



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE XUSTIZA

## T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.3 A CORUÑA

AUTO: 00072/2020

-

Equipo/usuario: JA  
Modelo: N66120  
PLAZA DE GALICIA, S/N 15071 A CORUÑA  
Correo electrónico:

N.I.G: 15030 33 3 2020 0000799

**Procedimiento: PMU PIEZA DE MEDIDAS CAUTELARISIMAS 0007277 /2020  
0001 PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0007277 /2020**

**Sobre:** DERECHOS FUNDAMENTALES

**De D./ña.** ASOCIACION PROFESIONAL DE EMPRESARIOS DE HOSTELERIA DE A CORUÑA

**ABOGADO** RAFAEL ARANGÜENA SANDE

**PROCURADOR** D./D<sup>a</sup>. MONICA VAZQUEZ COUCEIRO

**Contra** D./D<sup>a</sup>. CONSELLERIA DE SANIDADE

**ABOGADO** LETRADO DE LA COMUNIDAD

**PROCURADOR** D./D<sup>a</sup>.

### A U T O

ILMOS. SRS.

DOÑA MARIA DOLORES RIVERA FRADE \*

DON FERNANDO LOUSADA AROCHENA \*

DOÑA LORENA LOPEZ MOURELLE \*

En la Ciudad de A Coruña a trece de agosto de dos mil veinte.

### ANTECEDENTES

**PRIMERO:** La "ASOCIACION PROVINCIAL DE EMPRESARIOS DE HOSTELERIA DE A CORUÑA" interpuso ante esta Sala recurso contencioso-administrativo contra la Orden de la Consellería de Sanidade de 7 de agosto de 2020 por la que se establecen determinadas medidas de prevención como consecuencia de la evolución de la situación epidemiológica derivada del COVID-19 en los Ayuntamientos de A Coruña, Arteixo, Cambre, Culleredo, Oleiros, Abegondo, Bergondo, Carral y Sada (DOG número 158-Bis), y concretamente contra el contenido de su Disposición tercera, en los siguientes apartados:

"1o.- Apartado 1: "Se acuerda, en todo el ámbito territorial incluido en el punto primero, el cierre de las actividades de los locales de discotecas y demás establecimientos de ocio nocturno, de las fiestas, verbenas y otros eventos populares, así como de las atracciones de ferias,

durante el período a que se extienda la eficacia de las medidas previstas en la presente orden de acuerdo con su punto sexto.

A estos efectos, quedan incluidos en los establecimientos de ocio nocturno, las discotecas, pubs, cafés espectáculo, salas de fiestas, así como las salas de conciertos que desarrollen sus actividades de forma análoga a los anteriores, y la medida de cierre abarca a las actividades que se desarrollen tanto en el interior de los locales como en las terrazas de dichos establecimientos."

Se impugna todo lo tocante al cierre de los locales de discotecas y demás establecimientos de ocio nocturno.

2o.- Apartado 3: "En los ayuntamientos de A Coruña, Arteixo, Cambre, Culleredo y Oleiros se aplicarán, además, las limitaciones de capacidad y las restantes medidas de prevención específicas recogidas en el número 3 del anexo".

A los efectos interesados, las medidas que afectando al sector al que representan mis clientes se impugnan vienen reflejadas en el numeral 5 del epígrafe 3.8 del apartado 3 del Anexo ("limitaciones de capacidad y medidas de prevención específicas por sectores aplicables a los Ayuntamientos de A Coruña, Arteixo, Cambre, Culleredo y Oleiros").

Se impugna todo lo tocante a la hora máxima de cierre de los establecimientos de hostelería y restauración que la orden impugnada establece en las 00:30 horas".

**SEGUNDO:** Por medio de segundo otrosí la parte actora solicita la adopción urgente de medida cautelar sin previa audiencia, por la vía del artículo 135 de la Ley Jurisdicción, consistente en suspender la ejecución, y por tanto, la aplicación, de la parte de la resolución recurrida; y subsidiariamente la adopción de esta medida al amparo de lo dispuesto en los artículo 129 y siguientes de la LJCA.

**TERCERO:** Presentado el anterior escrito el día 10 de agosto pasado, a hora inhábil (21:50h), fue repartido y registrado al día siguiente hábil (11 de agosto), y una vez subsanado el defecto de falta de presentación del acuerdo corporativo que exige el artículo 45.2 d) LJCA, del que adolecía, se acordó formar la pieza separada en relación con la solicitud de medida cautelarísima.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO: Objeto de la impugnación presentada:**

Antes de entrar en el análisis de la concurrencia de los requisitos que se exigen para adoptar la medida cautelar interesada con el carácter de provisionalísima, al amparo de lo dispuesto en el artículo 135 LJCA, conviene centrar el objeto de la impugnación presentada por la actora.



El recurso se dirige frente a la Orden de la Consellería de Sanidade de 7 de agosto de 2020, y en particular, tal como se delimita en el escrito de interposición del recurso, frente a las disposiciones que ordenan el cierre de los locales de discotecas y demás establecimientos de ocio nocturno, y que fijan como hora máxima de cierre de los establecimientos de hostelería y restauración, las 00:30 horas.

Sostiene la actora, como argumentos en los que se apoya para impetrar la tutela cautelar, que la Orden objeto de recurso "no dedica ningún párrafo a exponer, tan siquiera mínimamente, la concreta necesidad sanitaria de cerrar las actividades de los locales de discotecas y demás establecimientos de ocio nocturno ni la necesidad concreta de limitar el horario de los establecimientos de hostelería y restauración a las 00:30 horas". Y todos los argumentos que desarrolla a lo largo del segundo otrosí, giran en torno a esa alegada falta de motivación y justificación, primero, y con carácter preliminar, mediante consideraciones generales que afectan a las dos medidas cuestionadas, para hacerlo a continuación de forma individualizada por cada una de ellas, y para terminar con unos argumentos que tratan de justificar el carácter urgente de la suspensión cautelar que solicita.

**SEGUNDO: Normativa sobre la adopción de medidas provisionales del artículo 135 LJCA:**

Dispone el artículo 135.1 de la Ley 29/98, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativo (LJCA), en la redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal que:

*"Cuando los interesados alegaran la concurrencia de circunstancias de especial urgencia en el caso, el Juez o Tribunal sin oír a la parte contraria, en el plazo de dos días podrá mediante auto:*

*a) Apreciar las circunstancias de especial urgencia y adoptar o denegar la medida, conforme al artículo 130. Contra este auto no se dará recurso alguno. En la misma resolución el órgano judicial dará audiencia a la parte contraria para que en el plazo de tres días alegue lo que estime procedente o bien convocará a las partes a una comparecencia que habrá de celebrarse dentro de los tres días siguientes a la adopción de la medida. Recibidas las alegaciones o transcurrido el plazo en su caso o bien celebrada la comparecencia, el juez o tribunal dictará auto sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada, el cual será recurrible conforme a las reglas generales (...)*

*b) No apreciar las circunstancias de especial urgencia y ordenar la tramitación del incidente cautelar conforme al artículo 131, durante la cual los interesados no podrán solicitar nuevamente medida alguna al amparo del presente artículo".*

El artículo 135 en la redacción vigente, no contiene una obligación de adoptar la medida cautelar interesada sin oír a la parte contraria atendidas las circunstancias de especial urgencia que concurran en el caso, sin perjuicio del

levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada una vez celebrada la comparecencia que prevé el mismo precepto.

En la redacción actual, y aun en el supuesto de que se aprecien las circunstancias de especial urgencia, el Juez o Tribunal podrá adoptar o denegar la medida, conforme al artículo 130. Esto significa que en todo caso el Juez o Tribunal al resolver una medida que se haya solicitado por la vía del artículo 135 de la Ley Jurisdiccional, deberá valorar la procedencia o no de la medida interesada según lo permita la concurrencia o no de los criterios o requisitos que fija el artículo 130.

Entre estos requisitos está, en primer lugar, que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso. Este primer requisito tiene un significado equivalente al llamado "periculum in mora" que en la anterior legislación contencioso-administrativa tenía a su vez reflejo a través del requisito consistente en "ocasionar daños o perjuicios de imposible o difícil reparación".

Además la adopción de una medida cautelar, cualquiera que sea, exige que el Juez o Tribunal examine, pondere y valore todos los intereses en conflicto, no solo los del recurrente y de la propia Administración autora del acto o disposición sino también el de los posibles interesados. Y, por último, debe tenerse en cuenta que, conforme a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 130 antes citado, la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada.

Se exige, entonces, que en este juicio valorativo se ponderen adecuadamente los intereses públicos y los perjuicios que puedan derivarse de la ejecución de la resolución objeto de recurso, teniendo en consideración, en definitiva, la gravedad e importancia de todos los intereses en conflicto.

En casos como el presente, en los que solicita por la vía del artículo 135 LJCA la suspensión cautelar de la aplicación una medida de restricción de carácter sanitario, el Tribunal Supremo (ATS de 19 de mayo de 2020 -Recurso: 122/2020-) ha optado por no apreciar las especiales razones de urgencia que son presupuesto indispensable para la resolución sobre medidas cautelares "inaudita parte" al amparo del citado precepto, vinculando esta decisión al análisis de la naturaleza de los intereses en conflicto, y la indudable preponderancia del interés general en la protección de la salud pública.

Esta labor es la que corresponde hacer ahora a este Tribunal con el fin de resolver sobre el éxito o el fracaso de la medida cautelarísima solicitada por la Asociación recurrente.



ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

**TERCERO: Argumentos en los que se apoya la solicitud de suspensión de las medidas de prevención cuestionadas. Aparente motivación de la Orden de la Consellería de Sanidade de 7 de agosto de 2020:**

Como ya se ha adelantado en el fundamento de derecho primero, el principal fundamento en el que descansa la pretensión cautelar ejercitada por la actora, consiste en la falta de motivación y justificación de las medidas de cierre de las actividades de los locales de discotecas y demás establecimientos de ocio nocturno, y la de limitación del horario de los establecimientos de hostelería y restauración a las 00:30 horas.

En esa fase tan prematura del procedimiento, y en el ámbito de actuación tan limitado del órgano judicial cuando se trata de resolver una medida inaudita *parte*, la labor de este Tribunal consiste entonces en comprobar si concurre *prima facie* la falta de motivación invocada, sin que pueda dar respuesta a varios de los argumentos que la parte actora desliza en su escrito, cuyo análisis pertenece al fondo de la impugnación presentada, el cual queda reservado a la sentencia que en su caso ponga fin al procedimiento del que dimana la presente pieza separada. Entre estos argumentos destacamos aquellos según los cuales, a juicio de la actora, los horarios solo pueden ser modificados por orden de la persona titular de la Consellería competente en la materia; el argumento que defiende el carácter científico-político y no científico-sanitario de las medidas adoptadas, y su carácter desproporcionado; el que defiende que la Administración sanitaria estaba llamada a adoptar otras medidas alternativas, menos restrictivas; y en definitiva, el argumento según el cual las medidas cuestionadas suponen una vulneración de la libertad ambulatoria reconocida en el artículo 19 CE, o de la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 del mismo cuerpo legal.

En este ámbito limitado de enjuiciamiento, y situándonos en el contexto diseñado por la normativa sobre adopción de medidas cautelares cuando se solicitan al amparo de lo dispuesto en el artículo 135 de la Ley Jurisdiccional, no se puede acceder a la pretensión cautelar instada por la Asociación recurrente, por las razones que se pasan a exponer:

Como ya se indica en el apartado primero de la Orden de la Consellería de Sanidade de 7 de agosto de 2020, su objeto consiste en establecer determinadas medidas de prevención como consecuencia de la evolución de la situación epidemiológica derivada del COVID-19 en los Ayuntamientos de A Coruña, Arteixo, Cambre, Culleredo Oleiros, Abegondo, Bergondo, Carral y Sada.

Estas medidas no se limitan a establecer restricciones a las agrupaciones de personas, que afecten a las actividades

desarrolladas en los establecimientos de hostelería y restauración, y otras actividades como las desarrolladas en locales de discotecas y demás establecimientos de ocio nocturno, sino que extienden a otras actividades como las desarrolladas en establecimientos y locales comerciales minoristas, actividades de servicios profesionales abiertos al público, en lugares de culto, etc.

No se puede compartir la alegación efectuada por la actora de que la Orden objeto de recurso no dedica ningún párrafo a exponer, tan siquiera mínimamente, la concreta necesidad sanitaria de las medidas que combate, pues su lectura permite comprobar que detrás de todas las medidas que establece, incluidas las que ahora son objeto de impugnación, subyace el interés en evitar la aglomeración de personas, de procurar que se respeten las medidas de distanciamiento, y en definitiva, de proteger la salud pública haciendo frente a los brotes y a las cadenas de transmisiones existentes, procurando garantizar su contención.

Las medidas de prevención que se recogen en la Orden de la Conselleria de Sanidade de 7 de agosto de 2020 tienen un evidente fundamento sanitario, y así se dice en la exposición de motivos, dados los riesgos de transmisión de una enfermedad contagiosa como es el COVID-19. No se puede desconocer que nos encontramos antes unas medidas de prevención que se adoptan en un contexto de emergencia de salud pública generada por la expansión del coronavirus COVID-19 a nivel de pandemia internacional, y ante la existencia de un riesgo de carácter transmisible de esta enfermedad.

La justificación *prima facie* de las medidas que combate la actora se puede encontrar a lo largo del texto de la Orden impugnada, y se completa con su exposición de motivos, en la cual se dice que el ocio nocturno, conectado con las fiestas, verbenas, y otros eventos populares, por un lado, y las agrupaciones de personas, por otro, representan los factores de mayor riesgo de transmisión del coronavirus, teniendo en cuenta la naturaleza de estas actividades, los riesgos asociados a ellas y la edad de la población a la que está afectando el virus de forma predominante.

Basta echar la vista a las noticias de las que se hacen eco los medios de comunicación para conocer la preocupante evolución del número de contagios en estos últimos días en el área geográfica a la que se extienden las medidas cuestionadas, afectando de forma predominante a los jóvenes, que es el grupo poblacional que frecuenta en mayor medida las discotecas y demás locales de ocio nocturno, así como las cafeterías, restaurantes y bares a partir de las 00:30.

La Orden impugnada en este procedimiento se caracteriza no solo por la limitación geográfica a la que van destinadas las medidas, sino también por su limitación temporal, en cuanto su eficacia queda condicionada al resultado del seguimiento y



evaluación continua a la que quedan sujetas, y por tanto, en función de la evolución de la situación epidemiológica y sanitaria.



Por lo demás, como argumento que contribuye a descartar *prima facie* la falta de justificación de las medidas adoptadas, podemos señalar que todas ellas vienen avaladas por informes de autoridades sanitarias y de un comité científico, como es el informe sobre la situación epidemiológica en la comarca de A Coruña elaborado por la Dirección General de Salud Pública, de 7 de agosto de 2020, y las Recomendaciones del subcomité clínico a que se refiere la propia Orden en su exposición de motivos.

El análisis de los argumentos que expone la actora para tratar de restar validez o credibilidad, e incluso para dudar de la existencia del comité científico, o el análisis de la discrepancias puramente semánticas entre las indicaciones o recomendaciones del subcomité clínico y el verdadero alcance de la medida de cierre de las actividades del ocio nocturno, no compete a la Sala en este estado del procedimiento, que, como se ha expuesto, debe limitar su actuación a comprobar la motivación y justificación *prima facie* de las medidas adoptadas.

Tras la solicitud de la medida cautelarísima está el interés de los empresarios del sector de la hostelería de atajar y evitar los perjuicios económicos que su ejecución está causando a un colectivo cuyos beneficios se nutren principalmente de la recaudación en épocas del año como es la época estival, gracias al turismo.

Pero la naturaleza de los intereses en conflicto, y la indudable preponderancia del interés general en la protección de la salud pública, impiden adoptar la medida cautelar interesada, por todas las razones hasta ahora expuestas, y menos aun "inaudita parte".

En consecuencia, no cabe adoptar la medida cautelarísima solicitada, y con el objeto de no hurtar a la Administración demandada la posibilidad de hacer alegaciones, y de atender a la petición subsidiaria efectuada por la parte actora, hemos de acordar que se tramite la pieza ordinaria de medidas cautelares conforme a los artículos 129 y siguientes de la LJCA.

#### **CUARTO.- Sobre las costas:**

Teniendo en cuenta la naturaleza de esta resolución, no se hace pronunciamiento en materia de costas.

Por todo lo expuesto,

**LA SALA ACUERDA:**

1. Denegar la medida cautelarísima solicitada por la "ASOCIACION PROVINCIAL DE EMPRESARIOS DE HOSTELERIA DE A CORUÑA".

2. La tramitación del incidente cautelar conforme al artículo 131 LJCA.

Todo ello sin hacer imposición de costas.

Notifíquese la presente resolución con la advertencia de que es firme por no caber contra ella recurso alguno.

Así lo acordaron y firman los magistrados/as citados/as al margen.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjuicio, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.