



Roj: **ATS 1156/2021 - ECLI: ES:TS:2021:1156A**

Id Cendoj: **28079130042021200020**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **16/02/2021**

Nº de Recurso: **12/2021**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Pieza de medidas cautelares**

Ponente: **RAFAEL TOLEDANO CANTERO**

Tipo de Resolución: **Auto**

Recurso Nº : 12/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección: CUARTA

Auto núm. /

Fecha del auto: 16/02/2021

PIEZA DE MEDIDAS CAUTELARES Num.: 1

Procedimiento Nº : REC.ORDINARIO(c/d)-12/2021

Fallo/Acuerdo: Auto ha lugar Medida Cautelar

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero

Procedencia: T.SUPREMO SALA 3A. SECCION 4A.

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

Transcrito por: Nota:

PIEZA DE MEDIDAS CAUTELARES Num.: 1

Procedimiento Num.: REC.ORDINARIO(c/d) - 12/ 2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección: CUARTA

Auto núm. /

Excmas. Sras. y Excmos. Sres.

D. César Tolosa Tribiño, presidente

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Dª. Celsa Pico Lorenzo

D. Luis María Díez-Picazo Giménez

Dª. María del Pilar Teso Gamella

D. José Luis Requero Ibáñez



D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 16 de febrero de 2021.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero.

HECHOS

PRIMERO.- Por escrito registrado el día 18 de enero de 2021, el Abogado del Estado, en representación y defensa de la Administración General del Estado, Ministerio de Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática, interpuso recurso contencioso-administrativo, tramitado con el núm. 12/2021, contra el acuerdo 2/2021, de 15 de enero, del Presidente de la Junta de Castilla y León, como autoridad competente delegada dispuesta 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 la SARS-CoV-2, por el que se determinan las horas de comienzo y finalización de la limitación de la libertad de circulación de las personas en horario nocturno, publicado en el Diario Oficial de Castilla y León del sábado 16 de enero de 2021; y, por otrosí, conforme a los artículos 129 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción, solicitó que se adoptara la medida cautelar consistente en:

«[...] la suspensión de la vigencia del apartado primero, 1 y 3 del acuerdo 2/2021 del Presidente de la Junta de Castilla y León impugnado en este recurso contencioso-administrativo adoptando a dicho efecto la medida cautelar correspondiente [...]».

Y, expuestas las alegaciones que consideró oportunas, solicitó a la Sala que acuerde la medida cautelar solicitada.

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

TERCERO.- Evacuando el trámite conferido por diligencia de ordenación de 19 de enero de 2021, el Director de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Castilla y León, presentó escrito de alegaciones en el que se opuso a lo solicitado por la Abogacía del Estado y, en virtud de los argumentos recogidos en su escrito de 3 de los corrientes, suplicó a la Sala que:

«[...] dicte auto que declare no ser procedente la medida cautelar solicitada».

CUARTO.- La deliberación de la presente pieza de medidas cautelares se inició el día 9 de febrero de 2021, concluyendo, con la votación y fallo que tuvo lugar el día 16 de febrero de 2021.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- *El objeto del recurso contencioso-administrativo en que se solicita la medida cautelar.*

La Abogacía del Estado, en representación y defensa de la Administración General del Estado, Ministerio de Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática, ha interpuesto el presente recurso contencioso-administrativo núm. 12/2021, contra el acuerdo 2/2021, de 15 de enero, del Presidente de la Junta de Castilla y León, como autoridad competente delegada dispuesta 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 la SARS-CoV-2, por el que se determinan las horas de comienzo y finalización de la limitación de la libertad de circulación de las personas en horario nocturno, publicado en el Diario Oficial de Castilla y León del sábado 16 de enero de 2021. El apartado primero del acuerdo recurrido, del que se impugnan los puntos 1 y 3 dice:

«Primero.- Determinación de las horas de comienzo y finalización de la limitación de la libertad de circulación de las personas en horario nocturno.

1. Se fija en todo el territorio de la Comunidad de Castilla y León como hora de comienzo de la limitación de la libertad de circulación de las personas en horario nocturno las 20,00 horas, de acuerdo con el artículo 5.2 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 la SARS-CoV-2, en relación con la disposición transitoria única del Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por el que se prorroga el estado de alarma.

2. Se fija en todo el territorio de la Comunidad de Castilla y León como hora de finalización de la limitación de la libertad de circulación de las personas en horario nocturno las 06,00 horas, de acuerdo con el artículo 5.2 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 la SARS-CoV-2, en relación con la disposición transitoria única del Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por el que se prorroga el estado de alarma.

3. Durante las horas comprendidas en los números anteriores las personas únicamente podrán circular por las vías o espacios de uso público para la realización de las actividades previstas en el Art. 5.1 del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma. Se considera actividad de análoga naturaleza a las descritas en el citado precepto la asistencia, debidamente acreditada, a la actividad lectiva presencial de los centros docentes que imparten las enseñanzas del artículo 3 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación [...].»

En su escrito de interposición nos pide que acordemos la medida cautelar consistente en «[...] la suspensión de la vigencia del apartado primero, 1 y 3 del acuerdo 2/2021 del Presidente de la Junta de Castilla y León impugnado en este recurso contencioso-administrativo adoptando a dicho efecto la medida cautelar correspondiente [...]».

SEGUNDO.- *La pretensión cautelar de la Abogacía del Estado.*

Para justificar su pretensión cautelar el Abogado del Estado, tras hacer una exposición del régimen legal y jurisprudencial de las medidas cautelares, sostiene que la restricción de la libertad de circulación, más allá de los límites establecidos en la declaración de estado de alarma, efectuada por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, que declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2 (en adelante R.D. 926/2020), es una actuación manifiestamente nula de pleno derecho, por contravenir flagrantemente los límites establecidos en el art. 5.2 del Real Decreto 926/2020, que autoriza adelantar la restricción de la libertad de circulación desde las 22 horas y no antes, y la atribución de competencia delegada al Presidente de la Comunidad Autónoma que confiere el art. 2 del citado Real Decreto de Estado de Alarma.

Afirma que la decisión recurrida se adopta por un órgano manifiestamente incompetente, ya que -se dice- la autoridad delegada del gobierno, que en cada Comunidad Autónoma será quien ostente la presidencia de la comunidad autónoma, puede adoptar modificaciones del horario, pero dentro de los márgenes conferidos en el art. 5.2 R.D. 926/2020 y, por tanto, no puede fijar el inicio antes de las 22 horas porque, señala, el art. 10 del R.D. 926/2020, permite «[...] modular, flexibilizar y suspender la aplicación de las medidas previstas en los art. 5, 6 7 y 8, con el alcance y ámbito territorial que determine [...]», pero no aumentarlas como hace el acuerdo recurrido, al imponer una restricción adicional o mayor a la prevista en el art. 5 del R.D. 926/2020. Sostiene, en conclusión, que es «[...] un acuerdo nulo de pleno derecho por incompetencia manifiesta por razón de la materia evidente, ostensible apreciable a simple vista (artículo 47.1.b) de la Ley 39/2015) que, además lesiona el derecho a la libre circulación reconocido en el artículo 19 de la Constitución (artículo 47.1.a) Ley 39/2015) [...]».

En cuanto a la pérdida de efectividad de la sentencia, en caso de no adoptarse la medida cautelar (*periculum in mora*), aduce que:

«[...] Es manifiesto que la entrada en vigor del apartado primero 1 y 3 del Acuerdo 2/2021 a partir de las 20,00 horas del 16 de enero de 2021 consolida plenitud (*sic*) de efectos de una situación manifiestamente contraria a Derecho, nula de pleno derecho como se ha expuesto supra de este escrito, no amparada por la norma reguladora de la alarma y que excede de la atribución realizada por los RRDD 926 y 956/2020 a la Junta de Castilla y León como autoridad delegada del Gobierno [...]» (pág. 18), y concluye que, «[p]or tanto, la mora del proceso compromete la ejecución y consolida efectos irreversibles concretados en los días que van corriendo desde el 16 de enero hasta la finalización de este proceso por sentencia, durante los cuales el inicio del confinamiento nocturno será a las 20,00 en base a una decisión carente de la más elemental apariencia de legalidad y que es nula de pleno derecho manifiestamente. Ello con quebranto del derecho fundamental a la libertad de movimientos de quienes residan o circulen por territorio de Castilla y León, quebranto irreversible mientras no se adopte la medida cautelar y que la sentencia finalizadora de este proceso no podría reponer [...]» (pág. 19).

Respecto a la ponderación de intereses en conflicto, sostiene que «[...] [l]a lucha contra la crisis sanitaria no autoriza a la autoridad delegada a desconocer los límites del mandato legal en que se mueve su atribución de competencia y menos aún si con ello se cercenan los derechos fundamentales de los ciudadanos que residen y circulan por el territorio de Castilla y León [...]», y que la Administración demandada dispone en «[...] la normativa legal reguladora del estado de alarma [...] de un amplio elenco de medidas restrictivas inclusive las recogidas en el artículo 5.2 del RD 926/2020 [...]» (págs. 20-21).

TERCERO.- *Las alegaciones del Servicio Jurídico de la Comunidad Autónoma de Castilla y León.*

El Director de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma de Castilla y León se opone a la medida cautelar y niega que concurra *periculum in mora*. Nos dice al respecto que:



«[...] la Administración General del Estado no llega a concretar ni a acreditar, al analizar los intereses en conflicto, los perjuicios que podrían sustentar la suspensión instada de contrario. Únicamente se trata de proteger, a su expreso decir, "el interés general perseguido por la norma con rango de ley que declara y fija los términos del estado de alarma [...]" [...]» (pág. 5).

De ahí que insista en que no existe *periculum in mora* para la efectividad de la sentencia final por el hecho de que no se acceda a la medida y ello porque -razona- «[...] el interés que se trata de proteger no hace que el recurso pierda su finalidad legítima en caso de no producirse la suspensión pretendida, pues ese interés quedaría perfectamente salvaguardado en el caso de que llegara a dictarse una sentencia estimatoria de las pretensiones que en su día se ejerciten por la Administración General del Estado respecto del fondo del asunto [...]» (pág. 5).

Por otra parte, contrapone al interés esgrimido por la Administración estatal recurrente, la situación de grave perturbación para los intereses generales que, a su entender, se produciría de adoptarse la medida pretendida. Recuerda aquí que el artículo 130.2 de la Ley de la Jurisdicción autoriza, no obstante el riesgo de la pérdida de la finalidad legítima del recurso, la denegación de la cautela cuando de ella pudiera seguirse tal perturbación. Y considera que, en este caso, «[...] [s]i se acordara la estimación de la medida cautelar, de forma evidente se causaría un perjuicio grave a los intereses generales que defiende esta Administración Autonómica, aquellos que se derivan de la protección de la salud, ex artículo 43 de la Constitución, y por su relación directa e inmediata, del derecho a la vida y a la integridad física, ex artículo 15 de la Constitución, a la vista de la situación epidemiológica existente en la Comunidad de Castilla y León [...]» (pág. 6). A estos efectos aporta diversos informes de la Consejería de Sanidad de la Comunidad Autónoma de Castilla y León sobre la situación epidemiológica existente en dicho territorio al adoptarse la medida (documento 1), informes que -dice- «[...] demuestran la situación más que excepcional, y muy superior a la que existía con la declaración y con la prórroga del estado de alarma, que se está produciendo en Castilla y León, y el riesgo evidente y real que existe para la salud y, por ende, para la vida humana [...]» (pág. 14); situación que, asegura, se habría agravado con posterioridad (documento 2).

Afirma que el incremento de la inicial limitación de la libertad de circulación «[...] en dos horas más, hasta un máximo total de once horas [...] en absoluto es excesivo [...], y «[...] [e]n la ponderación circunstanciada de los intereses en conflicto, es evidente que, ante la existencia de transmisión comunitaria de la COVID-19 en la Comunidad de Castilla y León, debe prevalecer la salud colectiva y la vida e integridad física de todos los ciudadanos sobre los derechos invocados [...] por la parte demandante referidos a la limitación de la libertad de circulación personal unas horas, pues el verdadero interés general es el defendido por el Acuerdo 2/2021 [...]» (pág. 10). Y, tras afirmar que la medida de limitación de la libertad de circulación cumple con el juicio de proporcionalidad en términos de la doctrina constitucional, concluye que:

«[...] frente al interés genérico invocado de contrario y, en todo caso, frente a la libertad de circulación de los ciudadanos de Castilla y León, que se ve reducida en dos horas diarias en el marco del estado de alarma declarado, debe primar la protección de la vida y de la integridad física de las personas. Tras el análisis de los intereses en conflicto, y primando el interés general perseguido por el Acuerdo del Presidente de la Junta de Castilla y León, debe rechazarse la adopción de la medida cautelar solicitada de contrario» (pág. 16).

Destaca que no se compeadece con la pérdida de finalidad legítima del recurso la conducta de la Administración del Estado previamente al recurso interpuesto ya que -nos dice-, «[...] tras recibir la comunicación efectuada por el Presidente de la Junta de Castilla y León el 15 de enero de 2021 al Ministro de Sanidad, guardó silencio [...]», y «[...] ni siquiera previamente el Gobierno de la Nación efectuó el requerimiento previsto en el artículo 44 de la Ley jurisdiccional contencioso- administrativa, aunque sea potestativo [...]» (pág. 17).

Señala que «[...] todas las medidas acordadas por la autoridad delegada -en este caso, por el Presidente de la Junta de Castilla y León-, para la aplicación de las medidas previstas en el Real Decreto, en particular las relativas a la limitación de la libertad de circulación de las personas en horario nocturno (artículo 5), son atribuibles al Gobierno de la Nación [...]». No cuestiona la competencia del Tribunal Supremo, si bien apunta que, dada la estructura de delegación con que se adopta el acto recurrido, y

«[...] sin necesidad de entrar en el debate de si esta delegación es la figura jurídica prevista en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público o si es una forma de delegación especial creada ad hoc [...] [d]e ello, se podrá derivar en su momento procesal oportuno, si procede, el debate sobre la legitimación activa de la Administración del Estado recurrente [...]» y resalta la ausencia de petición de medidas cautelares por la Administración estatal recurrente, aseverando que «[...] no podrá ahora la Administración del Estado ampararse, con dudosa legitimación, en "la mora del proceso" para intentar justificar un *periculum in mora* [...]» (pág. 18).



En cuanto a la naturaleza de la medida cuya suspensión se pretende, sostiene que se trata de una «[...] medida negativa y temporal [...]», y por ello - afirma-, «[...] la medida, de suspenderse, ya no tendría sentido en el momento del dictado de la sentencia por haberse producido los contagios que se trataban de evitar con la adopción de la misma, habiéndose obtenido en realidad en esta pieza separada de suspensión, una estimación anticipada de las pretensiones que en su día se ejercitarán mediante la suspensión de una medida de naturaleza negativa y temporal [...]» (págs. 19-20).

Seguidamente, en cuanto a la apariencia de buen derecho, considera que se ha seguido el procedimiento en la adopción de la medida que se pretende suspender, a tenor del R.D. 926/2020, y que «[...] la actuación del Presidente de la Junta de Castilla y León "ratione materia" se produce, en primer lugar, en una competencia cuyo ejercicio le es propio, aun por delegación» (pág. 25). Entiende que el art. 10 de la propia norma que declaró el estado de alarma, tras su modificación por el Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, de prórroga del estado de alarma, permite a las autoridades delegadas que «[...] modulen, flexibilicen o suspendan la limitación de la libertad de circulación en horario nocturno» (pág. 32). Interpreta que el verbo modular, presente en los art. 9 y 10 del Real Decreto 926/2020, significa necesariamente algo distinto a las acciones de suspender y flexibilizar, y lo interpreta como la posibilidad de agravar de las medidas. Por ello, concluye que las autoridades delegadas competentes quedaron habilitadas, tras el RD 956/2020, de 3 de noviembre, para agravar la restricción a la libertad de circulación «[...] con el límite, precisamente, de que sea "en horario nocturno", es decir, durante la noche [...]»; límite que, dice, está «[...] muy alejado de la hora fijada en el Acuerdo debatido de las 20 horas [...]» (pág. 33). Así lo deduce de la mención al art. 5 (restricciones a la libertad de circulación) en la nueva redacción que, respecto a los art. 9 y 10 del RD 926/2020, introdujo la disposición final primera, puntos 1 y 2, del Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre.

Por todo ello afirma que «[...] es posible que la autoridad delegada anticipe el comienzo de la medida de limitación de la libertad de circulación en horario nocturno por el estado de alarma, sin que constituya ello, como se dice de contrario, una restricción adicional (como tampoco lo era ampliarla o reducirla en una hora, en la primera redacción), y dentro de las atribuciones que le confiere el propio Real Decreto que lo declaró tras su ratificación y modificación, a partir del límite que le marque el comienzo del horario oficial nocturno [...]», por lo que considera que debe rechazarse la medida cautelar, dada «[...] la total legalidad prima facie del Acuerdo adoptado respecto al cumplimiento los requisitos materiales concretos, tanto competenciales como sustantivos, en la adopción de la medida [...]» (págs. 34-35).

A modo de resumen de los argumentos para sostener la oposición, hace constar en la alegación quinta de su escrito que:

«[...] no resultan acreditados los extremos que los artículos 129 y siguientes de la Ley 29/1998 exigen para que pueda tener realidad en el presente caso la adopción de la medida cautelar solicitada, cuya ausencia ha de conducir necesariamente a la desestimación de la pretensión incidental suspensiva pues, como hemos visto:

- La aplicación de la medida contenida en el Acuerdo 2/2021 del Presidente de la Junta de Castilla y León no hace perder al recurso su finalidad legítima y no causa perjuicio alguno de imposible reparación. Al contrario: trata de evitarlos.

- En la ponderación del interés de la Administración del Estado frente a los intereses generales de esta Administración y de terceros, por mucho que en este caso el actor sea otra Administración Pública, debe prevalecer el derecho a la salud colectiva, a la vida e integridad física de todos los ciudadanos frente a la salvaguarda que se pretende de contrario de proteger "el interés general perseguido por la norma con rango de ley".

- La apariencia de buen derecho acompaña al Acuerdo cuya suspensión se pretende, que cumple con todos los requisitos procedimentales y materiales, tanto competenciales como sustantivos, para la adopción de la medida, no limitando indebidamente ningún derecho fundamental, al dictarse en el marco de la declaración de un estado de alarma y dentro de los límites establecidos en el Real Decreto que lo declaró, tras la reforma operada en su paso por el Congreso de los Diputados.

La postura de la parte actora no puede compartirse desde el momento en que dejaría vacía de contenido esa reforma operada por el Real Decreto 956/2020 y el término "modular" previsto en ella.

- El Presidente de la Junta de Castilla y León como autoridad delegada, sencillamente ha aplicado la norma con fuerza de ley que declara el estado de alarma, y ha actuado a su amparo y dentro de sus límites, para proteger la vida humana y la integridad física de las personas [...]» (pág. 36).

CUARTO.- El juicio de la Sala. El otorgamiento de la medida cautelar solicitada.



Las partes nos recuerdan en sus escritos los elementos principales que distinguen el régimen que la Ley de la Jurisdicción ha establecido en materia de medidas cautelares en sus artículos 129 y siguientes y, también, han alegado diversas resoluciones judiciales en apoyo de sus respectivas posiciones.

A fin de resolver si procede o no acordar la medida positiva que nos solicita la Abogacía del Estado, en representación de la Administración del Estado, debemos tener presente que, ciertamente, la Ley de la Jurisdicción quiere asegurar la efectividad de la sentencia que en su día se dicte (artículo 129.1) y, en relación con ese objetivo, preservar la finalidad legítima del recurso mediante las medidas cautelares (artículo 130.1) siempre que no concurran intereses generales o de tercero que deban prevalecer, según la ponderación judicial, frente a los que asisten a quien pide la medida (artículo 130.2). A partir de esas previsiones, será menester, en principio, acordar la medida cautelar cuando sin ella se origine una situación irreversible, o sea cuando haya peligro en la demora de privar a la sentencia de todo efecto, de ser estimatoria, salvo que, como se ha dicho, medien intereses generales que reclamen una solución diferente.

No habla la Ley de la Jurisdicción de la apariencia de buen derecho. No obstante, la ha considerado la jurisprudencia y encuentra reconocimiento legal en el artículo 728.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ahora bien, la jurisprudencia contencioso-administrativa ha delimitado en términos muy restrictivos los supuestos en que cabe fundamentar en ella la adopción de medidas cautelares. Tal orientación se debe a que se trata de un criterio estrechamente ligado a la cuestión de fondo que ha resolverse en el proceso y, por eso, no parece que deba aplicarse cuando éste se encuentra en sus inicios, salvo en casos absolutamente claros; esto es, aquellos en los que *in actu oculi*, de un vistazo, se aprecie el fundamento de la pretensión de quien pide la medida. Es lo que sucede cuando se impugnan actos de aplicación de leyes declaradas inconstitucionales o de disposiciones generales declaradas nulas, o bien cuando se recurran actuaciones idénticas a otras ya declaradas contrarias a Derecho, o sean manifiestas las infracciones al ordenamiento jurídico que aquejan a las impugnadas.

Es reiterada y, por tanto, conocida la jurisprudencia que así lo dice. Bastará, pues, con remitirnos a las sentencias núm. 443/2017, de 14 de marzo (rec. cas. núm. 3212/2015) y la núm. 1668/2016, de 7 de julio (rec. cas. núm. 3454/2014), y las que en ellas se citan.

En este caso, está en juego el mantenimiento de la efectividad, o por el contrario, la suspensión, de una medida que -aquí coinciden las partes- restringe la libertad fundamental de circulación por el territorio (art. 19 de la Constitución) al conjunto de la población de la Comunidad Autónoma de Castilla León. La medida cuya suspensión se solicita fija *«[...] en todo el territorio de la Comunidad de Castilla y León como hora de comienzo de la limitación de la libertad de circulación de las personas en horario nocturno las 20,00 horas, de acuerdo con el artículo 5.2 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 la SARS-CoV-2, en relación con la disposición transitoria única del Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por el que se prorroga el estado de alarma»*.

Por tanto, más allá de cuestiones de orden competencial que el escrito de alegaciones de la Junta de Castilla y León apunta, pero que reserva su planteamiento para *«[...] su momento procesal oportuno, si procede, sobre la legitimación activa de la Administración del Estado recurrente [...]»* (pág. 18 del escrito de alegaciones), lo relevante en esta pieza de medidas cautelares es que cualquier restricción o limitación de un derecho o libertad fundamental, como es la de circulación en este caso, tan sólo puede ser adoptada dentro del marco de las previsiones constitucionales, tal y como dispone el art. 55.1 CE y, en su desarrollo, la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma excepción y sitio. La limitación de un derecho fundamental como es la libertad de circulación, por una medida como la cuestionada, constituye, si es que tal medida no gozara de la suficiente cobertura legal, un caso evidente de afectación de la finalidad legítima del recurso (art. 130.1 LJCA), pues no es posible reponer el derecho a la libertad de circulación afectado, ni de forma directa ni por sustitución, máxime cuando se trata de una limitación generalizada, que afecta a toda la población del territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

En definitiva, la consumación de una restricción ilegítima del derecho fundamental sería absolutamente irreparable y la sentencia inefectiva (art. 129.1 LJCA), y lo sería para todos los ciudadanos afectados. Así pues, la cuestión trasciende de una mera confrontación de los intereses públicos defendidos por cada de las Administraciones, estatal y autonómica, en litigio. Tampoco se puede restar trascendencia al interés jurídico cuya protección se solicita por la falta de planteamiento de medidas al amparo del procedimiento urgente del art. 135 LJCA. No se trata de otorgar tutela cautelar para el *«[...] el interés general perseguido por la norma con rango de ley que declara y fija los términos del estado de alarma [...]»*, como enfatiza el escrito de alegaciones de la Junta de Castilla y León, con cita literal de la solicitud de la parte contraria (pág. 5). Ese interés general es precisamente el que protege y garantiza la Constitución, al exigir que tan sólo en los términos de la declaración del estado de alarma, y precisamente en esa norma, puedan limitarse determinados derechos fundamentales. Así resulta del art. 55.1 CE y del art. 116, 1 y 2 de la CE, y, en su desarrollo, el art. 11.1.a) de la Ley Orgánica



4/1981, de 1 de junio, cuando prevé que sean precisamente «[...] el decreto de declaración del estado de alarma, o los sucesivos que durante su vigencia se dicten», los instrumentos normativos con valor formal de ley -tal y como ha declarado la STC 83/2016, de 28 de abril- en los que se contendrán las medidas que se pueden acordar, entre las que está la de «[...] a) Limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos[...]».

Por consiguiente, todo el alcance de la limitación de los derechos fundamentales afectados por el estado de alarma debe estar expresamente previsto en dicha norma y, concretamente, en el caso de la libertad de circulación, deberá estar fijado para "horas" determinadas. Esta exigencia de predeterminación en la norma del estado de alarma es completamente opuesta a la tesis de la representación de la Comunidad de Castilla y León, que sostiene que puede "agravar" la restricción, más allá del preciso límite de horas previsto en la norma del estado de alarma, sin otro límite que el agravamiento de la restricción no exceda del "horario nocturno".

En este momento procesal y a los solos efectos de resolver sobre la medida cautelar, consideramos que la argumentación de la Junta de Castilla y León para sostener que dispone de la facultad de agravar la restricción de la libertad de circulación es, *in icto oculi*, esto es, de un vistazo, contraria a la predeterminación que viene impuesta, ex art. art. 11.1.a), de la LO 4/1981. Es más, ni tan siquiera la propia norma del estado de alarma, el R.D. 926/2020, estaría habilitada para introducir semejante indeterminación en el marco de restricción máxima de la libertad de circulación.

Los límites máximos y mínimos dentro de los que las autoridades delegadas en el estado de alarma pueden adelantar y atrasar las "horas" de inicio y finalización de la limitación de la libertad de circulación están delimitados con toda precisión en el art. 5, 1 y 2 del R.D 926/2020, debiendo situarse entre las 22,00 y las 00,00 horas el de inicio, y entre las 5,00 horas y las 7,00 horas el de finalización. El rango horario es claro y preciso y, desde luego, la interpretación que sostiene la Junta de Castilla y León respecto al alcance de los art. 9 y 10 del R.D. 926/2020 y, en particular, la asimilación del significado del verbo "modular" a la acción de "agravar", está muy lejos de ser evidente.

Así pues, debemos concluir, a los únicos efectos de este incidente cautelar, 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 R.D 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).

Por último, la ponderación de los intereses en conflicto (art. 130.1 LJCA) no es, como propone la Junta de Castilla y León, entre el simple interés del mantenimiento de la norma del estado de alarma y la salvaguarda de los derechos a la vida y la salud, cuya defensa invoca para sí la Administración autonómica. La protección de la salud y seguridad de los ciudadanos es la finalidad común de las dos Administraciones, pero las medidas que puedan adoptarse deben respetar, entre otros límites, los derechos fundamentales garantizados en la Constitución. Precisamente porque la situación sanitaria lo exige, se han limitado determinados derechos fundamentales, pero cualquier restricción mayor que se considerase necesaria, deberá ser establecida con las mismas garantías formales y por el órgano competente (art. 116.2 CE y Ley Orgánica 4/1981), y el Presidente de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, en tanto autoridad delegada del estado de alarma, no ostenta, con la suficiente nitidez, la competencia necesaria.

No se trata en esta pieza de medidas cautelares, y tampoco en el litigio, de decidir qué medidas sanitarias o de protección son necesarias, ni si las adoptadas son insuficientes, por lo que el debate acerca de la idoneidad y conveniencia de unas u otras medidas está desenfocado, como también la invocación de perjuicios graves para terceros, y la advertencia de que todos los contagios que pudieran evitarse con la medida cuya suspensión se pide ya se habrán producido cuando se dicte sentencia. Por otra parte, las propias alegaciones de la Junta de Castilla y León nos ponen de manifiesto que se ha optado por la restricción de la libertad de circulación antes que otras medidas disponibles, y se menciona el adelanto del horario de cierre de establecimientos de actividades no esenciales (pág. 9 alegaciones Junta de Castilla y León). Por tanto, existen alternativas a la medida impugnada, y nada impide que se utilicen esas otras medidas por la autoridad competente delegada, lo que abunda en la preponderancia de la tutela del derecho fundamental en cuestión y, por tanto, en el otorgamiento de la medida cautelar que lo proteja.

El núcleo de certeza del derecho fundamental concernido -la libertad de circulación de los ciudadanos- no puede ser afectado por órganos que carecen de la atribución de competencia constitucionalmente establecida, ni por procedimientos distintos a los previstos en la máxima norma, y la prevalencia de su protección aparece nítida en los términos del presente incidente de medidas cautelares, por lo que debemos acceder a la medida cautelar solicitada.



Por todo lo expuesto, acordamos suspender la vigencia de los puntos 1 y 3 del apartado primero del Acuerdo 2/2021, del Presidente de la Junta de Castilla y León (BOJCyL de 16 de enero de 2021), impugnado en este recurso contencioso-administrativo.

QUINTO.- Costas.

A tenor de lo establecido por el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción, no procede hacer imposición de las costas a ninguna de las partes, habida cuenta de las características de la controversia y la dificultad jurídica que implica.

Por todo lo dicho,

LA SALA ACUERDA:

Otorgar la medida cautelar solicitada por la Abogacía del Estado, en la representación de la Administración General del Estado, y suspender la vigencia de los puntos 1 y 3 del apartado primero del Acuerdo 2/2021, del Presidente de la Junta de Castilla y León (BOJCyL de 16 de enero de 2021), impugnado en este recurso contencioso-administrativo. Sin costas.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.