

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA**

SECCION TERCERA  
PO 7278/2020

**A U T O**

ILMOS. SRS.

	*
DOÑA MARIA DOLORES RIVERA FRADE	*
DON FERNANDO LOUSADA AROCHENA	*
DON FERNANDO ALAÑON OLMEDO	*

---

En la Ciudad de A Coruña a treinta y uno de agosto de dos mil veinte.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO:** La "Asociación Provincial de Empresas de Hostelería y Turismo de Lugo", la "Asociación Provincial de Empresarios de Hostelería de A Coruña", y la "Federación de Empresarios de Hostelería de la Provincia de Pontevedra" interpusieron ante esta Sala recurso contencioso-administrativo contra la Orden de la Consellería de Sanidade de 15 de agosto de 2020 por la que se modifican determinadas medidas previstas en el Acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia, de 12 de junio de 2020, sobre medidas de prevención necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, una vez superada la fase III del Plan para la transición hacia una nueva normalidad, y concretamente contra los apartados 1º subapartados 3 , 4, 5 y 6 del siguiente tenor literal:

*"El Acuerdo del Consello de la Xunta, de 12 de junio de 2020, sobre medidas de prevención necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, una vez superada la fase III del Plan para la transición hacia una nueva normalidad, queda modificado como sigue:*

*Tres. El número 3.11.2 del anexo queda redactado como sigue:*

«2. El consumo dentro del local podrá realizarse en barra o sentado en mesa, o agrupaciones de mesas, y deberá asegurarse el mantenimiento de la debida distancia de seguridad interpersonal entre clientes, tanto entre los situados en la barra como en las mesas o agrupaciones de mesas».

Cuatro. El número 3.11.4 del anexo queda modificado como sigue:

«4. En todo caso, deberá asegurarse que se mantiene la debida distancia de seguridad interpersonal entre las mesas o, en su caso, agrupaciones de mesas. La ocupación máxima será de diez personas por mesa o agrupación de mesas. La mesa o agrupación de mesas que se utilice para este fin deberá ser acorde con el número de personas y permitir que se respete la distancia mínima de seguridad interpersonal entre ellas».

Cinco. Se añade un número 3.11.5 en el anexo con la siguiente redacción:

«5. Los establecimientos de hostelería y restauración deberán cerrar no más tarde de la una de la madrugada sin que pueda permitirse el acceso de ningún cliente desde las 00.00 horas».

Seis. El número 3.34 del anexo queda redactado como sigue:

«3.34. Discotecas y resto de establecimientos de ocio nocturno.

Los locales de discotecas y demás establecimientos de ocio nocturno permanecerán cerrados.

Se entenderán por establecimientos de ocio nocturno, a efectos de lo establecido en estas medidas, las discotecas, pubs, cafés-espectáculo, salas de fiestas, así como las salas de conciertos que desarrollen sus actividades de forma análoga a los anteriores.

La medida será de aplicación tanto respecto del interior de los locales como de las terrazas de estos establecimientos».

**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.

**TERCERO:** Presentado el anterior escrito, 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 15 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 consumo dentro de los locales en barra o sentados en mesa, o agrupaciones de mesas, asegurando el mantenimiento de la debida distancia de seguridad interpersonal entre clientes, tanto entre los situados en la barra como las mesas agrupaciones de mesas; la que obliga que las mesas o agrupaciones de mesas que se utilicen para este fin sea acorde con el número de personas; la que fija como hora máxima de cierre de los establecimientos de hostelería y restauración, las 1:00 horas, sin que pueda permitirse el acceso de ningún cliente desde las 00.00 horas; y la que ordena el cierre de los locales de discotecas y demás establecimientos de ocio nocturno

Todos los argumentos que desarrollan las Asociaciones solicitantes de la medida, se reparten entre dos criterios propios de la tutela cautelar, como es el *periculum in mora*, y la apariencia de buen derecho.

**SEGUNDO: Normativa sobre la adopción de medidas provisionalísimas 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 las Asociaciones recurrentes.

**TERCERO: Argumentos en los que se apoya la solicitud de suspensión de las medidas de prevención cuestionadas, bajo el apartado de *Periculum in mora*:**

Bajo este apartado del escrito de solicitud de la medida cautelar, son varios los argumentos que sostienen las actoras, girando todos ellos sobre la existencia de graves daños y perjuicios de imposible o difícil reparación que la ejecutividad de las medidas impugnadas causaría al sector que representan, explicando para ello desde la afectación del sector por el COVID-19, hasta las consecuencias económicas y las fuertes pérdidas de ingresos que experimentarían.

Ahora bien, aun sin ignorar la importantes pérdidas que para el sector de la hostelería supone la ejecución de medidas como las que aquí se cuestionan, y aun conociendo, como ya hemos resuelto en el Auto de 13 de agosto pasado dictado en el procedimiento ordinario 7277/2020, que 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, sin embargo, hemos de llegar a la misma solución a la que se llegó en el citado procedimiento, denegando la medida provisionalísima solicitada, teniendo en cuenta la naturaleza de los intereses en conflicto, y la indudable preponderancia del interés general en la protección de la salud pública.

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.

Y tampoco que las medidas cuestionadas han sido el resultado del seguimiento y evaluación continua al que quedaban sometidas, conforme a lo establecido en el apartado sexto del Acuerdo de 12 de junio de 2020, con el fin de garantizar su adecuación a la evolución de la situación epidemiológica y sanitaria.

Se adoptaron para responder a la situación de especial riesgo derivada del incremento de casos positivos por COVID-19. Y en el caso de los locales de ocio con horario mayoritariamente nocturno (bares de copas, discotecas y salas de baile), tal como se recoge en la exposición de motivos de la Orden objeto de recurso *"constituyen actualmente el origen de los brotes epidémicos con mayor número de casos asociados (media de 31 casos identificados por brote), pero además son los brotes origen de una gran parte de la transmisión comunitaria actual y de casos en varias comunidades autónomas, debido a que afectan a grupos grandes de población, difícilmente identificables, con orígenes geográficos muy diversos y que por las grandes dificultades de localización que generan, impiden la aplicación temprana y eficaz de las medidas de control. A pesar de las medidas adoptadas por las autoridades sanitarias autonómicas para restringir o limitar la actividad de estos locales de ocio, siguieron registrándose brotes asociados a este sector de actividad. En este sentido, la propia naturaleza de la actividad que se desarrolla en el interior de estos locales dificulta enormemente la implementación práctica de otras medidas como el distanciamiento interpersonal"*.

En la ponderación de los intereses en conflicto, no puede prevalecer sobre el interés general el particular de las empresas del sector de la hostelería. Las cifras de evolución de la pandemia COVID-19 son altamente preocupantes. La curva de contagios se ha venido

incrementando en las últimas semanas en toda España y también a la comunidad autónoma gallega.

A la vista del panorama y de la realidad que se presenta como marco de actuación, no solo de las autoridades sanitarias a la hora de adoptar medidas de carácter preventivo, sino de este tribunal a la hora de resolver la medida cautelarísima interesada, la solución ha de ser la misma que la adoptada en el Auto de 13 de agosto pasado, ratificada en el más reciente de 27 de agosto. Una suspensión cautelarísima como la que se interesa significaría activar una fuente importante de contagios, que derivan no solo de la apertura de locales de ocio nocturno, y una extensión en el límite de apertura de los demás establecimientos de hostelería, sino también de una falta de distanciamiento interpersonal, que representa una de las medidas de mayor eficacia para evitar contagios.

**CUARTO.- Argumentos en los que se apoya la solicitud de suspensión de las medidas de prevención cuestionadas, bajo el apartado de "apariencia de buen derecho":**

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.

Argumentos como que la resolución impugnada no viene refrendada por el Juzgado contencioso-administrativo, por la vía del artículo 8.6 de la Ley jurisdiccional, o como la falta la publicación de la Orden Ministerial del 14 de agosto de 2020; la inexistencia de un plan de rescate del sector en la orden impugnada; la existencia de una reserva de ley; incluso la inseguridad jurídica que denuncian las actoras ante la avalancha continua de normas, medidas, órdenes, etc., y también la conculcación de derechos adquiridos, se trata de cuestiones que deberán de ser analizadas en su caso de la sentencia que se dicte en el procedimiento principal, sin que se aprecie la apariencia de buen derecho que invocan.

Además, respecto de las dos primeras cuestiones, diremos que a través de la Orden de 15 de agosto de 2020 se

introdujeron las modificaciones necesarias para adaptar las medidas de prevención previstas en el Acuerdo de 12 de junio de 2020, a lo dispuesto en la declaración efectuada por el Ministerio de Sanidad el día 14 de agosto, de actuaciones coordinadas en salud pública -previo acuerdo del Consejo Interterritorial de Salud-, para responder a la situación de especial riesgo derivada del incremento de casos positivos por COVID-19, de acuerdo con lo establecido en el artículo 65 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema nacional de salud, en cuyo apartado segundo se dice que la declaración de actuaciones coordinadas obliga a todas las partes incluidas en ella. Y tal como razona la sentencia del TSJ de Madrid de 28 de agosto pasado (Recurso de apelación 907/2020), respecto de falta de publicación del Orden comunicada, en modo alguna afectaría a su validez, sino a su eficacia, lo que tampoco se entiende que ha sucedido en ese caso, descartando un motivo de nulidad de pleno derecho como el que invocan las actoras pretendiendo con ello hacer valer un "*fumus boni iuris*" inexistente.

Por lo demás, por Auto de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 20 de agosto de 2020 se rechazó la medida de suspensión de la Orden comunicada del Estado. Y finalmente diremos que 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 consecuencia, no cabe adoptar la medida cautelarísima solicitada, y con el objeto de no hurtar a la Administración demandada la posibilidad de hacer alegaciones, hemos de acordar que se tramite la pieza ordinaria de medidas cautelares conforme a los artículos 129 y siguientes de la LJCA.

**QUINTO.- 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 "Asociación Provincial de Empresas de Hostelería y Turismo de Lugo", la "Asociación Provincial de Empresarios de

Hostelería de A Coruña", y la "Federación de Empresarios de Hostelería de la Provincia de Pontevedra".

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 haber contra ella recurso alguno.