

ESTADO Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS DURANTE LA PANDEMIA

Francisco Velasco Caballero
Universidad Autónoma de Madrid

I.- Introducción: las fases de la actuación pública frente a la pandemia

En este estudio se va a ofrecer una explicación secuencial sobre cómo la pandemia de Covid-19 ha afectado a la posición constitucional del Estado y de las Comunidades Autónomas. En esta exposición no coinciden por completo las fases cronológicas de la pandemia y las distintas fases jurídicas por las que han transitado tanto el Estado como las Comunidades Autónomas durante el último año y medio.

En términos *sanitarios y de políticas públicas* se ha hablado de “escalada” y “desescalada”. En el lenguaje común ha arraigado el término *desescalada* para designar el tiempo y las actuaciones públicas y privadas a partir del momento en el que se considera controlada –aunque no erradicada– la Covid-19. En este tiempo se están revocando algunas de las limitaciones más severas a las actividades privadas, pero se mantienen muchas reglas *de distancia social*. Y, al tiempo, se disponen nuevas medidas que asumen que el riesgo de contagio seguirá vivo durante varios meses. El proceso de desescalada está guiado, desde el principio, por el denominado “plan de transición hacia una nueva normalidad”, que fue aprobado por el Gobierno el 28 de abril de 2020, a su vez inspirado en una recomendación de las presidencias del Consejo Europeo y de la Comisión.

Desde la perspectiva *jurídico-constitucional* se distinguen aquí tres estadios temporales: la situación de pre-alarma (antes del 14 de marzo de 2020); la situación existente durante la vigencia de alguno de los tres estados de alarma declarados (el primero, por medio del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo; el segundo, sólo para algunos municipios de la Comunidad de Madrid, declarado por el Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre; y el tercero, declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, extinguido desde el 9 de mayo); y las situaciones de emergencia sanitaria en los intersticios de los estados de alarma y desde el 9 de mayo de 2021.

En cada uno de los tres estadios jurídico-constitucionales mencionados (pre-alarma, estado de alarma y post-alarma) se han activado, en mayor o menor medida, *distintas partes del Derecho público*, así como una tipología diversa de problemas jurídicos. En el tiempo de pre-alarma ha emergido el Derecho administrativo sanitario y –en menor medida– de protección civil¹. Luego, con la declaración del estado de alarma, el protagonismo lo ha cobrado el Derecho

1. NOGUEIRA LÓPEZ, A., “Confinar el virus. Entre el viejo Derecho sectorial y el Derecho de excepción”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 86-87, 2020, pp. 22-31 (p. 23)

constitucional, tanto en lo que se refiere a la distribución territorial del poder como a las intensas restricciones en el ejercicio de algunos derechos fundamentales. Por fin, en la fase de post-alarma ha perdido alguna relevancia el Derecho constitucional y, en cambio, la ha ganado el *Derecho administrativo ordinario*, tanto el general como el sectorial. A partir de ahora, y ya en la fase de reconstrucción, una vez aprobado el Plan Nacional de Recuperación, Transformación y Resiliencia (“España puede”), será el Derecho administrativo ordinario el que guiará las decisiones políticas y administrativas para la urgente reconstrucción económica y social.

La secuencia jurídica y temporal ya descrita, aunque tiene una alta utilidad explicativa, no define tres regímenes jurídicos estancos y excluyentes para cada momento temporal. Así, en el tiempo del estado de alarma han convivido *dos órdenes jurídicos*: el de alarma y el ordinario.

a) El *orden jurídico de alarma* se articula a través de la Ley orgánica 4/1981, de 1 de junio, reguladora de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio (LOEAES), los tres reales decretos de alarma (más sus prórrogas) y las muy numerosas órdenes ministeriales (y en el último estado de alarma, también de decretos de los presidentes autonómicos) actuando como “autoridades delegadas”.

b) Y junto a ello, durante el tiempo del estado de alarma ha mantenido su vigencia el *Derecho ordinario* –en todo lo que no fuera desplazado por las medidas gubernamentales de alarma– y se han aprobado nuevas normas, estatales, autonómicas y locales motivadas por la crisis de la Covid-19, pero no integradas en el ordenamiento de alarma. La mayoría de las normas contenidas en los numerosos reales decretos-leyes dictados por el Gobierno (desde el 14 de marzo) se pueden calificar como ordinarias, por contraposición a las “medidas de alarma”. Pues el estado de alarma no impide al Gobierno seguir ejerciendo todos sus poderes, incluido el de dictar normas con rango de ley (Real Decreto-ley) en situaciones de extraordinaria y urgente necesidad, conforme al art. 86 CE. Esto es así incluso cuando un Real Decreto-ley limita su vigencia al tiempo de la pandemia, o al tiempo estricto en que esté vigente el estado de alarma. Porque el orden jurídico de alarma sólo rige para aquellas actuaciones o medidas *directamente* dirigidas a combatir la concreta circunstancia que justifica la declaración de alarma (la epidemia) y no cualesquiera otras actuaciones o medidas que se ocupan de las consecuencias en cadena que genera la emergencia sanitaria (como la destrucción de empleo, el riesgo de exclusión de personas sin recursos, o la cesación de ingresos en los establecimientos comerciales).

II.– El punto de partida: distribución ordinaria de competencias sanitarias

La sanidad, que en sentido amplio incluye también la salud pública, es una materia competencial *compartida* entre el Estado central y las Comunidades Autónomas, si bien en su dimensión administrativa o ejecutiva, tanto prestacional como de intervención sanitaria ante riesgos de salud pública, corresponde casi por completo a las Comunidades. La CE sólo reserva al Estado central la competencia sobre “sanidad exterior”, “sanidad animal”, “bases y coordinación general

de la sanidad” y “legislación sobre productos farmacéuticos” (art. 149.1.16 CE). Con estos límites, los distintos Estatutos de Autonomía han atribuido amplias competencias –sobre todo *ejecutivas y prestacionales*– a las correspondientes Comunidades². A partir de sus competencias básicas y de coordinación, el Estado ha aprobado diversas leyes sobre sanidad y salud, algunas de ellas muy detalladas³. Estas leyes pretenden, fundamentalmente, establecer un nivel mínimo de *igualdad* en las prestaciones sanitarias en toda España. Más allá de estas normas homogeneizadoras, cada Comunidad Autónoma cuenta con sus propias leyes de sanidad o salud y, en lo que ahora más importa, corresponde a cada Comunidad Autónoma organizar y prestar los servicios sanitarios y de salud pública y adoptar todas las medidas generales y singulares de salud pública, en caso de epidemia. De esta forma, las “autoridades sanitarias” a las que con frecuencia se refieren las leyes –incluso las estatales–, son los correspondientes departamentos o agencias sanitarias de cada Comunidad Autónoma. Sólo de forma excepcional, en situaciones graves, también el Estado puede actuar como autoridad sanitaria “ejecutiva”, adoptando decisiones sanitarias en situaciones concretas.

En ejercicio de sus competencias sanitarias, y ante el contagio de enfermedades, las autoridades autonómicas (regionales) pueden adoptar múltiples medidas que afectan a la libertad individual. Así, el art. 3 de la Ley orgánica 3/1986, autoriza a las autoridades sanitarias para que acuerden cualesquiera “(...) 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”. También la Ley 14/1986, General de Sanidad, permite adoptar medidas de carácter preventivo sobre actividades públicas y privadas para evitar consecuencias negativas para la salud, incluidas la suspensión del ejercicio de actividades, cierres de empresas y de instalaciones, entre otras medidas. Estas medidas, en cuanto pueden afectar a libertades públicas y derechos fundamentales, han de ser ratificadas judicialmente por un juzgado de lo contencioso-administrativo o por el correspondiente tribunal superior de justicia de cada Comunidad Autónoma (arts. 8.6 y 10.8 de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, modificada durante la pandemia por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre).

Según este marco, en condiciones normales la epidemia de Covid-19 habría sido combatida por las autoridades sanitarias autonómicas (regionales) con, a lo sumo, alguna asistencia y coordinación del Estado. Esta coordinación estaba ya prevista en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud. Este marco normativo prevé que las actuaciones coordinadas sean adoptadas por

2. Por ejemplo: art. 33.1 de la Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, de Estatuto de Autonomía para Galicia; art. 27.4 de la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid; art. 55 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía; art. 162 de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

3. Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública; Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud; Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.

el Gobierno central (Ministerio de Sanidad) previo acuerdo de un órgano de coordinación Estado central-Comunidades Autónomas, el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (CI-SNS, en adelante), salvo en situaciones de urgente necesidad. Sin embargo y debido a la magnitud de la epidemia, el marco ordinario de coordinación se desplazó con la decisión del Gobierno central de declarar el estado de alarma, alterando así profundamente el sistema competencial ordinario. Luego, ya en la fase de desescalada, se ha vuelto al orden competencial ordinario, y por eso ha cobrado reforzada vitalidad la coordinación sanitaria estatal, a través del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

III.- Adaptaciones competenciales durante la pandemia

Con la declaración del *estado de alarma* mediante el Real Decreto 463/2020, el Gobierno nacional cobró todo el protagonismo, dirigiendo de forma *centralizada* la lucha contra la pandemia. Este primer estado de alarma se fue prorrogando por el Gobierno central –previa autorización del Congreso de los Diputados– por lapsos de 15 días, hasta llegar a seis prórrogas. Durante este período, todas las entidades y autoridades territoriales, incluidas las Comunidades Autónomas, actuaron bajo las órdenes del Gobierno central, conforme a lo establecido en el art. 9 LOEAES. Aunque, como luego se explicará más en detalle, este “mando único” del Gobierno *no suspendió* las competencias autonómicas y locales. Más bien, dirigió y condicionó estrechamente su ejercicio.

Transcurridos dos meses de protagonismo estatal, y una vez iniciada la “desescalada”, con la 5ª prórroga del estado de alarma (por Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo) se abrió paso la llamada *cogobernanza* del Estado y las Comunidades Autónomas en la lucha contra la Covid-19. Este proceso de progresiva “federalización” de la respuesta epidemiológica estatal se consolidó en la 6ª y última prórroga (por Real Decreto 555/2020, de 5 de junio). Las Comunidades Autónomas ganaron, en estas últimas semanas del primer estado de alarma, cierta autonomía en la ejecución de las medidas estatales, por ejemplo, para definir las áreas de confinamiento de la población. Adicionalmente, se ampliaron las actuaciones coordinadas que se podían adoptar en el seno del CI-SNS con la posibilidad de diseñar y activar planes y actuaciones en casos de emergencia sanitaria.

Una vez extinguido el estado de alarma, el 21 de junio de 2020, las *Comunidades Autónomas* volvieron a ser, como al principio, las protagonistas de la lucha epidemiológica. Durante los meses de verano de 2020, las Comunidades Autónomas adoptaron múltiples medidas sanitarias generales, tanto de salud pública preventiva (tales como limitaciones de aforo en locales de ocio y entretenimiento y rastreos selectivos de contagios) como propiamente sanitarias, reorganizando la capacidad del sistema sanitario autonómico con vistas a la ineludible segunda ola de contagios que había de llegar en otoño. Para esta nueva situación, que se bautizó como de “nueva normalidad”, el Gobierno aprobó 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. En este Real Decreto-ley se contenían algunos mandatos generales (como el uso

de mascarillas) y, sobre todo, la ampliación de los instrumentos de coordinación sanitaria entre el Estado y todas las Comunidades Autónomas (Disposición Final 2ª). La *coordinación* –y no el “mando único” estatal– debía ser la respuesta pública ante los previsibles rebrotes de los contagios. En este marco, el CI-SNS adoptó, por acuerdo de 16 de julio, el denominado “Plan de respuesta temprana en un escenario de control de la pandemia por Covid-19”. El Plan reconocía la competencia de las Comunidades Autónomas para adoptar medidas preventivas y correctoras ante situaciones de emergencia sanitaria de conformidad a las Leyes 3/1986 y 14/1986, y establecía medidas de coordinación al objeto de garantizar el suministro de material sanitario y farmacológico, así como una graduación de actuaciones en distintas áreas, desde la laboral a la educativa, en función de la evolución de la pandemia.

El rápido aumento de los contagios desde mediados del mes de agosto dio lugar, primero, a respuestas cada vez más intensas de las Comunidades Autónomas, incluyendo algunos confinamientos perimetrales (prohibición de movilidad fuera del propio municipio). El Gobierno central, a través del Ministerio de Sanidad, actuaba en este estadio temporal mediante técnicas de coordinación y cooperación, como también mediante la asistencia financiera a las Comunidades Autónomas. Finalmente, el dramático aumento de contagios al final en el mes de septiembre de 2020 motivó un nuevo estado de alarma general, declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, produciendo de nuevo importantes efectos sobre las competencias sanitarias autonómicas, aunque notoriamente más limitados que los experimentados durante el primer estado de alarma. Terminado el tercer estado de alarma, se recupera el orden competencia ordinario, y con ello tanto el protagonismo de las competencias sanitarias autonómicas como un (renovado) poder coordinador del Ministerio de Sanidad.

La secuencia cronológica recién descrita muestra que la respuesta pública frente a la Covid-19 no ha tenido un único patrón competencial. Lo más importante, desde la perspectiva del Estado autonómico, es comprobar que nuestro sistema constitucional es *flexible*, permite la adaptación a la realidad sanitaria y epidemiológica. Es descentralizado con carácter general, pero permite el “mando único” (mediante la declaración del estado de alarma) en situaciones extremas. Y no impone una única forma de estado de alarma y de “mando único”, sino que favorece su *adaptación* al ritmo de la certidumbre científica y de los datos epidemiológicos. Así es como se explica que hayamos pasado por un estado de alarma unitario, otro más descentralizado y, finalmente, por una “nueva normalidad” protagonizada por las Comunidades Autónomas bajo coordinación estatal (*co-gobernanza*).

Visto este proceso, con frecuencia ha surgido la pregunta, tanto para España como para el resto del mundo, sobre qué sistema de distribución territorial del poder ha sido más eficaz frente a la Covid-19: ¿es mejor el mando único o la respuesta descentralizada? En el mundo a nuestro alrededor hemos visto respuestas unitarias muy eficaces, como las de Nueva Zelanda, China, Japón o Corea del Sur. Pero también hemos visto mandos únicos menos eficaces, como el francés, el inglés, el peruano o el colombiano. De la misma forma, hemos visto buenas respuestas descentralizadas, como las de los *Länder* alemanes, los

Länder austríacos, los estados australianos o las provincias canadienses, junto a otras menos operativas, como las de los Estados mexicanos, las de los Estados norteamericanos y, sobre todo, las de las regiones belgas. Con tanta diversidad podría decirse que *la clave no está tanto en la forma unitaria o federal del Estado*, como en el tipo de medidas sanitarias adoptadas, la implicación de la población y la capacidad preventiva y sanitaria preexistente⁴. Mirando a España, se puede afirmar que el “mando único” del primer estado de alarma produjo resultados favorables, aunque no óptimos. Las severas medidas restrictivas del Gobierno central consiguieron doblar la curva de contagios, aunque tan severas medidas fueron aplicadas en Comunidades Autónomas con una situación epidemiológica muy diferente (pensemos en Galicia y las islas, con cifras moderadas de contagios). Por tanto, aunque la respuesta fue eficaz, no siempre fue igualmente proporcionada entre territorios.

Mirando a España, y a la vista de las muy diversas situaciones epidemiológicas por las que han transitado las distintas Comunidades Autónomas se pueden sostener dos afirmaciones indiciarias: la primera es que, por definición, las Comunidades Autónomas no son menos eficaces que el Estado central en la lucha epidemiológica; la segunda es que los déficits de eficacia en algunas Comunidades pueden deberse a la estructura demográfica y económica de cada Comunidad y a las propias opciones políticas de los gobiernos regionales.

IV.– Elementos constitucionales determinantes del orden competencial durante la pandemia

Tal y como ya se ha anunciado antes, la pandemia, en sus distintas fases, ha afectado decisivamente al sistema competencia español. Ahora, en los apartados que siguen, se va a fijar la atención en aquellos aspectos o elementos del sistema competencial que han protagonizado la interacción entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Me refiero a: la prevalencia de las decisiones estatales, sobre las autonómicas; las delegaciones ejecutivas a los presidentes autonómicos, durante el tercer estado de alarma; la coordinación ministerial de la actuación sanitaria autonómica; y la colaboración administrativa.

1.– Prevalencia de las decisiones estatales, durante los estados de alarma

Tal y como expresamente enuncia, el art. 4.1 LOEAE, la declaración del Estado de alarma no suspende ni elimina las competencias autonómicas ni locales. De esta forma, bajo el estado de alarma cada Comunidad Autónoma, provincia, territorio histórico, isla, municipio o comarca *puede seguir ejerciendo sus*

4. Esta conclusión, aunque no se formula expresamente, se puede extraer del estudio comparado: HAN, E., MEI JIN TAN, M., TURK, SR.IDHAR, D., LEUNG, G. M., SHIBUYA K., et al., “Lessons learnt from easing Covid-19 restrictions: an analysis of countries and regions in Asia Pacific and Europe”, *The Lancet*, 2020, disponible en [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(20\)32007-9](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(20)32007-9). Véase también: CAMERON, D., “La gestión de la pandemia en países federales y no federales”, *Cuadernos Manuel Jiménez Abad*, núm. 21, 2021, pp. 7-23.

competencias ordinarias. Pero cualquiera de esas decisiones, de cualquier entidad territorial y con cualquier forma (ley, reglamento, instrucción, resolución administrativa) y tanto anteriores como posteriores a la declaración del estado de alarma, quedan *ipso facto* en suspenso, cuando sean contrarias a cualquier medida o decisión concreta acordada por el Gobierno.

La prevalencia inmediata de las medidas estatales no quita para que, *a posteriori*, se pueda enjuiciar la validez de la actuación estatal. El límite de validez en la competencia estatal general (*ex art. 116 CE*) está, sobre todo, en la proporcionalidad de cada concreta medida, en relación con el fin pretendido (en nuestro caso, el objetivo constitucional de superación de la situación de emergencia sanitaria). En este sentido, el art. 1.2 LOEAES expresamente se refiere a que las medidas gubernativas de emergencia deben ser “las estrictamente indispensables” y a que su aplicación se realizará “de forma proporcionada a las circunstancias”. Simplificando, podríamos decir que las medidas de emergencia deben ser en todo caso *proporcionadas*. Con ello se admite que la proporcionalidad es un principio normativo que no sólo protege a los ciudadanos frente al poder. También rige en las relaciones entre poderes públicos.

Según esto, no se cuestiona que el Gobierno pueda imponer sus medidas de alarma en cualesquiera materias. Incluso en aquellas que, como la sanidad, los servicios sociales o los transportes intracomunitarios, corresponden en exclusiva a las Comunidades Autónomas o –en los términos de las leyes autonómicas correspondientes– a las entidades locales. Pero esta facultad gubernativa sólo es plenamente lícita en la medida en que el sacrificio de las competencias autonómicas o locales sea proporcionado. Esto es, sólo si la medida gubernativa es adecuada para el fin; si es la que, de entre las posibles, sacrifica en la menor medida posible la competencia autonómica o local; y si el resultado derivado de la medida gubernativa es en sí más valioso que el sacrificio que produce (en la competencia autonómica o local). En todo caso, esta posible valoración sobre la validez competencial de las medidas de alarma es *ex post*. En el momento en el que se dictan, las medidas de alarma del Gobierno simplemente prevalecen (desplazan, se imponen) sobre cualesquiera otras normas o decisiones autonómicas y locales.

2.– Delegaciones ejecutivas a los presidentes autonómicos

En el tercer estado de alarma, el declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, el Gobierno delegó en los presidentes autonómicos la ejecución de las medidas extraordinarias contra la pandemia (art. 2). Esa delegación contiene unos ciertos márgenes de opción o decisión sobre el posible alcance, en cada comunidad, de las medidas restrictivas de la libertad individual que contiene el propio Real Decreto 926/2020. Se trata de una *delegación especial*, propia del orden jurídico extraordinario que establece la LOEAES. Su fundamento legal puede encontrarse en los arts. 7^o ó 9.1 LOEAES. En cualquiera de los dos casos, la LOEAES no define el régimen jurídico de esta delegación. Lo singular es que no se produce entre órganos de una misma entidad o Administración pública; ni entre dos entidades territoriales (Estado y Comunidad Autónoma). Es una

delegación del Gobierno *a un concreto órgano de gobierno* de la Comunidad Autónoma (el presidente). Esta singularidad dificulta la definición de un régimen jurídico mediante la *analogía* con otras delegaciones sí expresamente reguladas en la Constitución o en las leyes: la delegación “orgánica” (regulada en el art. 9 LRJSP) y la delegación entre entidades públicas territoriales, como la delegación del Estado a las Comunidades Autónomas (art. 150.2 CE) o la delegación del Estado y las Comunidades Autónomas a los municipios (art. 27 LBRL).

En una decisión simplemente procesal, para determinar la propia competencia jurisdiccional, la Sala de lo Contencioso-administrativo del *Tribunal Supremo* ha declarado que el Decreto del Presidente de la Generalitat Valenciana 2/2021, de 24 de enero, dictado conforme al art. 2 del Real Decreto 926/2020, se considera –a efectos meramente procesales– como dictado *en nombre* del Gobierno y por tanto es impugnabile ante el Tribunal Supremo conforme al art. 12.1 a) LJCA (ATS de 17 de febrero de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1853A)). Se aplica aquí por la Sala el criterio normativo del art. 9.4 LRJSP, que expresamente establece que los actos dictados por el órgano administrativo delegado se consideran dictados por el órgano delegante. La Sala es consciente de que el art. 9.4 LRJSP sólo rige en las delegaciones de órganos (o entidades subordinadas) de una misma Administración pública, y por ello no dice que sea aplicable el art. 9.4 LRJSP, sino “el principio que recoge el art. 9.4 de la Ley 40/2025”. Esa opción jurisdiccional, si bien provisional y puramente instrumental (para determinar la propia jurisdicción del Tribunal Supremo) muestra un problema jurídico de fondo. En puridad, y más allá de las apariencias, las delegaciones entre órganos (de una misma Administración) y las delegaciones entre entidades públicas no son dos especies de un mismo género, sino dos actos jurídicos diferentes en su propia esencia. La llamada delegación orgánica (regulada en el art. 9 LRJSP) es un verdadero *mandato representativo*, no una delegación en sentido estricto. En puridad, en la delegación orgánica, la regulada en el art. 9 LRJSP, no hay traslado competencial alguno, sino actuación de un órgano por otro o *en nombre* de otro (art. 9.4 LRJSP). Frente a este mandato jurídico (la llamada “delegación orgánica”) en la delegación *sensu stricto* sí hay dualidad: se traslada una competencia, o el ejercicio de una competencia, de una entidad a otra. La entidad delegada actúa *en su propio nombre*, aunque sometida a posibles instrucciones y revocaciones por parte de la entidad delegante.

Vistas las diferencias esenciales entre el mandato o delegación orgánica y la delegación intersubjetiva (o delegación en sentido estricto) hay que plantearse si la delegación a que se refiere el Real Decreto 926/2020 es una delegación o mandato orgánico (y por tanto los presidentes autonómicos actúan como órganos del Estado central, *en nombre* del Gobierno) o si actúan al amparo de una delegación interadministrativa, y entonces los presidentes autonómicos actúan *en nombre propio*, si bien bajo el control y la dirección del Gobierno estatal. En principio, y contra el criterio provisional expresado por el Tribunal Supremo, se puede considerar que la posición constitucional y estatutaria de cada presidente autonómico *como máxima autoridad de cada comunidad* y como autoridad ordinaria del Estado en su territorio (art. 152 CE) es contraria a la comprensión del presidente autonómico como mandatario del Gobierno, como órgano que actúa *en nombre* del Gobierno. De otro lado, en la única regulación constitucional

directa sobre las delegaciones estatales a las Comunidades Autónomas (art. 150.2 CE) se parte implícita pero claramente de la existencia de un traslado competencial entre dos entidades que actúan, cada una de ellas, *en su propio nombre*. De esta forma, mediante la ley orgánica de delegación se atribuye a la Comunidad Autónoma el ejercicio de funciones ejecutivas o de gestión bajo la dirección, planificación y control del Estado. Esas funciones se ejercen por la Comunidad Autónoma en su propio nombre, no *en nombre* del Estado. Dicho esto, si bien es cierto que el art. 150.2 CE no es inmediatamente aplicable a las delegaciones del estado de alarma, sí muestra que para los traslados competenciales entre el Estado y las Comunidades Autónomas la Constitución parte implícitamente de la alteridad –y no de la identidad por representación– entre delegante y delegado.

3.– *Coordinación sanitaria estatal de la actuación autonómica*

Con la terminación del primer estado de alarma, las Comunidades Autónomas estaban llamadas a recobrar el protagonismo funcional en la lucha contra la pandemia. En este escenario, y ante la conveniencia de que tras el “mando único” estatal durante el estado de alarma la actuación autonómica fuera lo más armónica posible, el Real Decreto-ley 21/2021 reformó la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (LCC-SNS) para dar mayor alcance tanto a las llamadas “actuaciones coordinadas” como al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (CI-SNS), en el que están presentes las autoridades sanitarias autonómicas, además del Ministerio de Sanidad. El CI-SNS ha actuado tanto en el período de emergencia sanitaria sin estado de alarma (entre el 21 de junio y el 25 de octubre de 2020) como durante el tercer estado de alarma, el declarado mediante el Real Decreto 926/2020. En su seno se han adoptado diversas “declaraciones de actuaciones coordinadas”, como las relativas a confinamientos municipales, aforos de centros religiosos y horarios de cierre de establecimientos comerciales, las referidas a la movilidad durante la semana santa de 2021 (ya vigente el tercer estado de alarma) o las referidas a la estrategia de vacunación. Pero esos acuerdos no siempre han sido unánimes. En especial, la Comunidad de Madrid ha votado en varias ocasiones en contra de los acuerdos del Consejo Interterritorial. En este contexto se ha planteado el significado jurídico de los acuerdos de “actuaciones coordinadas” adoptados por el CI-SNS. Como en seguida se verá, las “actuaciones coordinadas” a las que se refiere el art 65 LCC-SNS no siempre son de “coordinación”, en sentido técnico-jurídico. A veces expresan “cooperación”.

En materia de sanidad el Estado tiene *dos competencias diferenciadas* (art. 149.1.16 CE). Una es la competencia para dictar las “bases” de la sanidad. Otra es la competencia exclusiva de “coordinación general” de la sanidad. Como se ha dicho ya en la jurisprudencia, son competencias diferenciables (SSTC 82/1983, FJ 2; 22/2012, FJ 3; 33/2017, FJ 4; 149/2017, FJ 3). Tras algunas dudas iniciales, se puede afirmar hoy que la competencia estatal de coordinación general de la sanidad no es un simple “método de actuación” de la competencia básica estatal sobre sanidad, sino una competencia estatal diferenciada. Una competencia que incluye la *facultad de dirección* gubernativa o administrativa del sistema sanitario en su conjunto. De este modo, la competencia *básica ex art. 149.1.16*

CE permite al Estado fijar –normalmente mediante normas con rango de ley– principios o estándares sanitarios u organizativos mínimos. Pero, por ser una competencia básica, normalmente no autoriza para adoptar decisiones ejecutivas. La otra competencia, la de “coordinación general” de la sanidad, es bien distinta de la anterior. Y sí puede amparar algunas decisiones gubernativas, ejecutivas o administrativas singulares por parte del Estado, aunque esas medidas deben ser muy contenidas, pues toda medida de coordinación supone un cierto sacrificio de las competencias autonómicas coordinadas. Lo dicho sirve para destacar que, esté o no previsto expresamente en una ley, el Estado puede dictar medidas de coordinación sanitaria *ex art. 149.1.16 CE*, si bien esas medidas serán inconstitucionales cuando contengan un sacrificio desproporcionado de las competencias sanitarias de las Comunidades Autónomas.

Sentado que el *art. 149.1.16 CE* permite al Estado adoptar decisiones administrativas de coordinación sanitaria (y no sólo bases normativas), en un segundo nivel de análisis jurídico hay que analizar cuál es el verdadero alcance de las “declaraciones de actuaciones coordinadas” a las que se refiere el *art. 65 LCC-SNS*. Para ello hay que poner en relación la regulación del CI-SNS con el régimen general de las conferencias sectoriales (*art. 151.2 LRJSP*). A partir de estos dos textos legales podemos diferenciar *tres* posibles formas de “actuaciones coordinadas”. Una es propiamente cooperativa, las otras dos son de coordinación.

Tenemos, en primer lugar, los acuerdos sanitarios *cooperativos* en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. En el *art. 65 LCC-SNS* se prevé, en primer lugar, que por “acuerdo” de las consejerías autonómicas y el Ministerio de Sanidad, se pueden declarar “actuaciones coordinadas”. Formalmente, quien *declara* las “actuaciones coordinadas” es el Ministerio, pero su contenido lo *acuerda* el Consejo Interterritorial. Aunque la terminología no es precisa, aquí el Consejo Interterritorial actúa como un órgano de *cooperación*, esto es, como un tipo especial de conferencia sectorial, regulada con carácter general en el *art. 151.2 a) 1 LRJSP*, que adopta acuerdos vinculantes sólo para las partes que lo suscriben. Esto es, el Consejo Interterritorial actúa como órgano de cooperación en el que voluntariamente las autoridades autonómicas –junto con el Ministerio de Sanidad– acuerdan ejercer sus respectivas competencias sanitarias de una manera uniforme o alineada. Ese “acuerdo” al que llegan las autoridades autonómicas y el Ministerio vincula a cada una de las consejerías participantes (y al Ministerio de Sanidad) precisamente porque el “acuerdo” expresa la voluntad convencional de cada Comunidad Autónoma de vincularse a una determinada forma de ejercer su competencia. En este sentido, una Comunidad Autónoma que no ha suscrito el “acuerdo” no está vinculada por él.

Tenemos también en el *art. 65 LCC-SNS*, otras dos formas de “actuaciones coordinadas” que sí responden al concepto constitucional de *coordinación*. En el primer caso, ese poder de coordinación se ejerce necesariamente *a propuesta* o previo acuerdo en el seno del CI-SNS. En el segundo caso, las “actuaciones coordinadas” las declara *directamente* el ministro de Sanidad, sin previo acuerdo o propuesta en el seno del CI-SNS. En ambos casos el Ministerio de Sanidad ejerce la competencia de coordinación sanitaria que atribuye al Estado directamente el *art. 149.1.16*. Ocurre, simplemente, que las leyes (la LCC-SNS y la LRJSP)

construyen más o menos ese poder de coordinación estatal. De esta manera, sólo en supuestos de “urgente necesidad” puede el Ministerio coordinar unilateralmente a las autoridades sanitarias autonómicas, sin previo acuerdo del Consejo Interterritorial de Salud. En los demás casos, la competencia de coordinación del Ministerio de Sanidad necesitará de una previa propuesta o acuerdo de la mayoría de las Comunidades Autónomas en el seno del CI-SNS. Como sigue.

a) Tenemos, en primer lugar, que el art. 151.2 a) 2 LRJSP se refiere a los acuerdos adoptados por las conferencias sectoriales en materias en las que el Estado cuenta con “funciones de coordinación”. Tal es el caso de la sanidad, conforme al art. 149.1.16 CE. En este caso, y de nuevo conforme al art. 151. 2 a) 2 LRJSP, los acuerdos de la conferencia sectorial (como en este caso el CI-SNS) son “de obligado cumplimiento” para todas las Comunidades Autónomas. Por tanto, no sólo para las que están conformes. En este caso, y pese a las apariencias, no es la conferencia sectorial, sino el correspondiente Ministerio, quien adopta la decisión (en nuestro caso, la “declaración de actuaciones coordinadas”) *en el seno de la conferencia sectorial, o previo acuerdo mayoritario de la conferencia sectorial*. Textualmente, el Consejo Interterritorial no declara actuaciones coordinadas, sino que acuerda por mayoría (y el matiz lingüístico es expresivo) “que sean declaradas como actuaciones coordinadas...”. O, como dice el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, “(...) el ministro de Sanidad *aprueba* la Declaración de Actuaciones Coordinadas aprobadas en el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, *obligando* con ellos a las Comunidades Autónomas destinatarias” (Auto de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección 8) núm. 128/2020, de 8 de octubre de 2020: ECLI:ES:TSJM:2020:308A). La discusión y participación de las Comunidades Autónomas en la formación de las “actuaciones coordinadas” no contradice el carácter unilateral, por el ministro, de la “declaración” de actuaciones coordinadas. Coordinación estatal (unilateral) y búsqueda del acuerdo o consenso con las entidades coordinadas no son categorías incompatibles, sino plenamente complementarias. Es constitucionalmente imposible que un grupo de Comunidades Autónomas, ejerciendo sus competencias a través de una conferencia sectorial, impongan mandato alguno a otras Comunidades Autónomas. Esto es, una mayoría de Comunidades Autónomas (más el Ministerio de Sanidad) no puede dictar ninguna decisión vinculante para otras Comunidades Autónomas. En estos casos ocurre, más bien, que el acuerdo de la conferencia sectorial contiene una *propuesta* –de la mayoría de las autoridades autonómicas– para que el Ministerio ejerza su competencia exclusiva de coordinación unilateral en un determinado sentido. De esta forma se consigue que la competencia de coordinación del Ministerio, que necesariamente percute sobre las competencias autonómicas, contenga el menor sacrificio posible de esas competencias autonómicas. Quien decide, quien declara “actuaciones coordinadas” con carácter vinculante, es la ministra. Pero *sólo previa propuesta o acuerdo mayoritario* de las Comunidades Autónomas presentes en la conferencia sectorial (en nuestro caso, en el Consejo Interterritorial del SNS). En tal caso, una Comunidad Autónoma contraria a una concreta “actuación coordinada” está obligada a cumplirla, pese a votar en contra en el pleno del CI-SNS. Pero no porque dicha actuación esté apoyada por la mayoría de las comunidades, sino porque la impone la ministra

de Sanidad, actuando en el seno del Consejo Interterritorial o, simplemente, a propuesta de la mayoría de las comunidades del CI-SNS.

b) Por último, el art. 65.1 LCC-SNS también regula expresamente una segunda forma de *coordinación* sanitaria. Se prevé en la última frase del art. 65.1 LCC-SNS que en situaciones de “urgente necesidad” la ministra de Sanidad puede “declarar actuaciones coordinadas” de forma inmediata, sin previa propuesta del Consejo Interterritorial. Esta decisión ministerial vincula a todas las autoridades sanitarias autonómicas. Estamos en este caso, de nuevo, ante la competencia de coordinación que expresamente atribuye el art. 149.1.16 CE al Estado. En este sentido, el art. 65 LCC-SNS no atribuye por sí ninguna competencia de coordinación al Ministerio, pues tal competencia proviene directamente del art. 149.1.16 CE. El art. 65 LCC-SNS simplemente regula el ejercicio de esa competencia. Y lo hace, dentro las opciones posibles, limitando el ejercicio de la potestad ministerial de coordinación a situaciones de “urgente necesidad”. Es cierto que el art. 65.1 LCC-SNS podría, dentro de los límites de la competencia estatal de coordinación *ex* art. 149.1.16, haber atribuido más facultades de coordinación al Ministerio. Pero sentado ya que en todo caso esas facultades de coordinación tienen que ser proporcionadas (porque en su ejercicio se sacrifican competencias sanitarias autonómicas), la opción legislativa del art. 65.1 LCC-SNS ha sido, precisamente, constreñir lo máximo posible, sólo para situaciones por completo extraordinarias, la potestad de actuación unilateral (coordinación) del Ministerio, sin ni siquiera propuesta previa del Consejo Interterritorial del SNS.

4.- Subordinación y colaboración administrativa en la ejecución de las medidas de emergencia sanitaria

Según los casos, la ejecución de las medidas anti-pandemia por Administraciones públicas distintas de las que las adoptan son reconducibles a tres categorías competenciales diferenciables: ejercicio de una competencia *ejecutiva* propia; *subordinación instrumental* a otra entidad o Administración pública; y *colaboración* con otra Administración pública.

En efecto, en ocasiones la actividad administrativa ejecutiva resulta de una competencia administrativa o ejecutiva *propia* (de la Administración ejecutora) distinta de la competencia para dictar las medidas o disposiciones de emergencia. Así, al amparo de las leyes autonómicas de servicios sociales las autoridades autonómicas adoptan medidas cuya ejecución administrativa corresponde, al menos en parte, a los ayuntamientos. En estos casos, los ayuntamientos actúan bajo su *propia responsabilidad* y al amparo de una competencia propia, si bien esa competencia consiste precisamente en cumplir o ejecutar las decisiones de otra Administración. Otras veces, una Administración pública actúa no en ejercicio de una competencia propia, sino *al servicio* de una competencia ajena. Bien en posición de plena subordinación, bien como colaboradora de otra Administración. Estas dos últimas formas de actuación administrativa ejecutiva han cobrado una relevancia inusitada durante la pandemia. Ambas responden a la

idea general de *Administración indirecta*, y en ellas vamos a centrar el análisis que sigue.

Sin duda que, durante los tres estados de alarma, las Administraciones autonómicas y locales han actuado, con distinto alcance en cada caso, como *Administración indirecta del Estado*. De acuerdo con lo previsto en el art. 9.1 LOEAES, todas las autoridades y empleados públicos, de cualesquiera Administraciones públicas, actúan con *plena subordinación* a las distintas autoridades ministeriales “delegadas”.

Fuera del estado de alarma, tanto el Estado como cada Comunidad Autónoma pueden adoptar medidas de salud pública, contra el contagio del virus. De un lado, todas las Comunidades Autónomas tienen atribuida en sus estatutos la competencia ejecutiva en materia de sanidad. De otro lado, también el Estado puede dictar unilateralmente medidas extraordinarias ante “emergencias de salud pública” (art. 52 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública: LGSP) y sobre cualesquiera “emergencias de carácter nacional” (arts. 28 a 30 de la Ley 17/2015, del Sistema Nacional de Protección Civil: LSNPC). De hecho, tras la terminación del primer estado de alarma todas las Comunidades Autónomas han adoptado, directamente o previo acuerdo en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, muy diversas prohibiciones sobre la actividad comercial o de ocio, o sobre el uso de los espacios e infraestructuras públicas (como los centros de transporte). La inspección y la coacción para el cumplimiento de esas medidas han recaído, en gran medida, sobre las *policías autonómicas y locales*. Mas esta actuación policial no es *jurídicamente* idéntica a la desplegada para ejecutar las medidas de alarma. Para la ejecución de las prohibiciones y mandatos no dictados en régimen de alarma, las Administraciones autonómicas y locales no están “a las órdenes” de las autoridades sanitarias estatales. La autoridad sanitaria estatal únicamente puede “solicitar el apoyo, auxilio y colaboración” de otros órganos administrativos.

Pues bien, parece claro que esta posibilidad de “solicitar” el apoyo o *auxilio* de otras entidades y órganos públicos es algo distinto de la referencia del art. 9.1 LOEAES a que durante el estado de alarma, “todas las autoridades civiles de la Administración pública del territorio afectado (...) quedarán bajo las órdenes directas de la Autoridad competente ...”, y a que la Orden INT/226/2020, de 15 de marzo, declarara expresamente que todas las policías autonómicas y locales se encontraban “bajo las órdenes del ministro del Interior” (art. 1.5) y que su actividad “prioritaria” era el lucha contra la Covid-19. Parece claro que esta subordinación de las policías autonómicas y locales al Ministerio del Interior en un estado de alarma es algo cualitativamente distinto de la asistencia y el auxilio. Esto es, si durante un estado de alarma todos los órganos administrativos de España están *subordinados* a los correspondientes ministerios (o, en el tercer estado de alarma, a cada presidente autonómico, actuando por delegación del Gobierno conforme al art. 2 del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre) fuera del estado de alarma se activan los *deberes de colaboración* que, con carácter general, se regulan hoy en el art. 141 LRJSP. Esta distinción guarda cierta correspondencia con la oposición, presente en Derecho comparado y europeo, entre el “préstamo orgánico”, en el que un órgano administrativo actúa *como parte* de otra Admi-

nistración pública distinta de la propia, y la “asistencia o auxilio”, en la que una Administración pública *ayuda* a otra. Puede ser que, en la práctica, no siempre se pueda distinguir con claridad entre la subordinación y el auxilio. Pero la diferencia jurídica es real. En la relación de *subordinación* hay una autoridad que ordena y otra que obedece; en el *auxilio* hay una autoridad que solicita y otra que está obligada a colaborar con ella, pero sólo en la medida de sus posibilidades y conforme a su propio régimen interno. En el estado de alarma, cualquier medida gubernativa se impone sobre cualquier ley vigente, y por tanto el órgano subordinado no puede oponer norma alguna a la autoridad de alarma, ni competencial, ni presupuestaria, ni organizativa. En cambio, en la emergencia sanitaria fuera del estado de alarma el *deber de auxilio* ha de hacerse en el marco del Derecho vigente (y por tanto, en el marco de las competencias, por los procedimientos, con las garantías y conforme a la organización y los créditos presupuestarios que rijan para cada Administración pública). De entrada, el art. 141.2 LRJSP prevé que la asistencia y colaboración solicitada podrá negarse cuando el órgano requerido “(...) no esté facultado para prestarla de acuerdo con lo previsto en su normativa específica, no disponga de medios suficientes para ello o cuando, de hacerlo, causara un perjuicio grave a los intereses cuya tutela tiene encomendada o al cumplimiento de sus propias funciones o cuando la información solicitada tenga carácter confidencial o reservado”.