

REC.ORDINARIO(c/d) núm.: 25/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina
López

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Cuarta
Sentencia núm. 60/2022

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, presidente

D^a. Celsa Pico Lorenzo

D. Luis María Díez-Picazo Giménez

D^a. María del Pilar Teso Gamella

D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

D. José Luis Requero Ibáñez

En Madrid, a 25 de enero de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso administrativo n.º 25/2021, interpuesto, por el procedimiento de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, por don Curro Nicolau Castellanos, representado por la procuradora doña María del Carmen Navarro Ballester, contra 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 salida de

los municipios y grupos de municipios con población superior a 50.000 habitantes.

Ha sido parte demandada la Generalidad Valenciana, representada y defendida por la Abogada de dicha Generalidad.

Ha comparecido el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito de 25 de enero de 2021, la procuradora doña María del Carmen Navarro Ballester, en representación de don Curro Nicolau Castellanos, interpuso recurso contencioso-administrativo contra 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 salida de los municipios y grupos de municipios con población superior a 50.000 habitantes. Y solicitó a la Sala la suspensión de la vigencia de dicho Decreto y del artículo 10 del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre. Subsidiariamente --dijo-- en caso de no entender procedente otorgar la medida cautelarísima se otorgue por la vía ordinaria establecida en los artículos 129 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción.

Por primer otrosí digo, interesó el recibimiento a prueba, para el caso de oposición a la presente solicitud por parte de la Administración demandada,

señalando los puntos de hecho sobre los que debería versar y proponiendo los medios a tal fin.

SEGUNDO.- Por diligencia de ordenación de 25 de enero de 2021, se tuvo por interpuesto el recurso reclamando a la Generalidad Valenciana la remisión del expediente administrativo y que practicara los emplazamientos previstos en el artículo 49 de la Ley de la Jurisdicción.

TERCERO.- La Sala, por auto de 26 de enero de 2021, acordó:

«1.- Declarar la inadmisión por falta de jurisdicción de este Tribunal de la impugnación formulada contra el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, y por ende, de la suspensión interesada.

2.- No acceder a la adopción de la medida cautelarísima solicitada respecto del Decreto 2/2021, de 24 de enero del Presidente de la Generalitat Valenciana.

3.- En cuanto a las costas estese al último fundamento de derecho».

CUARTO.- Recibido el expediente administrativo se puso de manifiesto a la representante procesal del recurrente, a fin de que dedujera la demanda y presentara la documentación que estimara conveniente.

QUINTO.- Evacuando el traslado conferido, la procuradora doña María del Carmen Navarro Ballester, en representación de don Curro Nicolau Castellanos, formalizó la demanda por escrito de 17 de febrero de 2020 en el que suplicó a la Sala que, tras los trámites oportunos, dicte sentencia por la que estimando el recurso:

«1. Se declare la Nulidad de pleno Derecho del Decreto 2/2021, de 24 de enero, 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 Comunitat 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.

2. Todo ello con expresa imposición de costas a la Administración demandada».

Por primer otrosí digo, solicitó el recibimiento a prueba exponiendo los hechos y proponiendo los medios a tal fin. Por segundo otrosí, pidió trámite de conclusiones escritas. Y, por tercero, dijo que en orden a la cuantía del litigio se fije por auto la cantidad indicada.

SEXTO.- La Abogada de la Generalidad Valenciana contestó a la demanda por escrito de 1 de marzo del corriente en el que interesó a la Sala la desestimación del recurso, "confirmando el Decreto recurrido con todos los pronunciamientos favorables a esta parte".

Por otrosí, manifestó que no se opone a la cuantía del recurso fijada por la actora. Por segundo otrosí, solicitó el recibimiento del pleito a prueba señalando los hechos sobre los que debería versar y proponiendo los medios.

Por su parte, el Fiscal, en virtud de lo expuesto en su escrito de 1 de marzo de 2021, interesó la desestimación íntegra de la demanda y la consiguiente imposición de las costas a la parte demandante.

Por otrosí, dijo que no interesaba el recibimiento a prueba, "habida cuenta de que la inviabilidad de la pretensión deducida obedece a motivos exclusivamente jurídicos".

SÉPTIMO.- Recibido el recurso a prueba en los términos que figuran en el auto de 8 de marzo de 2021, por providencia de 5 de julio siguiente se declaró terminado y concluso el periodo concedido, acordando unir las practicadas a los autos y, no estimándose necesaria la celebración de vista pública, se concedió a las partes el término sucesivo de diez días, a fin de que presentaran sus conclusiones. Trámite evacuado por escritos de 16, 20 y 26 de julio de 2021, incorporados a los autos.

OCTAVO.- Declaradas concluidas las actuaciones, mediante providencia de 24 de septiembre de 2021 se señaló para la votación y fallo el siguiente día 10 de noviembre y se designó magistrado ponente al Excmo. Sr. don Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

En la fecha acordada, 10 de noviembre de 2021, con suspensión del plazo para dictar sentencia, la Sala acordó oír a las partes, una vez se publicara, sobre la incidencia en la resolución de este recurso de la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en el recurso de inconstitucionalidad n.º 5342-2020, sentencia cuyo fallo se había hecho público entonces.

NOVENO.- Publicada dicha sentencia en el Boletín Oficial del Estado del 25 de noviembre de 2021, por diligencia de ordenación de 29 de noviembre de 2021 se dio plazo de diez días a las partes para que alegaran al respecto y por escritos presentados el 29 de noviembre y el 10 y el 15 de diciembre de 2021, la representación del Sr. Nicolau Castellanos, el Ministerio Fiscal y la Abogada de la Generalidad Valenciana presentaron sus respectivas alegaciones.

DÉCIMO.- En la audiencia del 25 de enero de 2022 han tenido lugar la deliberación y fallo del presente recurso.

En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *El objeto del recurso contencioso-administrativo.*

Don Curro Nicolau Castellanos ha impugnado por el procedimiento de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales 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.

Esta disposición se publicó en el Diario Oficial de la Generalidad Valenciana del 25 de enero de 2021 y, según explica su preámbulo, fue dictada en virtud del artículo 2.2 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. Dicho estado de alarma, previa autorización del Congreso de los Diputados, fue prorrogado por seis meses por el Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, hasta el 9 de mayo de 2021.

También explica que, anteriormente y en virtud de esa misma habilitación, el Presidente de la Generalidad dictó los Decretos 19/2020, de 5 de diciembre, y 20/2020, de 18 de diciembre, a fin de regular la limitación de la permanencia de grupos de personas en espacios públicos. Dice, además, que la extrema gravedad de la situación epidemiológica de aquél momento, tanto por el número de contagios cuanto por el índice de ocupación de los hospitales y especialmente de las camas de sus unidades de cuidados intensivos, requería revisar la regulación establecida para reducir al máximo posible los contactos sociales fuera de la unidad de convivencia.

A tal objeto, conforme al artículo 2 del Real Decreto 926/2020, el Decreto impugnado ahora modifica el apartado tercero del Decreto 19/2020 para limitar a dos personas no convivientes la permanencia en espacios públicos, salvo las excepciones previstas, y limitar también en los espacios de uso privado las reuniones familiares y sociales a los pertenecientes al mismo grupo de convivencia, también salvo las excepciones (i); prorroga hasta las 23:59 horas del 15 de febrero de 2021 la limitación de entrada y salida en la Comunidad Valenciana salvo los desplazamientos justificados a que se refería

el apartado segundo del Decreto 15/2020, de 30 de octubre, del Presidente de la Generalidad Valenciana (ii); limita la entrada y salida en los municipios y grupos de municipios con población superior a 50.000 habitantes relacionados en el anexo desde las 15:00 horas de los viernes hasta las 06:00 horas de los lunes y desde las 15:00 horas de las vísperas de festivos hasta las 15:00 horas del día siguiente (iii).

Los municipios relacionados en el anexo eran estos: Alicante, Alcoy, Benidorm, Castellón de la Plana, Elda-Petrer, Elche, Gandía, Orihuela, Paterna, Sagunto, Torrent, Torreveja, San Vicente del Raspeig, Valencia y Villarreal.

Su disposición final preveía que el Decreto 2/2021 surtiera efectos desde su publicación hasta las 23:59 horas del 15 de febrero de 2021.

Mediante corrección de errores publicada en el Diario Oficial de la Generalidad Valenciana del 26 de enero de 2021 se corrigió el final de la prohibición de entrar y salir de esos municipios que, en vez de situarse en las 15:00 horas del día siguiente a los festivos, quedó en las 06:00 horas. Además, se suplió la omisión detectada en el Decreto añadiendo al apartado segundo la prórroga hasta las 23:59 horas del 15 de febrero de 2021 de la limitación a la libertad de la circulación de las personas en horario nocturno entre las 22:00 horas y las 06:00 horas en todo el territorio de la Comunidad Valenciana.

SEGUNDO.- *La demanda de don Curro Nicolau Castellanos.*

Además, de rechazar que mediante corrección de errores se pueda añadir una limitación a la circulación de personas, argumenta que, conforme al artículo 150.2 de la Constitución, no cabe transferir ni delegar competencias a las Comunidades Autónomas si no es por ley orgánica. Además, señala que el artículo 20 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, no contempla la delegación de competencias del Gobierno de España en favor del

Presidente de una Comunidad Autónoma. Y dice que el Real Decreto 926/2020 no puede ser considerado acto de delegación y que el Gobierno no ha efectuado para cada caso concreto un acto específico de delegación.

Se refiere después a la reserva de ley orgánica para la regulación del desarrollo de los derechos fundamentales, recuerda la facultad que el artículo 10 del Real Decreto 926/2020 confiere a los Presidentes de las Comunidades Autónomas para modular, flexibilizar y suspender la aplicación de las medidas que prevé y encuentra en ella la vulneración de los artículos 53 y 81 de la Constitución.

Tras estos antecedentes, en los fundamentos la demanda sostiene que el Decreto 2/2021 es nulo de pleno Derecho por carecer el Presidente de la Generalidad Valenciana de competencia para dictarlo, además de que la corrección de errores no es la vía para incorporar nuevas restricciones sobre derechos fundamentales no previstas en el propio Decreto. Insiste en que el Gobierno carece de competencia para efectuar esta delegación a falta de ley orgánica que la disponga y sostiene que no puede interpretarse el artículo 2 del Real Decreto 926/2020 en el sentido de que se ha producido, porque afirmarlo: atentaría contra el carácter colegiado del Gobierno previsto por el artículo 98.1 de la Constitución (i); el Consejo de Ministros es un órgano colegiado que precisa de un quórum para tomar decisiones mientras que el Presidente autonómico es un órgano unipersonal (ii); la Ley 50/1997 solamente permite delegar funciones administrativas del Consejo de Ministros en las comisiones delegadas del Gobierno (iii); atenta contra el principio de jerarquía normativa la posibilidad de delegar la potestad de dictar Decretos a las autoridades delegadas (iv); admitir que un solo Presidente autonómico puede acaparar las funciones del Consejo de Ministros equivaldría a admitir que ostenta poderes superiores, incluso, a los del propio Presidente del Gobierno (v); la interpretación a la que se opone atentaría contra el modelo territorial definido en la Constitución y contra el régimen de distribución de competencias previsto en ella (vi).

Estas consideraciones le llevan a defender que el artículo 7 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, no permite entender que se han delegado funciones del Consejo de Ministros a los presidentes autonómicos. Añade que la prevista en el artículo 9 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, no es aplicable a los órganos colegiados del Gobierno.

Prosigue la demanda afirmando la nulidad del Decreto 2/2021 porque regula el ejercicio del derecho fundamental de reunión y el de libre circulación y los artículos 53.1 y 81.1 de la Constitución reservan a la ley orgánica el desarrollo del ejercicio de derechos fundamentales. Y es que la demanda considera que el Decreto contra el que se dirige efectúa una regulación del ejercicio de esos derechos fundamentales.

Asimismo sostiene que las medidas previstas en el Decreto eliminan el derecho fundamental de reunión en el ámbito privado y que lo hacen sin motivación ni criterio científico que lo avale y que vulneran el principio de proporcionalidad. Aquí reprocha a la Generalidad Valencia no haber elaborado un expediente administrativo ni justificado el cierre perimetral y las limitaciones temporales de circulación. Por eso, tacha de arbitraria y falta de rigor científico la adopción de esas medidas.

Termina la demanda reiterando, a propósito de la colisión de bienes constitucionalmente protegidos, lo que el recurrente dice haber dicho varias veces antes: que no le mueve una “defensa a ultranza” de su derecho fundamental “de una manera egoísta y con el claro beneficio personal”, sino “la defensa del Estado de Derecho y el sistema de Fuentes del Derecho contenido en nuestra Carta Magna así como la defensa frente a actuaciones de la Administración con carácter arbitrario y sin sometimiento y respeto del Ordenamiento Jurídico”.

TERCERO.- *La contestación de la Abogada de la Generalidad Valenciana.*

Propugna la desestimación del recurso contencioso-administrativo.

Dice, en primer lugar, que el Decreto 2/2021 se dictó de acuerdo con la habilitación conferida por el artículo 2, apartado 2, del Real Decreto 926/2020. Y que las autoridades delegadas por el Gobierno, en este caso el Presidente de la Comunidad Valenciana, quedan habilitadas para dictar por delegación de aquél disposiciones para la aplicación de lo previsto en sus artículos 5 a 11 y que para ello no es precisa la tramitación de procedimiento administrativo alguno ni la autorización o ratificación previstas en los artículos 8.6 y 10.6 de la Ley de la Jurisdicción.

Reproduce los artículos 2.2 y 9 del Real Decreto 926/2020 e invoca el auto de esta Sala de 17 de febrero de 2021 y el de 3 de febrero de 2021 dictado en la cuestión de competencia n.º 35/2020. Recuerda luego los artículos cuarto b) y once de la Ley Orgánica 4/1981 y repasa las medidas previstas por aquél para hacer frente a la expansión del virus antes de precisar que el Decreto recurrido se ocupa de la eficacia en la Comunidad Valenciana de las medidas previstas por el Gobierno “a la vista de la evolución de los indicadores que se ponen de manifiesto en el informe de la Subdirectora General de Epidemiología, Vigilancia de la Salud y Sanidad Ambiental de fecha 24 de enero de 2021 sobre la situación actual de la pandemia Covid-19 en determinados municipios de la Comunidad Valenciana”.

Destaca el encaje de las disposiciones del Decreto 2/2021 en las previsiones del Real Decreto 926/2020 y subraya que este instrumento normativo tiene valor formal de ley de manera que no hay ninguna vulneración del principio de jerarquía normativa. En este punto se refiere a nuestra sentencia de 10 de febrero de 2021 (recurso n.º 99/2020) antes de afirmar la prevalencia del derecho a la salud y a la vida de los ciudadanos en la limitación de los derechos de reunión y libre circulación.

Por lo demás, rechaza que las medidas impuestas por el Decreto 2/2021 carezcan de motivación. Por el contrario, afirma que están

debidamente motivadas pues, aparte de ajustarse a lo previsto en el Real Decreto 926/2020, “son conformes con las orientaciones de la Organización Mundial de la Salud y vienen fundamentadas en el informe obrante en el expediente administrativo y aportado como documento 1 emitido por la Subdirección General de Epidemiología, Vigilancia de la Salud y Sanidad Ambiental de 24 de enero de 2021 “en el que se concluye que en la Comunitat Valenciana se constata transmisión comunitaria sostenida sin control, con presión creciente que excede de las capacidades de sistema sanitario”. Asimismo, apunta que los “grandes municipios de la Comunitat presentan niveles de riesgo muy elevado con tendencia marcadamente creciente en todos ellos y la complejidad de sus núcleos urbanos hace necesario adoptar nuevas medidas que favorezcan la disminución de la movilidad y con ello la disminución de la interacción social”. Y que, “mientras la proporción de la población vacunada no permita alcanzar inmunidad colectiva (de rebaño) y ante la ausencia de tratamiento específico frente a esta enfermedad, las únicas medidas efectivas frente al virus son las medidas no farmacológicas”.

Se preocupa después la contestación a la demanda de precisar que las impuestas no suponen la eliminación de los derechos de reunión y circulación sino su restricción o limitación pues son importantes las excepciones a las restricciones, las cuales reproduce. Y resalta que las medidas adoptadas se han revelado eficaces para contener y prevenir los contagios y son proporcionadas pues se trata de limitaciones temporales que evitan el mal mayor de la pérdida de la salud y de la vida de gran número de ciudadanos y la saturación de los servicios sanitarios.

Por último, respecto de las alegaciones de la demanda sobre la colisión de bienes constitucionales se remite a nuestra sentencia n.º 21/2021, de 21 de enero.

CUARTO.- *Las alegaciones del Ministerio Fiscal.*

Dicen que el recurso debe ser desestimado.

Observan, a propósito de la impugnación de la corrección de errores, que en el preámbulo del Decreto se hace mención expresa de las medidas incorporadas mediante dicha corrección. Por eso, entiende el Ministerio Fiscal que “en efecto, en la publicación oficial se produjo una omisión material involuntaria de parte del texto, que se corrige mediante el procedimiento idóneo para ello”. Conclusión que ve confirmada porque con el Decreto 2/2021 se trataba de prorrogar una situación ya establecida antes.

En cuanto a la competencia del Presidente de la Generalidad Valenciana y a la alegada insuficiencia de rango del Decreto, apunta que la demanda ha omitido un elemento fundamental que le lleva a desenfocar en su globalidad su planteamiento jurídico: no es otro que la disposición recurrida se dictó en aplicación del Real Decreto 926/2020. Esa omisión, dice, afecta a la alegación que hace el recurrente sobre las reservas de los artículos 53.1 y 81.1 de la Constitución pues no tiene en cuenta lo que dice el Tribunal Constitucional en su sentencia 83/2016.

De acuerdo con la interpretación establecida por ella, el Ministerio Fiscal considera que el artículo 2 del Real Decreto 926/2020 da cobertura legal --si bien de excepción-- a la delegación operada en favor de los presidentes de las Comunidades Autónomas y dota de suficiente rango legal a la restricción de los derechos fundamentales. Indica, asimismo, que el ejercicio de la delegación efectuado a través del Decreto 2/2021 se mueve dentro de los márgenes fijados por aquella disposición por lo que no puede oponérsele ninguna objeción de proporcionalidad o de configuración constitucional de los derechos afectados.

Sigue poniendo de relieve el desenfoco en que incurre el planteamiento jurídico de la demanda al desarrollar sus alegaciones sobre la reserva de ley y apunta que, no discutiéndose por nadie la existencia de una severa restricción al derecho fundamental a la libertad de circulación, sucede que esa limitación no procede del Decreto 2/2021 sino de la norma de rango

legal que le da cobertura: el Real Decreto 926/2020 y que el control directo de la constitucionalidad de este último no corresponde a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. De ahí que tenga por ajenos al objeto de este proceso los argumentos sobre la falta de justificación material de las medidas adoptadas o de su carencia de rigor científico.

El mismo desenfoco, continúa el Ministerio Fiscal, afecta a las alegaciones sobre la ponderación de derechos e intereses en presencia. Aquí nos dice que la demanda se introduce en un juicio de constitucionalidad de una norma con rango de ley que no puede ser el de un recurso contencioso-administrativo. Además, resalta que la demanda, fuera de cuanto dice sobre la corrección de errores, no formula reproche alguno de legalidad al Decreto 2/2021. Por eso, termina diciendo que “porque precisamente impugna la constitucionalidad de su contenido y efectos en cuanto son fruto de la aplicación y cumplimiento de dicho Real Decreto, es obvio que procede la desestimación de la pretensión procesal formulada, puesto que su fundamentación excede del ámbito jurisdiccional del Tribunal”.

QUINTO.- *Las alegaciones de las partes sobre la incidencia en este proceso de la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 183/2021.*

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional estimó en parte el recurso de inconstitucionalidad n.º 5342-2020 interpuesto por diputados del Grupo Parlamentario de Vox del Congreso de los Diputados contra el Real Decreto 926/2020 que declaró el estado de alarma, contra la autorización por el Congreso de los Diputados de su prórroga por seis meses y contra el Real Decreto 956/2020 que prorroga el estado de alarma en virtud de esa autorización.

La estimación parcial supuso la declaración de inconstitucionalidad de los apartados 2 y 3 del artículo 2, del apartado 2 del artículo 5 y del inciso “delegada que corresponda” del apartado 2 del artículo 6, así como de los artículos 10 y 11 del Real Decreto 926/2020. Asimismo, declaró

inconstitucional el acuerdo del Pleno del Congreso de los Diputados de 29 de octubre de 2020 por el que se autorizó la prórroga del estado de alarma declarado por el anterior, el apartado segundo “en cuanto dio nueva redacción a los artículos 9 (salvo en lo relativo al inciso primero de su párrafo segundo), 10 y 14 del Real Decreto 926/2020. Respecto a los dos primeros párrafos de este último precepto, la declaración de inconstitucionalidad afecta exclusivamente a los incisos “cada dos meses” (párrafo primero) y “con periodicidad mensual” (párrafo segundo)” y el apartado cuarto. Declaró inconstitucional asimismo el inciso primero del artículo 2 del Real Decreto 956/2020 que decía: “La prórroga establecida en este real decreto se extenderá desde las 00:00 horas del día 9 de noviembre de 2020 hasta las 00:00 del día 9 de mayo de 2021”. En fin, declaró inconstitucional su disposición transitoria única y los apartados uno y dos de la disposición final primera “en cuanto dieron nueva redacción a los artículos 9 y 10 del Real Decreto 926/2020. Exceptuó de esta declaración el inciso primero del párrafo segundo del artículo 9”, así como el apartado tres de la disposición final primera en cuanto dio nueva redacción al art. 14 del Real Decreto 926/2020. Respecto de los dos primeros párrafos de este artículo 14, la declaración de inconstitucionalidad afecta exclusivamente a los incisos “cada dos meses” (párrafo primero) y “con periodicidad mensual” (párrafo segundo).

En otras palabras, esta sentencia ha considerado inconstitucionales tanto la atribución a los Presidentes de las Comunidades y Ciudades Autónomas de la condición de autoridades delegadas del Gobierno a los efectos de aplicar las medidas previstas, cuanto la prórroga del estado de alarma por seis meses. Es menester precisar, no obstante, que esa inconstitucionalidad no se debe a que sean disconformes a la Constitución tales atribución y extensión de la prórroga sino a las condiciones en que se efectuaron en este caso. Y también conviene señalar que el Tribunal Constitucional considera que

las limitaciones de derechos fundamentales previstas en dichos Reales Decretos caben dentro de las que se pueden acordar en el estado de alarma y rechaza que, por su intensidad, supongan en realidad su suspensión.

Pues bien, en el trámite de alegaciones que hemos abierto, el recurrente, el Sr. Nicolau Castellanos, nos dice que de esta sentencia del Tribunal Constitucional se infiere que debemos declarar nulo el Decreto 2/2021 toda vez que se dictó en virtud del artículo 2.2 del Real Decreto 926/2020, uno de los declarados nulos, en vez de acudir al mecanismo del artículo 10.8 de la Ley de la Jurisdicción.

Por su parte, la Abogada de la Generalidad Valenciana nos dice, en primer lugar, que las sentencias del Tribunal Constitucional que declaran la inconstitucionalidad de preceptos con fuerza de ley no permiten, según el artículo 40 de su Ley Orgánica, revisar los actos de aplicación resueltos por sentencia firme y que, respecto de los demás, es el Tribunal Constitucional el que tiene que determinar el alcance de la declaración de inconstitucionalidad en el pasado. Ahora bien, añade, como quiera que los efectos del Decreto 2/2021 se agotaron a las 23:59 horas del 15 de febrero de 2021, “no resulta afectado por la declaración de nulidad operada por la citada sentencia del Tribunal Constitucional”. A mayor abundamiento, nos recuerda que ha considerado ajustada a Derecho la limitación de la circulación de personas en horario nocturno, la restricción de entrada y salida de personas en Comunidades y Ciudades Autónomas o en ámbitos territoriales inferiores, así como la limitación de la permanencia de grupos de personas en espacios públicos o privados y en lugares de culto. Por último, afirma la competencia de la Generalidad Valenciana en razón del artículo 43 de la Constitución y de su desarrollo por la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de protección de la salud pública, por la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, y por la Ley 14/1986, de 25 de abril,

General de Sanidad, además de en virtud el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana.

En fin, el Ministerio Fiscal sostiene que, “es lo propio --salvo excepciones-- que las disposiciones generales dictadas en aplicación de una norma jurídica declarada inconstitucional y nula en diversos pasajes deban ser tenidas, correlativamente, también por nulas (...) desapareciendo por ello *extunc*, al momento del surgimiento (...), no conservándose ninguna de (...) [sus] consecuencias jurídicas”. Se fija, después en que el Decreto 2/2021 se dictó en virtud de preceptos del Real Decreto 926/2020 declarados inconstitucionales y en que la sentencia n.º 183/2021 también declara inconstitucional sus artículos 7.2 y 5.2 en la medida en que facultan al Presidente de la Comunidad o Ciudad Autónoma a limitar la permanencia de personas en espacios públicos o privados y a circular en horario nocturno. En cambio, destaca que la limitación de entrada y salida en las Comunidades y Ciudades Autónomas no tiene asiento directamente en ninguno de los preceptos declarados nulos del Real Decreto 926/2020 y que la propia sentencia señala que tales limitaciones en ámbitos inferiores a la Comunidad o Ciudad Autónoma pueden acordarse por la autoridad competente y, en consecuencia desestima el recurso de inconstitucionalidad respecto del artículo 6.1 y 2 del Real Decreto 926/2020. En consecuencia, mantiene que debemos declarar la nulidad de los apartados primero --limitación de la permanencia de grupos de personas en espacios públicos y privados-- y segundo 3 --limitaciones a la movilidad en horario nocturno-- del Decreto 2/2021 recurrido. Es decir, propugna la estimación parcial del recurso contencioso-administrativo.

SEXTO.- *El juicio de la Sala. La estimación del recurso contencioso-administrativo.*

Según se ha visto, el recurrente impugnó el Decreto 2/2021 del Presidente de la Generalidad Valenciana por dos tipos de razones principales, unas formales y otras materiales.

Las primeras se refieren a la corrección de errores y a la falta de motivación de las limitaciones impuestas. Las segundas cuestionan esas limitaciones.

Veamos, por separado, unas y otras.

A) Las tachas formales.

Sobre la corrección de errores, como dice el Ministerio Fiscal, es fácil concluir que en el Decreto publicado en el Diario Oficial de 25 de enero de 2021 hubo una omisión material de texto, pues, efectivamente en el preámbulo se hace referencia a la limitación de la movilidad y la de circular durante determinadas horas por la noche ya estaba establecida anteriormente en los Decretos 19 y 20/2020 que el impugnado modifica en parte. De otro lado, es significativo que las conclusiones del recurrente nada dijeran al respecto. En definitiva, desde el punto de vista formal no vemos motivos para cuestionar la conformidad del Decreto 2/2021 al ordenamiento jurídico.

Por lo que hace a la motivación, es claro que carece de razón el recurrente. No puede decirse que las restricciones acordadas por el Presidente de la Generalidad Valenciana carecieran de justificación y rigor científico y fueran, por tanto, arbitrarias. Se apoyaban en el informe técnico indicado --del que nada dice el Sr. Nicolau Castellanos-- son, como apunta el preámbulo del Decreto 2/2021, las recomendadas por la Organización Mundial de la Salud --lo que tampoco discute el Sr. Nicolau Castellanos-- y tienen el claro objetivo de poner freno a los contagios que el contacto de unas personas con otras sin las debidas precauciones facilita.

Cabe añadir que en sus conclusiones nada dice sobre todo esto el recurrente, lo cual es por sí mismo bien significativo del peso que daba a sus argumentos en este punto.

B) Las tachas sustantivas y la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 183/2021.

Descartadas las tachas formales, para resolver las de carácter material, debemos tener necesariamente en cuenta el criterio del Tribunal Constitucional en sus sentencias n.º 148 y n.º 183/2021.

De ellas se sigue, en primer lugar, que carecen de fundamento las alegaciones del recurrente que exigen una ley orgánica para limitar derechos fundamentales, pues ambas sentencias admiten que los Reales Decretos que declaran y prorrogan el estado de alarma, cuyo valor de ley afirman, pueden limitarlos. Otro tanto sucede con las que pugnan contra las medidas dispuestas por el Decreto 2/2021, ya que, según hemos dicho, la sentencia n.º 183/2021 considera que pueden acordarse en el estado de alarma pues no entrañan la suspensión de derechos fundamentales que afirma el recurrente. Al contrario, ha dicho que son adecuadas, necesarias y proporcionadas para hacer frente a la pandemia.

Y, respecto de los argumentos que le sirven para rechazar la consideración de los presidentes de Comunidades y Ciudades Autónomas como autoridades delegadas del Gobierno y su competencia para establecer, conforme al Real Decreto 926/2020, las medidas que juzgaran necesarias para hacer frente a la pandemia, hay que decir que las razones que han llevado al Tribunal Constitucional a declarar inconstitucionales los preceptos que les atribuían esa condición no son las que ofrecen la demanda y las conclusiones del Sr. Nicolau Castellanos, en las que, por lo demás, no entra en la prórroga por seis meses del estado de alarma.

Por tanto, nada hay en sus argumentos que imponga su estimación.

No obstante, la Sala no puede ignorar --artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial-- que, si bien por motivos diferentes a los esgrimidos en este proceso, el Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucional el artículo 2.2

del Real Decreto 926/2020 en cuya virtud se dictó el Decreto 2/2021. Es decir, el fundamento normativo al que se remitió expresamente el Presidente de la Generalidad Valenciana. Por eso, el Sr. Nicolau Castellanos nos pide en sus alegaciones finales que lo declaremos nulo.

Frente a ello, nos encontramos con que en sus conclusiones la Abogada de la Generalidad Valenciana alegó al respecto la habilitación que en todo caso concede a la Comunidad Autónoma la legislación sanitaria y nuestra jurisprudencia expresada en las sentencias n.º 719/2021, de 24 de mayo (casación n.º 3375/2021) y n.º 788/2021, de 3 de junio (casación n.º 3704/2021) y las que las han seguido. Además, en sus alegaciones finales parece apuntar a la que, en su opinión, sería una suerte de eficacia *pro futuro* de la sentencia del Tribunal Constitucional a determinar por él mismo y, en todo caso, recuerda que las medidas del Decreto 2/2021 dejaron de tener vigencia muchos meses atrás.

Pues bien, respecto de esto último, hay que decir que la pérdida de vigencia de las medidas ya prevista por el propio Decreto 2/2021 no determina la carencia sobrevenida de objeto del recurso. Algo parecido alegó el Abogado del Estado ante el Tribunal Constitucional a propósito del recurso de inconstitucionalidad y su sentencia n.º 183/2021 lo descartó rotundamente. Aunque no nos haya pedido la Abogada de la Generalidad Valenciana que apreciemos la falta sobrevenida de objeto de este recurso contencioso-administrativo, debemos decir, siguiendo a nuestra jurisprudencia, que lo conserva y que mantener lo contrario significaría dejar a la potestad reglamentaria espacios sin control judicial e infringir, por tanto, el artículo 106 de la Constitución.

Por lo que se refiere a los efectos en el tiempo de las sentencias del Tribunal Constitucional que declaran la inconstitucionalidad de las leyes, es claro, como reconoce la Abogada de la Generalidad Valenciana, que no estamos ante una pretensión de revisión de procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada a que se refiere el artículo 40 de su Ley

Orgánica. De otro lado, cualesquiera que sean las facultades del Tribunal Constitucional, al respecto, es lo cierto que en este caso no ha dicho nada sobre la eficacia temporal de su fallo.

Se trata, por tanto, de establecer --y éste, es un cometido propio de nuestra función jurisdiccional pues consiste, en definitiva, en la identificación del Derecho aplicable-- si ha de ser declarado nulo el Decreto 2/2021 como consecuencia de la nulidad del artículo 2.2 del Real Decreto 926/2020. O si, pese a faltarle la cobertura ofrecida por ese precepto, se la ofrece, en todo o en parte, otro título.

C) La estimación del recurso contencioso-administrativo.

El escenario descrito es, ciertamente, singular pues plantea la conformidad a Derecho de una disposición cuyo contenido material no sólo no es inconstitucional sino que resulta adecuado, necesario y proporcionado para hacer frente a la extraordinaria crisis de salud pública que todavía hoy seguimos padeciendo. Más aún, el Decreto 2/2021 aplicó unas medidas que, una vez expirado el estado de alarma, hemos dicho que pueden adoptar las autoridades sanitarias competentes si, en el procedimiento previsto por los artículos 8.6, 10.8 y 11.1 i) de la Ley de la Jurisdicción, ofrecen la justificación precisa, cosa esta última que, ya lo hemos dicho, no es discutible en este caso.

Además, sucede que esa legislación sanitaria es independiente de la declaración del estado de alarma. O sea, rige con ella y sin ella o, si se prefiere decirlo de otro modo, no forma parte del Derecho de Emergencia que aquella establece, de manera que la autoridad competente en el estado de alarma puede utilizarla, tal como dice que puede hacerlo el artículo doce uno de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, o no. Y, si lo hace, eso no lleva consigo necesariamente el desapoderamiento de las autoridades ordinarias competentes en la materia para servirse de ella, ni tampoco se desprende de la sentencia n.º 183/2021

que esa debiera ser la consecuencia de lo que ha dejado en vigor del Real Decreto 926/2020.

Ahora bien, la aplicación que hagan dichas autoridades ordinarias de tales leyes deberá seguir el procedimiento previsto en la Ley de la Jurisdicción, en particular en su artículo 10.8, si tal operación entraña limitaciones de derechos fundamentales de un conjunto indeterminado de personas. Y es cierto igualmente que el artículo 2.3 del Real Decreto 926/2020, que eximía a las autoridades autonómicas de seguirlo, también ha sido declarado inconstitucional.

Así, pues, nos encontramos con que falta el presupuesto en que descansó la facultad del Presidente de la Generalidad Valenciana para dictar el Decreto 2/2021 y que dicha falta no puede ser suplida por la habilitación que confiere a las autoridades sanitarias la legislación sanitaria pues no se siguió el procedimiento previsto en el artículo 10.8 de la Ley de la Jurisdicción aunque tal proceder obedeciera a lo dispuesto por el Real Decreto 926/2020.

Por otro lado, no cabe acoger el planteamiento del Ministerio Fiscal que aboga, como hemos visto, por la estimación parcial del recurso. No es posible porque la declaración de inconstitucionalidad de las palabras que hemos señalado antes del artículo 6.2 del Real Decreto 926/2020 significa que la limitación de entrada y salida en la Comunidad Autónoma o en determinados municipios sólo puede acordarla la autoridad competente en el estado de alarma, la cual no puede ser, tras la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 183/2021, la que representa el Presidente de la Generalidad Valenciana.

En estas condiciones entiende la Sala que la única solución ajustada a Derecho es la de considerarle carente de competencia para dictar el Decreto 2/2021 y, en consecuencia, estimar el recurso.

SÉPTIMO.- Costas.

Conforme a lo establecido por el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción y en atención a las circunstancias concurrentes, no hacemos imposición de costas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

(1.º) Estimar el recurso contencioso-administrativo n.º 25/2021, interpuesto por don Curro Nicolau Castellanos contra 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 y anularlo.

(2.º) No hacer imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.