratificada»*.

- iii) Aunque seguramente el derecho fundamental más afectado, y sobre el cual han recaído mayor número de pronunciamientos, haya sido la libertad de

³¹ En esta línea pueden citarse, a título ilustrativo, el ATSJ de Extremadura de 21 de septiembre de 2020 (rec. 391/2020), sobre medidas limitativas en el municipio de Bajadoz; el ATSJ de Galicia n.º 83/2020, de 23 de septiembre (rec. 7328/2020), sobre medidas de prevención en el Concello de Verín; el ATSJ de Castilla y León, sede de Valladolid, n.º 209/2020, de 24 de septiembre (rec. 720/2020), aprobando el cierre perimetral, la restricción de visitas a centros residenciales y la limitación de reuniones en el municipio vallisoletano de Pesquera de Duero; el ATSJ de Madrid n.º 116/2020, de 24 de septiembre (rec. 1071/2020), sobre limitación de agrupaciones de personas a un máximo de seis miembros; el ATSJ de Madrid n.º 133/2020, de 15 de octubre (rec. 1071/2020), que establecía limitaciones para determinadas zonas básicas de salud con mayor incidencia epidemiológica; el ATSJ de Extremadura n.º 125/2020, de 19 de octubre (rec. 451/2020), en cuanto a la limitación de reuniones a seis personas; el ATSJ de Navarra n.º 170/2020, de 22 de octubre (rec. 413/2020), sobre limitación de entrada y salida en la Comunidad Foral y cierre de la hostelería y restauración; el ATSJ de Galicia n.º 122/2020, de 23 de octubre (rec. 7429/2020), sobre limitación de la libre circulación en determinadas comarcas de la provincia de Orense, o el ATSJ de la Comunidad Valenciana n.º 142/2020, de 27 de octubre (rec. 296/2020), sobre restricción de la movilidad nocturna y limitación de reuniones.



circulación del art. 19.1 CE, las restricciones impuestas también han sido susceptibles de afectar a otros muchos derechos y libertades.

Entre ellos, pueden citarse, sin ánimo de exhaustividad, la integridad física (art. 15 CE), la libertad (art. 17 CE) y el derecho al honor (art. 18 CE), que se han cuestionado en recursos como el enjuiciado por las SSTS n.º 1569/2020, de 20 de noviembre (rec. 140/2020) y 781/2021, de 11 de junio (rec. 812/2020), a propósito de la obligatoriedad del uso de mascarilla, o por la sentencia n.º 55/2020, de 29 de abril, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 5 de Las Palmas de Gran Canaria (rec. 137/2020), respecto del sometimiento forzoso a pruebas de detección del virus por residentes en centros asistenciales; la libertad de culto (art. 16 CE), por limitaciones de aforos como los analizados en el ATSJ de Cataluña de 7 de mayo de 2021 (rec. 1595/2021); la libertad de entrada y salida en territorio nacional (art. 19.2 CE), en relación con el establecimiento de cuarentenas forzosas a los viajeros procedentes de determinados países, ratificadas en diversas resoluciones —si bien con votos particulares— por la Audiencia Nacional, como sus autos de 5 de marzo de 2021 (rec. 3/2021) y de 21 de abril de 2021 (rec. 7/2021); los derechos de manifestación y reunión (art. 21 CE), con múltiples resoluciones como las analizadas en el ordinal primero u otras posteriores como la STSJ de Madrid n.º 184/2021, de 6 de marzo (rec. 278/2021); el sufragio activo y pasivo (art. 23 CE), derivado de la convocatoria y celebración de elecciones, como las autonómicas catalanas, cuyo mantenimiento cautelar fue autorizado por ATSJ de Cataluña de 22 de enero de 2021 (rec. 121/2020); o la educación (art. 27 CE), como consecuencia de la suspensión de la impartición de enseñanzas y realización de exámenes presenciales y su sustitución por la modalidad telemática, examinada en resoluciones como el ATSJ de Asturias de 22 de enero de 2021 (rec. 31/2021).

A pesar de la paulatina fijación de criterios jurisdiccionales en cuanto a la ratificación de medidas limitativas de derechos y libertades, durante todo este periodo se produjeron importantes discrepancias entre distintos órganos judiciales y, en ocasiones, entre diferentes salas y secciones del mismo órgano. Citando un caso concreto, en relación con el cierre perimetral de municipios, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía dictó, en un lapso de seis días, dos resoluciones en sentidos opuestos, de modo que mientras que el auto de 4 de junio de 2021, de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo de su sede de Granada (rec. 1087/2021), denegó la ratificación del confinamiento del municipio de Bailén, el posterior auto de 10 de junio de 2021, de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-administrativo de su sede de Sevilla (rec. 561/2021), autorizó el cierre del municipio de Cantillana. En cuanto a su fundamentación, el primero consideraba, en síntesis, que el cierre pe-

rimetral de poblaciones enteras obstaculiza en su máximo grado la libre circulación en una parte del territorio nacional, implicando una suspensión y no una mera limitación de derechos fundamentales —pasando a ejemplificar en su FJ 11 diversas situaciones «ciertamente inadmisibles» que se podrían producir con la ratificación pretendida—³², mientras que el segundo entendió que la medida se encontraba legalmente amparada y era proporcionada e idónea.

También en el ámbito de la tutela cautelar se dictaron procedimientos muy dispares. Baste citar, por no dilatarlos excesivamente, un supuesto concreto como es el de las medidas de cierre de la hostelería y establecimientos de ocio, en el que tuvieron gran repercusión el auto de la Audiencia Nacional n.º 792/2020, de 21 de septiembre (rec. 1022/2020) y, posteriormente, los ATSJ del País Vasco de 9 de febrero de 2021 (rec. 94/2021) y de Canarias de 28 de junio de 2021 (rec. 193/2021), que accedieron a las suspensiones solicitadas, con un importante reproche —especialmente en el último— al contenido y forma de las disposiciones impugnadas, en tanto que otros muchas solicitudes corrieron opuesta suerte y merecieron pronunciamientos denegatorios de las medidas cautelares reclamadas³³.

Con todo, es de apreciar una cautelosa pero continuada evolución hacia una mayor exigencia de motivación y proporcionalidad de las medidas, requiriéndose paulatinamente que su adopción se justifique con datos reales y objetivos, y sean cada vez más acotadas e imprescindibles para lograr el objetivo pretendido, obligando al poder ejecutivo a ponderar debidamente su pertinencia en lugar de «matar moscas a cañonazos» o realizar competiciones para el establecimiento de nuevas restricciones, como pudo dar la sensación en algunas ocasiones. Así, por ejemplo, mientras que las decisiones menos lesivas, tales como el control de aforos o las medidas de higiene, se han venido ratificando sin mayores problemas, otras más intensas, como los cierres perimetrales o los toques de queda, van siendo autorizadas únicamente en los supuestos más graves y justificables, exigiéndose además que se extiendan a los ámbitos geográficos imprescindibles. De este modo, frente a la inicial

³² Esta sentencia fue posteriormente casada por la STS n.º 875/2021, de 17 de junio (rec. 4244/2021) que, no obstante, rechazó igualmente la ratificación del cierre perimetral solicitado, si bien con base en una distinta fundamentación, cual es la de que, si bien resulta posible dicho cierre al amparo de la legislación sanitaria vigente, «es carga de la Administración no limitarse a justificar la medida con base en el dato que considera, que es eficaz como presupuesto: es carga suya justificar y razonar también la necesidad del confinamiento, su idoneidad y proporcionalidad respecto del fin perseguido así como la inexistencia de otras alternativas, carga que la Administración ha desatendido».

³³ Coetáneos al auto del País Vasco, pero en sentido contrario, pueden citarse el ATSJ de Galicia de 17 de febrero de 2021 (rec. 7074/2021), el ATSJ de Cantabria de 18 de febrero de 2021 (rec. 54/2021) o ATSJ de la Comunidad Valenciana n.º 75/2021, de 4 de marzo (rec. 77/2021).



adopción generalizada de medidas a nivel autonómico o insular, se está tendiendo a su actual adopción a nivel municipal o inferior, bajo el riesgo de no resultar ratificadas en caso contrario³⁴.

- iv) En la primavera de 2021 se produjo el primer pronunciamiento del Tribunal Supremo en relación con la ratificación judicial de medidas limitativas de derechos fundamentales, como consecuencia de la reforma del artículo 87 y la introducción de un nuevo artículo 87 ter en la LJCA por Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, que posibilitó el acceso a casación de los autos dictados en aplicación de los artículos 10.8 y 11.1.i) de aquella ley. Se trata de la STS n.º 719/2021, de 24 de mayo (rec. 3375/2021) que, en lo que respecta a la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, enfatiza la necesidad de contar con instrumentos que definan su extensión y límites, siendo este un cometido principal de la Constitución y de las leyes, en tanto que el de los tribunales ha de enfocarse en la interpretación de aquellas en caso de conflicto.

La sentencia recuerda igualmente que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, la limitación de derechos fundamentales no necesariamente debe hacerse por ley orgánica; puntualización que, por otra parte, ya había sido puesta de manifiesto con anterioridad por otros órganos, como el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, mereciendo destacarse su auto n.º 128/2020, de 8 de octubre (rec. 1224/2020), en cuyo FJ 5 se analiza con profundidad la jurisprudencia constitucional sobre el particular.

La posterior STS n.º 788/2021, de 3 de junio (rec. 3704/2021), profundiza sensiblemente en el análisis de la materia, sentando que (i) la restricción o limitación de derechos fundamentales, por necesidades sanitarias o por cualquier otra causa, puede hacerse tanto dentro como fuera del estado de alarma, siendo el medio normal para ello los arts. 53 y 81 CE y no tanto el art. 116 CE, y que (ii) la vigente legislación sanitaria, aunque indudablemente escueta y genérica y no pensada para una calamidad de la magnitud de la pandemia del COVID-19, resulta suficiente para dar cobertura o fundamento normativo a tales restricciones.

³⁴ Esta tendencia comenzó a manifestarse en resoluciones como el ATSJ de Castilla y León n.º 273/2020, de 25 de octubre (rec. 1255/2020), que denegó la ratificación del toque de queda en toda la comunidad autónoma «por la intensidad de la afectación del derecho fundamental a la libre circulación de las personas, que queda en suspenso durante una franja horaria para toda la población de Castilla y León, de forma indiferenciada, sin distinción, a diferencia de lo realizado en las medidas anteriores, entre municipios más o menos afectados por la enfermedad transmisible». O, posteriormente, en el ATSJ de Canarias de 14 de julio de 2021 (rec. 209/2021), ratificado por la STS n.º 1092/2021, de 26 de julio (rec. 5388/2021), que rechazó el toque de queda y la limitación de reuniones en toda la isla de Tenerife, por no haberse motivado la imperiosa necesidad y la no existencia de medidas menos lesivas para contener el incremento de casos que venía produciéndose.

Descendiendo al supuesto concreto, analiza una solicitud de autorización del toque de queda promovido por el Gobierno de las Islas Baleares, que considera una medida más restrictiva que el cierre perimetral municipal examinado en la STS n.º 719/2021, consistente en la limitación de viajes entre determinadas islas del archipiélago canario, y ello tanto por los derechos afectados como por la intensidad de la afectación, razón por la cual *«esta Sala entiende que medidas sanitarias como las aquí consideradas, precisamente por su severidad y por afectar a toda la población autonómica, inciden restrictivamente en elementos básicos de la libertad de circulación y del derecho a la intimidad familiar, así como del derecho de reunión. Ello significa que requieren de una ley orgánica que les proporcione la cobertura constitucionalmente exigible»*. Y aunque, como se ha dicho, considere que el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986 —única norma que reviste dicha naturaleza— sí proporciona cobertura bastante, *«especialmente si se interpreta en conexión con las Leyes 14/2006 y 33/2011»*, rechaza la ratificación en el caso analizado, por entender que la medida propuesta no superaba el juicio de proporcionalidad atendidas las circunstancias, al no aportarse datos epidemiológicos que la justificaran y basarse puramente en consideraciones de prudencia.

De la misma fecha es también la STS n.º 792/2021, de 3 de junio (rec. 3669/2021), pero dictada en relación con el cierre perimetral del municipio granadino de Montefrío. En ella y en posteriores pronunciamientos, el Alto Tribunal ha venido reafirmando y perfilando aún más su jurisprudencia, que se resume con gran claridad en el FJ 4 de la STS n.º 875/2021, de 17 de junio (rec. 4244/2021), en el que insiste en que *«Ante restricciones tan severas y generalizadas como la prohibición de salir del propio domicilio durante determinadas horas del día ("toque de queda") o de limitar las reuniones, esa justificación exige acreditar que esas medidas son indispensables para salvaguardar la salud pública: no bastan meras consideraciones de conveniencia, prudencia o precaución»*.

Este breve recorrido por los avatares jurisprudenciales evidencia las relevantes divergencias que han existido en torno a la interpretación de una misma cuestión, que no es otra que la posibilidad de limitar derechos fundamentales y libertades públicas tanto en estado de alarma como en situaciones de normalidad constitucional, determinando los instrumentos adecuados al efecto, su alcance y límites. Aunque tales divergencias son indudables, como se ha tenido ocasión de examinar, y afectaron, sin duda, a la seguridad jurídica, así como a la mejor tutela de tales derechos y libertades, la multiplicidad de resoluciones recaídas y de fundamentaciones en ellas contenidas han coadyuvado decisivamente a enriquecer y limar el debate, aportando importantísimos argumentos y perspectivas hasta que, tras la reforma de la legisla-



ción rituaría contencioso-administrativa, fue posible el establecimiento de un criterio unificador por el Tribunal Supremo.

De todo ello, y a expensas de los ulteriores pronunciamientos constitucionales que se examinarán seguidamente, merece destacarse, como reflexión final, la complejidad que ha supuesto aplicar una legislación parca y pensada para situaciones individuales a restricciones generales de derechos que desbordaban cualquier previsión, así como el casuismo dimanante de cada medida cuya adopción se pretenda, que requerirá de una valoración individualizada de las circunstancias concurrentes, tanto respecto de la gravedad de la situación cuanto de la entidad e intensidad de la medida propuesta, a fin de poder valorar si se satisface el imprescindible juicio de proporcionalidad. A este respecto, con la cordura y el sosiego que proporciona un (aparente) mejor conocimiento del comportamiento del virus y la progresión en la vacunación, cabe felicitarse por una inequívoca tendencia a una mayor exigencia de motivación y proporcionalidad de las medidas restrictivas, sin que resulte posible su adopción con fines exclusivamente preventivos o *ad cautelam*.

5. Doctrina constitucional

a) Pronunciamientos previos

Cuanto se ha expuesto en el apartado precedente ha evidenciado la altísima conveniencia —por no decir necesidad— de fijación de doctrina constitucional en la materia, que posibilite la actuación de los distintos órganos judiciales con unos criterios comunes que permitan satisfacer unas mínimas exigencias de certeza y seguridad jurídica.

El ansiado pronunciamiento constitucional se ha producido con su sentencia n.º 148/2021, de 14 de julio, por la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad 2054-2020, al que posteriormente seguiría la sentencia n.º 183/2021, de 27 de octubre, resolutoria del recurso de inconstitucionalidad 5342/2020. No obstante, antes de abordar su análisis, conviene detenerse en las escasas resoluciones previas dictadas por el Tribunal Constitucional en relación con los estados de emergencia —dos autos y una sentencia— en las que se fueron perfilando algunas cuestiones sobre la materia:

- i) La primera de ellas es el ATC 7/2012, de 13 de enero, mediante el que se inadmitió el recurso de amparo 1598-2011, formulado por 322 controladores de tránsito aéreo contra el acuerdo del Pleno del Congreso de los Diputados de 16 de diciembre de 2010, de autorización de la prórroga del estado de alarma declarado por Real Decreto 1673/2010. Este recurso fue interpuesto

al amparo del artículo 42 de la LOTC que, como es sabido, es uno de los tres supuestos regulados en los artículos 42 a 44 de dicha norma que habilitan para la presentación del mismo.

Concretamente, este precepto permite impugnar en sede constitucional *«Las decisiones o actos sin valor de Ley, emanados de las Cortes o de cualquiera de sus órganos, o de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, o de sus órganos, que violen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional»*, planteándose entonces la cuestión de si los acuerdos parlamentarios por los que se autoriza la prórroga de los estados de alarma tienen o no valor de ley.

Como cabe intuir, el Tribunal consideró que tales acuerdos tienen valor de ley, y ello, por cuanto que *«es manifiesto que son de subsumir también en la misma aquellas decisiones o actos parlamentarios que sin ser leyes o fuentes equiparadas a la ley, sí pueden, conforme a la propia Constitución, afectar a aquellas normas legales o asimiladas, esto es, excepcionarlas, suspenderlas o modificar su aplicabilidad legítimamente»* (FJ 3). Si bien contó con un voto particular del magistrado don Luis Ignacio Ortega Álvarez, que entendía que ni la norma de declaración del estado de alarma podía ser considerada con valor de ley, al revestir la forma de decreto del Consejo de Ministros, ni menos aún la autorización de prórroga, ya que su funcionalidad es meramente la de autorizar la prórroga del plazo inicial, sin aportar otro contenido normativo respecto a la sustantividad de los derechos afectados por tal declaración gubernamental.

- ii) La segunda es la STC 83/2016, de 28 de abril, por la que se desestimó el recurso de amparo 4703-2012, promovido por 327 interesados frente a la sentencia de inadmisión del recurso contencioso-administrativo formulado frente al Real Decreto 1673/2010; fundada en la falta de jurisdicción de los tribunales ordinarios para conocer de cualquier recurso frente al mismo, a la vista de la doctrina sentada en el anterior ATC 7/2012.

La sentencia, que en este caso fue dictada por unanimidad, tras la avocación del conocimiento del recurso por el Pleno, consolidó el criterio sentado en el ATC 7/2012, considerando que los reales decretos de declaración y prórroga de los estados de alarma, a pesar del instrumento formal empleado, revisten fuerza o valor de ley, y ello en la medida en que establecen modificaciones *pro tempore* en la aplicabilidad de determinadas normas del ordenamiento vigente, incluidas disposiciones legales que, sin ser derogadas o modificadas, sí pueden ver alterada su aplicabilidad ordinaria.

En otras palabras, tales normas establecen el estatuto jurídico del estado que se declara, integrando, junto con la Constitución y la LOAES, el sistema de



fuentes del mismo, que constituye fuente de habilitación de disposiciones y actos administrativos y que desplaza durante su ámbito temporal la legalidad ordinaria en vigor. Puntualizaba, además, que se trata de normas dictadas por el Gobierno en su condición de órgano constitucional y no en la de órgano superior de la Administración.

Por todo ello, la sentencia desestimó el recurso interpuesto aunque, a tenor de la doctrina contenida en la misma, debería haberlo inadmitido, pues no entró a conocer del fondo del asunto, sino únicamente a confirmar la improcedencia de recurrir en amparo las disposiciones que constituyeron su objeto, habida cuenta de su rango normativo.

- iii) El tercero y último es el ATC 40/2020, de 30 de abril, que presenta la particularidad de haber sido dictado, no ya en relación con el estado de alarma declarado por Real Decreto 1673/2010, sino con el ocasionado por la pandemia por coronavirus. Concretamente, este auto inadmitió el recurso de amparo 2056-2020, formulado por el sindicato Central Unitaria de Trabajadores/as (CUT) frente a la sentencia n.º 136/2020, de 28 de abril, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (rec. 152/2020) que, a su vez, desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto frente a la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Pontevedra relativa a la celebración de una manifestación en Vigo el 1 de mayo de 2020.

Paradójicamente, y contrariamente a lo que sucede con la STC 83/2016, en este caso se trata de una inadmisión que más bien debió ser una desestimación, puesto que el auto entra a examinar la cuestión de fondo y rechaza el recurso por motivos sustantivos y no por vicios procedimentales³⁵.

En efecto, tras afirmar que el estado de alarma no permite la suspensión de ningún derecho fundamental, recuerda que el derecho de reunión no tiene —al igual que ningún otro— carácter ilimitado, entrando a ponderar la proporcionalidad de la decisión administrativa, que considera justificada, toda vez que *«la limitación del ejercicio del derecho tiene una finalidad que no solo ha de reputarse como legítima, sino que además tiene cobertura constitucional bastante en los arts. 15 (garantía de la integridad física de las personas) y 43 CE (protección de la salud), ambos tan intensamente conectados que es difícil imaginarlos por separado»*.

³⁵ Este parecer es compartido por PRESNO LINERA, Miguel Ángel, para quien *«Lo primero que llama la atención es que se trata de un Auto de inadmisión que se parece mucho en su extensión (los fundamentos jurídicos ocupan 15 páginas) y, sobre todo, en sus argumentos a lo que podría ser una sentencia desestimatoria de un recurso de amparo previamente admitido a trámite»* [«El estado de alarma en España: desde el origen al COVID-19». *Revista Estudios Institucionais*, v. 6, n.º 3, 2020, p. 986].

Dicho auto no solo examina la cuestión de fondo sino que, además, viene a validar *obiter dictum* el confinamiento domiciliario que posteriormente declarará inconstitucional, cuando manifiesta que «*Ante esta incertidumbre tan acentuada y difícil de calibrar desde parámetros jurídicos que acostumbran a basarse en la seguridad jurídica que recoge el art. 9.3 de la Constitución, las medidas de distanciamiento social, confinamiento domiciliario y limitación extrema de los contactos y actividades grupales, son las únicas que se han adverdado eficaces para limitar los efectos de una pandemia de dimensiones desconocidas hasta la fecha. Desconocidas y, desde luego, imprevisibles cuando el legislador articuló la declaración de los estados excepcionales en el año 1981*».

b) Sentencia n.º 148/2021, de 14 de julio de 2021

Sin más antecedentes que los anteriores³⁶, ha sido dictada la STC n.º 148/2021, de 14 de julio, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad 2054-2020³⁷, interpuesto por más de cincuenta diputados del grupo parlamentario Vox en el Congreso contra los artículos 7, 9, 10 y 11 del Real Decreto 463/2020, con las prórrogas y en la redacción resultante de las modificaciones operadas por los Reales Decretos 465/2020, de 17 de marzo; 476/2020, de 27 de marzo; 487/2020, de 10 de abril, y 492/2020, de 24 de abril, así como la Orden SND/298/2020, de 29 de marzo, por la que se establecen medidas excepcionales en relación con los velatorios y ceremonias fúnebres para limitar la propagación y contagio por el COVID-19 (Orden SND/298/2020, en lo sucesivo).

La sentencia inadmite parcialmente el recurso en lo que respecta a esta última Orden SND/298/2020, por tener un rango reglamentario que imposibilita su impugnación a través de un procedimiento de inconstitucionalidad.

Examinada la causa de inadmisión parcial, la sentencia comienza realizando en su FJ 3 una serie de consideraciones generales en relación con la extensión y límites de los derechos fundamentales, en lo que a su respeto y efectividad se refiere, durante los estados excepcionales y, en particular, durante el estado de alarma. De este modo, constata —siendo esta una cuestión que difícilmente admite discusión— que,

³⁶ Como reconoce el propio ATC 40/2020, «*es la primera vez que nuestra actual democracia se ha visto en la necesidad de enfrentarse ante un desafío de esa magnitud y de poner en marcha los mecanismos precisos para hacerle frente*».

³⁷ Este recurso fue interpuesto con fecha de 28 de abril de 2020 y admitido a trámite por acuerdo adoptado en la sesión plenaria del Tribunal Constitucional de 6 de mayo de 2020, que fue celebrada de forma no presencial debido a las restricciones derivadas de la pandemia, durante la vigencia del anterior acuerdo del Pleno de 16 de marzo de 2020, en el que se resolvió interrumpir los plazos para realizar cualesquiera actuaciones procesales o administrativas durante la vigencia del Real Decreto 463/2020 y sus prórrogas.



a diferencia de los estados de excepción y de sitio, el estado de alarma no permite suspender derechos fundamentales³⁸, todos los cuales *«siguen vigentes, y no quedan desplazados por la ordenación singular que dispone al efecto la LOAES (arts. 16 a 23, 26 y 32.3, sobre todo)»*. No obstante, matiza a continuación que lo que la LOAES sí puede atribuir al poder político son *«potestades extraordinarias que puedan deparar la constricción temporal de determinados derechos fundamentales, con modificación, por tanto, de su régimen jurídico ordinario»*.

Partiendo de la reconocida posibilidad de limitación del régimen ordinario de determinados derechos, se trazan dos límites (uno genérico, igual para todos los supuestos, y otro específico, que habrá de ser objeto de análisis casuístico) para que las restricciones que puedan acordarse no devengan inconstitucionales:

- El límite genérico consiste en que las restricciones acordadas no supongan una auténtica suspensión de los derechos, residiendo, por ende, el *quid* de la cuestión en determinar cuál haya de ser la línea divisoria que distinga la limitación de la suspensión, para lo cual la sentencia acude a un criterio material, de intensidad de la restricción. En palabras del Tribunal, *«La suspensión es, pues, una limitación (o restricción) especialmente cualificada, según resulta tanto del lenguaje habitual como del jurídico»*.
- El límite específico respecto de las medidas que pudieran adoptarse consiste, de conformidad con lo señalado por la sentencia, en (i) que concurren las circunstancias extraordinarias que amparan su adopción, cifradas en el artículo 4 de la LOAES, (ii) que su contenido efectivo se atenga a las medidas abstractas amparadas por los artículos 11 y 12 de la LOAES para los estados de alarma, y (iii) que resulten proporcionadas, según el triple juicio —de idoneidad, necesidad y razonabilidad— sentado por reiterada doctrina constitucional. En realidad, aunque la sentencia no lo diga, el primer punto constituye un presupuesto para la declaración del estado de alarma, en tanto que el segundo y el tercero sí que son verdaderos límites que habrán de ser apreciados respecto de cada una de las medidas que se adopten bajo su cobertura³⁹.

³⁸ Esta premisa es congruente con lo ya señalado en la STC 83/2016, cuyo FJ 8 afirmó taxativamente que *«A diferencia de los estados de excepción y de sitio, la declaración del estado de alarma no permite la suspensión de ningún derecho fundamental (art. 55.1 CE contrario sensu)»*. Ídem en el ATC 40/2020.

³⁹ Tal vez por ello, no se acierta a sistematizar estos límites específicos en la sentencia cuando, en su pág. 39, manifiesta que los mismos se derivan *«(i) ...del obligado respeto a los principios de legalidad (ii) y (iii) de proporcionalidad»*. La omisión en la calificación del segundo punto quizá se deba a que tanto el primer como el segundo límite específico derivan ambos del respeto al principio de legalidad, parametrizado en este caso por la LOAES —en el primero, respecto de las causas o presupuestos para la declaración del estado de alarma de su art. 4 y, en el segundo, respecto de sus efectos o medidas permitidas según sus arts. 11 y 12.

A continuación, pasa a analizar individualizadamente cada una de las posibles vulneraciones de derechos planteadas en el recurso, tarea que aborda en sus FJ 4 a 10, que pueden quedar resumidos como sigue:

- i) En el FJ 4 no considera que se hubiese vulnerado el derecho fundamental a la libertad consagrado en el **art. 17 CE**, y ello por cuanto que las restricciones derivadas del art. 7 del Real Decreto 463/2020 eran muy específicas y se circunscribían a la licitud de los desplazamientos —esto es, a la libertad de circulación del art. 19 CE—, fuera de cuyo ámbito no existió afectación a la autonomía del individuo en sus acciones y conducta.
- ii) Distinta lectura merece, en cambio, el derecho fundamental a la libertad de circulación del **art. 19 CE**, que el FJ 5 sí considera conculcado por aquella norma. A esta conclusión llega tras constatar, en primer lugar, que la regulación cuestionada no se limitó a acotar o delimitar los cauces del ejercicio de aquella libertad, *«sino que la limita o restringe de modo drástico, hasta el extremo de alterar o excepcionar pro tempore su contenido esencial»* y, en segundo lugar, que dicha restricción excede del contenido permitido por los arts. 11 y 12 de la LOAES, toda vez que esta permite «limitar» la circulación, mientras que aquella cancela el contenido inherente a la misma —que no es otro que el de la libre deambulación y permanencia por las vías y espacios de uso público sin necesidad de tener que dar cuenta a la autoridad de las razones que la motivan—, ya que la norma impugnada planteó la libertad de circular no como regla, sino como excepción, siendo *«una excepción doblemente condicionada, además, por su finalidad (“únicamente... para la realización” de ciertas actividades más o menos tasadas) y sus circunstancias (“individualmente”, de nuevo salvo excepciones)»*. En consecuencia, la regla general se convierte en la prohibición, mientras que la posibilidad de circulación pasa a ser excepcional y requiere su justificación.

Por idénticas razones, se ve igualmente afectado el derecho fundamental a elegir libremente la propia residencia, protegido en el mismo precepto constitucional, ya que dicho derecho comprende, como una de las facultades que le son inherentes, la de trasladar en cualquier momento tal residencia habitual a un lugar diferente.

Corolario de lo anterior es la vulneración que también se produce de los **arts. 18 y 21.1 CE**, relativos a mantener reuniones privadas por razones familiares o de amistad, incluso en la esfera doméstica.

- iii) Por el contrario, el FJ 6 rechaza que las medidas adoptadas hubiesen supuesto la suspensión no permitida de los derechos fundamentales de reunión y de manifestación previstos en el **art. 21 CE** —no obstante la consideración



contenida en el FJ 5 a propósito de las reuniones privadas en el ámbito doméstico—. A este respecto, constata que *«ni la Constitución contempla, ni la LOAES ha previsto, la constricción genérica de la libertad de manifestación durante un estado de alarma, por lo que el decreto declaratorio del mismo no puede excepcionar o cancelar este derecho, ni el impugnado art. 7 del mismo contempla esta posibilidad»*. Por ello, considera que el derecho de manifestación permaneció incólume, al seguir abierta durante el estado de alarma la posibilidad de dirigir la comunicación previa a la autoridad para su celebración, si bien admite que en la práctica se vio *«dificultado en alto grado»* su ejercicio, pero, como se señala en sus SSTC 58/1982 y 83/2020, la mera posibilidad de un uso torticero de las normas no puede ser nunca en sí misma motivo bastante para declarar su inconstitucionalidad.

- iv) El FJ 7 también rechaza que se haya producido vulneración de los **arts. 6, 7 y 23 CE**, en cuanto a la posibilidad de acudir a reuniones de partidos políticos, sindicatos y asociaciones empresariales, dado que, aunque el art. 7 del Real Decreto 463/2020 no mencionaba expresamente estos casos entre los supuestos de desplazamientos permitidos, sí que amparaba la circulación al lugar de trabajo e incluía una cláusula de cierre para posibilitarla en *«cualquier otra actividad de análoga naturaleza»*, por lo que no resulta posible una interpretación excluyente. Añade también que el artículo 40.1 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, permitió a todo tipo de asociaciones la celebración de las sesiones de sus órganos de gobierno por videoconferencia⁴⁰.
- v) El FJ 8 se ocupa del examen del derecho fundamental a la educación contenido en el **art. 27 CE**, que tampoco considera conculcado por las medidas adoptadas en virtud del art. 9 del Real Decreto 463/2020. Así, tras constatar

⁴⁰ En cambio, en relación con la función de control de las Cortes Generales al Gobierno durante los estados excepcionales y, específicamente, a propósito del derecho fundamental consagrado en el art. 23.2 CE, resulta muy relevante la posterior STC 168/2021, de 5 de octubre, que estima el recurso de amparo 2109-2020, promovido por cincuenta y dos diputados del Grupo Parlamentario Vox en el Congreso de los Diputados frente a la suspensión generalizada de la tramitación de toda clase de iniciativas parlamentarias decretada por acuerdo de la Mesa de dicha Cámara de 19 de marzo de 2020, al considerar que *«impidió a estos [diputados recurrentes] el ejercicio de su propia actividad parlamentaria y de cualquier iniciativa parlamentaria que pudieran registrar en la Cámara, entre ellas y de modo primordial la función de control al Gobierno, que forma parte del contenido esencial de su derecho de participación política»*. Y ello, considerando que el art. 116 CE, en sus apartados 5 y 6, impide interrumpir el funcionamiento del Congreso y modificar el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes durante la vigencia de tales estados de crisis, periodos estos en los que *«la preeminencia del Poder Legislativo sobre el Ejecutivo en un sistema de democracia parlamentaria cobra especial significación»*, de manera que *«en el estado de alarma, el ejercicio del derecho de participación política de los diputados del Congreso debe estar, en todo caso, garantizado y, de modo especial, la función de controlar y, en su caso, exigir al Gobierno la responsabilidad política a que hubiera lugar»*.

que se produjo una afectación a la aplicabilidad ordinaria de normas legales —específicamente, en lo tocante a la educación presencial— recuerda, con cita a su STC 133/2010, que el precepto constitucional *«no consagra directamente el deber de escolarización entendido como asistencia personal del alumno al centro docente»*; que el art. 12.1 de la LOAES en relación con el art. 54.2 de la Ley 33/2011 permiten el cierre preventivo de instalaciones y la suspensión temporal de actividades, y que las medidas pueden considerarse adecuadas y proporcionadas en atención a las circunstancias existentes al tiempo de su adopción.

- vi) Especial interés reviste el FJ 9, en el que se examina la constitucionalidad de las medidas acordadas en relación con el ejercicio de actividades y su acomodo a los derechos reconocidos en los **arts. 35.1 y 38 CE**.

Como precisión preliminar, y aun cuando la sentencia los califica en varias ocasiones de derechos fundamentales, son los únicos, de entre los que se funda el recurso de inconstitucionalidad interpuesto, que se encuentran ubicados sistemáticamente dentro de la sección 2.^a del capítulo segundo del título I de la Constitución, relativo a los derechos y deberes de los ciudadanos. Por ello, conviene no perder de vista que, a diferencia de lo que sucede en materia de garantías, en donde el art. 53 CE consagra un régimen de tutela diferenciado para los derechos fundamentales y libertades públicas de la sección 1.^a, a través del recurso de amparo, en el ámbito de la suspensión de su ejercicio, la interdicción contenida en el artículo 55.1 CE es consustancial a todos los derechos y deberes fundamentales del título I, sin distinción entre secciones.

Hecha la anterior observación, se descarta la vulneración del primero de los preceptos señalados, referido al derecho-deber de trabajar, ya que su contenido no comporta el derecho a desarrollar cualquier actividad sino a elegir libremente la profesión u oficio (por todas, STC 83/1984, FJ 3). Por tanto, el debate queda centrado en el segundo, en su vertiente de ejercer libremente la actividad empresarial. Respecto de este, constata que la norma recurrida *«constríne intensísimamente»* el mantenimiento de la actividad empresarial en diversos sectores, si bien entiende que tales restricciones encuentran amparo legal en los apartados b) y e) del art. 11 de la LOAES y que, a pesar de la intensidad señalada, no puede equipararse a la suspensión apreciada en lo relativo a la libertad de circulación, ya que la suspensión de actividades *«no es general, sino que está expresamente limitada a ciertos ámbitos»*, con lo que *«Se imponen, así, unas reglas que, por su propia estructura y pese a su amplísimo alcance, se ajustan más a la naturaleza de una limitación muy intensa que a la de una suspensión general»*.



Sí declara, por el contrario, la inconstitucionalidad del apartado 6 del art. 10 del Real Decreto 463/2020, en cuanto que *«habilita al Ministro de Sanidad para modificar, ampliar o restringir las medidas, lugares, establecimientos o actividades enumeradas en los apartados anteriores, por razones justificadas de salud pública»*, pues los efectos del estado de alarma han de contenerse en el decreto que lo instaure, sin remisión a disposiciones o actos ulteriores que puedan ampliar sus términos al margen de las normas que lo regulan y de los órganos competentes para dictarlas. En definitiva, no cabe apoderar o delegar en terceros la modificación de unas restricciones, para ampliarlas, que solo pueden declarar el Consejo de Ministros, con comunicación al Congreso de los Diputados, durante el plazo máximo inicial de quince días, o este último a petición de aquel para sus prórrogas.

- vii) Finalmente, el FJ 10 se refiere a la libertad religiosa y de culto consagrada en el **art. 16 CE**, que la sentencia no considera vulnerada, al contemplar expresamente el art. 11 del Real Decreto 463/2020 la asistencia a lugares de culto y a ceremonias religiosas, si bien condicionándolas a la adopción de medidas organizativas para garantizar la seguridad de los asistentes.

Una vez concluido el análisis pormenorizado, finaliza la sentencia su fundamentación con la que, sin duda, es la parte más sorprendente y, a buen seguro, polémica, de todas. Nos referimos al FJ 11, dedicado, según se enuncia en su primer párrafo, a *«determinar el alcance preciso de la controversia y, con ello, los efectos de esta sentencia»*.

La determinación del alcance y efectos de la sentencia no es algo extraño y, de hecho, el propio artículo 92 de la LOTC, tras la modificación operada por la Ley Orgánica 15/2015, de 16 de octubre, contempla expresamente la posibilidad de que el Tribunal fije en la sentencia no solo quién haya de ejecutarla, sino también cómo ha de llevarse a efecto dicha ejecución, estableciendo en ella las medidas de ejecución necesarias. Además, es relativamente frecuente en la práctica este tipo de pronunciamientos, pudiendo citarse, a título meramente ejemplificativo y entre otros muchos, la STC 132/2010, en la que, a pesar de declararse la inconstitucionalidad de los preceptos impugnados por incumplimiento de la reserva de ley orgánica, se consideró conveniente no declarar su nulidad para evitar un vacío indeseable en el ordenamiento jurídico, o la STC 59/2017, matizando que la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de los arts. 107.1, 107.2 a) y 110.4 del texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, lo es únicamente en la medida que someten a tributación situaciones de inexistencia de incrementos de valor.

No es, por tanto, polémico el objeto de dicho Fundamento, sino la interpretación que en el mismo se hace, pues en él se aparta de la concepción diferenciadora o individualizadora de los distintos estados de crisis, que tuvimos ocasión de exponer en el apartado 2, para optar por una nueva interpretación «integradora» de los tres, llamada a «*superar una distinción radical entre tales circunstancias habilitantes*» de cada uno de los estados y, por tanto, que no constituyan «*compartimentos estancos e impermeables*», de modo que pueda justificarse el salto de uno a otro en atención a la gravedad de las circunstancias.

Partiendo de esta nueva interpretación, considera que «*tal situación hubiera permitido justificar la declaración de un estado de excepción atendiendo a las circunstancias realmente existentes, más que a la causa primera de las mismas; legitimando, con ello, incluso la adopción de medidas que impliquen una limitación radical o extrema (suspensión, en los términos razonados en el FJ 5) de los derechos aquí considerados*».

Tras la anterior y sorprendente digresión —sobre la que retornaremos más adelante— concluye, entonces sí, aclarando propiamente los efectos del fallo, declarando no susceptibles de ser revisadas las situaciones firmes, pero también «*las demás situaciones jurídicas generadas por la aplicación de los preceptos anulados*», a excepción de los procedimientos penales o administrativos sancionadores, y considerando que se trató de medidas que los ciudadanos tenían el deber jurídico de soportar, por lo que la declaración de inconstitucionalidad no constituirá, *per se*, título para fundar eventuales reclamaciones de responsabilidad patrimonial.

c) Votos particulares

No puede obviarse que la sentencia, lejos de haberse pronunciado por unanimidad, ha sido objeto de prolongados debates y que, tras una primera deliberación en la que no se alcanzó un acuerdo, con un Pleno dividido entre el voto favorable de cinco magistrados, el voto contrario de otros cinco —entre ellos, el de su Presidente⁴¹— y la abstención de la Vicepresidenta, fue finalmente aprobada por la mínima la ponencia del magistrado don Pedro González-Trevijano Sánchez, tras decantarse a favor de la misma la Vicepresidenta, doña Encarnación Roca Trías.

⁴¹ En caso de empate, ordinariamente hubiera bastado el voto de calidad del Presidente para dictar sentencia, tal y como resulta del artículo 90 de la LOTC. Sin embargo, la composición del actual Tribunal dejó de estar formada por un número par de magistrados tras la renuncia de don Fernando Valdes Dal-Ré el 14 de octubre de 2020, sin haber sido sustituido al tiempo de pronunciarse aquella, razón por la cual el Pleno se encontraba transitoriamente conformado por once magistrados en lugar de los doce previstos en los artículos 159 de la Constitución y 5 de la LOTC.



A pesar de que, como es sabido, los votos particulares carecen de eficacia jurídica, por su número y la variedad de argumentos que ofrecen (no ha existido ningún voto concurrente) resulta imprescindible detenerse en su examen, tanto para ayudar a comprender las discrepancias acaecidas en el seno del Pleno como por los distintos criterios que aportan cada uno de ellos, algunos de los cuales no cabe descartar que puedan incorporarse a futuros pronunciamientos en los que pueda modularse o matizarse la doctrina sentada en esta sentencia.

Voto particular del Presidente, don Juan José González Rivas: considera, a diferencia del criterio mayoritario, que la suspensión de derechos fundamentales ha de ser interpretada desde un punto de vista formal y no sustantivo. Desde esta perspectiva, el artículo 19 CE no fue formalmente suspendido, por lo que no cabría hablar de suspensión, sino tan solo de limitación, ya que «no ha perdido enteramente su vigencia, con lo que el poder público del estado de alarma no puede restringirlo de un modo ilimitado». En ese sentido, entiende que las restricciones impuestas «disminuye[n] pero no suspende[n] el ejercicio del derecho fundamental, sin hacer desaparecer las garantías constitucionales dimanantes de su contenido esencial», entre las que incluye la necesidad de ponderación por las autoridades administrativas y el control jurisdiccional ordinario. Aboga por acudir al principio de proporcionalidad para realizar dicha ponderación, desde cuya óptica cree justificadas las medidas de confinamiento, al tener su vigencia carácter temporal y resultar acordes con las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud. Una segunda divergencia lo es en cuanto a la aclaración realizada en el FJ 11 a propósito de la responsabilidad patrimonial derivada de las medidas adoptadas, en donde advierte que el artículo 3.2 de la propia LOAES contempla la procedencia de indemnización por los daños derivados de medidas legalmente adoptadas, cuando concurren los requisitos al efecto, sin que proceda vedar aquella de modo generalizado.

Voto particular del magistrado don Andrés Ollero Tassara: en él se sostiene la tradicional distinción entre los supuestos determinantes de la declaración de cada uno de los estados de crisis y aboga, para evaluar la legitimidad de las restricciones que puedan acordarse, por realizar un juicio de proporcionalidad a la luz de las concretas causas determinantes de la situación de excepcionalidad, de modo que «Sería precisamente la desproporción lo que podría afectar al contenido esencial de un derecho fundamental y no la suspensión de este lo que convierta en fuera de lugar todo control». En cierta medida, se trataría de un contenido esencial «flexible» de los derechos fundamentales adaptado a las circunstancias, en el que se analizase la constitucionalidad de las restricciones en atención a su adecuación al caso concreto; cuestión que ilustra

ejemplificando riesgos que puedan darse en cada uno de los supuestos (así, en un estado de alarma un tanque puede resultar inocuo, mientras que en un estado de sitio el riesgo de contagio quizá pase a un segundo plano). Con base en lo anterior, considera que *«La clave, a mi juicio, radica en que al declarar el estado de excepción se decide, a priori, afectar al contenido esencial de derechos fundamentales. Por el contrario considero que el estado de alarma solo se convierte en inconstitucional cuando se detecta a posteriori —puede que incluso de modo cautelar— que la limitación de los derechos en las previsiones de la norma o en la aplicación a un caso concreto es desproporcionada, afectando por tanto a su contenido esencial»*.

Voto particular del magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos: el más extenso y fundado de los votos particulares vuelve a ahondar en el principio de proporcionalidad como parámetro de enjuiciamiento de la constitucionalidad de las medidas adoptadas, defendiendo la evolución desde una concepción esencialista del Derecho, que entiende que ha venido manteniendo el Tribunal Constitucional desde su creación —con la necesidad de definir apriorísticamente un contenido esencial e inamovible de todos y cada uno de los derechos constitucionalmente consagrados—, hacia una posición constructivista que considera más acorde con el signo de los tiempos y la complejidad de los retos dimanantes de la sociedad actual. Al igual que el voto precedente, disiente del parecer mayoritario en la graduación de los estados de crisis en atención a la gravedad de sus efectos, insistiendo en la intención del legislador —manifestada en los debates parlamentarios y positivizada en la LOAES— de diferenciarlos en virtud de sus causas, de modo que, para que proceda su declaración, ha de concurrir el presupuesto habilitante de cada uno de ellos.

Partiendo de las anteriores premisas, considera que la suspensión y la limitación de derechos son instituciones jurídicas diferentes, cuya distinción —y en este punto coincide con el voto particular del Presidente— reviste carácter formal y no material o de intensidad de la restricción. Atendiendo a este criterio, la suspensión únicamente tendría lugar si así se acuerda por la autoridad competente a través del procedimiento legalmente establecido, que solamente se encuentra previsto para los estados de excepción y sitio, con los límites dimanantes del art. 55 CE. En estos casos, el derecho fundamental *«se desconstitucionaliza»*, de modo que deja de existir como tal y solo tendrá el alcance que le otorguen las normas que regulen tales estados. Por el contrario, en la limitación, el derecho fundamental continúa vigente pero, dado que su contenido no es absoluto, su ejercicio podrá verse más o menos constreñido en cuanto que entre en colisión con otros derechos o bienes jurídicos que se consideren



merecedores de mayor protección. Atendiendo a esta posición constructivista anteriormente mencionada, el contenido esencial del derecho tendrá un alcance variable en atención a las circunstancias (de donde, por ejemplo, resulta constitucionalmente admisible la privación de libertad derivada del ingreso forzoso a un enfermo conforme al art. 763 LEC, cuando resultaría inadmisibles en caso de personas con sus facultades mentales íntegras). Consecuencia de lo anterior es que las limitaciones pueden llegar a ser tan intensas como la suspensión si el juicio de ponderación lo justifica, por lo que *«pueden conllevar un «vaciamiento de hecho» del contenido de este derecho, no por ello estas limitaciones determinan la suspensión del referido derecho, pues la norma iusfundamental, esto es, el art. 19 CE, no ha sido privada temporalmente de eficacia»*.

De conformidad con dicha posición, las medidas de confinamiento acordadas durante el estado de alarma no tendrían carácter suspensivo, sino limitativo de la libertad de circulación y, por ende, no habrían devenido inconstitucionales, ya que las potestades exorbitantes derivadas del art. 116.1 CE habilitan al Gobierno para adoptar medidas que incidan temporalmente en el régimen jurídico del derecho, *«llegando incluso a restringir intensamente su contenido esencial o incluso, en determinadas circunstancias, impedir su ejercicio»*, siempre dentro de la cobertura de la LOAES. A propósito de esta, admite que el confinamiento decretado tendría difícil encaje en el primer inciso de su artículo 11.a), que permite limitar la circulación *«en horas y lugares determinados»*, pero sí obtendría cobertura suficiente en su segunda premisa, consistente en *«condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos»*. Por último, considera que se satisfaría el juicio de proporcionalidad, al desconocerse al tiempo de su adopción la existencia de otras medidas igualmente idóneas pero menos restrictivas para impedir la propagación del virus, encontrándose las decretadas en consonancia con las recomendaciones sanitarias y con las adoptadas por otros muchos países de nuestro entorno.

Voto particular del magistrado D. Cándido Conde-Pumpido Tourón: al igual que los anteriores, critica la concepción gradualista de los estados de crisis que se realiza en la sentencia y defiende asimismo que la distinción entre suspensión y limitación de los derechos ha de tener carácter formal y no material, de modo que *«ni la intensidad de la restricción, ni su generalidad, ni ambas conjuntamente, pueden determinar la transformación de una restricción en una suspensión»*, sino que la suspensión a que se refiere el art. 55.1 CE exige una declaración expresa y *«no es sino la supresión temporal del derecho y de sus garantías constitucionales, y su sustitución por lo dispuesto en la normativa de excepción»*. Como consecuencia de ello, una medida como

la de confinamiento domiciliario podría ser igualmente adoptada en los estados de alarma y de excepción, pero lo que variaría sería su régimen jurídico y las garantías de los derechos afectados. Y, como parte de ese régimen, el control en el estado de alarma pasaría por la verificación (i) de la concurrencia de alguno de los presupuestos que habilitan a su declaración, (ii) de la sujeción de las medidas aprobadas a la LOAES y (iii) de la proporcionalidad de dichas medidas. Concluye el argumentario con una, a mi juicio, descontextualizada y desafortunada cita al primer presidente del Tribunal Constitucional, D. Manuel García Pelayo, *«quien señaló que la función del Tribunal Constitucional es la de resolver problemas políticos con argumentos jurídicos»*⁴².

Voto particular de la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón: disiente nuevamente del parecer mayoritario al considerar que el instrumento elegido por el Ejecutivo —estado de alarma— fue el constitucionalmente adecuado, rechazando la posibilidad apuntada en el FJ 11 de declaración del estado de excepción, que considera que *«subvierte la intención del legislador»*, que quiso diferenciar en la LOAES entre los presupuestos habilitantes para la declaración de uno y otro estado, de modo que *«la naturaleza del riesgo para el sistema constitucional es distinta en el estado de alarma y en el estado de excepción»*. En ese sentido, comparte que la Constitución no realiza tal distinción, pero considera que la interpretación mayoritaria *«ignora que el legislador —en la misma legislatura constituyente— completó esa ausencia de regulación al redactar la LOAES»*, que forma parte integrante del bloque de constitucionalidad

⁴² Considero desafortunada la cita por cuanto que puede inducir a equívoco acerca del sentido de una afirmación que, en la forma en que se pronuncia, puede parecer opuesta a su espíritu originario. Así, en su primera intervención como Presidente del Tribunal Constitucional, en el acto solemne de constitución del órgano, que tuvo lugar el 12 de julio de 1980, don Manuel García Pelayo destacó *«el alto grado de independencia del Tribunal»*, para el que *«la defensa de la Constitución (...) es su única razón de ser y de existir»* y, en ese sentido, *«la defensa confiada al Tribunal se concentra en la dimensión jurídica y se lleva a cabo por métodos y formas jurisdiccionales (...) Solo entiende de cuestiones planteadas y resolubles en términos jurídicos»*. No obstante, atendida la especial naturaleza de la Constitución como norma de carácter político, afirmaba que *«El Tribunal Constitucional juzga con arreglo a criterios y razones jurídicas sobre controversias jurídicamente formuladas. Es claro, sin embargo, que estas controversias (...) son, en consecuencia, controversias políticas en cuanto que la disputa sobre el ejercicio, la distribución y el uso del poder constituye el núcleo de la política. En ese sentido, pero solo en ese sentido, es nuestra jurisdicción una jurisdicción política. Porque es política la materia que ha de conocer; no, en modo alguno, porque haya de sustituir la razón del Derecho por la razón política, entendida como pura razón de oportunidad o libre apreciación, instrumentalmente determinada, de lo que en cada caso concreto es justo o injusto. Si, como antes dijimos, la jurisdicción constitucional es un desarrollo lógico y un perfeccionamiento técnico de la idea del Estado de Derecho, esta jurisdicción implica necesariamente un alto grado de sumisión de la política del Derecho. Asegurar esta sumisión y no producir decisiones políticas en forma jurisdiccional es la delicada y alta tarea que se nos ha encomendado»* (Acto solemne de constitución del Tribunal Constitucional, Madrid, 1980).



a la luz del cual deben ser enjuiciadas las normas impugnadas. Por ello, considera que la declaración, dentro de los distintos estados de crisis, del estado de alarma, fue correcta y que, dentro del mismo, resultaba admisible el confinamiento decretado, puesto que, de una parte, contemplaba *«un elevado número de excepciones y de razones que justificaban la salida del domicilio»* y, de otra, satisfacía el juicio de proporcionalidad en atención a las circunstancias, en las que se produjo una colisión de derechos dentro de la cual debía darse prevalencia a la protección de la salud, a la vida y a la integridad física (arts. 43 y 15 CE) frente a la libertad de circulación.

d) Consideraciones finales en torno a la STC 148/2021

Tras varios meses de espera se dictó la tan anhelada sentencia del Tribunal Constitucional. Como sucede en muchos asuntos de relevancia jurídica y/o mediática, antes de darse a conocer su contenido se publicó una nota de prensa⁴³ mediante la que se adelantaba tan solo su parte dispositiva y la existencia de cinco votos particulares.

Admito que, en ese primer anuncio y con ese reducido ámbito de conocimiento, sentí cierto alivio y alegría por el sentido del fallo, a la par que cierto rechazo hacia las posiciones discrepantes y favorables a la constitucionalidad de la norma. Sin embargo, tras un estudio sereno del contenido íntegro del texto —que se dio a conocer unos pocos días después a través de la página web del Tribunal, sin perjuicio de su ulterior y preceptiva publicación en el BOE⁴⁴—, no puedo sino matizar esa impresión inicial, toda vez que, por un lado, la fundamentación de la sentencia contiene aspectos que pueden resultar discutibles, arrojando algunos interrogantes importantes que habrán de ser resueltos en pronunciamientos posteriores, al tiempo que los distintos votos particulares realizan consideraciones de gran interés y formulan observaciones y advertencias que merecen ser tomadas en especial consideración.

Así, entre los aspectos más cuestionables de la sentencia se encuentra, sin duda, el relativo a la velada sugerencia de utilización del estado de excepción para posibilitar la suspensión —concebida como suspensión material— de derechos fundamentales en crisis sanitarias como la vivida. Esta consideración, contenida en el FJ 11, podría haberse omitido, en mi muy humilde opinión, por diversos motivos.

El primero de ellos es que su omisión no habría afectado en absoluto a la fundamentación del fallo, pues a través de dicho razonamiento no se justifica el sentido

⁴³ Nota de prensa n.º 72/2021, de 14 de julio de 2021.

⁴⁴ Dicha publicación tuvo lugar en el *Boletín Oficial del Estado*, n.º 182, de 31 de julio de 2021.

anulatorio del mismo, sino que se señalan alternativas constitucionales acerca de cómo pudo hacerse y no se hizo. Y, si bien no existe interdicción formal para la introducción de esta suerte de recomendaciones o pautas a seguir, e incluso pudiera llegar a parecer aconsejable en algunos contextos, parece innecesario hacerlo cuando ello conlleva la necesidad de retorcer y forzar innecesariamente la interpretación de la LOAES y genera un reproche generalizado en las opiniones de los magistrados disidentes del sentir mayoritario. Retomando la cita a don Manuel García Pelayo, *«no es función del Tribunal pronunciarse sobre (...) si los medios elegidos son los más adecuados para la consecución de tal objetivo. Lo único que el Tribunal puede determinar, cuando alguien lo cuestione, es si el objetivo y los medios para alcanzarlo están dentro de los parámetros constitucionales»*.

Estrechamente relacionado con lo anterior, y si bien es cierto que el Tribunal Constitucional está llamado a ser el intérprete supremo de la Constitución, como así proclama expresamente el artículo 1.1 de la LOTC, no deja de sorprender que este haya decidido apartarse no solo del tenor de la LOAES (llegando a afirmar que las causas tasadas que posibilitan, de conformidad con su artículo 4, la declaración del estado de alarma, se incluyeron *«a título de ejemplo»*) sino de la interpretación auténtica que de esta norma resulta de los debates parlamentarios, dotándola de un sentido opuesto al que sus «padres» quisieron conferirle⁴⁵.

Por si no fuera suficiente, mediante la inclusión de este argumento, la sentencia se aleja de la apariencia garantista y *pro libertate* que podría inferirse del contenido de su parte dispositiva, aspecto que coinciden en destacar una buena parte de los votos particulares emitidos. Expresa ese sentir con gran claridad la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón cuando afirma que se trata de *«una sentencia que puede producir cierta perplejidad y que, a mi juicio (...) genera más inseguridad jurídica de la que intenta combatir y, añadido, resulta menos garantista de lo que pudiera intuirse al leer el fallo parcialmente estimatorio»*. Afirmación que debe suscribirse plenamente porque, si bien es cierto que la sentencia sostiene que no cabe la suspensión material de derechos durante el estado de alarma, al mismo tiempo ampara que pueda declararse el estado de excepción ante situaciones de pandemia, lo que posibilitaría la suspensión formal y material de aquellos, con lo que el medio resul-

⁴⁵ Baste leer la defensa del estado de alarma realizada por el diputado de la UCD, don Luis Apostúa Palos, cuando aseveraba que *«el concepto y el alcance del estado de alarma ahora introducido en nuestra legislación no es una figura política, es la forma de capacitar al Gobierno, a todo Gobierno, para una rápida reacción ante catástrofes naturales o tecnológicas. La afirmación de que el estado de alarma no es un hecho político no procede de una interpretación personalista o de partido, sino de la contemplación del conjunto de la Constitución, de la voluntad objetiva de la ley (...) Es decir, resulta completamente imposible una aplicación o una interpretación por criterios políticos del estado de alarma»* (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, sesión plenaria n.º 38, 13 de julio de 1978, p. 4238).



taría más lesivo que el declarado inconstitucional para combatir exactamente el mismo fin; amén de generar una previamente casi inexistente incertidumbre en cuanto a los presupuestos habilitantes de cada estado excepcional.

Por último, la sentencia parece desconocer la sujeción del estado de emergencia a un plazo máximo de duración, dado que, como expusimos en el apartado 2, es el único de los tres estados cuya extensión temporal se ve constitucionalmente constreñida a treinta días, prorrogables por otro plazo igual. Dicha limitación encuentra sentido en su utilización para los supuestos para los que fue concebido, pues cabe esperar que las alteraciones del orden público no excedan del perentorio lapso fijado en la Carta Magna, debiendo ser atajadas durante el mismo gracias a los medios extraordinarios que se confieren al efecto, so riesgo de definitivo desmoronamiento del orden constitucional. En cambio, no puede descartarse que las crisis sanitarias puedan extenderse mucho más tiempo de los escasos dos meses admisibles para el estado de excepción, como efectivamente ha sucedido con la pandemia por coronavirus, en cuyo caso la sentencia no aclara qué sucedería una vez transcurrido dicho plazo.

Una segunda cuestión de gran relevancia que tampoco llega a aclarar plenamente la sentencia es la relativa al alcance de las restricciones admisibles dentro y fuera de los estados excepcionales pues, aunque sí que se aborda esta cuestión en el plano teórico, no resulta fácil trasladar esta distinción a la práctica.

De entrada, resultan dudosos los umbrales entre la suspensión y la limitación material de derechos. Ciertamente, la labor aplicativa del derecho requiere una apreciación casuística, en la que la fijación de los límites puede devenir particularmente compleja, especialmente cuando intervienen conceptos jurídicos indeterminados. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, parecen haberse empleado parámetros diferentes para distintas libertades. El ejemplo más notorio de cuanto se quiere evidenciar surge de la comparativa entre las libertades protegidas en los artículos 19 y 38 CE. Así, mientras que la primera se considera que fue efectivamente suspendida y, por tanto, la medida de confinamiento devino inconstitucional, la segunda se califica de «limitación muy intensa», y ello porque *«la "suspensión de actividades" que la misma ordena no es general, sino que está expresamente limitada a ciertos ámbitos de actividad»*. Justifica, por tanto, que la «suspensión» de actividades no tuvo tal carácter por no haber afectado a todos los sectores, razón que lleva a concluir que no tuvo carácter general. En otras palabras, frente al criterio objetivo considerado a propósito de la libertad de circulación, respecto de la que se censuró que constituyó un vaciamiento del derecho en cuanto a su contenido, en el caso de la libertad de empresa se atiende a un criterio subjetivo de extensión de la restricción. Aplicando este razonamiento, cualquier restricción de un derecho, por intensa que fuera, dejaría de

ser suspensión para convertirse en una limitación en el momento en el que se acotase su aplicación a determinados sujetos, aunque se tratase de colectivos o pluralidades indeterminadas de personas (y, por tanto, con idéntica vocación de generalidad de la norma); y ello, aun cuando sus destinatarios viesan vaciado su contenido respecto de ellos, porque existirían otros sectores o ámbitos en los que podría continuar ejerciéndose el derecho o la libertad en cuestión.

No queda tampoco clara la diferencia entre las limitaciones que pueden adoptarse durante el estado de alarma o en situaciones de normalidad constitucional. Concluíamos indiciariamente a este respecto al final del apartado 2 que el estado de alarma no afectaba tanto a las concretas medidas susceptibles de ser adoptadas cuanto al órgano competente y procedimiento para su adopción, así como a la necesidad de ratificación y régimen de control jurisdiccional. Parece oponerse a esta conclusión lo señalado en los FJ 3 y 4, cuando afirma que *«el decreto declarativo de un estado de alarma podrá llegar a establecer restricciones o "limitaciones" de los derechos fundamentales que excedan las ordinariamente previstas en su régimen jurídico, pues de lo contrario carecería de sentido la previsión constitucional de este específico estado de crisis»* y que *«una medida de este carácter nunca podría haberse previsto en leyes que pretendieran la regulación u ordenación general del ejercicio de esa libertad, so pena de incurrir en inconstitucionalidad (art. 53.1), sin perjuicio de lo que pudiera disponer la legislación para hipótesis de emergencias coyunturales»*. A pesar de lo cual, continúan sin ofrecérsenos ejemplos concretos de medidas susceptibles de ser acordadas durante el estado de alarma y que no puedan serlo al amparo de la normativa sanitaria fuera del mismo, bajo el paraguas del correspondiente juicio de proporcionalidad, en la medida en que el confinamiento domiciliario no tiene cabida en ninguno de los dos supuestos y las restantes medidas (toques de queda, confinamientos perimetrales, restricciones de horario y aforos, etc.) han sido validadas no solo bajo la vigencia de aquel, sino también, precisamente, bajo *«la legislación para hipótesis de emergencias coyunturales»*.

Tampoco resulta clara la limitación de los efectos derivados de la declaración de inconstitucionalidad y consecuente anulación de algunos de los preceptos impugnados, ni en lo tocante a la responsabilidad patrimonial ni en lo referente a la posibilidad de revisión de actos y procedimientos. Respecto de la primera, en dos de los votos particulares se reprocha la generalidad de la afirmación, que deberá ser valorada a la luz de los artículos 116.5 CE y 3.2 LOAES. En cuanto a la segunda, genera incertidumbre la interdicción de revisión de *«las demás situaciones jurídicas generadas por aplicación de los preceptos anulados»*, tanto en lo relativo a qué situaciones se refiere (¿se trata de todos los actos que no hayan adquirido firmeza, dado que anteriormente se prohíbe la revisión de *«las actuaciones administrativas firmes»*?)



cuanto en lo referente a las razones de dicha limitación y su encaje en el ordenamiento jurídico, como se pone de manifiesto en los expositivos 49 a 53 del voto particular formulado por el magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos.

Son, pues, diversos los interrogantes que quedan aún abiertos a propósito de una cuestión tan compleja y delicada como la relativa a la restricción de derechos y libertades por razones de salud pública, en estados de crisis y fuera de ellos, y que, a buen seguro, irán aclarándose y puliéndose en ulteriores pronunciamientos, a través de la experiencia acumulada a lo largo de estos últimos tiempos. Téngase en cuenta que se encuentran pendientes de resolución varios procedimientos constitucionales interpuestos sobre el particular (por todos, la cuestión de inconstitucionalidad 6283/2021, planteada a propósito del artículo 10.8 de la LJA o el recurso de inconstitucionalidad 1975-2021, formulado en relación con la reforma de la normativa sanitaria gallega ante situaciones de urgencia y necesidad), y otros pendientes de admisión, como el planteado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón mediante Auto de 28 de septiembre de 2021 (rec. 426/2020), amén de las numerosísimas resoluciones que continúan dictándose por los tribunales ordinarios, y que están contribuyendo de un modo esencial a perfilar su alcance y límites.

Con vistas a dicha delimitación, conviene poner de manifiesto dos reflexiones finales que no han de pasar desapercibidas a propósito de la sentencia de 14 de julio de 2021:

- i) Tanto en el parecer mayoritario como en los votos particulares parece subyacer un deseo de buscar un encaje jurídico al confinamiento domiciliario, en la medida en que, con el estado de los conocimientos al tiempo de acordarse, parecía razonable, eficaz, acorde con las recomendaciones de la OMS y en línea con lo decretado en otros países —y, por supuesto, como cautela para eventuales, y esperemos que inexistentes, situaciones futuras que puedan requerirlo— y, para ello, buscan el amparo de diferentes fórmulas: bien sea el recurso al estado de emergencia en el caso de la mayoría, la ponderación a través del principio de proporcionalidad para algunos de los votos particulares o la consideración de la suspensión prevista en el artículo 55 de la Constitución como suspensión formal en lugar de material para otros. Sin embargo, tal vez en un deseo de anteponer la posible conveniencia práctica con la realidad jurídica, parece existir una resistencia a plantearse la posibilidad de que nuestro ordenamiento jurídico, tal y como se encuentra actualmente configurado, no ampare el confinamiento para los supuestos de crisis sanitaria.

Desde luego, a este resultado se llega indefectiblemente si se opta por la interpretación del artículo 55 como una suspensión material y no formal de

derechos. Bajo dicha óptica, al considerarse el confinamiento como un vaciamiento del contenido de la libertad de circulación, no resulta posible su adopción ni durante el estado de alarma ni, consecuentemente, sin la vigencia de ningún estado de crisis, al tiempo que, si se atiende a una interpretación literal, auténtica, doctrinal, sistemática, lógica e, incluso, teleológica de la norma, tampoco cabe declarar los estados de excepción y sitio para los supuestos de crisis sanitarias, por lo que aquella medida nunca podría adoptarse para combatir estas, cuando, quizá en los casos más extremos (que esperemos que no vuelvan a producirse, pero que un ordenamiento completo debería prever), pudiera resultar necesaria.

Esta insuficiencia ha sido reconocida por otros órganos constitucionales, entre los que se incluyen el Consejo de Estado, que en la consideración IV.^a de su dictamen 213/2021, de 22 de marzo, apuntaba que *«la legislación sanitaria estatal no contiene seguramente los mecanismos adecuados para hacer frente a una crisis de esta envergadura»*, y el Tribunal Supremo, que en el FJ 4.D) de su sentencia n.º 719/2021, de 24 de mayo, considera deseable *«que, en vez de conceptos indeterminados y cláusulas generales, pudiéramos acudir a una regulación específica para afrontar la pandemia»*. Tal vez por ello sea necesario insistir en la conveniencia de una reforma legislativa en lugar de acudir a interpretaciones más o menos artificiosas para paliar esta carencia.

- ii) Estrechamente vinculado con la expresada necesidad de dotar de entidad propia y diferenciada a las medidas que puedan adoptarse bajo el paraguas del estado de alarma, parece desprenderse un temor a constatar la inutilidad de este que, en el FJ 3 de la sentencia llega a plasmarse expresamente, cuando sostiene que *«de lo contrario carecería de sentido la previsión constitucional de este específico estado de crisis»*. Temor que, según se advirtió, viene de antiguo pues, como tuvimos ocasión de exponer con anterioridad, en los debates parlamentarios de la LOAES e incluso en los propios debates constituyentes se llegó a proponer su supresión por este motivo; circunstancia que también ha puesto de manifiesto la doctrina en más de una ocasión, habiéndose afirmado por Antonio CARRO MARTÍNEZ⁴⁶ que *«el estado de alarma y la nada son la misma cosa, porque las facultades de la autoridad son las mismas que le corresponden en periodo de normalidad»*.

Aun cuando así fuera, este planteamiento supone obviar una virtualidad muy relevante de dicho instrumento en un estado tan descentralizado como es España, cual es la de conferir la posibilidad de lograr una reacción coordina-

⁴⁶ «Artículo 116: Situaciones de anormalidad constitucional». En *Comentarios a la Constitución Española* (coordinada por ALZAGA VILLAAMIL, Óscar), tomo IX, Ed. Edersa, 1998, p. 253.



da y homogénea, en todo el territorio nacional, ante cualquier catástrofe o crisis de las que amparan su declaración. Lógicamente, ello no garantiza el acierto de las medidas que puedan adoptarse, tanto desde el punto de vista político como sanitario, pero esta es ya una cuestión que trasciende del ámbito del presente análisis, que ha de ceñirse al plano estrictamente jurídico, desde cuya óptica la conveniencia de un instrumento que pueda llegar a permitir en situaciones extremas aquella armonización es indudable.

e) Sentencia n.º 183/2021, de 27 de octubre de 2021

Si la STC 148/2021 tiene por objeto el primer estado de alarma, la posterior STC n.º 183/2021, de 27 de octubre, examina el recurso de inconstitucionalidad 5342/2020, interpuesto en relación con las disposiciones que declararon y prorrogaron el tercer estado de alarma; concretamente, los arts. 2.2, 2.3, 5, 6, 7, 8, 9, 10 y 14 del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, de declaración de dicho estado; los apartados segundo, cuarto y quinto de la Resolución de 29 de octubre de 2020, por la que se ordenó la publicación del acuerdo del Pleno del Congreso de los Diputados que autorizó su prórroga, y el art. 2, la DT única y los apartados uno, dos y tres de la DF 1ª del Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, que prorrogó el estado de alarma declarado por Real Decreto 926/2020 por un plazo de seis meses. De su contenido, merecen destacarse los siguientes aspectos:

- i) Con carácter general, la sentencia insiste en desdibujar la distinción entre estados excepcionales, continuando la línea iniciada por la STC 148/2021, cuando en su FJ 8.C) cita textualmente el FJ 3 de aquella, y ello, tal y como expusimos en el apartado 2, a pesar del contenido de su normativa reguladora y de los debates parlamentarios, a los que, sin embargo, sí acude con detenimiento en el FJ 10 para enjuiciar la constitucionalidad de la designación de autoridades competentes delegadas, a la que se hará alusión más adelante.
- ii) En lo tocante a la protección de los derechos fundamentales, merece detenerse en las medidas de limitación de circulación en horario nocturno y en los cierres perimetrales, cuya afectación se analiza en sus FJ 4 y 5.
 - Respecto de la primera, y a diferencia de lo que sucedió con el confinamiento domiciliario, declarado inconstitucional en la STC 148/2021 por considerarlo contrario a la libertad de circulación del art. 19 CE, el FJ 4 de la STC 183/2021 valida la limitación nocturna de la circulación, a pesar de que la fórmula empleada es análoga a la del referido confinamiento domiciliario (esto es, una prohibición general de circulación en horario

nocturno, que resulta de aplicación a todas las personas, matizada por una serie de excepciones tasadas), al considerar que la medida, más allá de la cobertura formal del art. 11.a) de la LOAES, satisfacía el triple canon de proporcionalidad, resultando adecuada, necesaria —al haberse adoptado previamente otras medidas que se habían revelado insuficientes para frenar el alza de los contagios— y proporcionada para un fin constitucionalmente legítimo y de interés social, como era el de la preservación de la vida y la salud pública. La diferencia fundamental estribaría, a juicio del Tribunal, en que, mientras que el confinamiento domiciliario del primer estado de alarma restringía la libertad de circulación de forma permanente, en el caso del confinamiento nocturno del tercer estado de alarma, *«se trataba de un horario reducido en relación con el total de la jornada (siete horas). Además, la limitación tuvo lugar en un curso horario en que, para la generalidad de la población, la vida diaria queda de ordinario atenuada en intensidad»*. Y ello, aun cuando *«la restricción del derecho a circular libremente fue particularmente intensa en las horas de la noche citadas anteriormente, hasta el punto de alcanzar la prohibición general, salvo excepciones tasadas en la norma, de poder utilizar las vías públicas en aquel intervalo de horas»*.

- En relación con el segundo, se califica igualmente de limitación muy intensa a la libre circulación que, sin embargo, tampoco llega a considerar como una verdadera suspensión material del derecho. Y ello, por cuanto que *«a diferencia de lo acontecido en el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020 y prorrogado ulteriormente por sucesivas autorizaciones del Congreso, no quedó de facto interrumpido temporalmente el derecho de las personas a realizar movimientos para ir de un lugar a otro, pues, en el caso de autos, la totalidad de la población disponía de libertad para desplazarse dentro de su ámbito territorial (comunidad autónoma, ciudad con estatuto de autonomía o entidad territorial inferior) en horas que no fueran las del horario nocturno»*, pudiendo extenderse los desplazamientos a otros lugares cuando se diesen alguna de las causas excepcionales que los amparaban.
- Por lo demás, las restantes alegaciones de vulneración de otros derechos fundamentales por concretas medidas adoptadas en las normas impugnadas, como son la limitación de permanencia de personas en espacios públicos y privados (FJ 6) y la limitación de permanencia en lugares de culto (FJ 7), corren idéntica suerte desestimatoria.

iii) A pesar de lo anterior, lo más relevante y novedoso de su contenido, sin duda, es lo relativo a la extensión de la prórroga del estado de alarma, al control



parlamentario del Gobierno durante la misma y al nombramiento de autoridades competentes delegadas, cuestiones que se abordan en sus FJ 8 a 10, respectivamente.

- En cuanto a la duración de las prórrogas del estado de alarma (FJ 8), la sentencia rechaza que se encuentren normativamente limitadas en abstracto por un tiempo máximo de quince días, pues dicho límite, en efecto, no resulta ni del art. 116.2 CE ni de su posterior desarrollo por la LOAES, que únicamente exige en su art. 1.2 que su duración no vaya más allá de lo *«estrictamente indispensable»* para el restablecimiento de la normalidad. Es en este último aspecto en donde se sitúa el reproche constitucional, concretado en un cuádruple parámetro de enjuiciamiento que el Tribunal considera que el Congreso de los Diputados no observó. En este sentido, según señala, la Cámara, en su función de control, debió examinar los argumentos ofrecidos por el Gobierno para solicitar la prórroga, analizando (i) la necesidad de dicha prolongación del estado de alarma, (ii) la fijación del periodo de tiempo que, previsiblemente, se estime imprescindible para revertir la situación, (iii) la procedencia de las medidas a aplicar en el periodo de prórroga y (iv) la prudencia al establecer su plazo de duración, de modo que permita al Congreso hacer efectivo el control periódico en su labor revisora de la actuación gubernamental. Pues bien, de los cuatro anteriores elementos, tan solo considera cumplido el primero, afirmando respecto de los demás que *«No puede calificarse de razonable o fundada la fijación de la duración de una prórroga por tiempo de seis meses que el Congreso estableció sin certeza alguna acerca de qué medidas iban a ser aplicadas, cuándo iban a ser aplicadas y por cuánto tiempo serían efectivas en unas partes u otras de todo el territorio nacional al que el estado de alarma se extendió»*.
- En lo que se refiere a la rendición de cuentas del Gobierno al Congreso de los Diputados (FJ 9), el art. 14.3 del Real Decreto 956/2020 contemplaba una comparecencia bimensual del Presidente del Gobierno ante el Pleno del Congreso y una comparecencia mensual del Ministro de Sanidad ante la Comisión de Sanidad y Consumo de dicha Cámara *«para dar cuenta de los datos y gestiones (...) en relación a la aplicación del Estado de Alarma»*, fórmula que la sentencia valida, al entender que no difiere de otras modalidades de comparecencia de miembros del Gobierno ante las Cámaras, limitándose a establecer un marco temporal de regularidad que se ajusta a lo previsto en el art. 110.2 CE y en el Reglamento del Congreso, y sin que su contenido tampoco quede limitado por la expresión *«datos y gestiones»*, al tratarse de una expresión con un alcance general.

- Finalmente, en cuanto al nombramiento de las autoridades competentes delegadas (FJ 10), considera que la designación como tales de los presidentes de las comunidades autónomas y ciudades con estatuto de autonomía no se encuentra amparada por el art. 7 LOAES, al no tratarse de una verdadera delegación, que requiere que el delegante, como titular de la competencia, establezca los criterios o instrucciones generales que deba seguir el delegado, supervisando su actuación y respondiendo de la delegación. Al no haberse actuado así, *«se dio lugar a una disociación, que la Constitución no admite, entre la declaración del estado de alarma y la autorización de su prórroga, de una parte, y la respectiva definición gubernamental y parlamentaria, de la otra, de las medidas que habrían de ser aplicadas; medidas en las que precisamente consiste el estado de alarma y cuya implantación, selección, modificación y eventual suspensión se dejó aquí, sin embargo, del todo en lo incierto»*, de modo que *«el Congreso quedó privado primero, y se desapoderó después, de su potestad, ni suprimible ni renunciante, para fiscalizar y supervisar la actuación de las autoridades gubernativas durante la prórroga acordada (art. 116.5 CE y arts. 1.4 y 8 LOAES). Quien podría ser controlado por la Cámara (el Gobierno ante ella responsable) quedó desprovisto de atribuciones en orden a la puesta en práctica de unas medidas u otras. Quienes sí fueron apoderados en su lugar a tal efecto (los presidentes de las comunidades autónomas y ciudades con estatuto de autonomía) no estaban sujetos al control político del Congreso, sino, eventualmente, al de las asambleas legislativas respectivas»*.

Como consecuencia de lo razonado, la sentencia declara inconstitucionales y nulos la prórroga por seis meses del tercer estado de alarma (no por su duración, *per se*, como se ha visto, sino por la falta de justificación del establecimiento de dicho plazo) y el nombramiento de las autoridades competentes delegadas, al cancelar *de facto* el régimen de control al Gobierno que corresponde al Congreso de los Diputados. Por el contrario, desestima el recurso en lo demás, validando —a diferencia de lo que hizo la STC 148/2021 con el confinamiento domiciliario— las limitaciones de circulación en estado nocturno y los cierres perimetrales, que califica de limitaciones muy intensas del derecho fundamental a la libre circulación, pero que no llega a considerar como suspensiones materiales del mismo.

6. Epílogo

Desde prácticamente el comienzo de la crisis sanitaria, ha existido una poco deseable tendencia a contraponer la garantía de los derechos fundamentales y libertades públicas a las necesidades de protección de la salud, como si no resultara



posible armonizar ambos, de manera que el cuidado de la segunda no fuese compatible con el respeto y la observancia de los primeros.

La ausencia de precedentes bajo la vigencia del actual marco constitucional dificultó sobremanera la gestión de una pandemia de estas dimensiones, singularmente en sus albores, lo que, unido a la acuciante necesidad de adopción de medidas de protección ante un riesgo de magnitud y características desconocidas, condujo a la búsqueda de soluciones cuyo encaje normativo resultaba, en ocasiones, ciertamente cuestionable. Podríamos llegar a afirmar que, sobre todo al principio, se produjo una índole de estado de necesidad que, debido a la inexperiencia en pandemias, llevó a una gran parte de la sociedad, incluidas personas en el mundo del Derecho, a mirar hacia otro lado, en una suerte de «todo vale» para combatir una severa amenaza en cuya ponderación de bienes jurídicos protegidos habían de prevalecer incondicionalmente los derechos a la vida y a la protección de la salud (arts. 15 y 43 CE) frente a cualquier otro derecho o valor constitucional.

Examinando el fenómeno con retrospectiva, no puede juzgarse con excesiva severidad esa tendencia, observada en un momento en el que tantas personas —a quienes queremos dedicar un especial recuerdo— fallecieron, muchas de forma singularmente triste, y otras tantas desarrollaron graves síntomas, incluso perdurables en el tiempo. Y es cierto que la vida, la integridad física y la salud constituyen algunos de los bienes más valiosos que puedan existir, hasta el extremo de abrir los dos primeros el catálogo de derechos fundamentales y libertades públicas consagrados en nuestro texto constitucional. Pero no es menos cierto que, en un contexto en el que no existe nada absoluto (porque «*lo absoluto es justamente opuesto a la vida misma*»⁴⁷) y ningún derecho fundamental tiene carácter ilimitado (como recuerda la propia STC 148/2021), los juristas tenemos la obligación, aun a riesgo de suscitar incompreensión y desde el dolor de quien, como tanta gente, ha visto irse a personas cercanas durante la pandemia, de defender y explicar —en estas situaciones más, si cabe— el necesario respeto a las garantías y cauces procedimentales, así como de ponderar y proteger no solo los restantes derechos fundamentales y libertades públicas, sino también los demás principios y valores que inspiran nuestro ordenamiento jurídico, entre los cuales la seguridad jurídica (art. 9.3 CE), la libertad y la justicia (art. 1.1 CE) ocupan una posición preponderante.

Porque tampoco puede olvidarse que, al igual que la omisión del deber de actuar habría resultado seguramente dramática, cualquier exceso es susceptible de producir

⁴⁷ REQUENA LÓPEZ, Tomás. «Sobre el derecho a la vida». *Revista de Derecho constitucional europeo*, n.º 12, 2009, p. 324.

efectos —no solo jurídicos, sino también prácticos— sumamente perniciosos e indeseables. Toda medida normativa tiene su plasmación en la vida cotidiana, y situaciones como las padecidas por tanta gente, que durante meses no pudo ver a sus familiares o amigos cercanos, visitar a sus enfermos o incluso velar y enterrar a sus muertos; que no pudieron acudir a sus segundas residencias, algunas de las cuales fueron allanadas u ocupadas o sufrieron deterioros por falta de cuidados; que perdieron sus empleos o cerraron sus negocios; o las personas sin hogar que fueron encarceladas por desobediencia al no poder respetar los confinamientos⁴⁸, por poner algunos ejemplos, constituyen sacrificios individuales y colectivos de suma gravedad, que únicamente pueden resultar tolerables cuando resulten absolutamente imprescindibles y no existan otras opciones menos lesivas para evitar un mal mayor.

Moviéndonos como nos movemos en el campo de los derechos fundamentales, resulta muy pertinente la invocación a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, cuyo conocido artículo 16 proclamaba que *«Una sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución»*. Dos siglos después, nuestra Constitución de 27 de diciembre de 1978 dio cumplida satisfacción a dicha exigencia, configurando España como un Estado de Derecho y consagrando principios tan imprescindibles para la adecuada protección de aquellos como los de legalidad y seguridad jurídica, pues en su ausencia difícilmente pueden existir las garantías, tutelarse los derechos y ejercerse las libertades.

Llegados a este punto, conviene asimismo recordar que, durante la vigencia de la Constitución de 1978, se han producido importantes retos y vivido situaciones de especial gravedad, en ámbitos propios tanto del estado de alarma (catástrofes naturales y crisis sanitarias) como del de excepción (ámbitos social y político). Baste citar el frustrado golpe de estado de 1981⁴⁹, las décadas vividas bajo la amenaza de la banda terrorista ETA, los atentados del 11 de marzo y otros ataques terroristas, graves inundaciones e incendios forestales o la propagación de enfermedades y virus diversos, algunos de gran mortalidad como el ébola. Y en todos ellos, han sido suficientes las armas proporcionadas por el ordenamiento para combatirlos, sin que, hasta la huelga de los controladores aéreos —una situación, paradójicamente, de menor gravedad que la mayoría de las precedentes—, hubiese sido necesario declarar ninguno de los estados excepcionales.

⁴⁸ Aunque pueda parecer una broma de mal gusto, esta clase de excesos, al igual que otras muchas sanciones impuestas por desobediencia y que están siendo judicialmente anuladas, se produjeron con más frecuencia de la que cabría pensar. *Vid* la sentencia n.º 28/2021, de 26 de enero, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares (rec. 4/2021).

⁴⁹ *Vid* nota al pie núm. 4.



En consecuencia, se trata de estados que, como resulta de su propia esencia, han de administrarse con suma cautela, como igualmente debe serlo cualquier medida excepcional que se adopte fuera de ellos al amparo de la legislación sanitaria. No quiere lo anterior decir que jurídicamente no sea viable la adopción de unos y otros, pero siempre superando el correspondiente juicio de proporcionalidad y dentro del respeto al Estado de Derecho, cuyas normas en ningún caso son inamovibles. De este modo, si aplicados los anteriores parámetros, aun así se evidenciase la existencia de insuficiencias y la consiguiente necesidad o conveniencia de reformar la actual normativa o parte de ella, nada obstará (jurídicamente, al menos) para abordar dichas modificaciones que, por la especial sensibilidad de su objeto, deseablemente habrán de serlo con el máximo sosiego, debate y consenso posibles.

Solamente de este modo lograremos aunar la aparente, pero inexistente, dicotomía entre la imprescindible protección de la salud y el respeto a las restantes garantías, derechos y libertades dimanantes del ordenamiento jurídico, que constituyen el fruto de una larga evolución, de profundos debates, lentos avances —y, en ocasiones, retrocesos—, sacrificios y desvelos, individuales y colectivos, desarrollados durante ya varios siglos de constitucionalismo, a los que no puede ni debe renunciarse. Constituyen, en definitiva, un valioso legado que hemos recibido gracias a la clarividencia y tesón de generaciones pasadas, y que nosotros hemos de esforzarnos también en preservar y afianzar para generaciones futuras.

BIBLIOGRAFÍA

- ABA CATOIRA, Ana (2011). «El estado de alarma en España». *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 28, pp. 305-334.
- ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente (2020). «La devolución competencial a las comunidades autónomas tras la recentralización operada para hacer frente a la pandemia de COVID-19». *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 55. Iustel.
- APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel (1989). «La aplicación de la Constitución por los jueces y la determinación del objeto del amparo constitucional». *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 3, pp. 47 a 85.
- CALDERÓN CEREZO, Ángel (2021). «Derecho constitucional de excepción y Estado de Alarma». *Diario La Ley*, n.º 9789, Sección Justicia y Sociedad.
- CARRO MARTÍNEZ, Antonio (1998). «Artículo 116: Situaciones de anormalidad constitucional». En *Comentarios a la Constitución Española* (coordinada por ALZAGA VILLAAMIL, Óscar), tomo IX, Ed. Edersa, pp. 210-262.

- COTINO HUESO, Lorenzo (2020). «Confinamientos, libertad de circulación y personal, prohibición de reuniones y actividades y otras restricciones de derechos por la pandemia del Coronavirus». *Diario La Ley*, n.º 9608, Sección Doctrina.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro (1981). «El nuevo derecho de excepción (Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio)». *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 1, n.º 2, pp. 93-128.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro (1984). *Estados excepcionales y suspensión de garantías*. Ed. Tecnos.
- DÍEZ-PICAZO, Luis (1985). «Constitución, Ley, Juez». *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 5, n.º 15, pp. 9 a 24.
- KHAKKEE, Anna (2009). «Securing Democracy? A Comparative Analysis of Emergency Powers in Europe». *Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF). Policy Paper*, n.º 30.
- LAFUENTE BALLE, José María (1989). «Los estados de alarma, excepción y sitio». *Revista de Derecho Político*, n.º 30, pp. 23-54.
- LECUMBERRI BEASCOA, Gabriel (2020). *El derecho de excepción. Una perspectiva de derecho comparado*. Servicio de Estudios del Parlamento Europeo.
- LEIBHOLZ, Gerard (1971). «El Tribunal Constitucional de la RFA y el problema de la apreciación judicial de la política». *Revista de Estudios Políticos*, n.º 146, pp. 89-100.
- PASCUA MATEO, Fabio; GALINDO ELOLA-OLASO, Fernando, y MANUEL MIRANDA, Luis (2003-2018). *Sinopsis artículo 116*. Congreso de los Diputados (congreso.es).
- NOGUEIRA LÓPEZ, ALBA (2020). «Confinar el coronavirus. Entre el viejo Derecho sectorial y el Derecho de excepción». *El Cronista, IUSTEL*, n.º 86-87, Coronavirus ...y otros problemas, pp. 22-31.
- PRESNO LINERA, Miguel Ángel (2020). «El estado de alarma en España: desde el origen al COVID-19». *Revista Estudios Institucionais*, v. 6, n.º 3, pp. 975-993.
- RIQUELME VÁZQUEZ, Pablo (2018). *Los «contenidos» de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Asociación de Constitucionalistas de España (aco.es).
- RUIZ MIGUEL, Carlos (2020). «Crisis del Coronavirus y crisis del Estado constitucional español». *Diario La Ley*, n.º 9656, Sección Tribuna.
- SIEIRA MUCIENTES, Sara (2018). «Los estados excepcionales». *Revista de las Cortes Generales*, n.º 104, pp. 361-393.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José (2020). *Algunas consideraciones constitucionales sobre el estado de alarma*. Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado autonómico.
- VELASCO CABALLERO, Francisco (2020). *Estado de alarma y distribución territorial del poder*. Instituto de Derecho local.

Diferencias entre estados de alarma. Especial referencia a la Comunidad de Madrid

CRISTINA RECARTE LLORENS
Letrada de la Comunidad de Madrid*

SUMARIO

1. Introducción.
2. El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.
3. El fin del estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020. La transición hacia la nueva normalidad.
4. Especial referencia a la Comunidad de Madrid.
5. El Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre.
6. Conclusiones.

RESUMEN

En el presente artículo se describe el paso del primer estado de alarma, declarado por Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, al segundo estado de alarma nacional, declarado por Decreto 926/2020, de 25 de octubre, con análisis específico de las diferencias entre uno y otro. Se hace especial referencia al papel desempeñado por la Comunidad de Madrid, desde el punto de vista de las competencias conferidas en una y otra norma.

PALABRAS CLAVE

Estado de alarma; autoridades competentes delegadas; ratificación judicial.

* En la actualidad ocupa el puesto de Letrada Jefe del Servicio Jurídico de la Consejería de Transportes e Infraestructuras de la Comunidad de Madrid.

ABSTRACT

This article describes the transition from the first state of alert, declared by Royal Decree 463/2020, of March 14, to the second national state of alert, declared by Royal Decree 926/2020, of October 25, with specific analy-

sis of the differences between one and the other. Special reference is made to the role played by the Community of Madrid, from the point of view of the powers conferred in both regulations.

KEYWORDS

State of alarm; delegated competent authorities; judicial ratification.

1. Introducción

1.1. El derecho de necesidad o excepción como presupuesto

La regulación del derecho de excepción en nuestro ordenamiento jurídico, parte de lo dispuesto por el artículo 55.1 de la Constitución Española de 1978 (CE), a cuyo tenor *«los derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3, artículos 19, 20, apartados 1, a) y d), y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción»*¹.

Por su parte, el artículo 116 CE remite a una Ley orgánica la regulación de los estados de alarma, excepción y sitio, en la que se deberán plasmar las competencias y limitaciones que, como consecuencia de esa situación anormal o excepcional, los poderes públicos puedan asumir.

Con base en estas previsiones, se aprobó la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (LO 4/1981, en lo sucesivo), cuyo artículo primero dispone:

«Uno. Procederá la declaración de los estados de alarma, excepción o sitio cuando circunstancias extraordinarias hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las Autoridades competentes.

¹ Los derechos a los que se refiere el precepto que se acaba de reproducir, son los siguientes: a la libertad y seguridad (art. 17, CE); a la inviolabilidad del domicilio y secreto de las comunicaciones (art. 18.2 y 3, CE); a fijar la residencia y a circular libremente por todo el territorio nacional, así como a entrar y salir libremente del territorio nacional (art. 19, CE); a la libre expresión e información y al no secuestro de las publicaciones sin autorización judicial [artículo 20.1 a) y d) y 5, CE]; de reunión (art. 21, CE); de huelga (art. 28.2, CE), y al conflicto colectivo (art. 37.2, CE).

Dos. Las medidas a adoptar en los estados de alarma, excepción y sitio, así como la duración de los mismos, serán en cualquier caso las estrictamente indispensables para asegurar el restablecimiento de la normalidad. Su aplicación se realizará de forma proporcionada a las circunstancias.

Tres. Finalizada la vigencia de los estados de alarma, excepción y sitio decaerán en su eficacia cuantas competencias en materia sancionadora y en orden a actuaciones preventivas correspondan a las Autoridades competentes, así como las concretas medidas adoptadas en base a estas, salvo las que consistiesen en sanciones firmes.

Cuatro. La declaración de los estados de alarma, excepción y sitio no interrumpe el normal funcionamiento de los poderes constitucionales del Estado.»

El estado de alarma, el más liviano de los tres estados excepcionales, está concebido para situaciones como catástrofes naturales, calamidades públicas, crisis sanitarias, paralización de servicios públicos esenciales o situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad; el estado de excepción, más perfilado que el de alarma, debe ponerse en relación con los supuestos de desórdenes públicos, afectación al libre ejercicio de los derechos y libertades, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas o de servicios públicos esenciales para la comunidad; finalmente, el estado de sitio (históricamente estado de guerra), estaría previsto para responder a insurrecciones o actos de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial, el ordenamiento constitucional, etc., en que sea preciso acudir a la fuerza de las armas².

Se consagra, así, constitucionalmente, el mecanismo para resolver situaciones excepcionales de emergencia, alterando temporalmente el sistema institucional establecido en cuanto al ejercicio de competencias, dotando de poderes extraordinarios al poder Ejecutivo, con importantes consecuencias en la esfera de los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos.

1.2. El antecedente del estado de alarma de 2010

Desde el restablecimiento de nuestra democracia en 1978, solo existe un único antecedente de una declaración del estado de alarma: el proclamado a través del

² Como afirma la Sentencia del Tribunal Constitucional 83/2016, de 28 de abril, «a diferencia de los estados de excepción y de sitio, la declaración del estado de alarma no permite la suspensión de ningún derecho fundamental (art. 55.1 CE contrario sensu) aunque sí la adopción de medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio».



Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo.

Dicho Real Decreto fue aprobado tras el cierre del espacio aéreo español decretado como consecuencia de la desatención de sus obligaciones por parte de los controladores civiles de tránsito aéreo en diciembre de 2010, que denunciaban haber superado el número máximo de horas de trabajo fijadas por el propio Gobierno.

Ante lo que se entendió como un abandono de sus puestos de trabajo, el Gobierno decretó el mencionado estado de alarma durante un periodo de quince días en todo el territorio nacional, quedando los controladores sometidos a las autoridades militares designadas en la propia norma.

Decaída su vigencia por el transcurso del plazo establecido, no había existido en nuestro país situación alguna que motivara acudir al derecho excepcional de necesidad, hasta 2020.

1.3. La pandemia del COVID-19

El 31 de enero de 2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró como emergencia de salud pública de importancia internacional la crisis ocasionada por el virus SARS-CoV-2, también conocido como COVID-19.

Por entonces, el Gobierno central no había adoptado decisión alguna para combatir el virus, pero el inicial avance de los contagios abocó a ciertas autonomías a improvisar medidas urgentes que tendieran a frenar sus efectos.

Así, en el mes de febrero, el Gobierno de Canarias, primera región española con casos positivos de COVID-19, decretó el confinamiento de los turistas alojados en un hotel del sur de la isla de Tenerife tras el positivo de uno de los huéspedes, a modo de antesala de lo que ocurriría en todo el país poco tiempo después. En ese momento, se actuó siguiendo los protocolos y recomendaciones disponibles entonces ante el COVID-19, fruto de algunos trabajos preliminares sobre hipótesis de respuesta ante la declaración de un caso positivo que tuvo lugar semanas antes en la isla de La Gomera.

En la Comunidad de Madrid, el crecimiento exponencial en el número de casos confirmados a 9 de marzo, desembocó en la aprobación de la Orden 338/2020, de 9 de marzo, de la Consejería de Sanidad, por la que se adoptan medidas preventivas y

recomendaciones de salud pública en la Comunidad de Madrid como consecuencia de la situación y evolución del coronavirus (COVID-19). Esta norma, amparada en los artículos 1 y 2 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, y el artículo 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, acordó, desde el 11 de marzo de 2020, la *«suspensión temporal de la actividad educativa presencial en todos los centros y etapas, ciclos, grados, cursos y niveles de enseñanza, incluidos en el artículo 3 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación»*³.

En pocos días, las decisiones se fueron volviendo más contundentes, acordando algunas autonomías confinamientos de población. Así, la Resolución INT/718/2020, de 12 de marzo de 2020, de la Generalitat de Cataluña, acordó restringir la salida de las personas de los municipios de Igualada, Vilanova del Camí, Santa Margarida de Montbui, y Òdena, los cuatro pertenecientes a la provincia de Barcelona; por su parte, la Resolución de 13 de marzo de 2020, del Vicepresidente Segundo y Consejero de la Junta de Extremadura, acordó el aislamiento del municipio de Arroyo de la Luz.

Al propio tiempo, los poderes locales se sumarían a tales actuaciones. A modo de ejemplo, puede citarse el Decreto de Alcaldía del Ayuntamiento de Valladolid 2020/1920, de 13 de marzo, que procedió a suspender diversas actividades y espectáculos públicos.

El 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud elevó la situación de emergencia de salud pública ocasionada por el virus COVID-19 a pandemia internacional.

Ello, unido al ritmo de incremento de los contagios, obligó al Gobierno central a intervenir para poner fin a esa situación de emergencia sanitaria.

A tal fin, declaró, dentro del marco jurídico del derecho de necesidad o excepción, el estado de alarma para todo el territorio nacional a través del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (Real Decreto 463/2020, en adelante), poniendo a prueba los instrumentos constitucionales y legales de excepción para hacer frente a su gestión, que no ha estado exenta de dudas e incertidumbres.

³ La vigencia inicial de esta medida fue de 15 días, si bien acabó extendiéndose hasta la finalización del curso escolar.



2. El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo

2.1. Contenido

En su breve Preámbulo, el Real Decreto 463/2020, tras invocar la LO 4/1981 en la que se necesariamente se ha de amparar, afirma:

«En este marco, las medidas previstas en la presente norma se encuadran en la acción decidida del Gobierno para proteger la salud y seguridad de los ciudadanos, contener la progresión de la enfermedad y reforzar el sistema de salud pública. Las medidas temporales de carácter extraordinario que ya se han adoptado por todos los niveles de gobierno deben ahora intensificarse sin demora para prevenir y contener el virus y mitigar el impacto sanitario, social y económico.

Para hacer frente a esta situación, grave y excepcional, es indispensable proceder a la declaración del estado de alarma.

Las medidas que se contienen en el presente real decreto son las imprescindibles para hacer frente a la situación, resultan proporcionadas a la extrema gravedad de la misma y no suponen la suspensión de ningún derecho fundamental, tal y como prevé el artículo 55 de la Constitución.»

Con una vigencia inicial de 15 días, los aspectos más resaltables del Real Decreto 463/2020 se contraen a los siguientes extremos:

- a) Se designa autoridad competente al Gobierno, al que se unen cuatro Ministros como autoridades delegadas competentes.
- b) Se implica a las Fuerzas Armadas para la efectividad de las medidas de emergencia, a cuyo objeto se confiere a sus miembros en el ejercicio de sus funciones la condición de agentes de la autoridad.
- c) Bajo el epígrafe *«Limitación de la libertad de circulación de las personas»*, el artículo 7 impone el confinamiento domiciliario con carácter general y la prohibición de circular por las vías públicas, exceptuada la realización con carácter individual de actividades esenciales que el propio artículo enumera⁴.

⁴ Con fecha 31 de julio de 2021, se ha publicado la sentencia del Tribunal Constitucional 148/2021, de 14 de julio, por la que se declara la inconstitucionalidad de esta medida. En dicha sentencia se lee: *«a diferencia de los estados de excepción y de sitio, la declaración del estado de alarma no permite la suspensión de ningún derecho fundamental (art. 55.1 CE contrario sensu), aunque sí la adopción de medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio. (...) Basta la mera lectura de la disposición para apreciar que ésta plantea la posibilidad ("podrán") de circular no como regla, sino como excepción. Una excepción doblemente condicionada, además, por su finalidad ("únicamente... para la realización" de ciertas actividades más o menos tasadas) y sus circunstancias ("in-*

- d) Se somete a todas las autoridades civiles sanitarias de las administraciones públicas del territorio nacional, así como los demás funcionarios y trabajadores al servicio de las mismas, a las órdenes directas del Ministro de Sanidad, manteniendo las Administraciones públicas autonómicas y locales la gestión de los servicios sanitarios dentro de sus respectivos ámbitos de competencia.
- e) Se suspende con carácter general de la actividad comercial, de equipamientos culturales, establecimientos y actividades recreativas, de hostelería, restauración, etc.
- f) Se condiciona la asistencia a lugares de culto a la adopción de medidas organizativas consistentes en evitar aglomeraciones de personas, en función de las dimensiones y características de los lugares, de tal manera que se garantice a los asistentes la posibilidad de respetar la distancia entre ellos de, al menos, un metro.
- g) Se suspende la actividad educativa presencial en todos los centros y etapas, ciclos, grados, cursos y niveles de enseñanza contemplados en el artículo 3 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, incluida la enseñanza universitaria, así como cualesquiera otras actividades educativas o de formación impartidas en otros centros públicos o privados.
- h) Se acuerda la suspensión e interrupción de plazos procesales y administrativos, con ciertas excepciones.
- i) Se define un régimen sancionador impreciso, limitándose a señalar el artículo 20 que *«el incumplimiento o la resistencia a las órdenes de las autoridades competentes en el estado de alarma será sancionado con arreglo a las leyes, en los términos establecidos en el artículo diez de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio»*.
- j) Finalmente, se contempla la posibilidad de acordar que se practiquen requisas temporales de todo tipo de bienes necesarios para el cumplimiento de los fines previstos, en particular para la prestación de los servicios de seguridad o de los operadores críticos y esenciales.

dividualmente”, de nuevo salvo excepciones). De este modo, la regla (general en cuanto a su alcance personal, espacial y circunstancial) es la prohibición de “circular por las vías de uso público”, y la “única” salvedad admitida es la de que tal circulación responda a alguna de las finalidades (concretas, sin perjuicio de las dos cláusulas más o menos abiertas de las letras g) y h)) indicadas por la autoridad. Se configura así una restricción de este derecho que es, a la vez, general en cuanto a sus destinatarios, y de altísima intensidad en cuanto a su contenido, lo cual, sin duda, excede lo que la LOAES permite “limitar” para el estado de alarma [“la circulación o permanencia... en horas y lugares determinados”: art. 11, letra a)] (...) Tal restricción aparece, pues, más como una “privación” o “cesación” del derecho, por más que sea temporal y admita excepciones, que como una “reducción” de un derecho o facultad a menores límites. Dicho en otros términos, la disposición no delimita un derecho a circular libremente en un ámbito (personal, espacial, temporalmente) menor, sino que lo suspende a radice, de forma generalizada, para todas “las personas”, y por cualquier medio.



2.2. La centralización de las competencias en el Gobierno central

El artículo 149.1.16 CE atribuye al Estado competencia exclusiva, entre otras, en materia de «*Sanidad exterior. Bases y coordinación general de la sanidad. Legislación sobre productos farmacéuticos*». El artículo 148.1.21 CE, a su vez, permite que las Comunidades Autónomas puedan asumir en sus respectivos estatutos de autonomía competencias, entre otras materias, en «*Sanidad e higiene*».

Así pues, la condición de España como Estado complejo, jurídicamente hablando, tiene su traducción en materia sanitaria.

Sin embargo, este reparto competencial se vio completamente alterado con la activación del estado de alarma llevada a cabo por el Real Decreto 463/2020. En efecto, el estado excepcional de alarma proyecta sus efectos sobre el ejercicio de competencias por parte de las Administraciones ordinariamente titulares de las mismas, concretando el estatuto jurídico del estado que se declara y definiendo la legalidad aplicable durante su vigencia con desplazamiento de la legalidad ordinaria en vigor.

Así, el artículo séptimo de la LO 4/1981 establece, como regla general, la centralización de todas las competencias en manos de la Administración General del Estado. Ahora bien, el hecho de que el Gobierno de la Nación sea la autoridad competente para hacer frente a las crisis no significa que no pueda delegar su gestión en otras autoridades.

El mismo artículo séptimo de la LO 4/1981 prevé tal delegación en favor del Presidente de una Comunidad Autónoma cuando la emergencia afecte exclusivamente a su territorio⁵; es más, como vimos, durante el estado de alarma declarado en 2010 como consecuencia de la crisis de los controladores del tráfico aéreo, la competencia para la dirección de la emergencia fue encomendada al Jefe de Estado Mayor del Ejército del Aire, sometido, por supuesto, al Gobierno de la Nación⁶.

⁵ Art. 7 de la LO 4/1981: «A los efectos del estado de alarma la Autoridad competente será el Gobierno o, por delegación de este, el Presidente de la Comunidad Autónoma cuando la declaración afecte exclusivamente a todo o parte del territorio de una Comunidad».

⁶ Como recuerda Agustín-J. Pérez-Cruz Martín, existieron voces que denunciaron la posible inconstitucionalidad de esta medida, al no encontrar apoyo en la LO 4/1981 el sometimiento de civiles a las leyes militares, circunstancia esta propia del estado de sitio (PEREZ-CRUZ MARTIN, A. «El control jurisdiccional de la declaración del estado de alarma y sus prórrogas». *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 52. Ed. Iustel, septiembre 2020).

Pues bien, bajo el amparo de la LO 4/1981, durante el inicio de la vigencia de este primer estado excepcional decretado por el Real Decreto 463/2020, la autoridad para la gestión de la crisis se residenció en el propio Gobierno de la Nación, señalando su artículo 4 que *«a los efectos del Estado de Alarma, la autoridad competente será el Gobierno»*.

Sin embargo, a continuación, el Real Decreto 463/2020 previó la existencia de ciertas autoridades delegadas competentes, disponiendo que *«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 de Interior.*
- c) *El Ministro de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana.*
- d) *el Ministro de Sanidad».*

Al Ministro de Sanidad, además, se le confería una competencia residual para todas aquellas materias no encomendadas a ninguno de los Ministros restantes.

Por su parte, el artículo 6 determinaba que cada Administración conservaría la gestión ordinaria de los servicios de su competencia, pudiendo adoptar las medidas oportunas para el cumplimiento del Real Decreto 463/2020, y siempre dentro del marco de las órdenes directas dictadas por las autoridades delegadas enunciadas *ut supra*.

Así pues, las autoridades autonómicas y locales quedaron dependientes de la intervención del Estado para la protección de sus propios intereses; sin embargo, quedaron obligadas, además, a colaborar en la gestión de la emergencia sanitaria, pues el Estado, durante toda la pandemia, ha mantenido en la gestión ordinaria de todos sus servicios a las Administraciones originariamente titulares de los mismos.

El poder general de dirección por parte del Estado se concretó en el Real Decreto 463/2020 en relación con los integrantes de diversos colectivos:

- En primer término, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad estatales, autonómicas y locales, quedando todas ellas bajo las órdenes directas del Ministro del Interior⁷;

⁷ Art. 5.1 del Real Decreto 463/2020.



- En segundo término, los miembros de todos los servicios de protección civil del conjunto del Estado, que quedaron sometidos a la misma autoridad⁸;
- En tercer término, las Fuerzas Armadas, constitucionalmente sometidas a la exclusiva competencia estatal; y
- En cuarto término, las autoridades civiles sanitarias de las Administraciones públicas de todo el territorio nacional, así como todo el personal a su servicio, quedaron sometidas a las órdenes directas del Ministro de Sanidad⁹.

Esta suerte de recentralización sanitaria estuvo vigente desde el inicio del primer estado de alarma, si bien fue objeto de una reducción progresiva.

2.3. La devolución progresiva de competencias a las Comunidades Autónomas y Ciudades autónomas

Las tres primeras prórrogas del estado de alarma, acordadas por los Reales Decretos 476/2020, de 27 de marzo, 487/2020, de 10 de abril, y 492/2020, de 24 de abril, se limitaron a extender en el tiempo los efectos del Real Decreto 463/2020.

Sin embargo, a partir de ese momento, se inicia un proceso de devolución gradual y progresiva de las competencias a cada una de las Administraciones territoriales ordinariamente competentes.

En efecto, el 28 de abril de 2020, el Consejo de Ministros aprobó el denominado Plan para la Transición hacia una Nueva Normalidad, estableciendo los principales parámetros e instrumentos para la adaptación del conjunto de la sociedad a la nueva normalidad, con las máximas garantías de seguridad, tras la crisis provocada por el COVID-19.

Dicho Plan perseguía mitigar el impacto tan negativo que las medidas de contención de la pandemia estaban teniendo sobre la actividad económica global y sobre grupos sociales vulnerables, y contenía una serie de medidas de desescalada gradual que se irían aplicando en cada territorio, de forma asimétrica y coordinada, en función de la evolución de los contagios en las distintas zonas. Se pretendía, así, instaurar las precauciones y medidas de protección necesarias para prevenir los contagios y minimizar el riesgo de un repunte de la enfermedad que pudiese comprometer la adecuada respuesta de los servicios sanitarios y, con ello, la salud y el bienestar del conjunto de la sociedad; compatibilizar la paulatina recuperación de las actividades cotidia-

⁸ Art. 5.4 del Real Decreto 463/2020.

⁹ Art. 12 del Real Decreto 463/2020.

nas y la recuperación económica con la neutralización del riesgo de un desbordamiento de la capacidad del Sistema Nacional de Salud. Para ello, se diseñó un Plan de cuatro fases de activación progresiva, desde una fase preliminar (o fase 0) pasando por la fase más avanzada (fase III), hasta llegar a la nueva normalidad.

La adopción de esta medida fue calificada por muchos de prematura por basarse erróneamente en la idea de estar ya en fase de recuperación de la pandemia, como se demostró después.

En todo caso, tomando como base dicho Plan de desescalada, se instauró, a través de la Orden SND/387/2020, de 3 de mayo, un proceso denominado de «cogobernanza» con las Comunidades Autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla.

La parte expositiva de dicha norma afirmaba que *«la decisión sobre el avance o retroceso en los diferentes territorios a través de las distintas fases corresponderá al Ministro de Sanidad mediante un proceso de gobernanza conjunta o cogobernanza con las comunidades y ciudades autónomas, en el que ambas instituciones actuarán en permanente diálogo bajo los principios de cooperación y colaboración. Las decisiones finales se tomarán a partir de la evaluación conjunta del panel de indicadores previsto en el Plan y considerando todos los factores que pueden influir sobre la evolución de la epidemia»*.

Sin embargo, como veremos, la pretendida cogobernanza no era tal: lo que se hizo en realidad fue diseñar un procedimiento administrativo por el que las Comunidades Autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla podían trasladar al Ministerio de Sanidad propuestas específicas de desescalada en sus territorios de acuerdo al esquema orientativo previsto en el citado Plan, así como plantear alguna actividad no contemplada entre las actividades permitidas en las diferentes fases. Asimismo, aunque la unidad territorial de referencia que se fijó era la provincia, la isla o la ciudad autónoma, podían proponer ámbitos de aplicación diferenciados en unidades de nivel territorial distinto.

La intervención de las Comunidades Autónomas se limitaba a esa facultad de proponer, pero la decisión correspondía, en todo caso, al Ministro de Sanidad¹⁰.

¹⁰ A tenor del artículo sexto de la Orden SND/387/2020, de 3 de mayo, primer apartado, *«el Ministerio de Sanidad estudiará las propuestas conjuntamente con las comunidades autónomas, como administraciones competentes para la gestión de sus respectivos servicios sanitarios y de salud pública. Asimismo, consultará, en su caso, a los Ministerios competentes por razón de la materia, y valorará, de manera cualitativa y conjunta, los indicadores y criterios técnicos previstos en el Plan para la Transición hacia una Nueva Normalidad aprobado en el Consejo de Ministros de 28 de abril de 2020»*.



Las facultades de ejecución del contenido de las decisiones del Ministro de Sanidad se atribuían a las autoridades competentes de las Comunidades Autónomas y de Ceuta y Melilla, así como a las entidades locales¹¹, pues en ningún momento de la pandemia ha pretendido la Administración General del Estado gestionar los servicios sanitarios ordinarios del resto de Administraciones territoriales.

Este llamado proceso de cogobernanza fue reproducido por los Reales Decretos que acordaron la cuarta, quinta y sexta prórroga del estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020.

La cuarta prórroga del estado de alarma fue acordada, previa autorización del Congreso de los Diputados, por el Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo (en adelante, Real Decreto 514/2020), y se extendió hasta las 00:00 horas del día 24 de mayo de 2020. Esta norma, como adelantamos, inició el proceso de descentralización gradual de las competencias en favor de las autonomías y Ceuta y Melilla, recogiendo tres tipos de medidas:

- Reactivó la celebración de las elecciones convocadas en Galicia y País Vasco, suspendidas por la declaración del estado de alarma, introduciendo un apartado 1 bis en el artículo 7 del Real Decreto 463/2020, a cuyo tenor *«la vigencia del estado de alarma no supondrá obstáculo alguno al desenvolvimiento y realización de las actuaciones electorales precisas para el desarrollo de elecciones convocadas a Parlamentos de comunidades autónomas»*.
- Consagró en un Real Decreto la técnica de la cogobernanza introducida por la Orden Ministerial de 3 de mayo de 2020.
- Introdujo, por primera vez, la técnica de la codecisión entre el Gobierno y las Comunidades Autónomas, señalando el artículo 4 que *«en el proceso de desescalada de las medidas adoptadas como consecuencia de la emergencia sanitaria causada por el COVID-19, el Gobierno podrá acordar conjuntamente con cada Comunidad Autónoma la modificación, ampliación o restricción de las unidades de actuación y las limitaciones respecto a la libertad de circulación de las personas, de las medidas de contención y de las de aseguramiento de bienes, servicios, transportes y abastecimientos, con el fin de adaptarlas mejor a la evolución de la emergencia sanitaria en cada comunidad autónoma»*¹². Estos acuerdos, de

¹¹ Artículo octavo de la Orden SND/387/2020, de 3 de mayo.

¹² Señala Vicente Álvarez García que esta medida fue impulsada por el Partido Nacionalista Vasco para arrancar su compromiso de votar a favor de la cuarta prórroga del estado de alarma (ÁLVAREZ GARCÍA, V. «La devolución competencial a las comunidades autónomas tras la recentralización operada para hacer frente a la pandemia de COVID-19». *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 55, lustel, octubre 2020).

existir, serían aplicados por los Presidentes de las Comunidades Autónomas, en tanto representantes ordinarios del Estado en el territorio.

El Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, aprobó por quinta vez la prórroga del estado de alarma, hasta las 00:00 horas del día 7 de junio de 2020. La progresiva devolución de las competencias a las Comunidades Autónomas se tradujo, en este momento, en:

- El establecimiento de una única autoridad delegada del Presidente del Gobierno, el Ministro de Sanidad, desapareciendo los otros tres Ministerios, sin perjuicio de la pervivencia de las medidas adoptadas por los mismos en cuanto no contradijesen el nuevo Real Decreto.
- Las administraciones públicas ordinariamente competentes recuperaron el ejercicio de sus funciones sobre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, y los Cuerpos de Policía autonómicos y de las corporaciones locales, con lo que las Comunidades Autónomas recuperaron íntegramente esta competencia.
- Se flexibilizaban las medidas en la educación no universitaria y en la formación si se progresaba a fase II de la desescalada, con atribución a las administraciones educativas de las correspondientes Comunidades Autónomas de facultades para adoptar, por un lado, las medidas de contención que considerasen oportunas, y por otro, decidir la reanudación, en su caso, de las actividades presenciales, correspondiéndoles asimismo la ejecución de dichas medidas.
- Se alzó la suspensión de los plazos administrativos y procesales, y la del cómputo de los plazos de caducidad y prescripción.
- En último término, se mantuvo la vigencia de las órdenes, resoluciones, disposiciones e instrucciones dictadas por las autoridades competentes delegadas previstas en el artículo 4.2 del Real Decreto 463/2020, en cuanto no se opusieran a lo dispuesto en otras posteriores, ni a lo establecido en este Real Decreto 537/2020.

Finalmente, el Real Decreto 555/2020 de 5 de junio, acordó la última prórroga del estado de alarma, hasta las 00:00 horas del día 21 de junio de 2020, y supuso la consagración definitiva del proceso de devolución de las competencias a las Comunidades Autónomas.

Como novedad respecto de los anteriores, este Real Decreto dispuso en su artículo 6 que, durante el periodo de vigencia de esta prórroga, las autoridades competentes delegadas para el ejercicio de las funciones a que se hace referencia en el Real Decreto 463/2020, serían, no solo el Ministro de Sanidad, sino también quien ostentase la presidencia de la comunidad autónoma.



Asimismo, se estableció que *«la autoridad competente delegada para la adopción, supresión, modulación y ejecución de medidas correspondientes a la fase III del plan de desescalada será, en ejercicio de sus competencias, exclusivamente quien ostente la Presidencia de la comunidad autónoma, salvo para las medidas vinculadas a la libertad de circulación que excedan el ámbito de la unidad territorial determinada para cada comunidad autónoma a los efectos del proceso de desescalada»*, añadiendo que *“serán las comunidades autónomas las que puedan decidir, a los efectos del artículo 5, y con arreglo a criterios sanitarios y epidemiológicos, la superación de la fase III en las diferentes provincias, islas o unidades territoriales de su Comunidad y, por tanto, su entrada en la «nueva normalidad»»*¹³.

3. El fin del estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020. La transición hacia la nueva normalidad

Antes de la expiración de la vigencia del primer estado de alarma, algunos representantes del Gobierno central realizaron declaraciones resaltando la idea de que el virus había sido vencido¹⁴. En este contexto, el Estado inicia un proceso de transición hacia lo que denomina «nueva normalidad», en previsión del fin de la vigencia del Real Decreto 463/2020 a las 0:00 horas del 21 de junio.

En efecto, la finalización del estado de alarma suponía la cesación automática de las medidas de emergencia dictadas a su amparo, incluida la limitación de la libertad constitucional de circulación. Suponía, igualmente, que cualquier medida impuesta por las Administraciones públicas que afectase a derechos fundamentales, exigiría la ratificación judicial, por aplicación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA).

En este contexto, el Gobierno aprobó el Real Decretoley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID19 (en adelante, Real Decretoley 21/2020), con pretensiones de regular la transición definitiva hacia la nueva normalidad. Se trataba, según su Preámbulo de adoptar *«una serie de medidas urgentes de prevención,*

¹³ Art. 6.1 y 2.

¹⁴ Con datos del 20 de mayo, cuando ya se iniciaba la disminución de la primera «ola» de la epidemia, Madrid tenía, en números totales, 67.049 casos de enfermos contagiados, seguido por la Comunidad catalana con 55.888 confirmados y después Castilla y León, Castilla-La Mancha y la Comunidad vasca; pero, en relación a las personas confirmadas por 100.000 habitantes, en 14 días, la Comunidad catalana estaba en primer lugar con 61,74, seguida por Castilla y León con 41,70, Navarra con 32,49 y después ya Madrid con 29,26.

contención y coordinación, dirigidas a garantizar el derecho a la vida y a la protección de salud mientras perdure la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, una vez expirada la vigencia del estado de alarma y de las medidas extraordinarias de contención, incluidas las limitativas de la libertad de circulación, establecidas al amparo de aquel».

Con una vigencia espacial en todo el territorio nacional, y una vigencia temporal hasta que el Gobierno estatal declarase *«la finalización de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19»*, el Real Decreto-ley 21/2020 tenía como inmediato objetivo evitar rebrotes.

En el marco de esta norma legal de urgencia, se determina que corresponderá a la Administración General del Estado, *«con la colaboración de las Comunidades Autónomas»*, la competencia para promover, coordinar o adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las previsiones establecidas en la misma, siempre con *«carácter excepcional y cuando así lo requieran motivos de extraordinaria gravedad o urgencia»*¹⁵. En todo caso, las funciones de vigilancia, inspección y control del correcto cumplimiento de estas medidas podían corresponder, en base a sus respectivas competencias, a la Administración General del Estado, a las Comunidades Autónomas o a las Administraciones Locales¹⁶.

Para ello, el artículo 5 del Real Decreto-ley 21/2020 instaura la técnica de los *«planes y estrategias de actuación para afrontar emergencias sanitarias»*, incardinada entre las actuaciones coordinadas en salud pública previstas en el artículo 65 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

La declaración de estas actuaciones coordinadas (y, por lo tanto, la activación y el diseño de estos planes y estrategias) correspondía al Ministerio de Sanidad, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, con audiencia de las Comunidades Autónomas directamente afectadas, salvo en situaciones de urgente necesidad, en cuyo caso se tomarían las medidas que sean estrictamente necesarias, informando a continuación de las medidas adoptadas.

El artículo 4 del Real Decreto-ley 21/2020 impuso, además, a todos los ciudadanos la obligación de *«adoptar las medidas necesarias para evitar la generación de riesgos de propagación de la enfermedad COVID-19, así como la propia exposición a los riesgos»*, so pena de sanción.

A pesar de la adopción por la Administración General del Estado del referido Real Decreto-ley 21/2020, los rebrotes, inicialmente localizados en Cataluña y Aragón,

¹⁵ Art. 3.1 del Real Decreto-ley 21/2020.

¹⁶ Art. 3.2 del Real Decreto-ley 21/2020.



condujeron a estas regiones a acordar, sobre la base de las leyes generales sanitarias —al no existir ya estado de alarma que los amparara—, confinamientos de población en las zonas geográficas más afectadas de sus territorios.

Así, una resolución de la Consejería de Salud catalana del 12 de julio de 2020 decretó el confinamiento de varios municipios de la comarca leridana del Segrià,

Al tiempo que se adoptaban estas medidas por las Comunidades Autónomas sin el paraguas normativo del estado de alarma, comenzaron los problemas jurídicos, puesto que, como adelantamos, las disposiciones autonómicas acordándolas debían ser sometidas a ratificación judicial en aquello que afectara a los derechos fundamentales —por mandato del artículo 8.6 de la LJCA, y no siempre el resultado de esa actuación judicial fue favorable a la adopción de la medida¹⁷.

De hecho, el mencionado confinamiento leridano fue rechazado mediante Auto del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Lérida de 12 de julio de 2020¹⁸, reprochando a la Administración autonómica la falta de datos que justificasen la proporcionalidad de *«una medida tan gravosa y restrictiva»*. Dicho Auto afirmó que *«lo que se propone con la resolución que se presenta no es sino eludir la aplicación del estado de alarma parcial que precisamente prevé, en garantía de los derechos fundamentales, el art. 4.º de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. Esta es una competencia estatal y se ejerce, además, con la garantía de la intervención del Congreso de los Diputados. En todo caso, el Presidente de la Generalidad, de acuerdo con el art. 5.º de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, “podrá solicitar del Gobierno la declaración de estado de alarma”*». Esta afirmación será reproducida en numerosas resoluciones judiciales posteriores.

4. Especial referencia a la Comunidad de Madrid

4.1. Las competencias de la Comunidad de Madrid en la lucha contra la pandemia

La Comunidad de Madrid ha jugado un papel muy relevante en la lucha contra el virus COVID-19, asumiendo desde el inicio de la pandemia que, su posición como

¹⁷ En ese momento, el tenor literal del artículo 8.6 de la LJCA señalaba que *«corresponderá a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo 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»*.

¹⁸ Que actuó por estar de guardia pese a no pertenecer al orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Comunidad Autónoma que más Producto Interior Bruto genera de España, exigía adoptar, junto con las decisiones orientadas a proteger la salud de los residentes en la dicha Comunidad Autónoma, medidas que combatieran las consecuencias del virus de forma simultánea en el ámbito económico.

Por ello, dentro del margen permitido por el sistema jurídico ideado por el Gobierno central desde el inicio de la pandemia, ha sido una de las Comunidades Autónomas con mayor iniciativa en la lucha contra el virus, destacando especialmente en la defensa de este binomio salud-economía.

Durante el periodo de vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, y como no podía ser de otra manera, se sometió al marco regulador básico constituido por el mencionado real decreto y todas las disposiciones y actos dictados en su aplicación por las autoridades competentes. En base a ello, adoptó las medidas precisas para adaptarse a lo ordenado por el Gobierno central como autoridad competente¹⁹.

A punto de finalizar la última prórroga del estado de alarma declarado en marzo, y de decaer, en consecuencia, las medidas implementadas por el mismo, la Administración madrileña, de conformidad con el Real Decreto-ley 21/2020, con la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, y la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid, aprobó la Orden 668/2020, de 19 de junio, de la Consejería de Sanidad, por la que se establecen medidas preventivas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 una vez finalizada la prórroga del estado de alarma establecida por el Real Decreto 555/2020, de 5 de junio²⁰ (Orden 668/2020).

Las medidas implantadas en ese momento consistieron principalmente en el uso obligatorio de mascarillas, el mantenimiento de distancia de seguridad, medidas de higiene y de prevención para el personal trabajador, medidas para los establecimien-

¹⁹ Por ejemplo, se aprobó la Orden 523/2020, de 23 de mayo, de la Consejería de Sanidad, por la que se adoptan pautas a cumplir y recomendaciones en materia de salud pública de interés general como consecuencia del avance de la Comunidad de Madrid a la fase 1 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad, o la Orden 527/2020, de 26 de mayo, de la Consejería de Sanidad, por la que se modifican las franjas horarias para la realización de paseos y actividad física de los menores de catorce años.

²⁰ Modificada posteriormente mediante Orden 740/2020, de 1 de julio, Orden 920/2020, de 28 de julio, y Orden 997/2020, de 7 de agosto.



tos y locales abiertos al público, control de aforos; medidas para el desarrollo de velatorios, celebraciones religiosas o civiles; y medidas en relación con el comercio minorista, actividades al aire libre, en parques, hostelería y restauración, alojamientos turísticos y similares.

La generalización de los rebrotes en todo el territorio nacional en las primeras semanas del verano condujo al Gobierno central a convocar el día 14 de agosto, de acuerdo con lo señalado por el artículo 5 del Real Decreto-ley 21/2020, una reunión del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, con el fin de acordar medidas uniformes para todo el país. El resultado de esa reunión fue una Orden «comunicada» a las Comunidades Autónomas, a las que, sobre la base de dicho modelo, se les compelió a implementarlas en sus diferentes territorios.

Las diferentes Comunidades Autónomas traspusieron esta Orden «comunicada» a sus ordenamientos jurídicos y, en consecuencia, sometieron a ratificación judicial las disposiciones regionales resultantes, conforme a lo previsto por el ya mencionado artículo 8.6 LJCA.

En el caso de la Comunidad de Madrid, se dictó la Orden 1008/2020, de 18 de agosto, de la Consejería de Sanidad, por la que se modifica la Orden 668/2020, de 19 de junio de 2020, por la que se establecen medidas preventivas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 una vez finalizada la prórroga del estado de alarma establecida por el Real Decreto 555/2020, de 5 de junio, para la aplicación de las actuaciones coordinadas en salud pública para responder a la situación de especial riesgo (Orden 1008/2020, en adelante).

De conformidad con lo apuntado, dicha Orden fue sometida a ratificación judicial por la Abogacía General de la Comunidad de Madrid. Sin embargo, al tiempo que en la mayor parte de España estas medidas eran judicialmente ratificadas, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Madrid denegó, mediante Auto 121/2020, de 20 de agosto, la ratificación de la Orden madrileña, que se había limitado a plasmar lo acordado por el Ministerio de Sanidad el 14 de agosto de 2020.

Las razones esgrimidas en el Auto para la no ratificación fueron dos:

- Por un lado, opinaba el juez que la Orden estatal comunicada a las Comunidades Autónomas debería haber sido publicada, adoleciendo de nulidad radical en caso contrario.
- Por otro lado, el Auto reseñado subraya, recordando la tesis sostenida por el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Lérida, que: «Desde una Comunidad Autó-

noma no se pueden limitar derechos fundamentales con carácter general sin una previa declaración de la alarma», de tal forma que si el gobierno autonómico pretendía la adopción de estas medidas limitativas de derechos fundamentales debería solicitar al Gobierno de la Nación la declaración del estado constitucional de alarma; una alarma «singularizada a su territorio».

Estos dos razonamientos no fueron compartidos por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid que conoció de la apelación presentada por la Abogacía General de la Comunidad de Madrid, resolviendo mediante Sentencia 594/2020, de 28 de agosto de 2020.

En efecto, la mencionada sentencia comienza afirmando que *«la falta de publicación de una norma jurídica no afecta a su validez —único extremo que asociaría la sanción jurídica de nulidad de pleno derecho— sino a su eficacia, concepto jurídico diferente que, desde este momento, conviene reconducir a su justo significado, para corregir los desajustes conceptuales que apreciamos, prima facie, en el Auto apelado»,* a lo que añade que *«las actuaciones coordinadas en salud pública y las medidas en que se traducen, aprobadas por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud y declaradas en la Orden ministerial de 14 de agosto de 2020, tienen por directo destinatario a las autoridades sanitarias autonómicas, como interlocutores de la administración del Estado, a quienes vinculan (artículo 65.2 Ley 16/2003) y no a los ciudadanos por lo que, como tal instrumento intergubernamental de armonización y homogeneización, su publicación en el Boletín Oficial del Estado resulta irrelevante pues, nada aporta sobre su validez y eficacia, tampoco sobre la concurrencia de una causa de nulidad de pleno derecho no convalidable, ni de un conflicto entre normas que ponga en juego la cláusula de supletoriedad del artículo 149.3 C.E.».*

Sobre la base de lo anterior, considera la sentencia que el Auto impugnado se desvía de la tutela judicial reclamada respecto de la Orden autonómica 1008/2020, para verificar un enjuiciamiento sobre otra disposición administrativa distinta, esto es, la Orden de 14 de agosto de 2020 del Ministro de Sanidad, que opera en la justificación material y objetiva de las medidas sanitarias a cuyo cumplimiento aquella obliga a los ciudadanos de la Comunidad Autónoma de Madrid.

En adición, entiende la sentencia que la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, y la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid *«permiten afirmar que las autoridades sanitarias en cada comunidad autónoma, a través de sus órganos competentes, pueden intervenir en las actividades públicas y privadas, para proteger la salud de la población y*



prevenir la enfermedad. Por ello, en situaciones de pandemia como la que atravesamos, para garantizar el control de brotes epidemiológicos y el riesgo de contagio, tienen competencias para adoptar medidas preventivas de contención y otras que supongan limitación de actividades y desplazamiento de personas, adecuándose al principio de proporcionalidad en el respeto de las libertades y derechos fundamentales». En todo caso, dado que dichas medidas pueden ser limitativas de derechos fundamentales, su necesario respeto se garantiza con el examen judicial, en el que «la decisión a adoptar será fruto de una previa ponderación del ajuste entre la situación de hecho y las finalidades perseguidas, es decir, de la adecuación de las medidas sanitarias al principio de proporcionalidad».

De esta forma, el TSJ de Madrid afirma, ya desde este momento, que la legislación sanitaria es base legal suficiente para adoptar medidas restrictivas de derechos fundamentales, condicionadas a la posterior ratificación judicial, sin necesidad de la declaración previa de un estado de alarma.

Sobre la base de dichas argumentaciones, en Madrid las medidas implementadas a través de la Orden 1008/2020 fueron judicialmente ratificadas, acabando con la anomalía de que las medidas sanitarias coordinadas, acordadas en el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud para el conjunto de España el día 14 de agosto, se aplicasen en todo el país, salvo, incomprensiblemente, en la Comunidad de Madrid, que era uno de los territorios que más contagios estaba experimentando durante la segunda quincena del mes de agosto.

Con la segunda ola ya confirmada, la inacción por parte de la Presidencia del Gobierno de la Nación se mantuvo, limitándose a recordar, a través de una declaración institucional, que *«todas las Comunidades Autónomas tienen a su disposición la herramienta legal del estado de alarma y la posibilidad de solicitar su declaración en todo o en parte de su territorio».*

Ante esta tesitura, la Comunidad aprobó la Orden 1047/2020, de 5 de septiembre, que modificó la anterior en relación con las medidas de distanciamiento físico, la cual fue confirmada por el Auto 78/2020, de 11 de septiembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 27 de Madrid.

Seguidamente dictó la Orden 1177/2020, de 18 de septiembre, de la Consejería de Sanidad, que modificó la Orden 668/2020, para adoptar medidas más restrictivas, reduciendo a 6 el número de participantes en reuniones públicas y privadas, restringiendo la actividad en hostelería y restauración, y sus aforos interiores y exteriores, en terrazas, en relación con competiciones deportivas o la gestión de residuos.

En tercer término, se aprobó la Orden 1178/2020, de 18 de septiembre, de la Consejería de Sanidad, por la que se adoptan medidas específicas temporales y excepcionales por razón de salud pública para la contención del COVID-19 en núcleos de población correspondientes a determinadas zonas básicas de salud, como consecuencia de la evolución epidemiológica (Orden 1178/2020, en adelante). La gran novedad de esta Orden frente a las anteriores, fue la adopción de confinamientos geográficamente limitados a zonas básicas de salud —37 en ese caso—, medida que ha sido considerada como de las más efectivas en la lucha contra la pandemia.

Esta medida restrictiva fue objeto de ratificación mediante Auto 115/2020, de 24 de septiembre, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid²¹, que concluyó que la misma resultaba necesaria, proporcional e idónea para el fin perseguido, que es evitar la mayor difusión a otras zonas de una enfermedad altamente contagiosa.

A partir de este momento, y precisamente a cuenta de los confinamientos por zonas básicas de salud, comienza un enfrentamiento, más de carácter político que sanitario, entre la Comunidad de Madrid y el Ministerio de Sanidad, que no accede a admitir que los confinamientos por zonas básicas de salud estaban produciendo una mejora en los datos de contagios y de hospitalizaciones en esa Comunidad.

En este ambiente de crispación, con el voto en contra de cuatro Comunidades Autónomas, entre ellas la Comunidad de Madrid, se adoptó por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud la denominada «Declaración de Actuaciones Coordinadas en Salud Pública» de fecha 30 de septiembre de 2020, que impuso la obligación a todas las Comunidades Autónomas de aplicar, en 48 horas tras la notificación del Ministerio, una serie de medidas restrictivas en aquellos de sus municipios que cumplieran los criterios fijados por el propio acuerdo.

Los votos en contra mencionados llevaron a cuestionar la legalidad de dicho acuerdo, toda vez que el artículo 73 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, prevé claramente que *«los acuerdos del*

²¹ Mediante 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 se modificó la LJCA, a fin de establecer que los Tribunales Superiores de Justicia fuesen competentes para conocer 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 consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente»*.



Consejo se plasmarán a través de recomendaciones que se aprobarán, en su caso, por consenso»²².

La Declaración de Actuaciones Coordinadas de 30 de septiembre de 2020, fue hecha pública por una Resolución del mismo día 30 de septiembre de 2020, de la Secretaría de Estado de Sanidad, publicada en el BOE del 1 de octubre, obligando a las Comunidades Autónomas a adoptar, al menos, las medidas que se preveían en el apartado 2 (que tienen el carácter de mínimos) en los municipios de más de 100.000 habitantes que formen parte de su territorio, cuando concurrieran las tres circunstancias siguientes:

- a) El municipio presente una incidencia de 500 casos o más por 100.000 habitantes en 14 días (medida hasta 5 días antes de la fecha de valoración). Este criterio no será de aplicación si al menos el 90% de los casos detectados en el municipio se corresponden con brotes no familiares perfectamente identificados y controlados, y si estos han sido convenientemente comunicados al Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias del Ministerio de Sanidad.*
- b) El municipio presente un porcentaje de positividad en los resultados de las pruebas diagnósticas de infección activa por COVID-19 realizadas en las dos semanas previas superior al 10%.*
- c) La comunidad autónoma a la que pertenezca el municipio presente una ocupación de camas por pacientes COVID-19 en unidades de cuidados intensivos superior al 35% de la dotación habitual (época pre-COVID-19) de camas de cuidados críticos en los centros hospitalarios existentes a la fecha de adopción del presente Acuerdo.»*

De esta forma, de ser procedente por cumplir los parámetros expuestos, el confinamiento debía venir referido a la unidad territorial del municipio, no a zonas básicas de salud, conduciendo al resultado absurdo de que los residentes en zonas con alta incidencia tendrían ahora mayor libertad de movimiento que con anterioridad.

La Comunidad de Madrid, como no podía ser de otra manera, cumplió el mencionado acuerdo —sin perjuicio de la interposición de un recurso contra el mismo— mediante la Orden 1273/2020, de 1 de octubre, de la Consejería de Sanidad, por la que se establecen medidas preventivas en determinados municipios de la Comunidad

²² Para salvar esta circunstancia, el propio Acuerdo hace equivalente el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud a una Conferencia Sectorial de las reguladas en los arts. 147 y ss. de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, incardinando ese acuerdo entre los del art. 151.2.º.a) de dicha Ley para darle obligatoriedad al mismo.

de Madrid en ejecución de la Orden del Ministro de Sanidad, de 30 de septiembre de 2020, por la que se aprueban actuaciones coordinadas en salud pública. La particularidad de esta Orden radicaba en su Exposición de Motivos, que no invocaba la legislación sanitaria como marco jurídico en que encuadrar su decisión, sino que se limitaba a basarse en la Declaración de Actuaciones Coordinadas de 30 de septiembre, y en su obligatoriedad.

Sometidas a ratificación aquellas medidas que afectaban a derechos y libertades fundamentales por el Tribunal Superior de Justicia, este resolvió denegarla mediante Auto 128/2020, de 8 de octubre. Comienza recordando el TSJ que su «función es analizar cuáles de dichas medidas limitan o restringen derechos fundamentales de los ciudadanos y si tal limitación encuentra, primero, cobertura legal, siendo o no competente la Administración que las acuerda, y además si respeta los parámetros de justificación, idoneidad y proporcionalidad que la doctrina constitucional viene exigiendo en la restricción, o limitación de dichos derechos esenciales». Procede, por tanto, al análisis de la cobertura legal de las medidas acordadas, en relación con la competencia de la Administración Autonómica para adoptarlas, cuestión que enlaza inevitablemente con el fundamento legal de la Orden comunicada que se limita a cumplir y ejecutar la Administración madrileña. Producto de ese análisis, el Auto afirma:

«En efecto, tal y como reconoce el Letrado de la Comunidad de Madrid, la Orden 1273/2020 viene a cumplir lo obligado mediante la Orden Comunicada del Ministro de Sanidad, de 30 de septiembre de 2020, por la que se aprueba la Declaración de Actuaciones Coordinadas en Salud Pública para responder ante situaciones de especial riesgo por transmisión no controlada de infecciones causadas por el SARS-Cov-2.

Esta Orden del Ministro de Sanidad se dicta al amparo del artículo 65 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. Conforme a ello, el Ministro de Sanidad aprueba la Declaración de Actuaciones Coordinadas aprobadas en el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, obligando con ello a las Comunidades Autónomas destinatarias.

De ahí que la Comunidad de Madrid, como destinaria de aquella Orden del Ministro de Sanidad, proceda a aprobar la correspondiente disposición, que es la que tiene efecto vinculante para los ciudadanos, y por tanto se somete a ratificación en la medida en que, afirma la Comunidad de Madrid, restringe el derecho fundamental a la libertad de desplazamiento y circulación de las personas (...).



El artículo 65 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (según redacción dada por el Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio), es citado por el Acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud y la Orden comunicada de 30 de septiembre de 2020, como único título legal habilitante de la potestad administrativa ejercitada en la adopción del mencionado acuerdo y la emisión de la Orden comunicada, cuya ejecución lleva a cabo la Comunidad de Madrid a través de la Orden 1273/2020, de 1 de octubre, de la Consejería de Sanidad. (...)

QUINTO. En este marco legal, y solo en él, sitúan tanto la Orden comunicada del Ministro de Sanidad de 30 de septiembre de 2020, como la Orden 1273/2020, de 1 de octubre, de la Consejería de Sanidad, la habilitación para la adopción de las medidas sanitarias restrictivas del derecho fundamental a la libertad de circulación, al prohibir la entrada y salida de personas de los municipios incluidos en su ámbito de aplicación, salvo para aquellos desplazamientos, adecuadamente justificados, que se produzcan por alguno de los motivos que expresamente enumeran.

Por ello, la ratificación de las medidas sanitarias restrictivas de derechos fundamentales dependerá del juicio que merezca tal habilitación legal. En particular habrá de dilucidarse si la previsión del artículo 65 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, autoriza la restricción de derechos fundamentales y libertades públicas (...).

Aunque conforme a la doctrina constitucional expuesta, su naturaleza de Ley Ordinaria no sería, a priori, un obstáculo para que la citada norma legal pudiera establecer limitaciones de los derechos fundamentales, siempre que no fueran restricciones directas o esenciales, no aprecia la Sala en la regulación que contiene el artículo 65 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, habilitación legal alguna para el establecimiento de medidas limitativas del derecho fundamental a la libertad de desplazamiento y circulación de las personas por el territorio nacional (artículo 19 CE), o de cualquier otro derecho fundamental. Ninguna mención se hace en el precepto, ya sea de forma directa o indirecta, a la posible limitación de derechos fundamentales con motivo del ejercicio de las funciones legalmente encomendadas al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

Y menos aún se establecen en forma alguna los presupuestos materiales de una eventual limitación de derechos fundamentales, inherentes a las más elementales exigencias de certeza y seguridad jurídica.

La mera referencia a la declaración de actuaciones coordinadas en salud pública, encomendada al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud y la mención de los supuestos y mecanismos previstos para la realización de tales actuaciones en el mencionado precepto legal, antes transcrito, orientados básicamente a la coordinación y cooperación de las distintas Administraciones Públicas con competencias en materia de salud pública, no permiten identificar la imprescindible habilitación legal limitativa de derechos fundamentales que posibilitara la adopción de las medidas sanitarias con tal alcance, sin que el hecho de que, en su caso, estuvieran sujetas a autorización o ratificación judicial, convalide la ausencia de habilitación (...).

Con la misma relevancia que lo anterior, ha de destacarse el hecho de que la inclusión de la "Activación o diseño de planes y estrategias de actuación para afrontar emergencias sanitarias" (art. 65.2.e), como uno de los mecanismos previstos para la realización de las actuaciones coordinadas en salud pública, fuera operada por la disposición final 2.1 del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio. Esta disposición legal modificó la redacción del artículo 65 y añadió el artículo 65 bis, relativo a la aportación de información al Ministerio de Sanidad en situaciones de emergencia para la salud pública por parte de los órganos competentes en materia de salud pública de las comunidades autónomas y, como pone de relieve su exposición de motivos, no tuvo por objeto en modo alguno habilitar a los Poderes públicos, en particular, al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, para establecer medidas limitativas de la libertad de circulación (artículo 19 CE) ni de ningún otro derecho fundamental (...).

En definitiva, concluye la Sala que la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, y en concreto su artículo 65, no contiene una habilitación legal para el establecimiento de medidas limitativas de derechos fundamentales.»

Además, el Auto se preocupa de recordar que los casos previos de ratificación de medidas sanitarias se basaban en que el fundamento de esas resoluciones sobre imposición de medidas sanitarias se residenciaba en la legislación sanitaria general (la Ley Orgánica de Medidas Especiales en materia de Salud Pública, la Ley General de Sanidad, la Ley General de Salud Pública y la Ley de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid). Por tanto, es dable que las Comunidades Autónomas implanten medidas restrictivas de derechos fundamentales sin una previa declaración de un estado de alarma, pero con la precisión de que, con estado de alarma, las medidas que limitan derechos fundamentales pueden entrar en vigor de forma inmediata y, sin él, estas restricciones exigen una autorización judicial.



En paralelo, y debido a la evolución de la epidemia, mediante Orden 1274/2020, de 1 de octubre, de la Consejería de Sanidad, se procedió a prorrogar por 14 días y modificar el ámbito de aplicación de las medidas específicas temporales y excepcionales por razón de salud pública establecidas por la Orden 1178/2020, de 18 de septiembre, de tal manera que las mismas únicamente fueron aplicables desde ese momento a las zonas básicas de salud de los municipios de menos de 100.000 habitantes (zonas básicas de salud de Reyes Católicos, Humanes y Villa del Prado). Es decir, como consecuencia de la adopción de las actuaciones coordinadas del Ministerio del Consejo Interterritorial de Salud, las medidas específicas temporales y excepcionales que la Consejería de Sanidad dispuso en determinadas zonas básicas de salud en virtud de las Órdenes 1178/2020, de 18 de septiembre, y 1226/2020, de 25 de septiembre, dejaron de aplicarse en aquellas zonas pertenecientes a municipios de más de 100.000 habitantes, que constituyen el ámbito de aplicación de la Orden 1273/2020, de 1 de octubre.

Desde ese momento, se fueron solapando medidas de confinamiento para zonas básicas de salud pertenecientes a territorios municipales que no superasen los 100.000 habitantes, con otras que, por mandato estatal, confinaban a municipios completos que superaban ese margen de población y el índice de incidencia fijado por el Estado.

4.2. El estado de alarma en la Comunidad de Madrid

Entrado el mes de octubre, desde prácticamente todas las Administraciones se reclamó al Gobierno de la Nación una reforma legislativa que permitiera resolver el caos ocasionado por la existencia de resoluciones judiciales dispares, dotando a las Administraciones Públicas competentes de instrumentos para adoptar medidas adecuadas para luchar contra la epidemia y garantizar los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos.

Sin embargo, el Gobierno no atendió dichas peticiones, dejando solas a las Comunidades Autónomas al frente de la pandemia; estas, con los instrumentos legales a su alcance, fueron adoptando medidas que, por estar sometidas a ratificaciones judiciales exteriores, produjeron resultados diversos, conduciendo al caos en todo el territorio nacional, provocando situaciones tan absurdas como que, por ejemplo, fuese jurídicamente admisible salir de una Comunidad Autónoma, pero no entrar en la limitrofe.

Unido a esa inactividad por parte del Gobierno, la tensión política con la Comunidad de Madrid fue en aumento, y los desencuentros entre dicha Administración

autonómica y el Estado a propósito de los ámbitos geográficos de los confinamientos culminaron con una nueva declaración del estado de alarma (Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre), el tercero en nuestra historia constitucional y el segundo en pocos meses adoptado por el mismo Gobierno, aunque en este caso, con la particularidad de que afectó exclusivamente a algunos municipios de la Comunidad de Madrid.

En efecto, el mencionado Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 8 de octubre de 2020, que denegó la implantación en la Comunidad de Madrid de las medidas contenidas en el Acuerdo del Consejo Interterritorial de 30 de septiembre de 2020, unido a una segunda ola del virus en progresivo aumento²³, —sin olvidar el enfrentamiento político entre Gobierno central y autonómico a propósito del ámbito territorial de los confinamientos (zona básica de salud o municipio)— fueron las razones esgrimidas por el Gobierno central para aprobar el Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre (Real Decreto 900/2020, en adelante), que declaró el estado de alarma en ciertos municipios madrileños; esta norma hizo evidente la lucha de signo político mantenida entre Estado y Comunidad de Madrid, pues no se estimó necesario, en ese momento, dictar una norma semejante para otras Comunidades Autónomas o partes del territorio nacional que presentaban una incidencia similar en el número de contagios²⁴.

Conforme al artículo 2 del Real Decreto 900/2020, dicho estado de alarma se aplicaba exclusivamente en el territorio de los municipios de la Comunidad Autónoma de Madrid de Alcobendas, Alcorcón, Fuenlabrada, Getafe, Leganés, Madrid, Móstoles, Parla y Torrejón de Ardoz, con una duración inicial prevista de 15 días²⁵.

Sin embargo, lo cierto es que en su Exposición de Motivos se lee:

«La Comunidad de Madrid es la única comunidad autónoma que, encontrándose algunos de sus municipios en las circunstancias previstas en la Declaración de Actuaciones Coordinadas de 30 de septiembre de 2020, no ha visto ratificada judicialmente la medida de restricción en relación con la entrada y salida de los municipios afectados prevista en la Orden que aprobó en el ejercicio de las competencias que le son propias (Orden 1273/2020, de 1 de octu-

²³ A 9 de octubre, los nuevos contagios eran 12.788 y los fallecidos son 241 personas, pasando de una incidencia por 100.000 habitantes a 14 días, de 151,47 casos el 20 de agosto a 305,58 casos el día 8 de octubre, siendo la Comunidad de Madrid la que más casos confirmados de coronavirus presentaba (si bien tal dato ha de ponerse en relación con sus habitantes (casi 7 millones) y con el número de test PCR y anticuerpos que se realizaban (más de 2 millones), que la colocaban a la cabeza de España junto con la Comunidad catalana.

²⁴ Por ejemplo, Cataluña.

²⁵ Art. 3.



bre, de la Consejería de Sanidad, por la que se establecen medidas preventivas en determinados municipios de la Comunidad de Madrid en ejecución de la Orden del Ministro de Sanidad, de 30 de septiembre de 2020, por la que se aprueban actuaciones coordinadas en salud pública).

Teniendo en cuenta que en relación con dicha Orden de la Comunidad de Madrid, la autoridad judicial no ha ratificado la medida referida a la limitación de la entrada y salida de personas de los municipios afectados, única medida contemplada en Orden 1273/2020, de 1 de octubre, de la Consejería de Sanidad susceptible de ratificación o autorización judicial por limitar o restringir derechos fundamentales, resulta necesario ofrecer una cobertura jurídica puntual e inmediata que resulte suficiente para continuar con la aplicación de esta medida, ante la grave situación epidemiológica existente en los municipios afectados y con el fin de evitar el riesgo que se ocasionaría en caso de no ser posible continuar con su aplicación.

Por ello, el presente real decreto regula específicamente la medida referida a la restricción de entrada y salida de los municipios en los que concurran las circunstancias señaladas anteriormente y lo hace con la única y exclusiva finalidad de proteger la salud de la población.»

De ello se infiere que, en todo lo que no se refiera a la entrada y salida de los municipios indicados en el Real Decreto 900/2020, la Orden 1273/2020, de 1 de octubre sigue vigente, como vigentes seguían también el resto de disposiciones que Madrid había adoptado y que no se referían a las restricciones de entrada y salida de dichos municipios, en particular, la Orden 1405/2020, de 22 de octubre, de la Consejería de Sanidad, que establecía las zonas básicas de salud que, en función de la evolución de la incidencia, estaban sujetas a restricciones²⁶.

En sede competencial, la LO 4/1981 prevé que, cuando el estado de alarma afecte a todo o parte del territorio de una Comunidad Autónoma, la Autoridad delegada competente pueda ser el Presidente de la misma.

Sin embargo, en este caso, la Autoridad competente sería el Gobierno de la Nación²⁷ exclusivamente (cuando en la declaración de alarma de marzo, con una situación más complicada, se nombró a varios Ministros como autoridades delegadas).

²⁶ Esta Orden ha sido modificada de manera sucesiva en función de la evolución de la pandemia, a fin de levantar o establecer restricciones en ciertas zonas básicas de salud, por ejemplo, mediante la Orden 1465/2020, de 30 de octubre, la Orden 1503/2020, de 6 de noviembre, o la Orden 1534/2020, de 13 de noviembre.

²⁷ Art. 4.

El artículo 5, sin duda el precepto más importante, limitó la entrada y salida de personas de los municipios de la Comunidad de Madrid, incluyendo la capital de España, a aquellos desplazamientos adecuadamente justificados que se produjeran alguno de los motivos enumerados, similares a los previstos en el primer estado de alarma²⁸. Con ello, se consiguió, por ejemplo, que, dentro de un municipio como Madrid, con una superficie de 604,45 kilómetros cuadrados, sus más de 3 millones de habitantes tuviesen plena libertad de movimiento, comprometiendo la lucha contra la expansión del virus.

Conforme al artículo 6, cada Administración conservaría 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 el propio Real Decreto; precepto que no aporta nada nuevo, pues, como dijimos, nunca ha pretendido el Gobierno central gestionar por sí mismo los servicios autonómicos o locales.

El régimen sancionador se estableció en el artículo 7 con la misma inconcreción que en el primer estado de alarma, remitiéndose, sin más, a las Leyes.

Finalmente, el Real Decreto preveía la remisión semanal al Congreso de los Diputados de la información sobre las medidas adoptadas y sucesivas modificaciones.

Como particularidad, el Real Decreto 900/2020 decretó en su artículo 3 que el estado de alarma en la Comunidad de Madrid duraría quince días naturales, a partir de la publicación del mismo en el BOE. La Administración madrileña, partiendo de dicha previsión, consideró que el estado de alarma implantado en Madrid finalizaba a las 16:47 del 24 de octubre, por lo que procedió, en su condición de autoridad sanitaria competente, a adoptar medidas que, a partir de ese momento, reforzaran la protección de la salud y de la economía en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid. Así, aprobó la Orden 1404/2020, de 22 de octubre, de la Consejería de Sanidad, por la que se modificó la Orden 668/2020, de 19 de junio, reforzando medidas relacionadas con las reuniones en el ámbito familiar, fijación de aforos en ciertas actividades (servicios funerarios, lugares de culto, y similares), así como limi-

²⁸ Asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios; cumplimiento de obligaciones laborales, profesionales, empresariales, institucionales o legales; asistencia a centros universitarios, docentes y educativos, incluidas las escuelas de educación infantil; retorno al lugar de residencia habitual; asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables; desplazamiento a entidades financieras y de seguros que no puedan aplazarse; actuaciones requeridas o urgentes ante los órganos públicos, judiciales o notariales; renovaciones de permisos y documentación oficial, así como otros trámites administrativos inaplazables; realización de exámenes o pruebas oficiales inaplazables; por causa de fuerza mayor o situación de necesidad, y cualquier otra actividad de análoga naturaleza, debidamente acreditada.



taciones de aforo en establecimientos y lugares abiertos al público. Por su parte, la Orden 1405/2020, de 22 de octubre, de la Consejería de Sanidad, extendió las medidas ya vigentes a zonas básicas de salud de algunos de los ámbitos municipales que, tras el fin del estado de alarma de Madrid, quedarían sin restricciones.

5. El Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre

Ante el aumento imparable del número de contagios en España, que a fecha 22 de octubre presentaba una incidencia acumulada a 14 días de 349 casos por 100.000 habitantes, y sin haberse realizado aún los necesarios cambios normativos, el Estado aprobó 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 (Real Decreto 926/2020, en adelante), que dispuso su vigencia en todo el territorio español.

Las novedades y, por tanto, diferencias, respecto del primer estado de alarma, pueden sintetizarse en las siguientes:

- a) La duración del estado de alarma viene prevista en su artículo 4, surtiendo efectos desde su publicación (que tuvo lugar el mismo domingo 25 de octubre) hasta las 00:00 horas del día 9 de noviembre de 2020.

La novedad fundamental, en este punto, tuvo que ver con la prórroga: tan solo cuatro días después de su declaración, se autoriza la prórroga del estado de alarma desde las 00:00 horas del 9 de noviembre de 2020 hasta nada menos que las 00:00 de día 9 de mayo de 2021 (es decir, 6 meses más).

Sobre este particular, la LO 4/1981 se limita a señalar, en su artículo sexto, apartado dos, que *«solo se podrá prorrogar con autorización expresa del Congreso de los Diputados, que en este caso podrá establecer el alcance y las condiciones vigentes durante la prórroga»*.

Ello ha llevado a afirmar, en defensa de esta medida, que, donde la ley no distingue, tampoco debería hacerlo el intérprete (*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*), con el añadido de que el legislador sí ha querido establecer expresamente una duración máxima de las prórrogas para el estado de excepción²⁹, por lo que, de haberlo pretendido para el estado de alarma, lo habría hecho constar de forma expresa.

²⁹ Artículo quince, apartado Tres de la LO 4/1981: *«Si persistieran las circunstancias que dieron lugar a la declaración del estado de excepción, el Gobierno podrá solicitar del Congreso de los Diputados la prórroga de aquél, que no podrá exceder de treinta días»*.

Sin embargo, los juristas se decantaron mayoritariamente por considerar que no se puede desatender la interpretación teleológica de la norma, que expresa la voluntad del legislador, interpretación que debe prevalecer cuando la exégesis gramatical de la norma conduce a resultados contrarios a su espíritu. Así, afirma Pablo Orellana³⁰ que *«este canon hermenéutico es, por tanto, obligatorio para realizar una interpretación plena de la ley y descubrir así el espíritu y finalidad de aquellas, tal y cómo cierra el precepto enunciado. No hacerlo e interpretar la ley únicamente desde su tenor literal llevaría al absurdo de habilitar a decretar una prórroga de 6 meses, o por qué no, de una legislatura. Ello constituiría una antinomia con el espíritu de la norma de emergencia, que a modo de baliza reluce en su art. 1.2 como sigue: “Las medidas a adoptar en los estados de alarma, excepción y sitio, así como la duración de los mismos, serán en cualquier caso las estrictamente indispensables para asegurar el restablecimiento de la normalidad. Su aplicación se realizará de forma proporcionada a las circunstancias”»*. También hubo quien puso el acento en el riesgo que entraña diluir el control parlamentario al que se somete este tipo de medidas³¹.

En cualquier caso, la prórroga se agotó, durando el estado de alarma hasta el 10 de mayo de 2021; se le confirió, por tanto, cierta vocación de permanencia, en contra de la excepcionalidad que debe presidir un estado de esta naturaleza.

- b) En el ámbito de la autoridad competente, existen también novedades: la autoridad competente sigue siendo el Gobierno de la Nación —como no puede ser de otro modo por aplicación del artículo séptimo de la LO 4/1981—, pero las autoridades competentes delegadas pasaron a ser exclusivamente los Presidentes autonómicos.

³⁰ ORELLA GOMEZ, P. «Sobre la constitucionalidad de prorrogar el estado de alarma por más de 15 días». 30 de octubre de 2020, blog «Hay Derecho» del Diario *Expansión*.

³¹ Con fecha 27 de octubre de 2021, el Tribunal Constitucional ha dictado su sentencia n.º 183/2021, por la que declara inconstitucional esta prórroga de seis meses. Tal y como se hace constar, la sentencia, de la que ha sido ponente el magistrado Antonio Narváez, explica que lo que merece censura constitucional no es la duración de la prórroga, por sí sola y sin más, sino el carácter no razonable o infundado, visto el Acuerdo adoptado por el Parlamento en su conjunto, de la decisión por la que se fijó tal plazo. Por tanto, la determinación temporal de aquella prórroga de seis meses se realizó de un modo por entero inconsistente con el sentido constitucional que es propio del acto de autorización y sin coherencia alguna, incluso, con las razones que el Gobierno hizo valer para instar la prórroga finalmente concedida. Además, la prórroga fue autorizada cuando las medidas limitativas de derechos incluidos en la solicitud no iban a ser aplicadas inmediatamente por el Gobierno, pues se supeditaba su puesta en práctica a lo que los presidentes de las Comunidades Autónomas así lo decidieran, por lo que aquella autorización se dio sin saber qué medidas se iban a aplicar para combatir la pandemia.



Así pues, ahondando más en esa idea de «cogobernanza» que tanto se ha propugnado desde el Gobierno central, se delegó la condición de «autoridad competente» en todos los presidentes autonómicos y en los presidentes de las Ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, que quedaron directamente habilitados para dictar, por delegación del Gobierno de la nación, medidas sin necesidad de tramitar ningún tipo de procedimiento administrativo ni solicitar su autorización o ratificación judicial.

También ha habido voces que han proclamado la inconstitucionalidad de esta «delegación en bloque», sobre la base de que, cuando la LO 4/1981 habla del Presidente autonómico como autoridad delegada, lo hace en singular (artículo séptimo), vinculándolo necesariamente con el supuesto de que el estado de alarma afecte exclusivamente a parte o todo del territorio de esa Comunidad Autónoma (artículo quinto). En efecto, afirma Fernández de Gatta³² que *«el art. 7-LOEAES establece, claramente, que en el estado de alarma la Autoridad competente será el Gobierno o, por delegación de este, el Presidente de la Comunidad Autónoma "cuando la declaración afecte exclusivamente a todo o parte del territorio de una Comunidad"; precepto que está en consonancia con el art. 5-LOEAES, que prevé que, cuando los supuestos que justifican el estado de alarma «afecten exclusivamente a todo, o parte del ámbito territorial de una Comunidad Autónoma», el Presidente de la misma, podrá solicitar del Gobierno la declaración de estado de alarma; y lo confirma la STC 83/2016, de 28 de abril. En ambos preceptos, en particular en el art. 7, se prevé la solicitud de la alarma o la designación como autoridad competente delegada recaiga en los Presidentes de las Comunidades Autónomas cuando la declaración o los hechos que justifican el estado de alarma afecten exclusivamente a todo o parte del ámbito territorial de la Comunidad correspondiente; en ningún caso se prevé que, siendo una epidemia, como la actual, que afecta a toda España (mejor dicho, a todo el mundo) se puedan designar como autoridades competentes delegadas a los 17 Presidentes regionales»*³³.

³² FERNANDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. «El Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre: del estado de alarma de Madrid y el desbarajuste jurídico-administrativo de las medidas contra el coronavirus a otro estado de alarma, con prórroga, ..., de nuevo con problemas constitucionales». *Diario La Ley*, n.º 9741, Sección Doctrina, 23 de noviembre de 2020, pp. 22 y 23. Wolters Kluwer.

³³ En la STC 183/2021, de 27 de octubre, también se declara inconstitucional la designación de los Presidentes autonómicos como autoridades competentes delegadas, al considerar combaque, entre otros motivos, esta decisión contraviene lo dispuesto en la ley orgánica a la que reserva el art. 116.1 CE la regulación de los estados de crisis y las competencias y limitaciones correspondientes. Además, el Gobierno acordó con carácter permanente la delegación sin reserva alguna de la supervisión efectiva o de la eventual avocación al propio Gobierno, de lo que las Autoridades delegadas pudieran actuar en sus respectivos ámbitos territoriales.

El esquema de designar como autoridades competentes delegadas exclusivamente a los Presidentes de las Comunidades Autónomas y de Ceuta y Melilla entraña también un problema desde una perspectiva práctica, por cuanto el artículo octavo de la LO 4/1981 atribuye solo al Gobierno la obligación de rendir cuentas ante el Congreso de los Diputados.

- c) El Real Decreto 926/2020 impuso un toque de queda en toda España, limitando su artículo 5 la libertad de circulación de las personas entre las 23:00 y las 6:00 horas (salvo en las Islas Canarias, que lo decidiría el Presidente de la Comunidad, con ciertos requisitos y condiciones³⁴), con la excepción de realizar ciertas actividades, como adquisición de medicamentos, asistencia a centros sanitarios o cumplimiento de obligaciones laborales.

No obstante, cada Presidente de las Comunidades y Ciudades Autónomas podría determinar, en su ámbito territorial, que la hora de comienzo de la limitación prevista en este artículo fuera entre las 22:00 y las 00:00 horas y la hora de finalización de dicha limitación fuera entre las 5:00 y las 7:00 horas. Esta medida de limitación de la libertad de circulación de las personas en horario nocturno conservará su eficacia, en los términos previstos con anterioridad al comienzo de la prórroga autorizada, en tanto que la autoridad competente delegada que corresponda no determinase, de acuerdo con el artículo 10, su modulación, flexibilización o suspensión³⁵.

- d) Se fijó la limitación de entrada y salida en las Comunidades y Ciudades Autónomas, salvo para aquellos desplazamientos, adecuadamente justificados, que se produjeran por algunos motivos enumerados por el artículo 6.

La novedad más importante, en este punto, es que se permitió que los Presidentes de las Comunidades y Ciudades Autónomas, como autoridades competentes delegadas, pudieran *«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, con las excepciones previstas en el apartado anterior»*. De esta forma, se permitió que la Comunidad de Madrid pudiera seguir confinando por zonas básicas de salud, evidenciando que la imposición de confinamientos por municipios, además de menos eficaz, respondía al evidente confrontamiento político existente entre el gobierno central y el autonómico madrileño.

- e) El artículo 7 estableció ciertas limitaciones de la permanencia de grupos de personas en espacios públicos y privados.

³⁴ Esta alusión a las Islas Canarias se suprimió a través del Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre.

³⁵ Disposición transitoria única del Real Decreto 956/2020.



Se limitó la permanencia de grupos de personas en espacios de uso público, tanto cerrados como al aire libre, a un máximo de 6 personas, salvo que se tratase de convivientes y sin perjuicio de las excepciones que se establecieron en relación a dependencias, instalaciones y establecimientos abiertos al público; en espacios de uso privado se estableció un límite máximo de 6 personas, salvo que se tratase de convivientes. No obstante, los Presidentes de Comunidades y Ciudades Autónomas podían fijar en menos de 6 personas el límite de los casos anteriores, de acuerdo con ciertos indicadores (sanitarios, epidemiológicos, etc.), y mediante el procedimiento establecido, con comunicación al Ministerio de Sanidad. Finalmente, los mismos Presidentes citados podían, en su ámbito territorial, establecer excepciones respecto a personas menores o dependientes, así como cualquier otra flexibilización de la limitación prevista. Este precepto ha sido considerado por muchos juristas como contrario a la LO 4/1981, al restringir el derecho de reunión, posibilidad no prevista por su artículo once³⁶. En idéntico sentido se han pronunciado sobre la posible limitación de las manifestaciones realizadas en ejercicio del derecho fundamental regulado en el art. 21 CE.

- f) Seguidamente, el artículo 8 limitó la permanencia de personas en lugares de culto, estableciendo que el Presidente de la Comunidad o Ciudad Autónoma correspondiente fijará los correspondientes aforos, si bien con la salvedad de que dicha limitación no podría afectar en ningún caso al ejercicio privado e individual de la libertad religiosa.
- g) También como novedad frente al primer estado de alarma, la coordinación de las medidas y decisiones correspondía al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, que preside el Ministro de Sanidad, pudiendo adoptar para ello los acuerdos que procedieran, incluyendo, en su caso, el establecimiento de indicadores de referencia y criterios de valoración del riesgo.
- h) En materia de rendición de cuentas, la redacción originaria del artículo 14 señalaba que, en caso de prórroga, el Ministro de Sanidad comparecería quincenalmente ante la Comisión de Sanidad y Consumo del Congreso de los Diputados para dar cuenta de la aplicación de las medidas previstas. Posteriormente, el Real Decreto 956/2020 modificó completamente el texto anterior, en materia de rendición de cuentas, estableciendo que el Presidente del Gobierno solicitaría su comparecencia ante el Pleno del Congreso de los Diputados, cada dos meses, para dar cuenta de los datos y gestiones del Gobierno de España en relación a la aplicación del estado de alarma; por su

³⁶ ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. «Estado de alarma o de excepción». *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XL (2020). ISSN 1137-7550: 1-20.

parte, el Ministro de Sanidad solicitaría su comparecencia ante la Comisión de Sanidad y Consumo del Congreso de los Diputados, con periodicidad mensual, para dar cuenta de los datos y gestiones correspondientes a su departamento en relación con el mismo, y se preveía, asimismo, que transcurridos cuatro meses de vigencia del mismo, la Conferencia de Presidentes Autonómicos pudiera formular al Gobierno una propuesta de levantamiento del estado de alarma, previo acuerdo favorable del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud a la vista de la evolución de los indicadores, sanitarios epidemiológicos, sociales y económicos.

- i) Finalmente, el Real Decreto 926/2020 permitió la posibilidad de celebrar elecciones autonómicas y realizar actividades electorales durante el estado de alarma (D.A. 1.^ª), la disposición adicional segunda previó que, durante el estado de alarma, aquellos municipios que constituyen enclaves (por ejemplo, el Condado de Treviño) recibirían el tratamiento propio de la provincia que les circunda, sin que sea obstáculo que esta pertenezca a Comunidad Autónoma distinta a la de aquellos; y, en fin, la disposición final primera habilitó al Gobierno para dictar sucesivos Reales Decretos que modificasen lo establecido en el de declaración, de los cuales habría de dar cuenta al Congreso de los Diputados.

De acuerdo con estas previsiones expuestas, y sobre la base de considerar a las Comunidades Autónomas como autoridades delegadas competentes, durante los seis meses y medio que duró el estado de alarma decretado por el Real Decreto 926/2020, dichas Administraciones lucharon de forma incesante contra las consecuencias del virus, acaso con mayor fluidez, como consecuencia de la experiencia ganada desde marzo de 2020.

Así, en la Comunidad de Madrid se adoptaron numerosas medidas amparadas por ese estado de alarma, pudiendo destacar:

- El Decreto 29/2020, de 26 de octubre, de la Presidenta de la Comunidad de Madrid, que fijó el toque de queda nocturno entre las 0:00 y las 6:00, posteriormente fijado entre las 23:00 y las 6:00 por el Decreto 3/2021, de 15 de enero, como consecuencia del aumento en el número de contagios; y entre las 22:00 y las 6:00 por Decreto 4/2021, de 22 de enero, restableciéndose la hora de inicio en las 23:00 por Decreto 7/2021, de 12 de febrero;
- El Decreto 30/2020, de 29 de octubre, de la Presidenta de la Comunidad de Madrid, que limitó la entrada y salida en la Comunidad de Madrid durante los puentes del 2 y del 9 de noviembre;



- El Decreto 34/2020, de 23 de noviembre, de la Presidenta de la Comunidad de Madrid, por el que se limitó la entrada y salida de la Comunidad de Madrid con motivo de las vacaciones de Navidad, desde el 4 hasta el 14 de diciembre de 2020;
- El Decreto 42/2020, de 18 de diciembre, por el que se permitió la movilidad por el territorio español, durante el periodo navideño (del 23 de diciembre de 2020 al 7 de enero de 2021) para acudir a reuniones con familiares y allegados, y se fijó, durante dicho periodo, el toque de queda a la 1:30.

Sin embargo, decaída la vigencia del segundo estado de alarma el 10 de mayo de 2021, se ha vuelto al sistema de adopción de medidas al amparo de la legislación sanitaria ordinaria con posterior ratificación judicial, convirtiendo a los jueces en colaboradores involuntarios de políticas de salud pública que exceden de su función constitucional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

6. Conclusiones

El estado de alarma aparece configurado con carácter absolutamente extraordinario y excepcional, tanto por la Constitución española, como por su Ley Orgánica reguladora de 1981. Dicha excepcionalidad responde a que el estado de alarma —igual que los de excepción y sitio— altera el sistema ordinario de relaciones y el equilibrio entre los poderes del Estado, desplazando la aplicación de la legislación ordinaria en favor de la excepcional; esta circunstancia impone, como dice la propia LO 4/1981, que la vigencia del estado de alarma se limite al tiempo «estrictamente indispensable» para el restablecimiento de la normalidad, huyendo de cualquier idea o connotación de habitualidad que lo desnaturalicen.

La gestión de la pandemia ha constatado la insuficiencia del ordenamiento jurídico español para dar respuestas rápidas y coherentes a situaciones de crisis como la vivida. Se ha acudido a un estado de alarma de más de seis meses de duración, convirtiendo en normal lo excepcional, a la vez que se ha optado por una postura absolutamente pasiva en la resolución de los problemas jurídicos evidenciados durante la gestión de la pandemia.

La declaración de inconstitucionalidad decretada por el Alto Tribunal en relación con algunas de las medidas aprobadas por los dos estados de alarma ha revelado imprescindible, y así se ha manifestado desde todos los ámbitos, emprender reformas legales que permitan a las Comunidades Autónomas combatir con eficacia y

rapidez las consecuencias de la pandemia sin necesidad de acudir a un estado de alarma³⁷.

Ya los Tribunales han decretado que al amparo del artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, las Administraciones sanitarias pueden adoptar ciertas medidas restrictivas de derechos fundamentales, siempre que concurren las circunstancias que la propia legislación establece³⁸. Ciertamente, la generalidad de este precepto permite un amplio margen de libertad a la Administración para hacer frente a estas circunstancias, y a ella han recurrido las Comunidades Autónomas durante muchos meses; pero la necesaria ratificación judicial —de juzgados unipersonales en un principio, de Tribunales colegiados después—, con sus distintas interpretaciones en las diferentes partes del territorio, han causado gran inseguridad jurídica, amén de convertir a los órganos judiciales en colaboradores involuntarios del poder ejecutivo en la adopción de las políticas públicas sanitarias.

La complejidad territorial y administrativa de España debe estar siempre garantizada, por ser la base de nuestra democracia constitucional; ha sido precisamente esta complejidad territorial la que ha permitido poner freno a ciertas medidas que se implantaban desde el Estado en la Comunidad de Madrid como resultado de un conflicto puramente político que solo buscaba perjudicar al adversario. Pero en la actual coyuntura y ante la gestión de la crisis provocada por la pandemia COVID-19, todo lo que ensombrezca el modelo territorial, viene a perjudicar los principios constitucionales que le sirven de base. En modo alguno las limitaciones de derechos han de ser iguales o idénticas en toda España, pero deben fijarse criterios que, en igualdad de condiciones, permitan garantizar que la restricción de derechos sea de similar o parecido alcance.

³⁷ Durante los siete primeros meses de 2021, el Gobierno central ha aprobado hasta 11 textos legislativos. Por ejemplo, la Ley 1/2021, de 24 de marzo, de medidas urgentes en materia de protección y asistencia a las víctimas de violencia de género, la Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, o la Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, de transposición de la Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, de modificación de diversas normas tributarias y en materia de regulación del juego.

³⁸ Medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible.



La mayoría de juristas aboga por la reforma de la citada Ley Orgánica 3/1986, a fin de introducir un nuevo régimen de intervención administrativa ante emergencias sanitarias, que permita confinamientos domiciliarios o perimetrales, limitaciones de la libertad de circulación nocturnas, obligaciones de cuarentena, limitaciones del derecho de reunión de las personas, etc., fijando las líneas básicas de su contenido y el marco de obligaciones para los ciudadanos en cada una de ellas. De esta forma quedaría completo el marco de intervención administrativa que ya prevén los artículos 23 y siguientes de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, cuando las limitaciones no afectan a los derechos fundamentales.

Ciertamente, especificar toda la casuística es imposible —las iniciativas que no estuvieran incluidas en la norma se quedarían en un limbo—, pero debe buscarse una fórmula que permita una respuesta ágil y eficaz que no quede a merced de los distintos órganos judiciales, necesariamente independientes en la adopción de su criterio.

BIBLIOGRAFÍA

- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. (2020). «El control jurisdiccional de la declaración del estado de alarma y sus prórrogas». *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 52. Ed. Iustel, septiembre.
- ÁLVAREZ GARCÍA, V. (2020). «La devolución competencial a las comunidades autónomas tras la recentralización operada para hacer frente a la pandemia de COVID-19». *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 55, Iustel, octubre.
- ORELLA GÓMEZ, P. (2020). «Sobre la constitucionalidad de prorrogar el estado de alarma por más de 15 días». 30 de octubre, blog «Hay Derecho» del *Diario Expansión*.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. (2020). «El Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre: del estado de alarma de Madrid y el desbarajuste jurídico-administrativo de las medidas contra el coronavirus a otro estado de alarma, con prórroga, ..., de nuevo con problemas constitucionales». *Diario La Ley*, n.º 9741, Sección Doctrina, 23 de noviembre. Wolters Kluwer.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (2020). «Estado de alarma o de excepción». *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XL. ISSN 1137-7550: 1-20.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. (2020). «El Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre: nuevamente se declara el estado de alarma (pero... únicamente sobre Madrid)». *Diario La Ley*, n.º 9714, Sección Doctrina, 13 de octubre. Wolters Kluwer.
- DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, E. (2020). «El fin no justifica los medios». 9 de octubre, blog «Hay Derecho» del *Diario Expansión*.

- CALDERÓN CEREZO, A. (2021). «Derecho constitucional de excepción y Estado de Alarma». *Diario La Ley*, n.º 9789, Sección Justicia y Sociedad, 11 de febrero. Wolters Kluwer.
- LEIVA ESCUDERO, G. (2020). «Constitucionalidad de las restricciones a la libertad de circulación en el estado de alarma por el coronavirus COVID-19». *Diario La Ley*, n.º 9636, Sección Doctrina, 20 de mayo. Wolters Kluwer.
- MARÍN GÁMEZ, A. (2020). «Otro estado de alarma: reflexiones sobre el papel de las CC.AA.». 2 de noviembre, blog «Hay Derecho» del *Diario Expansión*.
- VILLAR CRESPO, G. (2020). «Repensando el derecho de excepción: la crisis del coronavirus y los tres aprendizajes sobre el derecho de necesidad en el ordenamiento jurídico español». *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 54, Iustel, mayo.

BLOQUE II

Retos judiciales



La ratificación judicial de las medidas sanitarias adoptadas durante la crisis del COVID-19

FERNANDO MUÑOZ EZQUERRA

Letrado de la Comunidad de Madrid*

MARÍA MERCEDES RUS MORENO

Letrada de la Comunidad de Madrid**

SUMARIO

1. Introducción.
2. Medidas sanitarias antes de la declaración del estado de alarma.
3. Medidas sanitarias durante el estado de alarma.
4. Verano de 2020: la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de agosto de 2020.
5. Septiembre de 2020: la primera modificación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.
6. Mayo de 2021: la segunda modificación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo.
7. Perspectiva a futuro.

RESUMEN

En este artículo se analiza la evolución de los pronunciamientos judiciales que se han producido en el ámbito del proceso especial de ratificación de medidas sanitarias, que contempla la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al hilo de la experiencia adqui-

rida en primera persona por la Comunidad de Madrid, y siguiendo la evolución de la legislación, en la que se han producido cambios sustanciales, hasta alcanzar, el pasado 24 de mayo de 2021, un pronunciamiento del Tribunal Supremo analizando este tema.

PALABRAS CLAVE

Ratificación de medidas sanitarias; COVID-19.

* En la actualidad ocupa el puesto de Subdirector General de lo Contencioso en la Abogacía General de la Comunidad de Madrid.

** En la actualidad ocupa el puesto de Letrada Jefe-Adjunta a la Subdirección General de lo Contencioso en la Abogacía General de la Comunidad de Madrid.

ABSTRACT

This article analyzes the evolution of the judicial pronouncements made in the field of the special process of ratification of sanitary measures, collected by the Law of the Contentious-Administrative Jurisdiction, in line with the first-hand experience acquired by Madrid

Autonomous Region, and following the evolution of the legislation, in which there have been substantial changes, until reaching, on May 24, 2021, a ruling by the Supreme Court analyzing this issue.

KEYWORDS

Ratification of sanitary measures; COVID-19.

1. Introducción

El 24 de mayo de 2021 el Tribunal Supremo resolvía el primer recurso de casación interpuesto en un procedimiento sobre ratificación de medidas sanitarias, concretamente las medidas adoptadas por el Gobierno de Canarias limitando, entre otros derechos, la libertad de circulación en horario nocturno.

No obstante la escasa perspectiva que ofrece el poco tiempo transcurrido, es incuestionable a día de hoy el inmenso salto que ha llevado al discreto artículo 8.6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa a convertirse en el único motor procesal de la ingeniería jurídica de la que han dispuesto las Comunidades Autónomas en la lucha contra la crisis sanitaria, culminando esa escalada —que nos ha dejado dos reformas legislativas de la norma procesal—, en la citada Sentencia del Tribunal Supremo, con la que se ha conformado como la primera ,y quizás más certera, referencia sobre el alcance del proceso de autorización de medidas sanitarias.

Con todo, y a pesar de esa normalización de lo excepcional en la que nos hemos habituado a vivir durante los últimos meses, no deja de sorprender que se haya necesitado más de un año desde que se declaró la pandemia mundial para poder contar con un referente que otorgue la siempre necesaria seguridad jurídica; carencia no imputable, desde luego, a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que se ha pronunciado con la diligencia que cabía esperar, tan pronto como ha tenido ocasión para ello.

Ciertamente, a estas alturas es ocioso afirmar que el plano jurídico ha sufrido una convulsión sin precedentes desde que el pasado 14 de marzo de 2020 se declarara el estado de alarma¹ para hacer frente a una situación sanitaria inédita en

¹ Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

nuestros tiempos, y probablemente inimaginable tan solo unas pocas semanas antes de que ocurriera. El universo jurídico se deslizó repentinamente en una dimensión desconocida, quedando bajo esa fuerza que es lo extraordinario, con cuyo impulso se ha dotado a cada institución de una elasticidad asombrosa, y a veces incluso preocupante, por la facilidad con la que los contrapesos del sistema parecían ceder, inermes ante la coyuntura, y cuyos límites demandaban una especial vigilancia ante el peligro de subvertir los derechos y principios esenciales de nuestro ordenamiento, empezando por el sometimiento de los poderes a la legalidad; pero también, muy especialmente, la seguridad jurídica, la interdicción de la arbitrariedad, y, por supuesto, la protección de los derechos fundamentales.

De lo que no hay duda es de que nuestro Derecho, como ocurre con todas las instituciones sociales en tiempos de crisis, se ha visto puesto a prueba, tanto en su capacidad de ser útil —ofreciendo soluciones cuyo encaje obligaba a forzar la interpretación de las normas—, como en su necesidad de ser una garantía para todos los ciudadanos —equilibrando los muchos y dispares intereses que se han cruzado—, al tiempo que se adaptaba a una situación en constante cambio, incierta y voluble, y en la que los acontecimientos se sucedían demandando una respuesta inmediata, alejada, por tanto, de la reflexión y el reposo que suele preceder a las resoluciones jurídicas.

En las siguientes líneas echaremos la vista atrás sobre todo lo ocurrido desde el mes de marzo de 2020 hasta la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2021 (un tiempo en el que hemos vivido decisiones otrora inimaginables, que han impulsado dos reformas legislativas y una multitud de pronunciamientos judiciales), no con el ánimo de realizar un estudio integral de lo ocurrido, incompatible con el formato que manejamos, sino para compartir las muchas reflexiones que surgieron en su momento o que ahora brotan desde la distancia. Muchas de ellas son cuestiones abiertas, sobre las que quizás nunca se alcance una respuesta cerrada. Lejos de ser un inconveniente, la existencia de un debate vivo siempre es un desafío jurídico apasionante, en el que la experiencia adquirida a lo largo de este periodo puede contribuir muy especialmente, en la necesaria reflexión de todo aquello que, una vez apagados los impulsos provocados por la acuciante situación sanitaria, se puede mejorar para el futuro, en la inagotable tarea de lograr que nuestro ordenamiento sea más preciso y esté mejor dotado para hacer frente a cualesquiera situaciones que se le planteen.

2. Medias sanitarias antes de la declaración del estado de alarma

Centrando ya la materia que nos ocupa, y remontando hasta el fatídico mes de marzo de 2020, no cabe olvidar que fue la Comunidad de Madrid la primera Administración que adoptó medidas sanitarias de alcance general, bajo esa vocación —hoy



tan asimilada en nuestra cotidianidad—, que es el fomento del distanciamiento social. El 10 de marzo de 2020, el BOCM publicaba la Orden 338/2020, de 9 de marzo, de la Consejería de Sanidad, que, por un plazo de quince días, acordaba la suspensión temporal de la actividad educativa presencial en todos los centros y etapas, ciclos, grados, cursos y niveles de enseñanza incluidos en el artículo 3 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación. En los dos días siguientes le seguirían la Orden 344/2020, de 10 de marzo, y la Orden 348/2020, de 11 de marzo, que acordaban medidas similares, tales como la suspensión de los eventos de más de 1.000 personas, o la práctica totalidad de la actividad deportiva.

Estas medidas planteaban, no solo la duda sobre el amparo legal al que acogerse, sino la respuesta judicial que se obtendría al someterlas al proceso de ratificación entonces previsto en el artículo 8.6 de la LJCA, a la vista de la clara afeción al contenido de los derechos fundamentales.

Hasta ese momento, la experiencia más próxima en la adopción de medidas para el control de la transmisión del entonces nuevo virus se encontraba en un Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Santa Cruz de Tenerife, de 2 de marzo, en el que se ratificaba la medida acordada por la Consejería de Sanidad del Gobierno de Canarias, por la que se ordenaba a los huéspedes de un hotel la obligada permanencia en sus habitaciones hasta ser atendidos y valorados por el personal sanitario, tras haber constatado como caso positivo a un ciudadano procedente de la región de Lombardía. El Auto no dudaba en avalar la decisión autonómica, acudiendo a la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, y al principio de precaución, reconocido a nivel comunitario, y con origen en el Derecho Alemán, y por el que, ante situaciones de riesgo potencial, y en escenarios de incertidumbre, debe darse preferencia a la protección de la salud sobre otros cualesquiera intereses, como los económicos.

Pero no se escapa que entre la retención de los clientes de un hotel y la suspensión de toda la actividad educativa de la Comunidad de Madrid hay un cambio de latitud tal que resulta asombroso que el ensamblaje jurídico de ambas medidas sea el mismo: la Ley Orgánica 3/1986 como agarre sustantivo, y el artículo 8.6 de la LJCA para obtener la ratificación judicial de la medida.

La redacción original de la LJCA no preveía el procedimiento para la autorización de medidas sanitarias, cuya incorporación al texto legal debemos a la disposición final 14.^a de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Esta redacción original sobreviviría veinte años, hasta la reforma acometida por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al CO-

VID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, atendidas las carencias más patentes del precepto.

La sencilla redacción inicial decía: *«Asimismo, corresponderá a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo 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».*

El adverbio inicial engarza esta función judicial con la autorización de entrada en domicilio y demás lugares que requieran consentimiento del titular. No entra, por lo demás, en mayores precisiones rituarías; pero nos deja, en cambio, una visible confusión por la ambigüedad con la que se define el propio procedimiento, al referirse indistintamente a la ratificación o autorización, como si ambos conceptos fueran sinónimos.

La experiencia de sus años de vigencia dejaba un pequeño rastro de jurisprudencia menor —con alguna Sentencia a nivel de Tribunal Superior de Justicia— en el que distintos Juzgados ratificaban medidas que eventualmente se adoptaban para someter a personas concretas al tratamiento de una enfermedad contagiosa, si se daba el caso de que esa persona se negaba a seguir las prescripciones médicas dictadas. Por supuesto, tales medidas partían de una identificación de las personas afectadas por la decisión de la Autoridad Sanitaria, lo que permitía construir un proceso contradictorio sin ninguna dificultad.

Por el contrario, la decisión de adoptar una medida de alcance general se introducía en un terreno jurídico ignoto sobre el que nada se había podido estudiar a nivel procesal.

Especialmente preocupante resultaba la utilización indistinta de los conceptos de autorización y ratificación. En el primer caso, el recto entendimiento nos dice que las medidas carecen de eficacia hasta el pronunciamiento judicial, mientras que en el segundo el órgano judicial avala una actuación que ya ha desplegado efectos. Sin perder de vista que este tipo de decisiones se adoptan en un contexto de emergencia incompatible con la natural demora procesal —no olvidemos que es necesario preparar el correspondiente escrito acompañado de la documentación que justifique la idoneidad de la medida acordada; escrito que deberá ser turnado el Juzgado correspondiente, y trasladado a las partes afectadas o, en su caso, al Ministerio Fiscal— era razonable entender que la autorización procedía solamente cuando nos encontráramos ante medidas que generaban situaciones irreversibles, como puede ser el caso de una vacunación forzosa, en las que ninguna virtualidad tendría el posterior pronunciamiento judicial negativo. No obstante, veremos que sobre esto especialmente se ha pronunciado el Tribunal Supremo.



Junto a este exiguo marco procesal, el agarre sustantivo era vagamente más seguro, pues a pesar de la amplitud con la que quiera concebirse la facultad dada por el artículo 3 de la LO 3/1986², *prima facie* no era sencillo subsumir en la idea de medidas necesarias para el caso de riesgo de enfermedades transmisibles el cierre de toda la actividad docente, así como de las restantes actividades.

En el debate jurídico ha estado viva la discusión en torno a la insuficiencia de nuestro régimen legal vigente para dar respuesta a una situación tan descollante, y ante la que se clamaba por reforzar los instrumentos legales. Es innegable que en toda esta travesía ha flotado una idea de desbordamiento, como si el pequeño armazón legal diseñado en la Ley General de Sanidad careciera de la envergadura necesaria para responder con suficiencia a las necesidades que se presentaban. Y ciertamente, en ocasiones, hasta los propios órganos judiciales han aprovechado sus pronunciamientos para denunciar la falta de una reforma legal que dotara de asiento a las autoridades sanitarias³; una reforma que, a pesar de la feracidad legislativa de este último año, nunca se ha llegado a abordar.

El problema esencial era amoldar la función de control de la salud pública, encomendada a las Comunidades Autónomas, con el respeto de los derechos fundamentales, cuyo contenido se ha visto invadido persistentemente con la frialdad de una rutina en la que se ha difuminado completamente una sosegada reflexión sobre si tales medidas implicaban una suspensión o una limitación de los derechos fundamentales.

Bien se puede decir que no es posible dar una respuesta abstracta a esa cuestión, pues el abanico de medidas que se han adoptado posee una enorme amplitud, con intensidades muy diversas. Pero no pasa por alto que algunas de las medidas, como este primer cierre de la actividad docente, o las posteriores limitaciones a la circulación, han sido precisamente las mismas que se han acordado en los tres estados

² El precepto dice: «Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible».

³ Puede citarse el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 8 de octubre de 2020: «Resulta llamativo que ante el escenario sanitario descrito no se abordara una reforma de nuestro marco normativo más acorde con las confesadas necesidades de combatir eficazmente la pandemia del COVID-19 y afrontar la grave crisis sanitaria que padece el país, pese al consenso doctrinal existente acerca de que la regulación actual de los instrumentos normativos que permiten la limitación de derechos fundamentales, con el objeto de proteger la integridad física (artículo 15 CE) y la salud (artículo 43 CE), íntimamente conectados entre sí, resulta ciertamente deficiente y necesitada de clarificación».

de alarma declarados, lo que cuanto menos obliga a pensar en dónde debemos situar la frontera entre estado de alarma y medidas sanitarias.

Precisamente uno de los ejes del debate ha sido si las medidas sanitarias tan solo suponían la limitación de los derechos fundamentales o se trataba de verdaderas suspensiones. Desde la idea de que la suspensión impide el ejercicio del derecho, mientras que la limitación opera sobre el contenido, cercenando las facultades que otorga el derecho, la cuestión, lejos de abonar el prurito de la exquisitez jurídica, resulta fundamental. El artículo 55 de la Constitución admite la suspensión general de derechos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos; previsión que veda que las medidas sanitarias puedan alcanzar el mismo efecto. Sin embargo, tampoco es sostenible que la limitación de derechos pueda ser acordada libremente por la autoridad sanitaria. La Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, cuando define las medidas que se pueden acordar durante la vigencia del estado de alarma, alude a la limitación de la circulación en horas y lugares determinados, reservando la suspensión de derechos para el estado de excepción; distinción de honda repercusión, como demuestra la declaración de inconstitucionalidad de la limitación de la libertad de circulación que acordaba el Real Decreto de declaración del estado de alarma en su artículo 7 por Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de julio de 2021, cuyo estudio aborda en profundidad el artículo *«Protección de la salud y garantía de los derechos fundamentales y libertades públicas en tiempos de pandemia: una imperiosa necesidad de ponderación entre bienes jurídicos protegidos»*, de FRANCISCO A. BRAVO VIRUMBRALES.

Esta observación es relevante, pues la circulación ha sido el derecho fundamental que más frecuentemente se ha visto afectado por las medidas adoptadas, y si las medidas han provocado la limitación de ese derecho, con menos intensidad, eso sí, que la impuesta en el Real Decreto 463/2020, cuando en zonas territoriales concretas se impedía la entrada y salida de los ciudadanos, esa limitación sería, cuanto menos, la propia del estado de alarma. Ello nos permite afirmar que, como mínimo, se han acordado medidas que correspondían al derecho de excepción; cuya ratificación habría encontrado respaldo en una solidaridad judicial con la Autoridad Sanitaria y los limitados medios de los que ha dispuesto para enfrentar su competencia de protección de la salud.

3. Medidas sanitarias durante el estado de alarma

La declaración del estado de alarma, el 14 de marzo de 2020, cambió el telón de fondo, al adoptar precisamente, además de la restricción de la movilidad, hoy colo-



qualmente recordada como confinamiento, las medidas que ya habían sido dictadas por la Consejería de Sanidad.

Es durante esta etapa cuando encontramos un caso que resulta interesante mencionar con más detalle, a propósito de la autorización judicial instada por la Junta de Castilla y León, de la disposición de la Directora General de Salud Pública que, entre otras cosas, proponía declarar en cuarentena a todas aquellas residencias y centros de personas mayores de la Comunidad de Castilla y León en los que hubiese residentes con síntomas compatibles con la pandemia COVID-19.

La particularidad del caso se encuentra en que la disposición no se había publicado, solicitando la autorización para aplicar las medidas *«a partir de la fecha de la publicación de la Orden y mientras se mantenga la situación de emergencia ocasionada por la pandemia COVID-19»*.

Tras la inicial desestimación del Juzgado de Instrucción n.º 5 de Valladolid, que actuó en funciones de guardia, el caso se estudia en apelación por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Valladolid, de 25 de marzo de 2020, (Rec. 145/2020), que rechaza autorizar la medida sanitaria, señalando su carácter de propuesta:

«Examinada la propuesta de orden, tenemos que llegar a la misma conclusión a la que ha llegado la Juzgadora de instancia, porque efectivamente esa propuesta no concreta las personas a las que se les va a aplicar las medidas, precisamente porque se trata de una propuesta y, en consecuencia, la Consejera de Sanidad puede confirmarla o modificarla en todo o en parte.

Por lo tanto, no podemos decir que la Administración haya adoptado de manera definitiva unas medidas que afecten al derecho a la libertad de las personas y que exija una autorización judicial.»

La sentencia contiene, además, una última reflexión particularmente interesante, con la que cierra su argumentación, dejando una guía abstracta de la forma en que se debe actuar: *«Lo que a nuestro juicio no es posible es que con carácter previo a la adopción de la medida, los Tribunales autoricen una propuesta, porque en esa situación previa se carece de los elementos definitivos necesarios para poder dictar una resolución en el marco del artículo 8.6, segundo párrafo ya citado, e incluso podría permitir que, una vez obtenida esa autorización previa y genérica, se dictasen otros actos concretos de ejecución al amparo de la misma»*.

El razonamiento refleja el desconcierto existente a causa de la inconsistencia del terreno jurídico para encauzar este tipo de decisiones. Se adivina que la Administración apostó por un perfil prudente, no queriendo publicar una disposición que necesitaba una decisión judicial favorable como condición para su eficacia. También se advierte el rechazo instintivo de la Sala a validar un acto que carece de destinatarios, pues, aunque apunta a la naturaleza de propuesta, es claro que la hipotética publicación no hubiera tampoco precisado las concretas personas a las que les resultaría de aplicación la disposición, especialmente cuando la medida se pretendía mantener mientras durase la situación de emergencia.

En realidad, la Sala se ampara en una concepción ortodoxa del proceso, que es precisamente la que se ha desvirtuado en estos meses, con el beneplácito del legislador. En puridad, la autorización judicial que prevé el artículo 8.6 LJCA se precisa no porque la medida limite los derechos fundamentales, sino porque la persona en concreto se niega a someterse al tratamiento dispuesto. Si en el tratamiento de una enfermedad contagiosa el paciente acepta aquello que se le prescribe, no se plantea ante el Juzgado solicitud alguna. Llevando esta lógica esencial a un caso como el que se planteaba en Castilla y León, se puede afirmar que lo realmente ortodoxo hubiera sido ordenar la cuarentena de los residentes, promoviéndose, en su caso, la autorización judicial, para forzar el cumplimiento de aquellos residentes que se hubieran negado a cumplir lo prescrito. Este razonamiento nos advierte inmediatamente que las medidas generales que limitan derechos fundamentales presentan serias dudas de viabilidad en el plano procesal, ya que, en el fondo, no hacen otra cosa que habilitar una limitación indiscriminada de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Ciertamente, el proceso judicial se sustenta sobre un principio de contradicción que constituye la propia génesis del proceso como mecanismo de heterocomposición para la solución de un conflicto. La tensión existente entre los intereses controvertidos por las partes actúa como impulso, y es por ello que cuando esa tensión desaparece por cualquier motivo, el proceso está abocado a su terminación, ya sea por desistimiento, satisfacción o pérdida de su objeto. En esta mecánica resulta complicado encajar una intervención judicial que actúa como elemento condicionante de la eficacia de la resolución. Pues como señalábamos, la autorización judicial de la medida sanitaria se precisa no por su incidencia en los derechos fundamentales, sino por la negativa del titular de esos derechos. Ese es el elemento generador de la contradicción que el proceso judicial debe resolver.

Por el momento, podemos dejar aquí estas reflexiones, sobre las que las que deberemos volver más adelante.



4. Verano de 2020: la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de agosto de 2020

El levantamiento del estado de alarma, en junio de 2020, trajo consigo un periodo de tímido optimismo bautizado como *nueva normalidad*, en el que se pretendía una recuperación de la actividad ordinaria en convivencia con ciertas restricciones. A nivel estatal, el BOE de 10 de junio, publicaba 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 actuó como norma vertebradora de las medidas que adoptarían las Comunidades Autónomas, como la Orden 668/2020, de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, que codificaría el catálogo de restricciones, instrucciones, recomendaciones y limitaciones para todo tipo de actividades.

La rápida escalada de los factores epidemiológicos planteó a las autoridades sanitarias la adopción de medidas de mayor intensidad. Fue entonces en el mes de julio cuando el Juzgado de Instrucción n.º 1 de Lérida, en Auto de 12 de julio, denegaba ratificar el confinamiento de varios municipios de la provincia, argumentando que por ambiguo que fuera el alcance de las medidas de la LO 3/1986, una medida de esta naturaleza requería de otros instrumentos jurídicos, apuntando a que se estaba eludiendo la aplicación de un estado de alarma parcial. Es interesante reproducir el contenido del auto:

«Pero lo que plantea la resolución cuya ratificación se propone es, ni más ni menos, el confinamiento de toda la población de una serie de municipios pues solo podrán salir de sus domicilios para trabajar y además en determinados sectores de actividad (ver punto 3 de la resolución donde solo se permite de forma muy limitada la salida del domicilio).

Hay que destacar que la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública es muy ambigua (...).

Entender que ese precepto permite unas medidas de tanta gravedad y de tantas consecuencias de todo tipo, pero especialmente sociales y económicas como las que se pide ratificar es inaceptable, especialmente porque precisamente el Estado tiene en sus manos los mecanismos legales oportunos para paliar sus efectos en caso de adoptarse ese tipo de medidas (...).

En definitiva, cuando el contenido de la petición se limita exclusivamente a ordenar lo que se conoce como "cordón sanitario" sería asumible la ratificación

de la medida por la Ley Orgánica 3/1986 pero lo que hoy se propone excede ampliamente de una simple limitación de movimientos e incide gravemente en los derechos reconocidos constitucionalmente (...).

Precisamente por eso el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, requirió la aprobación por el Congreso de los Diputados, su duración máxima era de 15 días, debiéndose prorrogar por ese plazo con los mismos requisitos (...).

Entendemos que lo que se propone con la resolución que se presenta no es sino eludir la aplicación del estado de alarma parcial que precisamente prevé, en garantía de los derechos fundamentales, el art. 4.º de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

Esta es una competencia estatal y se ejerce, además, con la garantía de la intervención del Congreso de los Diputados.»

Con todo, se puede observar que el Auto no niega la posibilidad de imponer el confinamiento del ámbito territorial del municipio, algo que, en ese momento, ya se había adoptado en Galicia, y que había ratificado pocos días antes el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Lugo, en el Auto 48/2020, de 8 de julio, que entendía que la medida gozaba de amparo legal suficiente y era constitucionalmente legítima⁴.

El criterio se impondría de forma general, y en el transcurso del verano se pudieron ver medidas similares adoptadas por varias Comunidades, que fueron favorablemente acogidas por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo. Los distintos Juzgados de lo Contencioso-Administrativo seguían el esquema de atender a los graves datos que se publicaban día a día, entendiendo que las restricciones de movilidad eran constitucionalmente admisibles por resultar idóneas, necesarias y proporcionales. Sin ánimo exhaustivo, se puede citar el Auto 18 de agosto de 2020, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Burgos (6/2020), el Auto 3 de septiembre del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 5 de Valencia (523/2020);

⁴ El Auto decía literalmente: «Considero que no suscita debate que la medida solicitada por la Consejería de Salud de la Xunta de Galicia persigue un fin constitucionalmente legítimo; que su adopción se encuentra amparada por una norma con rango legal; y que existe proporcionalidad de la medida de manera que es idónea y necesaria a los fines constitucionalmente legítimos que se pretenden, sin implicar un sacrificio desmedido, bastando a estos efectos recordar que va a ser objeto de evaluación continuada cada cinco días y puede ser dejada sin efecto si los datos arrojados con los medios que se disponen así lo aconsejan».



o el Auto de 11 de septiembre de 2020, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 3 de Palma de Mallorca (8/2020)⁵.

Se generalizaba, de ese modo, un criterio favorable a las restricciones a la libre circulación impuestas por las autoridades sanitarias.

Volviendo al ámbito de la Comunidad de Madrid, el hito fundamental llegaría con ocasión de la ratificación de la Orden 1008/2020, de 18 de agosto, de la Consejería de Sanidad.

La Orden 1008/2020 modificaba la Orden 668/2020, con la finalidad de introducir las medidas que habían sido adoptadas por consenso en el Pleno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, habiendo sido aprobada la oportuna Declaración de Actuaciones Coordinadas mediante Orden del Ministerio de Sanidad de 14 de agosto de 2020.

Como se venía haciendo, ante los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo se solicitaría la ratificación de aquellas medidas limitativas de derechos fundamentales contenidas en la Orden 1008/2020. Sin embargo, por vez primera en la Comunidad de Madrid, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Madrid denegó la ratificación, al entender que la Orden de 14 de agosto de 2020, del Ministerio de Sanidad, debió ser publicada en el Boletín Oficial del Estado. Ante la falta de publicación de aquella Orden, explicaba el Juzgador que existía nulidad de pleno derecho, por lo que la Orden 1008/2020, dictada por la Comunidad de Madrid en aplicación de aquella, no podía ser convalidada.

Frente a este Auto se interpuso recurso de apelación, resuelto en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de agosto de 2020, dictada con una rapidez insólita: formalizado el recurso el domingo 23 de agosto, y emplazadas las partes el mismo lunes ante la Sala, que esa misma semana fijaba fecha para la votación y fallo del recurso.

⁵ En estos Autos se puede apreciar la línea de razonamiento más extendida, que acogían las medidas sanitarias con base a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la limitación de derechos. Con estas palabras acordaba la ratificación el Juzgado de Burgos: *«El Tribunal Constitucional ha resuelto los requisitos necesarios para que la medida restrictiva que pueda adoptarse se encuentre constitucionalmente justificada: que se persiga un fin constitucionalmente legítimo; que su adopción se encuentre amparada por una norma de rango legal (principio de legalidad); que sea acordada judicialmente pero sin descartar que la ley pueda habilitar a otros sujetos por razones de urgencia o necesidad; motivación de la resolución que la acuerde y, finalmente, que supere el triple test de proporcionalidad de manera que la medida sea idónea, necesaria a los fines constitucionalmente legítimos que se pretenden y no implique un sacrificio desmedido»*.

Esta Sentencia resultó esencial, pues constituía el primer pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de Madrid relativo a la autorización o ratificación judicial de las medidas sanitarias adoptadas por la Comunidad de Madrid tras la finalización de la prórroga del primer estado de alarma, y la primera oportunidad de la Sala para pronunciarse sobre el ámbito en el que debía desenvolverse este procedimiento. No hay que olvidar que en aquel momento no se había aprobado aún la modificación normativa introducida en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, que permitiría al Tribunal Superior de Justicia conocer en primera instancia de la autorización o ratificación de estas medidas. Por tanto, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia revisaba en apelación el pronunciamiento que un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Madrid había adoptado en aplicación del artículo 8.6 LJCA, y aprovechaba la oportunidad para fijar los parámetros o criterios a los que, en adelante, había de ajustarse la solicitud de autorización o ratificación judicial de las múltiples medidas sanitarias que habrían de adoptarse.

Al margen de las consideraciones que se realizan sobre la necesidad de publicación de la Orden del Ministerio de Sanidad de 14 de agosto de 2020⁶, la Sentencia señala que el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo habría incurrido en un exceso en el ejercicio de la tutela judicial que le correspondía, pues siendo competente para conocer de la autorización o ratificación de las medidas contenidas en la Orden autonómica 1008/2020, que le había sido solicitada, entró a enjuiciar una disposición administrativa distinta, la Orden del Ministerio de Sanidad de 14 de agosto de 2020, cuyo enjuiciamiento habría correspondido, en su caso, a la Audiencia Nacional, al amparo del artículo 11.1.a) LJCA. Precisamente por ello, el pronunciamiento del Juzgado debió limitarse a aquellas concretas medidas sanitarias cuya ratificación se había solicitado, al entender que podían limitar libertades o derechos fundamentales, pero no correspondía al Juzgado realizar una valoración general de la legalidad de la Orden 1008/2020. Se estima, por tanto, el recurso de apelación

⁶ Es sin duda interesante lo que razona la Sentencia al respecto: *«A la luz del artículo 65 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, la Sentencia colige que "las actuaciones coordinadas en salud pública y las medidas en que se traducen, aprobadas por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud y declaradas en la Orden ministerial de 14 de agosto de 2020, tienen por directo destinatario a las autoridades sanitaria autonómicas, como interlocutores de la administración del Estado, a quienes vinculan (artículo 65.2 Ley 16/2003) y no a los ciudadanos, por lo que, como tal instrumento intergubernamental de armonización y homogeneización, su publicación en el Boletín Oficial del Estado resulta irrelevante pues nada aporta sobre su validez y eficacia [...] Cuestión distinta es que aquellas medidas sanitarias consensuadas, precisen de que cada Comunidad Autónoma les confiera una forma jurídica que vincule a los ciudadanos a su cumplimiento. Esta exigencia, en la Comunidad de Madrid, se ha traducido en la aprobación de la Orden 1008/2020, de 18 de agosto y para algunos de sus concretos contenidos, no para la totalidad de lo dispuesto en ella, instó el Letrado de la Comunidad de Madrid la ratificación judicial».*



interpuesto, entrando a continuación el Tribunal a examinar las concretas medidas cuya ratificación se solicitaba.

En este punto, parte el Tribunal Superior de Justicia de Madrid de la consideración del marco jurídico que habilitaría a las Comunidades Autónomas a adoptar medidas urgentes y necesarias para la prevención, protección y control de la salud pública, y que estaría constituido por:

- Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, artículos primero, segundo y tercero.
- Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, artículo 26.
- Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, artículo 54.
- En el ámbito de la Comunidad de Madrid, de conformidad con los artículos 27 y 28 de su Estatuto de Autonomía, la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid, artículo 55.

De la normativa anterior se desprende la competencia de las Comunidades Autónomas para adoptar, en su ámbito territorial, a través de los órganos competentes, y respetando el principio de proporcionalidad, medidas preventivas de contención, y otras que pueden suponer limitación de derechos fundamentales, para proteger la salud pública.

Así, atendido el tenor del artículo 8.6 LJCA, la Sentencia restringe el ámbito de cognición judicial a aquellas medidas sanitarias adoptadas en el marco de la normativa antedicha, que implicasen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental, limitando su pronunciamiento al juicio de legalidad y proporcionalidad de tales medidas, plasmado en:

- La competencia objetiva del órgano administrativo.
- El principio de necesidad, entendido como la concurrencia de razones de necesidad y urgencia asociadas a un peligro actual y real para la salud de los ciudadanos.
- Principio de adecuación, considerando la prevención y protección de la salud pública como finalidad exclusiva de su adopción.
- Principio de razonabilidad; esto es, no imponer sacrificios innecesarios para las libertades y derechos fundamentales que resulten afectados, según criterios científicos, unido al establecimiento de límites temporales geográficos o de identificación de vectores de población destinataria.

Examinadas a la luz de los parámetros expuestos las medidas contenidas en la Orden 1008/2020 que implicaban privación o restricción de la libertad o de otro

derecho fundamental, y cuya ratificación judicial se solicitaba, el Tribunal concluye la procedencia de la ratificación de las medidas. Ahora bien, lo relevante del pronunciamiento de esta Sentencia no es tanto la individualización del caso concreto o el contenido específico de las medidas ratificadas, sino la concreción de los parámetros de enjuiciamiento que habían de regir las autorizaciones o ratificaciones judiciales de las medidas sanitarias que tuvieron que ser adoptadas por la Comunidad de Madrid fuera del marco del estado de alarma y con carácter previo a las modificaciones de la normativa procesal que, en último término, facultó el pronunciamiento del Tribunal Supremo en casación, en su Sentencia de 24 de mayo de 2021.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 28 de agosto de 2020, que parecía estar llamada a ser el referente más importante en los procesos que estaban por venir, quedó pronto relegada por la reforma procesal que se produciría unos pocos días después; pero lejos de ser inane, lo cierto es que el propio proceso había revelado las ineficacias del proceso de ratificación de medidas antes los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, provocando un movimiento de mayor profundidad sísmica.

5. Septiembre de 2020: la primera modificación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

Pocos días después, el BOE de 19 de septiembre publicaba 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, cuya disposición final segunda modificaba la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, atribuyendo a las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia la ratificación de aquellas medidas que tengan un alcance general y provengan de las autoridades autonómicas, y a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional la ratificación de medidas dictadas por una autoridad estatal.

La causa de la reforma hay que buscarla en la divergencia de criterios empleados por los diferentes Juzgados de lo Contencioso-Administrativo en el ejercicio de la competencia contemplada en el artículo 8.6 LJCA para la autorización o ratificación de las medidas sanitarias que implicaban limitación o restricción de derechos fundamentales, y que habían sido adoptadas por las diferentes Comunidades Autónomas sin la cobertura normativa del estado de alarma, que puso de manifiesto las fallas estructurales del sistema, y la necesidad de introducir cambios en la normativa procesal, a fin de evitar que la disparidad de pronunciamientos pusiera en riesgo la capacidad de las autoridades sanitarias para dictar medidas que podían quedar vir-



tualmente ineficaces a la incierta espera de lo que, en sede de apelación, se pudiera ir resolviendo. Un peligro que se había puesto descarnadamente de manifiesto con la reciente negativa a ratificar la Orden 1008/2020 por parte del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Madrid, con el consiguiente desconcierto que había generado para la ciudadanía mientras se esperaba la decisión del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Con la reforma, los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo conservaban, eso sí, la competencia para la autorización de las medidas cuyos destinatarios estuvieran identificados, operando la norma procesal un deslinde entre medidas generales y particulares que toma la identificación del administrado como fundamento de la competencia objetiva.

La ocasión se aprovecha para introducir una mínima regulación sustantiva del procedimiento judicial, introduciendo el artículo 122 *quarter*, que impone la tramitación urgente y la preceptiva participación del Ministerio Fiscal, dando en realidad carta de naturaleza a lo que se venía realizando por los distintos órganos judiciales⁷.

Aunque ya fuera una práctica común, la participación *ex lege* del Ministerio Fiscal parece proporcionar una apariencia de contradicción, en la representación del interés general de la colectividad afectada. Pero la cuestión clave no es tanto hasta qué punto la participación del Ministerio Fiscal es suficiente para sustentar la imprescindible contradicción, sino el hecho de que se niegue, como así se ha hecho en la práctica, la posibilidad de formular alegaciones por cualquier otra persona que se presente como interesado; algo que, por cierto, plantea serias dudas desde la óptica de la tutela judicial efectiva, y si tenemos en cuenta que el artículo 21 LJCA considera parte demandada «a cualquier persona cuyos derechos o intereses legítimos pudieran quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante».

No es complicado, además, defender que la intervención del Ministerio Fiscal no puede interpretarse a título de parte demandada, pues de ser así, su informe favorable bastaría para obligar a la Sala a ratificar las medidas, o en su caso, para que la Sala tuviera que sostener, si no quiere atenerse a la conformidad de las partes con la ratificación, que existe una infracción manifiesta del ordenamiento, de acuerdo con el

⁷ El artículo literalmente dice: «En la tramitación de las autorizaciones o ratificaciones a que se refieren los artículos 8.6, segundo párrafo, 10.8 y 11.1.i) de la presente Ley será parte el ministerio fiscal. Esta tramitación tendrá siempre carácter preferente y deberá resolverse en un plazo máximo de tres días naturales».

artículo 75.2 LJCA⁸; planteamiento que encuentra otro escollo, pues en el proceso de ratificación de medidas sanitarias no se enjuicia la legalidad de las medidas.

Precisamente por eso mismo los potenciales destinatarios carecen de la posibilidad de intervenir en el proceso, empujados, en caso de discrepar con las medidas impuestas, a interponer el correspondiente recurso en el que se debería deducir medida cautelar si se quisiera obtener la suspensión de la ejecutividad de las medidas.

Con semejante esquema, tal y como ya adelantábamos, el proceso queda diseñado de modo que los órganos judiciales se engranan en el proceso de producción de la disposición. Los actos de las Administraciones son por regla general inmediatamente ejecutivos; por tanto, actuando el aval judicial como elemento condicionante de esa eficacia, y careciendo el proceso del elemento de contradicción, lo que se crea es una función de garantía, a través de la imbricada intervención del órgano judicial y del Ministerio Fiscal, que vele por el adecuado equilibrio de la medida dispuesta, y que avale que la limitación de derechos fundamentales reúne requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Así lo ha venido reconociendo el propio Tribunal Superior de Justicia de Madrid en los distintos Autos que ha dictado en los procedimientos de ratificación de medidas de los que ha conocido, se trata de una función de garantía jurisdiccional: *«En definitiva, la exigencia de que estas medidas limitativas o restrictivas de derechos fundamentales, adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria por las autoridades sanitarias por considerarse urgentes y necesarias para la salud pública, se encuentren sometidas a la necesaria autorización o ratificación judicial, ex arts. 8.6, 10.8, y 11.1.i) de la Ley Jurisdiccional, constituye una garantía jurisdiccional previa de sujeción de las mismas a los límites de la habilitación legal contenida en aquella legislación y de su proporcionalidad, a la que se condiciona su eficacia, que no se contempla cuando las autoridades gubernativas actúan en ejercicio de las potestades conferidas por la declaración de estado de alarma».*

Pero precisamente por ello, no pasa por alto que este mecanismo descarga sobre los órganos judiciales la última palabra sobre la viabilidad de las medidas sanitarias, que, alejados de la función jurisdiccional, asumen un papel tuitivo de unos derechos fundamentales cuyo contenido parece incompatible con la abnegada defensa de la

⁸ Este artículo dice: *«Producido el allanamiento, el Juez o Tribunal, sin más trámites, dictará sentencia de conformidad con las pretensiones del demandante, salvo si ello supusiere infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, en cuyo caso el órgano jurisdiccional comunicará a las partes los motivos que pudieran oponerse a la estimación de las pretensiones y las oírá por plazo común de diez días, dictando luego la sentencia que estime ajustada a Derecho».*



salud pública que asumen, de cara a la opinión pública, las Administraciones. En este punto, resulta necesario indicar que estas dudas sobre la naturaleza de la actuación judicial han llevado a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón a plantear una cuestión de inconstitucionalidad por Auto de 3 de diciembre de 2020, con una fundamentación que merece ser extractada:

«Por eso, no es que dudemos ahora de la constitucionalidad de una norma que despoja a la Administración del privilegio de autotutela cuando requiere para su validez de la autorización o ratificación judicial en el caso del artículo 10.8, sino que de lo que dudamos es de que, pese a la loable y bienintencionada voluntad que habrá guiado al Legislador, de lo cual la Sala no duda, esto sea ajustado a la Constitución, cuando, correlativamente, no hay fundamento constitucional para que las Salas de lo Contencioso-Administrativo ejerzan una función consultiva vinculante, prejudicial, participando de este modo del proceso de elaboración de un acto administrativo –o de una disposición general– que contiene medidas del tipo de las enunciadas en el precepto cuestionado. No parece, al menos esta Sala no lo considera así, que sea posible hallar ese fundamento en el artículo 117.3 de la CE, ni que la función de garantía de un derecho fundamental –artículo 117.4 de la CE–, cuyo titular es siempre el ciudadano individual, permita rebasar el límite de lo judicial, del ejercicio de la función jurisdiccional tal y como debe ser entendida en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Es parecer de esta Sala que el artículo 10.8 de la LJCA atribuye a las Salas de lo Contencioso-Administrativo una función consultiva vinculante, prejudicial, apéndice del procedimiento administrativo de elaboración de un acto administrativo o una disposición general que excede los límites de la función jurisdiccional que atribuye a todo órgano judicial el artículo 117.3, y que tampoco se justifica, conforme al artículo 117.4, por razón de la garantía de los derechos fundamentales.»

Desde otro punto de vista es difícil no pensar, si nos alejamos de los argumentos técnico-jurídicos, que en cierto modo a los órganos judiciales se les ha reclamado un ejercicio de comprensión de la situación de fuerza mayor, en el que debían alinearse con la esforzada defensa de la salud de los ciudadanos. Aprovechando la licencia que nos conceden estas líneas, es oportuno huir de la presbicia que suele ocasionar la especialización profesional, tan inclinada a encerrarse en sus particulares recovecos dogmáticos, y abrir la visión a las múltiples perspectivas que se ofrecen. El Derecho no deja de ser una Ciencia Social, y a veces es interesante advertir cómo es percibida su fuerza desde quienes no poseen formación especializada. Si de ordinario el

Derecho posee una naturaleza atmosférica, omnipresente, a veces de forma insospechada, en todos los ámbitos de la vida, durante el último año se ha revivido la verdadera fuerza del poder público como ordenador de la vida civil. Y es ahí donde entra el ciudadano, normalmente confuso en la vorágine de normas que lo avasallaban desde distintos frentes; normas cuya vigencia se evaporaba en pocos días, y que iban zaratando sus derechos sin mayor control aparente que esa última voz que emanaba de los órganos judiciales. La perversión del sistema culmina en el trampaño de imputar a los órganos judiciales la verdadera decisión sobre las medidas a aplicar, quedando frente a la opinión pública como los verdaderos artífices de las restricciones que sufriendamente debe cumplir el ciudadano; o, peor aún, si no ratifican, los irresponsables que no atienden a la gravedad de la situación, obstruyendo inexplicablemente la actuación administrativa.

El mejor ejemplo de esta desubicación del órgano judicial en la opinión pública lo encontramos en la repercusión mediática del Auto de 8 de octubre de 2020, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el que se denegaba la ratificación de las medidas acordadas por la Orden 1273/2020, de la Consejería de Sanidad.

Se recordará que aquella Orden era el resultado de la Declaración de Actuaciones Coordinadas aprobada por el Ministro de Sanidad, por la que se obligaba a las Comunidades Autónomas al cierre integral de varios municipios en los que se rebasaban los indicadores que se habían fijado por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, en una sesión en la que, a pesar de la falta de consenso, por existir varios votos en contra⁹, se había entendido por parte del Ministerio de Sanidad que sí existía el preceptivo Acuerdo que exige el artículo 65 de la Ley 16/2003 de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. Conflicto sobre el que todavía se está a la espera de la correspondiente sentencia de la Audiencia Nacional. El caso es que la Comunidad de Madrid, obligada por la Orden del Ministro de Sanidad, dictó la Orden 1273/2020, con el objeto de llevar al efecto las medidas impuestas. Como esas medidas limitaban el derecho de circulación, requerían la ratificación judicial, que fue denegada en el referido auto, que consideraba que el citado artículo 65 de la Ley 16/2003, en el que se basaba la potestad del Ministro, no habilitaba suficientemente la limitación de los derechos fundamentales: *«Aunque conforme a la doctrina constitucional expuesta, su naturaleza de Ley Ordinaria no sería, a priori, un obstáculo para que la citada norma legal pudiera establecer limitaciones de los derechos fundamentales, siempre que no fueran restricciones directas o esen-*

⁹ El consenso se exige en el artículo 73 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud: *«Los acuerdos del Consejo se plasmarán a través de recomendaciones que se aprobarán, en su caso, por consenso».*



ciales, no aprecia la Sala en la regulación que contiene el artículo 65 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, habilitación legal alguna para el establecimiento de medidas limitativas del derecho fundamental a la libertad de desplazamiento y circulación de las personas por el territorio nacional (artículo 19 CE), o de cualquier otro derecho fundamental».

Al margen de lo que jurídicamente se pueda opinar de esta decisión, es llamativo, y muy elocuente de lo que veníamos señalando, que los medios de comunicación encabezaran sus noticias afirmando, por ejemplo, que *«El TSJM anula las restricciones impuestas por Sanidad»* o *«La Justicia tumba el confinamiento de Madrid»*; trasladando al poder judicial la responsabilidad de no aplicar las medidas diseñadas por la Administración, en lugar de censurar la vía utilizada por la Administración, en este caso, el Ministerio de Sanidad; y cuando lo que realmente cabría preguntarse es por qué el sistema erige a los órganos judiciales como avalistas de la función ejecutiva y corresponsables de la adopción de medidas generales.

Pero avancemos a otras cuestiones. Es en verdad impensable que hablemos de lo ocurrido en este caso sin referir que la decisión judicial provocó la declaración de un estado de alarma *ad hoc*, mediante el Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre, que aplicó las mismas medidas que había diseñado el Ministerio de Sanidad.

Como ya apuntábamos, es difícilmente asumible que instrumentos tan cualitativamente distintos, como es el estado de alarma, con rango de ley, y las medidas sanitarias, que no pasan de ser una disposición administrativa, puedan imponer restricciones idénticas.

Al decir esto, no solo se acentúa la duda sobre el ajuste legal de las distintas disposiciones dictadas, sino más particularmente, se abre otro debate, que es el de la responsabilidad por la adopción de medidas. En efecto, la teoría del derecho nos dice que una potestad es un poder que se ejerce en beneficio de persona distinta de su titular, y que su ejercicio es preceptivo; idea básica que articula nuestro derecho público, obligando a los poderes a ejercer las competencias que les corresponden y tienen legalmente atribuidas. Por ello, no es indiferente concluir que, si las medidas de esta naturaleza eran las propias de un estado de alarma, era el Gobierno, conforme al artículo 116 de la Constitución, el que debía adoptarlas oportunamente. Conclusión nada inocua cuando hablamos de proteger la salud colectiva de los ciudadanos.

Para finalizar este apartado, es interesante que hagamos mención de los Autos que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó estrenando la competencia recién asignada por el nuevo artículo 10.8. LJCA.

A partir de septiembre de 2020, el rápido incremento de la incidencia obliga a las Autoridades Sanitarias de la Comunidad de Madrid a explorar un nuevo tipo de medidas, limitando la circulación en las denominadas Zonas Básicas de Salud. La utilización de ese criterio responde a la existencia de un Área Sanitaria Única, de modo que el seguimiento de los indicadores se realiza sobre estas demarcaciones territoriales, en las que la población residente comparte medios asistenciales; una situación que provoca que, el incremento de casos positivos tenga un primer impacto en la presión asistencial de estas zonas.

Con la Orden 1178/2020, de 18 de septiembre, de la Consejería de Sanidad, la primera que aplicaría esta clase de medidas, se sometería por vez primera una medida sanitaria ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Se puede imaginar con facilidad la expectación ante la respuesta que adoptaría la Sala, que no desperdició la ocasión para fijar una clara posición jurídica, que después ha mantenido fielmente.

De los distintos Autos que, desde el 25 de septiembre de 2020, se dictaron ratificando las medidas de limitación de la circulación en las Zonas Básicas de Salud, se puede extraer lo siguiente:

Para la Sala, tal como señala en estos Autos, las medidas adoptadas no suspenden, sino que limitan los derechos fundamentales, lo cual permite, bajo el amparo de una Ley Orgánica, que puedan ser acordadas sin acudir a los estados de excepción:

«Pero nos reafirmamos en que no tratándose de suspensión de derechos fundamentales que, por supuesto, requeriría de la utilización de otros instrumentos jurídicos, concretamente la declaración del estado de excepción o de sitio, como prevé el artículo 55.1 CE, la limitación de los derechos fundamentales por la autoridad autonómica, sin acudir a la declaración de estado de alarma que prevé la LO 4/1981, es perfectamente posible siempre que su previsión se contenga en una ley Orgánica, de conformidad con la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional.

No debe olvidarse que conforme a una reiterada jurisprudencia constitucional (SSTC 112/2006, de 5 de abril y 76/2019, de 22 de mayo) se ha venido admitiendo la posibilidad de que por ley Orgánica se permita la adopción de medidas concretas que limiten el ejercicio de determinados derechos fundamentales sin necesidad de acudir a la excepcionalidad constitucional que implica la declaración de un estado de alarma y siempre que esta limitación se encuentre suficientemente acotada en la correspondiente Ley Orgánica de habilitación en cuanto a los supuestos y fines que persigue y que dicha limitación esté



justificada en la protección de otros bienes o derechos constitucionales (STC 104/2000 13 de abril).»

A partir de ahí, el resultado de la ratificación se condiciona al juicio de proporcionalidad, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que obliga a ponderar la intensidad de las medidas, determinando si son idóneas, necesarias y proporcionales. Con estas palabras lo expresaba la Sala: *«Será preciso analizar si la limitación del derecho fundamental acordada tiene una justificación objetiva para el cumplimiento del fin que se persigue que es constitucionalmente protegible y además que no existe una medida menos gravosa para cumplir con esa finalidad».*

O, dicho en palabras del Tribunal Constitucional en su STC 96/2012 , de 7 de mayo, *«... hemos destacado (SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4; 49/1999, de 5 de abril, FJ 7; 159/2009, de 29 de junio, FJ 3; 86/2006, de 27 de marzo, FJ 3; 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 6; y 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 2, entre otras) que para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)...».*

El criterio, como decimos, se mantuvo en la ratificación de todas las resoluciones que con la misma finalidad se dictaron en las semanas sucesivas y después del levantamiento del tercer estado de alarma, con una interpretación flexible cuya clave de bóveda —la consideración de las restricciones de circulación como meramente limitativas de este derecho—, podría desplomarse con la declaración de inconstitucionalidad del primer estado de alarma.

6. Mayo de 2021: la segunda modificación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y la Sentencia de 24 de mayo del Tribunal Supremo

En octubre de 2020 se impondría el tercer estado de alarma mediante 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-2¹⁰.

¹⁰ Este real decreto ha sido parcialmente declarado inconstitucional y nulo por el Pleno del Tribunal Constitucional en su Sentencia 183/2021, de 27 de octubre.

Este nuevo estado de alarma presentaba una arquitectura poco ortodoxa, pues a pesar de afectar a la totalidad del territorio nacional, el Gobierno delegaba el ejercicio de las competencias necesarias a los Presidentes de las Comunidades Autónomas, disponiendo una serie de medidas, como la limitación de entrada y salida en los territorios autonómicos, la limitación de la circulación en horario nocturno, o la limitación a la permanencia de grupos en lugares públicos y privados, que se podrían ajustar, flexibilizar, e incluso suspender por la decisión de aquellos, atendiendo la evolución epidemiológica, y dejando como instrumento de control estatal de las competencias delegadas al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

En cualquier caso, pues no queremos caer aquí en una digresión inoportuna sobre una cuestión que merecería un estudio más riguroso, el Real Decreto, quizás todavía con la cicatriz de la no ratificación de las medidas adoptadas por el Ministerio de Sanidad, señalaba en el artículo 2.3 que las medidas que se adoptaran al amparo de esta norma no tendrían que ser sometidas a ratificación judicial:

«Las autoridades competentes delegadas quedan habilitadas 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. Para ello, no será precisa la tramitación de procedimiento administrativo alguno ni será de aplicación lo previsto en el segundo párrafo del artículo 8.6 y en el artículo 10.8 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.»

Por ello, debemos saltar al mes de mayo de 2021, con el levantamiento de este último estado de alarma, para retomar nuestro asunto y abordar el que por ahora es el último capítulo.

Esta fase retomaría la práctica del año anterior, y obligaría a someter a ratificación las nuevas medidas que las Comunidades Autónomas, expirada la vigencia del estado de alarma, debían adoptar en el uso ya ordinario de sus competencias sanitarias.

El primer gran acontecimiento de este periodo sería la segunda reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, con la que se inauguraría esta etapa.

La divergencia interpretativa de los órganos judiciales a la hora de ratificar o autorizar las medidas sanitarias adoptadas por las diferentes Comunidades Autónomas para hacer frente a la propagación del COVID-19, no se vio solventada con la modificación operada en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa por la Ley 3/2020, pues con la modificación legislativa, la disparidad de criterios antes residenciada en los distintos Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, se vio trasla-



dada a los Tribunales Superiores de Justicia, que pasaron a resolver en uso de la nueva competencia legalmente atribuida, alcanzando soluciones diversas, particularmente en lo relativo a la habilitación normativa para las limitaciones o restricciones de derechos fundamentales.

Así lo lamenta la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, de medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre: *«Las Salas de los distintos Tribunales Superiores de Justicia que se han tenido que pronunciar en el seno de los procedimientos de ratificación o autorización de esas medidas sanitarias han seguido, en ocasiones, una diferente interpretación del marco sanitario estatal aplicable, alcanzando posturas divergentes sobre si el mismo podía servir como título habilitante de las restricciones y limitaciones de derechos fundamentales impuestas por las autoridades sanitarias autonómicas en las medidas adoptadas, en ejercicio de competencias propias, con carácter colectivo y general para luchar contra la pandemia».*

Sobre esta base, con la finalidad de residenciar en el Tribunal Supremo una labor no solo interpretativa y unificadora, sino acaso colindante con la función del legislador ante la aparente insuficiencia normativa, se fundamenta en el Real Decreto-ley 8/2021 la modificación esencial que este incorpora en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, cual es la introducción de un nuevo recurso de casación, de formato exprés.

Nos permitimos la utilización de este epíteto porque si algo define al recurso de casación en su fórmula ordinaria es la anquilosada tramitación que posee.

La reforma pretendía esencialmente subsanar el descuido de la Ley 3/2020, que había inhabilitado el recurso de casación para estos casos. Lo paradójico de la situación es que realmente, antes de la reforma acometida por la Ley 3/2020 no había obstáculo procesal para que el Tribunal Supremo se hubiera pronunciado sobre este asunto. Esto es así porque desde el vértice del artículo 8.6 original, la Ley de la Jurisdicción permitía que aquellos Autos que dictaban los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo fueran apelados ante los Tribunales Superiores de Justicia (artículo 80.1.d) LJCA); y como estos recursos se resolvían por sentencias dictadas en apelación, eran perfectamente susceptibles de recurso de casación (artículo 86.1 LJCA)¹¹.

¹¹ Ninguna duda procesal nos plantea esta afirmación; tómese, a mayor abundamiento, que el Tribunal Supremo ha dictado en los últimos años sentencias analizando el procedimiento de Autorización de Entrada en Domicilio, cuya génesis está en el mismo artículo 8.6 LJCA, y cuyo recorrido procesal es idéntico al de las medidas sanitarias.

Lo que ocurría es que, como decimos, la rapidez no es la virtud característica del recurso de casación, y en esta clase de contenciosos una respuesta judicial producida meses después carece de toda utilidad, dada la limitada vigencia temporal de las medidas, que habría provocado fácilmente la pérdida de objeto de los recursos. En efecto, conforme a la regulación existente, el recurso debía prepararse en un plazo de treinta días; darse por preparado en la Sala correspondiente del Tribunal Superior de Justicia, que emplazaría a las partes por otros treinta días ante el Tribunal Supremo; emplazamiento que, evacuado, daba lugar a que la Sala del Tribunal Supremo se tuviera que pronunciar sobre la admisión, concediendo, en su caso, otros treinta días para para la interposición del recurso, tras el cual, y cumplido el trámite de oposición por otros treinta días, que se hubiera concedido al Ministerio Fiscal, se podría haber dictado la sentencia.

Con todo, la posibilidad de acudir a la casación estaba ahí. Y algo que no previó la atribución de la competencia de estos asuntos a las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia es que, resolviéndose los procedimientos por auto en lugar de por sentencia, había que estar a lo dispuesto en el artículo 87 LJCA, en el que se identifican qué autos son concretamente susceptibles de recurso de casación. Y es que al margen de que el recurso hubiera resultado inoperante, por estar sometido a la tramitación que acabamos de ver, la reforma cerraba totalmente la puerta a que el Tribunal Supremo pudiera pronunciarse en casación sobre estos asuntos.

Con ánimo de subsanar los olvidos de la Ley 3/2020, el Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, acomete en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa una profunda modificación que abriría la puerta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo a los autos que se dictaran en adelante.

Las notas esenciales de esta modificación serían las siguientes:

1. Se modifica el artículo 122 quáter LJCA, añadiendo que la tramitación de las autorizaciones o ratificaciones previstas en los artículos 8.6 segundo párrafo, 10.8 y 11.1.i) de la misma ley se resolverán por auto.
2. Los autos dictados por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, así como por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en aplicación de los artículos 10.8 y 11.1.i) LJCA, respectivamente, serán recurribles en casación en todo caso (artículo 87.1.bis LJCA).
3. En estos casos, para acudir a la casación no será requisito necesario interponer previamente recurso de reposición (artículo 87.2 LJCA).



Asimismo, se añade el artículo 87.ter, que diseña un proceso *ad hoc* para resolver los recursos de casación interpuestos contra los autos de ratificación de medidas sanitarias. Al legislador no se le escapó en esta ocasión el inconveniente que hemos apuntado, y la más que segura ineficacia que hubiera supuesto aplicar en estos casos la tramitación ordinaria.

Las notas esenciales de este nuevo recurso, que no están exentas de importantes particularidades, serían las siguientes:

- La supresión del trámite de preparación del recurso, pues las partes comparecerán e interpondrán directamente el recurso de casación mediante escrito presentado ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.
- Se apunta expresamente que, si el objeto de la autorización o ratificación hubiera sido una medida adoptada por una autoridad sanitaria de ámbito distinto al estatal en cumplimiento de actuaciones coordinadas en salud pública declaradas por el Ministerio de Sanidad, en su caso previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, también ostentará legitimación activa la Administración General del Estado. Esta previsión da cobertura legal a la actuación que mantuvo el Ministerio de Sanidad en el proceso de ratificación de la Orden 1273/2020, que recordamos, aplicaba la Orden del Ministro de Sanidad de 30 de septiembre. En aquel proceso el Auto denegatorio de la Sala de Madrid fue recurrido en reposición por el Ministerio de Sanidad, entendiendo la Sala que la Administración del Estado carecía de legitimación en el proceso, al ventilarse la ratificación de una disposición autonómica.
- El escrito de interposición del recurso habrá de presentarse en el plazo de tres días hábiles contados desde la fecha de notificación del auto impugnado, acompañando testimonio del mismo y exponiendo los requisitos de procedimiento, así como la cuestión de interés casacional y las pretensiones relativas al enjuiciamiento del auto recurrido. Por tanto, se significa el mantenimiento del interés casacional como eje del recurso, en armonía con el recurso ordinario, donde también es protagonista este requisito.
- Al no seguir el camino habitual, e interponerse el recurso directamente ante el Tribunal Supremo, se impone a la parte recurrente la carga de advertir a la Sala de instancia, a fin de que proceda a la remisión de los autos. Así, la parte recurrente, el mismo día en que interponga el recurso, habrá de presentar escrito ante la Sala de instancia poniendo en su conocimiento el hecho de la interposición, debiendo dicha Sala, en el día siguiente hábil a esa comunicación, remitir el testimonio de las actuaciones seguidas en el procedimiento en que se dictó el auto recurrido a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

- De forma coherente con lo pretendido, que es una respuesta inmediata, al escrito de interposición se le dará tramitación preferente, dando traslado al Ministerio Fiscal y a las partes para que comparezcan y formulen alegaciones por plazo común de tres días.
- Por último, y de acuerdo con la función atribuida de ordinario, la Sección competente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que conozca del recurso fijará doctrina y resolverá sobre las cuestiones y pretensiones planteadas, en el plazo de los cinco días siguientes a la finalización del plazo para formular alegaciones.

En todo caso, y herencia forzosa de la propia concepción del proceso de ratificación de medidas sanitarias como presupuesto de la eficacia del acto, late en el recurso de casación la sensación de que su utilidad se limita a ofrecer un último intento a la Administración en los casos en los que las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia no ratifiquen sus medidas. Pues a salvo de la participación del Ministerio Fiscal, que por lo general ha venido mostrando una posición complaciente con las medidas, la imposibilidad de que concurren otros interesados hace que difícilmente se vayan a interponer recursos que puedan ser críticos con aquellos Autos que hayan ratificado medidas cuyo alcance dudosamente pueda ser el propio de este tipo de actuaciones.

Sea como fuere, lo cierto es que con esta nueva regulación ya no habría obstáculo alguno para que el Tribunal Supremo se pronunciara, algo que no se haría esperar, siendo el primero de dichos pronunciamientos la Sentencia de 24 de mayo de 2021.

El levantamiento del estado de alarma trajo una situación que, con cierta licencia literaria, podríamos calificar de *deja vú*. Como ya ocurriera el año anterior, levantada la cobertura estatal, y sin que los datos epidemiológicos ofrecieran, al menos en este mes de mayo, una mejoría sustancial, las distintas Comunidades empezaban a plantearse aplicar medidas con un alcance muy similar al que imponía el estado de alarma. Si el año anterior el modelo de limitar la circulación —los llamados confinamientos—, parecía la solución imbatible para atajar el desbordamiento de la incidencia, en este nuevo periodo la medida que más cotizaba era la limitación de la circulación en horario nocturno, que los ciudadanos habían asumido resignadamente como toque de queda. Ahora las Comunidades Autónomas se preguntaban si era posible adoptar por sí mismas medidas de esa intensidad, algo por lo que apostó el Gobierno de Canarias. Ante la negativa del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, que no ratifica parte de las medidas que se le proponen, concretamente: la limitación de la entrada y salida de personas en las islas que se encontrasen en niveles de alerta 3 y 4, la limitación de la libertad de circulación en horario nocturno, y la



utilización del exterior de los edificios o de la vía pública para la celebración de actos de culto.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2021 resuelve el recurso de casación interpuesto frente al Auto de 9 de mayo del mismo año, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife. Como acabamos de decir, este Auto había denegado la ratificación de parte de las medidas sanitarias aprobadas por acuerdo del Consejo de Gobierno de Canarias, limitándose el recurso de casación planteado, sin embargo, a la denegación de la ratificación de la medida consistente en la limitación de la entrada y salida de personas en las islas que se encontrasen en niveles de alerta 3 y 4.

Dada la relevancia de este pronunciamiento, nos detendremos especialmente en su examen.

El Tribunal Supremo comienza haciendo alusión a las recientes reformas operadas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa por la Ley 3/2020 y el Real Decreto-ley 8/2021, refiriendo la controversia existente acerca de la ratificación judicial de medidas limitativas de derechos fundamentales no relativas a personas concretas, sino dirigidas a destinatarios no identificados individualmente. Menciona, asimismo, la existencia de una cuestión de inconstitucionalidad pendiente ante el Tribunal Constitucional, relativa al artículo 10.8 LJCA, a la espera de cuya resolución el Tribunal Supremo resolverá los correspondientes recursos de casación interpuestos al amparo del artículo 87. Ter LJCA.

A fin de dar una estructura que facilite su lectura y comprensión, la Sentencia del Tribunal Supremo aborda la resolución del recurso distinguiendo en su análisis los siguientes apartados:

- a) Virtualidad de las medidas sometidas a ratificación judicial.
- b) El procedimiento de ratificación de medidas y el alcance de estas últimas.
- c) El cometido del Tribunal Supremo.
- d) El marco constitucional y legislativo.

Seguiremos esa misma estructura por nuestra parte.

a) Virtualidad de las medidas sometidas a ratificación judicial

La primera cuestión que analiza el Tribunal Supremo es la eventual aplicabilidad o no de las medidas sometidas a ratificación judicial antes de que los tribunales se pronuncien al respecto.

Señala el Alto Tribunal que *«la medida sanitaria adoptada por la Administración autonómica o estatal no puede desplegar eficacia antes de que haya sido ratificada judicialmente (...) siendo la propia Administración promotora de la medida sanitaria la que debe solicitar la ratificación, no cabe entender que acude al órgano judicial para impugnar un acto, sino que lo hace para dotarle de una eficacia que por sí sola no puede darle y que es especialmente necesaria para actuaciones restrictivas de derechos fundamentales»*.

De lo anterior, se derivan dos consecuencias:

- Las medidas sanitarias aún no ratificadas judicialmente no despliegan efectos, ni son aplicables.
- Si la ratificación judicial es denegada, no es preciso que la Administración acuerde dejar sin efecto la Orden o acuerdo sometidos a ella, ya que nunca fueron legalmente eficaces. Ello sin perjuicio de que pueda dar publicidad a dicha denegación.

Este pronunciamiento es de especial importancia, pues aclara la duda que plantea la redacción del precepto al apelar a estos procesos como ratificación o autorización de medidas, dadas las diferentes consecuencias que semánticamente se pueden extraer en función de considerar que las disposiciones se ratifican o se autorizan.

Al mismo tiempo, supone alejar la labor de los tribunales de la función jurisdiccional estricta, pues la ratificación judicial se inserta claramente como un último eslabón en la cadena de elaboración de la norma, condicionando la eficacia al pronunciamiento favorable. La precisión sobre la innecesidad de revocar la disposición es relevadora en tal sentido, pues reconoce que la medida, privada de eficacia, es inexistente a efectos jurídicos.

b) El procedimiento de ratificación de medidas y el alcance de estas últimas

A este respecto, el Tribunal Supremo recuerda que los tribunales no pueden sustituir la imprescindible habilitación normativa en la que ha de descansar la medida cuya ratificación se solicita. Así, la primera comprobación que ha de hacer el Juzgador es la competencia de la Administración, la existencia de habilitación normativa. A partir de ahí, el juicio ha de circunscribirse a la constatación preliminar de los aspectos externos y reglados de la actuación administrativa y a una verificación *prima facie* de la adecuación, necesidad y proporcionalidad de las medidas.



Finalmente, añade el Tribunal Supremo que *«la ratificación que llegue a acordarse, si bien hará eficaces y aplicables las medidas correspondientes, no podrá condicionar de ningún modo el control de legalidad que se efectúe a través del recurso contencioso-administrativo, si es que se interpone por quien tenga legitimación para ello, contra el acuerdo o resolución que las haya establecido o contra los actos que las apliquen»*.

No ofrece sorpresas este pronunciamiento, que ciñe la labor de ratificación a lo que se ha venido viendo por parte de todos los tribunales. Como tampoco se podía esperar otra cosa sobre el alcance de la decisión, que en modo alguno avala la legalidad ni condiciona el resultado de un hipotético recurso que se pueda interponer.

Lo que no se dice —ciertamente porque no era lugar para emitir una declaración en tal sentido— es que esta decisión probablemente sí condicione una pretensión cautelar deducida en un recurso dirigido contra la disposición. Si la labor jurisdiccional consiste en ponderar la necesidad y proporcionalidad de la medida, parece poco posible que se pueda poco después suspender la medida como resultado de una nueva labor de ponderación realizada en sede cautelar, pues considerados los diferentes intereses, la protección de la salud, y el ajuste de las medidas a los fines perseguidos, hacen más que segura una decisión contraria a conceder una suspensión cautelar de la disposición.

c) El cometido del Tribunal Supremo

En este apartado, se hace mención específica del recurso de casación introducido en el artículo 87. Ter LJCA por el Real Decreto-ley 8/2021. Así, el Tribunal Supremo puntualiza que, aunque en estos casos no haya trámite de admisión del recurso, ello no significa que no hayan de examinarse los requisitos para su planteamiento; en particular, en lo relativo al interés casacional objetivo, que ha de situarse en la comprobación de que la Sala competente, al resolver sobre la ratificación solicitada, se ha ajustado a los términos del control preliminar de competencia, habilitación normativa, aspectos reglados de la actuación administrativa, adecuación, necesidad y proporcionalidad de la medida.

Una vez comprobada la existencia de interés casacional objetivo, el pronunciamiento del Tribunal Supremo en casación se limitará a comprobar si la fiscalización de los aspectos externos y reglados, así como el control de la proporcionalidad de las medidas efectuado en la instancia, responde a los parámetros del control previsto por el legislador en los artículos 10.8 y 11.1.i) LJCA.

En todo caso, la Sentencia deja este recordatorio, que puede ser interpretado como cierta admonición sobre el uso indiscriminado del recurso de casación, y bien puede intuirse de estas palabras que la Sala no tiene intención de convertirse en una Sala de apelación, que revise sistemáticamente cada medida denegada a una Comunidad Autónoma.

Es más, la poca atención que la Sentencia dedica a la concreta problemática de las medidas del Gobierno de Canarias es una muestra de la intención diseñar el eje de coordenadas sobre el que desde ahora deben operar las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y la Audiencia Nacional.

d) El marco constitucional y legislativo

Acerca del marco constitucional y legislativo, comienza el Alto Tribunal señalando:

«Cuando de la limitación de derechos fundamentales por el legislador se trata, lo primero que es menester precisar es que no necesariamente ha de hacerse por ley orgánica. Es verdad que el desarrollo de los derechos fundamentales está reservado a esa fuente (artículo 81.1 de la Constitución) y que el Tribunal Constitucional ha equiparado al desarrollo el establecimiento de limitaciones a los derechos fundamentales de tal intensidad que les afectan esencialmente. Pero con carácter general la ley ordinaria es suficiente para regular el ejercicio de los derechos, aunque al hacerlo habrá de respetar su contenido esencial (artículo 53.1 de la Constitución). Y establecer limitaciones puntuales de derechos, incluso fundamentales, no equivale a desarrollarlos siempre que, por las características de las restricciones, no lleguen a desnaturalizarlos. Dentro de la regulación que puede hacer la ley ordinaria cabe, pues la imposición de limitaciones puntuales a los derechos fundamentales. Y, siendo suficiente para ello la ley ordinaria, esa reserva puede ser satisfecha tanto por la ley del Estado cuanto por las leyes que, dentro de su competencia, dicten las Comunidades Autónomas.»

Este punto de la Sentencia es, sin duda, el que más polémica puede plantear. Para empezar, se echa en falta cualquier llamamiento a diferenciar entre suspensión y limitación de derechos, disquisición esencial, como antes apuntábamos, para determinar hasta dónde pueden alcanzar las medidas sanitarias. Es más sorprendente que la Sentencia abogue por la ley ordinaria como suficiente para limitar derechos, pese a reconocer la doctrina constitucional, y escudándose en una confusa distinción entre la limitación de los derechos y la regulación de su ejercicio, cuando son notoriamente diferentes actividades legislativas, cuya diferencia no se salva por ese sal-



voconducto que parecen ser las limitaciones puntuales. La Sentencia parece decir que la ley ordinaria no es hábil para limitar derechos, pero si son limitaciones puntuales, entonces sí es suficiente su rango, pues la limitación puntual se equipara al desarrollo del derecho.

El pronunciamiento tampoco parece tener un buen encaje en la teoría constitucional, pues si todos los derechos tienen límites, el desarrollo de su contenido, que se impone a las Leyes Orgánicas, debe dibujar esos límites, sobre los que en su caso operará la ley ordinaria cuando regule el ejercicio del derecho en cuestión.

Pero dejando las parcelas doctrinales, el razonamiento pierde de vista un detalle esencial: las medidas sanitarias no operan sobre los límites naturales de los derechos fundamentales, sino que los restringen, impidiendo su normal ejercicio. De ahí que la propia norma procesal, cuando explica qué medidas se deben someter a ratificación, aluda a medidas que impliquen limitación o restricción de derechos fundamentales. Y son esas medidas, que adopta la autoridad sanitaria, las que deben anclarse en una habilitación normativa, que prevea la posibilidad de limitar el derecho. Una habilitación que, concediendo límites indefinidos, no parece que desarrolle el ejercicio de los derechos, sino al contrario, predisponga cuándo ese ejercicio puede cerceñarse. Por tanto, esa habilitación abstracta y general estará definiendo el contenido esencial del derecho, desde una perspectiva negativa, anticipando qué situaciones avalan para restringirlo.

Situados así en un terreno de excepcionalidad, no concilia con ello la idea de que una ley ordinaria que desarrolle el ejercicio del derecho pueda amparar limitaciones de esta naturaleza. Si eso es así, es porque la propia Ley Orgánica ya ha previsto esos límites, y el desarrollo de la ley ordinaria simplemente se desenvuelve entre ellos. Esta situación provoca una consecuencia nada desdeñable: si el ejercicio del derecho ya se encuentra inicialmente limitado, y el desarrollo legislativo ya prevé en abstracto un ejercicio en esos términos, no parece que tenga sentido alguno la ratificación judicial de un acto administrativo que simplemente aplica al caso concreto la genérica previsión legal. Pues en tal caso el proceso judicial no estaría ponderando si la restricción del derecho fundamental se encuentra justificada, sino si el caso concreto se subsume en el enunciado normativo. Una labor que no parece que sea la que los órganos de esta jurisdicción hayan tenido encomendada.

Volviendo a la Sentencia, a continuación se recogen los preceptos relevantes para la fundamentación de las medidas cuya ratificación se habría solicitado, citándose en particular: el artículo tercero de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública; el artículo 26 de la Ley 14/1986,

de 25 de abril, General de Sanidad, y, finalmente, el artículo 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.

A la luz de estos preceptos, el Tribunal Supremo concluye que los mismos *«ofrecen suficientes precisiones objetivas, subjetivas, espaciales, temporales y cualitativas para satisfacer la exigencia de certeza que han de tener los preceptos que fundamentan restricciones o limitaciones puntuales de derechos fundamentales»*, siendo necesario examinar cada medida y valorarla atendiendo a la luz de los criterios extraídos de tales preceptos, a fin de determinar si se cumplen las exigencias de adecuación, necesidad y proporcionalidad.

Finalmente, la Sentencia define el control que ha de realizar el órgano judicial al que se solicita la ratificación de las medidas, indicando que el mismo ha de comportar la comprobación de si la Administración que pide la ratificación:

- i) Es la competente para adoptar las medidas a ratificar.
- ii) Invoca los anteriores preceptos legales u otros que le confieran habilitación.
- iii) Ha identificado con suficiente claridad el peligro grave para la salud pública derivado de una enfermedad transmisible que es preciso conjurar para preservar el derecho a la salud y la vida, con indicación de los hechos que así lo acreditan.
- iv) Ha establecido debidamente la extensión de ese riesgo desde el punto de vista subjetivo, espacial y temporal.
- v) Ha justificado que no dispone de otros medios menos agresivos para afrontarlo, y que los propuestos son idóneos y proporcionados.
- vi) Y, sobre esos presupuestos, Sala correspondiente deberá concluir si dicha justificación es suficiente y si la limitación pretendida es efectivamente idónea, necesaria y proporcionada.

Este último párrafo del fundamento cuarto, donde se enumera escalonadamente la labor judicial, es el pasaje de mayor importancia, pues se fija la doctrina que debe guiar la actuación de todos los procesos de ratificación de medidas sanitarias. La labor judicial queda así circunscrita a comprobar cada uno de esos puntos, concluyendo de ello si accede o no a la ratificación.

Fijadas las anteriores consideraciones, el Tribunal Supremo pasa a resolver el caso concreto, desestimando el recurso de casación y confirmando el criterio del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con una brevedad que anticipa que difícilmente se puede esperar del Alto Tribunal una revisión del concreto análisis que haya efectuado cada Tribunal en la toma de sus decisiones.



7. Perspectiva a futuro

Es incierto aún el tiempo que nos resta de convivir con esta situación excepcional, tanto en nuestra vida ordinaria como en el plano jurídico. Parece que la evolución científica, con el desarrollo de las vacunas, podrá poner fin a la pandemia, y todo esto pasará a formar parte de la Historia, en esa singular lista de los grandes acontecimientos que redefinen el mundo para siempre.

Por el momento, las Administraciones seguirán teniendo que hacer frente al desafío de controlar la salud pública, en ese delicado equilibrio entre las restricciones que demanda la contención de los contagios y la necesidad, a su vez, de permitir a una sociedad cada vez más fatigada de las restricciones, el normal desarrollo de sus vidas, que tan necesario resulta para mitigar la tan temible crisis económica que amenaza.

Hubiera sido deseable que desde el primer momento se diseñara un marco legal moderno, adaptado al contexto que se vivía. Ha sido, sin embargo, el ordenamiento el que ha tenido que ser ajustado, redimensionado, en una labor de sastrería jurídica cuyo principal riesgo será saber reajustarlo a su tamaño original. Hubiera sido también deseable un uso más preciso del derecho de excepción, pues en el camino se queda una espesa confusión entre medidas sanitarias y estado de alarma, entre estado de alarma y estado de excepción, que al margen de lo que finalmente pueda acabar depurando el Tribunal Constitucional, siempre dejará ese regusto de incertidumbre, de indeseable discrecionalidad, como si el uso de unos instrumentos jurídicos u otros dependiera del capricho o la mera oportunidad.

En cualquier caso, a falta de unos referentes normativos específicos, la referencia que hoy supone la Sentencia del Tribunal Supremo allana el camino de las ratificaciones. Aunque es muy improbable que se elimine el disenso entre las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia, como se puede observar en el hecho de que algunas Salas, por ejemplo, la de la Comunidad Valenciana, incluso avalan las restricciones de movilidad en horario nocturno, evidenciando, además, que el tiempo transcurrido no ha dejado espacio para una reflexión severa sobre la diferencia entre suspender y limitar derechos que deslinde las funciones que se deben encomendar a los estados excepcionales y las medidas sanitarias, como punto esencial de partida que defina qué puede realizar una Autoridad Sanitaria, y qué corresponde estrictamente al Gobierno en uso de sus prerrogativas constitucionales.

No deja de ser extraño que una situación como es la sanitaria, que afecta transversalmente a todo el territorio nacional, pueda recibir respuestas tan diversas, y a

veces contradictorias; que lo que unos permiten otros puedan prohibirlo. Los que nos hemos acostumbrado a la marejada procesal habitamos en ello con cotidiana naturalidad, pero es digno de reflexión si los operadores jurídicos, empezando por quienes tienen a cargo el diseño de las normas, han mostrado aquí una actuación que pueda recibir del ciudadano común un reconocimiento positivo, un mínimo entendimiento-

De todo ello, con el tiempo, será necesario hacer reflexión profunda, no solo para examinar qué se pudo haber hecho mejor, sino para mejorar todos los fallos, depurando nuestro Derecho de modo que, si llegase la ocasión, se pueda enfrentar una situación pareja con mejores armas, con la serenidad de unos cimientos asentados. Es, por tanto, una obligación, que repasemos atentamente todo lo ocurrido con el ánimo de avanzar, recordando aquella frase de Frederic William Maitland que decía *«hoy estudiamos el ayer para que el ayer no paralice el hoy, y para que el hoy no pueda paralizar el mañana»*.

La pieza separada de medidas cautelares durante la crisis del COVID-19

VANESSA MONEO DE BLAS

Letrada de la Comunidad de Madrid*

JOSÉ BORJA GÓMEZ ENCINA

Letrado de la Comunidad de Madrid**

SUMARIO

1. Introducción.
2. Medidas cautelares en la jurisdicción contencioso- administrativa. Consideraciones generales.
3. Medidas cautelares durante la crisis del COVID-19.
4. Algunas consideraciones adicionales.
5. Resumen final.

RESUMEN

La situación de emergencia sanitaria ocasionada por la COVID-19 ha dado lugar a una incesante labor normativa, adoptándose todo tipo de medidas preventivas por las Administraciones Públicas con la finalidad de proteger

la salud pública y prevenir los contagios y el avance de la enfermedad, generando a su vez gran cantidad de solicitudes de medidas cautelares en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

PALABRAS CLAVE

Medidas cautelares; COVID-19.

* En la actualidad se encuentra desempeñando el puesto de Consejera Técnica de la Subdirección General de Responsabilidad Patrimonial en el Ayuntamiento de Madrid.

** En la actualidad se encuentra desempeñando el puesto de Letrado Jefe del Servicio Jurídico de lo Contencioso-Administrativo en la Abogacía General de la Comunidad de Madrid.

ABSTRACT

The sanitary emergency caused by COVID-19 has led to an incessant regulatory activity. A series of preventive measures have been adopted by Public Administrations in order to stop the progression of the disease, with the

aim of protecting public health and preventing new infections. This public activity has generated a great amount of requests to adopt preventative measures in the Contentious-Administrative Jurisdiction.

KEYWORDS

Preventative measures; COVID-19.

1. Introducción

La aparición del Coronavirus SARS-CoV-2 y la enfermedad que causa (COVID-19) ha supuesto un reto para todos. Incluidos los profesionales del derecho.

Aunque lo anterior pueda parecer una obviedad a día de hoy, no solo no debe olvidarse, sino que debe ser puesto en valor, pues la pandemia ha supuesto, también en el ámbito jurídico, un auténtico desafío.

No es aventurado afirmar que todos nos hemos enfrentado a novedades en los últimos tiempos.

Esas novedades han ido desde las cosas más mundanas y sencillas, pero aun así absolutamente imprescindibles para contribuir a frenar en la medida de nuestras posibilidades la propagación del virus (la celebración telemática de vistas o dejar de usar la toga en estrados, son claros ejemplos de ello), hasta cuestiones infinitamente más complejas, muchas de ellas necesitadas de un profundo estudio jurídico en apenas un suspiro y que, sin duda, sentarán jurisprudencia el día de mañana (a bote pronto, la posibilidad de restringir derechos fundamentales sin declaración de estado de alarma o hasta dónde obligan los acuerdos del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud adoptados sin consenso de todas las Comunidades Autónomas).

A lo anterior habría que añadir la dificultad que ha supuesto, en ciertas ocasiones, el desconocimiento del marco normativo en el que nos movíamos, motivado por el constante y frenético cambio de normas, que a su vez respondía a la necesaria adaptación a la evolución epidemiológica. Y, como apuntábamos, al debate que se ha suscitado, y que sigue abierto, en torno a la suficiencia de las leyes con las que contábamos para adoptar según qué restricciones y limitaciones.

El presente artículo no es más que una pequeña muestra de un ámbito muy concreto del proceso contencioso-administrativo que, no siendo novedoso, bien sirve de ejemplo de la extraordinaria labor que se ha llevado a cabo por todos los que compartimos este ámbito de actividad, dado el marco en el que hemos tenido que actuar.

Desde los abogados de particulares y empresas que han recurrido las medidas sanitarias adoptadas, recursos con mayor o menor fundamento, más o menos complejos, pero lícitos en todo caso y que demuestran un deseable celo en la defensa de los derechos individuales y colectivos. Pasando por la actuación de los letrados encargados de la representación y defensa de las Administraciones Públicas, uniendo a un consabido conocimiento del derecho una capacidad de adaptación extraordinaria y que, en el ámbito de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid, en multitud de ocasiones ha supuesto horas interminables de estudio y trabajo persiguiendo siempre la mejor defensa de los intereses generales. Hasta, finalmente, los órganos judiciales, que han tenido que lidiar con una tarea inmensa, ingrata en no pocas ocasiones, pues junto a la circunstancia de que siempre hay quien no comparta la solución alcanzada, se añade la época tan extraña en la que nos ha tocado vivir, que alimenta aún más toda clase de debates, opiniones y críticas.

2. Medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa. Consideraciones generales

Nuestro ordenamiento jurídico parte del principio de eficacia de la actividad administrativa, consagrado en el artículo 103 de la Constitución, así como del principio de presunción de validez de la actuación administrativa.

Esta presunción de validez de la actuación administrativa se recoge hoy en el artículo 39 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, del que resulta que los actos de las Administraciones Públicas *«producirán efectos desde la fecha en que se dicten»*, siendo tales actos ejecutivos, tal y como se plasma en el artículo 38 del mismo cuerpo legal.

En palabras del Auto del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2012, recurso n.º 4/2012, *«En reiterada doctrina de esta Sala, en torno al principio de eficacia de la actividad administrativa (art. 103.1 de la Constitución), y al de la presunción de la validez de los actos administrativos (art. 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, precepto que no ha sido modificado por la Ley 4/99), la regla general es la ejecutividad inmediata de los actos y disposiciones y la posibilidad de suspensión se produce cuando se originen perjuicios de reparación imposible o difícil»*.



De esta forma, la interposición de un recurso contencioso-administrativo no produce automáticamente la suspensión de la ejecutividad del acto o disposición recurridos. Ahora bien, *«la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso»*, en palabras del Tribunal Constitucional (entre otras, Sentencia de 7 de julio de 1987, recurso n.º 880/1985; Sentencia de 17 de diciembre de 1992, recurso n.º 1445/1987; o Sentencia de 29 de abril de 1993, recurso n.º 2416/1990).

Así, a instancia de los interesados, y en cualquier estado del proceso, es posible acordar judicialmente la suspensión *«cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso»*, a tenor del artículo 130.1 de la Ley 29/1998, de 29 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA). El mismo precepto advierte de partida que la adopción de la medida cautelar de suspensión deberá hacerse *«previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto»*.

La suspensión, que se sustanciará en pieza separada (ex artículo 131 de la LJCA), constituye así una medida extraordinaria y de carácter excepcional frente a la regla general de la ejecutividad de los actos administrativos. Esto determina que deba aplicarse con carácter restrictivo previa comprobación de los requisitos concurrentes, como ha declarado, de forma tan reiterada que casi excusa su cita, el Tribunal Supremo (a mero título de referencia podemos citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2010, recurso n.º 1802/2008).

Llegados a este punto, debe insistirse en el elemento clave para acceder a la suspensión, que no es otro que la pérdida de la finalidad legítima del recurso.

El conocido como *periculum in mora* es la base sobre la que debe pivotar toda petición de justicia cautelar. Este extremo esencial con frecuencia se olvida en las peticiones de suspensión que se suscitan ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, desarrollándose en los recursos prolijos argumentos en cuanto a la apariencia de buen derecho de la solicitud o en relación con la falta de afectación a los intereses generales o de tercero que carecen de relevancia si el recurrente no pone de manifiesto, con total contundencia, por qué la no suspensión privaría de objeto al recurso.

Brevemente, la pérdida de la finalidad legítima significa que, de ejecutarse el acto administrativo recurrido, se crearían situaciones jurídicas irreversibles que no podrían solventarse aun cuando la sentencia que en su día se dictase resultara íntegramente favorable para los pedimentos del solicitante.

De acuerdo con la interpretación sentada ya por el Auto del Tribunal Constitucional de 22 de diciembre de 1997, recurso n.º 4645/1997, con cita a su vez de otros muchos, este criterio no debe de identificarse automáticamente con la necesidad de suspensión siempre que el acto administrativo que se impugna sea desfavorable a los intereses de los recurrentes, lo que se puede afirmar que, prácticamente sin excepción, es la situación a que responde todo recurso administrativo.

En definitiva, hay que acreditar que la no suspensión de la ejecutividad del acto o disposición general que se está recurriendo ante la jurisdicción contencioso-administrativa convertirá en ineficaz la sentencia que se dictase en el futuro, haciendo imposible el cumplimiento de la misma en sus propios términos, con merma del principio de identidad, en el caso de estimarse el recurso.

Profundizando un poco más en los requisitos de la justicia cautelar, aun concurriendo el presupuesto del *periculum in mora* (que como hemos dicho no se expone con acierto en muchas de las peticiones deducidas y que, a nuestro juicio, ya invalida de partida la propia petición), puede denegarse la medida cautelar solicitada cuando se aprecie una grave perturbación de los intereses generales o de tercero.

Es decir, constatado que el recurso puede perder su finalidad legítima y con ello la posibilidad de orillar el derecho a la tutela judicial efectiva en última instancia, procede ponderar los intereses en conflicto. Este contrapeso obliga al órgano judicial a efectuar entonces un juicio comparativo de todos los intereses en juego, concediendo especial relevancia, a la hora de decidir, a la mayor perturbación que la adopción de la medida cautelar solicitada cause al interés general o al de un tercero afectado por la eficacia del acto impugnado.

Finalmente, el *fumus boni iuris* serviría para reforzar la petición de medida cautelar. La aplicación de este elemento de la apariencia de buen derecho (que, como es de sobra conocido, no aparece plasmado en la LJCA) permite valorar con carácter provisional, dentro del estricto ámbito del incidente, los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros efectos de conceder la medida cautelar. Ahora bien, para que haya base suficiente para la aplicación de este requisito, la apariencia de buen derecho en que se fundamente la petición cautelar debe ser patente, manifiesta, ostensible y evidente, es decir, de fácil apreciación sin necesidad de un enjuiciamiento de la cuestión de fondo controvertida y en forma tal que se revele la nulidad de la actuación administrativa como muy probable e inequívoca debiendo, no obstante, acogerse con suma prudencia a fin de que en el incidente no se prejuzgue lo que en su día declare la sentencia definitiva.



Y es que mientras el ejercicio de la acción no está sujeta a restricción alguna, por imperativo del artículo 24 de la Constitución, el ejercicio de la pretensión cautelar, en cuanto supone en cierto modo la anticipación provisional de una resolución favorable a la pretensión de fondo, exige una justificación, *prima facie* o en apariencia, de su fundamento.

En todo caso, la jurisprudencia recuerda que la fase cautelar no es adecuada para el examen de cuestiones de fondo. De ahí el limitado alcance de este juicio provisional favorable, restringido a situaciones muy concretas y que, como advertíamos, exige medida en su aplicación.

Llegado a este punto podemos citar el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de marzo de 2021, recurso n.º 566/2021, que sirve de perfecto resumen al examinar con extraordinaria profusión el ámbito de la justicia cautelar, pues el asunto, sin duda, lo merecía (se analizaba la petición de suspensión del Decreto 15/2021, de 10 de marzo, de la Presidenta de la Comunidad de Madrid, de disolución de la Asamblea de Madrid y de convocatoria de elecciones, desestimando la misma).

Dicho lo anterior, y sin perjuicio de estos presupuestos generales, la decisión es enormemente casuística, debiendo ser tenidas en cuenta las especiales circunstancias de cada caso.

A todo lo expuesto debe añadirse que, al encontrarnos en muchas ocasiones que el objeto del recurso contencioso-administrativo ha sido una disposición de carácter general, la suspensión viene caracterizada, aún más, por una especial prudencia.

En efecto, en relación a la suspensión de disposiciones generales, la doctrina ha reiterado especialmente su carácter restrictivo al considerar, precisamente, el interés general que subyace en una norma general. En este sentido, el Auto del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2010, recurso n.º 388/2010, o el más reciente Auto del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2020, recurso n.º 299/2020.

Antes de pasar al estudio de las medidas cautelares en el escenario de pandemia, conviene hacer algunas precisiones adicionales.

En primer lugar, cabe recordar que, si bien la jurisprudencia ha evolucionado resolviendo que cabe suspender la ejecución de actos administrativos de contenido negativo, ello plantea en no pocas ocasiones dificultades, pues se traduce en una anticipación y una concesión provisional de lo denegado en vía administrativa, a través de la vía cautelar. En palabras de la Sentencia del Tribunal Superior de Justi-

cia de Madrid de 26 de febrero de 2021, recurso n.º 624/2020, «esto es, la suspensión implicaba la autorización de lo no autorizado por la Administración». Y es que el otorgamiento de la medida equivaldría, en definitiva, a la sustitución del órgano administrativo competente por un órgano judicial, excediendo por ello del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, con invasión de la esfera de las competencias y atribuciones de la Administración.

Asimismo, no hay que perder de vista que el artículo 136 de la LJCA establece que la medida cautelar que se solicite habrá de adoptarse cuando se trate de los supuestos comprendidos en los artículos 29 y 30 del mismo cuerpo legal. Esto es, en los casos de inactividad y vía de hecho, los términos se invierten y la medida cautelar solicitada se adoptará «salvo que se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en dichos artículos o la medida ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero». En lo que aquí interesa y sin necesidad de volver a la ponderación de los intereses, lo que advierte el precepto es que la inactividad o la vía de hecho deben darse de forma manifiesta, sin dudas, pues, sobre la propia existencia de aquellas figuras (sirva de ejemplo la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de diciembre de 2019, recurso n.º 813/2019, que rechaza la medida cautelar presentada por no estar en presencia de una inactividad, sino de un silencio).

Además, se contempla en el mismo artículo 136 de la LJCA que las medidas podrán solicitarse antes incluso de la interposición del recurso, tramitándose conforme al régimen de las conocidas como medidas cautelarisimas que recoge el artículo 135 de la LJCA.

En relación con esta tutela cautelarísima *inaudita parte*, sin audiencia de la Administración, destacar que para que pueda solicitarse es necesario que concurren circunstancias de especial urgencia que impliquen que, ante la inminente ejecución del acto administrativo, de seguirse la tramitación ordinaria del incidente, la adopción de la medida cautelar resultaría ineficaz. Lo resume con precisión el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 10 de junio de 2021, recurso n.º 854/2021.

Ahora bien, esa especial urgencia no puede derivarse de la acción o de la inacción de la parte a la hora de interponer el recurso o solicitar la medida cautelar, pues entonces con ello sería suficiente para que la medida hubiera de resolverse, siquiera sea de forma provisional, sin participación de la parte contraria (entre otros, Auto del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2019, recurso n.º 385/2019).

En caso de que el órgano judicial acceda a la petición de medida cautelarísima, se dará audiencia por plazo de tres días a la Administración demandada o bien se



convocará a las partes a una comparecencia, y se resolverá finalmente el levantamiento, mantenimiento, o modificación de la medida adoptada; en caso de que el órgano judicial no acceda a la petición de medida cautelarísima, por no apreciarse la especial urgencia, se ordenará la tramitación ordinaria del incidente cautelar.

Conviene añadir finalmente dos cuestiones que consideramos de interés para todo el régimen de la justicia cautelar.

Por una parte, que *«donde ha de solicitarse y, en su caso, obtenerse, la tutela cautelar»*, es *«ante el órgano jurisdiccional que conoció del proceso en la instancia»*, tal y como recuerda el Auto del Tribunal Supremo de 30 de julio de 2020, recurso n.º 2118/2020. Y es que, como explica el Alto Tribunal, no hay que confundir el hecho de que las medidas cautelares se puedan solicitar en cualquier estado del proceso, con el concreto órgano judicial competente para su adopción.

Por otra parte, que *«no puede identificarse el ámbito objetivo del recurso contencioso administrativo con el tipo y alcance de las medidas cautelares, pues estas pueden y deben ser todas aquellas que impidan que se frustre la finalidad del recurso contencioso administrativo. Dicho de otro modo, no cabe limitar la medida cautelar de suspensión única y exclusivamente al acto impugnado en el proceso»*, como ha precisado la Sentencia del Tribunal Supremo 9 de diciembre de 2020, recurso n.º 7831/2018.

3. Medidas cautelares durante la crisis del COVID-19

I. Con la aparición del Coronavirus SARS-CoV-2 se ha producido la interposición de gran cantidad de recursos contencioso-administrativos que han versado sobre la materia. Así se han impugnado, desde la propia declaración del estado de alarma (aunque el Tribunal Supremo ha inadmitido los recursos deducidos contra los Reales Decretos que declararon el estado de alarma y sus dos prórrogas posteriores por carecer de jurisdicción para su enjuiciamiento, al corresponder esta al Tribunal Constitucional), hasta las medidas sanitarias generales adoptadas para toda la población o la falta de ellas, el catálogo de los centros, servicios o establecimientos esenciales, las actividades que se han permitido realizar durante las diferentes fases de la pandemia o las sanciones derivadas del incumplimiento de toda la normativa existente al respecto. En este contexto ha adquirido gran importancia la pieza separada de suspensión, centrándonos en este punto en el examen de las medidas cautelares solicitadas en los recursos contencioso-administrativos que se han interpuesto contra las medidas sanitarias adoptadas con carácter general.

La importancia a la que hacíamos referencia, que en un principio reside en el propio derecho a la tutela judicial efectiva por la potencial pérdida de finalidad legítima del recurso, se ha revelado más trascendente, si cabe, en los casos relacionados con el COVID-19.

En primer lugar, porque en una situación como la vivida, en la que ha tenido lugar un desarrollo normativo tan frenético como insólito —en el que han confluído tanto las carencias de la legislación ordinaria, puestas de relieve por la gravedad de la crisis sanitaria, como el complejo reparto competencial derivado de nuestro sistema autonómico—, podemos aventurarnos a sostener que en no pocas ocasiones, el éxito del recurso contencioso-administrativo pasaba por obtener una pretensión favorable en la pieza de medidas cautelares, convirtiéndose la solicitud de la medida, la oposición a la misma y la decisión del órgano judicial, en la auténtica clave del proceso.

En efecto, la inusitada profusión normativa, motivada en la necesidad de ir adaptando, prácticamente con periodicidad semanal o mensual, tanto los comportamientos y prácticas individuales o colectivas, como las actividades económicas, laborales, productivas o asistenciales a la evolución de la situación epidemiológica, ha determinado que muchas de las medidas adoptadas con carácter general no nacieran con vocación de permanencia en el tiempo, limitándose a desplegar su eficacia durante cortos periodos temporales, al tener que ser rápidamente sustituidas por nuevas medidas que las Administraciones sanitarias adoptaban en función de dicha evolución. Y es que como dispuso el propio Tribunal Supremo en su Auto de 16 de junio de 2020, recurso n.º 99/2020, *«Las normas de protección sanitaria contra la infección del coronavirus 2019 y para prevenir su contagio son evolutivas y cambiantes como la propia enfermedad»*.

Y es en esta tesitura cuando la pieza de medidas cautelares abierta en los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra estas decisiones adoptó una trascendencia esencial, al producirse la paradoja de no resultar la tutela dispensada por una sentencia sobre el fondo del asunto tan decisiva y expeditiva como la derivada de una resolución favorable en la medida cautelar. No solo porque en el momento de dictarse sentencia la situación pandémica pueda haber variado o finalizado hasta el punto de que la resolución sobre el fondo carezca de virtualidad práctica, sino porque precisamente a causa de la variabilidad y el carácter cambiante de las medidas, buena parte de los recursos contencioso-administrativos que se han interpuesto contra ellas han finalizado por carencia sobrevenida de su objeto.

Expondremos más adelante algunos casos de esa carencia sobrevenida de objeto del procedimiento, queriendo hacer un breve inciso para recordar que esa carencia



sobrevenida de objeto y la procedencia de archivo del recurso, como uno de los modos de terminación del proceso contencioso-administrativo no previsto específicamente en los artículos 74, 75 y 76 de la LJCA, se contempla en el artículo 22 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), de aplicación supletoria a la jurisdicción contencioso-administrativa en virtud de la disposición final primera de la LJCA. La LEC atempera el rigor del principio de *perpetuatio iurisdictionis* porque contempla que las circunstancias sobrevenidas tengan incidencia en el proceso cuando la innovación priva de interés legítimo a las pretensiones formuladas «por haber sido satisfechas extraprocesalmente o por cualquier otra causa» (ex artículo 413 de la LEC en relación con el citado artículo 22).

Cabe recordar asimismo, que la jurisdicción contencioso-administrativa no está para prevenir agravios futuros o hacer declaraciones doctrinales, sino para tutelar intereses actuales, ciertos y concretos, por ser su finalidad específica restablecer el orden jurídico perturbado (en este sentido puede citarse la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 2014, recurso n.º 2541/2011).

Es decir, y volviendo al hilo principal, ha sido la evolución de la pandemia la que ha privado de validez a buena parte de las disposiciones generales o actos administrativos inicialmente recurridos, al haber sido derogadas o sustituidos por otros, o incluso al haber perdido su validez por el simple transcurso del tiempo para el que se adoptaron, convirtiendo así a la pieza de medidas cautelares y su resolución en la auténtica clave del procedimiento.

Dicho esto, que ha sido un resultado colateral de la ingente cantidad de normas que se han dictado para hacer frente a la situación, lo cierto es que el régimen de adopción de las medidas cautelares se ha mantenido en los términos generales ya analizados en el apartado anterior, si bien, en la mayoría de los casos, el elemento esencial se ha desplazado a la ponderación de intereses, con especial consideración a que las medidas sanitarias y las limitaciones impuestas derivaban de disposiciones de carácter general, que como hemos visto, exigen un análisis más riguroso si cabe.

II. Una vez expuesta la importancia que ha adquirido la pieza separada de suspensión con ocasión de la aparición de la pandemia, vamos a descender al análisis de algunos casos concretos para ver cómo han actuado los órganos judiciales.

Dado el considerable volumen de asuntos, es absolutamente imposible examinar todos y cada uno de los pronunciamientos que se han producido para todas y cada una de las medidas adoptadas. Profundizaremos, así, en los que, quizás, han sido los temas más conocidos a nivel general. De la misma forma, nos centraremos única-

mente en los pronunciamientos del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y del Tribunal Supremo.

Lo primero que interesa destacar es que las decisiones adoptadas por los Tribunales han perseguido el objetivo esencial de proteger la salud. Ante la acusada incertidumbre generada por la pandemia (especialmente al inicio de la misma) y la dificultad para ponderar jurídicamente medidas sustentadas en datos sanitarios que trascienden de los conocimientos jurídicos que ordinariamente se manejan, los órganos judiciales siguieron esa línea principal, que merece, sin duda, los calificativos de correcta, sensata y adecuada.

Dicho esto, la evolución posterior de las circunstancias con el relajamiento de las restricciones, unida a la dificultad de explicar con solvencia y coherencia muchas de las medidas adoptadas, hizo que esa pétrea postura inicial fuera admitiendo matizaciones.

A nadie se le escapa que si se acuerda el cierre temporal de un sector de la actividad (por ejemplo, de la hostelería), la tramitación ordinaria del recurso puede determinar situaciones irreversibles, puesto que la imposibilidad de mantener los establecimientos abiertos al público en el ejercicio de la actividad implica para el sector cuantiosas pérdidas económicas.

Ahora bien, lo anterior, siendo cierto, requería indiscutiblemente de la ponderación de intereses, inclinándose los Tribunales por dar preponderancia a la protección de la salud pública. Lo resume perfectamente el Auto del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2021, recurso n.º 25/2021, cuando dice:

«Esa misma línea siguió el Tribunal Constitucional al denegar un amparo frente a la prohibición de una manifestación sindical en el ATS 40/2020, de 30 de abril, apartado 4, inciso ii):

“En el supuesto que nos ocupa, la limitación de ejercicio del derecho tiene una finalidad que no solo ha de reputarse legítima, sino que además tiene cobertura constitucional bastante en los arts. 15 CE (garantía de la integridad física de las personas) y 43 CE (protección de la salud), ambos tan intensamente conectados que es difícil imaginarlos por separado, máxime en las actuales circunstancias... En el estado actual de la investigación científica, cuyos avances son cambiantes con la evolución de los días, incluso de las horas, no es posible tener ninguna certeza sobre las formas de contagio, ni sobre el impacto real de la propagación del virus, así como no existen certezas científicas sobre las conse-



cuencias a medio y largo plazo para la salud de las personas que se han visto afectadas en mayor o menor medida por este virus. Ante esta incertidumbre tan acentuada y difícil de calibrar desde parámetros jurídicos que acostumbran a basarse en la seguridad jurídica que recoge el art. 9.3 de la Constitución, las medidas de distanciamiento social, confinamiento domiciliario y limitación extrema de los contactos y actividades grupales, son las únicas que se han adverdado eficaces para limitar los efectos de una pandemia de dimensiones desconocidas hasta la fecha. Desconocidas y, desde luego, imprevisibles cuando el legislador articuló la declaración de los estados excepcionales en el año 1981”».

Desde la óptica del defensor de la Administración, nuestra postura ha venido guiada por la misma convicción. Como individuos que igualmente hemos padecido las restricciones y siendo perfectamente conocedores de la realidad que nos rodeaba, la protección del mayor número de población era el objetivo a alcanzar. La novedad de los asuntos, unida a la repercusión mediática de los mismos y a la posibilidad de que comportamientos no deseados se extendieran, nos hicieron extremar las precauciones en la tramitación de todos estos casos. Piénsese, por ejemplo, no ya en la suspensión de una Orden que restringiera la movilidad (carece de mayores explicaciones la trascendencia de un pronunciamiento así a todos los niveles), sino incluso en peticiones individuales que, en caso de estimarse, podían extenderse y suponer en última instancia una propagación de los contagios (se nos ocurren las peticiones de personas que querían circular libremente o las cursadas en los centros escolares de padres solicitando que sus hijos, en principio sanos, no acudieran con mascarilla).

En definitiva, en la ponderación de los intereses en conflicto debía prevalecer el derecho a la salud colectiva. La protección de la salud y seguridad de los ciudadanos es la finalidad común de todas Administraciones, debiendo las medidas respetar, eso sí, los derechos fundamentales garantizados en la Constitución.

III. Esta protección de la salud se atisba claramente en los pronunciamientos del Tribunal Supremo en relación con medidas cautelares instadas en los albores de la crisis sanitaria. Las primeras solicitudes que se dirigieron a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa en este momento, en que las restricciones de movilidad se derivaron del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, y respecto de cuyo enjuiciamiento el Tribunal Supremo se declaró incompetente, fueron las de carácter positivo.

Debe hacerse un breve inciso para recordar, como apuntamos al principio, que el Tribunal Supremo resolvió rechazar las medidas cautelares solicitadas en recursos

interpuestos contra la propia declaración del estado de alarma y sus prórrogas, al carecer de jurisdicción. Declaró el Alto Tribunal que tras darse cuenta del Real Decreto y sus prórrogas al Congreso, este instrumento adquiere el valor normativo equiparable, por su contenido y efectos, al de las leyes y normas con fuerza de Ley, correspondiendo la competencia para su enjuiciamiento al Tribunal Constitucional. Pueden citarse en este punto, entre otros, el Auto del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2020, recurso n.º 90/2020, que rechaza la petición de medidas cautelares, declarándose finalmente la inadmisión del recurso contencioso-administrativo por la citada falta de jurisdicción por Auto de 12 de mayo de 2020. Se siguió así en línea con las decisiones adoptadas en el pasado en relación al estado de alarma declarado con ocasión del asunto de los controladores aéreos (Auto del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2011, recurso n.º 553/2010; o Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de abril de 2016, recurso n.º 4703/2012).

Volviendo a la solicitud de las medidas cautelares de carácter positivo, puede aludirse de forma fundamental al Auto del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2020, recurso n.º 91/2020.

En este caso, un sindicato médico interpuso recurso contencioso-administrativo contra la inactividad del Ministerio de Sanidad en lo referente al incumplimiento del artículo 12.4 del citado Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, según el cual *«Estas medidas también garantizarán la posibilidad de determinar la mejor distribución en el territorio de todos los medios técnicos y personales, de acuerdo con las necesidades que se pongan de manifiesto en la gestión de esta crisis sanitaria»*. En definitiva, se solicitaba la provisión de material de protección (batas impermeables, mascarillas, gafas de protección, calzas específicas y contenedores de residuos).

El Alto Tribunal, guiado por *«la preservación de los derechos a la integridad física y a la salud de los profesionales sanitarios»*, y concluyendo que no ha alcanzado plena efectividad la distribución de los medios de protección, accede a la petición de justicia cautelar. La solución alcanzada es interesante por dos motivos.

En primer lugar, porque no se atisba la concurrencia de los requisitos de la inactividad necesarios para acceder a la petición, tal y como sostenían la Abogacía del Estado y el Ministerio Fiscal, y que hemos tenido oportunidad de exponer al principio. De hecho, la Sala ni siquiera entra en un examen de la cuestión, cuando en cualquier otro asunto y momento se hubiera revelado como esencial.

Y, en segundo lugar, destaca el Auto en la medida en que ni siquiera se accede a la petición deducida en los términos interesados por el sindicato médico. En efec-



to, si bien se instaba la provisión de material *«con carácter urgente e inmediato»*, la Sala resolvió *«Requerir al Ministerio de Sanidad la adopción de todas las medidas a su alcance para que tenga lugar efectivamente la mejor distribución de los medios de protección de los profesionales sanitarios»*. La decisión no pasa así de ser una mera declaración de intenciones, quizás consciente el Tribunal de las dificultades existentes en las fases iniciales de la crisis para conseguir cualquier tipo de material de protección. El Tribunal Supremo culmina además requiriendo al Ministerio de Sanidad para que proporcione a la Sala información quincenal de las concretas medidas adoptadas a tal fin, con indicación de los medios de protección puestos a disposición de los profesionales sanitarios y su distribución efectiva.

Si bien hemos visto que no cabe limitar la medida cautelar de suspensión única y exclusivamente al acto impugnado en el proceso, lo cierto es que el Auto tampoco resolvió dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes, tal y como exige el artículo 33.1 de la LJCA.

Algo semejante se produjo en la Comunidad de Madrid con el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 21 de abril de 2020, recurso n.º 428/2020.

La petición, instada por un Ayuntamiento respecto de las residencias de mayores ubicadas en su término municipal, se articuló igualmente contra la inactividad de la Consejería de Sanidad solicitando *«medidas que garanticen la protección de la salud en las residencias de mayores (dotación de personal sanitario, test de diagnóstico y material de protección; medidas de ubicación y aislamiento de pacientes; y de limpieza de los centros»*, acordando la Sala, al apreciar la inexistencia de personal sanitario suficiente para hacer frente a la situación, *«la medida cautelar urgente consistente en que por la Comunidad de Madrid, a través de la Consejería de Sanidad, se dote de manera inmediata a las residencias de mayores del municipio de Leganés, de personal sanitario necesario, así como de las medidas y los medios materiales precisos para llevar a cabo pruebas diagnósticas y cumplir lo previsto en la Orden SND/265/2020, de 19 de marzo, de adopción de medidas relativas a las residencias de personas mayores y centros socio-sanitarios, ante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19»*.

Como apuntábamos, el caso es semejante al resuelto por el Tribunal Supremo dado que, a nuestro juicio, no concurrían los requisitos necesarios para apreciar la existencia de una inactividad, puesto que la normativa utilizada por el recurrente (Orden SND/265/2020, de 19 de marzo, de adopción de medidas relativas a las residencias de personas mayores y centros socio-sanitarios, ante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19) no imponía una concreta y determinada obli-

gación, en los términos que viene exigiendo la jurisprudencia. La reclamación contra una inactividad no es el cauce adecuado para valorar sobre la forma en que se ha desarrollado una actuación administrativa, sino que, partiendo de una obligación indubitada y delimitada (*«a realizar una prestación concreta»* dice el artículo 29 de la LJCA), el recurso se debe ceñir a considerar si, ante su incumplimiento, procede la condena a tal prestación.

A lo anterior hay que añadir lo que parece una clara falta de legitimación del Ayuntamiento, puesto que no es receptor de los medios que reclama, sin relación alguna con los residentes o trabajadores de los centros. De hecho, ni siquiera es titular de las residencias. Este razonamiento se refuerza si consideramos que el recurso se interpone por el cauce de la inactividad, que como señalábamos tiene por objeto reclamar el cumplimiento de una obligación *«a quienes tuvieran derecho a ella»* de acuerdo con el repetido artículo 29 de la Ley rituarial. Luego, por lógica, se ha de ser acreedor de esa obligación para ostentar legitimación, legitimación activa que en el orden contencioso-administrativo viene determinada por la invocación en el proceso de la titularidad de un derecho o interés legítimo que suponga una relación entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de manera que la estimación del recurso produzca un beneficio o la eliminación de un perjuicio. El Ayuntamiento se irroga de esta manera una tutela ajena, una acción pública, pero su posición institucional, derivada del reconocimiento de la autonomía municipal, no eleva a ninguna Administración al grado de tutor de la legalidad, ni a fiscalizador de las demás Administraciones.

El Auto acordando las medidas cautelarísimas fue confirmado por Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de abril de 2020, y si bien la Sala detalla prolijamente el marco normativo aplicable, hace suya la solución propuesta por el Tribunal Supremo respecto del sindicato médico, no entrando a analizar con precisión la posible falta de concurrencia de los requisitos de la inactividad.

Debe añadirse finalmente que la misma dinámica fue seguida por la Sala respecto de una petición idéntica deducida por otro Ayuntamiento en el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de abril de 2020, recurso n.º 434/2020, confirmado por Auto de 6 de mayo.

IV. Decretado el levantamiento del primer estado de alarma tras sucesivas prórrogas, se produjo un nuevo escenario que tuvo por base el Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de julio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, norma emitida durante el llamado proceso de desescalada en el que, como es sabido, se



reguló una moderación gradual de las medidas acordadas por la declaración del estado de alarma.

Esta norma se justificaba ante el previsible levantamiento de las restricciones, que devolvía a las Comunidades Autónomas su estatus de competencias en materia sanitaria, y que era necesario compaginar con el establecimiento de un marco de medidas que garantizaran el control de la situación epidemiológica.

En el ámbito de la Comunidad de Madrid se dictó la Orden 668/2020, de la Consejería de Sanidad, por la que se establecen medidas preventivas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 una vez finalizada la prórroga del estado de alarma establecida por el Real Decreto 555/2020, de 5 de junio, la cual experimentó innumerables modificaciones, con frecuencia prácticamente semanal, en respuesta a la evolución de la situación epidemiológica. Muchos de los preceptos de esta Orden o de sus sucesivas modificaciones fueron objeto de impugnación, así como de solicitudes de suspensión a través de las medidas cautelares, precisamente porque con la finalidad de contener el avance de la enfermedad, esta normativa estableció obligaciones y restricciones en multitud de ámbitos, que resultaron sumamente controvertidas y que dieron lugar a una intensa litigiosidad.

Los asuntos de más trascendencia en este punto fueron la obligatoriedad del uso de mascarillas, las restricciones de movilidad y las limitaciones horarias y de aforo, que se pasan a examinar.

En cuanto a las medidas cautelares en que se solicitaba la suspensión de la obligatoriedad del uso de mascarillas, puede aludirse al Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de noviembre de 2020, recurso n.º 1039/2020. En el recurso se impugnaban los preceptos de las Órdenes 920/2020, 961/2020, 997/2020, 1035/2020, y 1047/2020, que modificaban la Orden 668/2020, de 19 de junio de 2020, de la Consejería de Sanidad, arriba referida. Concretamente se solicitaba la suspensión de la ejecución de todos los preceptos en los que se determinaban los lugares, espacios, establecimientos, locales, actividades y criterios bajo los cuales se establecía la obligatoriedad de las personas de usar mascarillas. El actor fundamentaba la necesidad de adoptar la medida cautelar en el carácter irreparable del daño que con esta imposición se iba a provocar, al considerar que el uso continuado y prolongado de las mascarillas ponía en riesgo la salud física y psíquica de la población sana y que era una medida respecto de la cual no concurría el deber jurídico de soportar, invocando también el *fumus boni iuris*, al considerar que las Órdenes impugnadas vulneraban, entre otros, el principio de jerarquía, las normas del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, y los derechos fundamentales y libertades públicas.

La Sala denegó la medida cautelar. Consideró imposible atender a las alegaciones sobre el fondo dado su *«carácter de incidente de cognición limitada»*, entendiendo que no concurrían los supuestos tasados en los que procedía la aplicación del *fumus boni iuris*, aludiendo a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2016, recurso n.º 3714/2015, según la cual *«la doctrina de la apariencia de buen derecho, tan difundida, cuan necesitada de prudente aplicación, debe ser tomada en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general, declarada previamente nula de pleno derecho o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro ya anulado jurisdiccionalmente, pero no [...] al predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión, pues, de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a la efectiva tutela judicial, se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito»*.

Asimismo, señaló en el Auto que, si bien es cierto que en la invocación de los daños el solicitante puede y debe aportar un principio de prueba del carácter irreparable del daño que la no adopción de la medida comportaría, su consideración forma parte de la labor de ponderación en conjunto de los intereses concurrentes, centrandolo la denegación en la necesidad de otorgar prevalencia al interés general incardinado en la protección de la salud pública. En este particular, la Sala parte de que las situaciones de contacto social suponen un riesgo para la salud pública, haciendo suyos los razonamientos del Alto Tribunal contenidos en el Auto de 17 de junio de 2020, recurso n.º 104/2020, en el que se solicitaba la suspensión de una Orden del Ministerio de Sanidad por la que se autorizaba la utilización de biocidas en las labores de desinfección para hacer frente a la crisis sanitaria, entendiendo que *«la afectación que la medida cautelar de suspensión representaría para el interés público que se trata de proteger es de una entidad indudablemente mayor que la de los intereses que invocan los recurrentes»*. Igualmente, refuerza la labor de ponderación en el grave perjuicio que representa para el interés público el hecho de que se suspenda la ejecución de una disposición general, por encontrarse este implícito en su naturaleza y pretenderse exceptuar su plena vigencia, integración en el ordenamiento jurídico, su eficacia general y su obligado cumplimiento para todos los afectados.

Por otro lado, también puede aludirse al Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de junio de 2021, recurso n.º 799/2021. En este caso, la Sala denegó la suspensión cautelar de la aplicación de la Orden 2162/2020, de 14 de septiembre, de la Consejería de Educación y Juventud de la Comunidad de Madrid, por la



que se establecían medidas que habían de adoptar los centros docentes de la Comunidad de Madrid en relación con la crisis sanitaria en el concreto particular relativo al uso de mascarillas, así como la medida cautelar positiva consistente en que se autorizara al hijo del recurrente para entrar y salir sin mascarilla en el centro escolar en cuanto se dictara sentencia sobre el fondo de la cuestión.

El rechazo de la medida cautelar solicitada se fundamentó en dos razones. En primer lugar, porque el solicitante obvió la carga que sobre él concurría, de acreditar debidamente cuáles eran los daños y perjuicios de difícil o imposible reparación que la ejecución de la resolución impugnada provocaba, al limitarse *«a hacer una alegación apodíctica y genérica, debiendo calificar de tal, aquella por la que se limita a afirmar, sin argumento justificativo alguno, que el uso obligatorio de mascarilla pone en grave riesgo la salud física y psíquica de sus hijos. Lo cual nos lleva a concluir que, habiendo incumplido tal deber, no ha quedado acreditado el requisito de periculum in mora, en el sentido que estamos analizando. Y todo ello, sin perjuicio de recordar que el régimen jurídico sobre el particular, prevé la posibilidad de acordar una dispensa del uso de mascarilla, en casos concretos, sin que conste que los hijos del recurrente se encuentren en alguno de tales supuestos, cuestión que, ni tan siquiera, ha sido alegada por la parte»*. Y en segundo lugar, y a mayor abundamiento, por la necesidad de primar el interés general y de terceros que representa la protección de la salud pública que perseguía la medida discutida, adoptada para hacer frente al avance de la enfermedad. En este sentido, el Auto concluye sin ambages que *«acceder a las peticiones cautelares, afectaría al conjunto de medidas sanitarias acordadas por la autoridad sanitaria y perturbaría de forma indiscutible y grave, la estrategia preventiva diseñada para combatir, en el estado actual de conocimiento científico, la transmisión comunitaria del virus SARS-CoV-2»*.

La protección de la salud como elemento esencial a la hora de resolver sobre las medidas cautelares en esta materia, ha sido también corroborada por el Tribunal Supremo como argumento de fondo a la hora de desestimar los recursos en los que se debatía el uso obligatorio de las mascarillas. Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2020, recurso n.º 140/2020, se dispuso que *«La salud de los ciudadanos es un elemento esencial del interés general que deben atender los poderes públicos. En una indiscutible situación de pandemia como la generada por el virus COVID-19 que, notoriamente, no se circunscribe al territorio español, resulta evidente que debe prevalecer el interés general sobre el individual, esto es el derecho a la vida de la mayoría de los ciudadanos sobre la pretensión individual aquí ejercitada de contraer el virus para adquirir inmunidad»* y que *“resulta patente que la intervención estatal en la libertad individual en el ámbito de la integridad personal física y moral mediante el uso de la mascarilla resulta proporcionada a los fines buscados: la*

protección de la salud de los ciudadanos considerados en su globalidad, así como una protección terapéutica no especialmente invasiva.

Debe prevalecer el objetivo constitucional de protección de la salud de todos, art. 43 CE que comprende la integridad física y moral. Se reputa legítima la disposición ordenando el uso de mascarilla en razón de que, en el actual estado de conocimiento de propagación del virus COVID-19, es necesaria y proporcionada para alcanzar el fin de interés general de protección de la salud, al constituir una medida que puede contener la progresión de la pandemia».

En el mismo sentido se pronunció la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2020, recurso n.º 128/2020, debiendo destacarse en lo concerniente a las medidas cautelares, que en el seno de este último procedimiento se solicitó la suspensión cautelarísima de la Orden impugnada, que fue denegada al no concurrir las circunstancias de especial urgencia para resolver la medida *inaudita parte*, acordándose la apertura ordinaria de la correspondiente pieza de medidas cautelares. No obstante, el Tribunal Supremo no adoptó una decisión sobre la concurrencia de los requisitos de la tutela cautelar en esta materia, al haber manifestado la solicitante que en el caso de no adoptarse la medida cautelar de forma *inaudita*, desistía de la tramitación ordinaria de la misma, declarándose por ello finalizado el incidente de medidas cautelares por desistimiento del recurrente en Auto de 10 de junio de 2020. Puede apreciarse con este proceder que, en no pocas ocasiones durante la pandemia, el interés de los recurrentes radicaba en obtener, a través de las medidas cautelares, la suspensión inmediata de las medidas sanitarias generales que consideraban lesivas o invasivas de sus derechos individuales.

Finalmente, no puede dejar de advertirse que en algunos de los recursos interpuestos contra las Órdenes autonómicas que establecían la obligatoriedad del uso de las mascarillas, se vuelve a apreciar con claridad la carencia sobrevenida de objeto de la que ya se ha hablado en repetidas ocasiones a lo largo de esta disertación. Así ha ocurrido en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de junio de 2021, recurso n.º 1538/2020, en el que se recurría la obligatoriedad del uso de mascarillas determinado en la Orden 920/2020, de 28 de julio, por la que se modificaba la Orden 668/2020, de 19 de junio, y a las que ya hemos hecho referencia.

La carencia sobrevenida del objeto se produjo porque las Órdenes recurridas fueron sustituidas por otras posteriores, no recurridas de contrario en ningún momento. Y porque se produjo la entrada en vigor de la Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis



sanitaria ocasionada por el COVID-19, cuyo artículo 6 consagró la obligatoriedad del uso de las mascarillas en términos idénticos a la normativa madrileña.

En ese marco, la Sentencia resuelve la inadmisión del recurso, advirtiendo que:

«Lo que la parte recurrente debería haber hecho, con buena técnica procesal, era ampliar el recurso ya interpuesto (art. 36 de la Ley Jurisdiccional) a la norma posterior derogatoria de la inicialmente impugnada, o bien interponer directamente un nuevo y distinto recurso contra esa norma posterior una vez que la misma fue publicada, lo que no consta que se haya hecho; pero lo que no puede hacer ni debe esperar es que la Sala ignore la derogación de la norma impugnada y que a pesar de esa derogación resuelva la impugnación de fondo sostenida por la actora, so pretexto de que la norma recurrida, ya desaparecida del Ordenamiento Jurídico por su derogación persiste en una norma posterior, cuando esta última es una norma sobre la que no ha girado la controversia. Podría haber sido así si la parte actora hubiera extendido su impugnación a la misma por el cauce del precitado artículo 36 o por otros medios que incorporaran la norma derogatoria al litigio, pero pretende ahora la acumulación al recurso tramitado bajo el número 344/2012 obviando lo anterior, lo que resulta claramente improcedente.

Así las cosas, no se puede pretender un enjuiciamiento hipotético de las distintas Órdenes inicialmente impugnadas, que deviene en meramente teórico y carente de utilidad práctica, pues aun cuando se estimase este recurso y se anulasen las modificaciones operadas en la inicial Orden 668/2020, de 19 de junio, dichas anulaciones no producirían efectos al no resultar ya aplicables.»

Respecto las medidas cautelares en materia de restricciones de movilidad, puede aludirse al Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 4 de noviembre de 2020, recurso n.º 1291/2020.

El objeto del recurso contencioso-administrativo eran las Órdenes de la Consejería de Sanidad de 18 de septiembre y de 1 de octubre de 2020, por las que se adoptaban medidas específicas temporales y excepcionales por razón de seguridad pública para la contención del COVID 19 en núcleos de población correspondientes a determinadas zonas básicas de salud, consistiendo básicamente estas medidas en restringir la entrada y salida de personas en una serie de ámbitos territoriales, salvo desplazamientos adecuadamente justificados, y en establecer restricciones de aforo en lugares de culto. En el seno de este recurso se solicitó la medida cautelar consistente en la suspensión de vigencia de las Órdenes, y subsidiariamente que se otor-

gara una medida cautelar positiva consistente en el reconocimiento del derecho del recurrente a circular libremente por todo el territorio nacional y a reunirse con familiares y amigos sin limitación.

No es discutible que las Órdenes impugnadas produjeron una incidencia en el ámbito del derecho fundamental de libertad de circulación, muestra de lo cual fue la necesidad de que la Comunidad de Madrid sometiera a ratificación judicial las medidas contenidas en ellas que afectaban a los derechos fundamentales¹. El reclamante justificaba su solicitud de medida cautelar en que la ejecución de las Órdenes creaba situaciones irreversibles en el ejercicio de dichos derechos fundamentales tanto al solicitante como a otros muchos ciudadanos, y en el *fumus boni iuris* derivado de la falta de competencia de la Comunidad de Madrid para limitar derechos fundamentales, de la falta de amparo de la previa declaración de estado excepcional y de la falta de justificación de la necesidad de las medidas.

Ahora bien, lo que tampoco resulta discutible es que en la ejecución de las Órdenes recurridas, al tener la consideración de disposiciones generales, quedaba especialmente comprometido el interés general, disponiendo el Auto por el que se resolvió la medida cautelar que respecto del mismo *«la parte actora no ha expuesto ninguna circunstancia en concreto de la que se derive una necesidad o un deseo, no meramente hipotético, por ejercitar el derecho fundamental a la libre circulación, precisamente, entrando en el municipio de Madrid, o su derecho de reunión, precisamente para reunirse con más de seis personas»*.

A su vez, pese a considerar justificado el *periculum in mora*, la Sala entendió que las alegaciones basadas en el *fumus boni iuris* no eran suficientes para justificar la adopción de la medida cautelar por no ser la nulidad alegada manifiesta ni patente, ni aparecer la ulterior estimación del recurso de forma ostensible.

Dicho esto, además de los tres tradicionales requisitos de la pieza cautelar, se consideraron por la Sala otras dos circunstancias particulares, derivadas de la incesante promulgación de normas experimentada durante la pandemia, que le condujeron a denegar la medida solicitada. La primera es la carencia sobrevenida de objeto de la medida, al haber perdido vigencia las normas impugnadas, puesto que estas habían nacido por un periodo temporal de catorce días naturales, que ya había expirado cuando la Sala resolvió la solicitud. Y la segunda es la imposibilidad de con-

¹ Sobre la ratificación judicial de las medidas sanitarias puede consultarse el artículo de esta obra al respecto, elaborado por los Letrados de la Comunidad de Madrid Fernando Muñoz Ezquerro y María Mercedes Rus Moreno.



ceder al recurrente la medida cautelar positiva consistente en permitírsele circular libremente por el territorio nacional y reunirse con quien desee, puesto que en tal caso se le concedería una dispensa para incumplir las limitaciones a la libre circulación de personas, a la entrada y salida de las Comunidades Autónomas, a la permanencia de grupos de personas en espacios públicos y a la permanencia de personas en lugares de culto impuesta por una normativa dictada con posterioridad a la interposición de recurso, que no era objeto del mismo, y para cuyo enjuiciamiento la Sala no era competente. Normativa que básicamente estaba constituida por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, que declaró el estado de alarma, el Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, que lo prorrogó y los Decretos que como autoridad delegada del Gobierno, dictó la Presidenta de la Comunidad de Madrid.

Que en asuntos como el analizado la pieza de medidas cautelares era el *quid* del procedimiento, por ser la tutela solicitada a través de la misma, consistente en la suspensión de la aplicación de medidas generales de derechos que nacían para un periodo de tiempo limitado, la genuinamente pretendida por el solicitante, se pone de manifiesto en el hecho de que, tras dictarse el Auto denegatorio de la medida cautelar, el recurrente desistió del procedimiento.

Por lo demás y en relación con las restricciones de movilidad, ha de tenerse presente que el Tribunal Supremo ya se había pronunciado en relación con los desplazamientos de la población infantil durante la situación de crisis sanitaria por Auto de 19 de mayo de 2020, recurso n.º 99/2020. En primer lugar, el Auto aborda los problemas derivados de la sucesiva promulgación de normas que imponen limitaciones en los desplazamientos, si bien desde una perspectiva contraria a la vista en la resolución anterior. Y es que, en este caso, la norma que se impugnaba y cuya suspensión se solicitaba, resultaba menos restrictiva del derecho a desplazarse de los menores de 14 años que su predecesora, al establecer una ampliación del derecho de los niños a dar paseos durante el estado de alarma que quedaría sin efectos si se accediese a la medida cautelar. Según el Tribunal Supremo es justificable denegar la solicitud de suspensión si esta va en perjuicio del actor, como en este caso, en que la adopción de la medida cautelar paradójicamente empeoraría la situación del solicitante de la misma.

Amén de lo anterior, el Tribunal Supremo analiza las concretas quejas del reclamante sobre las condiciones que la Orden establece para los desplazamientos de los menores, rechazándolas por un motivo de fondo, cual es la falta de legitimación del solicitante a quien, como padre de una sola hija de 9 años, no le afectaba que quedasen excluidos del ámbito de aplicación de la resolución impugnada los menores de 14 a 18 años, ni los límites máximos de las personas que podían realizar paseos diarios (un adulto responsable y tres niños o niñas).

Finalmente, y en cuanto a los tradicionales requisitos de las medidas cautelares, aun admitiendo la existencia del *periculum in mora*, el Auto consideró que la ponderación de los intereses concurrentes imponía la necesidad de denegar la medida cautelar, puesto que los derechos a la libre circulación y reunión debían ceder frente a otros derechos fundamentales superiores, como los derechos a la vida y a la integridad física, tanto del recurrente y de su hija como de terceros, que podrían verse afectados por el riesgo de contagio de la enfermedad si se concediera la medida cautelar positiva solicitada, consistente en que se le permitiera circular libremente con su hija menor, reunirse con sus amigos y desplazarse con ella a una segunda residencia.

En esa primacía del interés general inherente a la protección de la salud pública frente al particular del solicitante, volvió a insistir el Auto del Tribunal Supremo de 16 de junio de 2020, que desestimó el recurso de reposición que se interpuso contra el de 19 de mayo de 2020 que acabamos de analizar. Así, la Sala dispuso que *«en el momento de sopesar las consecuencias de la medida que se pide es necesario tener en cuenta el impacto que la misma tendría para todos los afectados, y no solo para el recurrente y su hija, porque no hay razones para acordar una medida singular que sería tolerancia singular improcedente frente a una norma sanitaria de alcance general»*. Y finalmente, frente a las objeciones del recurrente relativas a que tanto él como su hija son personas jóvenes, que no se consideran contagiadas y que no tienen inconveniente en someterse a pruebas PCR, la Sala confirmó los resultados de su tarea de ponderar los intereses concurrentes al concluir que el hecho de que la edad de los actores no sea elevada, no excluye la existencia de niños o personas jóvenes contagiadas y fallecidas a causa de la enfermedad, por lo que *«la apreciación de la Sala sobre el riesgo de contagio y de peligros para la integridad física y la vida son razonables y se confirman»*.

Interesa hacer dos precisiones en relación en este asunto a la vista de la Sentencia resolutoria de este recurso, de 10 de febrero de 2021. Así, el Tribunal Supremo desestimó el recurso por razones de fondo, sin tener incidencia ni la falta de legitimación del reclamante que, pese a ser una cuestión relativa al fondo del asunto se atisbó en el Auto de medidas cautelares, ni, a diferencia de lo que ha sucedido en otros recursos, la pérdida de vigencia de la Orden impugnada.

En efecto, en la Sentencia la Sala rechazó considerar que el recurrente careciera de legitimación porque *«en cuanto afectado directamente, como padre y representante legal de su hija menor de catorce años, por las medidas dispuestas por la Orden SND/370/2020 ha de reconocérsele el derecho a impugnarlas ante esta jurisdicción al igual que habría que reconocérselo a quienes se hallaren en su misma si-*



tuación». Y en cuanto a la pérdida de vigencia de la Orden impugnada y su incidencia sobre el recurso, el Alto Tribunal descartó que el proceso, en este caso enablado a través de los cauces del proceso de protección jurisdiccional de derechos fundamentales, pudiera terminar por carencia sobrevenida del objeto puesto que «La tutela de los derechos fundamentales puede exigir una sentencia declarativa de su vulneración si llegare a apreciarse su existencia, aunque ya no se estuviera produciendo».

Finalmente, haremos también referencia a las restricciones horarias y de aforo impuestas en algunos sectores de actividad, pudiendo traer a colación el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de septiembre de 2020, recurso n.º 1109/2020.

El objeto del recurso contencioso-administrativo eran las Órdenes de la Consejería de Sanidad por la que se establecían limitaciones horarias para el desarrollo de la actividad de hostelería y restauración y la suspensión de la actividad de los locales de discotecas y demás establecimientos de ocio nocturno. Distintas empresas del sector solicitaron medida cautelarísima pidiendo el restablecimiento del horario ordinario de apertura previsto en la Orden 1562/1998, de 23 de octubre, de la Consejería de Presidencia, por la que se establece el régimen relativo a los horarios de los locales de espectáculos públicos y actividades recreativas, así como de otros establecimientos abiertos al público. Además, se proponía por los recurrentes adaptar la figura del «Controlador de accesos a espectáculos públicos», regulada en la Comunidad de Madrid al amparo del Decreto 163/2008, de 29 de diciembre, del Consejo de Gobierno, por el que se regula la actividad de control de acceso a espectáculos públicos y actividades recreativas, pidiendo adecuarla a las necesidades de control sanitario y habilitándolos para llevar un registro de las personas que accediesen a los locales de ocio nocturno en el que se recogiese la fecha y hora, nombre y apellidos y un número de teléfono para facilitar su localización por las autoridades sanitarias en caso de que fuera necesario.

La Sala rechaza la solicitud, sin necesidad de entrar a valorar la alternativa manejada por los recurrentes (absolutamente inviable si tenemos en cuenta el carácter revisor de la jurisdicción), afirmando que *«sin desconocer que la realidad de todo orden impuesta por esta pandemia, tiene una innegable repercusión de índole económica que afecta a los sectores de hostelería, restauración y ocio nocturno que desarrollan las recurrentes, no basta una mera urgencia para la adopción de la cautela, ha de ser una especial urgencia —como venimos diciendo—, es decir, una situación perentoria que no admita la mera dilación que comporta la sustanciación de la medida cautelar con audiencia a la otra parte. Situación de especial urgencia que ni se justifica adecuadamente por la parte recurrente, ni advertimos su concurrencia en el caso examinado».*

Rechazada la especial urgencia, la Sala también desestimó la suspensión en la pieza ordinaria. Y es que, como hemos advertido anteriormente, existiendo *periculum in mora*, es indiscutible la necesidad de ponderación de otros intereses superiores, por lo que declara la Sala por Auto de 6 de noviembre de 2020 que *«En definitiva, es innegable que las medidas sanitarias cuya suspensión se pretende por la incidentista, tienen incidencia sobre la actividad económica del sector de la hostelería. Ahora bien y sin prejuzgar el fondo litigioso, su adopción supone una respuesta a la evolución epidemiológica, asimismo notoria e innegable, que la pandemia está experimentando en todo el país, incluida esta Comunidad Autónoma. Y es desde este presupuesto que debemos acometer la obligada ponderación de los intereses concurrentes, para dar preferencia y prevalencia a la finalidad sanitaria que persiguen y que se traduce en el cumplimiento del mandato que para los poderes públicos contiene el artículo 43 C.E. para, "organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios", lo que se traduce en el establecimiento de derechos y deberes de todos —los titulares— al respecto».*

De nuevo se resuelve por la Sala la carencia de objeto por Auto de 26 de julio de 2021 al dictarse nueva Orden autonómica que derogaba expresamente la precedente que imponía las limitaciones.

Igualmente puede hacerse referencia al Auto del Tribunal Superior de Justicia de 12 de noviembre de 2020, recurso n.º 1263/2020, relativo a la limitación horaria para el desarrollo de la actividad de los casinos.

El fundamento es el mismo que en el caso de la hostelería y la restauración, basándose la petición de medida cautelar en que las restricciones que se imponían por las Órdenes autonómicas suponían adelantar el cierre de la actividad de juego en máquinas en hasta siete horas y el juego en mesas hasta once horas. Añadían los recurrentes que no cuestionaban ninguna de las restantes restricciones sobre el aforo, mascarilla o distancia interpersonal, cuyo cumplimiento afirmaban era puntual y escrupuloso.

El Tribunal rechaza la suspensión remitiéndose a su previo Auto de 30 de septiembre de 2020, recurso n.º 916/2020, dictado igualmente en relación con el sector de la hostelería (cabe significar que en ese caso se denegó la medida cautelarísima por Auto de 31 de agosto de 2021), y explicando que:

«En relación con el requisito del periculum in mora y en directa relación con la necesaria ponderación de los intereses en conflicto, habremos de recordar lo que, en los antes citados Autos de 10 de junio de 2020 (Rec. 117/2020) y dos de



fecha 4 de junio de 2020 (Rec.111/2020 y 129/2020). Y es que, junto al criterio restrictivo del Tribunal Supremo, ya expresado acerca de la suspensión de disposiciones generales, el Alto Tribunal, respecto a medidas adoptadas para hacer frente al avance de la enfermedad y contagios provocados por el SARS-CoV-2, razonaba del modo que ahora reproducimos para fundamento de nuestro Auto:

Ello es muy relevante en la situación de grave afectación de los intereses públicos ocasionada por la pandemia de la COVID-19, en la que se enmarcan las medidas de protección de la disposición recurrida, y que requiere que se dispense a las medidas de protección del interés de la salud pública la mayor tutela posible. La existencia de riesgos para la salud pública derivados de situaciones de contacto social es indudable, y la afectación que la medida cautelar de suspensión representaría para la población en general, y para el interés público que se trata de proteger, es de una entidad muy relevante.»

Debe añadirse para terminar que se aprecia con claridad en las limitaciones impuestas en relación al horario de los casinos la carencia sobrevenida de objeto. Así se concluyó por la Sala en su Auto de 12 de abril de 2021, recurso n.º 1263/2020, pues la Orden recurrida desplegaba sus efectos «desde las 22:00 horas del día 2 de octubre de 2020 por un período inicial de catorce días naturales, pudiendo ser prorrogado si así lo requiriese la evolución de la situación epidemiológica de mantenerse las circunstancias que motivan su adopción», prórroga que se acordó posteriormente «desde las 22:00 horas del día 16 de octubre de 2020 hasta la finalización de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para responder ante situaciones de especial riesgo por transmisión no controlada de infecciones causadas por el SARS-CoV-2». Y si bien se puede profundizar un poco más en la sucesión de normas autonómicas que alteraban el objeto inicial del recurso, para no desviarnos demasiado, resultó decisivo que el estado de alarma declarado por el Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre, terminó a las 22:00 horas del día 24 de octubre.

Teniendo en cuenta lo anterior explica la Sala que:

«En efecto, desde un punto de vista formal, la norma cuestionada nació ya con una vigencia temporal limitada y se dirigía a regular una situación excepcional también transitoria y en constante cambio; además, más allá del simple transcurso de su plazo de vigencia inicial, la norma en cuestión ha sido sustituida por otra con un contenido distinto, con la indudable consecuencia de la imposibilidad de cualquier aplicación posterior y la privación de cualquier “vestigio de vigencia”.

Y desde un punto de vista material, lo cierto es que, por su contenido, resulta que no pervive ninguna consecuencia jurídica derivada de su breve aplicación temporal.

Por último, y dado que la pretensión ejercitada en este proceso es puramente declarativa, una sentencia eventualmente estimatoria nada podría añadir a la situación jurídica actual de las recurrentes, pues la norma ya no existe.»

V. El siguiente hito en la evolución normativa estuvo provocado por el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 8 de octubre de 2020, recurso n.º 1224/2020, por el que se acordó no ratificar las medidas preventivas restrictivas de derechos fundamentales en determinados municipios de la Comunidad de Madrid, solicitadas al amparo del artículo 10.8 de la LJCA.

La Sala concluyó que las medidas limitativas de derechos fundamentales que establecía la Orden 1273/2020, de 1 de octubre, de la Consejería de Sanidad, dictada en mera ejecución de la Orden Comunicada del Ministro de Sanidad, de 30 de septiembre de 2020, por la que se aprobaban actuaciones coordinadas en salud pública, constituían una injerencia de los poderes públicos en los derechos fundamentales de los ciudadanos sin habilitación legal que la amparase, «es decir, no autorizada por sus representantes en las Cortes Generales».

Este rechazo precipitó la declaración de un nuevo estado de alarma, inicialmente limitado a nueve municipios de la Comunidad de Madrid por Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre, y su posterior ampliación a todo el territorio nacional por Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, volviéndose a pronunciar el Tribunal Supremo sobre su falta de competencia en relación con las medidas cautelares derivadas del mismo en Auto de 5 de noviembre de 2020, recurso n.º 322/2020.

El artículo 2 del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, estableció como autoridad competente al Gobierno de la Nación, señalándose como autoridad competente delegada a quien ostentase la presidencia en las Comunidades Autónomas o Ciudades con Estatuto de Autonomía. Esa delegación suponía que los recursos interpuestos contra las medidas adoptadas por las autoridades competentes delegadas se sustanciaran ante el Tribunal Supremo (en este sentido y por todos, Auto del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2021, recurso n.º 35/2020).

En este punto podemos citar el Auto del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2021, recurso n.º 12/2021. En este caso se impugnaba el Acuerdo 2/2021, de 15 de enero, del Presidente de la Junta de Castilla y León, fijando las horas de comienzo y finalización



de la limitación de la libertad de circulación de las personas en horario nocturno sin ajustarse a los márgenes establecidos en el artículo 5.2 del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre.

El Abogado del Estado solicitó medida cautelar de suspensión con fundamento en que las modificaciones, al no respetar los parámetros fijados en el Real Decreto, se adoptaban por órgano manifiestamente incompetente.

La Sala acepta la petición de suspensión porque entiende que cualquier restricción de derechos fundamentales tiene que adoptarse dentro de las previsiones constitucionales, por mor del artículo 55.1 de la Constitución y, en su desarrollo, de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. Y así afirma que *«aparecen sólidamente cuestionada la adecuación a Derecho del acuerdo recurrido, que podría incurrir en nulidad de pleno derecho, al imponer una limitación de un derecho fundamental, la libertad de circulación, más allá del ámbito horario permitido en el RD 926/2020, del estado de alarma, con afectación del derecho fundamental susceptible de amparo constitucional (art. 47.1.a Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común), y que se adopta por un órgano que resulta, prima facie, manifiestamente incompetente por razón de la materia (art. 47.1.b LPAC)»*.

Es interesante destacar que la Sala advierte que no se trata de decidir qué medidas sanitarias son necesarias, ni si las adoptadas son suficientes o no, *«por lo que el debate acerca de la idoneidad y conveniencia de unas u otras medidas está desenfocado»*, sino que el debate se circunscribe a que la limitación de la libertad de circulación por el Acuerdo recurrido constituye, al no tener *prima facie* suficiente cobertura legal y dada su dimensión de limitación generalizada que afecta a todo el territorio de la Comunidad Autónoma, *«un caso evidente de afectación de la finalidad legítima del recurso»*.

También podemos hacer referencia al Auto del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2021, recurso n.º 25/2021, siendo el objeto de recurso el Decreto 2/2021, de 24 de enero, del Presidente de la Generalidad Valenciana, por el que se limita la permanencia de grupos de personas en espacios públicos y privados, se prorroga la medida de restricción de la entrada y la salida de personas del territorio de la Comunidad Valenciana y se limita, durante los fines de semana y los días festivos, la entrada y la salida de los municipios y grupos de municipios con población superior a 50.000 habitantes.

Habiendo rechazado la Sala la petición de medida cautelarísima por Auto de 26 de enero de 2021, dado que no se apreciaba la urgencia perentoria exigida por el artículo 135.1 de la LJA, se desestima la suspensión partiendo de la base de que la Sala con-

sidera la salud un valor primordial al integrarse en el derecho a la vida. Y, a diferencia de lo que sucedía en el caso de Castilla y León, *«El Decreto aquí cuestionado sigue la pauta marcada por el art. 7 del RD 926/2020 y afirma seguir las orientaciones de la Organización Mundial de la Salud reputándolas proporcionadas, necesarias y justificadas en razón a la evolución de los indicadores epidemiológicos»*, concluyendo además que la parte no ofrece un principio de prueba que permita resolver en otro sentido.

Finalmente traer a colación, ya en el ámbito de la Comunidad de Madrid, el Auto del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2021, recurso n.º 93/2021.

El objeto de recurso venía constituido por el Decreto 22/2021, de 12 de marzo, de la Presidenta de la Comunidad de Madrid, por el que se establecen medidas temporales para hacer frente a la COVID-19, en aplicación del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre. En concreto, se establecían limitaciones de la libertad de circulación de las personas en horario nocturno, limitaciones de la permanencia de grupos de personas en espacios privados y limitaciones de la movilidad territorial con motivo del puente de San José y de la Semana Santa de 2021.

Una vez más se instó justicia cautelarísima, que fue rechazada por Auto de 18 de marzo de 2021, con fundamento en que el Decreto impugnado se publicó el día 13 de marzo y no fue hasta el día 17 de marzo cuando se formuló judicialmente la solicitud, por lo que, en línea con la apuntada diligencia que debe tener la parte recurrente a la hora de interponer el recurso, se concluye que *«No es congruente esa demora con la pretensión de que resolvamos inaudita parte»*.

La tramitación ordinaria terminó igualmente con el rechazo de la suspensión. La petición se basaba en el supuesto perjuicio irreparable en los derechos fundamentales de millones de personas y en la *«paradójica e irrazonable discriminación entre los ciudadanos madrileños [...] en contraste con quien accede al territorio nacional»*. El Alto Tribunal afirma que *“situados en la necesidad de discernir si deben prevalecer cautelarmente unas medidas reputadas más exigentes frente a otras consideradas menos intensas, siendo notoria la persistencia de la pandemia y habiendo tenido por acreditado la Sala —sentencias n.º 171/2021, de 10 de febrero, recurso n.º 99/2020) y n.º 324/2021, de 9 de marzo, (recurso n.º 147/2020)— que uno de los factores que favorecen la difusión de la enfermedad es el contacto interpersonal que facilitan los desplazamientos, a falta de otros argumentos, es razonable optar ahora por la solución que expresa mayor prudencia, tal como nos pide la Letrada de la Comunidad Autónoma de Madrid»*, recordando finalmente su sólida postura en cuanto a que la suspensión de disposiciones de carácter general viene limitada a aquellos casos en que a simple vista, *ictu oculi*, se advierta que la actuación recurrida es contraria al ordenamiento jurídico.



VI. Tras el levantamiento del estado de alarma (prorrogado por Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre) con fecha 9 de mayo de 2020, se aprecia un cierto desgaste derivado del ingente proceso normativo. Esto se ha traducido en que, en la tramitación de las piezas de medidas cautelares, haya perdido cierto protagonismo la preponderante protección de la salud que hasta entonces había sido imperante.

En este punto es imprescindible la mención (aunque habíamos limitado nuestro análisis a los pronunciamientos del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid) al Auto de la Audiencia Nacional de 7 de junio de 2021, recurso n.º 1659/2021.

El recurso contencioso-administrativo tenía por objeto la Orden Comunicada de la Ministra de Sanidad, de 4 de junio de 2021, mediante la que se aprobaba la declaración de actuaciones coordinadas frente a la COVID-19, dictada como consecuencia del Acuerdo de 2 de junio de 2021 del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, con la oposición expresa, entre otras, de la Comunidad de Madrid. Si bien se pretendía la íntegra anulación de la Orden Comunicada, por el Letrado de la Comunidad de Madrid se solicitó medida cautelarísima *inaudita parte* en relación con la suspensión de las medidas que se consideraba que causaban un daño inmediato, irreparable e insubsanable, y que de seguir vigentes harían perder al recurso su finalidad. Tales medidas se referían a las limitaciones en relación con los locales de ocio nocturno y discotecas, hostelería y restauración, y eventos y actividades multitudinarias no ordinarias.

La especial urgencia se justificó en que la necesidad de cumplimiento inmediato de la Orden Comunicada determinaba implementar una serie de medidas que, de facto, derogaban, sin motivo alguno, las ya existentes en el ámbito de la Comunidad de Madrid, generando una severa inseguridad jurídica. En efecto, ya se había dictado en el ámbito autonómico la Orden 572/2021, de 7 de mayo, de la Consejería de Sanidad, por la que se establecen medidas preventivas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 una vez finalizada la prórroga del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, la cual ya disponía todas las medidas que debían regir tras el levantamiento del estado de alarma para la actividad de hostelería y restauración, para las discotecas y los locales de ocio nocturno, y también para las actividades en recintos.

Habiéndose revelado las medidas autonómicas adoptadas como eficaces e idóneas, permitiendo la mejora de la situación epidemiológica incluso la flexibilización de algunas de aquellas medidas, no existía motivación alguna en la adopción de la

Orden Comunicada. Hay que tener en cuenta que no es hasta un mes después del levantamiento del estado de alarma cuando se articularon las nuevas medidas por el Ministerio, sin que hubiera un empeoramiento en los datos epidemiológicos que justificaran una intervención más rigurosa (todo lo contrario, como decimos).

Ponderando la concurrencia de dos intereses públicos en conflicto, Administración del Estado y Comunidad de Madrid, en atención a la arbitrariedad y el grave impacto económico que se presentaba, la Sala declara que es más necesitado de protección cautelar urgente el interés autonómico. Se resuelve así que:

«Si no se adoptara ahora la medida cautelarísima, y se esperase a la adopción de una medida tras la tramitación ordinaria de la pieza separada de medidas cautelares, el escenario de incertidumbre se vería seriamente agravado y perjudicado si se admite un cambio en el nivel de restricciones. Se generarían así tres niveles distintos de restricción en un lapso temporal breve, lo que no es fácilmente justificable para el ciudadano, destinatario último de la protección pública ínsita en la discusión que nos ocupa.»

En todo caso, nos parece que la seguridad jurídica, en este caso, concentra un interés público especialmente intenso, de tal suerte que su protección momentánea revela un interés cualificado, que denota la urgencia y necesidad de la medida cautelarísima y la justifica.»

Cabe añadir finalmente que no fue necesaria siquiera la tramitación ordinaria de la suspensión pues, a raíz del Auto, el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, en su reunión de 9 de junio, aprobó nuevo Acuerdo sobre la modificación de la declaración de actuaciones coordinadas de 2 de junio, dictándose una nueva Orden Comunicada de la Ministra de Sanidad, a través de la cual pasaban a formularse recomendaciones en vez de medidas de obligado cumplimiento. Esto determinó, en última instancia, el desistimiento del proceso por parte de la Comunidad de Madrid, lo cual vuelve a poner de manifiesto el carácter absolutamente trascendental de la pieza de medidas cautelares durante la pandemia, al dispensarse en su seno una tutela judicial inmediata y que, en muchas ocasiones como la analizada, se ha revelado decisiva.

4. Algunas consideraciones adicionales

I. Nos gustaría terminar exponiendo un par de casos particulares que se han producido en el marco de pandemia y confinamiento en que nos hemos movido.



Por un lado, han sido frecuentes las solicitudes de suspensión de autos concediendo autorizaciones de entrada en domicilio por la vía, totalmente incorrecta a nuestro juicio, de las medidas cautelares.

Decimos que esa vía es totalmente incorrecta en la medida en que, habiéndose solicitado por la Comunidad de Madrid autorización para la entrada en domicilio (por mor del artículo 8.6 de la LJCA) y recuperar así viviendas públicas ocupadas ilegalmente, una vez dictado auto autorizando la entrada, la LJCA no prevé la posibilidad de que se suspendan sus efectos.

En este sentido, es el artículo 80 de la LJCA el que contempla el régimen de impugnación de los autos dictados por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, siendo lo fundamental del precepto que el recurso de apelación cabe «*en un solo efecto*», es decir, es devolutivo y sin efectos suspensivos. Básicamente, cabe la apelación, pero no tiene efectos suspensivos sobre el auto autorizando la entrada.

Podemos citar por todos el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 8 de abril de 2021, recurso n.º 610/2021, en el que, con total acierto, apunta la Sala a que lo correcto es pedir la suspensión de la ejecución de lo resuelto al amparo del artículo 84 de la LJCA, pero no medida cautelar de suspensión que se adopta en relación con actuaciones administrativas.

Despejado el camino en cuanto al fondo, la suspensión de los desalojos se ha solicitado por los ocupantes ilegales y se ha adoptado por ciertos Juzgados de lo Contencioso-Administrativo con base en el artículo 1.bis, introducido por el Real Decreto-ley 37/2020, de 22 de diciembre, en el precedente Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19.

El citado artículo 1.bis comienza disponiendo que «*1. Desde la entrada en vigor del presente real decreto-ley y hasta la finalización 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, prorrogado por Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, en todos los juicios verbales en los que se sustancien las demandas a las que se refieren los apartados 2.º, 4.º y 7.º del artículo 250.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, el Juez tendrá la facultad de suspender el lanzamiento hasta la finalización del estado de alarma*».

Parece fuera de toda duda que no estamos en el ámbito de un juicio verbal, sino que lo que se ventila es una autorización judicial de entrada en domicilio ante la

jurisdicción contencioso-administrativa para ejecutar un acto administrativo de recuperación posesoria de un inmueble de titularidad pública ocupado ilegalmente.

Esta interpretación, literal por lo demás, ya se desprendía del artículo 1 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, que como decimos ha venido a modificar el Real Decreto-ley 37/2020, de 22 de diciembre.

En efecto, de acuerdo con la redacción original del artículo 1, la suspensión no estaba prevista para casos como el que nos ocupa, sino para *«la tramitación del procedimiento de desahucio regulado en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, derivado de contratos de arrendamiento de vivienda sujetos a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos»*. La nueva redacción del artículo 1 insiste en esa idea, al referirse a *«juicios verbales que versen sobre reclamaciones de renta o cantidades debidas por el arrendatario, o la expiración del plazo de duración de contratos suscritos conforme a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos»*.

En pocas palabras, no se ha plasmado en la normativa expuesta que proceda ningún tipo de suspensión en los casos en que se solicite autorización de entrada en domicilio ante la jurisdicción contencioso-administrativa, y sin que resulte de aplicación supletoria la LEC pues no estamos manejando aspectos procesales sino sustantivos.

A mayor abundamiento, el artículo 5 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, al que remite el artículo 1.bis.2 como presupuesto habilitante para acceder a la suspensión del lanzamiento, habla de *«renta arrendaticia»*. Tampoco se acreditaba en muchos casos, como exige el artículo 1.bis.3, la situación de vulnerabilidad *«mediante la presentación de los documentos previstos en el artículo 6.1.»*, debiendo notarse como el artículo 6.1 vuelve a hablar de *«persona arrendataria»*.

Refuerza esta interpretación la modificación introducida por el Real Decreto-ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, en el repetido Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo.

Efectivamente, lo destacable de esta última modificación es que introduce la mención a los procedimientos penales, por lo que *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. Hay que concluir que, al seguir sin hacer mención a casos en los que se solicita ante la jurisdicción contencioso-administrativa una solicitud de entrada en domicilio, no procede suspensión de ningún tipo ante la ocupación ilegal constatada en vía administrativa y confirmada por el auto autorizando la entrada.



Cabe hacer referencia a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 de julio de 2021, recurso n.º 610/2021, que comparte lo expuesto al decir que *«También ha de aclararse, que la situación de crisis sanitaria generada por el COVID 19 y las normas que cita la recurrente generadas por dicha crisis no son aplicables al supuesto que nos ocupa sino a los desahucios verbales civiles que regula, por lo que tampoco es atendible esta queja de la recurrente»*.

Además, hay que tener en cuenta que, si bien el estado de alarma ha finalizado, se dictó el Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre.

El artículo 7 de este último Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, modificó de nuevo el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, prorrogando la suspensión de los desalojos hasta el día 9 de agosto de 2021. Dicha prórroga se extendió hasta el día 31 de octubre de 2021 en virtud de la modificación operada por el Real Decreto-ley 16/2021, de 3 de agosto, por el que se adoptan medidas de protección social para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica. Y por el Real Decreto-ley 21/2021, de 26 de octubre, se extiende nuevamente la prórroga hasta el día 28 de febrero de 2022. Así las cosas, finalizado el plazo fijado, concurre otro ejemplo de actuaciones que quedan vacías de contenido por el propio paso del tiempo.

II. Por otro lado, se han producido casos en los que se recurrían precintos de locales por incumplimiento de las medidas sanitarias establecidas en la repetida Orden 668/2020, de 19 de junio.

El objeto de estos recursos estaba constituido, exclusivamente, por el precinto del local llevado a cabo por la Policía Local. En este contexto, por la Policía Local se remitían a la Dirección General de Salud Pública actas de intervención y precinto en locales de ocio o restauración, haciendo constar que resulta competencia de la citada Dirección General el levantamiento de la medida de cierre, con fundamento en la Orden 781/2020, de 22 de septiembre, de la Consejería de Justicia, Interior y Víctimas, por la que se establecen medidas de coordinación de las Policías Locales de la Comunidad de Madrid para el efectivo cumplimiento de las medidas sanitarias para la contención del COVID-19.

Dado que los incumplimientos motivo del cierre constituyen infracción en materia sanitaria, y teniendo en cuenta que la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Or-

denación Sanitaria de la Comunidad de Madrid, únicamente habilita la adopción de medidas de *«clausura o cierre de establecimientos, instalaciones o servicios que no cuenten con las previas autorizaciones o registros sanitarios preceptivos, o la suspensión de su funcionamiento hasta tanto se subsanen los defectos o se cumplan los requisitos exigidos por razones de sanidad, higiene o seguridad»* (ex artículo 148.1), se consideraba la improcedencia del mantenimiento de la suspensión de la actividad, puesto que la deficiencia detectada puede ser de subsanación inmediata.

Así las cosas, de proseguir los recursos, tanto en su tramitación principal como en sus piezas separadas, se constata que no existe actuación administrativa de la Comunidad de Madrid susceptible de impugnación, lo que determinaría, en una primera aproximación la carencia sobrevenida de objeto que hemos expuesto, y en última instancia una eventual inadmisión por falta de actividad administrativa impugnada.

Para terminar, debe apuntarse que, aunque no se proceda al mantenimiento de la suspensión de la actividad, ello no es óbice para la incoación del oportuno expediente sancionador por incumplimiento de la normativa.

En este sentido, como ejemplo de las dimensiones de la pandemia en todos los ámbitos (si es que hiciera falta poner algún ejemplo más), se han tenido que articular contratos administrativos para hacer frente a la tramitación de procedimientos. Así, puede destacarse la Orden de 22 de marzo de 2021, del Consejero de Sanidad, por la que se ordena la tramitación y se adjudica la ejecución, con carácter de emergencia, del contrato de servicios denominado «Servicio de colaboración y asistencia técnica para el apoyo en la gestión de la tramitación de denuncias y procedimientos sancionadores por incumplimiento de la normativa sanitaria para la prevención de la propagación del COVID-19».

Ni que decir tiene que esos procedimientos administrativos llegarán, en mayor o menor medida, a la jurisdicción contencioso-administrativa, con peticiones de suspensión de muchos casos.

5. Resumen final

La gravedad de la crisis sanitaria provocada por el COVID-19 ha puesto de manifiesto las carencias de nuestra legislación ordinaria para hacer frente a los riesgos de transmisión descontrolada de la enfermedad, habiendo sido necesario que las diferentes Administraciones Públicas adopten una multiplicidad de medidas preventivas, de contención y de control, que han dado lugar a una gran litigiosidad ante el



orden jurisdiccional contencioso-administrativo. En el curso de los innumerables recursos contencioso-administrativos que se han interpuesto contra actos y disposiciones dictados en esta materia, ha sido muy frecuente, por parte de los recurrentes, solicitar medidas cautelarísimas o cautelares, al objeto de lograr la inmediata suspensión de la ejecutividad de las resoluciones administrativas que, en muchas ocasiones resultaban drásticas e impactantes, al provocar una incidencia, hasta ahora desconocida, sobre la esfera de los derechos individuales y colectivos, en aras a salvaguardar la salud pública.

Dada la eficacia temporal de gran parte de estas medidas, constantemente variables en función de la evolución de la situación epidemiológica, la resolución de la solicitud de medida cautelar ha resultado la clave de muchos procedimientos, convirtiéndose en muchas ocasiones en el auténtico objeto del recurso contencioso-administrativo al dispensarse a través del auto resolutorio de la pieza una tutela suficiente para privar o confirmar la eficacia de las medidas durante el tiempo para el que las mismas habían nacido.

A su vez, como ha quedado expuesto a través del examen de los concretos autos, muchas de las medidas de contención sanitaria estaban presididas por su carácter general, teniendo como destinatarios a una pluralidad indeterminada de personas. Si unimos a todas estas circunstancias la brevedad de los plazos que la LJCA prevé para la tramitación de la pieza de medidas cautelares y que da lugar a que en escasos días se obtenga una resolución que suspenda o confirme su ejecutividad, resulta fácilmente comprensible la enorme repercusión social y mediática experimentada en torno a los autos dictados en esta materia. Y es precisamente el carácter expeditivo, tanto de las medidas cautelares como de los procedimientos de autorización o ratificación judicial de las medidas sanitarias que suponen limitación o restricción de derechos fundamentales, el que ha contribuido a haber suministrado durante la pandemia, una inédita, a la par que merecida, visibilidad de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, así como a los profesionales del mundo del derecho que desempeñan sus funciones ante la misma.

Una perspectiva jurídico-penal del coronavirus en la Comunidad de Madrid

DIEGO GARCÍA PAZ

Letrado de la Comunidad de Madrid*

SUMARIO

1. Introducción: la pandemia del siglo XXI en Madrid.
2. Derecho Penal: parte general.
3. Derecho Penal: parte especial.
4. La posición de la Comunidad de Madrid en los procesos penales seguidos por los hechos derivados de la pandemia del coronavirus en residencias de mayores y en centros sanitarios públicos.
5. El conflicto de intereses entre los propios de la Comunidad de Madrid y las autoridades, empleados y funcionarios públicos, investigados en procedimientos penales por hechos derivados de la pandemia ocasionada por el coronavirus con perjuicio a residentes o pacientes de centros públicos, y que interesen la asistencia particular del Letrado de la Comunidad de Madrid.
6. Conclusión.

RESUMEN

La pandemia ocasionada por el coronavirus ha dado lugar al recurso generalizado a la vía jurisdiccional penal para investigar y en su caso atribuir responsabilidades por los acontecimientos que durante los primeros meses de la misma tuvieron lugar en las residencias de mayores y en los centros sanitarios públicos de la Comunidad de Madrid. Transcurrido más de un año desde la denominada primera ola de la crisis sanitaria, resulta necesario exami-

nar cuál ha sido el resultado del referido recurso generalizado a la vía penal y los problemas para su prosperabilidad que se han manifestado desde la perspectiva tanto de la parte general como de la parte especial del Derecho Penal, teniendo en cuenta el excepcional contexto social en el que tuvieron lugar los hechos y la posición procesal que la Comunidad de Madrid detenta desde la perspectiva penal.

PALABRAS CLAVE

COVID-19; imputación objetiva; antijuridicidad; aforamiento; delitos; responsabilidad civil; asistencia letrada.

* En la actualidad ocupa el puesto de Letrado Jefe del Servicio Jurídico de Civil y Penal en la Abogacía General de la Comunidad de Madrid.

ABSTRACT

The pandemic caused by coronavirus has given rise to the widespread use of the criminal jurisdiction to investigate and, where appropriate, attribute responsibility for the events that during the first months of the same took place in nursing homes and health centers public of the Community of Madrid. More than a year after the so-called first wave of the health crisis, it is necessary to examine what

has been the result of the referred generalized recourse to criminal proceedings and the problems for its prosperity that have been manifested from the perspective of both the general and of the special part of Criminal Law, taking into account the exceptional social context in which the events took place and the procedural position that the Community of Madrid holds from a criminal perspective.

KEYWORDS

COVID-19; objective imputation; unlawfulness; assessment; crimes; civil liability; legal aid.

1. Introducción: la pandemia del siglo XXI en Madrid

Cuando en marzo de 2020 fue declarado el estado de alarma en España, tras haberse recibido la noticia de la aparición en China de un nuevo agente infeccioso de altísima capacidad de contagio y verificarse, con meses de antelación, tanto su llegada a nuestro país como su sorprendente capacidad de propagación, desde la Comunidad de Madrid se implementaron múltiples medidas para combatir a un mal respecto del que la humanidad solo podía remontarse a la historia para ver alguna situación similar. El año 2020 se convirtió en el campo de la batalla de nuestro tiempo, en el que la Administración regional madrileña, con un carácter audaz y pionero, anticipándose a decisiones adoptadas a nivel central, combatió con todas las armas a su alcance a un enemigo microscópico, pero letal.

Como batalla que ha sido, ha generado mucho dolor, y pérdidas. Los hechos vividos durante la pandemia, en los centros de salud y residenciales, como cualquier fenómeno humano y social, no han quedado ajenos al Derecho. Se trató de un contexto totalmente novedoso, en el que los parámetros jurídicos previstos para un desenvolvimiento social ordinario fueron puestos a prueba, toda vez que esas normas no estaban configuradas para ser aplicadas en un estado de cosas completamente extraordinario, como el que aconteció.

Por estas razones, el trabajo jurídico durante la expansión y desarrollo de la enfermedad ha sido de una gran intensidad, como el que la propia Administración regional madrileña, desde sus facultades gestoras, ha realizado. En ambos casos ha sido preciso actuar con enormes dosis de iniciativa, previsión y de ajuste del ordenamiento jurídico a unos hechos inauditos.

Si cualquier rama del Derecho, ante el fenómeno ocasionado por una pandemia, se encuentra en un ambiente de extrañeza (pues a su difícil aplicación a unos hechos para los que no se concibió en su origen se añade la variabilidad, el cambio cons-

tante de los predisponentes fácticos, tan mutables como los propios virus) las normas jurídico-penales encarnan a la perfección las referidas dificultades, añadiendo a su naturaleza de *ultima ratio* una serie de principios técnicos, residenciados en la parte general del Derecho Penal, que hacen extraordinariamente compleja la hipotética dimensión penal de lo acontecido durante la crisis sanitaria.

Es desde este campo, propio del Derecho Penal, imbricado con la posición procesal que detenta la Comunidad de Madrid, en tanto que Administración Pública, como ha de abordarse la consideración de los hechos ocasionados por el coronavirus en la sociedad madrileña, uniendo, por lo tanto, a las peculiares características de esta rama del ordenamiento jurídico la singularidad de la posición de parte que ostenta la Comunidad de Madrid. Se trata de dos cuestiones que dotan de una naturaleza *sui generis* al examen de la pandemia desde esta particular perspectiva jurídica.

La especialidad del tratamiento penal de los hechos acontecidos se visualiza desde los prismas de la autoría y participación; de la causalidad e imputación objetiva, o las hipotéticas causas de justificación; desde la individualización de las responsabilidades que eviten una investigación general o prospectiva; y en el análisis de los elementos típicos objetivos y subjetivos de los delitos que, atendiendo a la experiencia acumulada, se han venido considerando como integrados por las conductas con resultado de lesiones o muerte: homicidio imprudente, lesiones imprudentes, omisión del deber de socorro, denegación de asistencia sanitaria, contra los derechos de los trabajadores e incluso prevaricación administrativa.

En el marco de esta atribución de delitos, resultará también imprescindible la referencia a dos cuestiones de importante sentido práctico: el proceso al efecto de proseguir una investigación en supuestos de aforamiento y el criterio, de carácter prevalente, que se ha fijado al respecto; así como la situación de las eventuales asistencias letradas que puedan ser solicitadas por empleados públicos o autoridades como consecuencia de una formal investigación que frente a ellos se dirige con ocasión de estos hechos.

El examen jurídico de los hechos y de los delitos ha de ser siempre un análisis técnico, objetivo y aséptico, de modo que los resultados de la aplicación de los principios penales y procesales a los diversos supuestos de hecho que se plantean son los que proceden en Derecho, desprovistos de elementos subjetivos, viscerales o sentimentales, pues la acción del Derecho y de la Justicia ha de estar marginada de componentes metajurídicos, inspirándose en la razón práctica. Solo de este modo se puede llegar a la solución ajustada a Derecho, que tal vez sea distinta de lo que las



emociones, también humanas, pero alejadas de una ciencia como la jurídica, puedan indicar¹.

2. Derecho Penal: parte general

El examen jurídico de las implicaciones penales de los hechos que tuvieron lugar durante la pandemia ocasionada por el coronavirus, específicamente durante la primera ola de la misma, en la que se desarrollaron los mayores acontecimientos lesivos para bienes jurídicos de terceros, entre ellos la vida, la salud o la protección en el trabajo, pasa por detallar aspectos técnicos de las diferentes facetas de la teoría general del delito, tomando como referente la situación que se materializó en los diversos centros residenciales y sanitarios.

a) Autoría y participación

El primero de los elementos a considerar se refiere a la autoría y participación, esto es, la condición de sujeto activo de los presuntos delitos de los que se deriva el perjuicio a bienes jurídicos ajenos. En este punto, el Código Penal contempla las figuras del autor y el cómplice; dentro del concepto de autor, existe una específica taxonomía conforme a la cual, además del autor material y directo de los hechos, se equiparan al mismo el inductor y el cooperador necesario, siendo cómplice aquel que contribuye a la materialización del resultado antijurídico con actos accesorios, anteriores o simultáneos a los del autor².

¹ Así también lo ha expresado la Sala Segunda del Tribunal Supremo: «No deja de ser una obviedad afirmar que la calificación jurídico-penal de un hecho no puede hacerse depender de la indignación colectiva por la tragedia en la que todavía nos encontramos inmersos, ni por el legítimo desacuerdo con decisiones de gobierno que pueden considerarse desacertadas. Son otros los escenarios en los que la exigencia de ese tipo de responsabilidades tiene que hacerse valer. Como en tantas ocasiones hemos puesto de manifiesto, una resolución de archivo acordada por esta Sala no santifica actuaciones erróneas y de graves consecuencias sociales, aunque no tengan relevancia penal. Solo nos corresponde examinar la posible existencia de responsabilidad criminal y determinar si las querellas formuladas contienen elementos suficientes para concluir, al menos indiciariamente, que las personas aforadas podrían haber incurrido en alguna conducta tipificada en la ley como delito. Y además tratándose de un órgano que no es el llamado ordinariamente a investigar hechos penales, sino solo excepcionalmente, también estamos condicionados por la aparición de indicios cualificados contra personas aforadas, para no sustraer las investigaciones de su ámbito primario natural» (ATS de 18 de diciembre de 2021, Sala 2.ª, Causa Especial n.º 20542/2020, Ponente, Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez).

² Código Penal, artículo 28: «Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.

En definitiva, la cuestión fundamental al efecto de determinar el reproche penal de una conducta antijurídica que genera un perjuicio es determinar el alcance y dimensionamiento del ámbito subjetivo, esto es, quiénes son, en última instancia, los sujetos responsables de la acción causante de ese daño.

En los casos objeto de examen, acontecidos en centros residenciales y sanitarios públicos, en los que durante la denominada primera ola de la pandemia tuvieron lugar numerosos contagios del virus y fallecimientos derivados de esta enfermedad, dejando aparte las investigaciones preprocesales del Ministerio Fiscal, que partieron del análisis de unos hechos para finalmente determinar si estos, revistiendo los elementos típicos objetivo y subjetivo de cada concreto delito, son imputables a un sujeto concreto, fue una regla general el que en las denuncias y querrelas interpuestas por particulares y colectivos, en el legítimo ejercicio de su acceso a la Justicia, se plasmara un camino inverso: estas acciones penales fueron directamente dirigidas contra miembros del Gobierno, atribuyendo a los mismos una responsabilidad criminal determinante de los resultados lesivos. Desde un prisma jurídico-penal, la atribución de una directa responsabilidad de este tipo en términos generales, sin concretar con precisión la intervención en un resultado concreto de fallecimiento, lesiones o abandono, no puede prosperar, porque se transforma en un camino prospectivo, esto es, en una acusación genérica.

La intervención de los sujetos activos en los hechos debe ser siempre precisa y conectada en todo caso con la producción del desvalor jurídico, de modo que si su hipotética intervención en unos hechos es prescindible para que estos tengan el desenlace que da lugar al reproche penal, su responsabilidad en este ámbito queda excluida, pues no integran el concepto técnico de sujetos activos del delito, lo que precisa de una responsabilidad determinante, decisiva, imprescindible, por acción o por omisión, para producir el daño en la víctima, esto es, el resultado antijurídico.

Es en este punto en el que resulta de especial interés hacer referencia a la *teoría del dominio funcional del hecho*³ como esencial para atribuir el concepto de sujeto activo de los posibles delitos ocurridos en los centros. Se trata de una teoría

También serán considerados autores:

- a) *Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.*
- b) *Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.*

Artículo 29. Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos.»

³ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes. *Derecho Penal Parte General*, (2.^a edición). Valencia: Tirant Lo Blanch, 1996, p. 451.



clásica en el Derecho Penal, defendida por autores como Welzel o Claus Roxin, y en cuya virtud el verdadero autor de un delito es quien controla el suceso, aquel que tiene la capacidad y los medios necesarios para producir el concreto resultado anti-jurídico; esto es: el autor es quien toma la decisión y ejecuta el hecho conforme a esa decisión exclusivamente suya. Se trata, por lo tanto, de ubicar al sujeto activo de estos delitos dentro de las coordenadas objetivas de tener bajo su control, bajo su último criterio, la actuación de una u otra manera, haciendo o no haciendo determinada conducta que conlleva, merced a dicha decisión, a un fallecimiento, unas lesiones o una desprotección.

La atribución de la responsabilidad penal se encuadra, por lo tanto, en aquel sujeto agente que tiene en su mano, porque le corresponde según sus competencias y atribuciones precisas, la toma de la decisión concreta respecto de la salud, el tratamiento y las medidas a adoptar respecto de cada concreto residente o paciente, no en términos generales (o prospectivos). Se trata de una teoría que entronca, además, con la imprescindible individualización de hechos y responsabilidades penales. Si se trata de un delito que requiere actividad del sujeto activo, este será quien o bien no realiza esa acción cuando debe hacerlo, o bien la realiza, pero de una forma negligente; y del mismo modo, si el delito es de una naturaleza omisiva, el sujeto activo quedará en Derecho identificado como aquella persona o personas que tienen la capacidad de actuar y propiciar con su actuación la ruptura del curso causal de acontecimientos que llevan al fatal desenlace.

Todo ello, al margen de las orientaciones dadas a través de criterios generales y pautas ofrecidas por la Administración a través de protocolos, no correspondiendo a los referidos protocolos⁴ sustituir la acción concreta de los responsables de la adopción de las decisiones clínicas individualizadas.

b) Causalidad e imputación objetiva

Dentro de la teoría general del delito resulta imprescindible atender al nexo entre la acción y el resultado antijurídico, como elemento determinante de la atri-

⁴ Al respecto de los protocolos de la Comunidad de Madrid, y de su carácter general y orientativo, tiene expresado lo siguiente la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid: *«Los protocolos redactados tienen, y así lo explicitan, unos objetivos, general y secundarios, que no pueden tacharse de irrazonables, a la vista del fenómeno de la pandemia que empezaba a sufrir el país, con un total desconocimiento de su entidad y modo de enfrentarlo y que ya desde el principio empezó a encender las luces rojas sobre el posible desbordamiento del sistema sanitario y asistencial»* (Auto n.º 62/2020, de 19 de noviembre, FD 4.º, Diligencias Previas 251/2020).

bución de la responsabilidad penal. La relación de causalidad vincula, desde la perspectiva empírica, una acción u omisión con la producción de un concreto resultado, de modo que, al efecto de obtener, con un grado incuestionable de determinación e individualización, la responsabilidad penal del sujeto activo es imprescindible que su acción se presente como el origen del resultado penalmente reprochable, como su *conditio sine qua non*, de forma tal que, eliminando hipotéticamente dicha acción del curso causal de los acontecimientos, el resultado también desaparece. Si la acción u omisión aparece naturalmente desconectada de la producción de un resultado anti-jurídico, ello implicará que el causante de dicha acción u omisión no pueda recibir atribución de responsabilidad penal. La relación entre acción y resultado es la propia del vínculo entre la causa y el efecto.

Por su parte, el principio de la imputación objetiva actúa de una manera inversa, a modo de reflejo de la relación de causalidad, de modo que opera ontológicamente desde el resultado hacia la acción, para determinar la atribución del reproche penal a un sujeto activo determinado. El criterio para realizar esta atribución de responsabilidad desde el resultado al autor se fundamenta en la posibilidad por parte del sujeto activo de ser, por sí misma, susceptible de producir el peligro de ocasionar ese resultado antijurídico, esto es, si entra dentro de su campo de actuación o no le corresponde; y correspondiéndole, si ese resultado materializa el peligro que con su acción u omisión el sujeto activo puede producir, siempre que la generación de ese peligro dé lugar a un resultado no permitido, antijurídico.

Desde la perspectiva de las causas penales derivadas de la pandemia ocasionada por el COVID-19, una de las principales deficiencias técnicas observadas ha sido la atribución genérica e imprecisa de responsabilidades, sin determinar con la debida individualización la imputación de un concreto fallecimiento, lesiones o abandono a un sujeto o sujetos específicos, de un modo jurídicamente viable, esto es, aportando elementos de prueba claros que vinculen causalmente a la persona o personas que se refieren en las denuncias y querellas con los resultados que en ellas se manifiestan, lo que ha sido especialmente evidente en las acciones que pretendían dirigirse contra miembros del Gobierno o, incluso, con mayor indefinición desde su origen, contra «el Gobierno» en general o en bloque. Esta forma de proceder no es correcta desde la perspectiva del Derecho Penal, que se rige por el principio de individualización de las responsabilidades penales, para no dar lugar con ello a causas generales o a las denominadas investigaciones penales prospectivas. Se ha evidenciado con frecuencia esta situación en las múltiples denuncias y querellas, siendo así que los diferentes Juzgados y Tribunales que las han inadmitido de plano han motivado esta decisión en la falta de precisión y en la carencia manifiesta de elementos de cargo que permitan, *a priori*, la imputación objetiva del fallecimiento de un residente o de



un paciente directamente a un miembro del Gobierno, quien, por el contrario, de partida carece del dominio funcional del hecho, al no ser el responsable de las competencias inmediatas del cuidado y protección de los perjudicados. La proliferación de este tipo de escritos iniciadores, de carácter marcadamente prospectivo, lleva a la consideración de que en el momento de su presentación, los denunciante y querellantes que los promovían habían de partir del conocimiento de la insuficiencia de los elementos de cargo necesarios para poder atribuir la responsabilidad a sujetos ubicados más allá del contexto de producción de los presuntos hechos delictivos, sin que se ajuste a Derecho atribuir al órgano que haya de realizar la investigación la función de averiguar si un miembro del Gobierno denunciado o querellado incurre *ab initio* en una responsabilidad penal por estos hechos, sino que un correcto proceder jurídico implica que el denunciante o querellante sea capaz, si dirige su acción contra miembros del Gobierno, de enlazar causalmente un fallecimiento, unas lesiones o un abandono, esto es, esos hechos concretos y respecto de personas precisas, a la intervención del alto cargo, aportando pruebas directas, inmediatas, concretas y precisas de esa necesaria intervención, y no meras especulaciones, opiniones o críticas sobre su gestión; una responsabilidad por el cargo que no se equipara en Derecho Penal a los elementos atributivos de una responsabilidad criminal sobre un resultado antijurídico⁵.

Resulta especialmente ilustrativa, desde una perspectiva práctica, la siguiente conclusión referente a la imprescindible precisión en la atribución de responsabilidades y a la necesidad de acompañar elementos de cargo a las imputaciones que se efectúen para poder ser meramente admitida a trámite la correspondiente denuncia o querrela: *«No es acorde a las exigencias propias del carácter personal del Derecho Penal la realización de una imputación difusa, indiscriminada y global, ajena por completo a la concreta intervención en unos hechos determinados y claramente delimitados de personas o entidades. Ello supondría tanto como validar cualquier atribución de responsabilidad criminal de naturaleza abstracta, indefinida y genérica realizada en exclusiva atención*

⁵ A este respecto, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha expresado que *«no se identifica en la misma denuncia contra quienes pretende acotarse bajo la denominación de "altos cargos" de las distintas Consejerías que se relacionan en el escrito, ni se explica en modo alguno por qué razón la denuncia se plantea con tal indiscriminada extensión, ajena diametralmente a la más elemental proyección del principio de personalidad que rige en Derecho Penal. Tan desmesurada imputación no puede entenderse colmada con la simple anexión al "relato" de los organigramas de las diferentes Consejerías, que no vienen a ser más que el diseño estructural de cada departamento, concebido desde un punto de vista organizativo y apriorístico. En realidad, la exposición de la plataforma denunciante (o realizada en su nombre) se asemeja más a lo que pudiera conceptuarse como una causa general, a un intento de indagación indefinido y prospectivo de imposible seguimiento por razones en las que —por conocidas— no consideramos necesario detenernos»* (Auto n.º 64/2020, de 1 de diciembre de 2020, FD 1.º, Diligencias Previas 325/2020).

a la valoración o dimensión subjetiva que cualquier persona pudiera otorgar a una acción o conjunto de acciones. No puede residenciarse en el conocimiento de un órgano judicial con pretensión de denuncia un relato tan abstracto. En conclusión: el más que considerable grado de indefinición de hechos que ofrece dicha denuncia, su naturaleza híbrida entre crítica y queja, y la falta manifiesta de perfil de su presentación penal no pueden conducir a otra conclusión que a la de su inviabilidad procesal» (Auto n.º 64/2020, de 1 de diciembre de 2020, FD 4.º, Diligencias Previas 325/2020 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala Civil y Penal).

c) **Antijuridicidad: la excepcionalidad de los acontecimientos pandémicos no es una posible causa genérica de justificación**

La denominada antijuridicidad es el elemento de la teoría general del delito en cuya virtud la acción ilícita desarrollada por el sujeto activo integra los elementos típicos del delito, tanto objetivos como subjetivos, sin que sea posible que la conjunción de ambos datos (esto es: la acción ilícita además incurso en tipicidad, al colmar los elementos configuradores del delito, siendo así, por ello, antijurídica) quede excluida de tal carácter por concurrir alguna causa tasada que justifique dicho proceder y su resultado. El elemento antijuridicidad se puede definir con una mayor claridad desde un punto de vista pasivo o negativo: la acción típica será antijurídica cuando no concorra sobre ella una causa de justificación que elimine la ilicitud penal (la antijuridicidad) de la conducta desarrollada.

El Código Penal español reconoce una serie de precisas causas de justificación: la legítima defensa, el estado de necesidad y el cumplimiento de un deber, oficio o cargo (artículo 20, apartados 4.º, 5.º y 7.º). Entre ellas no se encuentra, por lo tanto, la excepcionalidad de una situación de hecho como es, en efecto, una pandemia, de modo que, si bien desde un punto de vista suprallegal puedan llegar a entenderse las consecuencias desfavorables derivadas del desbordamiento de los servicios, por el carácter desconocido y sobrevenido de la novedosa situación propiciada por el coronavirus, con resultados ciertamente calamitosos⁶, el solo hecho de que hayan tenido

⁶ En este sentido, existen pronunciamientos judiciales que, dentro del alcance jurídico que procede darles, sin extralimitaciones, no excluyen en la valoración y atribución de las eventuales responsabilidades penales la naturaleza desbordante y desconocida de la enfermedad cuando esta comenzó a dar las primeras manifestaciones de la verdadera entidad de su dimensión, entonces imprevisible: *«De lo ya expuesto no puede deducirse que los hechos denunciados sean constitutivos de un ilícito penal por el mero hecho de que la residencia haya solicitado el auxilio de la autoridad sanitaria, dada la situación en la que los residentes se encuentran, habiendo fallecido alguno de ellos y encontrándose otros presuntamente afectados de la enfermedad COVID-19, y ello por cuanto no puede ignorarse la situación de pandemia por la que atraviesa en la actualidad nuestro país y la saturación de la ad-»*



lugar en el contexto extraordinario de una enfermedad con alto nivel de contagio y mortalidad no excluye *per se* la antijuridicidad de los concretos resultados, de ser esta concurrente al apreciarse la integración de los elementos propios de cada delito en los individualizados casos objeto de examen jurídico-penal. Ello, de forma acorde con la incuestionable realidad de que le corresponde a la Administración disponer los medios y desarrollar las gestiones necesarias para evitar la propagación descontrolada del virus, en definitiva, velar por la salud y la protección de la población, máxime en un estado de alarma originado por una pandemia. Esto no es, desde luego, óbice para que las eventuales responsabilidades penales que pudieran existir, si bien no justificadas técnicamente por la situación excepcional ocasionada por la enfermedad, sean atribuidas única y exclusivamente a quienes en Derecho corresponde, no de una forma genérica o indiscriminada.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado con claridad sobre este particular: *«La declaración del estado de alarma, como escenario constitucional de excepción, proyecta sus efectos jurídicos en muy distintos órdenes, pero no subvierte las premisas sobre las que descansa la responsabilidad penal. El ejercicio de las competencias asumidas en esa situación de excepcionalidad, incluso cuando implica la adopción de decisiones que ex ante podían considerarse atinadas pero que, ex post, se revelan ineficaces o contraproducentes, no convierte al responsable político en responsable penal. Afirmar lo contrario solo puede contentar a quienes ven en el derecho penal un ciego e implacable instrumento retributivo, ajeno a los principios que legitiman el más grave reproche que puede hacer un Estado, el penal. Pero nada impide la apertura de una investigación jurisdiccional encaminada a determinar, en cada caso, quién era la autoridad legalmente obligada a prestar los medios indispensables para que los trabajadores desempeñaran su actividad conforme a las normas de seguridad e higiene en el trabajo. Se trata, pues, de promover, en el marco definido por un proceso penal, si las autoridades o funcionarios respecto de las que pueda predicarse su condición de garantes omitieron de forma consciente o negligente su deber de actuar»* (ATS de 18 de diciembre de 2021, Sala 2.^a, Causa Especial n.º 20542/2020, Ponente, Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez).

ministración sanitaria, lo que ha motivado el dictado del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, lo que ha conllevado que los centros hospitalarios y su personal difícilmente se encuentren posibilitados de prestar la asistencia sanitaria que la denunciante demanda, escaseando además el material sanitario que tiene por objeto evitar el contagio de la infección, no pudiendo en atención a estas circunstancias imputarse a la administración sanitaria autonómica o estatal un delito de omisión del deber de prestar auxilio a un particular dada la clara inexistencia de dolo o intencionalidad en la falta de atención o prestación de estos servicios vista la situación a la que antes se ha hecho mención» (Auto n.º 235/2020, de 30 de marzo, RJ 1.º, Diligencias Previas 233/2020, Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción n.º 6 de Valdemoro).

El contexto pandémico, en conclusión, no es una causa legal de justificación, pero sí debe ser tenido en cuenta en el momento de aplicar la norma penal, pues, sin perjuicio de la especial naturaleza que peculiariza a la ley penal, esta es, en todo caso, una norma jurídica; por lo tanto, sin excluir el que la norma penal solo puede aplicarse a los supuestos concretamente comprendidos en ella, sin interpretaciones desnaturalizadoras o extensivas, atender al tiempo y a la coyuntura en el que la norma debe ser aplicada al caso resulta jurídicamente exigible, máxime cuando esas circunstancias transitorias se caracterizan por su objetiva excepcionalidad⁷.

d) Los supuestos de aforamiento de las autoridades de la Comunidad de Madrid

Un gran número de las denuncias y querellas presentadas, que tienen como presupuestos fácticos los perjuicios ocasionados por la pandemia sobre la vida, la integridad física, el cuidado y protección de los mayores, los pacientes de los centros sanitarios y los propios trabajadores que han prestado sus servicios en un contexto de gran riesgo como el acontecido durante los momentos agudos de la crisis sanitaria, se caracterizan por dirigirse de forma directa frente a los altos cargos de la Administración regional madrileña, incluyendo a la Presidenta, a los Consejeros o bien al Consejo de Gobierno en su conjunto.

Además de los problemas técnicos inherentes a la presentación de este tipo de acciones, desde una perspectiva material, como son la indefinición, esto es, la falta de individualización o de una imputación técnica, clara y manifiesta, de los hechos objeto de *notitia criminis* a los altos cargos de la Administración, partiendo, como elemento fundamental, de que tales altos cargos no han intervenido en el curso causal que ha producido un resultado concreto de muerte, lesiones o abandono, desde una perspectiva formal, la dirección de las acciones penales *ab initio* respecto de los miembros del Consejo de Gobierno supone una práctica procesal errónea, equivalente a iniciar una investigación respecto de unos concretos hechos desde el que debería ser su final y, en tal caso, si se dieran los requisitos jurídico-materiales para ello.

Esta realidad ha tenido las correspondientes consecuencias procesales, que han sido definidas elocuentemente por el Tribunal Supremo y el Tribunal Superior de

⁷ El artículo 3.1 del Código Civil establece: «*Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas*». Cuando el artículo 4.2 del mismo texto legal se refiere a la ley penal, dispone que: «*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*».



Justicia de Madrid, órganos competentes para conocer, en exclusiva, de aquellas causas penales que se pudieran dirigir contra la Presidenta de la Comunidad de Madrid o sus consejeros, respectivamente⁸, al margen del cumplimiento de unos mínimos requisitos de admisibilidad material, que no se han dado por las razones antes expuestas.

En el examen de aquellas pretensiones dirigidas frente a la Presidenta de la Comunidad de Madrid, el Tribunal Supremo se ha expresado con gran nitidez para, en primer lugar, declarar su competencia respecto de las denuncias y querellas fundamentadas en los hechos derivados de la pandemia y, a continuación, proceder a la inadmisión y archivo de estas denuncias y querellas por no estar debidamente justificada la comisión de los hechos punibles atribuidos a la querellada con fuero procesal en esa Sala, previo informe en este sentido evacuado por el Ministerio Fiscal, dentro de un criterio general así conformado.

Atendiendo al decisivo Auto de la Sala Segunda de 18 de diciembre de 2021, «(...) esa jerarquización (de la Administración) puede conducir a la paradoja de que cuanto más relevante sea la capacidad de decisión, más lejano se encuentra el responsable respecto de las acciones u omisiones llevadas a cabo por los últimos eslabones de la cadena de mando. Este dato, constatable empíricamente, no puede, sin embargo, oscurecer la presencia de otra idea sin la que nuestro análisis se distorsiona. Y es que aquellos que ocupan el puesto más alto de la estructura jerárquica de la Administración, por este mero hecho, no pueden ser considerados responsables in integrum de todas y cada una de las conductas ejecutadas por otros y que han podido generar o incrementar el riesgo para la vida o la salud de los trabajadores o funcionarios. Su posición no les convierte en "garantes" de todas las actuaciones que tengan lugar en el ámbito de la Administración en el que ejerzan sus competencias. Ninguna interpretación de las normas reguladoras de su funcionamiento puede conducir a dicha conclusión, y, mucho menos, a la aplicación de un tipo penal, que no se puede amparar responsabilidades objetivas». Y de este modo «la mera atribución competencial de la gestión de una determinada materia al departamento, Ministerio o Consejería dirigido por uno de los querellados no es suficiente. Es necesario que existan datos objetivos que permitan imputar los concretos resultados lesivos producidos en cada caso y sobre cada persona afectada, lo que exige la evaluación, aunque sea provisional, de las circunstancias concretas en la que estos resultados se produjeron».

⁸ El artículo 25.1 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, aprobado por Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, en su vigente redacción, dispone: «La responsabilidad penal del Presidente de Gobierno, Vicepresidentes y de los Consejeros será exigible ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. No obstante, la de los Vicepresidentes y Consejeros para los delitos cometidos en el ámbito territorial de su jurisdicción será exigible ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid».

Por lo tanto, la articulación de acciones penales inmediatas o directas contra los altos cargos, si no resultan acompañadas de una prueba de su intervención directa, precisa e inmediata en el curso causal de un concreto y preciso resultado antijurídico, no puede en Derecho dar lugar a la incoación de un proceso penal, pues las apreciaciones, opiniones, inferencias, noticias o comentarios no son, en ningún caso, pruebas de la intervención directa y necesaria en los hechos.

Ahora bien, nada obsta a que, dado que el camino emprendido por los denunciantes y querellantes ha sido erróneo, el Alto Tribunal lo reconduzca en los siguientes términos: *«Las querellas formalizadas, por tanto, no producirán el efecto asociado a la voluntad de los querellantes de iniciar un proceso penal contra los aforados y de ejercer la acción penal en ese marco. Pero en la medida en que esas querellas son también vehículo de transmisión de una noticia criminis, van a ser remitidas, en unión de las denuncias que sobre los mismos hechos han tenido registro en el Tribunal Supremo, al Juzgado Decano de Madrid para que proceda a su reparto. Será entonces cuando el desarrollo de las investigaciones permita discernir quiénes podrían ser objetivamente considerados como garantes y qué autoridades o funcionarios pudieron desoir el deber de actuar impuesto por las normas reguladoras de seguridad e higiene en el trabajo. Solo cuando las diligencias practicadas evidencien, en su caso, la existencia de indicios de responsabilidad contra algún aforado, deberá el Juez de instrucción recabar dictamen del Ministerio Fiscal y elevar exposición razonada ante esta Sala»,* añadiendo que *«también ahora la Sala va a remitir testimonio de las querellas y denuncias formuladas por las muertes padecidas en las residencias de la tercera edad. Las diligencias a practicar por los Jueces de Instrucción, en el marco definido por los procedimientos penales que habrán de ser incoados, permitirán esclarecer si esos fallecimientos estuvieron asociados a decisiones políticas, administrativas o de gestión y si aquéllas son susceptibles de reproche penal. Habrá de indagarse también el origen y la autoría de resoluciones prohibitivas que impidieron que esas personas fueran trasladadas a centros sanitarios, anticipando así un prematuro estado de necesidad que, por su propia naturaleza, debía haber sido, siempre y en todo caso, un acto médico. La instrucción deberá esclarecer si la excepcionalidad derivada de las circunstancias vividas durante la pandemia justificaba decisiones que impidieron a los enfermos de mayor edad recibir la atención médica de la que eran merecedores y a la que, por supuesto, tenían derecho».*

El Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 4 de enero de 2002 requiere que el proceso penal se tramite ante el órgano judicial que sea competente conforme a las normas generales de nuestras leyes procesales y, si este órgano entendiera que hay indicios de responsabilidad criminal contra algún aforado, agotada la investigación en todo lo que fuere posible, sin dirigir el procedimiento contra este, procederá a remitir a esta Sala la correspondiente exposición razonada. En igual



sentido, el ATS de 12 de enero de 2000 afirmó el carácter excepcional de las reglas constitucionales que atribuyen la competencia a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo para instruir y enjuiciar las causas contra determinadas personas, de modo que solo se iniciarán en el Tribunal Supremo tales procedimientos penales contra personas aforadas cuando haya quedado individualizada la actividad delictiva concreta de tal persona y, además, exista algún indicio o principio de prueba que pudiera servir razonablemente de base para la imputación criminal que de esa conducta individualizada pudiera derivarse.

En definitiva, una vez que las causas penales cuenten, en los Juzgados de Instrucción, con una mínima investigación ubicada en el contexto procedente (no en genérico), en el que se halla el centro efectivo de la toma de las decisiones médico-asistenciales respecto de cada concreto residente o paciente (esto es, residencias u hospitales) según sus condiciones personales de salud, si surgen indicios sólidos, de carácter cualificado, como entre otras expresa y exige la STS 277/2015, de 3 de junio (no meras referencias nominativas al cargo, hipótesis, conjeturas, opiniones o disconformidades con la gestión) de la responsabilidad penal en esos concretos hechos de algún alto cargo aforado, podrá efectuarse la exposición razonada por parte del Juzgado y previo informe del Ministerio Fiscal, ser elevado de nuevo a la Sala, cuya competencia es legal y jurisprudencialmente restrictiva, y precisa de que esa exposición sea muy fundada y exhaustiva, con una imputación objetiva incontestable, para proceder válidamente contra el alto cargo.

Este es el criterio final que se puede verificar que se está llevando a la práctica, atendiendo a los procedimientos penales efectivamente abiertos, que se encuentran circunscritos a pacientes, residentes y trabajadores concretos, y respecto de los responsables directos de la toma de decisiones sobre su salud, conforme a la tesis establecida por el Ministerio Fiscal, quien en el momento de presentar denuncia o interponer querrela actúa con arreglo a estas referidas premisas, que apuntan a un ámbito de la investigación acotado en sus precisos límites de causalidad e imputación objetiva, apreciándose incluso la consideración de que las normas y protocolos de la Administración actúan como el parámetro orientador de la actuación conforme a Derecho por parte de quienes son los responsables últimos de la toma de las concretas decisiones, de modo que su no cumplimiento, en tanto no sea debidamente explicado, habilita la apertura de una investigación penal justificada frente a ellos⁹.

⁹ Este criterio general de la Fiscalía en cuanto a los procedimientos penales derivados de la pandemia se exterioriza con claridad en las denuncias interpuestas por su parte, en las que se recogen, dentro de sus antecedentes de hecho, manifestaciones como la siguiente: «Durante el periodo de pandemia ocurrido entre los meses de marzo a junio de 2020, la residencia, con su directora al frente, desarrolló medidas de prevención y organización para tratar de paliar los efectos de la enfermedad COVID-19,

3. Derecho Penal: parte especial

La parte especial del Derecho Penal comprende el examen de los diversos ilícitos penales, atendiendo a su singularidad, en los elementos que los configuran, de modo que supone la traslación de la teoría general del delito a cada tipo de injusto, que queda integrado con una acción u omisión típica, antijurídica y culpable. Sobre esta premisa, cada delito manifiesta una naturaleza jurídica propia en los elementos de la teoría general, y al mismo tiempo se dota de diferencia y sustantividad en relación con otras conductas jurídico-penalmente reprochables.

La experiencia acumulada con el análisis en profundidad de las múltiples vías de acceso a la jurisdicción penal que se han llevado a cabo con ocasión de los hechos derivados de la pandemia ocasionada por el coronavirus, cristaliza en la imputación *a priori*, y de una forma dominante, de una serie de delitos en los que los denunciadores y querellantes los encuadran: delito de homicidio imprudente (y lesiones imprudentes), delito de omisión del deber de socorro (junto con el delito de denegación de asistencia sanitaria), delito contra los derechos de los trabajadores y finalmente delito de prevaricación administrativa.

a) Delito de homicidio imprudente (y delito de lesiones imprudentes)

Uno de los delitos que, con carácter general, han sido objeto de atribución a muy diversos sujetos activos en las denuncias y querellas interpuestas es el de homicidio imprudente, al entender que el fallecimiento de residentes en centros asistenciales o de pacientes en hospitales es el resultado directo de la praxis del sujeto activo denunciado, llevando incluso el título de imputación más allá de la relación causa-efecto, para asignar las hipotéticas responsabilidades penales nacidas del fallecimiento

incluyendo el refuerzo de la atención sanitaria y el desarrollo de un sistema de comunicación diario con el médico geriatra de enlace del hospital designado por las autoridades competentes, quien era el encargado, en base en su criterio médico, y tomando en consideración los elementos orientativos descritos en el "Protocolo de Coordinación para la atención de pacientes institucionalizados en centros residenciales de la Comunidad de Madrid durante el periodo epidémico ocasionado por el covid-19", remitido a la residencia de mayores el día 20 de marzo de 2020, de decidir qué usuarios se beneficiarían más de una estancia hospitalaria y quiénes deberían permanecer en la residencia, recibiendo un tratamiento que, no obstante, era coordinado y seguido desde el centro hospitalario, que proveía, además, los fármacos y oxigenoterapia necesarios. Sin embargo, los doctores de la residencia no activaron el referido mecanismo de coordinación, a pesar de que concurrían los presupuestos para hacerlo y sin que conste razón justificada en contrario, respecto de dos concretos residentes, habiendo provocado con su actuación que no pudieran ser valorados por el médico geriatra del hospital de referencia, e incluso trasladados a sus instalaciones, al tiempo que tampoco les proveyeron en la residencia un adecuado seguimiento y control médico, de todo lo cual era conocedora la directora del centro, que tampoco realizó acción alguna para solventar la situación».



to del residente o del paciente (extremo que constituiría la consumación del delito) a los titulares de las más elevadas áreas de gestión administrativa, como pudieran ser miembros del Consejo de Gobierno de una determinada Administración.

La naturaleza jurídica del delito de homicidio imprudente, en el que no existe una acción planificada con la finalidad de ocasionar la muerte de la víctima, que se pueda ver interrumpida por una acción ajena a quien la realiza, sino que esta sobreviene como consecuencia de un desajuste en la corrección de la acción desarrollada por el facultativo, dificulta considerablemente la posibilidad de una imperfecta ejecución, o tentativa, en estos casos de eventual homicidio por imprudencia; por ello, más que una imperfecta forma de ejecución o tentativa de homicidio imprudente en el supuesto de acreditarse una mala praxis sanitaria, si no se materializa el resultado antijurídico del fallecimiento, esto es, si el paciente o residente sobrevive, pero lo hace con secuelas en su salud, por lo tanto en su integridad física, la acción se consume con ese desvalor sobre la salud, materializado en las lesiones, por lo que quedaría integrado el tipo objetivo del delito de lesiones por imprudencia, y no el delito de homicidio imprudente en grado de ejecución tentativa, al ser requerido el resultado muerte para diferenciar ambos tipos de injusto.

El delito de homicidio imprudente, que el Código Penal tipifica en el artículo 142¹⁰, supone la afectación del bien jurídico *vida* de la víctima como consecuencia

¹⁰ Dispone el artículo 142 del Código Penal: «1. El que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años. Si el homicidio imprudente se hubiera cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se impondrá asimismo la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de uno a seis años. A los efectos de este apartado, se reputará en todo caso como imprudencia grave la conducción en la que la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 379 determinara la producción del hecho. Si el homicidio imprudente se hubiera cometido utilizando un arma de fuego, se impondrá también la pena de privación del derecho al porte o tenencia de armas por tiempo de uno a seis años. Si el homicidio se hubiera cometido por imprudencia profesional, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un periodo de tres a seis años. 2. El que por imprudencia menos grave causare la muerte de otro, será castigado con la pena de multa de tres meses a dieciocho meses. Si el homicidio se hubiera cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se podrá imponer también la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres a dieciocho meses. Se reputará imprudencia menos grave, cuando no sea calificada de grave, siempre que el hecho sea consecuencia de una infracción grave de las normas sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, apreciada la entidad de esta por el Juez o el Tribunal. Si el homicidio se hubiera cometido utilizando un arma de fuego, se podrá imponer también la pena de privación del derecho al porte o tenencia de armas por tiempo de tres a dieciocho meses. El delito previsto en este apartado solo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.»

inmediata, directa y necesaria de la intervención por parte del sujeto activo quien, en el ejercicio de sus atribuciones, o bien no actúa con la debida diligencia profesional, cuyas pautas vienen definidas de forma objetiva por normas profesionales o protocolos, o bien genera un riesgo con su forma de proceder que quebranta el deber de cuidado que le corresponde como profesional, y que no solventa o impide en el momento de cristalizar en un resultado desfavorable para el bien jurídico de la víctima. El artículo 142 bis del Código Penal¹¹ contempla una cualificación del delito que agrava también la penalidad, y subraya precisamente la nota que define al homicidio imprudente, como ilícito que implica la generación de un riesgo en contra de las normas que rigen la *lex artis* del profesional y el deber especial de cuidado, que como tal, le corresponde guardar; y añade, desde la perspectiva de la legalidad, la relación antes referida entre los delitos de homicidio y lesiones imprudentes, cuyas características hacen compatible su relación concursal, al primar la diferencia de los bienes jurídicos protegidos en cada delito y la dificultad de apreciar una ejecución imperfecta del delito de homicidio imprudente.

La aplicación de ambas figuras delictivas a los hechos acontecidos como consecuencia de la pandemia ocasionada por el coronavirus en las residencias de mayores y hospitales públicos implica, en primer lugar, desde la perspectiva estrictamente técnica, la imposibilidad en Derecho de imputar objetivamente el desvalor antijurídico de los fallecimientos de residentes y pacientes, si estos llegan a reputarse constitutivos de delito, a quienes no se encuentren directa y materialmente relacionados con las acciones u omisiones desencadenantes de dichos resultados, pues los tipos objetivos de ambos delitos se refieren a quienes tienen el deber, en sus ámbitos competenciales, ejecutivos, de velar por la salud de los titulares de los bienes jurídicos vida e integridad física. En segundo lugar, los protocolos médico-asistenciales aprobados desde los órganos de gobierno de la Administración no solo carecen, *per se*, de las características de acción, tipicidad y antijuridicidad para dar lugar, ellos mismos, a integrar un delito de homicidio o de lesiones imprudentes, sino que, por el contrario, se erigen en el parámetro de legalidad de la actuación conforme a Derecho de los profesionales que deben aplicarlos en su desempeño, siendo estos quienes integran la condición de sujeto activo de los referidos delitos. De este modo, los protocolos se integran en el acervo de normas que rigen su *lex artis* y a ellos deben acudir para que, en caso de producirse un daño, no les sea criminalmente reprocha-

¹¹ Dispone el artículo 142 bis del Código Penal: «En los casos previstos en el número 1 del artículo anterior, el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente la pena superior en un grado, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad, en atención a la singular entidad y relevancia del riesgo creado y del deber normativo de cuidado infringido, y hubiere provocado la muerte de dos o más personas o la muerte de una y lesiones constitutivas de delito del artículo 152.1.2.º o 3.º en las demás, y en dos grados si el número de fallecidos fuere muy elevado».



ble por haber actuado de forma ajena a las normas rectoras de su actividad. Por otro lado, dichos protocolos se fundamentan en criterios médicos e individualizados, de modo que lo que imponen al facultativo, aparte de su carácter orientativo en lo particular, siendo aquí médica y singular la decisión, es estar siempre al caso concreto que atienden y a consensuar su decisión clínica con otros profesionales, los denominados «geriatras de enlace», si lo necesita.

El Tribunal Supremo ha exigido una serie de requisitos para apreciar la concurrencia del delito de homicidio imprudente:

1. La producción de un resultado de lesión o de riesgo, propio del tipo penal.
2. Que se haya omitido una acción que se encuentre en relación de causalidad hipotética con la evitación de dicho resultado, exigiendo que la no evitación del resultado equivalga a la causación.
3. Que el omitente hubiese estado en condiciones de haber realizado voluntariamente la acción que habría evitado o dificultado el resultado.
4. Que la omisión suponga la infracción de un deber jurídico de actuar, bien como consecuencia de una específica obligación legal o contractual de actuar, bien porque el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídico protegido mediante una acción u omisión precedente, lo que incluye los casos en los que el deber consiste en el control sobre una fuente de peligro que le obligue a aquel a actuar para evitar el resultado típico.

La STS 716/2009, de 2 de julio, identificó la posición de garante con el deber de cuidado, y la STS 482/2017, de 28 de junio, en cuanto al tipo subjetivo del delito, establece que consiste en que *«no se emplee el cuidado debido, o que no se consiga impedir el resultado por la forma descuidada o inadecuada en la que se intentó el deber de garantía»*.

Las residencias de mayores son centros que exigen un especial deber de cuidado, atendiendo a las condiciones de salud de los residentes, de modo que, cuanto más elevada sea la dependencia o fragilidad de la salud de los residentes, tanto más también lo será el deber de diligencia de los profesionales que los atienden. Los centros residenciales deben cumplir con la normativa autonómica y comunicar las diversas resoluciones y protocolos que las consejerías competentes dicten para subvenir al cuidado de los residentes. La actividad de protección a los residentes es una obligación de medios, esto es, de la puesta en activo de toda la buena praxis posible para proteger a los residentes, pero no puede hacerse extensiva a la evitación de resultados, como los derivados de una pandemia, que resultan inexorables, máxime en unas condiciones objetivas de salud desde su base muy precarias en muchos casos. Los profesionales de las residencias han de materializar su buen hacer, aplicar las

normas correspondientes y actuar bajo los criterios médicos que recomienden el tratamiento en el propio centro o bien en el hospital, si así se decide clínicamente y resulta beneficioso para el residente.

Si, en el caso concreto, se acredita que el centro residencial adoptó las medidas de prevención y restricción de visitas dispuestas por las autoridades competentes; sectorizó las plantas y habitaciones; informó sobre los protocolos a todos sus profesionales; dotó de medios de protección en la medida de los que estuvieran disponibles en un escenario de escasez, y contó con un servicio médico propio para atender a los residentes, con un contacto, según protocolo, con el geriatra de enlace del hospital designado, no resulta jurídicamente posible apreciar la concurrencia de los elementos típicos del delito de homicidio o de lesiones imprudentes, pues se habría actuado lealmente desde la posición de garante por parte de los sujetos responsables de velar por los residentes, no omitiendo ni generando ninguna acción que incrementase el riesgo antijurídico de producir un resultado que, en muchas ocasiones, resultó además inevitable conforme a la situación de la ciencia en el momento inicial del brote pandémico, en el que la enfermedad empezaba a mostrar su verdadera faz, y por lo tanto a iniciarse el conocimiento científico necesario para saber cómo luchar contra ella.

b) El delito de omisión del deber de socorro (y denegación de asistencia sanitaria)

Una de las modalidades delictivas que ha sido objeto de mayor imputación en relación con los hechos derivados de la incidencia de la pandemia del coronavirus en las residencias de mayores y en los centros sanitarios es de carácter omisivo, consistente en atribuir a quienes se configuran como sujetos activos una reconocida pasividad en el ejercicio de sus competencias profesionales, cuando no una dejación absoluta de las mismas, con el resultado de ocasionar, a consecuencia del incumplimiento del deber de protección que, dada su posición de garante, compete al denunciado o querrellado, el fallecimiento o las graves secuelas en la salud de aquellas personas que residen en un centro socio-sanitario.

El Código Penal español tipifica el delito de omisión del deber de socorro en el artículo 195¹², estableciendo en dicho precepto el tipo básico, para, a continuación,

¹² Dispone el artículo 195 del Código Penal: «1. *El que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiese hacerlo sin riesgo propio ni de terceros, será castigado con la pena de multa de tres a doce meses.*

2. *En las mismas penas incurrirá el que, impedido de prestar socorro, no demande con urgencia auxilio ajeno.*



disponer el delito específico de omisión del deber de socorro en el ámbito de la competencia en materia sanitaria en el artículo 196¹³, que, participando de los elementos del tipo base, añade la condición de profesional sanitario al sujeto activo, dando así lugar a un delito con sustantividad propia, como es la denegación de asistencia sanitaria.

La conducta que integra el tipo consiste en la inacción, esto es, en la omisión de la actuación debida que ocasiona un daño. Supone, con carácter general, por el sujeto activo no ayudar a una persona desamparada y en peligro manifiesto y grave, añadiendo, desde el punto de vista volitivo, su plena conciencia, su certeza absoluta, de que dicha persona se encuentra en peligro y que debe socorrerla, tanto desde una perspectiva humanitaria, como específicamente si tal sujeto activo es además un profesional que debe velar por el cuidado de sus pacientes o residentes.

El Tribunal Supremo (entre otras, en la STS 18-5-91 o STS 13-5-97) establece los requisitos para apreciar la concurrencia de este ilícito penal:

1. Una conducta omisiva sobre el deber de socorrer a una persona desamparada y en peligro manifiesto y grave, esto es, cuando necesite protección de forma patente y conocida, y no existan riesgos propios o para un tercero.
2. La repulsa por la sociedad de la conducta omisiva del agente.
3. Una culpabilidad constituida no solo por la conciencia del desamparo de la víctima y de su necesidad de auxilio, sino también de la asunción del deber de actuar.

El dolo se debe dar por acreditado en la medida en que el agente tenga conocimiento del desamparo y necesidad de ayuda de la víctima, ya sea de forma directa, cuando la situación es incontestable, o bien incluso como un dolo eventual, previniendo la situación de desamparo como cierta y a pesar de ello no haciendo nada.

La relación de causalidad en esta modalidad delictiva es siempre de naturaleza hipotética, pues no existe una acción a la que vincular un resultado, sino una omisión

3. *Si la víctima lo fuere por accidente ocasionado fortuitamente por el que omitió el auxilio, la pena será de prisión de seis meses a 18 meses, y si el accidente se debiere a imprudencia, la de prisión de seis meses a cuatro años.»*

¹³ El artículo 196 del Código Penal establece: «*El profesional que, estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria o abandonare los servicios sanitarios, cuando de la denegación o abandono se derive riesgo grave para la salud de las personas, será castigado con las penas del artículo precedente en su mitad superior y con la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de seis meses a tres años.*»

que debe ser enlazada racionalmente con este (en forma de fallecimiento o lesiones); de modo que se trata de una conexión teórica, en la que el único extremo material es el resultado, que ha de anudarse a una inacción como su elemento desencadenante. La forma de verificar este enlace es mediante el razonamiento conforme al cual se suponga, sin ninguna duda y necesariamente, que la acción que se hubiera llevado a cabo por el sujeto obligado a desarrollarla habría dado lugar, en lugar de no haber actuado y de haberse materializado, a la desaparición del resultado antijurídico.

Jurisprudencialmente se establece una distinción clave en cuanto a la atribución de responsabilidad por omisión, entre la posición de garante que el sujeto activo ostenta por su cargo y el *plus* que precisa el reproche penal, de modo que el solo dato objetivo de la detentación de una posición de garantía sobre los bienes jurídicos de terceros, *per se*, no puede conllevar a una automática asunción de responsabilidades penales si a ello no se acompaña un elemento adicional. La realización omisiva del hecho debe ser estructural y materialmente idéntica a la realización activa. Si el peligro ya preexiste a la omisión por parte del sujeto activo, y su omisión no crea, ni aumenta, el riesgo de lesión de los bienes jurídicos, no puede existir una equivalencia a una acción u omisión en un contexto en el que ese peligro no existe, basando, en consecuencia, que dentro de ese ambiente de riesgo inevitable, el sujeto activo haya realizado lo posible por su parte para confrontarlo, de acuerdo con las normas y protocolos existentes, no pudiéndosele exigir la evitación de un resultado inexorable.

Por lo tanto, en términos generales, y excluyendo por supuesto aquellas situaciones concretas en las que se pueda apreciar que se pudo objetivamente haber realizado algo más, según el estado de la ciencia en el momento de los hechos, atendiendo a los medios disponibles y a la situación desconocida propiciada por un virus nuevo y altamente expansivo, el contagio de una enfermedad, que deriva de un acontecimiento tan natural como trágico, no es jurídicamente atribuible a una persona en particular, por lo que tampoco se le pueden imputar los resultados derivados de la infección, pues tal atribución objetiva es contraria el principio penal básico de culpabilidad.

Si el profesional médico realiza su actividad en el contexto descrito, y dentro de esas características circunstanciales, hace todo lo posible por el paciente, no se colman los elementos típicos del delito especial propio que supone el tipo de denegación de asistencia sanitaria, pues la falta de acción en ciertos supuestos, en los que esta se vincula a una inexistencia de medios materiales de protección y de respuesta clínica tan inevitables como la propia enfermedad vírica y su desconocimiento, en un estado objetivo de escasez de tales medios, en absoluto le puede ser reprochable a



título personal, pues sería tanto como hacerle responder por los resultados de hechos naturales y lógicamente incontrolables por el ser humano. Si además se verifica una adecuación de la actuación del profesional a las normas y protocolos, un interés y preocupación en su desempeño a través de manifestaciones externas tales como el contacto con otros facultativos, la voluntad que se manifiesta, aun cuando no se consiga por razones inevitables, es la de luchar porque no acontezca el resultado negativo, aun cuando ya sea una realidad proyectada en el horizonte. En definitiva, concurriendo estos extremos, no solo no se integraría el tipo objetivo del injusto, sino ni tan siquiera el subjetivo, pues la voluntad exteriorizada es la de intentar resolver la situación, aunque la realidad lo impida de una forma inevitable.

c) El delito contra los derechos de los trabajadores

El delito contra los derechos de los trabajadores, que el Código Penal español tipifica en su artículo 316¹⁴, tiene por objeto el reproche penal de aquellas omisiones, realizadas por quienes tienen la obligación normativa de velar por la seguridad de los trabajadores, en la aportación de los medios de protección necesarios para que puedan desarrollar sus funciones, generando de esta forma un riesgo grave para sus bienes jurídicos protegidos. En consecuencia, se trata de un delito de peligro concreto grave, que, en el caso de producir un resultado lesivo, concursará con otras modalidades delictivas. Admite la comisión dolosa e imprudente, de conformidad con el artículo 317 del Código Penal¹⁵, si bien la dimensión del elemento subjetivo de la imprudencia exigida en el tipo ha de ser grave. En el caso de la modalidad dolosa, el obligado a proporcionar los medios de protección a los trabajadores, desde su posición de garante, es consciente del peligro existente y con dicho conocimiento voluntariamente deja de proteger a quienes realizan su actividad laboral, omitiendo toda actuación con consciencia de ello. En la modalidad imprudente, el sujeto activo del delito, con su omisión, genera e incrementa un riesgo para los bienes jurídicos de los trabajadores, no siendo su voluntad determinada omitir dicha protección, pero tal y como desarrolla sus funciones de garante, asume de hecho la posibilidad de que sus trabajadores tengan un perjuicio en sus bienes jurídicos propios; esto es, no quiere provocar el peligro propio del tipo objetivo del injusto, pero asume las conse-

¹⁴ Dispone el artículo 316 del Código Penal: «Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses».

¹⁵ Establece el artículo 317 del Código Penal: «Cuando el delito a que se refiere el artículo anterior se cometa por imprudencia grave, será castigado con la pena inferior en grado».

cuencias de su deficiente actuación protectora. La responsabilidad penal puede hacerse extensiva a la persona jurídica de la que dependen los trabajadores afectados, siguiendo una cadena de mando dentro de la empresa o entidad, atendiendo al contenido del artículo 318 del Código Penal¹⁶.

Dispuestos de este modo los elementos objetivo y subjetivo del injusto, en esta modalidad delictiva resultan determinantes dos aspectos: su carácter de ley penal en blanco y su esencial dependencia del contexto en el que tiene lugar la acción u omisión en materia de protección de los trabajadores.

En cuanto al primer aspecto, la integración de la conducta típica precisa la remisión a la normativa sectorial en materia de prevención de riesgos laborales, si bien en modo alguno puede realizarse una identificación entre los incumplimientos hipotéticos en materia de prevención de riesgos laborales y el reproche penal, constituyendo ambas vías legales en una identidad que permita acudir indistintamente a una u otra. Esta posibilidad ha de quedar directamente excluida por el principio de intervención mínima o *ultima ratio* del Derecho Penal, ámbito jurídico que tendrá lugar en supuestos límite, esto es, en aquellos casos en los que se aprecie un *plus* de antijuridicidad penal que trascienda al ámbito sancionatorio que le es propio, para lo que habrá que acudir necesariamente a cada caso concreto y al examen de las precisas circunstancias en las que las omisiones de quien ostenta el deber legal de otorgar la protección a los trabajadores han tenido lugar. La gravedad de la dimensión penal se refleja en la literalidad del artículo 316 del Código Penal, que dispone que el incumplimiento sobre la protección a los trabajadores debe recaer sobre los medios *necesarios* que permitan desarrollar la actividad en condiciones de higiene *adecuadas*. Por lo tanto, no adquiere dimensión penal el hecho de que, con carácter puntual y respecto de alguna concreta obligación de prevención, esta no sea cumplida en su plenitud (cuestión que podrá ser objeto de una sanción), sino que precisará que tenga lugar una abierta dejación de tales funciones de cuidado y que esta carezca de cualquier contexto que pueda llegar a explicarla.

Es precisamente en este segundo aspecto, de índole contextual, en el que se establece el canon real del reproche penal. No es posible identificar una situación circunstancial, de partida, ordinaria, en el que el empleador debe facilitar los medios de protección a los trabajadores, evitándoles los riesgos previsibles o habituales de

¹⁶ El artículo 318 del Código Penal establece: «Cuando los hechos previstos en los artículos de este título se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello. En estos supuestos la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código».



sus cometidos, a un entorno de pandemia, con escasez de medios de protección (como son, por ejemplo, los equipos de protección individual —EPIS—) derivados de una desbordante demanda. En tal contexto, el elemento relevante que llega a excluir el reproche penal es la posición proactiva del empleador, como sujeto activo del delito, quien exterioriza la voluntad de proteger a sus trabajadores, y a tal fin realiza una pluralidad de actuaciones de búsqueda de dicho material de protección, aunque por razones ajenas a su intención, y anudadas a las condiciones del mercado, no pueda obtener todo aquello que efectivamente quisiera. Si queda acreditado que esta haya sido la forma de proceder por parte del empleador, en un contexto de excepcionalidad como el ocasionado por la pandemia del coronavirus, no será jurídicamente admisible el reproche penal¹⁷.

d) El delito de prevaricación administrativa

En algunas denuncias y querellas presentadas se consideraba la concurrencia de un delito de prevaricación administrativa en la actuación del Gobierno de la Comunidad de Madrid, tipificado en el artículo 404 del Código Penal¹⁸, pero sin especificar qué resolución o resoluciones podrían tener los elementos configuradores de tal delito, esencialmente, el carácter arbitrario¹⁹, esto es, la separación del Derecho en su contenido y dictado.

¹⁷ Así lo tiene expresado la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid: *«No pueden desconocerse las singulares condiciones de explosión de la pandemia ni negarse —la documentación integrada en las Diligencias Previas y de la que hemos dejado sucinta referencia así lo acredita— que la Comunidad de Madrid, a impulso de su Consejería de Sanidad, desplegó un esfuerzo de contratación, adquisición y suministro de medios de protección al personal sanitario encargado de enfrentarse al virus COVID-19, además de otros instrumentos y efectos para la atención de los pacientes. A la vista de los datos aportados, no puede hablarse por tanto de esa omisión de actuar que ha de concurrir para que se consolide el reproche penal, cuando se acredita la importación de un total de 1.610 toneladas de material sanitario y de protección individual de distinta tipología, transportadas en el período ya analizado por 22 aviones fletados por el gobierno autonómico, y teniendo en cuenta además —lo que es un hecho notorio que no necesita prueba— las dificultades que atravesó en los primeros días el mercado mundial de estos productos, ante la coincidencia en los principales focos suministradores internacionales, de multitud de países en demanda masiva de los mismos objetos y productos»* (Auto n.º 65/2020, de 16 de diciembre, FJ 6.º, Diligencias Previas 132/2020).

¹⁸ Dispone el artículo 404 del Código Penal: *«A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años»*.

¹⁹ Sobre el elemento arbitrariedad en el delito de prevaricación administrativa, vid. GARCÍA PAZ, Diego, *De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos*, Big Data Jurist (ISDE-Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2016).

Además de la precitada indefinición, que en sí misma determina la imposibilidad de admitir a trámite escritos iniciadores de un proceso penal en los que no se detalle el acto concreto que se considera arbitrario, sin que sea válida una atribución global o genérica de dicho carácter antijurídico a toda la actuación de gobierno en una crisis sanitaria (pues le corresponde al denunciante o querellante explicitar qué acto o actos pueden reunir esas condiciones injustas, que incluso se podrían estimar, en su caso, continuadas, pero sobre unas bases materiales, esto es, unos actos expresos, lo que no acontece y supone iniciar una causa general que en modo alguno es admisible) se ha considerado, en mera hipótesis, que la atribución de este delito en algunas denuncias y querellas lo fue con un carácter omisivo, de modo que, como quiera que en la Comunidad de Madrid se adoptó un plan de choque el día 26 de marzo de 2020, la falta de anticipación o de dictado de resoluciones equivalentes entre el día de entrada en vigor del estado de alarma en España y la precitada fecha de aprobación del plan de choque supuso un vacío de respuesta administrativa que se estima arbitrario e injusto, además de ser el causante de una serie de fallecimientos en ese ínterin en las residencias de mayores.

Dejando a salvo la cuestión de los fallecimientos, que tiene su encaje en los delitos de homicidio imprudente y de omisión del deber de socorro, en los términos ya expresados en el sentido de no colmar esos hechos los requisitos típicos de tales modalidades delictivas, el extremo referente a una presunta prevaricación omisiva no resulta, del mismo modo, ajustado a Derecho; por una parte, porque resulta notorio que, incluso con antelación a la fecha de entrada en vigor del estado de alarma en España, por la Comunidad de Madrid se adoptaron medidas precisas y activas atendiendo a la evolución que presentaba la enfermedad y, por otra parte, como ha afirmado el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, *«la prevaricación omisiva es de una admisibilidad excepcional, concretada solo en aquellos casos en los que la autoridad o funcionario se vea impelido al dictado de una resolución, bien porque exista una petición de un ciudadano y el silencio equivalga legalmente a la denegación de lo solicitado, o bien porque exista una norma que de forma obligatoria imponga la adopción de una resolución, de forma que no toda omisión de la autoridad se considera equivalente al dictado de una resolución (SSTS 82/2017, de 13 de febrero y 371/2016, de 3 de mayo), y además, en el presente caso, el plan de choque que se critica se presentó en momentos muy próximos a la declaración del estado de alarma en todo el territorio nacional»*²⁰.

²⁰ Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala Civil y Penal, Auto n.º 12/2021, de 26 de febrero, FJ 8.º, Diligencias Previas 255/2020.



4. La posición de la Comunidad de Madrid en los procesos penales seguidos por los hechos derivados de la pandemia del coronavirus en residencias de mayores y en centros sanitarios públicos

La Comunidad de Madrid, en los procesos penales que puedan resultar incoados como consecuencia de los hechos acontecidos durante el periodo crítico de la pandemia ocasionada por el coronavirus, no ostenta en Derecho una posición ajena a ellos, sino que, *ex lege*, existe un título jurídico atributivo de responsabilidad a la Administración Pública que determina su concreto estatus procesal y que puede ser reclamado en cualquier fase de la tramitación del procedimiento a solicitud de las acusaciones.

El fundamento de la referida posición de responsabilidad se encuentra en que las personas titulares de los bienes jurídicos afectados por la enfermedad, residentes en centros públicos de mayores o pacientes de hospitales públicos, se hallan bajo el cuidado de la Comunidad de Madrid, de modo que los perjuicios que puedan sufrir mientras se encuentren en dependencias de la Administración implican que esta se configure legalmente como responsable civil en los procesos penales seguidos por aquellos hechos de los que se derivan tales perjuicios.

La responsabilidad civil subsidiaria de la Comunidad de Madrid en los procesos penales tiene una doble dimensión: de base civil y con implicaciones penales desde dos perspectivas.

Civilmente, la Administración, respecto de los residentes o pacientes de centros públicos se erige en guardadora de hecho²¹ respecto de ellos, esto es, en garante *de facto* de la preservación de sus bienes jurídicos ante las contingencias que sobrevengan en tanto presta el servicio público a los usuarios de sus centros, en los que residen o reciben el correspondiente tratamiento médico. La consideración, como pre-

²¹ La figura jurídica de la guarda de hecho se encontraba regulada en el artículo 303 del Código Civil, que ha sido derogado, con efectos de 3 de septiembre de 2021, por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. A partir de dicha fecha, se encuentra regulada en el artículo 52 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, conforme al cual: «1. A instancia del Ministerio Fiscal, del sometido a guarda o de cualquiera que tenga un interés legítimo, el Juez que tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho, podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y bienes del menor, de la persona con capacidad modificada judicialmente o de la que hubiera de estarlo, y de su actuación en relación con los mismos.

2. El Juez podrá establecer las medidas de control y de vigilancia que estime oportunas, sin perjuicio de promover expediente para la constitución de la tutela o curatela. Tales medidas se adoptarán, previa comparecencia, citando a la persona a quien afecte la guarda de hecho, al guardador y al Ministerio Fiscal.»

suntamente delictivo, del hecho que causa el daño al residente o paciente, implica tanto el ejercicio de la acción penal frente a las personas concretas que con su acción u omisión ocasionan o participan causalmente en la producción de ese resultado, como el posible ejercicio de la acción civil al objeto de reparar, resarcir o indemnizar el daño causado²², siendo esta la consecuencia civil que la Administración Pública debe afrontar en el procedimiento, tras los penalmente acusados y, en su caso, a continuación de la correspondiente compañía aseguradora cuya póliza la Administración haya suscrito para afrontar dichas responsabilidades.

Desde el prisma jurídico-penal, la responsabilidad civil *ex delicto* de la Administración Pública queda legalmente configurada en dos parámetros: de carácter locativo y de naturaleza personal. En relación con el primero, si los hechos tienen lugar en dependencias de la Administración, de las que sea titular, y sus empleados o funcionarios son investigados por quebrantar las normas que rigen el deber objetivo de cuidado establecidas por la Administración, se genera la primera dimensión de la responsabilidad civil derivada del delito²³, que se complementa con la legal e inmediata atribución de dicha responsabilidad civil subsidiaria a la Administración Pública cuando la acción u omisión procede de una autoridad, empleado o funcionario de la misma, de conformidad con el relevante artículo 121 del Código Penal²⁴.

En definitiva, la posición procesal de la Comunidad de Madrid como responsable civil subsidiaria en los procesos penales seguidos por los hechos derivados de la

²² Dispone el artículo 100 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: «*De todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible*».

²³ Así, dispone el artículo 120.3 del Código Penal: «*Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente: 3.º) Las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que este no se hubiera producido sin dicha infracción*».

²⁴ El artículo 121 del Código Penal establece: «*El Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando estos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria. Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario.*»



pandemia ocasionada por el coronavirus en residencias de mayores y hospitales públicos se configura por imperativo de la ley, al concurrir en la Administración Pública los presupuestos de titularidad sobre los establecimientos, prestación del servicio público y actividad u omisión de sus autoridades, funcionarios o empleados, que desencadenan el resultado lesivo objeto de investigación judicial. Cumplidos los referidos predisponentes, la Administración Pública puede ser llamada al procedimiento en esa condición procesal a propuesta de las acusaciones personadas en cualquier momento, sin que su rol procesal sea susceptible de discusión, al originarse inmediatamente en la ley, quedando solo subordinado su llamamiento al impulso acusatorio, existiendo supuestos en los que en las propias denuncias o querrelas ya consta *ab initio* el llamamiento del representante legal de la Administración o entidad pública competente en materia de servicios sociales o sanitarios en calidad de responsable civil subsidiario²⁵, o bien la atribución de dicha responsabilidad civil puede producirse más tarde, en el momento en que el que se confirme la existencia de indicios de criminalidad, lo que tiene lugar con el fin de la investigación y el pase a la fase intermedia, por medio del auto de transformación en procedimiento abreviado.

5. El conflicto de intereses entre los propios de la Comunidad de Madrid y los de las autoridades, empleados y funcionarios públicos, investigados en procedimientos penales por hechos derivados de la pandemia ocasionada por el coronavirus con perjuicio a residentes o pacientes de centros públicos, y que interesen la asistencia a título particular del Letrado de la Comunidad de Madrid

En conexión con la posición jurídica de la Comunidad de Madrid como responsable civil subsidiaria en aquellos supuestos en los que técnicamente sea viable la incoación del proceso penal por hechos acontecidos en residencias de mayores y

²⁵ De forma ciertamente excepcional y aislada, dentro de la casuística, se ha podido observar algún supuesto de llamamiento *ab initio* de la Administración al procedimiento con la figura jurídica de querrelada/investigada, lo que no resulta ajustado a Derecho, al contravenir el artículo 31 quinquies del Código Penal, conforme al cual: «Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas». Esta situación, una vez advertida por el Letrado de la Comunidad de Madrid con ocasión del propio escrito de personación en el procedimiento, solicitando la corrección del rol procesal de la Administración, que ha de ostentar la condición de responsable civil subsidiaria, con el informe favorable del Ministerio Fiscal, es rectificada por el Juzgado sin mayor litigiosidad.

centros sanitarios públicos, cuando un empleado público, funcionario o autoridad de la Comunidad de Madrid resulte formalmente investigado en tales procedimientos, existe la posibilidad de que solicite la asistencia del Letrado de la Comunidad de Madrid para que lo represente y defienda en ese procedimiento.

No obstante, así como existe el derecho del empleado público, funcionario o autoridad a solicitar (esto es, a incoar) un expediente de asistencia letrada por parte de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid, no existe el mismo derecho a obtener en todo caso la referida asistencia, pues el procedimiento administrativo a tal fin puede concluir con una resolución otorgando o denegando la asistencia letrada, en el caso de concurrir, o no hacerlo, respectivamente, una serie de estrictos requisitos de índole formal y material, siendo de especial relevancia la apreciación de la no concurrencia del conflicto de intereses entre los propios del solicitante de la asistencia letrada y los de la Comunidad de Madrid.

El artículo 2.2 de la Ley 3/1999, de 30 de marzo, de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid²⁶, en el que contempla la posibilidad de prestar asistencia letrada por parte de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid a empleados públicos, funcionarios y autoridades de la Administración Regional Madrileña, tiene el carácter de norma jurídica excepcional, de modo que solo si el interés del solicitante es el mismo y no se contradice con el propio de la Comunidad de Madrid podrá otorgarse. Debe subrayarse que la no concurrencia del conflicto de intereses es un requisito material elevado a rango legal, esto es, el mayor posible, de modo que la contravención de dicha previsión, materializada en un hipotético otorgamiento de asistencia letrada en el caso de existir conflicto de intereses implica la ilegalidad (desde variados ámbitos jurídicos) de la actuación administrativa que así lo resuelva, con graves implicaciones.

²⁶ En el referido precepto se dispone: *“A propuesta del titular de la Consejería o del centro directivo del que dependa o sea titular la autoridad, funcionario o empleado afectado, el Director general de los Servicios Jurídicos podrá autorizar que los Letrados de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid asuman la representación y defensa en juicio de las autoridades, funcionarios y empleados de la Comunidad, sus organismos y entidades en procedimientos judiciales que se sigan por razón de actos u omisiones relacionados directa e inmediatamente con el ejercicio de sus respectivas funciones, siempre que exista coincidencia de intereses.*

Queda a salvo, en todo caso, el derecho de la autoridad, funcionario o empleado de encomendar su representación y defensa a los profesionales que estime más conveniente.»

En el mismo sentido, el artículo 31.3 del Decreto 105/2018, de 19 de junio, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Reglamento de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid, dispone: *«La habilitación se entenderá siempre subordinada a su compatibilidad con la defensa de los derechos e intereses generales de la Comunidad de Madrid, organismo o entidad correspondiente y, en particular, de los que estén en discusión en el mismo proceso.»*



La posición de guarda que la Comunidad de Madrid objetiva y legalmente ostenta respecto de una persona mayor residente en un centro público, o de un paciente en un centro sanitario público, incluso respecto de sus trabajadores, que vean afectada su vida o su salud, por unos hechos presuntamente acontecidos mientras estuvo en sus dependencias, bajo su cuidado, y siendo así que la Administración regional madrileña ha de velar por sus bienes de conformidad con la normativa aplicable, implica la concurrencia de un inmediato conflicto de intereses entre los propios del interesado en la asistencia letrada y los de la Comunidad de Madrid, al existir una duplicidad de tales intereses: de una parte los propios de la persona mayor residente, del paciente o trabajador (que la Comunidad de Madrid hace suyos por imperativo de la ley al ser su guardadora de hecho, asumiendo así una preferente posición procesal de responsabilidad civil) y por otra los del interesado, que resulta formalmente investigado por unos hechos u omisiones a los que se les reprocha judicialmente ser la causa eficiente o el detonante del resultado antijurídico, del daño ocasionado sobre los bienes de aquellas personas por las que la Administración debe velar y jurídicamente responde; de este modo, la imposibilidad de asumir en el procedimiento una posición procesal ambivalente o dual, defendiendo al mismo tiempo el interés de la Comunidad de Madrid, que es el de los residentes, pacientes o trabajadores afectados, y el de la autoridad, funcionario o empleado público, al que se le imputa la acción u omisión lesiva sobre los bienes jurídicos de los que la Administración Pública responde, determina la inviabilidad de otorgar la asistencia letrada. Ello, no obstante, no significa que se anticipe un juicio de culpabilidad en el solicitante al denegar la asistencia letrada, pues ese extremo debe esclarecerse en el procedimiento penal y por el órgano jurisdiccional exclusivamente, como órgano competente y decisor; únicamente expresa que, ante la concurrencia de dos intereses contradictorios, la ley impone que siempre debe prevalecer la defensa y representación de la Comunidad de Madrid en exclusiva: tanto de sus propios bienes jurídicos como de aquellos que hace suyos al ser de su responsabilidad.

La exégesis sistemática de los preceptos aplicables implica que la posición procesal y sustantiva de la Comunidad de Madrid en el proceso penal es, única y exclusivamente, la de responsable civil respecto de los mayores, pacientes o trabajadores que se encuentran bajo su cuidado, erigiéndose en garante de sus bienes jurídicos, siendo dicha protección, atribuida por la ley a la Comunidad de Madrid, el interés prioritario de la misma, desde todas las perspectivas, e incompatible con la defensa de otro cualquier interés distinto. El interés de la Comunidad de Madrid coincide exclusivamente y se identifica *ex lege* con el del mayor, paciente o trabajador bajo su cuidado, por lo que únicamente puede representar y defender dicho interés. Si el procedimiento se sigue por un presunto daño causado a un tercero (el mayor residente, el paciente o el trabajador) que no es ajeno a la Administración regional

madrileña, sino que, en virtud del vínculo jurídico existente, esta responde por él, coincidiendo sus intereses, el Letrado de la Comunidad de Madrid única y exclusivamente puede actuar, por así imponerlo la normativa expuesta, en representación y defensa de la Administración Pública desde esa posición, y en ningún caso al mismo tiempo en nombre de quien, en estrictos términos jurídico-penales, resulta ser indiciariamente responsable de causar ese daño, dada su condición de investigado.

6. Conclusión

El examen jurídico de las diversas circunstancias que han caracterizado al ejercicio de la acción penal en relación con los hechos acontecidos en los centros residenciales y sanitarios de la Comunidad de Madrid lleva a estimar que, con carácter general, el recurso a la vía penal para su valoración en Derecho resulta inidóneo.

Esto es así por tratarse de un ámbito que, atendiendo a su propia naturaleza, descarta directamente ser empleado como el camino ordinario para la exigencia de responsabilidades jurídicas, pues se rige por el principio de *ultima ratio*; sin embargo, han sido muy numerosas las denuncias y querellas presentadas por estos hechos, de las cuales, solo una mínima parte ha dado lugar a la apertura de procedimientos penales.

Además, y con mayor relevancia, en este contexto, los escritos iniciadores han adolecido de defectos técnicos que las altas instancias judiciales han puesto de manifiesto constantemente en sus resoluciones de inadmisión: desde la inconcreción de los hechos; la presentación de críticas a la gestión de la crisis sanitaria como si se tratara de hechos punibles; la falta de identificación de las víctimas concretas; la carencia de una exposición clara de la relación de causalidad; la pretensión de iniciar pesquisas generales o investigaciones prospectivas; hasta el recurso a la responsabilidad exclusivamente por el cargo, pretendiendo iniciar la investigación por el que debería ser su final si así procediera, o la presentación de denuncias y querellas ante órganos incompetentes al dirigirse frente a no aforados y aforados en unidad de acto, entre otros.

En efecto, puede comprobarse que los contados procesos penales que se han incoado lo son en cuanto a hechos muy claros, puntuales, en relación con la forma de proceder respecto de residentes o pacientes concretos y atendiendo a la forma en la que los profesionales precisos que ejercían sus funciones sanitarias y de cuidado de esas personas actuaron respecto de ellos; en definitiva, prescindiendo de abrir investigaciones generales y circunscribiendo el procedimiento a la consideración so-



bre si, en un contexto excepcional como ha sido el pandémico, quienes ejercieron funciones decisorias sobre el tratamiento y derivación de los residentes actuaron de acuerdo con la *lex artis* de su profesión e hicieron todo lo posible, en el marco de una situación de calamidad y escasez, por salvar la vida y la salud de los residentes que, desgraciadamente, fallecieron. Estas resultan ser las premisas adecuadas para la apertura de un proceso penal, con independencia de la resolución del mismo.

Los trágicos hechos acontecidos en el año 2020 han servido para esclarecer la dimensión y aplicabilidad a ellos del Derecho Penal, en el que ha sido un aprendizaje permanente sobre la forma de proceder desde el ejercicio de esta rama del Derecho en una situación social y humana que ha causado un dolor inenarrable, y que, más allá del desarrollo del conocimiento técnico y de la experiencia profesional en la materia jurídica que ha supuesto, debe quedar solo en la historia y en el recuerdo, con la esperanza de que no vuelva a producirse.

BIBLIOGRAFÍA

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARÁN, Mercedes (1996). *Derecho Penal Parte General* (2.ª edición). Valencia: Tirant Lo Blanch.

GARCÍA PAZ, Diego (2016). *De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos*. Big Data Jurist (ISDE-Difusión Jurídica y Temas de Actualidad).

La llamada cláusula de no despido: análisis del artículo 2 del Real Decreto-ley 9/2020 a través de la jurisprudencia

PABLO MEDIAVILLA ABELLÁN

Letrado de la Comunidad de Madrid*

SUMARIO

1. Introducción.
2. Régimen jurídico.
3. Imprudencia: la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 31 de marzo de 2020.
4. Nulidad: la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 26 de enero de 2021.
5. Epílogo.

RESUMEN

En el presente artículo se analiza cómo la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19 ha afectado a las relaciones laborales y, en particular, al Derecho Social, a través de un análisis de la regulación de los despidos surgida du-

rante la pandemia y de la interpretación que de dicha regulación ha hecho la jurisprudencia menor, a falta de un pronunciamiento interpretativo definitivo por parte del Tribunal Supremo.

PALABRAS CLAVE

Despido; COVID-19; relaciones laborales.

* En la actualidad desempeña el puesto de Letrado en el Servicio Jurídico de Asuntos Contenciosos de Personal de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid.

ABSTRACT

This article analyzes how the health crisis caused by COVID-19 has affected labor relations and in particular Social Law, through an analysis of the regulation of layoffs that arose

during the pandemic and the interpretation of said regulation minor jurisprudence has made in the absence of a definitive interpretative ruling by the Supreme Court.

KEYWORDS

Dismissal; COVID-19; labor relations.

1. Introducción

La crisis ocasionada por la COVID-19 supuso una revolución para nuestro ordenamiento jurídico, que obligó al legislador, en un periodo muy pequeño de tiempo, a desarrollar todo un conjunto de normas que abordan todos los extremos que habían surgido con la pandemia y también aquellos que se vieron trastocados. Se produjo así una incipiente utilización de instrumentos excepcionales, hasta entonces olvidados en la práctica, y se atribuyó un papel muy relevante a los Juzgados y Tribunales que, si bien es cierto que no deja de ser un corolario lógico de la función complementaria que tiene la jurisprudencia al amparo del 1.6 del Código Civil, también lo es que a lo largo de estos meses se ha residenciado en aquellos la decisión de asuntos muy complejos o que las normas de emergencia no supieron concretar con la debida precisión.

El ámbito del Derecho Social se vio especialmente afectado por la crisis ocasionada por la COVID-19. Así lo adelantó ya el Preámbulo del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social de la COVID-19 (en adelante, Real Decreto-ley 8/2020) que, ante la rápida extensión de la pandemia, señaló en sus primeros días: *«La crisis sanitaria se está transmitiendo a la economía y a la sociedad a una velocidad inusitada, afectando tanto a la actividad productiva como a la demanda y al bienestar de los ciudadanos. La economía se está viendo afectada por diversos canales»*. Velocidad que todavía no hacía prever lo afectadas que se verían las relaciones laborales y el profundo calado que tendría dicha crisis sanitaria en el empleo y en el ámbito del Derecho del Trabajo.

En el presente artículo abordaremos la coloquialmente conocida como cláusula de no despido contenida en el artículo 2 del Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19 (en adelante, Real Decreto-ley 9/2020). Como es sabido, dicha cláusula excluye la posibilidad de que sean justificativas del despido y de la extinción del contrato de trabajo la fuerza mayor y las causas económicas, técnicas,

organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020. Textualmente, el artículo 2 del Real Decreto-ley 9/2020 dice:

«Artículo 2. Medidas extraordinarias para la protección del empleo.

La fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido.»

El Real Decreto-ley 9/2020 se entiende tácitamente derogado por la Ley 3/2021, de 12 de abril, por la que se adoptan medidas complementarias en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados de la COVID-19, cuyo artículo 2 tiene la misma redacción que el transcrito artículo 2 del Real Decreto-ley 9/2020. Antes de la entrada en vigor de la Ley 3/2021, el artículo 2 del Real Decreto-ley 9/2020 había visto prorrogada su vigencia varias veces: primero, hasta el 30 de septiembre de 2020 por el artículo 7 del Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio; a continuación, hasta el 31 de enero de 2021, por el artículo 6 del Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre; y, por fin, hasta el 31 de mayo de 2021, según el artículo 3.6 del Real Decreto-ley 2/2021, de 26 de enero. Por su parte, el nuevo artículo 2 de la Ley 3/2021 tenía su vigencia limitada hasta el 31 de mayo de 2021, más se ha prorrogado hasta el 30 de septiembre de 2021 por el Real Decreto-ley 11/2021, de 27 de mayo, que a su vez ha sido prorrogado por el Real Decreto-ley 18/2021, de 28 de septiembre, de medidas urgentes para la protección del empleo, la recuperación económica y la mejora del mercado de trabajo, hasta el 28 de febrero de 2022. Por lo que la vigencia del precepto o cláusula de no despido que examinamos claramente está prevista por el legislador como temporalmente limitada.

La cláusula de no despido, entonces, debe ponerse necesariamente en conexión con los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, que establecen determinadas especialidades en relación con los expedientes de regulación temporal de empleo (en adelante, ERTES) en el contexto de la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19. Así, el primero de ellos y respecto a la fuerza mayor, señala que *«las suspensiones de contrato y reducciones de jornada que tengan su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19, incluida la declaración el estado de alarma, que impliquen suspensión o cancelación de actividades, cierre temporal de locales de afluencia pública, restricciones en el transporte público y, en general, de la movilidad de las personas y/o las mercancías, falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo*



ordinario de la actividad, o bien en situaciones urgentes y extraordinarias debidas al contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretados por la autoridad sanitaria, que queden debidamente acreditados, tendrán la consideración de provenientes de una situación de fuerza mayor», estableciendo a continuación la norma una serie de diferencias en la tramitación respecto a los ERTES ordinarios (no relacionados con causas derivadas de los efectos del COVID-19). El artículo 23, por su parte, se dedica a las especialidades de la tramitación de ERTES por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción derivadas de los efectos de la COVID-19.

La insuficiente redacción de la llamada prohibición de despedir ha generado numerosos interrogantes que afectan directamente al principio de seguridad jurídica consagrado en nuestra Constitución, como así lo ha reconocido la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en su Sentencia de 26 de enero de 2021, que señala, sin ánimo exhaustivo, los siguientes interrogantes: *«¿Su aplicación queda vinculada solo a las causas COVID-19 que pueden justificar un ERTE, o es preciso que la empresa hubiese adoptado realmente las medidas de ajuste? ¿El incumplimiento de la norma de excepción determina la nulidad del despido por vulnerar una norma imperativa de interés general, o el efecto jurídico es la improcedencia como ocurre con cualquier extinción contractual no justificada o sin causa?».*

En las siguientes líneas, por el formato en que nos encontramos y por extensión, nos centraremos únicamente en el último de los problemas, que se presenta harto interesante, en tanto que el Tribunal Supremo aún no se ha pronunciado.

Debemos tener presente al estudiar cada una de las posturas surgidas en torno a la norma, que se trata de interpretaciones que, con sus aciertos y sus errores, tratan de dar luz a un precepto que ya de por sí es confuso, lo que determina que se trata de una cuestión que se presta al análisis y a la opinión y que no tiene unas conclusiones totalmente cerradas. Cada una de las posturas interpretativas tiene puntos que permiten echar la vista atrás y reavivar cuestiones jurídicas muy interesantes que se creían ya resueltas, así como trazar un horizonte jurídico que, en determinados aspectos —como ocurre con la calificación del despido en nuestro derecho—, obligue al legislador a ser más preciso, reduciendo así muchas dudas interpretativas, facilitando a su vez la actuación de los operadores jurídicos.

2. Régimen jurídico

Para poder abordar de manera exhaustiva el interrogante de cómo deben ser calificados los despidos que se produzcan al amparo de dicha cláusula es menester hacer un breve repaso a cuál es la regulación preexistente acerca de la calificación

de los despidos en nuestro derecho positivo, es decir, lo que podría considerarse como el marco jurídico habilitante de dicha previsión.

Junto con el marco jurídico habilitante, nos encontramos con los antecedentes más inmediatos de la norma, es decir, aquellos preceptos de donde nace su sentido y finalidad. De ellos es también imprescindible hacer un mero apunte que facilite o ayude a entender de dónde nace el sentido del artículo 2 del Real Decreto-ley 9/2020.

Descendiendo al derecho positivo preexistente, la regulación se encuentra contenida en los siguientes preceptos del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) y de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (en adelante, LRJS):

- Artículo 53 ET, que, en su apartado primero, establece los requisitos para que se produzca el despido por causas objetivas:

«La adopción del acuerdo de extinción al amparo de lo prevenido en el artículo anterior exige la observancia de los requisitos siguientes:

- a) Comunicación escrita al trabajador expresando la causa.*
- b) Poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades. (...)*
- c) Concesión de un plazo de preaviso de quince días, computado desde la entrega de la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo. En el supuesto contemplado en el artículo 52.c), del escrito de preaviso se dará copia a la representación legal de los trabajadores para su conocimiento (...).*

Añadiendo en su apartado cuarto determinados supuestos en que el despido debe ser calificado como nulo:

«4. Cuando la decisión extintiva del empresario tuviera como móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley o bien se hubiera producido con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, la decisión extintiva será nula, debiendo la autoridad judicial hacer tal declaración de oficio.



Será también nula la decisión extintiva en los siguientes supuestos:

a) La de las personas trabajadoras durante los periodos de suspensión del contrato de trabajo por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural a que se refiere el artículo 45.1.d) y e), o por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, o la notificada en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dichos periodos.

b) La de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a); el de las personas trabajadoras que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los artículos 37.4, 5 y 6, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el artículo 46.3; y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva o de los derechos reconocidos en esta ley para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral.

c) La de las personas trabajadoras después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, a que se refiere el artículo 45.1.d), siempre que no hubieran transcurrido más de doce meses desde la fecha del nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción o el acogimiento (...).»

Y estableciendo en el apartado quinto algunas salvedades respecto a los efectos del despido disciplinario:

«5. La calificación por la autoridad judicial de la nulidad, procedencia o improcedencia de la decisión extintiva producirá iguales efectos que los indicados para el despido disciplinario, con las siguientes modificaciones:

a) En caso de procedencia, el trabajador tendrá derecho a la indemnización prevista en el apartado 1, consolidándola de haberla recibido, y se entenderá en situación de desempleo por causa a él no imputable.

b) Si la extinción se declara improcedente y el empresario procede a la readmisión, el trabajador habrá de reintegrarle la indemnización percibida. En caso de sustitución de la readmisión por compensación económica, se deducirá de esta el importe de dicha indemnización.»

- Artículo 55 ET, que, en sus apartados tercero a séptimo, hace referencia a la calificación del despido disciplinario:

«3. El despido será calificado como procedente, improcedente o nulo.

4. El despido se considerará procedente cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación. Será improcedente en caso contrario o cuando en su forma no se ajustará a lo establecido en el apartado 1.

5. Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

Será también nulo el despido en los siguientes supuestos:

a) El de las personas trabajadoras durante los periodos de suspensión del contrato de trabajo por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural a que se refiere el artículo 45.1.d) y e), o por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, o la notificada en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dichos periodos.

b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a); el de las personas trabajadoras que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los artículos 37.4, 5 y 6, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el artículo 46.3; y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva o de los derechos reconocidos en esta ley para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral.

c) El de las personas trabajadoras después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, a que se refiere el artículo 45.1.d), siempre que no hubieran transcurrido más de doce meses desde la fecha del nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción o el acogimiento (...).

6. El despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir.

7. El despido procedente convalidará la extinción del contrato de trabajo que con aquel se produjo, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación.»

- Artículo 56 ET, que establece en su primer apartado los efectos de la declaración de improcedencia: «1. Cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización



equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo».

- Artículos 108, 110 y 113 de la LRJS, que, por regular de una manera análoga al ET los efectos de la calificación del despido de la declaración de improcedencia y los efectos de la declaración de nulidad, en aras a una mayor concisión, no serán transcritos aquí.

Apuntado el marco jurídico, el antecedente fundamental de la cláusula que analizamos lo constituye la disposición adicional sexta del Real Decreto-ley 8/2020, que condiciona la adopción de las medidas previstas en los artículos 22 y 23 de la misma norma a la adopción por parte de la empresa del *«compromiso de mantener el empleo durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad, entendiéndose por tal la reincorporación al trabajo efectivo de personas afectadas por el expediente, aun cuando esta sea parcial o solo afecte a parte de la plantilla»*¹.

Realizado el repaso a la normativa de aplicación, podemos apuntar unas conclusiones preliminares con carácter previo al estudio en detalle de los pronunciamientos jurisprudenciales al respecto, y con independencia de las reflexiones finales del artículo. Dichas conclusiones son las siguientes:

- i) En primer término, la regulación que hace el legislador ordinario de la calificación del despido es, como no podía ser de otra manera habida cuenta de la relevancia de la materia, muy extensa, reiterando los contenidos de la normativa material en la ley procesal. Esto contrasta con la breve redacción de la cláusula que analizamos, que no se pronuncia sobre la calificación que debe otorgarse a los despidos que se produzcan al amparo de dicha cláusula.
- ii) De otra parte, el legislador opta ante la calificación por reservar la nulidad a aquellos casos más graves, acomodando la nulidad en esta materia a la finalidad más genérica que sobre la concepción de dicha institución tiene nuestro ordenamiento jurídico.
- iii) Finalmente, la insuficiente redacción del artículo genera una cierta indeterminación que es menester analizar y explicar. Si nos circunscribimos a calificar como insuficiente la redacción del artículo 2 del Real Decreto-ley 9/2020, sin abordar la indeterminación en que se mueve dicha cláusula, entonces permitiremos que la interpretación que pueda hacerse de la misma

¹ Esta disposición se conoce coloquialmente como cláusula de salvaguarda de empleo.

nos lleve a hablar de diversas soluciones, todas ellas lo suficientemente argumentadas como para considerarlas justas.

Pero esa discrecionalidad, llevada al extremo, puede hacer que se revierta la configuración de una figura como la nulidad, abriéndola a supuestos muy amplios, simplemente porque parte de una cláusula con carácter muy abierto.

Y es importante también tratar de buscar la solución en la indeterminación de la previsión porque ello nos obliga, como se infiere de su concepto, a buscar la solución en la propia legislación ordinaria existente.

La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados se completa con el análisis de su estructura, distinguiéndose una zona de certeza, una zona intermedia y una zona de todo aquello que está excluido del concepto en sí.

Dicha herramienta nos puede ayudar mejor a entender cuál es la solución que más se ajusta al ordenamiento jurídico. Así, en la zona excluida de dicha indeterminación se situaría el hecho de que el legislador haya querido modificar a través de la cláusula la legislación ordinaria. Basta con aproximarse a la intención de aquel en las exposiciones y preámbulos de las normas para adivinar que su intención no ha sido otra que la de utilizar los distintos mecanismos que ya el ordenamiento contemplaba y adaptarlos a una nueva realidad.

En la zona intermedia, se situaría la circunstancia de que no se trata de una redacción que solucione la cuestión directamente, sino que la complica más, dando paso, como ya hemos advertido, a posturas jurisprudenciales enfrentadas. Y, finalmente, en la zona positiva o de seguridad, se encontraría la circunstancia de que esa escasa redacción necesariamente nos tiene que llevar a interpretar la cláusula de una manera sistemática en relación con la normativa preexistente sin poder sacar conclusiones que vayan contra todo precedente, no solo legal, sino también jurisprudencial.

3. Improcedencia: la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 31 de marzo de 2021

Más de un año después del inicio de la pandemia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó la sentencia más contundente hasta la fecha a favor de que la calificación del despido en los supuestos objeto de este artículo debía ser la improcedencia. Dicha sentencia, de un criterio claro, constituye un hito, no solo porque hasta ese momento todas las sentencias de Tribunales Superiores de Justicia habían optado por la nulidad, sino porque, a diferencia de lo que ocurre con el criterio contrario, el tribunal autonómico no se deja ningún detalle y entra a valorar de manera detallada todas las cuestiones que se plantean y que



pueden reconducirse perfectamente a cada uno de los distintos problemas, que en relación con la cláusula del artículo 2 del Real Decreto-ley 9/2020, plantea la calificación del despido.

En orden temporal, empezar por esta sentencia supone invertir la línea cronológica lógica, pero debe ser esta línea jurisprudencial la que abra el estudio de las dos, teniendo en cuenta su importancia y extensión. Para una mejor comprensión de la sentencia y para facilitar su análisis, subdividiremos este epígrafe en distintos apartados que coinciden con los distintos aspectos a los que da solución la sentencia.

Sigue el tribunal para resolver el recurso interpuesto una estructura que puede reconducirse a los tres siguientes apartados:

- a) Acomodo de la legislación nacional a la cláusula del artículo 2 del Real Decreto-ley 9/2020.
- b) Cumplimiento del artículo con la legislación internacional.
- c) El papel de la legislación especial al amparo de la COVID-19.

A fin de una mejor comprensión, seguiremos la misma sistemática en el análisis de la sentencia.

a) Acomodo de la legislación nacional a la cláusula del artículo 2 del Real Decreto-ley 9/2020

Comienza la sentencia exponiendo cuáles son los artículos sobre los que pivotan los argumentos de la parte recurrente. Se invocan en primer término los artículos 4, 7, 8 y 9.1 del Convenio 158 OIT, además de los artículos 1 y 24 de la Carta Social Europea y, en el ámbito nacional, se aduce la infracción de los artículos 24.1 y 35 de la Constitución Española. Junto con ello, en último lugar se sustenta la petición de calificación del despido como nulo en la existencia de fraude de ley y abuso de derecho, regulados respectivamente en los artículos 6 y 7 del Código Civil.

La legislación que el tribunal examina no es otra que lo que en el epígrafe anterior considerábamos el marco jurídico habilitante. Del análisis de esta normativa extrae el tribunal las siguientes conclusiones:

- i) La diferencia entre la regulación relativa a la calificación del despido improcedente y la relativa al fraude de ley y al abuso de derecho estriba en el carácter de la misma. En el primer caso, hablamos de una normativa especial, mientras que la doctrina del fraude de ley y la del abuso de derecho consti-

tuyen normas generales, de manera que las primeras deben prevalecer en caso de colisión con las segundas. Así lo expresa el Tribunal Superior de Justicia: *«Estas normas, en tanto normas especiales, prevalecen sobre las normas generales del título preliminar del Código Civil sobre fraude de ley y abuso de derecho. En todo caso el art. 6.3 del Código Civil dispone que los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, "salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención", lo que en el presente caso ocurre respecto de la calificación como improcedente y no nulo de los despidos a que nos referimos. Por otro lado, según el art. 7.2 "La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que, por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso". Y en todo caso, conforme al art. 4.3 estas disposiciones "se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes", en el caso de laguna de ley, incluido el supuesto de fraude de ley, cuando lo que no ocurre en el presente caso en que existe una regulación específica. La nulidad del despido se impone pues de forma inequívoca y sin lugar a interpretación alguna cuando existe violación de derechos fundamentales, y en las materias conexas listadas de forma exhaustiva, conforme a los artículos citados».*

- ii) Tratar de fundamentar que la calificación de los despidos en estos casos debe ser la nulidad en base a la doctrina del fraude de ley y del abuso de derecho supone, para el tribunal, desconocer el ordenamiento jurídico, en tanto se trata de reavivar una cuestión ya superada. Hasta la entrada en vigor de la antigua Ley del Procedimiento Laboral de 1990, la jurisprudencia consideró que la calificación que merecían los despidos individuales en fraude de ley era la nulidad, pero a partir de la entrada en vigor de esta norma, la calificación es la improcedencia. En la actualidad, esta circunstancia no solo tiene encaje, sino que además coincide plenamente con lo que en el ET se establece: los despidos sin causa deben ser calificados como improcedentes, reservándose la nulidad para aquellos casos más graves.

b) Cumplimiento de la norma con la legislación internacional

Resuelta la cuestión del encaje de la cláusula en la legislación nacional y la imposibilidad para este tribunal de aplicar la doctrina del fraude de ley y del abuso de derecho, la sentencia estudia si, como se aduce por el recurrente, la redacción de la cláusula infringe el derecho internacional.



El punto de partida lo constituye el artículo 4 del Convenio 158 de la OIT, que señala que *«no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio»*.

Este artículo sienta las bases de la causalidad del despido, con independencia del carácter del mismo (sea disciplinario o por razones objetivas). Pero, además, la misma norma en su artículo 10 establece las consecuencias del incumplimiento de la causalidad al señalar que *«si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada»*.

Como razona el tribunal, ante el incumplimiento, ambas normas toman una solución análoga: se establecen dos vías de reparación del incumplimiento de la causalidad del despido, la primera, ordenar o proponer la readmisión, y, en segundo lugar, en el caso de que ello no fuera posible en virtud de la legislación nacional, bien una indemnización, bien desarrollar una reparación de aquel de manera adecuada.

Así expresa el tribunal que no se produce infracción del derecho internacional: *«La conclusión que podemos sacar de este análisis de las normas y jurisprudencia internacionales, es que de ellas no se deduce en modo alguno que la legislación española que declara improcedente el despido realizado sin alegación de causa, con la indemnización correspondiente, contradiga tales normas internacionales, en la medida esta indemnización está prevista expresamente por ellas como consecuencia del incumplimiento del principio de causalidad del despido, y en que la jurisprudencia referida en modo alguno es aplicable a la legislación española, que no viola el principio al acceso al proceso»*.

c) El papel de la legislación especial al amparo de la COVID 19

Antes de dar su razonamiento final, la sentencia recorre de manera somera el marco jurídico de la legislación especial al amparo de la COVID-19, acabando en la cláusula del artículo 2 del Real Decreto-ley 9/2020.

Como advierte el tribunal, cuando examinamos la legislación desarrollada durante la pandemia, debemos tener muy presentes que estamos ante normas excepcionales y cuya vigencia, por su propia esencia, tiene un horizonte temporal delimitado.

Ello no obsta para que, como se expone en la sentencia, la redacción del precepto adolezca de una torpe técnica y de un contenido impreciso al guardar silencio sobre si el incumplimiento del artículo 2 del Real Decreto-ley 9/2020 ha de implicar la declaración de improcedencia o nulidad.

Para el tribunal (y, por tanto, para la posición que considera que la solución es la improcedencia), sostener que la declaración de que la extinción es constitutiva de despido nulo no es válida porque el legislador, pudiendo establecer tal consecuencia, no lo hizo. En palabras del tribunal:

«Si el legislador excepcional hubiera querido aparejar al incumplimiento de la prohibición la declaración de nulidad del despido lo habría hecho, más aún cuando ha tenido muchas y sucesivas ocasiones de aclarar esta cuestión a lo largo de las numerosas disposiciones aprobadas desde que se declaró el estado de alarma por RD 463/2020 de 14 de marzo. Así, la vigencia del artículo 2 del RDL 9/2020 ha sido prorrogada sucesivamente, la última vez por el RDL 2/2021, de 26 de enero, cuando además ya estaba vivamente planteado este debate al menos en la doctrina científica que, por cierto, mayoritariamente ha entendido que la voluntad de legislador de emergencia no ha sido cambiar el criterio respecto a la calificación jurídica del despido. (...)

Nos encontramos ante una normativa extraordinaria que trata de regular una coyuntura excepcional cuya finalidad es el mantenimiento del empleo impidiendo a la empresa, que no acude a los mecanismos de flexibilidad interna expresamente dispuestos y reforzados en la normativa excepcional, como son los ERTES, servirse de un despido objetivo que, en circunstancia ordinaria, sería calificado procedente por circunstancia de causalidad.»

A continuación, la Sala expone sus argumentos para considerar que la solución es la improcedencia.

El principal argumento se encuentra en la literalidad del artículo, que lo único que establece es una limitación en relación a las causas que pueden justificar la procedencia de un despido en esta coyuntura, pero no establece una prohibición de despedir. No puede hablarse de prohibición porque no se prevé de manera expresa por la norma y, en consecuencia, tampoco es aplicable el artículo 6.3 del Código Civil, que sanciona con la nulidad los actos contrarios a las normas prohibitivas.



Además, añade el tribunal:

«La consecuencia del fraude de ley no es la nulidad del acto extintivo, sino que se aplique la consecuencia que, a través de la instrumentalización del fraude, se trata de evitar. En nuestro caso, que no existen, más bien que no se pueden utilizar para la hábil extinción, causas "justificativas de la extinción".

Y la consecuencia que el instituto del fraude de ley impone como sanción a la prohibición del artículo 2 es que, como la extinción objetiva no puede estar amparada en causa legal, la falta de causalidad del despido, en nuestro ordenamiento y a falta de revisión estructural o temporal y coetánea a la legislación especial COVID-19, el despido ha de declararse improcedente.»

De otra parte y como argumento secundario, viene a traer a colación la importancia que tiene el criterio de interpretación sociológico para poder dar solución a este interrogante. No solo se trata de una norma de excepción, sino que, además, debe tenerse muy presente, aunque sea algo obvio, el marco en el que se ha desarrollado y la inmediatez de la norma, todo ello en aras de sostener que la redacción insuficiente o torpe de una norma no puede amparar que, ante un fallo del legislador, se acuda a la nulidad como figura jurídica que resuelve el problema, pues ello contraviene no solo nuestra legislación, sino también, como se indicó más arriba, la concepción que de la nulidad se tiene en nuestro derecho.

Siendo la sentencia que hemos analizado la más importante, no debemos dejar de apuntar que esta tesis ha sido la acogida por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid². A su vez, y descendiendo en la jerarquía de órganos judiciales, la mayoría de los Juzgados de lo Social han optado por pronunciarse a favor de la improcedencia, siendo la postura que opta por la nulidad de carácter minoritario, como veremos a continuación. De las sentencias de los Juzgados de lo Social resulta especialmente interesante la Sentencia de 10 de diciembre de 2020, del Juzgado de lo Social n.º 1 de Ciudad Real, que viene a refrendar todo lo expuesto anteriormente con ciertos matices como señala dicho juzgado:

«Además, el art. 2 del Real Decreto-ley 9/2020 no introduce una prohibición, sino que solo se limita a apuntar que las causas de fuerza mayor o de carácter económico, técnico, organizativo o productivo, derivadas de la crisis por el COVID-19, que podrían justificar un expediente de regulación temporal de empleo, con la mera previsión de que estas causas no justifican el despido, un

² Entre otras, la Sentencia 62/2021 y la Sentencia 172/2021.

despido sin causa es improcedente; pero no nulo (...). En cuanto al art. 2 del Real Decreto-ley 9/2020, ni de su tenor literal ni de la exposición de motivos del texto legal se desprende que la intención del legislador sea añadir una nueva causa de nulidad a las enumeradas taxativamente en dichos preceptos. Tampoco se redacta el precepto como una norma prohibitiva —ni se configuran como imperativas en el RD-ley 8/2020 las medidas excepcionales previstas en sus arts. 22 y 23, lo que impide aplicar lo dispuesto en el art. 6.3 del Código Civil (“los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”). Al contrario, lo que se desprende del tenor del precepto es que la invocación de causa consistente en fuerza mayor o en motivos económicos, técnicos, organizativos o de producción equivaldrá a la inexistencia de causa (“no se podrán entender como justificativas de la extinción”), lo que determina que el despido o la extinción sean acausales.»

Para terminar este epígrafe, una vez repasada la sentencia principal, debemos extraer los principales puntos de la postura que opta por calificar los despidos producidos al amparo del artículo 2 del Real Decreto-ley 9/2020:

- En primer lugar, la cláusula se ajusta plenamente a nuestra legislación, cumple con el ET (en particular, con los artículos 53 y 55) y con la legislación procesal social. Además, cumple también con la posición jurisprudencial que tiene como criterio el de calificar como improcedentes los despidos sin causa.
- De otra parte, la cláusula cumple con lo exigido por el derecho internacional general, en tanto que, en los casos en que los despidos se produzcan sin causa justificada, existe la posibilidad de una reparación alternativa sin llegar a la calificación como nulos de aquellos.
- En tercer lugar, adoptar la postura de la improcedencia supone respetar el sentido de la nulidad que en nuestro ordenamiento jurídico se atribuye a la misma, reservándola para aquellos supuestos más graves (entre los que se incluyen la violación de derechos fundamentales). Aplicando dicha concepción genérica de la nulidad a la cláusula en cuestión, la respuesta la encontramos en el propio ET, pues este, al igual que hace la LRJS, circunscribe la nulidad a supuestos tasados.
- Finalmente, la cuestión se resuelve aplicando un criterio de interpretación sociológico. Ni el artículo 2 ni el resto de circunstancias que rodean al mismo pueden entenderse o estudiarse sin tener en cuenta el contexto en que la norma ha sido promulgada, debiendo darse una gran importancia a la vocación de temporalidad de la misma, lo que justifica que la solución se busque en el propio derecho interno.



4. Nulidad: la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 23 de febrero de 2021

Frente a la posición analizada en el epígrafe anterior, existen también pronunciamientos de la jurisprudencia menor que optan por la nulidad. En particular, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco se ha erigido como el máximo defensor de la opción de calificar los despidos que se produzcan al amparo de la cláusula como nulos. Entre sus pronunciamientos reviste especial importancia su sentencia de 26 de enero de 2021³.

El alto tribunal vasco comienza la exposición en esta sentencia recalcando el carácter excepcional del Real Decreto-ley 9/2020 y que su interpretación debe hacerse siempre teniendo en cuenta que estamos ante legislación de urgencia.

Este tribunal y, por tanto, la postura que defiende que dichos despidos deben ser calificados como nulos, sostienen que la cláusula constituye una prohibición de despedir. Desde esta perspectiva, lo que pretende el legislador no es otra cosa que la suspensión de las relaciones laborales durante la pandemia, mediante la prohibición de cualquier despido durante la pandemia.

Así lo expresa el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco:

«El engarce entre el mantenimiento del empleo y la resolución irregular del contrato de trabajo por un acto unilateral del empresario nos conduce a la restitución ad integrum del vínculo laboral. Y ello por estas razones: primera, por la indisponibilidad de la norma excepcional por parte de cualquiera de los sujetos participantes en las relaciones laborales, tanto en la esfera de la voluntad general como en la particular de un contrato de trabajo (empresa y sindicatos), en cuanto que el tercer sujeto de las relaciones laborales, el público, es el que se ha atribuido las funciones de delimitar los parámetros funcionales y de reacción ante la pandemia y sus consecuencias; la segunda, porque solamente se acomoda a esa previsión de mantener el empleo y la situación previa a la generada con el RD 463/20, la reposición de la situación previa del trabajador al acto ilícito de su despido; tercera, porque la vis atractiva de la imposición a los empresarios y trabajadores de un sistema concreto de atender la crisis les ha privado de la disponibilidad de la extinción de los contratos de trabajo, y les obliga a asumir un instrumento concreto fuera del cual, en los supuestos del art. 22 RDL 8/2020 (completado por el 2 del RDL 9/2020 , para nuestro caso, y poste-

³ También, la sentencia de 23 febrero de 2021.

riormente el 30/2020), no hay alternativa: es ope legis. Fuera de los contornos legislativos no hay discrecionalidad; y, cuarto, porque esa no disposición de la facultad de despedir que establece el art. 2 del RDL 9/20 conduce a que no sea posible que por la declaración de despido improcedente se produzca lo que no ha querido la norma, y que a la postre se opte por la extinción del contrato mediante una indemnización, que es la posible consecuencia del despido improcedente. Si se admite ello se admitiría una quiebra de la misma norma, dejándola sin contenido eficaz.

La nulidad de un despido, por lo demás, no siempre depende de que la actuación empresarial tenga como móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. En el art. 53.4 párrafo segundo ET, para los casos de despido objetivo, y en el art. 124.11 LJS para el despido colectivo, se establecen supuestos de despido nulo por circunstancias no dependientes de este tipo de violaciones.»

Analizado el argumento principal de la sentencia para sostener la opción de la nulidad, podemos reconducir los principales argumentos de la sentencia en los siguientes puntos:

- i) La cláusula priva al empresario de disponer de la facultad de extinción del contrato de trabajo, como expresión del *ius variandi*, y contraviniendo por tanto la libertad de empresa consagrada en el artículo 38 de la Constitución.
- ii) La calificación del despido como improcedente constituye una vulneración de la cláusula de salvaguarda de empleo contenida en el Real Decreto-ley 8/2020.
- iii) La nulidad se fundamenta en la indisponibilidad de la norma excepcional por parte de los sujetos intervinientes en las relaciones laborales, lo que determina que, por aplicación del artículo 6.3 del Código Civil, la opción correcta es la nulidad.

5. Epílogo

La pandemia ha cambiado la manera de relacionarnos y de entender la vida. Históricamente, siempre se ha considerado que el derecho va un paso por detrás de la sociedad y que es aquel el que tiene que adaptarse a esta. Dicha crisis sanitaria no solo ha supuesto una catarsis en los aspectos sociales, sino que, cuando discurra el tiempo y pueda ser analizada con perspectiva, será considerada como el punto de inflexión que trastocó nuestro ordenamiento jurídico, dejando a la luz todos los



aciertos y los errores del mismo, ante el desafío de enfrentar una situación tan extrema.

Los problemas que han surgido en torno a la cláusula del artículo 2 y en el ámbito del Derecho Social no son sino una pequeña parte de la multitud de retos a los que el legislador se ha tenido que enfrentar a lo largo de este periodo. En la teoría, la legislación excepcional se encuentra ampliamente delimitada y analizada, y sobre ella se ha escrito y debatido mucho, pero en la práctica la situación es diferente. La vocación de temporalidad de una norma que forme parte de un ordenamiento jurídico excepcional no puede justificar nunca que la redacción de un precepto sea oscura e imprecisa.

En el fondo, lo que está en juego no es otra cosa que la observancia y respeto a los principios rectores de la política social y económica —en particular los consagrados en los artículos 35 y 38 de la Constitución Española—. Si observamos la jurisprudencia, podemos deducir de la misma que la mayoría de los despidos que se han producido durante este periodo de tiempo, y los que previsiblemente se producirán durante los próximos tiempos, serán relacionados con la COVID-19.

Desde este contexto, se hace harto difícil entender por qué el legislador no ha sido más preciso ante una cuestión que, lejos de ser baladí, tiene importantes consecuencias. Todos los preámbulos de las normas que constituyen antecedentes al Real Decreto-ley 9/2020 hacen mención a que era previsible la pérdida de empleo. Se podía suponer entonces que estaban por venir numerosos despidos en el marco de la pandemia.

Pero lejos de ser un inconveniente, la insuficiente redacción del artículo ha hecho que surjan dos posturas, y que estas a la vez se acerquen. Ello abre la problemática al debate, lo que hace que las opiniones puedan ser confrontadas y no haya una única solución.

En cualquier caso, se opte por una u otra postura, debemos mirar el lado positivo de poner en entredicho una legislación que, por ordinaria, se daba por sentada. Solo así se conseguirá un ordenamiento más coherente y que ofrezca mayores garantías a la seguridad jurídica tantas veces puesta en entredicho.

BLOQUE III

**Retos en la actividad
administrativa**



La contratación de emergencia frente a la pandemia por COVID-19: análisis del artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020

PALOMA SANZ BAOS

Letrada de la Comunidad de Madrid*

SUMARIO

1. Introducción.
2. La contratación de emergencia: antecedentes históricos y regulación actual.
3. La contratación de emergencia como instrumento para afrontar las consecuencias del COVID-19: el artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020.
4. Las orientaciones de la Comisión Europea: el procedimiento negociado sin publicación previa.
5. El Informe 30/2021, de 30 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.
6. Conclusiones.

RESUMEN

La crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 tuvo una especial incidencia en la contratación administrativa. Este trabajo pretende exponer ciertas medidas adoptadas por el Gobierno de

España para favorecer la contratación de emergencia, caracterizada por la dispensa de tramitar expediente, con la finalidad de paliar los efectos de la pandemia.

PALABRAS CLAVE

COVID-19; contratación pública; tramitación de emergencia.

* En la actualidad ocupa el puesto de Letrada Jefe del Servicio Jurídico de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo de la Comunidad de Madrid.

ABSTRACT

The health crisis caused by COVID-19 had a particular impact on public procurement. The aim of this paper is to analyse certain legal measures adopted by the Spanish Govern-

ment to favour the emergency procedure, characterized by the exemption from processing a file, in order to mitigate the effects of the pandemic.

KEYWORDS

COVID-19; public procurement; emergency procedure.

1. Introducción

La declaración formulada el 30 de enero de 2020 por la Organización Mundial de la Salud, en el sentido de que la expansión del Coronavirus SARS-CoV-2 suponía una emergencia de salud pública de importancia internacional, dio paso a la adopción de numerosas medidas de diversa índole que perseguían atajar la propagación de la enfermedad causada por ese virus, conocida como COVID-19.

En un breve intervalo temporal, la mayor parte de los gobiernos aprobaron severas medidas limitativas del movimiento de la población, lo que desencadenó, a su vez, una importante paralización de la actividad económica mundial y enormes dificultades en la adquisición del material imprescindible para mitigar el creciente colapso de los sistemas sanitarios nacionales.

En ese contexto, la necesidad imperiosa de obtener suministros y servicios o de ejecutar obras con la mayor celeridad posible (por ejemplo: para el acondicionamiento de hospitales de campaña) empujó a las Administraciones públicas a emplear procedimientos de contratación extraordinariamente expeditivos que eliminasen o, al menos, redujesen retrasos inasumibles frente a la gravedad de la crisis sanitaria.

Y fue así como, ante este escenario crítico, en España se impuso una visión pragmática que, persiguiendo la máxima eficiencia en la gestión de las compras públicas destinadas a combatir tales problemas, recurrió a la figura de la tramitación de emergencia regulada en el artículo 120 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP).

En este trabajo se pasará revista a la regulación de la contratación pública de emergencia, prestando especial atención a la normativa que, durante las primeras

semanas de la pandemia, equiparó legalmente las circunstancias que entonces vivíamos al supuesto de hecho descrito en el artículo 120 de la LCSP, con el fin de acometer de manera eficiente las compras públicas indispensables para atender las necesidades perentorias de adquisición de bienes y servicios derivadas del COVID-19; por ello, nos centraremos en el análisis del artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19, sin olvidar las orientaciones emanadas de la Comisión Europea en su Comunicación de 1 de abril de 2020.

En particular, analizaremos la necesaria adopción de un acuerdo expreso *ad hoc* por parte de los órganos de contratación para acudir a esta tramitación de emergencia, así como los pronunciamientos vertidos por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en su Informe 30/2021, de 30 de abril, acerca de la aplicación de tales medidas extraordinarias una vez superada la fase más crítica de la pandemia, que desembocaron en la derogación de aquel precepto por el Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, 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 –Disposición derogatoria única, ap. 2.^a– (en adelante, Real Decreto-ley 8/2021).

2. La contratación de emergencia: antecedentes históricos y regulación actual

La tramitación de emergencia, regulada actualmente en el artículo 120 de la LCSP, fue concebida por el legislador para aquellos casos en los que la Administración debe actuar de forma inmediata, a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten directamente a la defensa nacional. Su carácter expeditivo ha llevado a parte de la doctrina a equipararla con un procedimiento de adjudicación directa admitido con carácter excepcional¹.

Urge subrayar que la denominada «tramitación de emergencia» no constituye una novedad de la LCSP; antes al contrario, la regulación contenida en el artículo 120 de esta Ley no difiere sustancialmente de la sistematizada en el artículo 27 de la Ley de Contratos del Estado (en la redacción introducida por la Ley 5/1973, de 17 de

¹ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Juan. «¿Es posible la contratación de emergencia por las entidades sujetas a la legislación de contratos de los sectores especiales?» *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 173, Sección Reflexiones, mayo-junio 2021. Wolters Kluwer.



marzo, sobre modificación parcial de la Ley de Contratos del Estado), que fue incorporada posteriormente al artículo 91 del Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por el Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre².

A lo largo de los años, dicha regulación se reprodujo con ligeras variaciones en sucesivas leyes reguladoras de la contratación pública, plasmándose en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (art. 73), así como en su Texto Refundido, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (art. 72)³.

² Artículo 91 del Reglamento General de Contratación del Estado: *«Cuando la Administración tenga que acometer obras de emergencia a causa de acontecimientos catastróficos, situaciones que supongan grave peligro o necesidades que afecten directamente a la Defensa Nacional, se estará al siguiente régimen excepcional:*

1. *El órgano de contratación competente, sin necesidad de tramitar expediente previo, podrá ordenar la directa ejecución de las obras indispensables o contratarlas libremente en todo o en parte, sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en la presente Legislación. Del acuerdo correspondiente se dará cuenta inmediata al Consejo de Ministros.*
2. *Simultáneamente, por el Ministerio de Hacienda, en expediente sumarísimo, se autorizará el libramiento de los fondos precisos a favor del órgano de contratación para hacer frente a los gastos, con el carácter de «a justificar».*
3. *Desaparecida la causa determinante a que se refiere el párrafo primero de este artículo, el órgano de contratación dará cuenta al Ministerio de Hacienda de los gastos y contratos verificados, a efectos de su fiscalización y ulterior aprobación, en su caso, por el Gobierno.*

El resto de las obras que puedan ser necesarias se contratará de conformidad con lo establecido en esta Legislación.»

³ Artículo 72 del Real Decreto-Legislativo 2/2000, de 16 de junio:

«1. Cuando la Administración tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional se estará al siguiente régimen excepcional:

- a) *El órgano de contratación competente, sin obligación de tramitar expediente administrativo, podrá ordenar la ejecución de lo necesario para remediar el acontecimiento producido, satisfacer la necesidad sobrevenida o contratar libremente su objeto, en todo o en parte, sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en la presente Ley, incluso el de la existencia de crédito suficiente. El acuerdo correspondiente se acompañará de la oportuna retención de crédito o documentación que justifique la iniciación del expediente de modificación de crédito. De dichos acuerdos se dará cuenta en el plazo máximo de sesenta días, al Consejo de Ministros si se trata de la Administración General del Estado, de sus organismos autónomos, entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social o demás entidades públicas estatales.*
- b) *Simultáneamente, por el Ministerio de Hacienda, si se trata de la Administración General del Estado, o por los representantes legales de los organismos autónomos y entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, se autorizará el libramiento de los fondos precisos para hacer frente a los gastos, con carácter de a justificar.*
- c) *Ejecutadas las actuaciones objeto de este régimen excepcional, se procederá a cumplimentar los trámites necesarios para la fiscalización y aprobación del gasto.*

Igualmente, podemos encontrar una regulación muy similar a la vigente en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (art. 97) y en su Texto Refundido, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (art. 113)⁴.

Tras estos antecedentes llegamos a la vigente LCSP, cuyo artículo 120 establece lo siguiente:

«1. Cuando la Administración tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional, se estará al siguiente régimen excepcional:

2. La gestión del resto de la actividad necesaria para completar el objetivo propuesto por la Administración, pero que ya no tenga carácter de emergencia, se contratará conforme a lo establecido en esta Ley.»

⁴ Artículo 113 del Real Decreto-Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre: *«1. Cuando la Administración tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional, se estará al siguiente régimen excepcional:*

- a) El órgano de contratación, sin obligación de tramitar expediente administrativo, podrá ordenar la ejecución de lo necesario para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida, o contratar libremente su objeto, en todo o en parte, sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en la presente Ley, incluso el de la existencia de crédito suficiente. El acuerdo correspondiente se acompañará de la oportuna retención de crédito o documentación que justifique la iniciación del expediente de modificación de crédito.*
- b) Si el contrato ha sido celebrado por la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social o demás entidades públicas estatales, se dará cuenta de dichos acuerdos al Consejo de Ministros en el plazo máximo de sesenta días.*
- c) Simultáneamente, por el Ministerio de Economía y Hacienda, si se trata de la Administración General del Estado, o por los representantes legales de los organismos autónomos y entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, se autorizará el libramiento de los fondos precisos para hacer frente a los gastos, con carácter de a justificar.*
- d) Ejecutadas las actuaciones objeto de este régimen excepcional, se procederá a cumplimentar los trámites necesarios para la intervención y aprobación de la cuenta justificativa, sin perjuicio de los ajustes precisos que se establezcan reglamentariamente a efectos de dar cumplimiento al artículo 49 de la Ley General Presupuestaria.*
- e) El plazo de inicio de la ejecución de las prestaciones no podrá ser superior a un mes, contado desde la adopción del acuerdo previsto en la letra a). Si se excediese este plazo, la contratación de dichas prestaciones requerirá la tramitación de un procedimiento ordinario.*

Asimismo, transcurrido dicho plazo, se rendirá la cuenta justificativa del libramiento que, en su caso, se hubiese efectuado, con reintegro de los fondos no invertidos. En las normas de desarrollo de esta Ley se desarrollará el procedimiento de control de estas obligaciones.

2. Las restantes prestaciones que sean necesarias para completar la actuación acometida por la Administración y que no tengan carácter de emergencia se contratarán con arreglo a la tramitación ordinaria regulada en esta Ley.»



- a) *El órgano de contratación, sin obligación de tramitar expediente de contratación, podrá ordenar la ejecución de lo necesario para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida, o contratar libremente su objeto, en todo o en parte, sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en la presente Ley, incluso el de la existencia de crédito suficiente. En caso de que no exista crédito adecuado y suficiente, una vez adoptado el acuerdo, se procederá a su dotación de conformidad con lo establecido en la Ley General Presupuestaria.*
- b) *Si el contrato ha sido celebrado por la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social o demás entidades públicas estatales, se dará cuenta de dichos acuerdos al Consejo de Ministros en el plazo máximo de treinta días.*
- c) *El plazo de inicio de la ejecución de las prestaciones no podrá ser superior a un mes, contado desde la adopción del acuerdo previsto en la letra a). Si se excediese este plazo, la contratación de dichas prestaciones requerirá la tramitación de un procedimiento ordinario.*
- d) *Ejecutadas las actuaciones objeto de este régimen excepcional, se observará lo dispuesto en esta Ley sobre cumplimiento de los contratos, recepción y liquidación de la prestación.*

En el supuesto de que el libramiento de los fondos necesarios se hubiera realizado a justificar, transcurrido el plazo establecido en la letra c) anterior, se rendirá la cuenta justificativa del mismo, con reintegro de los fondos no invertidos.

2. Las restantes prestaciones que sean necesarias para completar la actuación acometida por la Administración y que no tengan carácter de emergencia se contratarán con arreglo a la tramitación ordinaria regulada en esta Ley.»

La sucesión histórica de normas que acabamos de exponer, inspiradas todas ellas en idénticos principios, permite afirmar que los rasgos fundamentales de la denominada «tramitación de emergencia» se encuentran perfectamente depurados por la doctrina y la jurisprudencia desde hace tiempo, de tal manera que sus pronunciamientos son trasladables, en lo esencial, a la vigente regulación. A lo anterior ha de añadirse, como destaca Isabel GALLEGO CÓRCOLES⁵, que la tramitación de emergencia no debe contemplarse como una modalidad excluida de las Directivas europeas,

⁵ GALLEGO CÓRCOLES, Isabel. *De las orientaciones de la Comisión Europea sobre contratación pública en la crisis del COVID-19 y de sus implicaciones en el caso español*. En www.obcp.es (consultado el 4 de junio de 2020).

pues entronca con el procedimiento negociado sin publicación previa que veremos más adelante.

Sin perjuicio de las novedades introducidas en cada una de las citadas disposiciones, la contratación de emergencia se ha caracterizado tradicionalmente por las siguientes notas:

1. Constituye un régimen absolutamente excepcional que dispensa al órgano de contratación de la tramitación formal de un expediente, dada la inmediatez con la que debe actuar para afrontar, paliar o aliviar una determinada situación crítica. En este sentido, el Informe 34/1979, de 5 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, refiriéndose al artículo 27 de la Ley de Contratos del Estado (redactado por la Ley 5/1973, de 17 de marzo), señalaba que la razón que justifica la existencia de la tramitación de emergencia reside en habilitar en los órganos de contratación competentes el empleo de amplias potestades que, bajo circunstancias muy específicas tasadas legalmente, autorizan la adopción de medidas imprescindibles de todo orden que permitan reparar o atenuar los daños causados.

La señalada ausencia de trámites formales lleva aparejadas la posibilidad de contratar verbalmente (art. 37.1 de la LCSP)⁶, así como la dispensa de formalizar el contrato previamente a su ejecución (art. 153.6 de la LCSP)⁷.

2. Debido a su carácter excepcional, los hechos que determinan la aplicación de la tramitación de emergencia deben ser interpretados restrictivamente. El Acuerdo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 20 de junio de 2003, en relación con los criterios interpretativos del artículo 72 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Real Decreto-Legislativo 2/2000, de 16 de junio), sostuvo que *«la tramitación de emergencia, por su mismo concepto excepcional, solo podrá utilizarse cuando no sea posible la tramitación urgente (...) o la utilización del procedimiento negociado sin publicidad por motivos de urgencia (...)»*, por lo que se configura como una solución de última instancia. En idéntico sentido, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de abril de 2008 (Rec. 218/2005) afirma que la previsión contenida en aquel artículo *«debe ser interpretada restrictivamente (...) y de modo subsidiario en relación a la tramitación del*

⁶ *«Las entidades del sector público no podrán contratar verbalmente, salvo que el contrato tenga, conforme a lo señalado en el artículo 120.1, carácter de emergencia.»*

⁷ *«(...) salvo que la tramitación del expediente de contratación sea por emergencia de acuerdo con lo previsto en el artículo 120, no podrá procederse a la ejecución del contrato con carácter previo a su formalización.»*



procedimiento de urgencia (...) en la medida en que permite la utilización de un procedimiento rigurosamente excepcional con merma o eliminación de los principios de publicidad y libre concurrencia. Debe por ello concurrir con toda claridad el supuesto de emergencia: acontecimiento catastrófico, las situaciones que supongan grave peligro o las necesidades que afecten a la defensa nacional, para que opere dicha excepcional tramitación».

En esta misma línea, la Resolución 102/2017, de 27 de enero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC, en lo sucesivo), exige para admitir la tramitación de emergencia *«que no sea suficiente para resolver la situación la utilización de otros procedimientos menos restrictivos de la libre concurrencia»*, dado que *«la Ley ha establecido distintos remedios a las situaciones que exigen una prestación del servicio inmediata»* como, por ejemplo, la reducción de plazos típica de la tramitación de urgencia o, bajo ciertas condiciones, el procedimiento negociado sin publicidad. Y el Informe 17/2019, de 3 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado aclara que *«solo en determinados supuestos absolutamente excepcionales, tales principios [de concurrencia y de igualdad de los licitadores] deben ceder cuando se produce un desequilibrio entre el pleno mantenimiento de todas las garantías de que está investida la contratación pública y el adecuado respeto al interés general que se persigue con la actuación que va a ser objeto de contratación»*.

3. Por otro lado, lo ejecutado al amparo de esta vía excepcional de contratación habrá de limitarse a lo estrictamente indispensable para prevenir o remediar los daños derivados de la situación de emergencia, quedando sometida la contratación de las restantes prestaciones a la tramitación ordinaria como establece el apartado segundo del artículo 120 de la LCSP. De acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1983, *«lo que ampara la normativa de emergencia es una actuación administrativa inmediata, absolutamente necesaria para evitar o remediar en lo posible las consecuencias del suceso en cuestión»*, de ahí que resulte imperativo comenzar la ejecución de las prestaciones contratadas en un plazo no superior a un mes (art. 120.1.c) de la LCSP).
4. Desde el punto de vista presupuestario, una de las particularidades de la tramitación de emergencia es la posibilidad de contratar pese a la carencia o insuficiencia de crédito (arts. 39.2.b)⁸ y 120.1.a) de la LCSP). Por ello se

⁸ *«Serán igualmente nulos de pleno derecho los contratos celebrados por poderes adjudicadores en los que concurra alguna de las causas siguientes (...) b) La carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en las normas presupuestarias de las restantes Administraciones Públicas sujetas a esta Ley, salvo los supuestos de emergencia.»*

admiten los pagos a justificar, condicionados a la posterior rendición de la cuenta justificativa con reintegro de los fondos no invertidos.

5. En otro orden de cuestiones, se flexibiliza la normativa sobre acreditación de la aptitud de los subcontratistas, trámite que puede realizarse inmediatamente después de la celebración del subcontrato si esta fuera necesaria para atender a una situación de emergencia o que exija la adopción de medidas urgentes y así se justifica suficientemente (art. 215.2.b) de la LCSP). Además, bajo la responsabilidad del contratista, los subcontratos pueden concluirse sin necesidad de dejar transcurrir el plazo de veinte días desde la notificación a la Administración, siempre que su celebración fuera necesaria para atender a una situación de emergencia o que exija la adopción de medidas urgentes, y así se justifica suficientemente (art. 215.2.c) de la LCSP). Finalmente, son destacables las penalidades previstas en caso de falta de acreditación de las circunstancias determinantes de la situación de emergencia (art. 215.3 de la LCSP)⁹.
6. No se admite el recurso especial en materia de contratación en relación con los procedimientos de adjudicación que se sigan por el trámite de emergencia (art. 44.4 de la LCSP).
7. Por último, de acuerdo con la mencionada Resolución 102/2017 del TACRC, es interesante subrayar que *«a los anteriores requisitos este Tribunal ha de añadir uno más: que la causa de la emergencia no sea imputable al propio órgano de contratación, es decir, que la situación de emergencia no hubiera podido ser evitada por el órgano de contratación mediante una actuación diligente»*. Este requisito trae causa de las Directivas europeas que, al regular el procedimiento negociado sin publicación previa, exigen que *«las circunstancias alegadas para justificar la urgencia imperiosa no deberán en ningún caso ser imputables a los poderes adjudicadores»* (Considerando 80 y art. 32.2.c) de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE).

Cabe añadir que la contratación de emergencia también permite la ejecución directa de prestaciones por la Administración Pública con la colaboración de empresarios

⁹ La normativa sobre contratación pública en el ámbito de los sectores especiales (agua, energía, transportes y servicios postales) no contempla la tramitación de emergencia, ni la contratación verbal, como se analizará más adelante. Sin embargo, contiene algunas disposiciones en materia de subcontratación que reproducen *mutatis mutandis* las previsiones de la LCSP en situación de emergencia (véase el art. 107.2 y 3 del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales).



particulares o a través de medios propios no personificados (art. 30, apartados 1.d) y 2, de la LCSP). En este sentido, la disposición adicional 24.^a de la LCSP, al sistematizar el régimen jurídico de la «Empresa de Transformación Agraria, S. A., S. M. E., M. P.» (TRAGSA), y de su filial «Tecnologías y Servicios Agrarios, S. A., S. M. E., M. P.» (TRAGSA-TEC) —considerados legalmente medios propios de diversas Administraciones— incluye entre sus funciones la «realización de tareas para las que se le requiera por la vía de la urgencia o de emergencia» (ap. 4.j). En similares términos se pronuncia el artículo 4 del Real Decreto 69/2019, de 15 de febrero, por el que se desarrolla el régimen jurídico de las citadas empresas públicas.

No podemos terminar el análisis de la tramitación de emergencia sin referirnos a la posibilidad de acudir a esta vía excepcional en el ámbito de los denominados sectores especiales (agua, energía, transportes y servicios postales), cuya contratación se regula actualmente en el Libro Primero del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales (en adelante, Real Decreto-ley 3/2020).

En el ámbito de los sectores especiales no hay un precepto equiparable al artículo 120 de la LCSP y tampoco se admite la contratación verbal (art. 2.a) del Real Decreto-ley 3/2020)¹⁰, pero es obvia la posibilidad de que sobrevengan situaciones semejantes a las descritas en aquella norma que exijan una actuación inmediata de los poderes adjudicadores —recordemos, por ejemplo, los efectos de la borrasca Filomena en las redes de transporte público durante el mes de enero de 2021.

De acuerdo con Juan MARTÍNEZ MARTÍNEZ¹¹, al margen de la posibilidad de acudir al procedimiento negociado sin publicidad del artículo 85.1.d) del Real Decreto-ley 3/2020 para la adjudicación de los contratos sometidos al régimen propio de los sectores especiales¹², en lo que atañe a los contratos excluidos de ese régimen especial, la remisión de la disposición adicional quinta del Real Decreto-ley 3/2020 a la disposición adicional octava de la LCSP junto a las normas contenidas en el

¹⁰ «A efectos del Libro primero del presente real decreto-ley se entenderá por: a) "Contratos de suministro, obras y servicios": los contratos a título oneroso celebrados por escrito (...).»

¹¹ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Juan. «¿Es posible la contratación de emergencia por las entidades sujetas a la legislación de contratos de los sectores especiales?». *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 173, Sección Reflexiones, mayo-junio 2021. Wolters Kluwer.

¹² Es decir, contratos celebrados por las entidades públicas y privadas mencionadas en el artículo 5 del Real Decreto-ley 3/2020, en el ámbito de una o más actividades contenidas en sus artículos 8 a 14, siempre que su valor estimado sea igual o superior a los umbrales económicos fijados en su artículo 1.

artículo 318 de la LCSP sobre adjudicación de contratos no sujetos a regulación armonizada por los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración Pública, permite concluir que también les será aplicable el citado artículo 120 y la tramitación de emergencia; y ello porque —argumenta este autor—, si el artículo 318 de la LCSP permite a tales poderes adjudicadores aplicar los mismos procedimientos de adjudicación que emplean las Administraciones públicas, *«a dichos procedimientos les serán aplicables las mismas formas de tramitación: ordinaria, de urgencia o de emergencia. Sería paradójico que si a los contratos de mayor cuantía, los SARA, les es aplicable el artículo 120 por remisión del artículo 317 LCSP¹³, a los de menor cuantía no les pudieran aplicar ese tipo de tramitación. El importe del contrato no puede limitar la posibilidad de atender situaciones que requieren una atención inmediata»*.

3. La contratación de emergencia como instrumento para afrontar las consecuencias del COVID-19: el artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020

Junto al examen de las notas más significativas de la tramitación de emergencia regulada en el artículo 120 de la LCSP, es objeto de este trabajo exponer cómo se acudió sistemáticamente a esta vía para acometer las compras públicas indispensables para intentar mitigar los efectos de la pandemia, singularmente en el ámbito sanitario.

Es interesante mencionar un precedente en la utilización de la tramitación de emergencia ante una crisis sanitaria: el Real Decreto-ley 14/2014, de 7 de noviembre, por el que se conceden créditos extraordinarios y suplementos de crédito para financiar actuaciones de distintos departamentos ministeriales, adoptó ciertas medidas para hacer frente a las necesidades derivadas de la aparición de algunos casos de pacientes infectados por el virus del Ébola en España, a raíz de un brote de esta enfermedad en África occidental que fue considerado una emergencia de salud pública de importancia internacional por la Organización Mundial de la Salud.

El artículo 12 del citado Real Decreto-ley 14/2014 señalaba que tendrían la consideración de obras, servicios o suministros de emergencia los destinados a hacer

¹³ El trabajo consultado, al menos en la versión a la que se ha tenido acceso, menciona literalmente el art. 318 de la LCSP, pero suponemos que se trata de una errata, pues la norma que regula la adjudicación de los contratos SARA por los poderes adjudicadores no Administración Pública es el art. 317, por eso me he tomado la libertad de alterar la cita de este autor, cuya tesis comparto plenamente.



frente a cuantas necesidades se derivasen de la aparición del virus del Ébola en España, posibilitando así la aplicación de la tramitación de emergencia, regulada en aquel momento por el artículo 113 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre).

Frente a la actual pandemia causada por el Coronavirus SARS-CoV-2, el artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19 (Real Decreto-ley 7/2020, en adelante), concretó un supuesto fáctico que permitía, de manera inequívoca, acudir a la tramitación de emergencia del artículo 120 de la LCSP en todos los contratos que hubieran de celebrarse por las entidades del sector público¹⁴ para hacer frente al COVID-19. Resulta muy sintomático que esta medida excepcional se adoptara antes del inicio del primer estado de alarma, declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, pues demuestra la extrema urgencia de la medida y la situación crítica que se vivió durante aquellos primeros compases de la pandemia.

El artículo 16 del Real Decreto-Ley 7/2020 fue derogado por el Real Decreto-ley 8/2021 (Disp. derogatoria única, ap. 2.^a).

Durante sus escasos catorce meses de vigencia la disposición analizada tuvo cuatro redacciones distintas, merced a las sucesivas modificaciones introducidas por el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (disp. final 6.^a), así como por el Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19 (disp. final 2.^a), que, tras su convalidación por el Congreso de los Diputados, fue tramitado como proyecto de ley y aprobado con el título de Ley 3/2021, de 12 de abril, por la que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19 (en adelante, Ley 3/2021).

Las sucesivas alteraciones introducidas en la redacción del artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020 durante tan estrecho margen temporal —su aprobación data del 12 de marzo de 2020, y sus dos primeras modificaciones de los días 17 y 27 siguientes— revelan la caótica situación vivida en todos los órdenes durante las primeras semanas de la pandemia. Especialmente significativas fueron las novedades introducidas en el artículo objeto de análisis por el Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de

¹⁴ Como veremos después, el ámbito subjetivo de aplicación fue ampliándose con las sucesivas reformas de este precepto; en su versión original solo se refería a los órganos de la Administración General del Estado.

marzo, que extendió formalmente al conjunto de entidades del sector público la posibilidad de emplear la tramitación de emergencia en todos los contratos relacionados con la lucha contra el COVID-19, sin limitarla en exclusiva a los órganos de la Administración General del Estado, como en su versión original.

Nos centraremos a continuación en el análisis de la redacción definitiva del artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020, introducida por la disposición final primera de la Ley 3/2021 con el siguiente tenor:

«Artículo 16. Contratación.

1. La adopción de cualquier tipo de medida directa o indirecta por parte de las entidades del sector público para hacer frente al COVID-19 justificará la necesidad de actuar de manera inmediata, siendo de aplicación el artículo 120 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

2. De acuerdo con la previsión establecida en el párrafo anterior, a todos los contratos que hayan de celebrarse por las entidades del sector público para atender las necesidades derivadas de la protección de las personas y otras medidas adoptadas por el Consejo de Ministros para hacer frente al COVID-19, les resultará de aplicación la tramitación de emergencia. En estos casos, si fuera necesario realizar abonos a cuenta por actuaciones preparatorias a realizar por el contratista, no será de aplicación lo dispuesto respecto a las garantías en la mencionada Ley 9/2017, siendo el órgano de contratación quien determinará tal circunstancia en función de la naturaleza de la prestación a contratar y la posibilidad de satisfacer la necesidad por otras vías. De la justificación de la decisión adoptada deberá dejarse constancia en el expediente.

3. El libramiento de los fondos necesarios para hacer frente a los gastos que genere la adopción de medidas para la protección de la salud de las personas frente al COVID-19 podrá realizarse a justificar.

4. Cuando la contratación para la atención de estas necesidades deba producirse en el exterior, porque los contratos se formalicen o ejecuten total o parcialmente en el extranjero, la formalización de los contratos corresponderá al Jefe de la Misión o Representación Permanente, con sujeción a las condiciones libremente pactadas por la Administración con el contratista extranjero, cuando la intervención de este sea absolutamente indispensable para la eje-



cución del contrato, por requerirlo así la atención de las necesidades derivadas de la protección de las personas y otras medidas adoptadas por el Consejo de Ministros para hacer frente al COVID-19, y así se acredite en el expediente. No obstante, esta competencia podrá avocarse por el titular del departamento Ministerial competente por razón de la materia. Los contratos deberán formalizarse por escrito y se sujetarán a las condiciones pactadas por la Administración con el contratista extranjero.

Los libramientos de los fondos a los que se refiere el apartado tercero de este artículo podrán realizarse bien a favor de cajeros en España, bien a favor de cajeros en el exterior, manteniéndose la gestión financiera en el ámbito del Ministerio de Sanidad y con cargo a su presupuesto, sin perjuicio de que pudiera realizarse igualmente el pago en firme a través del cajero de pagos en el exterior. No obstante, la persona titular del ministerio de sanidad podrá delegar esta competencia de gestión financiera en órganos o entidades, sean o no dependientes.

Cuando fuera imprescindible de acuerdo con la situación del mercado y el tráfico comercial del Estado en el que la contratación se lleve a cabo, podrán realizarse la totalidad o parte de los pagos con anterioridad a la realización de la prestación por el contratista, en la forma prevista en el apartado 2. El riesgo de quebranto que pudiera derivarse de estas operaciones será asumido por el presupuesto del Estado.

5. Se excluye de la obligación de facturación electrónica establecida en la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público, desde la entrada en vigor de este Real Decreto-ley, a las facturas emitidas por proveedores no nacionales radicados en el exterior que correspondan a los expedientes a los que hace referencia este artículo".

En la aplicación práctica del artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020 fue de indudable valor la Nota Informativa publicada el 12 de abril de 2020 por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (en adelante, «Nota Informativa»), cuya finalidad declarada radicaba en «prevenir que se puedan producir situaciones de mal uso o de abuso de esta figura jurídica», para lo que se exponía detalladamente «la interpretación de las condiciones bajo las cuales procede utilizar la tramitación de emergencia, y la forma en que la misma ha de hacerse».

La regulación de la contratación de emergencia contenida en el precepto transcrito presenta ciertos matices que conviene comentar, siquiera brevemente.

Así, frente a las limitaciones establecidas en el artículo 120.2 de la LCSP —que restringe la tramitación de emergencia a lo estrictamente indispensable para afrontar la situación de necesidad, remitiéndose a la tramitación ordinaria en lo concerniente a las restantes prestaciones—, el artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020 habilitó la vía de emergencia para todos los contratos relacionados *«directa o indirectamente»* con la pandemia, de tal manera que amplió el ámbito objetivo de aplicación de esta tramitación excepcional; en este sentido, el apartado segundo del reiterado artículo 16 se refiere literalmente a *»todos los contratos que hayan de celebrarse por las entidades del sector público para atender las necesidades derivadas de la protección de las personas y otras medidas adoptadas por el Consejo de Ministros para hacer frente al COVID-19»*¹⁵.

Otros aspectos destacables del artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020 son apartarse de las normas de la LCSP en materia de garantías si fueran necesarios abonos a cuenta por actuaciones preparatorias (lo que implica suspender las reglas del artículo 198.3 de la LCSP) y la posibilidad de libramiento de fondos a justificar, así como —respecto de los contratos que se formalicen o ejecuten total o parcialmente en el extranjero— la dispensa de la facturación electrónica y el posible pago total o parcial antes de la realización de la prestación por el contratista, si concurren determinadas circunstancias descritas por la norma.

Al hilo de los numerosos contratos tramitados por la vía de emergencia durante la situación de pandemia desencadenada por el Coronavirus SARS-CoV-2, se suscitó la duda de si la aplicación del artículo 120 de la LCSP (en las condiciones establecidas por el artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020) requería de un acuerdo expreso del órgano de contratación declarativo de la situación de emergencia o si, por el contrario, podía prescindirse de este trámite.

Así, mientras algunos órganos de contratación descartaron la necesidad de dictar un acto expreso declarativo de la situación de emergencia, en el entendimiento de que el artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020 habilitaba con carácter general la tramitación de emergencia en la situación de crisis sanitaria derivada de la pandemia por COVID-19, otros órganos sostenían lo contrario con base en dos argumentos:

¹⁵ No obstante, algunos autores como José M.^a GIMENO FELIU o Isabel GALLEGO CÓRCOLES optaron por una interpretación restrictiva del ámbito objetivo de aplicación del artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020, entendiendo que era preciso acreditar en el expediente el cumplimiento de los requisitos que exige el Derecho de la Unión Europea para la utilización del procedimiento negociado sin publicación previa.



- Por un lado, la referencia a dicho acuerdo *ad hoc* en la letra a) del artículo 120.1 de la LCSP a los efectos de la debida dotación presupuestaria, pues este precepto permite al órgano de contratación *ordenar* bien la ejecución de lo necesario para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida, o bien contratar libremente su objeto. Y, para quienes defendían esta tesis, en esa «orden» del órgano de contratación se hallaba implícito un acto declarativo de la situación de emergencia que daba inicio a esta tramitación excepcional.
- Por otro lado, la fecha en que se adoptase el señalado acuerdo por el órgano de contratación serviría como *dies a quo* para el cómputo de los plazos previstos en las letras b) y c) del reiterado artículo 120 de la LCSP, en orden a la dación de cuentas al Consejo de Ministros y a la ejecución de las prestaciones contratadas por esta vía.

En el análisis de esta cuestión ha de recordarse que la finalidad perseguida por el artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020 fue autorizar la tramitación de emergencia del artículo 120 de la LCSP siempre que una entidad del sector público adoptase alguna medida encaminada, directa o indirectamente, a paliar las consecuencias del COVID-19, por considerarlo una forma eficiente de atender las necesidades derivadas de la lucha contra la pandemia; recordemos, en este sentido, que el reiterado artículo 16 se enmarca en un capítulo del Real Decreto-ley 7/2020 titulado «*Medidas para la gestión eficiente de las Administraciones Públicas*», y que, en palabras de su Exposición de Motivos, «*este régimen excepcional en la contratación pública encaja a la perfección en la situación actual para hacer frente al COVID-19*».

De esta manera, el artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020 estableció una presunción legal relativa a la necesidad de actuar de manera inmediata para enfrentarse a la pandemia, que, por razones de eficacia, abría la puerta a la utilización de la tramitación de emergencia por los órganos de contratación de las entidades del sector público.

El examen de la doctrina tradicional elaborada en torno a esta cuestión refuerza la tesis de considerar necesario un acuerdo expreso del órgano de contratación en el que se invoque la concurrencia de una situación de emergencia, al mismo tiempo que se ordena la ejecución de lo necesario para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida con los propios medios de la Administración, o bien se contrata libremente el objeto de estas prestaciones al margen de los procedimientos de adjudicación. De esta manera, en el acto que dé comienzo a las actuaciones precisas para paliar la situación crítica habrá una referencia expresa a la necesidad de actuar inmediatamente que justifique el empleo de la tramitación de emergencia.

En este sentido puede traerse a colación el Informe 2/2000, de 8 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, que señala cuanto sigue (consideración 1.^ª):

«La llamada por la LCAP tramitación de emergencia no puede considerarse realmente un tipo de tramitación, sino un régimen de carácter excepcional para unos supuestos tasados, que se caracteriza por la dispensa de tramitar el pertinente expediente administrativo y de cumplir los requisitos formales establecidos en la LCAP, incluso el de existencia de crédito (en el supuesto de su inexistencia, al acuerdo del órgano de contratación por el que se declara la emergencia debe acompañarse la documentación que justifique la iniciación del expediente de modificación de crédito) y el de formalización del contrato (el supuesto de emergencia es el único en que la Administración puede contratar verbalmente, según dispone el artículo 56, in fine, de la LCAP). Los únicos requisitos formales que requiere la LCAP, según el citado artículo 73 son: el acuerdo del órgano de contratación ordenando la ejecución de lo necesario para remediar el acontecimiento producido, satisfacer la necesidad sobrevenida (lo que puede hacer la Administración con sus propios medios) o la contratación libre de su objeto (lo que equivale a prescindir de los procedimientos de adjudicación y a la no sujeción a los principios de publicidad y concurrencia) y el acto de dar cuenta de dicho acuerdo al Consejo de Ministros (debe entenderse al Consejo de Gobierno en el caso de la Comunidad de Madrid)». (El subrayado es nuestro).

Asimismo, el Acuerdo de 6 de mayo de 1997, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, por el que se aprueban recomendaciones dirigidas a los órganos de contratación, señalaba las circunstancias en que los expedientes se podían *declarar de emergencia* (recomendación 11.^ª), de lo que se infiere necesariamente un acto expreso del órgano de contratación con ese contenido.

En la misma línea, el Informe 8/2003, de 9 de octubre, de la Junta Regional de Contratación Administrativa (Región de Murcia), relativa al contenido de los expedientes de contratación cuya tramitación ha sido declarada de emergencia, alude a un *«acuerdo del órgano de contratación ordenando la ejecución de lo necesario para remediar el acontecimiento producido, satisfacer la necesidad sobrevenida o contratar libremente su objeto»*.

A mayor abundamiento, conviene subrayar que la «Nota Informativa» de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado de 12 de abril de 2020 señala que, entre los aspectos a tener en cuenta por los órganos de contratación que acudiesen



a la vía del artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020, se encuentra la necesidad de cumplir la disposición adicional 136.^a de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para 2018. Esta disposición establece lo siguiente:

«Cuando la Administración tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional, de acuerdo con el régimen excepcional previsto en el artículo 120 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, el órgano de contratación dará cuenta de ello, en el mismo momento de adoptar el acuerdo de inicio de actuaciones precisas, a la Intervención Delegada cuya competencia orgánica o territorial se corresponda con la de la autoridad que haya de aprobar el gasto necesario para hacer frente a dicha actuación (...)» (El subrayado es nuestro).

Así pues, de acuerdo con el artículo 120.1.a) de la LCSP, la adopción por el órgano de contratación del *«acuerdo de inicio de actuaciones precisas»* para afrontar la situación crítica parece referirse a un acto expreso que, en virtud de las circunstancias concurrentes, declare acogerse a la tramitación de emergencia, no siendo suficiente la habilitación genérica otorgada por el artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020.

Cuestión distinta es la viabilidad jurídica de adoptar el mencionado acuerdo expreso de inicio de la tramitación de emergencia después de la suscripción del contrato, o tras la aceptación de la oferta o del presupuesto, o de la realización del pedido, es decir, en un momento posterior al inicio de la actuación del órgano de contratación.

La doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado parece inclinarse a favor de la subsanabilidad de este vicio, al entender que la declaración de emergencia no es un trámite equiparable a la declaración de urgencia del artículo 119 de la LCSP, máxime cuando la contratación de emergencia se caracteriza precisamente por la dispensa de trámites formales.

En este sentido, el Acuerdo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 20 de junio de 2003 sobre criterios interpretativos en la aplicación de la tramitación de emergencia prevista en el artículo 72 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Acuerdo al que se remite expresamente la Nota Informativa reseñada *ut supra* —ap. 3.d)—) concluye indicando que *«La apreciación de la emergencia corresponde exclusivamente al órgano de contratación*

si bien dentro de los parámetros previstos en el artículo 72 sin que, a diferencia de la tramitación de urgencia, requiera una especial declaración, bastando la posterior justificación documental» (apartado 6.c).

Dos años antes, el Informe 21/2001, de 3 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, había señalado que *«(...) la declaración de emergencia no es un trámite que resulte del artículo 72 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, a diferencia del supuesto de tramitación de urgencia a que se refiere el artículo 71 de la propia Ley (...)»*.

En consecuencia, aunque el artículo 120.1.a) de la LCSP prevé un acuerdo de inicio de la tramitación de emergencia, el mismo no se contempla como un trámite equiparable a la declaración motivada de urgencia del expediente del artículo 119 de la misma Ley que dé cobertura a la actuación posterior del órgano de contratación. En el caso de la tramitación de emergencia, dada la necesidad de actuar inmediatamente, cabría admitir que la motivación fuera posterior al contrato suscrito en esas circunstancias (contrato que podría ser incluso verbal, a tenor del artículo 37.1 de la LCSP), subsanando así la omisión producida en el referido acuerdo inicial o, incluso, la ausencia de este.

Además, ha de tenerse en cuenta que la declaración de emergencia acordada *ex post* por el órgano de contratación, con la oportuna justificación, puede dotarse de eficacia retroactiva al amparo del artículo 39.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, a cuyo tenor *«excepcionalmente, podrá otorgarse eficacia retroactiva a los actos cuando se dicten en sustitución de actos anulados, así como cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y esta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas»*¹⁶.

En el caso examinado se cumplen los requisitos establecidos por el artículo 39.3 de la citada Ley 39/2015, pues la declaración de emergencia recaída eventualmente tras la suscripción del contrato, o después de la aceptación de la oferta o del presupuesto o la realización del pedido, retrotraería sus efectos a un momento en el que

¹⁶ La aplicabilidad de la norma transcrita en el ámbito de la contratación pública, por vía de supletoriedad, se reconoce expresamente en la disposición final cuarta, apartado 1, de la LCSP: *«Los procedimientos regulados en esta Ley se regirán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los establecidos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y en sus normas complementarias»*.



la Administración debía actuar de manera inmediata para afrontar las consecuencias de la pandemia derivada del COVID-19, acudiendo a tal efecto a la vía del artículo 120 de la LCSP en función de la habilitación otorgada genéricamente por el artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020.

Y, partiendo de esta premisa, ha de reconocerse que aquella declaración de emergencia produciría efectos favorables al interesado (en este caso, al contratista), sin que pudiera apreciarse lesión para los derechos e intereses legítimos de terceros habida cuenta la situación excepcional en la que se enmarcaba dicha actuación.

Finalmente, ha de añadirse que la ausencia del acuerdo inicial declarativo de la emergencia, o la omisión en este de la justificación de los presupuestos habilitantes de tal tipo de tramitación, habría de considerarse como un vicio de anulabilidad del artículo 48.1 de la Ley 39/2015¹⁷.

En nuestra opinión, no es dable calificar ese vicio como un defecto determinante de nulidad absoluta, por cuanto acudir a la causa prevista en el artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015 —ausencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido— resulta difícilmente conciliable con la contratación de emergencia, al caracterizarse esta precisamente por la dispensa de trámites formales tal como se ha expuesto anteriormente. Tampoco puede subsumirse aquel vicio en ninguna de las demás causas tasadas de nulidad previstas en el artículo 47.1 de la Ley 39/2015 (al que remite el art. 39.1 de la LCSP), ni en ninguno de los supuestos de nulidad específicamente previstos en el artículo 39.2 de la LCSP.

Siendo así, puede confirmarse que la declaración de emergencia acordada *ex post* por el órgano de contratación, con la oportuna justificación, actuaría como un acto de convalidación de la deficiencia apuntada al amparo del artículo 52.1 de la Ley 39/2015¹⁸.

A mayor abundamiento, de esta posible convalidación también cabría predicar eficacia retroactiva, ya que el artículo 52.2 de la precitada Ley 39/2015, en sede de convalidación de actos anulables, dispone que *«el acto de convalidación producirá efecto desde su fecha, salvo lo dispuesto en el artículo 39.3 para la retroactividad de los actos administrativos»*.

Así pues, desde esta doble perspectiva, un acuerdo del órgano de contratación que declarase la emergencia después de la suscripción del contrato, la aceptación

¹⁷ «Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.»

¹⁸ «La Administración podrá convalidar los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan.»

de la oferta o del presupuesto, o la realización del pedido, podría dar cobertura a estas actuaciones en el marco de los artículos 120 de la LCSP y 16 del Real Decreto-ley 7/2020.

En cualquier caso, es obligado señalar, siguiendo a José M.^a GIMENO FELIU, que la utilización de la tramitación de emergencia como respuesta rápida a las necesidades derivadas de la pandemia no implicó una exoneración del cumplimiento del resto de reglas de la contratación pública, en particular de las relativas a la transparencia. Así, de acuerdo con el citado autor, eran de directa aplicación la publicidad de los acuerdos de adjudicación y formalización de contratos (ex art. 154 de la LCSP)¹⁹.

4. Las orientaciones de la Comisión Europea: el procedimiento negociado sin publicación previa

El alcance internacional de la crisis sanitaria derivada del COVID-19 obliga a detenerse, siquiera brevemente, en las orientaciones dictadas por la Comisión Europea con el fin de flexibilizar el marco de la contratación pública como mecanismo eficaz para combatir las consecuencias económicas y sociales de la pandemia.

Con este objetivo, en el DOUE de 1 de abril de 2020 se publicó la Comunicación titulada «*Orientaciones de la Comisión Europea sobre el uso del marco de contratación pública en la situación de emergencia relacionada con la crisis del COVID-19 (2020/C 108 I/01)*», configurada como una guía que, sin modificar el marco jurídico vigente, pretendía exponer las opciones más flexibles a las que podían recurrir los Estados miembros para acometer con éxito una rápida contratación de los suministros, servicios y obras indispensables para hacer frente a esta crisis sanitaria.

Partiendo de tales premisas, la reseñada Comunicación refleja la interpretación que hace la Comisión de los Tratados, de las Directivas sobre contratación pública y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ofreciendo a los Estados miembros un amplio abanico de posibilidades que abarca desde la reducción de plazos típica de la tramitación de urgencia hasta la búsqueda proactiva de soluciones alternativas e innovadoras mediante la contratación digital (p. ej.: convocatoria de *hackatones* para encontrar nuevas ideas sobre cómo proteger eficazmente al personal sanitario, detectar el virus en el medio ambiente o reutilizar las mascarillas de protección).

¹⁹ GIMENO FELIU, José M.^a. *La crisis sanitaria COVID-19. Reflexiones sobre su incidencia en la contratación pública y las soluciones adoptadas*. (Jornada 22 de abril de 2020). Observatorio de la Contratación Pública. Disponible en [https:// bit.ly/3jfKWLp](https://bit.ly/3jfKWLp).



Al margen de tales propuestas, la Comunicación de la Comisión recomienda a los Estados miembros acudir al procedimiento negociado sin publicación previa, regulado en el artículo 32 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (en adelante, Directiva 2014/24/UE). Este procedimiento permite a los poderes adjudicadores negociar directamente con los contratistas potenciales sin condiciones de publicación, plazos, número mínimo de candidatos que deben ser consultados ni ningún otro requisito de procedimiento, pues, como señala la Comunicación, *«en una situación como la actual crisis del COVID-19, que presenta una urgencia extrema e imprevisible, las Directivas de la UE no contienen restricciones de procedimiento»*.

El artículo 32.2.c) de la Directiva 2014/24/UE permite utilizar el procedimiento negociado sin publicación previa para los contratos públicos de obras, suministros y servicios *«cuando, en la medida en que sea estrictamente necesario por razones de urgencia imperiosa resultante de hechos que el poder adjudicador no haya podido prever, no puedan respetarse los plazos de los procedimientos abiertos, restringidos o de licitación con negociación; las circunstancias alegadas para justificar la urgencia imperiosa no deberán en ningún caso ser imputables a los poderes adjudicadores»*²⁰. De acuerdo con la jurisprudencia europea, todas las condiciones expuestas en la norma transcrita han de cumplirse de manera acumulativa e interpretarse restrictivamente (asuntos C-275/08, Comisión/Alemania, y C-352/12, *Consiglio Nazionale degli Ingegneri*).

La Comunicación de la Comisión, aun advirtiendo de la necesaria elaboración por los poderes adjudicadores de un informe individual justificativo (ex art. 84.1.f) de la Directiva 2014/24/UE), expone la concurrencia de los requisitos necesarios para emplear el procedimiento negociado sin publicación previa ante la crisis sanitaria derivada del COVID-19 en los siguientes términos:

- a) En primer lugar, han sucedido unos *«sucesos imprevisibles para el poder adjudicador en cuestión»*, materializados en el incesante número de pacientes de COVID-19 y las consiguientes necesidades de atención sanitaria.
- b) En segundo lugar, concurre una *«extrema urgencia que hace imposible el cumplimiento de los plazos generales»*, pues las crecientes necesidades de los

²⁰ En parecidos términos, véase el art. 50.d) de la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE. Para la contratación en los sectores especiales, el citado artículo regula el uso de un procedimiento negociado sin convocatoria de licitación previa.

hospitales y centros sanitarios (en términos de suministros, servicios y obras públicas, a medida que subía la curva de infección) tenían que cubrirse de inmediato, no siendo operativos los plazos abreviados de la tramitación de urgencia.

- c) Indudablemente, concurre un nexo causal entre el suceso imprevisto (pandemia de COVID-19) y la extrema urgencia en la adquisición de bienes y servicios por los sistemas sanitarios nacionales.
- d) Por último, de acuerdo con la Comunicación, debe recurrirse a este procedimiento negociado sin publicación previa solo en la medida estrictamente necesaria para cubrir el vacío existente y hasta que se encuentren soluciones más estables, como, por ejemplo, los contratos marco de suministros y servicios, o la tramitación de urgencia de los procedimientos abierto y restringido.

Además, en el supuesto de ser indispensable obtener los suministros en plazos brevísimos, incluso de horas, la Comunicación acepta que las autoridades puedan actuar con toda la rapidez que sea técnica y físicamente posible, aunque el procedimiento se transforme en una adjudicación directa *de facto*, sujeta únicamente a las limitaciones físicas o técnicas relacionadas con la disponibilidad real de productos y la velocidad de entrega, entendiéndose que durante las primeras semanas de la pandemia nos encontrábamos ante un caso de «urgencia extrema e imprevisible», lo que faculta a los Estados miembros a «comprar en cuestión de días, incluso de horas, en caso necesario», sin someterse a procedimiento alguno.

De esta manera, se llega a admitir incluso «la adjudicación directa a un operador económico preseleccionado, siempre que este sea el único que pueda proporcionar los suministros necesarios dentro de los condicionantes técnicos y temporales que impone la extrema urgencia», aunque esta posibilidad se considera «la excepción, si solo una empresa es capaz de cumplir los condicionantes técnicos y temporales que impone la extrema urgencia».

Pese a que la utilidad de esta Comunicación fue muy relativa, pues no modificó el marco jurídico vigente, la doctrina la ha elogiado por representar una suerte de «puerto seguro» para que los poderes adjudicadores pudieran utilizar tales procedimientos sumarios sin temer una reacción adversa por parte de la Comisión²¹.

Recordemos, finalmente, que el procedimiento negociado sin publicación previa del artículo 32.2.c) de la Directiva 2014/24/UE se traspuso al derecho español en el

²¹ PASCUA MATEO, Fabio. «La contratación administrativa ante la COVID-19». *Revista de Administración Pública*, n.º 213, septiembre-diciembre 2020. p. 445.



artículo 168.b).1.º de la LCSP, que permite a los órganos de contratación adjudicar obras, suministros y servicios sin la previa publicación de un anuncio de licitación cuando *«una imperiosa urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputables al mismo, demande una pronta ejecución del contrato que no pueda lograrse mediante la aplicación de la tramitación de urgencia»*²².

5. El Informe 30/2021, de 30 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado

Como se ha indicado antes, el artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020 se encuentra derogado desde el 9 de mayo de 2021 por el Real Decreto-ley 8/2021.

Sin embargo, no podemos concluir este análisis sin referirnos a las reflexiones contenidas en el Informe 30/2021, de 30 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (en adelante, «Informe 30/2021»), acerca de la aplicación práctica del reiterado artículo 16, pues sus consideraciones son trasladables a supuestos semejantes que puedan plantearse en el futuro.

En su Informe 30/2021, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado trae a colación un dictamen de la Abogacía del Estado de 21 de enero de 2021 que sostuvo que al segundo estado de alarma (declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, y que se prolongó hasta el 9 de mayo de 2021), no le eran aplicables automática y necesariamente las normas dictadas bajo la vigencia del primer estado de alarma (declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, y que se extendió hasta el 21 de junio de 2020), salvo que aquellas normas hubieran sido prorrogadas de forma expresa. En este sentido, el Informe 30/2021 afirma lo siguiente:

«A esta misma conclusión llega el informe de la Abogacía General del Estado A.G. SANIDAD 1/21 (R- 5/2021), de 21 de enero de 2021 que alude precisamente a la vigencia del artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020. En él se manifiesta que “ha sido clara la voluntad del legislador de mantener –con modificaciones sustanciales– la aplicación del artículo 16 del Real Decreto-Ley 7/2020 durante la vigencia del estado de alarma posteriormente declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo”, es decir, solo durante la vigencia de tal

²² En el ámbito de la contratación en los sectores especiales, véase el art. 85.1.d) del Real Decreto-ley 3/2020.

estado, y que en el Real Decreto-ley 9/2020 se contenía una regulación muy precisa en cuanto a su vigencia temporal, según corresponde a normas de naturaleza excepcional, que alcanzaba únicamente al estado de alarma decretado por el Real Decreto 463/2020 y sus posibles prórrogas, pues fue para este estado de alarma para el que fueron dictadas.

Si la norma contenía una referencia tan precisa a la finalización de su vigencia, ligada a la extinción del primer estado de alarma, parece claro, según expone la Abogacía General del Estado que (...) aquellas medidas decayeron en su vigencia cuando lo hizo el estado de alarma inicial (el 21 de junio de 2020) y no se han mantenido en el que actualmente se encuentra en vigor, caracterizado, además, por unas medidas mucho menos severas que las que se adoptaron en marzo del año 2020.»

Por ello, añade el Informe 30/2021, la introducción por la disposición final primera de la Ley 3/2021 de una nueva redacción del artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020 no podía entenderse como una rehabilitación de esta norma para el segundo estado de alarma, pues la situación de hecho era muy diferente y no autorizaba una norma que amparase la aplicación generalizada e indefinida de la tramitación de emergencia a todos los contratos públicos que, directa o indirectamente, tuvieran relación con la lucha contra el COVID-19. De ahí que la Junta Consultiva recomendara al legislador que aclarase esta cuestión, por ejemplo, mediante la derogación de la citada disposición final primera de la Ley 3/2021.

De las consideraciones jurídicas vertidas en el Informe 30/2021 se infiere que la contratación de emergencia durante el estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, no podía apoyarse en la habilitación genérica del artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020 (ni siquiera en virtud de la modificación operada por la Ley 3/2021, durante la vigencia de aquel segundo estado de alarma), sino que la aplicación de esa tramitación excepcional dependía de la concurrencia de las circunstancias consignadas en el artículo 120 de la LCSP, lo que debía motivarse en cada expediente de forma individual, sin que operase una presunción legal genérica habilitante al efecto como sucedió durante el primer estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

En consecuencia, si algún expediente de contratación tramitado por vía de emergencia durante el segundo estado de alarma no hubiera cumplido con esa indispensable justificación y fuera impugnado ante los Tribunales, estos deberían analizar su conformidad a Derecho a la luz del artículo 120 de la LCSP, sin atender a lo dispuesto en el artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020.



Por otra parte, si la evolución de la pandemia fuera desfavorable, generando nuevas olas de infectados, el legislador tendría que aprobar una norma específica que, en función de las circunstancias concurrentes, facilitara el empleo de la tramitación de emergencia por los órganos de contratación, como hizo en su momento el artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020.

6. Conclusiones

Entre las abundantes disposiciones dictadas por el Gobierno de España para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de la pandemia provocada por el Coronavirus SARS-CoV-2 se incluye un paquete normativo relativo a la contratación pública.

En el ámbito europeo, la Comisión recomendó a los Estados miembros recurrir al procedimiento negociado sin publicación previa (art. 32.2.c) de la Directiva 2014/24/UE) que permite a los poderes adjudicadores negociar directamente con los contratistas potenciales sin condiciones de publicación, plazos, número mínimo de candidatos que deben ser consultados ni ningún otro requisito de procedimiento, puesto que no hay ninguna norma de procedimiento regulada a nivel de la UE (Comunicación de la Comisión 2020/C 108 I/01; DOUE 1 de abril de 2020).

El artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020 permitió a los poderes adjudicadores aplicar la tramitación de emergencia a toda la contratación pública relacionada, directa o indirectamente, con el COVID-19, ya se tratase de suministros de material sanitario, servicios de limpieza y desinfección, transporte de personal sanitario u obras de acondicionamiento de hospitales de campaña, entre otras necesidades. Sin embargo, esta habilitación genérica no dispensaba al órgano de contratación de la obligación de dictar un acto expreso justificativo de la emergencia en cada expediente, ya fuera antes o después de la suscripción del contrato, la aceptación de la oferta o la realización del pedido.

La pervivencia formal de esta disposición en el ordenamiento español hasta la finalización del segundo estado de alarma no ha sido obstáculo para que la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado —coincidiendo con el criterio de la Abogacía del Estado— haya argumentado su pérdida de eficacia a partir del 21 de junio de 2020 (coincidiendo con la finalización del primer estado de alarma, declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo), por entender restringido un instrumento tan excepcional a la etapa más crítica de la pandemia. Este criterio obligará a los Tribunales a examinar con detenimiento cómo se ha utilizado la tra-

mitación de emergencia después del 21 de junio de 2020 y, en particular, durante el segundo estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre (es decir, del 25 de octubre de 2020 al 9 de mayo de 2021), empleando como único parámetro normativo el artículo 120 de la LCSP.

BIBLIOGRAFÍA

- GALLEGO CÓRCOLES, Isabel. *De las orientaciones de la Comisión Europea sobre contratación pública en la crisis del COVID-19 y de sus implicaciones en el caso español*. Observatorio de la Contratación Pública (www.obcp.es).
- GALLEGO CÓRCOLES, Isabel. *La formalización de contratos en tiempos de alarma: contratos incluidos en el ámbito objetivo del recurso especial*. Observatorio de la Contratación Pública (www.obcp.es).
- GARCÍA JIMÉNEZ, Antonio. *La contratación pública en los tiempos del coronavirus*. Observatorio de la Contratación Pública (www.obcp.es).
- GIMENO FELIU, José M.^a (2020). «La crisis sanitaria COVID-19 y su incidencia en la contratación pública». *Revista El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 86-87, extraordinario Coronavirus, marzo-abril, pp. 42-53.
- GIMENO FELIU, José M.^a (2020). *La crisis sanitaria COVID-19. Reflexiones sobre su incidencia en la contratación pública y las soluciones adoptadas*. Observatorio de la Contratación Pública (jornada 22 de abril), disponible en [https:// bit.ly/3jfKWLp](https://bit.ly/3jfKWLp).
- LAZO VITORIA, Ximena. *Contratación pública de emergencia COVID-19*. Observatorio de la Contratación Pública (www.obcp.es).
- MANENT ALONSO, Luis (2020). «Medidas en materia de contratación pública para paliar las consecuencias del COVID-19. Análisis del artículo 34 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo». *Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, n.º 21-extraordinario, pp. 185-228.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Juan (2021). «¿Es posible la contratación de emergencia por las entidades sujetas a la legislación de contratos de los sectores especiales?». *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 173, Sección Reflexiones, mayo-junio. Wolters Kluwer.
- PASCUA MATEO, Fabio (2020). «La contratación administrativa ante la COVID-19». *Revista de Administración Pública*, n.º 213, septiembre-diciembre, pp. 439-478 (doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.213.1>).
- PINTOS SANTIAGO, Jaime y PÉREZ BRAVO, Jorge. (2020). «Contratación pública y COVID-19. Normativa completa y tramitación de emergencia ante la crisis sanitaria». *Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, n.º 21-extraordinario, pp. 133-184.

El reequilibrio de los contratos de concesión con motivo de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19

BEATRIZ ÁLVAREZ HERRANZ

Letrada de la Comunidad de Madrid*

SUMARIO

1. Introducción.
2. El restablecimiento del equilibrio económico del contrato conforme al Real Decreto-ley 8/2020.
3. Restablecimiento del equilibrio económico del contrato conforme a la legislación ordinaria de contratación pública.
4. Conclusiones.

RESUMEN

En el presente artículo se analiza la posibilidad de compensar los efectos que la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 y las medidas adoptadas por las Administraciones Públicas para combatirla hubieran podido pro-

ducir sobre los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios mediante el mecanismo del restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

PALABRAS CLAVE

Compensación; reequilibrio económico del contrato; concesión de obras; concesión de servicios; COVID-19.

* En la actualidad ocupa el puesto de Letrada Jefe del Servicio Jurídico de la Consejería de Presidencia, Justicia e Interior de la Comunidad de Madrid.

ABSTRACT

This article analyzes the possibility of compensating for the effects that the health crisis caused by COVID-19 and the measures adopted by public administrations to combat it

could have had on contracts for the concession of works and concession of services through the mechanism of restoring the economic balance of the contract.

KEYWORDS

Compensation; economic rebalancing of the contract; works concession; service concession; COVID-19.

1. Introducción

La crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 ha incidido sobre las relaciones jurídicas existentes entre la Administración Pública y los adjudicatarios de los contratos del sector público, de modo que los derechos y las obligaciones consignados en dichos contratos han tenido que acomodarse a las distintas medidas que las Administraciones Públicas han ido adoptando para tratar de combatir la pandemia y que en muchas ocasiones han determinado la imposibilidad de ejecutar el contrato en los términos inicialmente pactados o han obligado a acordar medidas adicionales a las originariamente convenidas para cumplir con las nuevas medidas sanitarias (uso de mascarillas, mantenimiento de la distancia mínima interpersonal, reducción de aforos...).

En este contexto, el presente artículo trata de analizar los mecanismos que ofrece nuestro ordenamiento jurídico para tratar de atemperar o solventar las incidencias que la crisis sanitaria ha producido sobre los contratos públicos de concesión de obras y de concesión de servicios.

El propio legislador, ante el impacto que el COVID-19 ha tenido sobre la sociedad y sobre la economía en general, ha dictado normas, con carácter excepcional, con la finalidad de paliar los efectos que la crisis sanitaria ha irrogado a los adjudicatarios de los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios.

Con tal finalidad, se dictó el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (en lo sucesivo, Real Decreto-ley 8/2020), en cuya parte dispositiva, se indicaba que *«se establecen medidas para evitar los efectos negativos sobre el empleo y la viabilidad empresarial derivados de la suspensión de contratos públicos, impidiendo la resolución de contratos públicos por parte de todas las entidades que integran el sector público y evitar que el COVID-19 y las medidas adoptadas por el Estado, las*

Comunidades autónomas o las entidades que integran la Administración local y todos sus organismos públicos y entidades de derecho público tengan un impacto estructural negativo sobre esta parte del tejido productivo».

Concretamente, el artículo 34, apartado 4, del Real Decreto-ley 8/2020, contempla la posibilidad de compensar a los adjudicatarios de los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios por la pérdida de ingresos y por el incremento de los costes soportados como consecuencia de las medidas adoptadas por la Administración para combatir el COVID-19.

Por otra parte, la legislación ordinaria de contratación pública —actualmente, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en lo sucesivo, LCSP)— regula en sus artículos 270 y 290, el restablecimiento del equilibrio económico de los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios, por lo que debe analizarse si los supuestos que amparan el indicado reequilibrio contractual pueden ser aplicados para compensar los efectos que la crisis sanitaria ha tenido sobre los contratos de concesión.

En consecuencia, en el presente artículo se examinarán las previsiones del artículo 34, apartado 4, del Real Decreto-ley 8/2020 y de los artículos 270 y 290 de la LCSP, a fin de determinar las condiciones que deben concurrir para que dichos preceptos puedan dar cobertura a una eventual compensación a los concesionarios de obras y de servicios por los perjuicios que la crisis ocasionada por la pandemia hubiera podido producirles.

No obstante, con carácter previo al análisis de los preceptos referidos, ha de destacarse que la normativa de contratos del sector público debe ser interpretada al albur de las previsiones recogidas en el Real Decreto-ley 8/2020. Ello significa que la regulación contemplada en dicho Real Decreto-ley implicará un desplazamiento de las normas de la legislación de contratación pública que directamente resulten afectadas por su contenido.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 83/2021, de 25 de mayo, declara que *«el art. 34 del RD-ley 8/2020 es norma especial y como tal ha de aplicarse con preferencia a la legislación ordinaria de contratos públicos, y por tanto, mientras dure el estado de alarma, la legislación ordinaria de contratos públicos solo será aplicable para resolver las incidencias contractuales relacionadas con el COVID-19 cuando no se oponga al RD-ley 8/2020 (...)».*



En similares términos, el informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado núm. 34/2020, de 12 de febrero de 2021, señala que *«el Real Decreto-ley 8/2020 es una norma de rango legal, de efectos temporales limitados y que atiende a una situación excepcional (la declaración de estado de alarma ante la crisis sanitaria derivada del COVID-19), por lo que su contenido ha de considerarse de aplicación preferente, al menos a estos efectos. Significa esto que, en lo que atañe a la relación de esta norma con la normativa general de contratación pública, el artículo 34 del RDL 8/2020 es una norma especial y se aplica con preferencia a la legislación ordinaria de contratos públicos y, por tanto, y mientras dure el estado de alarma, la legislación ordinaria de contratos públicos solo será aplicable para resolver una incidencia contractual relacionada con el COVID-19 cuando no se oponga al RDL 8/2020 y a los principios que lo inspiran»*.

Sentado lo anterior, debemos analizar la normativa contenida en el Real Decreto-ley 8/2020 y en la legislación ordinaria de contratación pública a fin de determinar la viabilidad jurídica de acudir al mecanismo del reequilibrio económico para compensar los efectos negativos que la pandemia haya producido sobre los contratos de concesión.

2. El restablecimiento del equilibrio económico del contrato conforme al Real Decreto-ley 8/2020

Como hemos señalado *ut supra*, ante el alcance de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, el legislador ha dictado normas específicas, para tratar de atemperar los efectos de la misma sobre los contratos del sector público. A tal efecto, entre otras normas, se dictó el Real Decreto-ley 8/2020, en cuyo artículo 34, apartado 4, se reconoce el derecho de los concesionarios a ser compensados por el incremento de costes y por la pérdida de ingresos derivados de las medidas adoptadas por las Administraciones Públicas durante la pandemia, en los siguientes términos:

«En los contratos públicos de concesión de obras y de concesión de servicios vigentes a la entrada en vigor de este real decreto-ley, celebrados por las entidades pertenecientes al Sector Público en el sentido definido en el artículo 3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, la situación de hecho creada por el COVID-19 y las medidas adoptadas por el Estado, las comunidades autónomas o la Administración local para combatirlo darán derecho al concesionario al restablecimiento del equilibrio económico del contrato mediante, según proceda en cada caso, la ampliación de su duración inicial hasta un máximo de un 15 por 100 o mediante la modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato.

Dicho reequilibrio en todo caso compensará a los concesionarios por la pérdida de ingresos y el incremento de los costes soportados, entre los que se considerarán los posibles gastos adicionales salariales que efectivamente hubieran abonado, respecto a los previstos en la ejecución ordinaria del contrato de concesión de obras o de servicios durante en el período de duración de la situación de hecho creada por el COVID-19. Solo se procederá a dicha compensación previa solicitud y acreditación fehaciente de la realidad, efectividad e importe por el contratista de dichos gastos.

La aplicación de lo dispuesto en este apartado solo procederá cuando el órgano de contratación, a instancia del contratista, hubiera apreciado la imposibilidad de ejecución del contrato como consecuencia de la situación descrita en su primer párrafo y únicamente respecto de la parte del contrato afectada por dicha imposibilidad.»

A la vista de la literalidad del precepto transcrito, se aprecia que el legislador ha optado por el restablecimiento del equilibrio económico del contrato como técnica para compensar a los concesionarios de obras y de servicios por la pérdida de ingresos y por el aumento de costes que las medidas acordadas por la Administración con motivo de la pandemia hubieran podido irrogarles.

Ahora bien, pese a la utilización del término «*restablecimiento del equilibrio económico del contrato*», resulta cuestionable que la medida contemplada en el artículo 34, apartado 4, del Real Decreto-ley 8/2020 pueda ser considerada *stricto sensu* un supuesto de reequilibrio contractual.

A este respecto, a diferencia de la legislación ordinaria de contratos del sector público¹, en la que el mecanismo del reequilibrio requiere una ruptura sustancial de la economía del contrato, el artículo 34, apartado 4, del Real Decreto-ley 8/2020 no exige dicha ruptura para poder compensar al concesionario por la pérdida de ingresos y por el aumento de costes que se hubiera visto obligado a asumir como consecuencia de las medidas acordadas por la Administración para combatir la pandemia. Es más, algunos autores, como Gimeno Feliu, han puesto de manifiesto que «*no parece probable que en contratos de larga duración como son los concesionales, las medidas frente al COVID 19 puedan tener un impacto tal que supongan la ruptura de la economía del negocio concesional (que implica una transferencia de riesgos (...))*»², por lo que, la medida contemplada en el artículo 34, apartado 4, podría ser considerada,

¹ Arts. 270 y 290 de la LCSP.

² Vid. GIMENO FELIU, «Crisis sanitaria COVID19 y su incidencia en la contratación pública», *El Cronista*, marzo-abril 2020.



en palabras del citado autor, «*un seguro legislativo*» que determina que no opere el reparto de riesgos y que pueda compensarse a los concesionarios por las pérdidas sufridas y por los costes asumidos como consecuencia de la pandemia, aunque los mismos no alteren de forma sustancial la economía del contrato.

Hecha la anterior matización, debemos abordar el contenido del artículo 34, apartado 4, del referido Real Decreto-ley para tratar de determinar en qué supuestos podrá acudir al mecanismo de compensación que en el mismo se contempla.

2.1. Ámbito objetivo de aplicación del artículo 34, apartado 4, del Real Decreto-ley 8/2020

El artículo 34, apartado 4, del Real Decreto-ley 8/2020 es aplicable, según su propio tenor literal, a los «*contratos públicos de concesión de obras y de concesión de servicios vigentes a la entrada en vigor de este Real Decreto-ley, celebrados por las entidades pertenecientes al Sector Público en el sentido definido en el artículo 3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre*».

El concepto de contrato público, a los efectos del Real Decreto-ley 8/2020, es definido en el apartado 7, del referido artículo 34, que declara que:

«A los efectos de este artículo solo tendrán la consideración de «contratos públicos» aquellos contratos que con arreglo a sus pliegos estén sujetos a: la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014; o al Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público; o a la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales; o Libro I del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales; o a la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad.

También tendrán la consideración de “contratos públicos” los contratos de obras, los contratos de servicios o consultorías y asistencias que sean complementarios a un contrato de obras principal y necesarios para la correcta reali-

zación de la prestación, así como los contratos de concesión, ya sean de obras o de servicios, incluidos los contratos de gestión de servicios públicos; celebrados por las entidades pertenecientes al Sector Público en el sentido definido en el artículo 3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre; siempre que estén vigentes a la entrada en vigor de este real decreto ley y cualquiera que sea la normativa de contratación pública a la que estén sujetos con arreglo al pliego (...).»

Como puede apreciarse, el concepto de contrato público se asocia en el Real Decreto-ley a aquellos contratos que, en virtud de sus pliegos estén sujetos a la LCSP o al Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) o a la denominada legislación sobre sectores excluidos³. Ahora bien, dicha definición se completa, como consecuencia de la modificación introducida por la disposición final novena del Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019 (en lo sucesivo, Real Decreto-ley 17/2020), con la inclusión en el concepto de contratos públicos de todos aquellos celebrados por las entidades del sector público —en los términos en que aparecen definidas en el artículo 3 de la LCSP, y por tanto, los celebrados por el Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades Locales— *«cualquiera que sea la normativa de contratación pública a la que estén sujetos con arreglo al pliego»*.

De este modo, el mecanismo de restablecimiento del equilibrio económico del contrato contemplado en el artículo 34, apartado 4, del Real Decreto-ley 8/2020 resulta de aplicación a los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios regulados en la LCSP, así como a los contratos de gestión de servicio público —expresamente aludidos en el artículo 34, apartado 7, del Real Decreto-ley 8/2020—, pero también a todos los contratos de concesión que estuvieran vigentes y que hubieran sido adjudicados conforme a la anterior legislación de contratación pública⁴.

³ Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales; o Libro I del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales; o a la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad.

⁴ Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales; Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprobaba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado; Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas; Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; y TRLCSP.



Sin perjuicio de lo expuesto, a nuestro juicio, el elemento determinante para que puedan aplicarse las previsiones del artículo 34, apartado 4, del Real Decreto-ley 8/2020 es que el contrato, con independencia de su calificación, participe de las notas características de las concesiones de obras o de las concesiones de servicios, máxime si se tiene en cuenta que en la legislación anterior a la actual LCSP no se utilizaba la denominación de contrato de concesión de servicios.

En este sentido, la dificultad para encajar, al amparo de los tipos contractuales definidos en el TRLCSP, determinadas prestaciones —en las que el contratista asumía el riesgo del contrato— en el contrato de servicios o en el contrato de gestión de servicios públicos condujo a que algunos contratos fueran calificados como contratos administrativos especiales. Así lo reconoce la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid núm. 153/2017, de 17 de mayo, que declara:

«La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, vigente la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, venía calificando como contratos administrativos especiales, fundamentalmente a aquellos en los que la actividad a desarrollar por la empresa adjudicataria constituía una actividad relacionada con el giro o tráfico de la entidad contratante cuando la misma no se dirige directamente a la Administración sino a un tercero, el usuario, y además la retribución del contratista proviene no de la propia Administración, sino de los precios que satisfacen los usuarios, unido a la asunción por el contratista el riesgo en la prestación del servicio.

Asumiendo el contratista el riesgo del contrato y no siendo posible su calificación como gestión de servicio público, por no ser un servicio encomendado a una administración, concluye que lo adecuado es calificarlo como administrativo especial.»

A tal efecto, cabe recordar que es doctrina consolidada la relativa a que el régimen jurídico aplicable a un determinado negocio jurídico viene dado por la verdadera naturaleza jurídica del mismo, con independencia de la denominación que se le hubiera dado a dicho negocio jurídico.

A propósito de lo expuesto, procede traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 693/2019, de 18 de diciembre, en la que se declara que *«los contratos son lo que son, según su naturaleza jurídica, y no lo que las partes dicen que son (irrelevancia del nomen iuris, por todas, sentencias 765/2010, de 30 de noviembre; y 335/2013, de 7 de mayo)»*.

Por tanto, en el caso de contratos que, celebrados al amparo de la normativa anterior a la actual LCSP, se caracterizaran por la traslación del riesgo operacional al adjudicatario, sería viable acudir al mecanismo de compensación articulado en el Real Decreto-ley 8/2020, si bien, deberá analizarse cada supuesto concreto a fin de delimitar si concurre dicha traslación del riesgo.

En relación con las características del contrato de concesión de servicios y, en particular, la relativa a la traslación del riesgo operacional, resulta ilustrativa la Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía núm. 203/2019, de 25 de junio, que ha señalado:

«Asimismo, como ya señaló este Tribunal en su Resolución 51/2016, de 25 de febrero, el riesgo de demanda —a que alude el artículo 5 de la Directiva de concesiones y los artículos 14.4 y 15.2 de la LCSP— cubre las variaciones que pueden producirse a lo largo de la vida del contrato de la demanda de los servicios, debido a factores ajenos. Este riesgo de demanda o de exposición a las incertidumbres del mercado (véase, en este sentido, los apartados 66 y 67 de la antes citada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de septiembre de 2009 Eurawasser), puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio (véanse, en este sentido, las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 27 de octubre de 2005, Contse y otros, C-234/03, apartado 22, y Hans & Christophorus Oymanns, apartado 74). En cambio, riesgos como los vinculados a una mala gestión o a errores de apreciación del operador económico no son determinantes a efectos de calificar un contrato como contrato de servicios o como concesión de servicios, puesto que tales riesgos, en efecto, son inherentes a cualquier contrato, ya se trate de un contrato público de servicios o de una concesión de servicios. En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictada en el asunto C-274/09, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler.

Pues bien, tras las anteriores consideraciones, procede analizar ahora las prestaciones y condiciones de ejecución del contrato examinado, a fin de determinar si responde a la categoría de contrato de servicios o de concesión de servicios. En este sentido, lo que distingue a uno y otro no es la actividad que pueda ser objeto de la contratación, sino la traslación del riesgo de la explo-



tación o «riesgo operacional» a la entidad adjudicataria; es decir, si la empresa contratista asume un riesgo operacional en la explotación del servicio en el sentido que definen los artículos 5 de la Directiva de concesiones y 14.4 y 15.2 de la LCSP.»

Asimismo, el Informe núm. 13/2018, de 30 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en su conclusión segunda ha establecido que *«en la actualidad un contrato en que la retribución del contratista derive de la explotación del servicio y, en consecuencia, de los precios pagados por los usuarios, y con transferencia del riesgo de explotación, es decir, con asunción por el contratista de los riesgos de oferta, de demanda y de responsabilidad frente a terceros, ha de calificarse como contrato de concesión de servicios».*

Por su parte, la Resolución del Organismo Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi núm. 46/2020, de 2 de marzo, incide en el requisito de la traslación del riesgo operacional:

«Una vez descartada la naturaleza patrimonial del contrato, debe determinarse si se trata de un contrato de servicios o de una concesión de servicios. Debe recordarse que lo que distingue al primero del segundo no es su objeto, que en ambos casos es la adquisición de un servicio, sino la contraprestación, que en el primero es un precio y en el segundo consiste en el derecho a explotar el servicio (acompañado o no de un precio) siempre y cuando además se traslade el «riesgo operacional» al adjudicatario en el sentido definido en el artículo 15.2 de la LCSP (ver, por ejemplo, la Resolución 68/2018 del OARC/KEAO).

Al respecto, se observa que en la cláusula 3 de la Carátula del PCAP se establece que “Dadas las características del contrato, la OSI Goierri Alto Urola no llevará a cabo ningún pago económico por la prestación del servicio. La empresa adjudicataria cobrará directamente a las personas usuarias a través del precio que se fije en la adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa”. De lo transcrito se desprende que existe un riesgo de demanda (artículo 15 en relación con el 14.4, ambos de la LCSP), dado que no está garantizada la posibilidad de que los potenciales usuarios soliciten los servicios objeto del contrato en número suficiente para la obtención de beneficios y no de pérdida.»

Admitido lo anterior, parece razonable realizar una *recalificación* del contrato a los meros efectos de lo dispuesto en el artículo 34, apartado 4, del Real Decreto-ley 8/2020 y considerar que las previsiones recogidas en dicho precepto son aplicables a aquellos

contratos que, celebrados al amparo de la normativa anterior a la LCSP, no hubieran sido calificados como de concesión de servicios o de gestión de servicio público, pero se caractericen por la traslación del riesgo operacional al concesionario, siempre que concurren las condiciones señaladas en dicho precepto —que el reequilibrio venga motivado por la imposibilidad de ejecutar el contrato como consecuencia de la situación de hecho creada por el COVID-19 y las medidas adoptadas por el Estado, las Comunidades Autónomas o la Administración Local para combatirlo—, puesto que, de lo contrario, el restablecimiento del equilibrio económico de aquellos contratos que estén calificados como de concesión o de gestión de servicio público podría articularse con base en el artículo 34, apartado 4, del Real Decreto-ley 8/2020 y sin embargo, el de aquellos otros contratos que participando de la naturaleza concesional hubieran sido celebrados por las entidades del sector público pero que, conforme a la normativa vigente en el momento de su adjudicación, no fueran encuadrables formalmente en una de aquellas modalidades, se verían privados de la vía contemplada en el indicado precepto.

Asimismo, en apoyo de extender las previsiones del artículo 34, apartado 4, del Real Decreto-ley 8/2020, a los contratos en los que existe traslación del riesgo operacional, procede traer a colación, *mutatis mutandi*, la argumentación sostenida por la Abogacía del Estado en su informe de 14 de abril de 2020:

«Considera este Centro Directivo que, desde el punto de vista de la finalidad tuitiva de la norma, no tendría sentido, por ejemplo, que se privara de la protección otorgada por el RDL 8/2020 a un adjudicatario que ha contratado con una entidad pública en virtud de un instrumento sometido en sus efectos y extinción al Derecho privado, mientras que sí tuviera dicha protección un adjudicatario de un contrato celebrado por otra entidad pública sometido en este último caso al Derecho público, cuando, por un lado, ambos contratistas forman parte del mismo "tejido productivo" al que se refiere la Exposición de Motivos del RDL 8/2020 y están sometidos de igual forma a los efectos económicos y sociales adversos derivados de la pandemia, y, por otro lado, ambas entidades públicas buscan, en definitiva, la satisfacción de intereses generales y públicos, por más que se articulen jurídicamente de modo diferente.

En conclusión, la finalidad de evitar efectos negativos sobre el empleo y la viabilidad empresarial que constituye la ratio iuris del artículo 34 del RDL 8/2020 está presente en todos los contratos celebrados por las entidades mencionadas en el artículo 3 de la LCSP, con independencia de que estas sometan su actuación al Derecho público o al Derecho privado» (el subrayado es nuestro).



Por último, cabe significar que algunos autores han reconocido de forma expresa la posibilidad de aplicar las previsiones del artículo 34, apartado 4, del Real Decreto-ley 8/2020 a aquellos contratos administrativos especiales en los que exista traslación al contratista del riesgo operacional⁵.

2.2. Ámbito temporal de aplicación del artículo 34, apartado 4, del Real Decreto-ley 8/2020

Las previsiones contenidas en el artículo 34, apartado 4, del Real Decreto-ley 8/2020 tienen una vigencia limitada en el tiempo, en consonancia con la situación excepcional a la que pretenden hacer frente.

En este sentido, la disposición final décima de la referida norma declara que «*con carácter general, las medidas previstas en el presente real decreto-ley mantendrán su vigencia hasta un mes después del fin de la vigencia de la declaración del estado de alarma*». Ello significa que únicamente podría compensarse con fundamento en el artículo 34, apartado 4, del Real Decreto-ley 8/2020, la pérdida de ingresos o el incremento de costes que se hubiera producido con motivo de la imposibilidad de ejecución de un contrato concesional como consecuencia de las medidas adoptadas por las Administraciones Públicas para combatir la pandemia desde la fecha de publicación en el Boletín Oficial del Estado del Real Decreto-ley —esto es, desde el 18 de marzo de 2020 (conforme a lo señalado en la disposición final novena) hasta un mes después de la finalización del estado de alarma declarado por Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo y que fue objeto de sucesivas prórrogas hasta las 00:00 horas del día 21 de junio de 2020.

Por tanto, la viabilidad jurídica de las compensaciones que pretendan articularse con base en las previsiones del Real Decreto-ley 8/2020 deberá analizarse atendiendo al momento temporal a que dichos reequilibrios van referidos, pues ello determinará, según el caso, la posibilidad de acudir a la indicada norma o bien, la necesidad de recurrir a la legislación ordinaria de contratación pública.

⁵ VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.: *Consecuencias jurídicas del estado de alarma en contratos relacionados con máquinas vending (instalación y explotación de máquinas expendedoras de productos de alimentación y bebidas) calificados como contratos administrativos especiales*. Observatorio de Contratación Pública, 22 de mayo de 2020.

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M.: «COVID-19 y contratación pública», 30 de abril de 2020.

2.3. Requisitos para la aplicación del artículo 34, apartado 4, del Real Decreto-ley 8/2020

Una vez determinadas las modalidades contractuales amparadas en las previsiones del artículo 34, apartado 4, del Real Decreto-ley 8/2020 y su ámbito de vigencia, deben analizarse las condiciones requeridas por el citado precepto para que los titulares de las concesiones de obras y de servicios puedan obtener la compensación que en el mismo se regula.

En particular, el referido precepto requiere que concurren las siguientes condiciones: que haya existido una imposibilidad de ejecutar el contrato como consecuencia de la situación de hecho creada por el COVID-19 y las medidas adoptadas por el Estado, las Comunidades Autónomas y la Administración Local para combatirla; que dicha imposibilidad sea apreciada por el órgano de contratación; que exista una previa solicitud de compensación por el contratista, y que este acredite fehacientemente la realidad, efectividad e importe de los gastos en que hubiera incurrido.

De los requisitos expuestos, las mayores controversias han surgido en torno a la interpretación del concepto de *imposibilidad de ejecución del contrato*. Concretamente, el artículo 34, apartado 4, *in fine*, dispone que *«la aplicación de lo dispuesto en este apartado solo procederá cuando el órgano de contratación, a instancia del contratista, hubiera apreciado la imposibilidad de ejecución del contrato como consecuencia de la situación descrita en su primer párrafo y únicamente respecto de la parte del contrato afectada por dicha imposibilidad»*.

A la luz de la literalidad del precepto, parece que la voluntad del legislador es que el derecho de compensación que contempla el artículo 34, apartado 4, del Real Decreto-ley 8/2020 pueda ejercitarse únicamente en aquellos supuestos en que la situación de hecho ocasionada por el COVID-19 y las medidas adoptadas por las Administraciones Públicas para combatirlo hubieran determinado la imposibilidad de ejecutar el contrato.

Esta interpretación es sostenida por la Abogacía General del Estado en su informe de 1 de abril de 2020, en el que se analiza el concepto de imposibilidad en los siguientes términos:

«— La imposibilidad de ejecución es una cuestión fáctica que corresponde apreciar, en primera instancia, a la Administración contratante, sin perjuicio de que su apreciación sea revisable por los Tribunales.



- *La imposibilidad supone la inviabilidad absoluta de ejecutar el contrato, lo que no sucede cuando este pueda continuar, aunque, debido al estado de alarma, varíe el modo en que puede ejecutarse.*
- *La imposibilidad puede existir desde el mismo momento en que se decreta el estado de alarma o posteriormente, como consecuencia de la adopción de nuevas medidas por el Gobierno, o por el cambio de las circunstancias en que se desarrolla el contrato.»*

Conforme al criterio expuesto por la Abogacía General del Estado, el concepto de *imposibilidad* implica una inviabilidad absoluta de la ejecución del contrato. Ahora bien, dicha postura ha sido cuestionada por parte de algunos autores⁶ que abogan por una interpretación flexible de la norma y ponen de manifiesto los perjuicios ocasionados a los titulares de aquellas concesiones ligadas a la prestación de servicios esenciales, en las que no existiendo una imposibilidad de ejecución, la demanda se vio sustancialmente minorada como consecuencia de la declaración del estado de alarma. Ejemplo de dicha situación son aquellos contratos de concesión de obra y de concesión de servicios en los que la retribución del concesionario se encuentra directamente vinculada al uso de la obra o servicio público por parte de los ciudadanos y en los que el contratista ha asumido el denominado *riesgo de demanda*, en consonancia con la traslación del riesgo operacional característica de los contratos de concesión.

Por su parte, el legislador vino a matizar el concepto de imposibilidad, al incorporar, en virtud del Real Decreto-ley 17/2020, en el artículo 34, apartado 4, *in fine* una mención a que el derecho a la compensación procederá «únicamente respecto de la parte del contrato afectada por dicha imposibilidad».

A nuestro juicio, la literalidad del precepto es clara, cuando exige que por el órgano de contratación se aprecie la *imposibilidad de ejecución del contrato*. Y la necesidad de que concurra dicha imposibilidad resulta reforzada como consecuencia de la modificación incorporada por la referida disposición final novena del Real Decreto-ley 17/2020.

Por tanto, la imposibilidad de ejecución del contrato podrá ser total o parcial, pero el derecho del concesionario a ser compensado conforme a lo establecido en el artículo 34, apartado 4, del Real Decreto-ley 8/2020 requiere que concurra dicha

⁶ SOLA RODRÍGUEZ, G. «Algunas consideraciones sobre el requisito procedimental de la apreciación de la imposibilidad de ejecución del contrato previsto en el art. 34.4 RD-Ley 8/2020». *Actualidad Administrativa*, n.º 9, Sección Actividad económica de la Administración, septiembre 2020. Wolters Kluwer.

imposibilidad, por lo que una mera disminución de la demanda por parte de los usuarios no sería suficiente para amparar la compensación regulada en el indicado precepto.

Cuestión distinta es que como consecuencia de las medidas adoptadas por las Administraciones Públicas para combatir la pandemia hubiera concesiones cuya ejecución no hubiera devenido total o parcialmente imposible, pero en las que se hubiera producido una ruptura sustancial de la equivalencia de las prestaciones inicialmente consideradas que afecten directamente a la economía de la concesión. En estos supuestos, y en función de las condiciones concurrentes en cada caso, podría acudir, a nuestro juicio, a la legislación ordinaria para valorar si resulta aplicable alguna de las causas que pueden amparar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, en los términos que expondremos en el epígrafe 3⁷.

Sin embargo, el informe de la Abogacía General del Estado de fecha 1 de abril de 2020 citado *ut supra*, parece que apunta una solución distinta. Concretamente, el citado informe sostiene que cuando hay una reducción de la demanda en una concesión —en ese supuesto se analizaba el caso de las concesiones de autopistas de peaje— no podría acudir a la aplicación de las normas generales sobre reequilibrio, al señalar que *«la aplicación preferente del artículo 34 del RDL 8/2020 a todas las consecuencias contractuales del COVID-19 no permite que, mediante la aplicación de las normas generales sobre reequilibrio de concesiones, se acaben renegociando los contratos de concesión y, por tanto, produciéndose efectos distintos de los de suspensión e indemnización previstos por el artículo 34 del RDL 8/2020»*⁸.

⁷ En este mismo sentido, BOTELLA CARRETERO, J., «La crisis del coronavirus COVID-19 y el art. Del Real Decreto-Ley 8/2020», *Actualidad Administrativa*, n.º 6 (2020), p. 3: *«Por lo tanto, cabe preguntarse qué pasa con aquellas concesiones cuya ejecución no ha devenido imposible, pero en las que se produce una ruptura de la equivalencia de las prestaciones inicialmente consideradas que afectan directamente a la economía de la concesión». La respuesta se halla, a nuestro juicio, en la aplicación de la normativa general de contratos»*.

⁸ En particular, el informe de la Abogacía General del Estado de fecha 1 de abril de 2020 recoge la siguiente argumentación:

«(...) Igualmente, se estima que esa reducción de vehículos e ingresos tampoco sería equiparable a "fuerza mayor", a "circunstancia imprevisible" o a "factum principis" ("actuaciones de la Administración Pública concedente, por su carácter obligatorio para el concesionario determinarían de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato") a los efectos de, respectivamente, amparar un reequilibrio del contrato de obras con base las normas generales aplicables al contrato de concesión (por ejemplo, el vigente 270.2 de la LCSP). Esto se justifica por las razones siguientes:

— Porque el artículo 34 del RDL 8/2020 excluye que la situación de hecho por el Covid-19 sea tratada, a los efectos de la contratación pública, como un caso de fuerza mayor; de ahí que no lo califique como tal y que expresamente declare inaplicables los artículos de la legislación de contratos referidos a la fuerza mayor.



Dicho criterio es refrendado para el caso de los contratos de gestión de servicios públicos de transporte regular de viajeros por carretera de uso general de titularidad de la Administración General del Estado y para las concesiones para la construcción, conservación y explotación de autopistas de peaje, de las concesiones para la conservación y explotación de las autovías de primera generación y de las concesiones de áreas de servicio de la Red de Carreteras del Estado adjudicadas por el Estado, por los artículos 24 y 25 del Real Decreto-ley 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del COVID-19 en los ámbitos de transportes y vivienda (en adelante, Real Decreto-ley 26/2020). Los referidos preceptos prevén que dichos contratos puedan ser reequilibrados económicamente por la situación de hecho creada por el COVID-19 y por las medidas adoptadas por el Estado para combatirlo, única y exclusivamente en los términos establecidos en los mismos, pero añaden que *«en ningún caso ese derecho podrá fundarse en las normas generales sobre daños por fuerza mayor o sobre restablecimiento del equilibrio económico que, en su caso, pudieran ser aplicables al contrato»*.

En nuestra opinión, la propia legislación especial contenida en los artículos 24 y 25 del Real Decreto-ley 26/2020 en la que se prevé un régimen específico para el restablecimiento del equilibrio económico de las modalidades de concesión que en los mismos se detallan, vendría a avalar que, en aquellos casos en que no exista una legislación específica y en los que no concurren alguna de las condiciones señaladas en el artículo 34, apartado 4, del Real Decreto-ley 8/2020, pero se haya producido una alteración esencial de la economía del contrato, pueda acudir a la legislación ordinaria y al mecanismo del reequilibrio del contrato. En este sentido, mientras que los artículos 24 y 25 del Real Decreto-ley 26/2020 aluden de forma expresa a la imposibilidad de acudir a las normas generales sobre daños por fuerza mayor o sobre restablecimiento del equilibrio económico del contrato que fueran aplicables al mismo, el artículo 34, apartado 4, del Real Decreto-ley 8/2020 no contiene una mención similar, por lo que, *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.

Asimismo, en apoyo de lo expuesto, cabe recordar que como señala la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 83/2021, citada *ut supra*, *«la legislación ordinaria de contratos públicos solo será aplicable para resolver las incidencias contractuales relacionadas con el COVID-19 cuando no se oponga al RD-ley 8/2020»*, por lo que en un supuesto en el que no se diesen los requisitos del artículo 34, apartado 4, del Real

– Porque la aplicación preferente del artículo 34 del RDL 8/2020 a todas las consecuencias contractuales del COVID-19 no permite que, mediante la aplicación de las normas generales sobre reequilibrio de concesiones, se acaben renegociando los contratos de concesión y, por tanto, produciéndose efectos distintos de los de suspensión e indemnización previstos por el artículo 34 del RDL 8/2020.»

Decreto-ley 8/2020, como sería aquel en el que la ejecución del contrato no deviniera total o parcialmente imposible, no existiría una oposición a las previsiones del Real Decreto-ley 8/2020 y en consecuencia, podría acudir a la legislación ordinaria para tratar de restablecer el equilibrio económico del contrato.

2.4. Mecanismos para restablecer el equilibrio del contrato conforme al artículo 34, apartado 4, del Real Decreto-ley 8/2020

En cuanto a la forma en que podrá instrumentarse la compensación, el artículo 34, apartado 4, del Real Decreto-ley 8/2020, establece que podrá realizarse *«mediante, según proceda en cada caso, la ampliación de su duración inicial hasta un máximo de un 15 por 100 o mediante la modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato»*.

Como puede apreciarse, la utilización de la conjunción disyuntiva «o» utilizada en el artículo 34, apartado 4, del Real Decreto-ley 8/2020, parece poner de manifiesto que la voluntad del legislador es que el restablecimiento del reequilibrio económico del contrato en los supuestos regulados en dicho precepto sea materializado mediante la ampliación de la duración inicial del contrato hasta un máximo de un 15 por 100 o, alternativamente, mediante la modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato.

Dicho criterio es sostenido en el informe de la Abogacía del Estado, de fecha 30 de marzo de 2020, en el que, a propósito de la interpretación del artículo 34, apartado 4, del Real Decreto-ley 8/2020, se indica cuanto sigue:

«Este fin (el restablecimiento del equilibrio económico del contrato) podrá conseguirse mediante la aplicación, según proceda en cada caso, de una de las dos siguientes medidas alternativas:

- a) La ampliación de la duración inicial del contrato hasta un máximo de un 15 por 100; o*
- b) La modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato.*

Añade el precepto que:

“Dicho reequilibrio en todo caso compensará a los concesionarios por la pérdida de ingresos y el incremento de los costes soportados, entre los que se



considerarán los posibles gastos adicionales salariales que efectivamente hubieran abonado, respecto a los previstos en la ejecución ordinaria del contrato de concesión de obras o de servicios durante en el período de duración de la situación de hecho creada por el COVID-19. Solo se procederá a dicha compensación previa solicitud y acreditación fehaciente de la realidad, efectividad e importe por el contratista de dichos gastos.”

Esto significa que, mediante las medidas alternativas antes indicadas (ampliación del plazo de duración del contrato o modificación de sus cláusulas de contenido económico), pretende compensarse al contratista por los perjuicios sufridos por dos conceptos (...).»

Y añade:

«En efecto, ha de tenerse en cuenta que el restablecimiento del equilibrio contractual no siempre se logrará mediante una ampliación del plazo del contrato, pues alternativamente podrá tener lugar, según se ha visto, modificando las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato.»

La Circular 2/2020, de 8 de abril, de la Dirección General de Contratación del Gobierno de Aragón, sobre la interpretación del Real Decreto-ley 8/2020, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 relacionadas con la contratación pública, señala, respecto a las opciones de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, que *«si se aprecia derecho al reequilibrio económico del contrato, este puede consistir en: a) la ampliación de su duración inicial hasta un máximo de un 15%, o b) la modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato»*.

Asimismo, el argumento relativo a que las medidas para el restablecimiento del equilibrio económico del contrato que contempla el artículo 34, apartado 4, del Real Decreto-ley 8/2020 tienen carácter alternativo y, por tanto, no pueden ser aplicadas de forma acumulativa es defendido mayoritariamente por la doctrina⁹.

⁹ MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M.: *El restablecimiento del equilibrio, cuando la ejecución sea materialmente imposible, se realizará mediante la ampliación de su duración inicial hasta un máximo de un 15% o mediante la modificación de las cláusulas de contenido económico del contrato*. Observatorio de Contratación Pública Local del COSITAL, 30 de abril de 2020.

SOLA RODRÍGUEZ, G. En, *Algunas consideraciones sobre el requisito procedimental de la apreciación de la imposibilidad de ejecución del contrato previsto en el art. 34.4 RD-Ley 8/2020, la Ley 9881/2020*, señala que *«El reequilibrio del régimen económico-financiero del contrato debe realizarse mediante la ampliación del período o duración de la concesión, con un límite del 15% de la duración inicial, o a través de la modificación de las cláusulas de contenido económico del contrato»*.

Para el supuesto en que se opte por articular la compensación mediante la ampliación del plazo de ejecución del contrato, deberán tenerse en cuenta las concretas circunstancias que concurran en cada supuesto, con el límite máximo del 15 por 100.

Ello obedece a que el artículo 34, apartado 4, del Real Decreto-ley 8/2020 no otorga una autorización genérica para poder ampliar de forma automática la duración del contrato hasta un 15 por 100, sino que dicho límite no puede ser rebasado. El concreto porcentaje a ampliar será el estrictamente necesario para compensar las pérdidas y los costes que queden debidamente acreditados y que hubieran sido asumidos por el concesionario¹⁰. De concurrir los supuestos legalmente establecidos, será posible ampliar la duración del contrato por encima del plazo de finalización inicialmente previsto, incluso aunque el contrato se encuentre prorrogado.

LAZO VITORIA, X. En, *Contratos de concesión y COVID-19. ¿Una solución ad hoc para el reequilibrio económico?* Observatorio de Contratación Pública, en www.obcp.es, ha declarado que: «En el supuesto antes aludido (imposibilidad de ejecución), el art. 34.3 RD-ley 8/2020 reconoce al concesionario el derecho al restablecimiento del equilibrio económico del contrato mediante, según proceda, los siguientes mecanismos alternativos: a. Ampliación de la duración inicial hasta un máximo de un 15%; b. Modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato».

PASCUA MATEO, F.: «La contratación administrativa ante la COVID-19», *Revista de Administración Pública*, 213, 439-478. (2020): «Para los contratos de concesión de obra y de concesión de servicios, las medidas de contención de la pandemia «darán derecho al concesionario al restablecimiento del equilibrio económico del contrato mediante, según proceda en cada caso, la ampliación de su duración inicial hasta un máximo de un 15 por 100 o mediante la modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato».

GIMENO FELIU, J. M.: «La crisis sanitaria covid-19. Reflexiones sobre su incidencia en la contratación pública y las soluciones adoptadas».

¹⁰ Sobre este particular, el Informe núm. 34/2020 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado declara cuanto sigue:

«(...) el segundo párrafo del artículo 34.4 establece la extensión de la medida de reequilibrio del contrato, que alcanza únicamente a los conceptos que describe, esto es:

1. La pérdida de ingresos.
2. El incremento de los costes soportados.

Implica esto que la ampliación de la duración inicial, cuando sea la medida procedente, debe compensar económicamente estos dos conceptos de significado económico, pero sin exceder de dicha compensación. Dicho de otro modo, el precepto no implica una autorización genérica para extender la duración inicial del contrato un 15 por ciento en todos los casos, sino que ese porcentaje representa un límite máximo por encima del cual, por razones de seguridad jurídica, no cabe ampliar la duración de la concesión.

De este modo, lo procedente será que la extensión del plazo inicial tenga lugar, cuando proceda, adaptándose a las circunstancias de cada caso concreto, por el periodo que resulte necesario para compensar la pérdida de ingresos y el incremento de los costes soportados que deriven de la situación de imposibilidad de ejecución del contrato. Otra solución podría representar un exceso y ser contraria a los principios básicos de la contratación pública, especialmente al de concurrencia.»



Por otra parte, será posible articular la compensación mediante una modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. Ello permitiría, por ejemplo, que se acordara un incremento de la retribución del concesionario, un aumento de las tarifas a abonar por los usuarios, una reducción del importe del pago anual del canon; o una disminución o aplazamiento de las inversiones en obras de ampliación o mejora del servicio a realizar por el concesionario durante la vigencia del contrato.

3. Restablecimiento del equilibrio económico del contrato conforme a la legislación ordinaria de contratación pública

El derecho de los concesionarios de obras y de servicios para ser compensados por la pérdida de ingresos y por el aumento de los costes ocasionados con motivo de la crisis sanitaria causada por el COVID-19 y las medidas adoptadas por las Administraciones Públicas para combatirla con base en el artículo 34, apartado 4, del Real Decreto-ley 8/2020 queda condicionado por la vigencia de dicha norma.

Sin embargo, los efectos de la crisis sanitaria han continuado, una vez finalizada la vigencia del Real Decreto-ley 8/2020, y ello ha obligado a las Administraciones Públicas a seguir adoptando medidas que han incidido sobre los contratos de concesión.

En este punto, trataremos de determinar a qué mecanismos pueden acudir la Administración y los concesionarios para restablecer el equilibrio económico del contrato cuando los efectos de la pandemia y las medidas adoptadas por las Administraciones Públicas hayan alterado el equilibrio económico del contrato.

Por tanto, una vez finalizada la vigencia del Real Decreto-ley 8/2020, es preciso acudir a la normativa ordinaria de contratación pública para tratar de delimitar los efectos que pudieran producirse. Asimismo, tal y como hemos sostenido *ut supra*, para los contratos de concesión en que, no concurriendo los requisitos del artículo 34, apartado 4, del Real Decreto-ley 8/2020, se hubiera producido una ruptura sustancial de la economía del contrato como consecuencia de las medidas adoptadas por la Administración para combatir la pandemia y no existiera una norma especial que impidiera de forma expresa acudir al restablecimiento del equilibrio económico del contrato, podría recurrirse a la legislación ordinaria para tratar de determinar si las causas concretas que han alterado de forma esencial la economía del contrato pueden justificar el restablecimiento de dicho equilibrio.

En particular, para los contratos de concesión de obras, el artículo 270 de la LCSP admite la posibilidad de restablecer el equilibrio económico del contrato en los siguientes supuestos:

- a) Cuando la Administración realice una modificación de las señaladas en el artículo 262.*
- b) Cuando actuaciones de la Administración Pública concedente, por su carácter obligatorio para el concesionario determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.*

Fuera de los casos previstos en las letras anteriores, únicamente procederá el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. A estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 239.»

Para los supuestos de contratos de concesión de servicios, el artículo 290, apartado 4, de la LCSP obliga a restablecer el equilibrio económico del contrato, en los siguientes términos:

«Se deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:

- a) Cuando la Administración realice una modificación de las señaladas en el apartado 1 del presente artículo concurriendo las circunstancias allí establecidas.*
- b) Cuando actuaciones de la Administración Pública concedente, por su carácter obligatorio para el concesionario determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.*

Fuera de los casos previstos en las letras anteriores, únicamente procederá el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. A estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 239 de la presente Ley.

En todo caso, no existirá derecho al restablecimiento del equilibrio económico financiero por incumplimiento de las previsiones de la demanda recogidas en el estudio de la Administración o en el estudio que haya podido realizar el concesionario.»



A la luz de la literalidad de los preceptos transcritos, se aprecia que existe una obligación de restablecer el equilibrio económico del contrato en aquellos supuestos en los que el contrato sea modificado por razones de interés público y dicha modificación afecte al equilibrio financiero del contrato; en aquellos casos en que las actuaciones de la Administración Pública concedente, por su carácter obligatorio para el concesionario determinen de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato, esto es, el denominado *factum principis*; y cuando concurren causas de fuerza mayor que determinen de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.

En este contexto, debe analizarse la posibilidad de que los efectos que la pandemia hubiera producido sobre los contratos de concesión puedan ser compensados mediante el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, lo que exige que concorra alguna de las causas mencionadas en la LCSP.

Desde dicha perspectiva, la posibilidad de restablecer el equilibrio económico será viable, en primer término, cuando la Administración modifique el contrato y como consecuencia de dicha modificación se vea alterado su régimen financiero. La modificación podrá ser realizada con base en las causas específicamente previstas en el pliego por el que se rige la licitación —si bien, será prácticamente imposible que en el pliego por el que se regulan las concesiones de obras y de servicios que estuvieran vigentes al comienzo de la pandemia se hubiera previsto una causa que pueda amparar la circunstancia de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19—. En otro caso, deberá valorarse la posibilidad de que la crisis sanitaria pueda tener acomodo en alguna de las causas de modificación recogidas en el artículo 205 de la LCSP.

A este respecto, cabe significar que el artículo 205, apartado 2, letra b), de la LCSP permite modificar el contrato:

«Cuando la necesidad de modificar un contrato vigente se derive de circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato, siempre y cuando se cumplan las tres condiciones siguientes:

- 1.º Que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever.*
- 2.º Que la modificación no altere la naturaleza global del contrato.*
- 3.º Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido.»*

A la vista de dicha redacción parece razonable sostener que la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 es una circunstancia que una Administración diligente no hubiera podido prever¹¹, por lo que de darse las dos condiciones restantes –que no se altere la naturaleza global del contrato y la cuantía del mismo no exceda del 50 por 100 de su precio inicial aislada o conjuntamente con otras modificaciones– podría justificarse una modificación del contrato.

En dicho supuesto, si como consecuencia de dicha modificación se alterara el régimen financiero del contrato de concesión podría acudir al mecanismo del restablecimiento del equilibrio económico (arts. 270, apartado 2, letra a) y artículo 290, apartado 4, letra a) de la LCSP).

La segunda causa que puede amparar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato de concesión de obras y de concesión de servicios es el denominado *factum principis*, esto es, actuaciones de la Administración concedente que determinen de forma directa la alteración esencial de la concesión. En este caso, es preciso que concurran dos presupuestos para que pueda aplicarse la indicada causa.

El primero de ellos es que se produzca una ruptura sustancial de la economía del contrato. Tal ruptura no puede quedar comprendida en el alea del contrato, sino que ha de tratarse de un quebranto exorbitante, de tal entidad y alcance que de no adoptarse las medidas compensatorias oportunas devendría imposible el mantenimiento de la explotación del servicio público.

Lógicamente, para apreciar la concurrencia de este presupuesto, será necesario cuantificar y probar el desequilibrio producido. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2004 manifiesta lo siguiente:

«Pero no puede apreciarse que haya existido arbitrariedad al pronunciarse sobre la prueba, y sí por el contrario que asiste la razón a la Sentencia recurrida. Tanto los documentos del expediente como la prueba procesal, si bien contie-

¹¹ Sobre el concepto de imprevisibilidad, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2008 señala que concierne a «sucesos que sobrevienen con carácter extraordinario que alteran de forma muy notable el equilibrio económico y contractual existente en el momento del contrato pues sobrepasan los límites razonables de aleatoriedad que comporta toda licitación».

Por su parte, el informe 5/2010, de 23 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, entiende que para determinar si una circunstancia acaecida con posterioridad a la adjudicación del contrato y que afecta a su ejecución puede ser considerada imprevista debe atenderse a dos elementos. De una parte, que tal circunstancia hubiera podido o debido ser prevista. Y en segundo lugar, que la falta de previsión no obedezca a la negligencia en el modo de proceder de los órganos que intervinieron en la ejecución del contrato.



nen estimaciones de la cuantía total del perjuicio, no la prueban ni justifican detalladamente y versan sobre todo sobre la difícil situación económica de la concesionaria debida a la aguda conflictividad laboral producida en la empresa. Pero justamente esto último es consecuencia del alea o riesgo empresarial que no debe ser tenido en cuenta a efectos del equilibrio económico-financiero de la concesión, como acertadamente declara la Sentencia recurrida.»

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2010 admite la técnica del reequilibrio cuando existe un desequilibrio financiero suficientemente importante y significativo, que no puede ser subsumido en la estipulación general de riesgo y ventura.

A fin de determinar si se ha producido una ruptura sustancial de la economía del contrato, cabe recordar que el Tribunal Supremo trató de delimitar dicho concepto jurídico indeterminado, entre otras, en las Sentencias de 6 de mayo de 2008 y de 4 de junio de 2008.

Dichas sentencias apreciaban que concurría un desequilibrio económico *«suficientemente importante o significativo»* cuando el mismo giraba en torno a un porcentaje del 2,5 por 100 del precio del contrato, basándose en determinados Dictámenes del Consejo de Estado —entre otros, los Dictámenes 50293, 50299 y 50295/1987, de 5 de noviembre— y a la vista de lo que se disponía en el ya derogado párrafo 2 del artículo 4 del Decreto-ley de 6 de febrero de 1964, por el que se modifica el 16/1963, de 10 de octubre, sobre inclusión de cláusulas de revisión en los contratos del Estado y Organismos autónomos.

No obstante, la fórmula utilizada por el Tribunal Supremo, *«alrededor del porcentaje del 2,5 por 100»*, fue matizada. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2008 declaró que:

«Debe atenderse a las circunstancias de cada contrato en discusión para concluir si se ha alterado o no de modo irrazonable ese equilibrio contractual a que más arriba hemos hecho mención. La incidencia del incremento ha de examinarse sobre la globalidad del contrato pues un determinado incremento puede tener mayor o menor relevancia en función de la mayor o menor importancia económica del contrato y de los distintos aspectos contemplados en el mismo. En el momento actual no hay disposición legal alguna que establezca umbrales fijos para la entrada en juego del principio del riesgo imprevisible como superador del riesgo y ventura como si fijaba el Decreto-ley 2/1964, de 4 de febrero al cifrarlo en el 2,5% del contrato, supuestos analizados en las

sentencias esgrimidas. Y por ello la Sala de instancia tampoco lesionó la jurisprudencia invocada en lo que se refiere al límite cuantitativo del riesgo imprevisible. Considera que las cifras de incremento, 2,57% en presupuesto inicial, o 3,14% en el adicional con revisión de precios, se encuentran dentro de los márgenes razonables con relación al beneficio industrial, conclusión que no contradice la jurisprudencia invocada. Es cierto que en tal supuesto el beneficio del contratista es menor del esperado mas ello encaja en la doctrina del riesgo y ventura sin alterar frontalmente el equilibrio económico financiero que haría entrar en juego la doctrina del riesgo imprevisible.»

En consonancia con dicho pronunciamiento, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 27 de octubre de 2009, aclaró que los índices de referencia utilizados en sentencias anteriores deben utilizarse solo en *defecto de mejor criterio* y debiendo ser analizados conjuntamente con el contexto total de la contratación.

El segundo requisito que ha de concurrir es que entre el desequilibrio económico y la actuación administrativa exista una relación directa, de tal modo que la acción de la Administración, aun habiéndose originado fuera del ámbito contractual, sea la causante de la ruptura del equilibrio económico del contrato. Por lo que también será preciso acreditar esa relación de causalidad.

A este respecto, cabe destacar que para que pueda darse un supuesto de *factum principis* se requiere una medida general adoptada por la Administración concedente. En este punto, la actual LCSP es más restrictiva que sus predecesoras, que no especificaban que la medida debía provenir de la Administración concedente, si bien, la doctrina administrativa y la jurisprudencia mayoritaria apuntaban la dificultad de acudir al *factum principis* en aquellos supuestos en que la medida hubiera sido adoptada por una Administración distinta de la concedente.

En este sentido, el Informe 18/2012, de 19 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón declara que:

«Según la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado –Informe 7/2003, de 22 de diciembre–, el “factum principis” consiste en la alteración indirecta de la prestación contratada sin mediar modificación, debido a medidas administrativas generales que, aunque no modifican directamente el objeto del contrato, ni lo pretenden, inciden o repercuten sobre él, haciéndolo más oneroso para el contratista sin culpa de este. El concepto del «factum principis» se encuentra también recogido en numerosos dictámenes del Consejo de Estado, que reproducen la definición del dictamen número 3.725, de 12



de noviembre de 1948, según el cual existe "factum principis" cuando la Administración está vinculada con un particular y lesiona la materia económica sinalagmáticamente acordada a través de un acto propio, nacido del poder general del «imperium» (dictamen del Consejo de Estado, expediente 31/1992). De esta definición, se desprende que el "factum principis" ha de ser imputable a la propia Administración contratante.»

Asimismo, el Dictamen del Consejo de Estado número 1030/2015, de 21 de enero, incide en el riesgo que supone para la Administración contratante poder convertirse en garante frente a terceros de la posición jurídica inicial del concesionario, especialmente si los actos son realizados por otras Administraciones públicas que actúan amparadas por sus propias competencias:

«La aplicación de esta teoría únicamente resulta viable cuando la medida que da lugar al desequilibrio contractual procede de la Administración concedente y que reconducen los desequilibrios generados como consecuencia de la adopción de la medida en cuestión por una administración distinta a la doctrina del riesgo imprevisible...»

La idea de que las medidas administrativas que determinan una mayor onerosidad para el contratista deben ser adoptadas por la Administración contratante se recoge, igualmente, en la Sentencia del Tribunal Supremo 19 de diciembre de 2019 que señala que *«una cosa es que la Administración concedente deba responder por lo que ya existe y es conocido en el momento de convocar el concurso, pues forma parte de la realidad en la que va a insertarse la concesión, y otra, bien distinta, que deba responder por decisiones posteriores de otros sujetos».*

Por tanto, si como consecuencia de las medidas adoptadas por la Administración concedente para paliar la pandemia (reducción de aforos, protocolos de seguridad, reducción de horarios de apertura...) se hubiera producido una ruptura esencial de la economía del contrato podría restablecerse el equilibrio económico con base en la causa del *factum principis* (art. 270, apartado 2, letra b) y art. 290, apartado 4, letra b), de la LCSP).

En el supuesto en que fuera una Administración distinta de la concedente la que hubiera aprobado una disposición general con posterioridad a la formalización del contrato y ello determinara que el contrato de concesión de obras o de concesión de servicios resultase extraordinariamente oneroso para el concesionario, el concesionario tiene derecho a desistir del contrato (art. 270, apartado 4 y art. 290, apartado 6 de la LCSP). Se entenderá que el cumplimiento del contrato deviene extraordinariamente oneroso para el concesionario cuando la incidencia de las disposiciones de las

Administraciones suponga un incremento neto anualizado de los costes de, al menos, el 5 por 100 del importe neto de la cifra de negocios de la concesión por el período que reste hasta la conclusión de la misma. Para el cálculo del incremento se deducirán, en su caso, los posibles ingresos adicionales que la medida pudiera generar. En este caso, la resolución no dará derecho a indemnización alguna para ninguna de las partes.

En último término, la LCSP admite el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. A este respecto, la propia LCSP define, a efectos de contratación pública, los supuestos que quedan englobados en el concepto de fuerza mayor, mediante una remisión a su artículo 239, que incluye en dicha categoría los siguientes supuestos:

- a) *Los incendios causados por la electricidad atmosférica.*
- b) *Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes.*
- c) *Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.»*

A propósito de los supuestos de fuerza mayor enumerados en la legislación ordinaria de contratación pública, la doctrina y la jurisprudencia sostiene que tienen carácter tasado y que deben ser objeto de una interpretación restrictiva¹².

Como puede apreciarse, los efectos derivados de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 tienen difícil encaje en los supuestos enumerados en el artículo 239, que vienen asociados principalmente a fenómenos naturales, por lo que no parece posible que las alteraciones del equilibrio económico del contrato derivadas de la pandemia puedan ser amparadas en la causa de fuerza mayor¹³.

¹² Vid. gr. la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2005 (rec. 5247/2000) y el Dictamen del Consejo de Estado 14/2010, de 11 de marzo.

¹³ A este respecto, el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado núm. 38/2020 ha analizado la posibilidad de aplicar el concepto de fuerza mayor a la situación ocasionada por el COVID-19 y ha declarado cuanto sigue:

«A mayor abundamiento hay que señalar que la dicción del artículo 239 encaja con dificultad con el caso que nos ocupa. En efecto, la llegada de una pandemia dista de identificarse con incendios, con fenómenos naturales de efectos catastróficos o con destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público. Por el contrario, la situación creada por el COVID-19 ha sido extensa y pormenorizadamente regulada por el legislador en materia de contratos públicos, de modo que solo y exclusivamente los efectos por este previstos de modo expreso pueden servir para resolver los problemas que ha planteado.»



Por otra parte, para que pueda acudir al mecanismo del reequilibrio económico por razón de fuerza mayor, el artículo 270 y el artículo 290 de la LCSP exigen que la causa de fuerza mayor determine la ruptura sustancial de la economía del contrato. Por tanto, aun cuando hipotéticamente pudiera admitirse que la situación ocasionada por el COVID-19 es asimilable a los supuestos de fuerza mayor, resultará difícil acreditar la existencia de una relación directa entre aquel y la alteración del equilibrio económico, cuando la ruptura de la economía del contrato derive de las medidas acordadas por la Administración y no de la pandemia en sí misma considerada.

En cuanto a la forma en que podría articularse el reequilibrio con base en la legislación ordinaria de contratación pública, debe acudir a lo establecido en el artículo 270, apartado 3 y en el artículo 290, apartado 5, de la LCSP en los que se declara que *«en los supuestos previstos en el apartado anterior, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas establecidas por la utilización de las obras, la modificación en la retribución a abonar por la Administración concedente, la reducción del plazo concesional, y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato»*.

Asimismo, cuando el fundamento del reequilibrio sea el *factum principis* o la concurrencia de supuestos de fuerza mayor, los referidos preceptos amparan la ampliación del plazo del contrato por un período que no exceda de un 15 por 100 de su duración inicial, respetando los límites máximos de duración previstos legalmente.

Por otro lado, tampoco parece que conforme al derecho privado una situación como la descrita en la consulta pueda identificarse con el concepto de fuerza mayor. El principio "casum sentit dominus" solo puede ceder, en caso de fuerza mayor, cuando la obligación no pueda ser cumplida. Así lo declara el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), en su Sentencia núm. 637/1999 de 13 julio, al precisar respecto de la fuerza mayor "su carácter absoluto productor de un incumplimiento "legal" de las obligaciones." En efecto, la Jurisprudencia viene exigiendo como requisitos de la fuerza mayor que "el hecho sea, además de imprevisible o que previsto sea inevitable, insuperable e irresistible y que, por aplicación de los arts. 1182 y 1184 del C. Civ. haga imposible el cumplimiento de una obligación previamente contraída o impida el nacimiento de la que, conforme a los arts. 1902 y 1903 y siguientes del mismo Código sustantivo, pueda sobrevenir, debiendo existir entre el daño producido y el evento que lo produjo un nexo de causalidad eficiente." (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de noviembre de 1980). En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) en su Sentencia núm. 1321/2006 de 18 diciembre, donde señala que "la fuerza mayor ha de entenderse constituida por un acontecimiento surgido «a posteriori» de la convención que hace inútil todo esfuerzo diligente puesto en la consecución de lo contratado (S. 24 de diciembre de 1999)" En un caso como el planteado en la consulta, en que la obligación ha podido seguir cumpliéndose, bien que por un precio o en condiciones diferentes, la aplicación del concepto de fuerza mayor no es posible desde el punto de vista jurídico.»

4. Conclusiones

La crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 ha afectado a los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios que han tenido que adaptarse a las nuevas medidas implantadas por las Administraciones Públicas y que, en ocasiones han visto alterado su equilibrio económico como consecuencia de dichas medidas.

Para tratar de paliar dichos efectos, el Real Decreto-ley 8/2020 reconoció el derecho de los concesionarios a ser compensados por la pérdida de ingresos y por el aumento de los costes que dichas medidas les hubieran podido ocasionar mediante una ampliación de su duración inicial hasta un máximo de un 15 por 100 o mediante la modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. Ahora bien, las medidas contempladas en dicha norma tienen un ámbito de aplicación limitado por la vigencia del indicado Real Decreto-ley.

Por tal motivo, para tratar de paliar los efectos derivados de la crisis sanitaria, una vez finalizada la vigencia del Real Decreto-ley 8/2020, parece razonable acudir a los mecanismos regulados en la legislación ordinaria, y, en concreto, al instrumento del reequilibrio económico del contrato, cuando la incidencia de la pandemia sobre el contrato de concesión hubiera supuesto una ruptura sustancial de su economía.

Como regla general, podrá recurrirse al mecanismo del reequilibrio cuando la alteración de la economía del contrato sea una consecuencia directa de las medidas adoptadas por la Administración concedente. Igualmente, cuando como consecuencia de la modificación del contrato se hubiera alterado su régimen financiero. Mayor dificultad plantea la posibilidad de amparar el reequilibrio económico en la causa de fuerza mayor.

Asimismo, parece razonable acudir a la legislación ordinaria para dar solución a aquellos supuestos de alteración de la economía del contrato, producidos bajo la vigencia del Real Decreto-ley 8/2020, cuando no concurren las circunstancias señaladas en el artículo 34, apartado 4, de dicha norma y, además, no exista una legislación específica que determine la imposibilidad de acudir a la legislación ordinaria.

BIBLIOGRAFÍA

- BOTELLA CARRETERO, J. (2020). «La crisis del coronavirus COVID-19 y el art. del Real Decreto-ley 8/2020». *Actualidad Administrativa*, núm. 6, junio. Wolters Kluwer.
- CASCALES MORENO, F. J. (2020). «El artículo 34 n.ºs 1 y 4 del Real Decreto ley 8/2020; medidas ante el COVID-19 para los servicios públicos de transporte de viajeros por



carretera permanentes de uso general (contratos de concesión de servicios) y de uso especial (contratos de servicios de prestación continuada)». *Tráfico y Seguridad Vial*, n.º 249, abril. Wolters Kluwer.

GIMENO FELIU, J. M. (2020). «Crisis sanitaria COVID 19 y su incidencia en la contratación pública». *El Cronista*, marzo-abril.

GIMENO FELIU, J. M. (2020). *La crisis sanitaria COVID-19. Reflexiones sobre su incidencia en la contratación pública y las soluciones adoptadas*. Observatorio de Contratación Pública, marzo.

LAZO VITORIA, X. En, *Contratos de concesión y COVID-19. ¿Una solución ad hoc para el reequilibrio económico?* Observatorio de Contratación Pública.

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M. (2020). «COVID y contratación pública». *El Consultor de los Ayuntamientos*, 20 de marzo.

PASCUA MATEO, F. (2020). «La contratación administrativa ante la COVID-19». *Revista de Administración Pública*, 213, 439-478.

PINTOS SANTIAGO, J. (2015). «De los contratos de servicios a las concesiones de servicios. Técnicas contractuales intercambiables: diferencias prácticas y de régimen jurídico (II)». *Gabilex*, núm 4, diciembre.

SOLA RODRÍGUEZ, G. (2020). «Algunas consideraciones sobre el requisito procedimental de la apreciación de la imposibilidad de ejecución del contrato previsto en el art. 34.4 RD-ley 8/2020». *Actualidad Administrativa*, n.º 9, septiembre. Wolters Kluwer.

TENA RUIZ, J. y HONTANILLA TORRES, P. (2020). «Efectos de las medidas que se adopten en relación al coronavirus (COVID-19) sobre los contratos públicos actualmente vigentes». *Contratos del Sector Público*, marzo.

TORNOS MAS, J. (2020). «COVID 19, contratos concesionales y reequilibrio económico». *Observatorio de Contratación Pública*, junio.

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (2020). *Consecuencias jurídicas del estado de alarma en contratos relacionados con máquinas vending (instalación y explotación de máquinas expendedoras de productos de alimentación y bebidas) calificados como contratos administrativos especiales*. Observatorio de Contratación Pública, mayo.

La indemnización de los daños causados por las medidas de intervención u ocupación transitoria de empresas y servicios durante la pandemia

HÉCTOR DURÁN VICENTE

Letrado de la Comunidad de Madrid*

SUMARIO

1. Introducción.
2. Marco normativo de las medidas de intervención en materia sanitaria.
3. El resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de la adopción de las medidas de intervención.
4. Los conceptos indemnizatorios incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 120 de la Ley de Expropiación Forzosa.
5. El procedimiento para la reclamación de daños.

RESUMEN

La lucha contra la pandemia mundial generada por la COVID-19 ha supuesto un incontestable reto para nuestras Administraciones públicas, las cuales se han visto en la obligación y en la necesidad de desplegar una batería de medidas y recursos sin precedentes, tanto en lo relativo a su cantidad como, en ocasiones, a su propia naturaleza.

El presente trabajo tratará de aclarar, a grandes rasgos, el marco jurídico aplicable a una de esas medidas, la intervención administrativa de empresas y servicios, prestándose especial atención tanto al cauce procedimental al que someter la tramitación de las reclamaciones de los afectados, como a los conceptos indemnizatorios subsumibles dentro de las mismas.

PALABRAS CLAVE

Pandemia; intervención administrativa; expropiación forzosa; indemnización; daños.

* En la actualidad ocupa el puesto de Letrado Jefe del Servicio Jurídico de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid.

ABSTRACT

The fight against the COVID-19 pandemic has been an undeniable challenge for our Public Administrations, which have been forced to display an unprecedented range of measures and resources, not only in quantity but also different in nature.

This article aims to provide the reader with a brief insight into the legal framework of one of these measures, the public intervention in private companies and services, focusing especially on the procedure applicable to the claims of those affected by the intervention and the compensatory items that can be claimed.

KEYWORDS

Pandemic; public intervention; compulsory expropriation; compensation; harms; damages.

1. Introducción

Dentro de las actuaciones implementadas por las Administraciones públicas para combatir la pandemia se ha de destacar, por su importancia para el normal funcionamiento de los recursos sanitarios, la intervención u ocupación temporal de empresas y servicios; categoría dentro de la cual podemos subsumir medidas de muy diferente índole como, por ejemplo, la puesta a disposición de la autoridad sanitaria de centros sanitarios privados, la reubicación de residentes de centros residenciales públicos en otros de titularidad privada o, incluso, la habilitación de establecimientos hoteleros para alojar a profesionales del ámbito sanitario.

A pesar del gran número de supuestos que podrían encontrar cobijo dentro de este concepto de *intervención u ocupación transitoria*, orillaremos de forma deliberada las actuaciones que implican una mera limitación o delimitación de la actividad de las empresas, centrándonos en aquellas medidas que suponen una puesta a disposición de las autoridades sanitarias.

Las medidas administrativas que ahora nos interesan no se circunscribirían a limitar, o a delimitar, el ejercicio de una determinada actividad económica (como podría ser, por ejemplo, el cierre de un negocio), sino que vendrían a exigir al establecimiento continuar con su funcionamiento bajo las directrices de la Administración, lo que deja a la titularidad de la empresa o servicio en una singular posición que requiere atención, a efectos de un posible resarcimiento.

Y es que, si bien estas medidas y otras similares se han mostrado muy necesarias para combatir la enfermedad, las mismas han supuesto, como contrapartida y en muchas ocasiones, un grave perjuicio económico para los titulares de los negocios o establecimientos afectados.

2. Marco normativo de las medidas de intervención en materia sanitaria

Habría que remontarse, quizás, hasta la aprobación de nuestra Carta Magna para encontrar una norma jurídica cuya entrada en vigor causara tanto impacto en la ciudadanía como el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

Este Real Decreto afrontó un reto complejo, consistente en articular, con más o menos acierto, los cimientos de un régimen jurídico excepcional para hacer frente a una situación todavía más excepcional: la pandemia internacional ocasionada por el virus COVID-19.

En lo que ahora nos interesa, su artículo 4, en los apartados 2 y 3, habilita al Ministro de Sanidad, como autoridad competente delegada bajo la superior dirección del Presidente del Gobierno, para adoptar cualquiera de las medidas enumeradas en el artículo once de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, siempre en aras a garantizar la protección de las personas, bienes y lugares.

Dicho en otros términos, este precepto no contiene sino una remisión que habilita al Ministro de Sanidad para dictar las órdenes y resoluciones necesarias con el objeto de, entre otras cosas, *«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»* (apartado c) del artículo once de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio).

La previsión general contenida en los apartados 2 y 3 del artículo 4 del Real Decreto 463/2020 se vuelve a reiterar, en cuanto a la potestad de intervención de establecimientos y servicios, en el artículo 13, apartado b), donde se recuerda la posibilidad de que el Ministro de Sanidad proceda, para asegurar el suministro de los bienes y servicios necesarios para la protección de la salud pública, a *«intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, incluidos los centros, servicios y establecimientos sanitarios de titularidad privada, así como aquellos que desarrollen su actividad en el sector farmacéutico»*; así como en el artículo 15.2 que, con referencia específica a la necesidad de garantizar el abastecimiento alimentario, incide en que las autoridades competentes *«podrán acordar la intervención de empresas o servicios»*.

A pesar de esta insistencia, tan criticable desde el punto de vista de técnica normativa como excusable habida cuenta de la celeridad y excepcionalidad que



ampararon su elaboración, lo cierto es que el Real Decreto 463/2020 no contiene aquí innovación alguna, limitándose a recoger y a adaptar en un marco normativo excepcional una posibilidad de actuación ya prevista en la legislación sanitaria ordinaria.

De hecho, el posterior 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 SARSCoV-2, prescindió de cualquier mención sobre este particular, aseverando en su parte expositiva que *«en todo caso, durante la vigencia del estado de alarma, las administraciones sanitarias competentes en salud pública, en lo no previsto en esta norma, deberán continuar adoptando las medidas necesarias para afrontar la situación de emergencia de salud pública ocasionada por la COVID-19, con arreglo a la legislación sanitaria, en particular, la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, así como en la normativa autonómica correspondiente»*.

La Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, ya dispone en su artículo primero que, con la finalidad de proteger la salud pública, las distintas autoridades sanitarias podrán *«adoptar las medidas previstas en la presente Ley cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad»*; añadiendo, a continuación, el artículo tercero que *«con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas (...) que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible»*.

En ilación con lo anterior, y de una forma más concreta, el artículo veintiséis de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, dispone lo siguiente:

«En caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, las autoridades sanitarias adoptarán las medidas preventivas que estimen pertinentes, tales como la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de Empresas o sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas.»

Como proyección de esta potestad de la autoridad sanitaria para intervenir medios materiales, podemos destacar la previsión contenida en el artículo veintinueve de la misma norma, cuyo apartado tercero dispone que, siempre que la defensa de la salud de las personas lo requiera, *«las Administraciones Sanitarias competentes*

podrán establecer regímenes temporales y excepcionales de funcionamiento de los establecimientos sanitarios».

En la misma línea se mueve la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, la cual nuevamente repite que la autoridad competente, para asegurar el cumplimiento de la ley, podrá adoptar, además de las previstas en las dos leyes anteriormente citadas, la medida consistente en *«la intervención de medios materiales o personales»* (artículo 54.2.b)).

Este marco normativo se ve completado con la legislación autonómica en la materia, la cual, con mayor o menor detalle, prevé la adopción, por parte de las correspondientes autoridades, de determinadas categorías de medidas, dentro de las cuales podemos subsumir, sin grandes esfuerzos dialécticos, la intervención de empresas, establecimientos o servicios.

Es el caso de la Comunidad de Madrid, donde la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid, incluye entre las funciones de la Autoridad en Salud Pública, con carácter remisorio, *«la adopción cuando proceda, de las medidas previstas en la Ley 3/1986, de 14 de abril de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, y especialmente en los supuestos contemplados en sus artículos 2 y 3»*, así como *«la adopción de cualquier otra medida necesaria en función del análisis de los determinantes del proceso salud-enfermedad en la Comunidad de Madrid»* (apartados a) y b) del artículo 55.1 de la Ley 12/2001)¹.

Pues bien, sobre la normativa expuesta, las distintas Administraciones públicas han ido adoptando, durante la vigencia de los Reales Decretos 463 y 926 del año 2020, una multitud de decisiones que han conllevado la puesta a su disposición o intervención de la actividad de numerosos establecimientos o empresas privadas, tales como centros sanitarios, residencias de mayores, hoteles o, incluso, instalaciones deportivas².

¹ Una regulación más avanzada y novedosa sobre la posibilidad de intervenir establecimientos, servicios o empresas, por motivos de salud pública, viene recogida en la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia, cuyo artículo 38.bis (introducido por la Ley 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia) regula, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 38.1.j), la intervención de centros de servicios sociales.

² Dentro de la normativa derivada de este marco jurídico podemos destacar, durante la vigencia del Real Decreto 463/2020, la Orden SND/232/2020, de 15 de marzo, por la que se adoptan medidas en materia de recursos humanos y medios para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, cuyo apartado octavo contempla la puesta a disposición de las comunidades autónomas de centros y establecimientos sanitarios privados; mientras que su apartado noveno les permite habilitar espacios para uso sanitario en locales públicos o privados que reúnan las condiciones necesarias para prestar atención sanitaria, ya sea en régimen de consulta o de hospitalización.



Ahora bien, la intervención de medios materiales acordada para luchar contra el virus no solo se circunscribe a los periodos de vigencia del estado de alarma, sino que, gracias a la señalada legislación sanitaria ordinaria, trasciende del mismo.

En este sentido, en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid no podemos dejar de citar la Orden 668/2020, de 19 de junio, de la Consejería de Sanidad, por la que se establecen medidas preventivas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 una vez finalizada la prórroga del estado de alarma establecida por el Real Decreto 555/2020; sustituida por la Orden 572/2021, de 7 de mayo, de la Consejería de Sanidad, por la que se establecen medidas preventivas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 una vez finalizada la prórroga del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre.

Esta Orden 572/2021, de 7 de mayo, contempla una serie de actuaciones que ilustran a la perfección la aplicabilidad de las medidas objeto de exégesis, al margen del estado de alarma³.

Por ejemplo, las autoridades sanitarias autonómicas podrán acordar la puesta a su disposición de los centros y establecimientos sanitarios privados (y de las Mutuas de accidentes de trabajo) *«en caso de que como consecuencia de la evolución de la emergencia sanitaria no se pudiera atender adecuadamente la asistencia sanitaria de la población con los medios materiales y humanos adscritos a la Comunidad de Madrid»*; y, de igual manera, podrán habilitar y adoptar la puesta a disposición de estos mismos establecimientos, así de los espacios en locales e instalaciones, públicas o privadas, que reúnan las condiciones necesarias, para desarrollar adecuadamente la campaña de vacunación frente al COVID-19, *«hasta que el Gobierno de España declare la finalización de la situación de crisis sanitaria causada por el COVID-19»* (puntos 7 y 9 del apartado sexagésimo cuarto de la Orden)⁴.

De igual manera, y también como ejemplo, la Orden SND/275/2020, de 23 de marzo, por la que se establecen medidas complementarias de carácter organizativo, así como de suministro de información en el ámbito de los centros de servicios sociales de carácter residencial en relación con la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, contempla en su apartado tercero una serie de medidas de intervención sobre dichos centros de servicios sociales.

³ Estas medidas se mantienen en la Orden 1244/2021, de 1 de octubre, de la Consejería de Sanidad, por la que se establecen medidas preventivas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, que deja sin efecto la Orden 572/2021, de 7 de mayo. Véanse, en concreto, los puntos 7 y 9 del apartado sexagésimo tercero y, en cuanto a la intervención de centros residenciales de carácter social, el apartado sexagésimo quinto.

⁴ También resultaría destacable, dentro de la misma norma, el punto 1 del apartado sexagésimo sexto que, bajo el ilustrativo título de *«Intervención de centros residenciales de carácter social»*, dispone lo siguiente:

3. El resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de la adopción de las medidas de intervención

3.1. La inaplicación del régimen general sobre responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas

Todas estas medidas, indiscutiblemente necesarias, como se ha dicho, para la salvaguarda de la salud pública, tienen un lógico contrapunto negativo: el perjuicio económico que puede sufrir el titular del establecimiento o servicio intervenido, que ve pospuesta, modulada o redirigida su actividad principal en favor de un superior interés público.

La primera apreciación que se puede realizar sobre la posibilidad de resarcir los daños derivados de la aplicación de estas medidas es que la legislación vigente no se prodiga en dar una solución clara al respecto.

La normativa excepcional dictada al calor de la declaración del estado de alarma y la legislación sanitaria coinciden en cuanto a silenciar la cuestión.

Tan solo, y de una forma muy tibia, el apartado dos del artículo tercero de la Ley Orgánica 4/1981 contempla un derecho de indemnización «de acuerdo con lo dispuesto en las leyes» para quienes sufran daños como consecuencia de actos y disposiciones adoptados durante la vigencia del estado de alarma.

«1. Se faculta a la autoridad autonómica competente, en función de la situación epidemiológica y asistencial y siempre atendiendo a principios de necesidad y de proporcionalidad, a intervenir en centros residenciales, de carácter público o privado, y disponer de una serie de actuaciones en ellos, que podrán consistir en:

- a) El alta, la baja, reubicación y traslado de los residentes a otros centros residenciales, con independencia de su carácter público o privado, cuando exista justificación basada en necesidades de aislamiento y protección de los residentes, así como cuando resulte necesario para sostener la continuidad de los servicios.
Cuando se trate de la reubicación o traslado de residentes o pacientes positivos en COVID, o contactos estrechos, las plazas deberán estar preferiblemente en centros con atención específica y exclusiva de usuarios COVID o, de no ser posible, en centros que dispongan de módulos independientes de la atención que se presta al resto de usuarios no COVID, con entrada y salida independiente y exclusiva para estos usuarios.*
- b) Asumir o controlar la asistencia sanitaria de los residentes derivándolos al Sistema Nacional de Salud.*
- c) Designar a un empleado público para dirigir y coordinar la actividad asistencial de estos centros.*
- d) La adopción de las medidas oportunas para la puesta en marcha de nuevos centros residenciales y la modificación de la capacidad u organización de los existentes.»*



Y es aquí donde empiezan los problemas: ¿a qué leyes se refiere la Ley Orgánica 4/1981?; y, por otro lado, ¿serían indemnizables los daños derivados de actuaciones adoptadas una vez finalizado el estado de alarma?

Apriorísticamente, la remisión de la Ley Orgánica 4/1981 podría engarzar con el régimen general sobre responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cuyos principios configuradores se exponen en los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, complementados desde una óptica procedimental por las previsiones contenidas en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

El artículo 32.1 de la Ley 40/2015, en su primer párrafo, proclama a estos efectos lo siguiente:

«Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.»

Ahora bien, la vinculación de este régimen resarcitorio general al concepto de fuerza mayor, así como a la institución del daño antijurídico, parece casar mal *a priori* con las reclamaciones derivadas de las medidas de intervención ahora analizadas.

Así, ahondando en el concepto de fuerza mayor⁵, el artículo 34.1 de la Ley 40/2015 dispone, *in fine*, que no serán indemnizables *«los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.»*

Al abrigo de este artículo, la situación generada por la aparición del virus podría tener fácil encaje dentro del concepto de fuerza mayor, en cuanto circunstancia imprevisible, influyendo en tal consideración el propio Preámbulo del Real Decreto

⁵ La STJUE, de 18 de marzo de 2010, se refiere al concepto de fuerza mayor en los siguientes términos: *«resulta de reiterada jurisprudencia que el concepto de fuerza mayor debe entender, en general, en el sentido de circunstancias ajenas a quien lo invoca, anormales e imprevisibles, cuyas consecuencias no habrían podido evitarse a pesar de toda la diligencia empleada (véanse, en particular, las sentencias de 5 de febrero de 1987 (TJCE 1987, 34), Denkavit België, 145/85, Rec. P. 565, apartado 11, y de 5 de octubre de 2006 (TJCE 2006, 292), Comisión/ Bélgica, C-377/03, Rec. p. I-9733, apartado 95)».*

463/2020 que, en buena lógica, justifica la declaración del estado de alarma *«para hacer frente a esta situación, grave y excepcional»*; premisa que no deja de ser un trasunto de los supuestos habilitantes que permiten declarar el estado de alarma al amparo de la Ley Orgánica 4/1981⁶.

Si la posible apreciación de un supuesto de fuerza mayor no supusiera ya, por sí sola, un importante impedimento para la prosperabilidad de cualquier reclamación encauzada a través de la vía de la responsabilidad patrimonial, aparece, además, otro óbice a tener en cuenta: la antijuricidad del daño.

En lo atinente al concepto de antijuricidad, la previsión contenida en el artículo 32.1 de la Ley 40/2015 se complementa con lo dispuesto en el primer apartado del artículo 34 de la misma norma, conforme al cual *«solo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que este no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley»*.

Esta exigencia normativa de daño antijurídico podría conllevar consecuentemente la ausencia de responsabilidad patrimonial de la Administración pública cuando exista una causa de justificación expresa que legitime el daño, lo que no puede sino acontecer cuando el mismo venga impuesto por el propio ordenamiento jurídico⁷.

⁶ No podemos obviar aquí el tratamiento que ha realizado la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional del concepto de fuerza mayor, con ocasión de diversas reclamaciones derivadas del Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo.

Por todas, podemos citar la SAN, de 24 de febrero de 2014 (rec. 29/2013): *«Todo ello da cuenta de una situación absolutamente excepcional, grave, imprevisible e inevitable, generada de manera premeditada y voluntaria por los controladores aéreos, con la clara finalidad de colapsar el tráfico aéreo, haciéndolo inviable en las exigibles condiciones de seguridad, y obligando a AENA a adoptar medidas urgentes y excepcionales que no podían ser otras que el cierre de las posiciones de control, desatendidas por la mayor parte de los controladores que tenían que prestar servicio en ellas, con el consiguiente cierre del espacio aéreo. Constituyendo para AENA tal situación un supuesto de fuerza mayor, tal como se razona en la sentencia de instancia, cuyos razonamientos se acogen por la Sala»*.

⁷ En este sentido, según la STS de 5 de octubre de 2015: *«Como recuerda la sentencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1998 —recurso de casación 1339/94—, transcrita en la Sentencia de la misma Sala, sección 6, de 17 de septiembre del 2010 (recurso 5648/2005), la antijuridicidad o ilicitud “solo se produce cuando el afectado no hubiera tenido la obligación de soportar el daño o el perjuicio y ese deber de soportar el daño o el perjuicio sufrido se da en los supuestos en que la Ley y el grupo normativo de ella derivado justifican dichos detrimentos de un modo expreso o implícito. Así, del examen de las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de abril, 19 de mayo y 19 de diciembre de 1989, entre otras, se infiere que el criterio esencial para determinar la antijuridicidad del daño o perjuicio causado a un particular por la aplicación de un precepto legal o normativo debe ser el de si concurre o no el deber jurídico de soportar el daño, ya que las restricciones o limitaciones impuestas por una norma, precisamente por el carácter de generalidad de la misma, deben ser soportadas, en principio, por cada uno de los individuos que integran el grupo de afectados, en aras del interés público.»*



En el caso que nos ocupa, argüir sobre la antijuricidad de los hipotéticos daños que pudieran derivarse de las medidas de intervención deviene en un esfuerzo innecesario desde el mismo instante en que dichas medidas dimanen de normas reglamentarias dictadas sobre la base del Real Decreto 463/2020.

Así se pronuncia el Informe de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid, de 15 de abril de 2020, en relación con las medidas de alta, baja, reubicación o traslado de personas mayores a centros residenciales de carácter privado, adoptadas por los órganos competentes de la Comunidad de Madrid en virtud de la Orden SND/275/2020.

3.2. El artículo 120 de la Ley de Expropiación Forzosa

De esta manera, en nuestra opinión, mejor encaje procedimental ostentaría la posibilidad de reconducir la cuestión a través de la específica vía contemplada en el artículo 120 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre expropiación forzosa⁸ (LEF), que contempla, sin ambages, el derecho a la indemnización del particular dañado cuando la autoridad correspondiente acuerde un *detrimento efectivo* o una *requisa* de sus bienes o derechos, como consecuencia de una situación de epidemia:

«Cuando por consecuencias de graves razones de orden o seguridad públicos, epidemias, inundaciones u otras calamidades, hubiesen de adoptarse por las Autoridades civiles medidas que implicasen destrucción, detrimento efectivo o requisas de bienes o derechos de particulares sin las formalidades que para los diversos tipos de expropiación exige esta Ley, el particular dañado tendrá derecho a indemnización de acuerdo con las normas que se señalan en los preceptos relativos a los daños de la ocupación temporal de inmuebles y al justiprecio de los muebles, debiendo iniciarse el expediente a instancia del perjudicado y de acuerdo con tales normas.»

Analizando la literalidad de este precepto, podría discutirse si las medidas de intervención que nos ocupan son susceptibles de incardinarse dentro del concepto de *detrimento efectivo* o de *requisa de bienes o derechos*; disquisición que, entendemos, ha de resolverse afirmativamente a la luz del artículo 1.1 de la LEF, el cual

⁸ Así lo ha entendido también la doctrina pudiendo citar, por ejemplo, a Santaella Sáez, Ó., en «La responsabilidad patrimonial de la Administraciones Públicas en la gestión del Coronavirus». *Diario La Ley*, n.º 9613, Sección Tribuna, 15 de abril de 2020. Wolters Kluwer.

vendría a conferir naturaleza expropiatoria a estas medidas⁹, habida cuenta del carácter abierto y no enunciativo de las formas de privación singular de la propiedad o de derechos o intereses patrimoniales que pueden incluirse dentro del concepto de *expropiación forzosa*:

«Es objeto de la presente Ley la expropiación forzosa por causa de utilidad pública o interés social a que se refiere el artículo treinta y dos del Fuero de los Españoles, en la que se entenderá comprendida cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que fueren las personas o Entidades a que pertenezcan, acordada imperativamente, ya implique venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio.»

Y es que el concepto legal de expropiación, en España, desde la Ley de 16 de diciembre de 1954, no está reducido a la venta forzosa de cosas por razón de obras o servicios públicos, sino, abstractamente, a *«cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos»*¹⁰.

En esta idea vendría a ahondar el artículo 1.2 del Reglamento de Expropiación Forzosa (REF), que dispone lo siguiente:

«La enumeración de los supuestos de privación singular de la propiedad, derechos o intereses patrimoniales legítimos que hace el artículo primero de la Ley, tiene carácter enunciativo y no excluye la posibilidad de otros distintos, a los fines de la calificación del párrafo anterior.»

Profundizando en la naturaleza expropiatoria de las medidas de puesta a disposición, el Informe de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid, de 19 de junio de 2020 plantea, incluso, la posibilidad de catalogar dichas actuaciones como supuestos de ocupación temporal en sentido estricto:

⁹ De la Morena Rubio, A. «Requisas e intervenciones para garantizar el suministro de determinados productos». En, *El impacto del Covid-19 en las instituciones de Derecho Administrativo*. Tirant lo Blanch, 2020, p. 15.

¹⁰ García de Enterría, E. En, «Las expropiaciones legislativas desde la perspectiva constitucional. En particular, el caso de la Ley de Costas». *Revista de Administración Pública*, núm. 141, septiembrediciembre, 1996, p. 135.

Este autor hace referencia a la STC 227/1988, de 29 de noviembre, según la cual: *«Es claro que la garantía expropiatoria del artículo 33.3 de la CE alcanza, tanto a las medidas ablatorias del derecho de propiedad privada en sentido estricto como a la privación de los "bienes y derechos" individuales, es decir, de cualquier derecho subjetivo e incluso interés legítimo de contenido patrimonial (...).»*



«La ocupación temporal en situaciones de urgencia no vendría a comprender meramente los supuestos de utilización directa de los bienes ocupados, sino que abarcaría todos aquellos supuestos en los que la Administración se arroga un derecho de disponibilidad general, múltiple y polivalente, sobre los inmuebles en cuestión, como bien podrían ser las consabidas medidas de intervención adoptadas en el seno del presente estado de alarma»^{11,12}.

Por tanto, en nuestra opinión, la naturaleza expropiatoria de estas medidas de intervención vendría a ser clara¹³, ya las conceptuemos como ocupaciones temporales propiamente dichas, o bien como figuras expropiatorias atípicas, sometidas en todo caso, a efectos indemnizatorios, al ámbito de aplicación del artículo 120 de la LEF¹⁴.

4. Los conceptos indemnizatorios incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 120 de la Ley de Expropiación Forzosa

4.1. Conceptos indemnizables

A continuación, procede analizar cuáles de los conceptos indemnizatorios previstos en la normativa sobre expropiación forzosa podrían incluirse en una hipotética indemnización.

Como se ha visto, el artículo 120 de la LEF remite el derecho de indemnización del afectado a *«las normas que se señalan en los preceptos relativos a los daños de la ocupación temporal de inmuebles»*.

¹¹ Esta conclusión trae causa de Escribano Collado, P. «Ocupación Temporal». *Revista de Administración Pública*, núm. 106, enero-abril 1985, pp. 94 y 95.

¹² Esta opinión vendría reforzada por el fallido anteproyecto de Ley de Expropiación Forzosa del año 2003, que ubicaba sistemáticamente el artículo 120 de la LEF (nuevo artículo 77) dentro del capítulo relativo a las ocupaciones temporales.

¹³ En apoyo de esta opinión podemos citar también: Doménech Pascual, G. En, «Responsabilidad patrimonial del Estado por la gestión de la crisis del COVID». *El Cronista*, IUSTEL, monográfico Coronavirus... y otros problemas, marzo-abril 2020, p. 109; y González-Deleito Domínguez, N. en «Posible responsabilidad del estado derivada de las medidas de cierre y limitación de actividades económicas adoptadas en el estado de alarma». *Actualidad Administrativa*, n.º 6. Wolters Kluwer.

¹⁴ En todo caso, ha de reconocerse que nos encontramos ante una cuestión doctrinalmente controvertida. En este sentido, se ha defendido la conceptualización de las medidas de intervención de empresas del sector sanitario como medidas provisionales de carácter singular, con una naturaleza no expropiatoria. Véase, en este sentido: Blanquer Criado, D. En, «Los daños por la COVID-19 (responsabilidad patrimonial; ordenación y privación de derechos)». En *COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*. 2020, Tirant lo Blanch.

En este punto, debemos partir de la premisa consistente en la necesidad de garantizar la indemnidad del perjudicado, lo que impone un adecuado resarcimiento, ajeno a cualquier sistema providencialista, de los daños sufridos¹⁵.

Y es que este principio de indemnidad es consustancial a la naturaleza expropiatoria de las medidas de intervención por motivos sanitarios, toda vez que juega un papel crucial a la hora de encontrar un equilibrio entre la satisfacción del interés público, plasmado en la necesidad de reforzar el sistema sanitario, y la posición del perjudicado, el cual, al no ser un contratista de la Administración, no puede reclamar una contraprestación a cambio¹⁶; pero bien merece no verse perjudicado económicamente cuando está coadyuvando con su esfuerzo y recursos al buen desempeño del quehacer público¹⁷.

Partiendo de estas premisas, y siguiendo la remisión del artículo 120 de la LEF, ha de hacerse mención a la regla especial de tasación de las indemnizaciones en las ocupaciones temporales contenida en el artículo 115 de la LEF:

«Las tasaciones, en los casos de ocupación temporal, se referirán siempre a la apreciación de los rendimientos que el propietario hubiere dejado de percibir por las rentas vencidas durante la ocupación, agregando, además, los perjuicios causados en la finca, o los gastos que suponga restituirla a su primitivo estado. Nunca deberá alcanzar la tasación de una ocupación el valor de la finca, y la Administración, en los casos en que le parezca excesiva, podrá pedir la valoración de la expropiación pura y simple por los procedimientos que esta Ley determina, y optar por ella siempre que su importe no exceda de una mitad de la de los daños y perjuicios causados.»

Como puede observarse, este precepto delimita el alcance de los conceptos indemnizatorios: por un lado, el lucro cesante del propietario, determinado por las *«rentas vencidas durante la ocupación»*; por otro, el daño emergente, circunscrito a *«los perjuicios causados en la finca»* con ocasión de las medidas adoptadas.

¹⁵ Véase, en cuanto al principio del adecuado resarcimiento de los daños producidos por las ocupaciones temporales, la STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, de 7 de noviembre de 1979.

¹⁶ Véase el Informe de la Abogacía General, de 28 de marzo de 2020, que en relación con la medida de habilitación de establecimientos turísticos para uso sanitario dispone lo siguiente: *«Tratándose, por tanto, de una de las medidas a las que habilita la declaración de estado de alarma, la operatividad de la misma no cabe sujetarla o condicionarla al abono de determinados gastos ni a compensación alguna; y ello es así porque si el Legislador hubiera querido imbricar un carácter sinalagmático en las medidas del artículo 11 así lo hubiera establecido expresamente. Y no ha sido así.»*

¹⁷ Doménech Pascual, G. en *loc. cit.* realiza una interesante reflexión sobre la pertinencia de considerar como expropiatorias e indemnizables medidas tales como la intervención de centros sanitarios, bajo el argumento de que nos encontramos ante actividades socialmente deseables que es necesario estimular.



De los dos conceptos indemnizatorios señalados, no es aventurado decir que el segundo de ellos, el de *daño emergente*, tiene una delimitación jurídica más pacífica, al comprender todos los detrimentos patrimoniales derivados de la ocupación; con la vital prevención de que «*todo perjuicio exigible a la administración ha de resultar líquido y probado*», según se desprende, por ejemplo, de la STSJ de Canarias de Santa Cruz de Tenerife, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 26 de abril de 2004.

En cuanto al *lucro cesante* derivado de ocupaciones temporales, nos encontramos ante una institución escasamente tratada por nuestros tribunales.

Esto no obstante, el Informe de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid, de 15 de abril de 2020, reconduce la cuestión, por analogía, a los criterios jurisprudenciales sentados sobre este concepto en sede de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas.

Así, podemos destacar la STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, de 28 de septiembre de 2015:

«No existe, por tanto, ningún impedimento para incluir en la cobertura que proporciona el principio de reparación integral los conceptos de daño emergente y lucro cesante, bien entendido que en ambos casos es exigible la prueba cumplida de la existencia del daño y, en el concreto caso del lucro cesante, precisamente por esa falta de prueba de la realidad del daño, esta Sala, en sentencia de 22 de diciembre de 2004 (recurso 7050/2000) y otras, ha rechazado indemnizar las expectativas remotas, por ser meramente posibles, inseguras, dudosas o contingentes, al estar desprovistas de certidumbre.»

Trasladando estas consideraciones jurisprudenciales a las indemnizaciones derivadas de la puesta a disposición de la autoridad sanitaria de empresas o servicios, podemos sentar una serie de directrices básicas para su estudio.

En primer lugar, las ganancias dejadas de obtener han de ser probadas. Esto es, no resulta admisible indemnizar la hipotética expectativa de obtener una serie de beneficios.

Esta consideración proyecta una doble obligación para los eventuales perjudicados:

- a) Se ha de acreditar, efectivamente, la disminución del número de pacientes, clientes o usuarios; pero

- b) Al mismo tiempo, se ha de probar que esa disminución obedece a la imposibilidad de atenderlos o recibirlos como consecuencia exclusiva de la puesta a disposición de la autoridad sanitaria, y no de otros factores derivados del contexto de emergencia epidemiológica (por ejemplo, la cancelación de tratamientos o intervenciones no urgentes en los centros sanitarios privados para evitar contagios o desplazamientos innecesarios).

Por otro lado, es necesario evitar que la indemnización del lucro cesante genere un enriquecimiento injusto en favor de los reclamantes. Esto obliga a la Administración a ponderar, y al perjudicado a acreditar, que realmente nos encontramos ante una pérdida del beneficio y no ante un mero retraso en su obtención (por ejemplo, el caso de pacientes cuyas intervenciones o tratamientos no se ven cancelados, sino simplemente pospuestos en el tiempo).

4.2. Premio de afección

En fin, no podemos obviar la exclusión del denominado *premio de afección* de las indemnizaciones por ocupación temporal y, por ende, de las indemnizaciones derivadas de las medidas de intervención por motivos sanitarios.

De acuerdo con el artículo 47 de la LEF:

«En todos los casos de expropiación se abonará al expropiado, además del justo precio fijado en la forma establecida en los artículos anteriores, un cinco por ciento como premio de afección.»

A pesar de la dicción literal de este artículo, que se refiere a *«todos los casos de expropiación»*, la jurisprudencia de nuestros órganos judiciales viene no admitiendo la inclusión de este concepto dentro de las indemnizaciones por ocupación temporal, bajo la premisa de que en las ocupaciones temporales el perjudicado no se ve privado de su propiedad¹⁸.

En este sentido, la STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6.^a, de 19 de diciembre de 2007¹⁹, indica que *«el premio de afección que tiende*

¹⁸ Esto vendría a coonestarse con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 47 del REF, conforme al que *«los propietarios carecerán, en cambio, de derecho al premio de afección cuando por la naturaleza de la expropiación conservan el uso y disfrute de los bienes o derechos expropiados»*.

¹⁹ En la misma línea, la STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, de 26 de octubre de 2015.



a compensar mediante una presunción legal la aflicción que puede producir la pérdida del objeto expropiado en la persona de su propietario ha de girar sobre las partidas que revisten per se el estricto carácter de privación patrimonial; carácter que no tienen las ocupaciones temporales en las que el expropiado conserva su propiedad».

Por tanto, *mutatis mutandis*, entendemos que no cabría incluir el premio de afección dentro de las indemnizaciones derivadas de las medidas de intervención analizadas, toda vez que el afectado seguiría conservando la propiedad de su establecimiento o servicio, aun cuando quede habilitado o a disposición de la autoridad sanitaria, no encontrándonos ante una privación patrimonial en sentido estricto.

5. El procedimiento para la reclamación de los daños

5.1. Planteamiento

Nos centraremos por último en un aspecto que ha presentado una gran problemática práctica, cual es la determinación del cauce procedimental adecuado para tramitar las reclamaciones de indemnización que presenten los sujetos perjudicados, en aplicación del régimen resarcitorio previsto en el artículo 120 de la LEF.

Una primera aproximación a esta materia permitiría encauzar formalmente estas reclamaciones a través de las especialidades previstas en la Ley 39/2015 para la tramitación de los procedimientos de responsabilidad patrimonial²⁰.

En justificación de esta posibilidad podría aducirse que el artículo 120 de la LEF fue desarrollado, desde un punto de vista procedimental, por los artículos 133 y siguientes del REF, indicando el primero de ellos, en su primer apartado, que:

«Dará lugar a indemnización toda lesión que los particulares sufran en sus bienes o derechos siempre que sean susceptibles de ser evaluados económicamente, en los supuestos a que se refieren los artículos 120 y 121 de la Ley, con arreglo al procedimiento regulado en los artículos siguientes.»

Como es notorio, las especialidades procedimentales contenidas en el REF no se encuentran actualmente en vigor, de suerte que las mismas fueron derogadas por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad pa-

²⁰ Esta posibilidad viene apuntada por Santaella Sáez, Ó., *loc. cit.*

trimonial, el cual a su vez ha sido dejado sin efecto por la vigente Ley 39/2015, cuyo artículo 1 proclama que *«la presente Ley tiene por objeto regular (...) el procedimiento administrativo común a todas las Administraciones Públicas, incluyendo el sancionador y el de reclamación de responsabilidad de las Administraciones Públicas (...);»*; añadiendo sobre este particular el propio Preámbulo de la norma que *«este planteamiento responde a uno de los objetivos que persigue esta Ley, la simplificación de los procedimientos administrativos y su integración como especialidades en el procedimiento administrativo común, contribuyendo así a aumentar la seguridad jurídica»*.

De esta manera, ciñéndonos a la evolución meramente formal de nuestro ordenamiento jurídico, podríamos concluir que las reclamaciones amparadas sustantivamente en el artículo 120 de la LEF deberían tramitarse procedimentalmente a través de los cauces establecidos en la Ley 39/2015, al encontrarnos ante una norma heredera de los primigenios preceptos del REF que regulaban esta materia.

5.2. La específica vía procedimental prevista en la normativa sobre expropiación forzosa

Ahora bien, como ya hemos señalado anteriormente, las medidas de intervención u ocupación transitoria de locales de cualquier tipo, con una finalidad sanitaria, gozan de una naturaleza expropiatoria que permite incardinarlas dentro del ámbito de aplicación del artículo 120 de la LEF.

Y es precisamente su naturaleza eminentemente expropiatoria lo que nos lleva a colegir la inaplicabilidad, en orden a tramitar las reclamaciones objeto de estudio, de las normas procedimentales previstas en la Ley 39/2015 para la tramitación de los procedimientos de responsabilidad patrimonial.

En efecto, no cabe acudir al procedimiento de responsabilidad patrimonial contemplado en la ley 39/2015 cuando existe otra vía singular (como bien podría ser la vía expropiatoria) para articular un hipotético resarcimiento²¹.

Tal conclusión se deriva de la doctrina del Consejo de Estado, pudiendo destacar el Dictamen de 23 de julio de 2014, el cual asevera que no procede encauzar las peticiones indemnizatorias por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración cuando el hecho causante y el correspondiente resarcimiento gozan de un cauce procedimental específico previsto en el ordenamiento jurídico: *«En nuestro*

²¹ De la Morena Rubio, A., *loc. cit.*



Derecho el instituto de la responsabilidad objetiva de la Administración no es un mecanismo de cobertura de cualquier pretensión indemnizatoria, sino que constituye una vía de resarcimiento solo utilizable cuando no hay otra de índole singular y específica —entre las que se cuenta la vía expropiatoria—; aseverando a continuación que «la expropiación forzosa y la responsabilidad patrimonial no constituyen técnicas intercambiables en nuestro ordenamiento jurídico. Antes al contrario, se trata de instituciones distintas. Como se ha señalado reiteradamente, las diferencias entre ambas son sustanciales y tienen un fundamento constitucional distinto».

La conclusión del Consejo de Estado es así clara, en cuanto a deslindar el cauce procedimental aplicable a una u otra institución:

«Y, en fin, ambas figuras tienen regulaciones legales distintas —cuyas cabeceras de grupos normativos son la Ley de 16 de diciembre de 1954, para la expropiación forzosa y, además del capítulo II del Título IV de esta Ley de 16 de diciembre de 1954, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, para la responsabilidad patrimonial—, objetos distintos —los derechos e intereses patrimoniales aquella y todos los bienes y derechos esta— y procedimientos también diferenciados.»

En esta misma línea, debe destacarse que el hecho de que el Estado cuente con una competencia más concreta por razón de la materia hace que nos encontremos con procedimientos que tienen una regulación propia y específica (como serían los procedimientos contemplados en la LEF), a los que no son de aplicación la legislación general sobre procedimiento administrativo²².

En este criterio se mueve el Tribunal Constitucional, que sitúa fuera del Título IV de la Ley 39/2015 (*«de las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común»*) procedimientos expropiatorios como podría ser el objeto de exégesis, sobre la base de su creación en virtud de un título competencial divergente (STC 55/2018, de 24 de mayo).

Tampoco el Tribunal Supremo ha mostrado indiferencia en orden a evitar la confusión de estos dos procedimientos radicalmente disímiles, impidiendo la aplicación de la normativa sobre el procedimiento común para la tramitación de reclamaciones de responsabilidad patrimonial a los expedientes iniciados al amparo del artículo 120 de la LEF²³.

²² González Ríos, I. (2018). «La vis expansiva del concepto «procedimiento administrativo común» en nuestros días». *Revista de Administración Pública*, 207, 127-175.

²³ Véase la STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6.ª, de 13 de junio de 2007.

Y con carácter más genérico, el propio Tribunal Supremo en su Sentencia, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6.ª, de 6 julio de 2015, dispone que *«las diferencias entre una y otra institución lo son de principios, naturaleza, objeto y procedimiento»*; precisando a continuación, y en lo que ahora nos interesa, lo siguiente:

«Y en fin, los procedimientos de ambas instituciones son bien diferentes, porque el expropiatorio está aún anclado en la vieja Ley de 1954, en tanto que el de responsabilidad patrimonial se regula por la Legislación general que se contienen en la Ley de 1992 y el Reglamento antes mencionado. Incluso sería de señalar que si bien ambas instituciones están recogidas en la Constitución, la responsabilidad lo está en el Título IV al regular el Gobierno y la Administración y como una garantía de los ciudadanos frente a la Administración; en tanto que la expropiación está contemplada con mayor garantía en el Capítulo II, en el artículo 33.3.º, como una derecho de los ciudadanos, estando también reconocida, como limitación al derecho de la propiedad, en el artículo 1.º del Protocolo Adicional al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1952; es decir, con las garantías que se confieren a esos derechos de los ciudadanos en la Ley Fundamental del Estado y precisamente frente a los poderes públicos.»

La conclusión que se desprende de todo lo anterior es clara. Las medidas de intervención analizadas gozan de una naturaleza expropiatoria, siendo que los procedimientos de tal carácter quedan sometidos al cauce específico que les reserva el ordenamiento jurídico, sin que les sean de aplicación las especialidades del procedimiento administrativo común referentes a las reclamaciones de responsabilidad patrimonial²⁴.

Sin perjuicio de lo anterior, aún podría plantearse, para todas aquellas cuestiones no contempladas en la LEF, la aplicación supletoria, en caso de necesidad, de las referidas especialidades diseminadas en el Título IV de la Ley 39/2015.

A estos efectos, debemos reseñar la literalidad del apartado 1 de la disposición adicional primera de la Ley 39/2015, según el cual:

«Los procedimientos administrativos regulados en leyes especiales por razón de la materia que no exijan alguno de los trámites previstos en esta Ley o regulen trámites adicionales o distintos se regirán, respecto a estos, por lo dispuesto en dichas leyes especiales.»

²⁴ Además, la interpretación seguida es la que mejor se ajustaría al tenor literal del artículo 120 de la LEF, el cual, no olvidemos, remite la determinación de la indemnización del perjudicado a las *«normas que se señalan en los preceptos relativos a los daños de la ocupación temporal de inmuebles y al justiprecio de los muebles»*.



A la vista de este apartado, debemos entender, en primer lugar, que no exigiéndose el cumplimiento de un determinado trámite en la LEF, habrá que estar a esta norma en cuanto a la exclusión del tal trámite²⁵.

Por lo demás, y en todo caso, la aplicación supletoria de la Ley 39/2015 a las previsiones de la LEF ha de contemplarse en un sentido restrictivo, habida cuenta de que tal supletoriedad no se prevé, ni tan siquiera, en el apartado 2 de su disposición adicional primera, el cual la circunscribe exclusivamente a los siguientes procedimientos:

- a) *Las actuaciones y procedimientos de aplicación de los tributos en materia tributaria y aduanera, así como su revisión en vía administrativa.*
- b) *Las actuaciones y procedimientos de gestión, inspección, liquidación, recaudación, impugnación y revisión en materia de Seguridad Social y Desempleo.*
- c) *Las actuaciones y procedimientos sancionadores en materia tributaria y aduanera, en el orden social, en materia de tráfico y seguridad vial y en materia de extranjería.*
- d) *Las actuaciones y procedimientos en materia de extranjería y asilo."*

Así las cosas, y si bien podría admitirse la aplicación supletoria de determinadas previsiones incardinadas en las normas sobre «*procedimiento administrativo común*» del Título IV²⁶, siempre que nos encontráramos ante una laguna y no existiera contradicción entre ambos textos normativos, ha de negarse la posibilidad de extender tal supletoriedad a las normas especiales previstas, dentro de ese procedimiento común, para la tramitación de las solicitudes de responsabilidad patrimonial, toda vez que la gran mayoría de esas especialidades tiene un mal encaje o puede suponer un impedimento insalvable para la tramitación de las reclamaciones ahora examinadas²⁷.

²⁵ Véase el Informe de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid, de 19 de junio de 2020, que alcanza tal conclusión en cuanto a la imposibilidad de esgrimir la supletoriedad de la Ley 39/2015 para adicionar trámites procedimentales no previstos en la LEF (en concreto, el Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid).

²⁶ A pesar de no guardar relación con nuestro análisis, puede citarse la admisión, por parte de la Jurisprudencia, del instituto de la caducidad como modo de terminación del procedimiento de expropiación forzosa (STS de 19 de octubre de 2010).

²⁷ Como paradigma de la incompatibilidad de las dos instituciones enfrentadas podríamos citar, por ejemplo, el alarde motivador que se exige al solicitante en el apartado 2 del artículo 67 de la Ley 39/2015, el cual impone acreditar la relación de causalidad de la lesión producida «*con el funcionamiento del servicio público*», cuando, como ya se ha dicho, el daño no derivaría aquí del funcionamiento de un servicio público, sino del ejercicio de una potestad expropiatoria; lo que enlaza con la problemática derivada de los conceptos de *fuerza mayor* y de *daño antijurídico*, en los términos ya referenciados.

5.3. Especialidades procedimentales y competencia de las comunidades autónomas para desarrollar el procedimiento

Ahondando en el cauce procedimental aplicable, el artículo 120 de la LEF no ofrece otra particularidad que la de dejar a la iniciativa del perjudicado la iniciación del expediente, con la presentación de su tasación provisional (si no es posible una evaluación anticipada) o definitiva (si es posible la misma o ha esperado al término de la ocupación), debiendo continuar el expediente, si no hay acuerdo con la Administración, ante el Jurado Provincial de Expropiación Forzosa, conforme a lo previsto en los artículos 113 o 114 de la LEF²⁸.

En este punto, podemos citar la STSJ del País Vasco, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2.^a, de 3 de mayo de 2002, la cual no solo profundiza en el carácter subsidiario de la intervención del Jurado, en defecto de acuerdo, sino que contextualiza y delimita, además, los diferentes preceptos aplicables al procedimiento para el cálculo de la indemnización:

«Por tanto, estando al art. 108.2, 111, 112, 113, 114, 115 LEF, singularmente al art. 112 y 113 donde se dispone respecto a la fijación de las indemnizaciones por ocupación temporal, que si no se zanja con conformidad se elevarán por las partes al Jurado de Expropiación las tasaciones fundadas, Jurado que ha de resolver con carácter ejecutorio en plazo de 10 días, en los trámites del art. 34 y ss. de la Ley. Lo mismo refiere el art.114 en los supuestos en los que no fuera posible señalar de antemano la importancia y duración de la ocupación; esto es, y en lo que interesa, la intervención del Jurado está prevista para fijar el montante de la indemnización por la ocupación temporal cuando no existe acuerdo.»

Entendemos especialmente relevante el artículo 114 de la LEF, al partir de un supuesto de hecho asimilable al contemplado en el artículo 120, en el que es difícilmente determinable de antemano la extensión y duración de la ocupación.

En el mismo sentido, se podrían citar las especialidades aplicables a la resolución previstas en el artículo 91, que obligarían a la Administración a justificar la concurrencia o no de dicha relación de causalidad, con la misma problemática apuntada.

En fin, la dificultad para el establecimiento de una relación de supletoriedad entre el procedimiento derivado del artículo 120 de la LEF y las especialidades procedimentales para la tramitación de reclamaciones de responsabilidad patrimonial de la Ley 39/2015, se observa en la posibilidad que otorga esta última para la iniciación de oficio del procedimiento; posibilidad que vendría a contravenir el tenor literal de aquel precepto en cuanto el expediente allí reflejado debe iniciarse, como ya se ha dicho, a instancia del perjudicado.

²⁸ Escribano Collado, P., *loc. cit.*, p. 95.



Para estos casos, el citado precepto incita a la Administración a intentar «un convenio con el propietario para fijar una cantidad alzada suficiente para responder del importe» de la intervención u ocupación; de forma que, en caso de desacuerdo, así como para determinar en su día el importe definitivo, habrá que proceder conforme a lo dispuesto en el artículo 113 de la LEF:

«Siempre que se rechace expresamente la oferta a que se alude en el artículo anterior, las partes elevarán al Jurado Provincial de Expropiación sus tasaciones, fundadas, el cual resolverá con carácter ejecutorio en el plazo de diez días, siguiéndose los trámites establecidos en los artículos treinta y cuatro y siguientes de esta Ley.»

La parquedad del sistema procedimental aludido ha dado lugar a que distintas comunidades autónomas se hayan planteado la posibilidad de desarrollar normativamente un cauce procedimental específico, con el objeto de solventar de una forma más eficaz el resarcimiento de los daños.

Como venimos reiterando, las medidas de puesta a disposición participan de una naturaleza expropiatoria, resultando de aplicación para la tramitación de las hipotéticas indemnizaciones, ex artículo 120 de la LEF, «las normas que se señalan en los preceptos relativos a los daños de la ocupación temporal de inmuebles».

Así pues, teniendo en cuenta que el pretendido desarrollo reglamentario incidiría en normas procedimentales de naturaleza expropiatoria, como son las contenidas en los artículos 108 y siguientes de la LEF, la cuestión ahora analizada debe observarse primeramente desde el plano de la distribución de competencias en materia de legislación sobre expropiación forzosa.

Partimos nuestro análisis del artículo 149.1.18.^a de la CE, el cual proclama la competencia exclusiva del Estado en materia de «legislación sobre expropiación forzosa».

Interpretando dicha previsión, el Tribunal Constitucional (por ejemplo, en su Sentencia 37/1987, de 26 de marzo) ha considerado que en esta materia el constituyente ha pretendido que exista una regulación general de la institución expropiatoria en todo el territorio del Estado²⁹, si bien limita el alcance de la competencia estatal para

²⁹ Casado Casado, L. En, «El alcance de las competencias estatales y autonómicas en materia de expropiación forzosa. especial referencia a Cataluña». *REAF*, núm. 20, octubre 2014, p. 336.

legislar sobre el procedimiento expropiatorio cuando el ámbito material corresponde en exclusiva a las comunidades autónomas^{30,31,32}.

De esta manera, se podría sostener que al Estado le corresponde la regulación uniforme de la institución, como garantía de los particulares afectados y, consiguientemente, la determinación de las garantías expropiatorias; si bien las comunidades autónomas podrían desarrollar particularidades organizativas basadas en las causas de expropiar que legítimamente aprueben, así como en la singularidad de su propio marco organizativo, siempre que dichas especificidades no impliquen un menoscabo de las garantías generales establecidas en la legislación estatal³³.

En otras palabras, las comunidades autónomas podrían introducir especialidades en el marco del procedimiento de expropiación forzosa, circunscribiéndose tal capacidad innovadora a aquellas cuestiones que no guardan estrecha e inmediata relación con las garantías del expropiado, sino que se mueven en otros planos, como podrían ser el mejor acierto de la decisión administrativa; organización y competencia; etc.³⁴.

³⁰ *Ibidem*, p. 311.

³¹ En este sentido, véase la STC 61/1997, de 20 de marzo:

«No se trata aquí de la fijación de una causa expropriandi, que incumbe a quien ostente la competencia material, sino de un procedimiento expropiatorio. Como se ha insistido, el Estado ostenta una competencia general sobre la expropiación forzosa, que no se limita a lo básico (art. 149.1.18. C.E.) y que comprende la determinación de las garantías expropiatorias. Ahora bien, ello no significa que pueda establecer y predeterminar en detalle todas las garantías que rodean a la institución, sean en más o en menos (aquí claramente en menos), de cualquier especie expropiatoria y en todos los sectores del ordenamiento. Más allá de su competencia para regular la expropiación con carácter general, el legislador estatal ha de considerar los títulos competenciales sectoriales en juego, con los que deberá articularse. Por ello, cuando el sector de que se trate sea de la exclusiva competencia autonómica, las peculiaridades que merezcan las expropiaciones especiales solo podrán ser establecidas, en su caso, con un marcado carácter principal o mínimo y en cuanto sean expresión de las garantías procedimentales generales. En otros términos, a la regulación del procedimiento expropiatorio especial le es aplicable en buena medida la doctrina sobre el reparto competencial del procedimiento administrativo, esto es, que se trata de una competencia adjetiva que sigue a la competencia material o sustantiva, con respeto, claro está, de las normas generales atinentes al procedimiento expropiatorio general que al Estado le corresponde establecer y sin perjuicio también de que no se pueda negar de raíz la posibilidad de fijar alguna norma especial en cuanto expresión o modulación de las normas procedimentales generales.»

³² Por ejemplo, la potestad expropiatoria de la Comunidad de Madrid viene reconocida por el artículo 36.1.b) del Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid.

³³ Así se pronuncia el ATS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6.ª, de 26 de noviembre de 2003.

³⁴ Barnes Vázquez, J. En, *Distribución de competencias en materia de urbanismo. Estado, Comunidades Autónomas, Entes Locales. Análisis de la jurisprudencia constitucional*. Barcelona, Bosch, 2002, p. 72.



Así pues, nada obstaría, en nuestra opinión, a que las comunidades autónomas pudieran desarrollar normativamente el procedimiento expropiatorio contemplado en la LEF para la fijación de tasaciones derivadas de una ocupación temporal, al que se han someter las reclamaciones analizadas por remisión del artículo 120 del citado texto legal; siempre que tal desarrollo se circunscribiera a aspectos como los referenciados y se respetaran las disposiciones contenidas en la legislación estatal.

BIBLIOGRAFÍA

- BARNES VÁZQUEZ, J. (2002). *Distribución de competencias en materia de urbanismo. Estado, Comunidades Autónomas, Entes Locales. Análisis de la jurisprudencia constitucional*. Barcelona: Bosch.
- BLANQUER CRIADO, D. (2020). «Los daños por la COVID-19 (responsabilidad patrimonial; ordenación y privación de derechos)». En, *COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*. Tirant lo Blanch.
- CASADO CASADO, L. (2014). «El alcance de las competencias estatales y autonómicas en materia de expropiación forzosa. especial referencia a Cataluña». *REAF*, núm. 20, octubre.
- DE LA MORENA RUBIO, A. (2020). «Requisas e intervenciones para garantizar el suministro de determinados productos». En, *El impacto del COVID-19 en las instituciones de Derecho Administrativo*. Tirant lo Blanch.
- DOMÉNECH PASCUAL, G. (2020). «Responsabilidad patrimonial del Estado por la gestión de la crisis del COVID». En, *El Cronista, IUSTEL, monográfico Coronavirus... y otros problemas*, marzo-abril.
- ESCRIBANO COLLADO, P. (1985). «Ocupación Temporal». *Revista de Administración Pública*, núm. 106, enero-abril.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1996). «Las expropiaciones legislativas desde la perspectiva constitucional. En particular, el caso de la Ley de Costas». *Revista de Administración Pública*, núm. 141, septiembre-diciembre.
- GONZÁLEZ RÍOS, I. (2018). «La vis expansiva del concepto «procedimiento administrativo común» en nuestros días». *Revista de Administración Pública*, 207.
- GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ, N. «Posible responsabilidad del estado derivada de las medidas de cierre y limitación de actividades económicas adoptadas en el estado de alarma». *Actualidad Administrativa*, n.º 6. Wolters Kluwer.
- SANTAELLA SÁEZ, Ó. (2020). «La responsabilidad patrimonial de la Administraciones Públicas en la gestión del Coronavirus». *Diario La Ley*, n.º 9613, Sección Tribuna, 15 de abril. Wolters Kluwer.

BLOQUE IV

Epílogo: retos a futuro



Superar la crisis económica y social generada por la pandemia. El Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia

ELENA GALLARDO PERNAS* Y MARÍA ELENA LÓPEZ DE AYALA CASADO**

Letradas de la Comunidad de Madrid

SUMARIO

1. Contexto: los fondos europeos para la recuperación de la crisis creada por el COVID-19.
2. El Real Decreto-ley 36/2020 y sus dos objetivos básicos: absorción ágil de los fondos de recuperación y modernización de la Administración pública.
3. Normas específicas para la recuperación de la crisis del COVID-19: el Título IV.
4. Conclusiones.

RESUMEN

Este trabajo analiza la principal norma aprobada en España para la absorción de los fondos europeos de ayuda a la recuperación de la crisis desatada por la pandemia del COVID-19,

el Real Decreto-ley 36/2020, en su doble fin de modernizar la Administración y de permitir la gestión eficaz de los fondos.

PALABRAS CLAVE

Crisis del COVID-19, recuperación, *Next Generation UE*, modernización de la Administración, agilización.

* En la actualidad ocupa el puesto de Letrada Jefe-Adjunta del Servicio Jurídico de la Consejería de Economía, Empleo y Competitividad de la Comunidad de Madrid.

** En la actualidad ocupa el puesto de Letrada Jefe del Servicio Jurídico de la Consejería de Medio Ambiente, Vivienda y Agricultura de la Comunidad de Madrid.

ABSTRACT

This paper analyses the Royal Decree-law 36/2020, i.e.: the main regulation issued in Spain in order to allocate the European funds which will support the economic recovery from the crisis caused by the COVID-19 pan-

demic, aiming at a two-fold objective —on one hand, to modernize the Administration and on the other hand, to allow an effective management of the funds received—.

KEYWORDS

COVID-19 crisis, recovery, *Next Generation UE*, modernization of the Administration, expedited process.

1. Contexto: los fondos europeos para la recuperación de la crisis creada por el COVID-19

La Unión Europea y los Estados miembros afrontan la recuperación de la grave crisis económica y social causada por la crisis sanitaria de la pandemia del COVID-19 mediante lo que se ha considerado «un esfuerzo sin precedentes»¹, y, desde julio de 2020, han emprendido un ambicioso plan de recuperación que comprende un programa presupuestario a largo plazo 2021-2027 y un mecanismo novedoso de carácter temporal, la iniciativa *Next Generation EU*.

Dicha iniciativa se concreta en el Instrumento Europeo de Recuperación aprobado en el Consejo Europeo del 21 de julio de 2020, un instrumento temporal de recuperación dotado con 750.000 millones de euros, que permitirá a la Comisión obtener fondos en el mercado de capitales para contribuir a reparar los daños económicos y sociales inmediatos causados por la pandemia. Será la primera emisión de deuda pública de la Unión Europea, aunque no debe olvidarse que los Estados miembros, en última instancia, son los que responderán de dicha deuda, por lo que se ha dicho que estamos ante una operación de mutualización de deuda en el seno de la Unión Europea. El Instrumento Europeo de Recuperación se regula en el Reglamento (UE) 2020/2094 del Consejo, de 14 de diciembre de 2020, que entró en vigor el 23 de diciembre de 2020.

El Mecanismo Europeo de Recuperación y Resiliencia es el elemento central de *Next Generation EU*, puesto que incorpora las partidas de financiación más cuantiosas: 672.000 millones de euros sobre los 750.000 previstos como máximo; de ellos, 312.500 millones de euros se entregarán como «contribuciones financieras» y 360.000 millones como préstamos. Se regula por el Reglamento (UE) 2021/241, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero de 2021, por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (en adelante, MRR). Se es-

¹ En palabras del Dictamen del Consejo de Estado 783/2020, de 21 de diciembre.

tima que 140.000 millones de euros de tales fondos se destinarán a España en forma de transferencias y préstamos para el periodo 2021-2026².

En este contexto, los Estados miembros han debido aprobar, con gran rapidez, sus respectivos planes de recuperación y resiliencia para acceder a los fondos europeos, pues el 30 de abril de 2021 era la fecha límite para remitir los planes a la Comisión. La rapidez, la premura, la agilidad... son términos que van a aparecer de manera constante al analizar la aplicación de los fondos europeos para la recuperación de la crisis generada por el COVID-19, porque habrá que aplicar una cantidad muy elevada de fondos en un espacio de tiempo limitado e inferior al acostumbrado. Hacer mucho en muy poco tiempo. La idea subyacente es que el impacto de la inversión de estos fondos debe producirse cuanto antes para que la recuperación arranque, y por ello los Estados miembros y las Instituciones de la Unión Europea deben actuar con rapidez.

Es importante aclarar que está previsto que se vayan produciendo dos liberaciones de fondos por año, vinculadas a la consecución de objetivos. Aludiremos a los hitos principales del comienzo de este proceso.

El Gobierno español presentó a la Comisión en octubre de 2020 su proyecto de Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia *«España puede»*, por una parte, y aprobó un real decreto-ley para agilizar y facilitar la absorción de los fondos europeos, el Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (en adelante, el Real Decreto-ley 36/2020), en cuyo estudio nos vamos a centrar en este artículo, completado, en cuanto a la preparación para la absorción de fondos europeos, con la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2021.

El definitivo Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (en lo sucesivo, PRTR) se presentó por el Gobierno español³ el 30 de abril de 2021 y fue aprobado

² Debemos citar, con el meritado Dictamen, otros fondos europeos, en el marco de la iniciativa *Next Generation EU*:

- La Ayuda a la Recuperación para la Cohesión y los Territorios de Europa (REACT-EU) que cuenta con 47.500 millones de euros, que se pondrá a disposición de los siguientes fondos: el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), el Fondo Social Europeo (FSE) y el Fondo de Ayuda Europea para las Personas Más Desfavorecidas (FEAD).
- Fondos adicionales a otros programas o fondos europeos, como Horizonte 2020, InvestEU, Desarrollo Rural o el Fondo de Transición Justa (FTJ).

³ Luis Garicano, en su tribuna en *El Mundo* de 4 de junio de 2021 titulada *«Nuestros vecinos sí aprovecharán el dinero europeo»*, destaca que, en otros países, como Italia, el Plan de recuperación se ha discutido y aprobado en el parlamento, lo que les confiere un carácter auténtico de *«plan de país»*.



por la Comisión el 16 de junio de 2021. Realmente, los observadores no esperaban que la Comisión rechazara de plano ningún plan de recuperación nacional⁴. Estos se estaban negociando, era sabido, entre los Gobiernos de los Estados miembros y la Comisión. La aprobación del Plan español, sin embargo, trajo una sorpresa: a la espera de que llegasen estos fondos europeos, se había incluido en los Presupuestos Generales del Estado de 2021 la canalización de más de 27.000 millones de euros, a financiar con dichos fondos, destinados a inversiones y reformas recogidas en el PRTR. Pero la aprobación de la Comisión se ha reducido a un total de 19.000 millones de euros. Ello supone la minoración de 8.000 millones de euros en los fondos que España esperaba recibir⁵. ¿Una primera manifestación de que las cosas que se hacen apresuradamente no salen finalmente como se esperaba?

Por fin, tras la aprobación de la Comisión, faltaba que el Plan fuera examinado por el Consejo Europeo y aprobado por mayoría cualificada, lo que ha acontecido el 13 de julio.

Baste añadir que la iniciativa *Next Generation UE* y el PRTR están inspirados en la Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la ONU. Así, el PRTR ha previsto que la inversión «verde» alcance más del 37% del total, seguida de la digitalización, con cerca del 33%.

2. El Real Decreto-ley 36/2020 y sus dos objetivos básicos: absorción ágil de los fondos de recuperación y modernización de la Administración

Como ya hemos visto, el instrumento normativo elegido por el Gobierno de España para aprobar las disposiciones legales que permitan agilizar la gestión y

«El Gobierno de Italia busca grandes consensos, el Gobierno de España sigue trabajando solo, sin hablar con nadie, proponiendo nuevas leyes y reformas de las que no puede garantizar su aprobación y aplicación porque no han sido valoradas con los demás partidos, y planteando inversiones que no han sido trabajadas con las autonomías, que serán responsables en gran medida de su implementación. Esta falta de acuerdos introduce serias dudas a la hora de cumplir con los hitos propuestos...».

⁴ Rafael Jiménez Asensio, por ejemplo, hablaba de las presiones e intereses en la rápida aprobación inicial del Plan en *«De la poesía a la prosa: el Plan de recuperación»*, el 9 de mayo de 2021, en su blog: <https://rafaeljimenezasensio.com/2021/05/09/de-la-poesia-a-la-prosa-el-plan-de-recuperacion/>

⁵ En el acto público de presentación de la aprobación por la Comisión del Plan nacional, en el que comparecieron ante los medios de comunicación la Presidenta de la Comisión y el Presidente del Gobierno de España, este manifestó que los 19.000 millones de € serían suficientes y que la diferencia era asumible:

- <https://elpais.com/economia/2021-06-16/bruselas-da-luz-verde-al-plan-de-recuperacion-de-espana.html> y
- <https://www.elmundo.es/economia/2021/06/16/60ca2f26fc6c837e2e8b4694.html>

ejecución de los fondos europeos ha sido el real decreto-ley, y se ha concretado en el Real Decreto-ley 36/2020. El Consejo de Estado, en su Dictamen 783/2020, ha criticado severamente la falta de justificación de la concurrencia de una situación de extraordinaria y urgente necesidad⁶ en la memoria que acompaña al citado proyecto (no siendo el único elemento de importancia que ha echado en falta el supremo órgano consultivo del Estado en la documentación preparatoria, cuestión en la que no nos podemos detener), aunque ha considerado aceptable el uso de este instrumento normativo. El órgano consultivo, no obstante, añade que *«desde la perspectiva de la eventual convalidación del Real Decreto-ley por el Congreso de los Diputados, se recuerda la posibilidad de su ulterior tramitación como proyecto de ley en los términos prevenidos por el artículo 86.3 de la constitución, lo cual resultaría especialmente relevante en este caso, dado que las soluciones adoptadas en la norma proyectada demandan, sin lugar a dudas, una proyección de permanencia incompatible con la provisionalidad que define este instrumento normativo»* (subrayado propio). Sobre esta «proyección de permanencia» no se ha extendido el Consejo de Estado, pero parece referirse a la regulación permanente que introduce el Real Decreto-ley sobre materias que van más allá de la aplicación ágil y eficaz de los fondos europeos para la recuperación. Como el título de la norma indica, esta tiene dos objetivos, ya que aprueba medidas urgentes para la ejecución del PRTR, por una parte, pero también introduce medidas para la modernización de la Administración pública. La idea de rapidez y simplificación que gravitaba sobre la aplicación de los fondos europeos se ha extendido a una nueva reforma «modernizadora» de la Administración⁷. Está claro que la modernización de la Administración pública, tan perseguida por las reformas legales de los últimos años —en especial desde las reformas del año 2015 que dieron lugar a la aprobación de

⁶ El artículo 86.1 de la Constitución dispone: *«En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general»*.

⁷ Víctor Almonacid, en «Fondos Next Generation versus un Sector Público de la pasada generación», *El Consultor de los Ayuntamientos*, 8 de febrero de 2021, Wolters Kluwer, es escéptico en cuanto a la finalidad modernizadora del real decreto-ley: *«carece de coherencia estratégica aprobar un Real Decreto-ley, el instrumento legal más urgente, llamado además de "medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública", en un momento en el que la principal Ley de modernización, simplificación y digitalización de los procedimientos aún no ha entrado en vigor completamente porque el propio legislativo-ejecutivo (cuán a menudo se confunden), la ha prorrogado por tres veces [se refiere a la Ley 39/2015]... En todo caso, es urgente la modernización de la Administración, no el dictado de una norma más, la enésima, para la modernización de la Administración. No es en absoluto lo mismo. Por lo demás, muchos de los preceptos del Real Decreto-ley no tienen carácter básico y, por tanto, solo son de aplicación a la Administración General del Estado y al sector público institucional»*.



las Leyes 39/2015 y 40/2015, dedicadas al Procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas y al Régimen jurídico del Sector público, respectivamente— no es un objetivo temporal, como la absorción ágil de los fondos europeos para la recuperación de la crisis del COVID-19, y que las medidas sobre modernización aprobadas por el meritado Real Decreto-ley 36/2020 han llegado a nuestro ordenamiento para quedarse y tener vigencia, en principio, indefinida. La pregunta que nos formulamos, entonces, es: ¿había extraordinaria y urgente necesidad de regular esas medidas de modernización de la Administración mediante un Real Decreto-ley?

Es de recordar que la Sentencia del Tribunal Constitucional número 110/2021 de 13 de mayo de 2021, Rec. 1813/2020, declaró la inconstitucionalidad de la disposición final 2.ª del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, que modificaba la composición de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos de Inteligencia, al apreciar, en dicha modificación, la ausencia del requisito de extraordinaria y urgente necesidad. Para el Tribunal, la norma contenía una serie de medidas de carácter económico, social y sanitario necesarias para atender de forma inmediata las consecuencias provocadas por el COVID-19, legítimas, pues, desde la perspectiva de su fundamento, pero no existía una conexión de sentido entre la situación económica, sanitaria y social producida por la propagación del virus y la reordenación parcial de la Comisión Delegada⁸. Entre otros argumentos, el Tribunal recuerda su propia doctrina rechazando que sea admisible optar por regular una materia o materias mediante un real decreto-ley bajo la pretendida justificación de que el Gobierno considera que seguir el procedimiento legislativo ante el parlamento, aun bajo el procedimiento de urgencia, demoraría en exceso la tramitación de la norma deseada⁹.

En esta misma línea, la Sentencia del mismo Tribunal número 111/2021, de 13 de mayo, ha declarado la inconstitucionalidad de las disposiciones adicionales 6.ª y 7.ª, disposición transitoria 2.ª y disposición final 1.ª del Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo, por las que se modificó la regulación legal del régimen de clases pasi-

⁸ Véase los fundamentos jurídicos séptimo y octavo, en especial.

⁹ «El recurso al decreto-ley se justifica solo ante un caso objetivo de extraordinaria y urgente necesidad; esto es, ante una coyuntura en la que se haga presente la exigencia impostergable de una intervención normativa inmediata solo atendible eficazmente mediante estas disposiciones legislativas provisionales; algo muy distinto, en suma, a la simple conveniencia de contar, cuanto antes, con la norma que, en un momento u otro, se estime por el Gobierno oportuna».

vas del Estado¹⁰. Más reciente, en el mismo sentido, la STC 134/2021, de 24 de junio (RTVE).

Sin que sea el objetivo de este ensayo el análisis en profundidad de la constitucionalidad del Real Decreto-ley 36/2020¹¹, baste decir que nos parece deseable que las medidas legales encaminadas a la modernización de la Administración hubieran sido fruto de la evaluación de la normativa ya existente y se hubiesen tramitado en las cámaras parlamentarias con la necesaria reflexión.

El Real Decreto-ley 36/2020 se aprueba el 30 de diciembre y se publica en el BOE el día siguiente. Es llamativo que fuera acordado en el Consejo de Ministros del día 22 de diciembre de 2020, nueve días antes de su publicación, e incluso que dos reales decretos-leyes numerados como el 37 y 38 de 2020, se publicaran antes que el 36^{12,13}. La corrección de errores se publicó el 26 de enero de 2021, y fue convalidado por el Congreso de los Diputados el día 28 de enero de 2021, con 170 votos a favor, 162 en contra y 52 abstenciones, y a continuación se empezó a tramitar como proyecto de ley¹⁴.

El Real Decreto-ley 36/2020 consta de 69 artículos estructurados en cuatro títulos, seis disposiciones adicionales, una derogatoria y trece disposiciones finales. Es notable la gran extensión de la parte expositiva¹⁵, y que en ella también pueden

¹⁰ Sentencia el Tribunal Constitucional: «*El mero deseo o interés del Gobierno en la inmediata entrada en vigor de la reforma no constituye una justificación de su extraordinaria y urgente necesidad (STC 68/2007, FJ 9), lo mismo que la opción por el empleo de una concreta técnica o formulación normativa, existiendo otras que no obstaculizan el cumplimiento de los objetivos de la medida, no permite sacrificar la posición institucional del poder legislativo. Tal sacrificio el art. 86.1 CE lo condiciona a la satisfacción de una necesidad extraordinaria y urgente, pero no, por muy legítimos que sean los objetivos que se tratan de alcanzar, al designio de "abreviar el proceso" o de "utilizar la vía más rápida" o "el mecanismo más directo", que no es el fundamento de la potestad legislativa extraordinaria del Gobierno (STC 125/2016, de 7 de julio, FJ 4)*».

¹¹ El Real Decreto-ley 36/2020 no ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad.

¹² Jiménez Asensio ha dicho al respecto: «*no deja de ser sorprendente que una norma de extraordinaria y urgente necesidad sea aplazada en su publicación casi diez días, además filtrada varias veces en su contenido y elaborada tras un largo período de consultas con "grandes despachos y grandes consultoras", y dando audiencia a la CEOE (no sabemos si también a los sindicatos)*». En su blog: <https://rafaeljimenezasensio.com/2020/12/31/apostillas-sobre-fondos-europeos-y-la-modernizacion-de-la-administracion-publica-personal-directivo-de-agencias/>.

¹³ El Real Decreto-ley 37/2020 se publicó el 22 de diciembre y el 38/2020 el 29 de diciembre.

¹⁴ Una enmienda a la totalidad presentada por el Grupo parlamentario Ciudadanos fue rechazada el 25 de febrero de 2021.

¹⁵ Lo que ha sido criticado por el Consejo de Estado en el citado Dictamen 783/2020.



apreciarse discordancias con la parte dispositiva¹⁶, que revelan que hubo cambios en la redacción final de la norma que no fueron ajustados con el expositivo, siendo deseable que la tramitación como proyecto de ley corrija estos defectos.

El título I, rubricado «*Disposiciones generales*» (artículos 1 a 6), además del objeto y ámbito de aplicación de la norma, aborda un conjunto de principios y directrices de gestión y coordinación en el ámbito de la Administración Pública como medidas de modernización que permitan una gestión más ágil y eficaz en la absorción de los fondos europeos. Es destacable que el artículo 2, dedicado a su ámbito de aplicación, tiene una redacción compleja y es además insuficiente por sí mismo para cumplir el propósito expresado por su rúbrica, esto es, delimitar el ámbito de aplicación del Real Decreto-ley 36/2020, pues debe completarse con la disposición final primera, dedicada a los títulos competenciales: así, aunque el tenor del artículo 2 refleja una vocación de generalidad clara, pues declara (apartado 1) que el Real Decreto-ley 36/2020 es de aplicación a las entidades que integran el sector público de acuerdo con el artículo 2.1 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, (Ley 40/2015 en adelante) es decir, a todas las entidades del sector público, sea estatal, autonómico o local¹⁷, esta vocación de generalidad queda inmediatamente limitada porque la disposición final primera, apartado segundo, declara muchas normas del Real Decreto-ley 36/2020 no básicas, y, por lo tanto, solo de aplicación directa al Estado o sector público estatal¹⁸.

El título II, «*Medidas de ámbito general*», contiene normas con vocación de permanencia en nuestro ordenamiento, es decir, no ligadas necesariamente a la ejecución de proyectos financiados con fondos para la recuperación. Se compone de dos capítulos, el primero dedicado a la simplificación de la tramitación de los convenios administrativos, mediante un único artículo, el 7, que dispone que los gestores de convenios administrativos deben hacer uso de los recursos disponibles para que la tramitación se efectúe en un periodo de tiempo que permita el cumplimiento eficaz

¹⁶ Por ejemplo, se dice que el Real Decreto-ley 36/2020 recupera la figura de las Agencias estatales, que fueron eliminadas por las reformas de 2015, pero la versión definitiva del Real Decreto-ley 36/2020 no regula las Agencias, que han sido integradas en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2021.

¹⁷ El artículo 2.1 de la Ley 40/2015 comprende la Administración General del Estado, las administraciones de las comunidades autónomas, las entidades que integran la administración local y el sector público institucional.

¹⁸ No nos podemos extender en la exposición de ciertas incongruencias, como las que ha apuntado el Dictamen 783/2020: «no se entiende que el artículo 2.2 prevea la aplicación a "cualesquiera entidades del sector público" del capítulo III del título III y que después la disposición final primera declare que dichas previsiones no tienen carácter básico y que solo resultarán de aplicación a la Administración General del Estado».

de los fines que se persiguen con su formalización, bajo los principios de agilización y simplificación administrativa. Hay más medidas relativas a convenios, unas en el título IV, dedicadas a los convenios como instrumentos para la aplicación de fondos (artículo 59), para lo que nos remitimos al siguiente apartado, y otras, en la disposición final segunda, que tienen vocación de permanencia y, puede decirse, mayor trascendencia que el citado artículo 7, ya que modifican la Ley 40/2015, a la cual se remite el mencionado precepto. No obstante, no podemos sino destacar, en este punto, la justificación que el expositivo del Real Decreto-ley 36/2020 ofrece a las modificaciones que en materia de convenios se han incluido; esto es, que se ha buscado dotar a su tramitación de una mayor agilidad, eliminando aquellas diligencias que resulte posible, dado que *«la sistematización del marco legal y la tipología de los convenios administrativos en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, supuso la incorporación de un mayor número de controles y un exceso de trámites preceptivos a efectos de lograr una mayor garantía jurídica de adaptación de los mismos a su normativa reguladora, pero ha supuesto en determinados casos, un cierto límite a su utilización como instrumento para articular la colaboración entre las Administraciones Públicas, los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes, y los sujetos de derecho privado»*.

Ahora bien, entendemos que no deberían limitarse o vulnerarse, en aras a la simplificación administrativa, otros principios que rigen con carácter general la actuación de la Administración¹⁹.

El capítulo II del título II introduce una nueva forma de colaboración público-privada: los Proyectos Estratégicos para la Recuperación y Transformación Económica o PERTE, quizá la medida que mayor curiosidad ha despertado entre las novedades del Real Decreto-ley 36/2020²⁰. Esta figura se define en el artículo 8 como *«proyec-*

¹⁹ Diversos órganos administrativos hacen referencia al adecuado equilibrio entre los principios de actuación en sus resoluciones. Cabe citar la reciente resolución de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, sobre obligatoriedad de los Acuerdos Marco —Expediente 50/2020, de 10 de junio de 2021—, que concluye con el recordatorio siguiente: *«la búsqueda de la eficiencia por medio de la contratación centralizada no debe menoscabar los principios que garantizan la competencia efectiva en los mercados y que, por tanto, no debe utilizarse de forma abusiva o de modo que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada»*.

²⁰ Véase «Análisis práctico de los Proyectos Estratégicos para la Recuperación y Transformación Económica». Francisco Javier Vázquez Matilla, *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 172, Sección Contratación práctica, marzo-abril 2021, Wolters Kluwer. «Las formas de colaboración público-privada del Real Decreto Ley 36/2020 para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia: los PERTE y la sociedad de economía mixta», M.ª Eugenia López Mora, *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 172, Sección Reflexiones, marzo-abril 2021, Wolters Kluwer. «Proyectos estratégicos (PERTE): inversiones y reformas», de Rafael Jiménez Asensio y Francisco Javier Vázquez Matilla, en: <https://rafaeljimenezasensio.com/2021/01/12/proyectos-estrategicos-perte-inversiones-y-reformas/>.



tos de carácter estratégico con gran capacidad de arrastre para el crecimiento económico, el empleo y la competitividad de la economía española».

Esta colaboración público-privada debe completarse con las tres formas de colaboración que se prevén en el capítulo VII del título IV y que se analizarán después. Basta indicar que esta dispersión dificulta un análisis adecuado de la normativa.

Profundizando en los PERTE, debemos indicar que la declaración de un proyecto como PERTE *«se realizará por Acuerdo de Consejo de Ministros, a propuesta del titular o de los titulares del departamento o departamentos competente por razón de la materia, acompañada de una memoria explicativa en la que se describirá la planificación de medidas de apoyo y colaboración público-privada proyectadas y los requisitos para la identificación de los posibles interesados. En su caso, se describirá su encaje dentro del Plan de Transformación, Recuperación y Resiliencia de la Economía Española»* (art. 8.2).

Los criterios que se valorarán para declarar un proyecto como PERTE están previstos en el apartado 3 del mismo precepto y serán, entre otros, los siguientes: que represente una importante contribución al crecimiento económico, a la creación de empleo y a la competitividad de la industria y la economía española, habida cuenta de sus efectos de arrastre positivos en el mercado interior y la sociedad; que permita combinar conocimientos, experiencia, recursos financieros y actores económicos, con el fin de remediar importantes deficiencias del mercado o sistémicas y retos sociales a los que no se podría hacer frente de otra manera; que tenga un importante carácter innovador o aporte un importante valor añadido en términos de I+D+i, por ejemplo, posibilitando el desarrollo de nuevos productos, servicios o procesos de producción; que favorezca la integración y el crecimiento de las PYMES, así como el impulso de entornos colaborativos; que contribuya a los objetivos marcados a nivel europeo en relación con el Instrumento Europeo de Recuperación. Consideramos que el empleo de términos jurídicos indeterminados junto al establecimiento de un *numerus apertus* de criterios, favorece la discrecionalidad.

Es primordial que los PERTE no distorsionen la competencia efectiva en los mercados (artículo 8.5). Debemos destacar que el artículo 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea prohíbe las ayudas de Estado con determinadas excepciones, como pudiera ser el caso de las ayudas que nos ocupan. Sin embargo, si por Decisión de la Comisión Europea se determinara, no obstante, que la ayuda otorgada fuera incompatible con el mercado interior y, en consecuencia, ilegal, y se acordara la recuperación de la ayuda, que hubiere sido declarada nula por sentencia del TJUE, *«las autoridades del Estado miembro interesado no pueden adoptar medidas*

irreversibles tendentes a la ejecución inmediata y efectiva de tal Decisión Comunitaria, aunque sí están habilitadas para, en el marco de las previsiones legales, acordar, si existieren elementos de juicio suficientes para ello, medidas provisionales de aseguramiento que garanticen el efectivo cumplimiento de la ulterior Decisión de la Comisión»²¹. Conviene citar la reciente Sentencia de la Sala Décima del Tribunal General de 19 de mayo de 2021 (asunto T-628/2020) desestimatoria del recurso interpuesto por Ryanair DAC, por el que se solicita la anulación de la Decisión C(2020) 5414 final de la Comisión, de 31 de julio de 2020, sobre la ayuda de Estado SA.57659 (2020/N) –España– COVID-19, prevista exclusivamente para las empresas no financieras que revistan una importancia sistémica o estratégica para la economía española y que tengan su domicilio social y sus principales centros de trabajo en territorio español.

El procedimiento de declaración de un proyecto como PERTE se inicia con la inscripción en el Registro estatal de entidades interesadas en los PERTE, dependiente del Ministerio de Hacienda y Función Pública, de todas las entidades vinculadas al desarrollo de un PERTE, independientemente de su naturaleza jurídica pública o privada y de su forma de constitución, en los términos del artículo 9 y del artículo 10 del Real Decreto-ley 36/2020, el cual concreta las normas comunes del proceso para la acreditación de las referidas entidades, debiendo destacar que las entidades interesadas deben ser acreditadas por el ministerio competente por razón de la materia para tener acceso a este registro. De acuerdo con la disposición adicional primera el referido registro sería puesto en funcionamiento en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 36/2020 mediante orden de Ministerio de Hacienda y Función Pública.

El artículo 11, bajo una rúbrica confusa, establece que la inscripción en el mencionado registro pueda ser considerada como requisito necesario para ser beneficiario de ayudas, en el caso de que se prevea así en las bases reguladoras, o en la convocatoria, si esta última incluye a las bases reguladoras, y de acuerdo con la planificación de medidas de apoyo y colaboración público-privada proyectadas. Así, los PERTE van a ser vehículos de aplicación de fondos europeos. Se supone que principalmente por vía de subvenciones (pues si no, no se entiende el artículo 11), aunque también podrían recibir fondos vía contratación pública. Pero así como la normativa de contratación contempla la integridad y los conflictos de intereses, la de subvenciones, menos actualizada, tiene carencias evidentes para estas cuestiones, como han advertido Rafael Jiménez Asensio y Francisco Javier Vázquez Mati-

²¹ Este ha sido la doctrina casacional de la Sentencia de la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo 98/2020 de 29 de enero de 2020, Rec. 7010/2018.



lla²². En cualquier caso, podemos concluir que la regulación vigente es muy parca. Si bien se configuran los PERTE como una figura de colaboración público-privada, seguirá siendo de aplicación la legislación de contratos públicos que limita la configuración de este tipo de colaboración, sin perjuicio de los establecido en los artículos 67 a 69 del Real Decreto-ley 36/2020, que se estudiarán con posterioridad.

El Real Decreto-ley 36/2020, en su artículo 3.2 j) (norma básica) dispone que uno de los principios en los que se deberá inspirar la buena gestión de los fondos europeos es la prevención eficaz de los conflictos de interés, el fraude y las irregularidades. La norma es loable, pero claramente insuficiente. Se ha sugerido interpretar el Real Decreto-ley 36/2020 de manera integradora con el Reglamento (UE) del MRR, de fecha posterior a aquel, que, posiblemente inspirado por el Dictamen 6/2020 del Tribunal de Cuentas Europeo emitido sobre el proyecto, contiene numerosas referencias a la necesidad de prevenir y perseguir efectivamente el fraude, la corrupción, los conflictos de intereses o la doble financiación^{23,24}.

Por fin, en la nueva figura del PERTE se pone de manifiesto la vocación centralizadora del Real Decreto-ley 36/2020 al reservar al Consejo de Ministros y a Ministerios las competencias principales para dar salida a estos proyectos, de manera que el papel de las autoridades autonómicas parece limitarse a hacer propuestas²⁵.

El título III está rubricado *«Instrumentos de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia»*, aunque tales instrumentos están regulados en el capítulo III; el capítulo I se dedica al procedimiento de elaboración del PRTR y el capítulo II a las estructuras de gobernanza.

²² En *Proyectos estratégicos...*, op. cit.

²³ Rafael Jiménez Asensio: *¿De verdad quiere el Gobierno de España presentar un Plan de recuperación así?*, 17 de marzo de 2021: <https://rafaeljimenezasensio.com/2021/03/17/de-verdad-quiere-el-gobierno-de-espana-presentar-un-plan-de-recuperacion-asi/>

²⁴ Por su parte, la Comisión, al aprobar el Plan español, manifestó expresamente su satisfacción con las medidas propuestas por este. La nota de prensa expresaba: *«Los sistemas de control establecidos por España se consideran adecuados para proteger los intereses financieros de la Unión. El plan aporta datos suficientes sobre la forma en que las autoridades nacionales prevendrán, detectarán y corregirán los casos de conflictos de intereses, corrupción y fraude relacionados con el uso de los fondos»*. No se pierda de vista que este juicio favorable se emite formalmente sobre el PRTR, no sobre el Real Decreto-ley 36/2020. Véase https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_21_2987

²⁵ A título de ejemplo, cabe citar el denominado «PERTE del Vehículo Eléctrico y Conectado», presentado el 12 de julio, un proyecto basado en la colaboración público-privada y centrado en el fortalecimiento de las cadenas de valor de la industria de automoción española. Se prevé una inversión total de más de 24.000 millones de euros en el periodo 2021-2023, con una contribución del sector público de 4.300 millones de euros y una inversión privada de 19.700 millones de euros.

La principal estructura de gobernanza es la Comisión para la Recuperación, Transformación y Resiliencia, encabezada por el Presidente del Gobierno, que ha de establecer las directrices generales de desarrollo y ejecución del PRTR, así como su seguimiento estratégico. El Comité Técnico proporciona soporte técnico a la Comisión y a la Autoridad Responsable del Mecanismo para la Recuperación y Resiliencia, siendo esta última la Secretaria General de Fondos Europeos creada por Real Decreto 1182/2020, de 29 de diciembre, dependiente del Ministerio de Hacienda y Función Pública, de la que a su vez depende la Dirección General del Plan y del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia. La estructura de gobernanza resulta altamente centralizada²⁶, pues, limitándose el papel de las comunidades autónomas, en este ámbito orgánico, a la participación en la Conferencia Sectorial del PRTR, configurada como órgano de cooperación (artículo 19)^{27,28}. Como ha señalado Luciano Parejo Alfonso²⁹, otras formas previstas por el Real Decreto-ley 36/2020 para que comuni-

²⁶ Lo apuntan así autores como Jiménez Asensio, en *De la poesía...*, op. cit.: «*La Gobernanza del Plan de Recuperación es absolutamente centripeta, con la pretendida excusa de que son proyectos de país lo que se trata de impulsar, y así el sistema de distribución de competencias territoriales se ha puesto en cuarentena. El Estado autonómico se ha transformado durante la pandemia en el burladero del Gobierno central, y en la gestión de fondos todo apunta que a las entidades territoriales se las quiere convertir (al menos en parte) en una suerte de apéndice ejecutivo periférico de las políticas diseñadas desde el Gobierno central y por los departamentos ministeriales*».

²⁷ J. M.^a Gimeno Feliu destaca el talante centralizador del Real Decreto-ley 36/2020 casa mal con la co-gobernanza en España, aunque añade que, en lo no regulado, de conformidad a las reglas de ejercicio competencial, existirá margen de desarrollo normativo por las comunidades autónomas, y recuerda la doctrina de prohibición del *spending power* del Tribunal Constitucional contraria a que mediante la financiación que concede el Estado se pueda laminar la distribución y ejercicio de competencias asumido por las comunidades autónomas: «*De las ideas a la acción en la gestión de los fondos europeos: reflexiones propositivas para el diseño de una adecuada gobernanza en su ejecución*»; Observatorio de la contratación pública, 25 de enero de 2021.

²⁸ Cabe recordar la doctrina del Tribunal Constitucional sobre las limitaciones a la gestión por órganos del Estado de ayudas para subvencionar actividades sobre materias de competencia de las comunidades autónomas; así, la Sentencia 13/1992, de 6 de febrero, sentaba sus requisitos: «*no obstante tener las Comunidades Autónomas competencias exclusivas sobre la materia en que recaen las subvenciones, estas pueden ser gestionadas, excepcionalmente, por un órgano de la Administración del Estado u Organismo de esta dependiente, con la consiguiente consignación centralizada de las partidas presupuestarias en los Presupuestos Generales del Estado. Pero ello solo es posible cuando el Estado ostente algún título competencial, genérico o específico, sobre la materia y en las circunstancias ya señaladas en nuestra doctrina anterior, a saber: Que resulte imprescindible para asegurar la plena efectividad de las medidas dentro de la ordenación básica del sector y para garantizar las mismas posibilidades de obtención y disfrute por parte de sus potenciales destinatarios en todo el territorio nacional, evitando al propio tiempo que se sobrepase la cuantía global de los fondos estatales destinados al sector. Su procedencia en cada caso habrá de aparecer razonablemente justificada o deducirse sin esfuerzo de la naturaleza y contenido de la medida de fomento de que se trate*» (subrayado propio).

²⁹ «Pandemia, medio ambiente y urbanismo», Luciano Parejo Alfonso, *Práctica Urbanística*, n.º 169, Sección Práctica Profesional, marzo-abril 2021, Wolters Kluwer.



dades autónomas y administraciones locales puedan intervenir en la aplicación de los fondos europeos son como gestoras de los fondos del MRR y React-EU que reciban por transferencia del Estado, aunque serán coordinadas por el centro directivo del Ministerio de Hacienda y Función Pública con competencia en materia de fondos europeos (artículo 20), así como en los convenios que puedan celebrarse para la ejecución de proyectos con cargo a fondos europeos (artículo 59), así como en la audiencia en la elaboración inicial y la modificación del PRTR (artículo 13.2).

Por fin, se ha previsto la rendición de cuentas trimestral del Gobierno ante la Comisión Mixta para la Unión Europea de las Cortes Generales³⁰.

El capítulo III, artículos 23 a 36, se dedica a la elaboración de instrumentos de planificación estratégica en cada departamento ministerial, el refuerzo de recursos humanos en los ministerios y organismos públicos a través de la creación de unidades temporales para la gestión de proyectos incluidos dentro del ámbito de ejecución del PRTR, y la potenciación de medios digitales. La disposición adicional segunda puede considerarse que complementa el refuerzo de recursos humanos, puesto que ha previsto una retribución extraordinaria por consecución de objetivos o por asignación de funciones adicionales a tiempo parcial³¹. Mas todas estas normas no son básicas (disposición final 1.ª, 2, i) y w).

El título IV es el más extenso en número de artículos, pues tiene 33 (del total de 69 del Real Decreto-ley 36/2020), y se dedica a las especialidades de gestión del PRTR. Será objeto de estudio más detallado en el siguiente apartado. Para concluir el presente apartado, apuntaremos las novedades de mayor interés, a nuestro juicio, de las disposiciones de cierre, salvo las que, por razones sistemáticas, se examinen en otros apartados.

Roberto Galán Vioque, en las Jornadas de Derecho europeo del Gabinete jurídico de la Junta de Andalucía celebradas en mayo de 2021, decía que era llamativo que en las disposiciones de cierre del Real Decreto-ley 36/2020 no hubiera una habilita-

³⁰ J. M.ª Ayala y Javier Rodríguez Herráez, en *Algunas reflexiones a propósito del Real Decreto-ley 36/2020, de medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*, Artículo Monográfico, enero 2021, editorial SEPIN, sugieren que hubiera sido conveniente la participación directa de alguna autoridad independiente como la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal.

³¹ De forma similar se ha procedido en Andalucía mediante la disposición adicional primera del Decreto-ley 3/2021, de 16 de febrero, por el que se adoptan medidas de agilización administrativa y racionalización de los recursos para el impulso a la recuperación y resiliencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

ción normativa de desarrollo, que parece muy necesaria. Creemos que será un punto a revisar en la tramitación como proyecto de ley.

En las disposiciones adicionales, aparte de las ya aludidas, destacamos que la tercera declara de aplicación las normas de contratación del Real Decreto-ley 36/2020 al ámbito de los llamados sectores especiales para las actuaciones que se vayan a financiar con fondos del PRTR *«en todo aquello que resulte compatible con su naturaleza y régimen jurídico»*, expresión que nos parece ambigua y que tememos que dé lugar a conflictos; la cuarta declara la no afectación de actuaciones de la Administración por el solo efecto de la no obtención de ingresos por absorción de fondos europeos conforme a la normativa comunitaria de aplicación de carácter final, regla que recuerda a la del artículo 49.1 de la Ley 39/2015³². Para Galán Vioque, esta disposición parece querer ofrecer seguridad a los inversores en los PERTE, puesto que otra ausencia notable del Real Decreto-ley 36/2020 es la previsión de las consecuencias de incumplimientos de las normas europeas o nacionales en su aplicación³³.

Las disposiciones finales, salvo la primera, contienen modificaciones de otras normas, como la Ley 40/2015 en materia de convenios, la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), y otras, especialmente de carácter medioambiental, que se desarrollarán después.

3. Normas específicas para la recuperación de la crisis del COVID-19: el título IV

Como decíamos, vamos a detenernos en el último de los títulos del Real Decreto-ley 36/2020 -el IV-, el más extenso, y que se dedica a las especialidades de gestión del PRTR. Consta de dos capítulos.

El capítulo I, artículos 37 a 46, aborda un conjunto de especialidades en materia de gestión y control presupuestario, con objeto de facilitar los procedimientos relacionados con el mecanismo de recuperación y resiliencia. Así, se introducen modificaciones en relación con los créditos vinculantes y el control de gestión, con las modificaciones presupuestarias, con la tramitación anticipada de expedientes de gasto; se eleva la limitación del artículo 21.3 de la ley general presupuestaria, relativa a los pagos anticipados; se agiliza la tramitación de determinados compromisos de

³² *«La nulidad o anulabilidad de un acto no implicará la de los sucesivos en el procedimiento que sean independientes del primero.»*

³³ En la misma ponencia de las Jornadas del Gabinete jurídico de la Junta de Andalucía ya citadas.



gasto de carácter plurianual, y las incorporaciones de créditos de ejercicios precedentes. Se flexibiliza el calendario de cierre de ejercicio en determinadas circunstancias. Se introducen especialidades respecto de la ejecución de los créditos que hayan de distribuirse territorialmente a favor de las comunidades autónomas y en lo que respecta al control previo aplicable a los expedientes que implementen la aplicación de los fondos de los planes *Next Generation UE*. Por último, se establecen normas sobre el seguimiento de los proyectos financiados a través del plan de recuperación.

Dado que solo son básicos el apartado 4 del artículo 37 y los artículos 39, 44 y 46, las comunidades autónomas están aprobando normas propias con el mismo fin. En Andalucía se ha publicado el Decreto-ley 3/2021, de 16 de febrero, por el que se adoptan medidas de agilización administrativa y racionalización de los recursos para el impulso a la recuperación y resiliencia en el ámbito de dicha Comunidad Autónoma. Incluye medidas para la recepción de todos los fondos europeos, no solo los relacionados con el COVID. En Galicia, a través de la Ley 9/2021, de 25 de febrero, de simplificación administrativa y de apoyo a la reactivación económica de Galicia, se ha creado la figura de proyectos industriales estratégicos. También destaca la posibilidad de crear un comité de asesoramiento externo «integrado por personas expertas en economía en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia», que permite la colaboración del mundo académico en esta materia. En Canarias se ha publicado el Decreto-ley 4/2021, de 31 de marzo, de medidas urgentes para la agilización administrativa y la planificación, gestión y control de los Fondos procedentes del Instrumento Europeo de Recuperación denominado «*Next Generation EU*», en el que se establecen medidas tributarias en el Impuesto General Indirecto Canario para la lucha contra la COVID-19³⁴. En Extremadura se ha aprobado el Decreto-ley 3/2021, de 3 de marzo, de medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. En la Comunidad Autónoma Valenciana se ha publicado el Decreto-ley 6/2021, de 1 de abril, de medidas urgentes en materia económico-administrativa para la ejecución de actuaciones financiadas por instrumentos europeos para apoyar la recuperación de la crisis consecuencia de la COVID-19. Después de modificar leyes en materia de gestión económica-administrativa de la Administración autonómica y su sector público instrumental, dedica un capítulo al régimen especial de gestión de las actuaciones incluidas en el PRTR financiado por el Mecanismo Europeo de Recuperación y Resiliencia y por los Fondos React-EU para apoyar a la recuperación después de la crisis de la COVID-19 (*Next Generation-EU*), en el que debemos destacar el régimen de gestión

³⁴ Dicho Decreto-ley ha sido impugnado por el Estado. En el BOE de 21 de junio se ha publicado la resolución de 7 de junio de 2021, de la Secretaría General de Coordinación Territorial, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Canarias, en relación con el Decreto-ley 4/2021.

económica financiera de los fondos vinculados a dicho mecanismo, las especialidades en la gestión de los mencionados fondos y del React-EU y la transparencia y rendición de cuentas. En las Islas Baleares, se ha aprobado el Decreto-ley 3/2021, de 12 de abril, de medidas extraordinarias y urgentes para ejecutar las actuaciones y los proyectos que deben financiarse con fondos europeos en el marco del PRTR. En Navarra, a través del Decreto-Ley Foral 4/2021, de 14 de abril, se aprueban medidas urgentes para la gestión y ejecución de las actuaciones financiables con fondos europeos provenientes del Instrumento Europeo de Recuperación. En Castilla la Mancha, se ha dictado la Ley 4/2021, de 25 de junio, de medidas urgentes de agilización y simplificación de procedimientos para la gestión y ejecución de los Fondos Europeos de Recuperación. En Murcia, se ha aprobado el Decreto-Ley 6/2021, de 2 de septiembre, de medidas urgentes de impulso de la Administración Regional para la gestión de los fondos procedentes del Instrumento Europeo de Recuperación (Next Generation EU) para la Reactivación Económica y Social de la Región de Murcia, a través del cual se agiliza el procedimiento de contratación pública en cuanto se elevan los límites económicos que requieren autorización del Consejo de Gobierno o de la Consejería correspondiente y se introducen medidas de flexibilización relativas a compromisos de gastos futuros y a la tramitación anticipada de expedientes.

En la Comunidad de Madrid se ha publicado el Decreto 62/2021, de 21 de abril, del Consejo de Gobierno, por el que se regula la modalidad de intervención previa de requisitos esenciales en la Comunidad de Madrid. Se trata de adoptar medidas para la correcta articulación y ejecución de los fondos europeos de carácter extraordinario, que deben ejecutarse en períodos breves de tiempo y cumpliendo los requisitos establecidos por la Unión Europea. Como característica fundamental destaca que se ha omitido la intervención plena previa de los expedientes, siendo la regla general la intervención posterior. Este Decreto ha sido desarrollado por la Orden de 29 de abril de 2021, de la Consejería de Hacienda y Función Pública, por la que se establecen los requisitos adicionales de la modalidad de fiscalización previa de requisitos esenciales para los expedientes administrativos de ejecución del Instrumento Europeo de Recuperación, del PRTR y otros fondos europeos vinculados. (BOCAM, de 10 de mayo).

Tememos que, eliminando el control previo, los controles posteriores puedan carecer de eficacia, de modo que no se obtendría el fin pretendido, de agilidad de los procedimientos sino el contrario, por cuanto podría exigirse el inicio de procedimientos de reintegro de gastos que podrían evitarse con un adecuado control a priori. En este punto, podemos traer a colación el ya citado Dictamen 6/2020, de 7 de septiembre de 2020, del Tribunal de Cuentas Europeo, sobre la propuesta de Reglamento por el que se establece un Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, que destacó la importancia de contar con controles internos eficaces y medidas de lucha contra



el fraude y las irregularidades, para contrarrestar los nuevos riesgos derivados de estímulos económicos como el referido, que deben gastarse en un plazo breve.

El capítulo II (artículos 47 y 48) contiene normas no básicas encaminadas a agilizar la tramitación de procedimientos que conlleven la ejecución de fondos europeos para el PRTR: procedimiento de elaboración de normas —artículo 47— y procedimientos administrativos en general —artículo 48—. Del primero, cabe destacar que se declara por el propio Real Decreto-ley 36/2020 que el procedimiento de elaboración de las normas tendrá carácter urgente y que los plazos para la solicitud de informes se reducirán a la mitad de los previstos en el artículo 26.5 de la Ley 50/1997, del Gobierno, cuando se soliciten a órganos de otra Administración, o bien a órganos u organismos dotados de especial independencia o autonomía. Coincidimos con el Consejo de Estado³⁵ en echar en falta que la misma reducción de plazos se aplicase a los informes a recabar de órganos de la misma Administración, lo que sería coherente con la finalidad de agilización. También se ha previsto que si concluye el plazo de emisión de informe sin que este se reciba, se continúe la tramitación, evitando así que esta se paralice, sin perjuicio de que antes de aprobar la norma se incorporen al expediente todos los informes preceptivos pendientes.

Para procedimientos administrativos en general se declara la tramitación de urgencia y el despacho prioritario de procedimientos que impliquen la ejecución de gastos con cargo a fondos europeos del PRTR, sin necesidad de adoptar un acuerdo motivado sobre ello, aunque esta regla no se aplica a los procedimientos de contratación pública, como veremos de inmediato. Y, como garantía para los particulares, se explicita que en ningún caso se reducirán los plazos de presentación de recursos y solicitudes.

El capítulo III recoge modulaciones del régimen de contratación pública, obviamente referidas también, aunque no lo diga su rúbrica, a contratos que se vayan a financiar con fondos del PRTR (artículo 49 a 58). Todas estas normas son básicas salvo las de los artículos 54.2 y 55.

Estas novedades consisten fundamentalmente en reducción de trámites y acortamiento de plazos: entre las primeras, no será preciso recabar la autorización del Consejo de Ministros prevista en el artículo 324 LCSP³⁶ (artículo 49); y, en una norma no básica (artículo 55), se exceptúa la autorización de Consejo de Ministros prevista

³⁵ En el tan citado Dictamen 783/2020.

³⁶ La autorización del artículo 324 LCSP es necesaria cuando el valor estimado sea igual o superior a doce millones de euros, cuando el pago de los contratos se concierte mediante el sistema de arrendamiento financiero o mediante el sistema de arrendamiento con opción de compra y el número de anualidades supere cuatro años, y en los acuerdos marco cuyo valor estimado sea igual o superior a doce millones de euros.

en el artículo 32 LCSP en caso de encargos a medios propios para la aplicación de los fondos procedentes del PRTR³⁷, de lo que parece que se busca también agilizar el recurso a medios propios, por lo que llama atención que el ICEX deje de tener la consideración de medio propio (disposición derogatoria y disposición final segunda).

En cuanto a los acortamientos de plazos, destacamos:

1. La facultad de acordar la tramitación de urgencia del artículo 119 LCSP (artículo 50.1 del Real Decreto-ley 36/2020), que contrasta con la automática tramitación de urgencia de la regla no básica del anterior artículo 49³⁸, que obliga al órgano de contratación a examinar si la situación de urgencia impide la tramitación ordinaria de los procedimientos de licitación y justificar el recurso a la tramitación urgente. El artículo 119 LCSP ha previsto que procede la tramitación urgente cuando se trata de contratos cuya celebración responda a una necesidad inaplazable o si conviene acelerar la adjudicación por razones de interés público. ¿A qué se refiere la norma especial del artículo 50 con que la situación de urgencia impida la tramitación ordinaria? Posiblemente, a que si se demorase la tramitación el contrato no cumpliría los efectos pretendidos, pero ya se aplica este concepto a la tramitación urgente según el artículo 119 LCSP³⁹. Por lo que la norma especial del Real Decreto-ley 36/2020 no parece aportar gran novedad sobre la ya existente en la LCSP⁴⁰. Tiene interés la Instrucción de 11 de marzo de 2021, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, sobre la tramitación de urgencia de los procedimientos de licitación de los contratos que se vayan a financiar con fondos procedentes del PRTR, en cuyas conclusiones se dice:

³⁷ N. González-Deleito lo interpreta como una aparente alternativa a la colaboración público-privada del propio real decreto-ley: «Real Decreto-ley 36/2020: novedades en materia de colaboración público-privada y contratación»; *Actualidad Administrativa*, n.º 3, Sección Actividad económica de la Administración, marzo 2021, Wolters Kluwer.

³⁸ En versiones anteriores del proyecto de real decreto-ley, la urgencia se declaraba de manera general para todos estos expedientes de contratación.

³⁹ J. A. Moreno Molina cita el informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado 14/2020, que considera que una necesidad inaplazable está constituida por una o varias circunstancias, normalmente de índole temporal, que afectan al contrato público en cuestión y que determinan que, si no se emplease la tramitación de urgencia, el contrato no podría adjudicarse o desplegar adecuadamente sus efectos, en «La ejecución de los fondos de recuperación europeos. Medidas sobre contratación pública introducidas por el Real Decreto-Ley 36/2020», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 119, enero-abril 2021.

⁴⁰ Elena Hernáez Salguero lo apuntaba en «Reflexiones sobre la nueva vuelta de tuerca a la compra pública derivada de las exigencias del programa Next Generation. Simplificación sí, pero no solo», Observatorio de contratación pública, 30 de noviembre de 2020.



- El artículo 50 del Real Decreto-ley 36/2020, básico, configura la aplicación de la tramitación de urgencia como excepcional, de modo que no cabe de forma generalizada o automática para los contratos financiados con fondos procedentes del PRTR.
 - En consecuencia, resulta necesario que el órgano de contratación valore, caso por caso, las circunstancias que podrían exigir una tramitación más rápida, ponderando debidamente los riesgos de limitar la competencia o infringir los principios básicos del Tratado, dados los eventuales efectos perjudiciales sobre la competencia de la reducción de plazos (especialmente para las PYMEs).
 - Es imprescindible que la entidad contratante justifique para todos sus contratos, con independencia de que estén o no sujetos a regulación armonizada, la situación de urgencia, razón por la cual solo cabe aplicar la tramitación de urgencia en los casos en los que los plazos establecidos sean realmente impracticables, debiéndose dejar constancia de la justificación en el expediente y publicar tal circunstancia en el anuncio de licitación del contrato.
 - En todo caso es imprescindible respetar las exigencias de los principios de no discriminación, igualdad de trato y proporcionalidad que consagra el Derecho Comunitario, intentando alcanzar el mayor grado de transparencia posible.
2. Unida a esa declaración de urgencia, aparece la posibilidad de acordar la reducción de los plazos de tramitación y de presentación de solicitudes, que resumimos:

Tipo de procedimiento	Plazo de tramitación	Plazo de presentación de proposiciones
a) Abierto.	Se puede reducir hasta la mitad por exceso.	Se puede reducir hasta 15 días naturales.
b) Abierto simplificado ordinario.	Del informe con criterios con juicio de valor no más de 4 días naturales.	15 días naturales máximo.
c) Abierto llamado supersimplificado del art. 159.6 LCSP.		Máximo 8 días naturales salvo bienes disponibles en el mercado, en cuyo caso serán 5 días naturales.
d) Restringido y negociado.	Se puede reducir hasta la mitad y hasta un mínimo de 14 días naturales el de presentación de solicitudes.	No inferior nunca a 10 días naturales el de presentación de proposiciones.

Según la letra e) del artículo 50.1, para aplicar en contratos de obras, suministros y servicios sujetos a regulación armonizada las reducciones de las letras a) y d), el expediente deberá contar con declaración de urgencia motivada.

3. Preferencia en el despacho respecto a otro tipo de contratos, que no parece precisar especial declaración (50.2).
4. Ampliación del plazo de vigencia de contratos de suministro y servicios de carácter energético (artículo 52).
5. Se permite y se promoverá la elaboración de pliegos-tipo de cláusulas administrativas y técnicas (artículo 54.1).
6. Régimen específico de cálculo de recuperación de la inversión en contratos de concesión de obras y concesión de servicios financiados con cargo a fondos incluidos dentro del PRTR (artículo 56).
7. Se autoriza a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado a resolver dudas sobre la aplicación del Real Decreto-ley 36/2020, a la vez que se la habilita para dictar Instrucciones para coordinar la actividad de contratación con fuerza de obligar a órganos estatales, inciso este que llama la atención que se haya previsto en una regla básica (artículo 57).
8. El plazo para la emisión de informes se reduce a cinco días, sin posibilidad de prórroga (50.2).
9. Se elevan los umbrales del valor estimado para aplicar el procedimiento abierto simplificado (artículo 51), seguramente considerando que así resulta aplicable este procedimiento a proyectos de mayor envergadura con un efecto transformador significativo.
10. Se reducen plazos en el recurso especial en materia de contratación (artículo 58), y parece imponerse una decisión de oficio sobre la inadmisión. La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado ha concluido, con ocasión de una consulta sobre estos plazos del recurso especial (expediente 8/2021, de 11 de marzo), que el artículo 58 a) del Real Decreto-ley 36/2020 establece un plazo de 10 días naturales para la interposición de recurso especial contra cualquiera de los actos que se recogen en términos generales en el artículo 50 de la LCSP y no solo contra la adjudicación del contrato público, y que la preferencia para el despacho de los procedimientos de contratación referentes a contratos públicos y acuerdos marco que vayan a ser financiados con fondos procedentes del PRTR no se extiende a un eventual recurso especial que pueda interponerse frente a las resoluciones dictadas en aquellos procedimientos.



Nada se ha previsto sobre cuestiones de ejecución y control de gestión, lo que, en opinión de J. M.^a Gimeno Feliu⁴¹, habilita margen competencial para su desarrollo por las comunidades autónomas⁴². En definitiva, las novedades relativas a la contratación son de alcance limitado, como varios autores ya han señalado en sus primeros análisis sobre la norma.

Por fin, aunque no es posible detenernos en su estudio, es indispensable hacer referencia a modificaciones de la LCSP operadas por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2021, disposición final 40.^a, en la misma línea de agilización del Real Decreto-ley 36/2020, cuyos hitos fundamentales son la reforma de los artículos 32 y 33 LCSP sobre encargos a medios propios de poderes adjudicadores y de entidades del sector público que no sean poder adjudicador y la elevación de umbrales del artículo 159 LCSP para usar el procedimiento abierto simplificado.

En el capítulo IV del mismo título se han establecido especialidades de los convenios relativos a los proyectos con cargo a fondos europeos, limitadas a la Administración del Estado y organismos y entidades públicas estatales, si bien la disposición final segunda del Real Decreto-ley 36/2020 también ha modificado con carácter definitivo determinados preceptos de la Ley 40/2015 relativos a los convenios, lo que examinamos en conjunto por unidad de la materia. Es digno de mención que el artículo 50 de la Ley 40/2015 se ha modificado, con carácter definitivo, si bien, a su vez, se han establecido excepciones a su aplicación en relación con los convenios suscritos para la ejecución de proyectos con cargo a fondos europeos.

Las modificaciones específicas relacionadas con este tipo de convenios son las siguientes: no serán de aplicación las disposiciones contenidas en las letras b) y c) del apartado 2 del artículo 50 de la Ley 40/2015; ni lo previsto en la Instrucción segunda del Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de diciembre de 2017, por el que se aprueban las instrucciones para la tramitación de convenios, en cuanto se refiere a la autorización del Consejo de Ministros de los convenios a suscribir con comunidades autónomas o con sus organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes entre los que están incluidos los correspondientes consorcios y universidades públicas adscritos o vinculados a dichas administraciones. Por último, se permite ampliar el plazo de vigencia de estos convenios, pudiendo llegar como máximo a seis años, con posibilidad de una prórroga de hasta seis años

⁴¹ *Real Decreto-Ley 36/2020, de Fondos de Recuperación: novedades en materia de contratos del sector público*. Aranzadi Digital, n.º 1/2021.

⁴² Se han dictado varios decretos-leyes autonómicos, ya aludidos, que, en buena parte, reproducen las medidas contenidas en el Real Decreto-ley 36/2020, sin incorporar, hasta ahora, medidas de interés sobre ejecución y control.

de duración. Esta excepción deberá justificarse motivadamente por el órgano competente con especial mención a que dicha extensión o prórroga no limitará la competencia efectiva en los mercados.

En este punto, cabe plantearse cómo se aplicarán las excepciones a la aplicación de los apartados b y c del artículo 50.2 de la Ley 40/2015. Esto es, si no se requieren los informes previstos en el referido apartado b, o si, por el contrario, no se exigen en el plazo máximo de siete días previsto en dicho precepto.

Las modificaciones introducidas por la disposición final segunda del Real Decreto-ley 36/2020 en relación con la normativa general de convenios afectan, en primer lugar, al artículo 48.8 de la Ley 40/2015 referente a la perfección de los convenios y a la exigencia de inscripción en el registro correspondiente. Si bien los convenios se perfeccionan con el consentimiento, la eficacia de los suscritos por la Administración General del Estado, en sentido amplio, se hace depender de la inscripción en el Registro Electrónico estatal de Órganos e Instrumentos de Cooperación del sector público estatal, en cinco días hábiles desde su formalización. Cabe destacar que no se ha atendido a la observación del Consejo de Estado, en su Dictamen 783/2020, en cuanto no se ha vinculado la eficacia del convenio también a su publicación oficial.

Asimismo, entendemos que esta modificación podría causar problemas prácticos, dado que el ordenamiento jurídico de las comunidades autónomas tiene normas y, por ende, plazos, diferentes. Así, en la Comunidad de Madrid, el artículo 15 del Decreto 48/2019, en relación con la remisión de convenios al Registro de Convenios y Protocolos, exige que los órganos, organismos, entidades y demás entes que suscriban convenios y protocolos, los remitan a la secretaría general técnica de la consejería de la que formen parte o estén adscritos, en el plazo de cinco días hábiles desde el día siguiente al de su firma. Las secretarías generales técnicas deberán remitir a la secretaría general técnica de la consejería competente en materia de relaciones institucionales, los convenios, sus prórrogas, así como cualquier otra modificación, en los cinco días hábiles siguientes una vez que hayan sido objeto de publicación en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid acompañando, además del convenio íntegro, la citada publicación. En consecuencia, la inscripción en el registro es posterior a la publicación del convenio en el registro correspondiente, a diferencia de lo previsto en el Estado, donde la publicación es posterior. Por consiguiente, en el caso de que los convenios se firmaran con el Estado, podría suscitarse una disparidad del momento de inscripción en el registro correspondiente, que convendría fuera solventado en la práctica.

En segundo término, se da nueva redacción al artículo 50 apartado 2 de la Ley 40/2015, de modo que se establece un plazo máximo de siete días desde la solicitud, para que



el Servicio Jurídico emita informe. Además, se añade que trascurrido dicho plazo se continuará la tramitación si bien el referido informe deberá emitirse e incorporarse al expediente antes de proceder al perfeccionamiento del convenio. El mismo plazo y las mismas consecuencias se fijan respecto de cualquier otro informe preceptivo que establezca la normativa aplicable. Ahora bien, esta aparente agilización del procedimiento podría provocar el efecto contrario. Si los informes requeridos no pueden ser emitidos en plazo, en el momento de su incorporación al expediente, podrían provocar cambios en los textos proyectados en trámites posteriores o podrían impedir un examen completo de los textos a los órganos consultivos, de modo que su función no podría realizarse con plenitud. Así en aras a la agilidad procedimental, las garantías jurídicas, presupuestarias o de otra índole podrían verse perjudicadas, e incluso algunos de los principios que han de regir la actuación de la Administración, fijados en el artículo 3 de la Ley 40/2015, tales como la objetividad y transparencia de la actuación administrativa, la racionalización de los procedimientos administrativos y de las actividades materiales de gestión o la responsabilidad por la gestión pública.

Por último, la nueva redacción del artículo 50.2 c) de la Ley 40/2015 ha añadido que la autorización previa del Ministerio de Hacienda y Función Pública se entenderá otorgada si en el plazo de siete días hábiles desde su solicitud no ha sido emitida. Cuando el convenio a suscribir esté excepcionado de la referida autorización, también lo estará del informe del Ministerio de Política Territorial. Con una excepción, pues, en todo caso, será preceptivo el informe del Ministerio de Política Territorial, respecto de los convenios que se suscriban entre la Administración General del Estado y sus organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes, con las comunidades autónomas o con entidades locales o con sus organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes, en los casos de convenios cuyo objeto sea la cesión o adquisición de la titularidad de infraestructuras por la Administración General del Estado o en el caso de convenios que tengan por objeto la creación de consorcios.

El capítulo V del título IV del Real Decreto-ley 36/2020, bajo la rúbrica de medidas de agilización de las subvenciones financiadas con fondos europeos, introduce una serie de modificaciones, referentes a la exigencia de determinadas autorizaciones, al contenido de las bases reguladoras de la subvención, a la emisión de determinados informes, a las subvenciones de concurrencia no competitiva, a la justificación de la aplicación de fondos recibidos, a la posible concesión anticipada de subvenciones sin crédito disponible y por último, a la concesión de incentivos regionales. Se trata de simplificar la tramitación de este tipo de subvenciones, previéndose la posible utilización del procedimiento de urgencia, cuando razones de interés público lo aconsejen, al tiempo que se eliminan requisitos de informes y autorizaciones pre-

ceptivas. Se establece que las convocatorias de las subvenciones relacionadas con el uso de estos fondos incorporen la regulación de las bases de concesión de las mismas, simplificando los requisitos internos para su aprobación, así como la documentación a presentar por los posibles beneficiarios.

El artículo 60 exime de determinadas autorizaciones —del Consejo de Ministros o del Ministerio de Hacienda y Función Pública— la tramitación de subvenciones financiadas con fondos europeos, si bien solo su primer apartado tiene carácter básico.

El artículo 61 regula las especialidades de las bases reguladoras y de la convocatoria de las subvenciones financiadas con fondos europeos, si bien solo su primer apartado tiene carácter básico. En él se permite que las subvenciones financiadas con fondos europeos incorporen la convocatoria de aquellas.

En el resto de párrafos se concreta la exigencia de informe de los Servicios Jurídicos correspondientes, y el informe de la Intervención Delegada al que hace referencia el artículo 17.1, párrafo segundo, de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, que ha de emitirse en el plazo improrrogable de diez días naturales. Además, se establece que los beneficiarios de los préstamos o anticipos deberán acreditar que se encuentran al corriente del pago de las obligaciones de reembolso de cualesquiera otros préstamos o anticipos concedidos anteriormente con cargo a los créditos específicamente consignados para la gestión de estos fondos en los Presupuestos Generales del Estado.

El artículo 62, sobre subvenciones de concurrencia no competitiva financiadas con fondos europeos, permite que se puedan *«dictar las resoluciones de concesión por orden de presentación de solicitudes una vez realizadas las comprobaciones de concurrencia de la situación o actuación subvencionable y el cumplimiento del resto de requisitos exigidos, hasta el agotamiento del crédito presupuestario asignado en la convocatoria»*.

Por su parte, el artículo 63 —sin carácter básico— regula las especialidades en la justificación de la aplicación de las subvenciones. Así se eleva el umbral económico previsto en el artículo 75 del Reglamento de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, aprobado por Real Decreto 887/2006, de 21 de julio (Real Decreto 887/2006), para la presentación de una cuenta justificativa simplificada por parte del beneficiario de la subvención, ampliándose dicho importe hasta los 100.000 euros. Se permite que las bases reguladoras eximan de la obligación de presentar facturas con un importe inferior a 3.000 euros, respecto de la cuenta justificativa



exigida en el artículo 72 del Real Decreto 887/2006. Se eleva hasta 10.000 euros el límite de 3.000 euros para acreditar el cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social en la normativa de subvenciones contemplado en el artículo 24 del Real Decreto 887/2006. Por último, para los supuestos en que las solicitudes deban venir acompañadas de memorias económicas, se flexibilizarán los compromisos plasmados en las mismas, en el sentido de que se permitan compensaciones entre los conceptos presupuestados, siempre que se dirijan a alcanzar el fin de la subvención.

El artículo 64, no básico, permite la tramitación anticipada sin crédito disponible de las subvenciones financiadas con fondos europeos, con exclusión de la aplicación de los requisitos del artículo 56 del Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, siempre que se acredite que se ha solicitado la modificación presupuestaria necesaria para la disposición del crédito aplicable y la concesión de esta quede supeditada a la aprobación de dicha modificación.

Por último, el artículo 65 permite que la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos exceptúe en estos casos el umbral previsto en el art. 5.2 de la Ley 50/1985, de 27 de diciembre, de incentivos regionales para la corrección de desequilibrios económicos interterritoriales, que atribuye a dicha Comisión Delegada la competencia para la concesión de incentivos regionales cuando se trate de proyectos de cuantía superior a los 15 millones de euros.

En relación con esta simplificación administrativa, Patricia Iglesias Rey ha puesto de manifiesto que no puede suponer una merma de los mecanismos del control interno y externo y de la transparencia y rendición de cuentas en la gestión de los fondos europeos⁴³.

Entendemos que esta regulación puede provocar dos problemas fundamentalmente. En primer término, porque bajo la apariencia de facilitar la entrega de subvenciones, se pueden desvirtuar los principios básicos de su concesión previstos por la normativa aplicable, pudiendo frustrar las expectativas de los beneficiarios de modo que se consiga un fin contrario al previsto con la concesión de la subvención, en

⁴³ Patricia Iglesias Rey, en su artículo «La «pequeña gran revolución» normativa para la captación de los fondos *Next Generation UE*», publicado por Wolters Kluwer, se remite a la publicación del Tribunal de Cuentas de la sección de noticias de su web en julio de 2020 referida a que las instituciones fiscalizadoras tendrán un papel primordial para la «transparencia y la rendición de cuentas» en la crisis de la COVID-19, a nivel autonómico y estatal, y ha destacado la necesidad de reforzar la coordinación entre las instituciones de control externo para que dicha fiscalización sea eficaz y se eviten duplicidades o «lagunas en el control».

cuanto pudieran tener que devolver las cantidades anticipadas. En segundo lugar, las normas previstas no tienen carácter básico, por lo que, en cada comunidad autónoma con competencias en la materia, seguirá siendo aplicable su normativa específica, sin perjuicio de que puedan ser aplicadas con carácter supletorio o por remisión explícita a la normativa estatal, como sucede en el caso de la Comunidad de Madrid. En esta, el artículo 6.4 de la Ley 2/1995 de 8 de marzo, de subvenciones de la Comunidad de Madrid, expresamente dispone que *«cuando los proyectos de bases reguladoras se refieran a supuestos contemplados en la legislación de la Comunidad Europea se seguirá el procedimiento establecido en la normativa estatal, salvo lo establecido en el apartado 4 del artículo 2 de esta Ley»*; según el cual, en el supuesto de programas operativos financiados con fondos comunitarios y gestionados íntegramente por la Comunidad de Madrid, prevalecerá la normativa aplicable de la Comunidad Europea.

En cualquier caso, cabe citar que ya se han tramitado ayudas con base en esta nueva normativa. Nos remitimos, a título ilustrativo, al Real Decreto 341/2021, de 18 de mayo, por el que se regula la concesión directa de ayudas para la restauración ambiental de zonas afectadas por la transición energética en el marco del PRTR correspondiente a proyectos de zonas degradadas a causa de la minería del carbón; o la Orden CIN/538/2021, de 29 de mayo, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de ayudas públicas para las Infraestructuras Científicas y Técnicas Singulares y por la que se aprueba la convocatoria correspondiente al año 2021 en el marco del PRTR. Igualmente destacamos que un día antes de la publicación del Real Decreto-ley 36/2020 se publicó el Real Decreto 1186/2020, de 29 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 263/2019, de 12 de abril, por el que se regula el Programa de ayudas para actuaciones de eficiencia energética en PYME y gran empresa del sector industrial, con objeto de que reduzcan las emisiones de dióxido de carbono y el consumo de energía final, objetivos también perseguidos por el PRTR.

El capítulo VI, constituido por el artículo 66, no básico, introduce especialidades relativas a la tramitación de los proyectos correspondientes en materia de evaluación ambiental. De igual modo que en el caso de los convenios, las disposiciones finales del Real Decreto-ley 36/2020 introducen modificaciones en la Ley 21/ 2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental (Ley 21/2013 en lo sucesivo).

El artículo 66 considera excluidos de evaluación ambiental a los efectos del artículo 8.3 de la Ley 21/2013 *«los proyectos financiados total o parcialmente mediante el Instrumento Europeo de Recuperación, cuando se trate de meras modernizaciones o mejoras de instalaciones ya existentes, que no supongan construcción de nueva plan-*



ta, aumento de la superficie afectada o adición de nuevas construcciones ni afección sobre recursos hídricos y entre cuyos requisitos se incorporen para su financiación y aprobación la mejora de las condiciones ambientales, tales como la eficiencia energética o del empleo de recursos naturales, la reducción de su impacto ambiental o la mejora de la sostenibilidad de la instalación ya existente».

El artículo 8 de la Ley 21/2013, dentro de su título I, bajo la rúbrica principios y disposiciones generales, se ocupa de los procedimientos excluidos de evaluación ambiental y a los proyectos excluibles. La jurisprudencia del Tribunal Supremo interpretativa del artículo 8.3 de la Ley 21/2013 insta a una interpretación restrictiva de los proyectos excluidos de evaluación ambiental y determina la nulidad de autorizaciones que o no cuenten con ella o bien, contengan una incompleta⁴⁴. Todo ello refleja la importancia de la evaluación ambiental. En la misma línea se pronuncia el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de febrero de 2008, asunto C-2/07, y de 21 de marzo de 2013, asunto C 244/12, destacan la necesidad de que las autoridades nacionales analicen si los proyectos pueden tener repercusiones importantes en el medio ambiente y, en caso afirmativo, que se efectúe una evaluación de tales repercusiones. Más reciente, la Sentencia de la Gran Sala del mismo Tribunal 25 de junio de 2020, asunto C-24/2019, insta a una interpretación amplia de la exigencia de evaluación ambiental de proyectos, indicando que el «concepto de “planes y programas” comprende cualquier acto que establezca, definiendo reglas y procedimientos de control aplicables al sector de que se trate, un conjunto significativo de criterios y condiciones para la autorización y la ejecución de uno o de varios proyectos que puedan tener efectos significativos en el medio ambiente (sentencias de 27 de octubre de 2016, D'Oultremont y otros, C-290/15, apartado 49; de 7 de junio de 2018, Inter-Environnement Bruxelles y otros, C-671/16, apartado 53, y de 12 de junio de 2019, CFE, C-43/18, apartado 61)».

Por consiguiente, hemos de destacar las cautelas con que han de interpretarse los supuestos excluidos de evaluación de impacto ambiental.

⁴⁴ Así la Sentencia de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo, 1075/2019 de 16 de julio de 2019 (recurso 4825/2016) declara la nulidad del acuerdo del Consejo de Ministros que aplica una excepción del artículo indicado por entender que si bien parece que el legislador aboga por la inclusión amplia de diversos supuestos en dicho precepto, lo cierto es que la regla general es la evaluación ambiental y la excepción, la dispensa o exención, resaltando «la cautela con la que el Tribunal de Justicia contempla la exención de la correspondiente evaluación ambiental cuando los proyectos, como sucede en el caso de autos, puedan tener repercusiones importantes en el medio ambiente (sentencia de 16 de septiembre de 1999, asunto C-435/1997)». La Sentencia de la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo, 345/2018 de 5 de marzo de 2018, (recurso 1524/2015) declara la nulidad de una autorización administrativa otorgada para la construcción de una planta de recepción, almacenamiento y regasificación de gas natural, por determinadas omisiones en la declaración de impacto ambiental.

Asimismo, se puede plantear un problema en relación con los objetivos de los fondos. Como ya ha sido estudiado por diversos autores, gran parte de los fondos recibidos se ha de destinar a inversiones y reformas que deben respetar el principio de «no causar daños significativos» al medio ambiente. Específicamente, hay seis objetivos ambientales que son: (i) mitigación del cambio climático, (ii) adaptación al cambio climático, (iii) recursos hídricos y marinos, (iv) economía circular, (v) prevención de la contaminación y control, y (vi) biodiversidad y ecosistemas. Cabe plantearse cómo se puede justificar el uso de estos fondos con los fines mencionados, si por agilizar trámites, se omiten los estudios de evaluación de impacto ambiental.

Las modificaciones de la Ley 21/2013, que afectan a los artículos 17, 19, 22, 25, 26, 28, 30, 31, 32, 33, 34, 40, 41 y 46 a 48, tratan de agilizar los trámites procedimentales, tanto de la evaluación estratégica como de la de impacto ambiental. La realidad es la falta de personal de la Administración, aspecto que puede repercutir en la definitiva aplicación de las medidas introducidas, consistentes básicamente en la reducción de los plazos máximos de decisión —y en su caso, de resolución y los relativos a distintos trámites— o bien en la prohibición de su prórroga. También se reducen los términos para la publicación y la publicidad de las decisiones y resoluciones (incluidas no solo las relativas a las evaluaciones, sino también a la aprobación de los planes o programas sustantivos, incluidos los urbanísticos) y los proyectos de obras, construcciones, edificaciones o instalaciones.

La aplicación de tales medidas, además queda condicionada por el hecho de que los referidos plazos no tienen carácter básico, de acuerdo con la disposición final 1.^ª2, z) del Real Decreto-ley 36/2020, de conformidad con la disposición final 8.^ª2, b) de la Ley 21/2013. Por tanto, solo rigen para los procedimientos estatales, los de las administraciones locales, o para los de las comunidades autónomas supletoriamente. Por otra parte, su eficacia respecto a los procedimientos de evaluación ambiental solo sería predicable respecto a aquellos que se inicien a partir de la entrada en vigor del propio real decreto-ley, con base en su disposición transitoria única, en línea con la disposición transitoria de la propia ley. En relación con la entrada en vigor, cabe citar la Sentencia de la Sección 5.^ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, 1562/2018, de 30 de octubre (recurso 3029/2017), según la cual será la fecha de la solicitud de iniciación del procedimiento de evaluación ambiental ordinaria o simplificada, cuando se entienda iniciado el procedimiento de evaluación ambiental ordinario o simplificado, siendo tal la fecha a la que ha de entenderse referida la entrada en vigor de la Ley 21/2013 o en este caso, el Real Decreto-ley 36/2020.

Finalmente, el capítulo VII del Real Decreto-ley 36/2020 se ocupa de otros tres instrumentos de colaboración público-privada para la ejecución del PRT:



- a) Las agrupaciones de personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, sin personalidad, que persigan obtener ayudas en los términos previstos en el artículo 11 de la Ley 38/2003, a que se refiere el artículo 67 del Real Decreto-ley 36/2020. Han de reunir los requisitos del mencionado precepto.
- b) Los consorcios que expresamente se creen para la ejecución o realización de proyectos del plan de recuperación, los cuales han de ser autorizados por la Comisión del plan de recuperación con el informe favorable del comité técnico, sin necesidad de la autorización legal exigida por la Ley 40/2015.

Los consorcios son definidos por el artículo 118 de esta Ley 40/2015 como entidades de derecho público, con personalidad jurídica propia y diferenciada, creadas por varias administraciones públicas o entidades integrantes del sector público institucional, entre sí o con participación de entidades privadas, para el desarrollo de actividades de interés común a todas ellas dentro del ámbito de sus competencias y que podrán realizar actividades de fomento, prestacionales o de gestión común de servicios públicos y cuantas otras estén previstas en las leyes. Por su propia naturaleza, con base en el artículo 120.3 de la Ley 40/2015, el consorcio en el que participen entidades privadas no tiene ánimo de lucro, lo cual podría limitar la participación de empresas en estos consorcios. A esta limitación se añade otra, cual es el hecho de que el personal, funcionario o laboral, habrá de proceder de las administraciones públicas participantes, salvo que sea necesario contratar personal laboral propio, seleccionado mediante convocatoria pública en las condiciones que autorice la Administración pública competente.

En el caso de la Comunidad de Madrid, carente de normativa propia de consorcios —con la salvedad de los urbanísticos previstos en el artículo 76 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, y que solo requieren acuerdo de las partes intervinientes— serían de aplicación las especialidades indicadas.

- c) Las sociedades de economía mixta previstas en la Ley 9/2017, pero con los requisitos del artículo 69 del Real Decreto-ley 36/2020, con objeto de facilitar el procedimiento de selección del socio de la futura empresa de economía mixta, respetando los límites fijados por el derecho europeo.

Se distinguen dos supuestos:

En primer término, cuando se trate de la ejecución de un contrato de concesión de obras o de concesión de servicios, relativo a un proyecto enmarcado en el Plan de Recuperación, cuando esté sujeto a regulación armonizada en el sentido definido por

la LCSP o sujeto al Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores, de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales (Real Decreto-ley 3/2020, en lo sucesivo). En estos casos, el Real Decreto-ley 36/2020 exige que la sociedad de economía mixta reúna las siguientes condiciones:

- «a) Que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas en la LCSP o en el Libro I del RDL 3/2020, según proceda en cada caso, para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto.»*
- b) Que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado.»*

Por ello, aunque se hace referencia al Real Decreto-ley 3/2020, se mantiene la regulación prevista en la disposición adicional 22.^a LCSP.

En segundo término, se prevé la sociedad de economía mixta cuando se trate de la ejecución de un contrato de concesión de obras o de concesión de servicios, cuando no esté sujeto a regulación armonizada, o si se trata de un contrato que tenga por objeto una actividad sujeta al Real Decreto-ley 3/2020 pero que conforme a la disposición adicional 8 de la LCSP deba sujetarse a esta última, por no superar los umbrales correspondientes, cuando dicho contrato tenga por objeto el desarrollo de un proyecto enmarcado en el Plan de Recuperación, siempre que se cumplan estas dos condiciones:

- «a) Que la selección del socio privado por una entidad del sector público que no tenga la consideración de Administración pública, se haya efectuado de conformidad con un procedimiento que se sujete a las reglas que establece el artículo 321.2 letra b) de la LCSP, con las especialidades que se indican en el apartado siguiente de este artículo.»*
- b) Que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado.»*

Y se especifica que en los supuestos en los que la elección del socio privado se realice por una Administración Pública, también se aplicarán las reglas del apartado anterior, si bien dicha selección se hará en todo caso de conformidad con los procedimientos que contempla la LCSP.

Es de resaltar que el artículo 321.2 b) de la LCSP se ocupa de la adjudicación de contratos por parte de entidades del sector público que no tienen el carácter de



poderes adjudicadores, permitiendo que no apliquen sus propias instrucciones, siempre que respeten los principios de igualdad, no discriminación, transparencia, publicidad y libre concurrencia y determinados requisitos previstos en dicho precepto y, además, los incluidos en el artículo 69.3 del Real Decreto-ley 36/2020.

Por tanto, las normas especiales del Real Decreto-ley 36/2020 se aplican solo para la ejecución de un contrato de concesión cuando no está sujeta a regulación armonizada, o de un contrato sujeto al Real Decreto-ley 3/2020, pero que por razón de la cuantía sea aplicable la LCSP, siempre que la elección del socio privado lo realice una entidad que no tenga la consideración de Administración Pública. De estas normas, cabe resaltar la información que debe figurar en el anuncio de licitación, en el que solo se exige específicamente información sobre la duración prevista del contrato, así como de sus posibles prórrogas y modificaciones. Entendemos que ello no empece a que sea exigida cualquier otra información impuesta por la normativa general, en cumplimiento de la normativa europea; en particular, por la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE y por la Comunicación 2008/C 91/02 de la Comisión interpretativa la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada. En esta última expresamente se establece en el apartado 2.3.5 que, en aras a los principios de igualdad de trato y no discriminación, la entidad adjudicadora debe incluir en el anuncio de licitación, o en el pliego, la *«información fundamental sobre los documentos siguientes: el contrato público y/o la concesión que se ha de adjudicar a la entidad de capital mixto que habría de crearse y los estatutos de dicha entidad, el pacto entre accionistas y todos los demás elementos por los que se rige, por un lado, la relación contractual entre la entidad adjudicadora y el socio privado y, por otro, la relación entre la entidad adjudicadora y la entidad de capital mixto que debe crearse»*.

Sentado lo anterior, cabe destacar que la diferenciación expuesta entre contratos sujetos o no a regulación armonizada, no sería aplicable a los supuestos de modificación de los contratos, de conformidad con el artículo 69.4 del Real Decreto-ley 36/2020; ni a la necesidad de concurrir al procedimiento de licitación correspondiente, en el caso de que la sociedad de economía mixta pretendiera acceder a contratos distintos de los expuestos, ni en cuanto a la posibilidad de obtener diferentes medios de financiación, respecto de lo cual, el apartado 6 de este precepto contempla la posibilidad de acudir a ampliaciones de capital y a la titulización de los derechos de cobro que ostenten frente a la entidad adjudicadora del contrato cuya ejecución se le encomiende, en las condiciones previstas.

4. Conclusiones

Para las ambiciosas aspiraciones del Real Decreto-ley 36/2020, las medidas que contiene no parecen suficientes. Habrá que estar muy atentos a su ejecución.

No es afortunado mezclar en un mismo instrumento jurídico la modernización de la Administración, además restringida en su mayor parte a la estatal, con las medidas que faciliten la rápida y eficaz absorción de los fondos europeos, y ofrece dudas de constitucionalidad que esperemos se resuelvan con la tramitación del proyecto de ley por las Cortes.

Hay una clara intención centralizadora sobre la gestión de fondos europeos que no se ajusta a la descentralización del Estado español.

Las reformas no tendrán el alcance que cabría esperar en cuanto muchas de ellas no tienen carácter básico y, por ende, no serían aplicables directamente a todas las administraciones.

Las medidas de agilización de procedimientos, por sí solas, no pueden ser muy útiles evitando trámites o reduciendo plazos si no hay un refuerzo serio de los efectivos materiales y humanos.

La flexibilización o agilización de las reglas procedimentales no debería obstar a la aplicación de las reglas generales impuestas por el derecho europeo para garantizar una mayor transparencia, seguridad jurídica y apertura a la competencia equitativa y eficaz.

Los objetivos medioambientales, sociales, o de sostenibilidad parecen desdibujarse si se limitan trámites exigidos por la normativa ambiental.

Y no se han previsto medidas sobre el control de la ejecución de los fondos y la consecución de los objetivos previstos.

Se cumple lo comentado por Alejandro Nieto en su obra *«El desgobierno de lo público»*: las pequeñas reformas —ya se ha dicho que las previstas no son tan ambiciosas como cabría esperar— *«se han revelado siempre útiles al menos para no dejar a la Administración con las manos vacías después del fracaso estrepitoso de políticas ambiciosas como las de la reforma o la modernización, ya que siempre quedaba algo que pudiera exhibirse como trofeo, aunque fuera pequeño»*.



BIBLIOGRAFÍA

- ALMONACID LAMELAS, Víctor (2021). «Fondos Next Generation versus un Sector Público de la pasada generación», *El Consultor de los Ayuntamientos*. Wolters Kluwer.
- AYALA DE LA TORRE, J. M.^a y RODRÍGUEZ HERRÁEZ, Javier (2021). «Algunas reflexiones a propósito del Real Decreto-ley 36/2020, de medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia». Editorial SEPIN, artículo monográfico, enero.
- GARICANO, Luis (2021). «Nuestros vecinos sí aprovecharán el dinero europeo», diario *El Mundo*, 4 de junio.
- GIMENO FELIU, J. M.^a (2021). «De las ideas a la acción en la gestión de los fondos europeos: reflexiones propositivas para el diseño de una adecuada gobernanza en su ejecución»; *Observatorio de la Contratación Pública*, 25 de enero.
- GIMENO FELIU, J. M.^a (2021). «Real Decreto-Ley 36/2020, de Fondos de Recuperación: novedades en materia de contratos del sector público», *Aranzadi Digital*, n.º 1.
- GONZÁLEZ-DELEITO, Nicolás (2021). «Real Decreto-ley 36/2020: novedades en materia de colaboración público-privada y contratación», *Actualidad Administrativa*, n.º 3, Wolters Kluwer.
- HERNÁEZ SALGUERO, Elena (2020). «Reflexiones sobre la nueva vuelta de tuerca a la compra pública derivada de las exigencias del programa *Next Generation*. Simplificación sí, pero no solo», *Observatorio de Contratación Pública*, 30 de noviembre.
- IGLESIAS REY, Patricia (2021). «La “pequeña gran revolución” normativa para la captación de fondos Next Generation UE», *El Consultor de los Ayuntamientos*. Wolters Kluwer.
- JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael (2021). «De la poesía a la prosa: el Plan de recuperación», en su blog, 9 de mayo, <https://rafaeljimenezasensio.com/2021/05/09/de-la-poesia-a-la-prosa-el-plan-de-recuperacion/>
- JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael (2020). «Apostillas sobre “fondos europeos” y la “modernización” de la Administración pública (personal directivo de Agencias)», 31 de diciembre, <https://rafaeljimenezasensio.com/2020/12/31/apostillas-sobre-fondos-europeos-y-la-modernizacion-de-la-administracion-publica-personal-directivo-de-agencias/>
- JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael y VÁZQUEZ MATILLA, Francisco Javier (2021). «Proyectos estratégicos (PERTE): inversiones y reformas», 12 de enero. <https://rafaeljimenezasensio.com/2021/01/12/proyectos-estrategicos-perte-inversiones-y-reformas/>
- JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael (2021). «¿De verdad quiere el Gobierno de España presentar un Plan de recuperación así?», 17 de marzo. <https://rafaeljimenezasensio.com/2021/03/17/de-verdad-quiere-el-gobierno-de-espana-presentar-un-plan-de-recuperacion-asi/>

LÓPEZ MORA, María Eugenia (2021). «Las formas de colaboración público-privada del Real Decreto Ley 36/2020 para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia: los PERTE y la sociedad de economía mixta», *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 172, Wolters Kluwer.

MORENO MOLINA, J. Antonio (2021). «La ejecución de los fondos de recuperación europeos. Medidas sobre contratación pública introducidas por el Real Decreto-Ley 36/2020», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 119, enero-abril.

NIETO, Alejandro (2008). *El desgobierno de lo público* (1.ª edición). Editorial Ariel.

PAREJO ALFONSO, Luciano (2021). «Pandemia, medio ambiente y urbanismo», *Práctica Urbanística*, n.º 169, Wolters Kluwer.

VÁZQUEZ MATILLA, Francisco Javier (2021). «Análisis práctico de los Proyectos Estratégicos para la Recuperación y Transformación Económica», *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 172, Wolters Kluwer.

Revista Aragonesa de Administración Pública (2021). «Fondos europeos para la recuperación, transformación y resiliencia: Ejecución y auditoría», número monográfico XX.

Oficina independiente de regulación y supervisión de la contratación (2021). *Guía Básica Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*. Publicada el 7 de septiembre (documento que será objeto de actualización periódica).