

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

EAEko AUZITEGI NAGUSIA ADMINISTRAZIOAREKIKO AUZIEN SALA

BARROETA ALDAMAR, 10-2ª Planta-CP: 48001 Bilbao

TEL.: 94-4016655 FAX: 94-4016996

Correo electrónico:tsj.salacontencioso@justizia.eus / an.adm-auziaksala@justizia.eus

NIG PV: 00.01.3-20/000735

NIG CGPJ: 48020.33.3-2020/0000735

Procedimiento Origen: Procedimiento ordinario 770/2020

Procedimiento: Medidas cautelares 64/2020 - Seccion 3ª

Demandante: **ASOCIACION EMPRESARIAL DE HOSTELERIA DE GIPUZKOA y ASOCIACION DE EMPRESARIOS DE HOSTELERIA DE VIZCAYA**

Representante: **ARANTZANE GORRIÑOBEASKOA ETXEBARRIA y PATRICIA CALDERON PLAZA**

Demandado: **ADMINISTRACION GENERAL DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DEL PAIS VASCO**

Representante: **SERVICIO JURIDICO CENTRAL DEL GOBIERNO VASCO**

ACTUACIÓN RECURRIDA:ORDEN DE 19 DE AGOSTO DE 2020 DE LA CONSEJERA DE SALUD DE CUARTA MODIFICACION DEL ANEXO DE LA ORDEN DE 18 DE JUNIO DE 2020 DE LA CONSEJERA DE SALUD SOBRE MEDIDAS DE PREVENCIÓN NECESARIAS PARA HACER FRENTE A LA CRISIS SANITARIA OCASIONADO POR EL COVID-19 UNA VEZ SUPERADA LA FASE TRES DEL PLAN PARA LA TRANSICION HACIA UNA NUEVA NORMALIDAD, MODIFICADO POR LAS ORDENES DE 28 DE JULIO Y 7 DE AGOSTO DE 2020

AUTO

ILMOS. SRES. /SRAS.

PRESIDENTA: D.ª GARBINE BIURRUN MANCISIDOR

MAGISTRADOS: D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANIA
D. LUIS ANGEL GARRIDO BENGOETXEA

Siendo Ponente D. LUIS ANGEL GARRIDO BENGOETXEA.

En Bilbao, a veintisiete de agosto de dos mil veinte.

Dada cuenta;

HECHOS

PRIMERO.- En el recurso contencioso-administrativo nº 770/20 interpuesto por las Procuradoras Dª PATRICIA CALDERON PLAZA y Dª ARANTZANE GORRIÑOBEASKOA ETXEBARRIA, actuando en nombre y representación de Asociación de Hostelería de Bizkaia- Bizkaiko Ostalaritza Elkarte y Asociación de

Empresarios de Hostelería de Guipuzcoa, respectivamente, contra *"los apartados 3.8.1, 3.8.2 y 3.26 del Anexo de la Orden de 19 de agosto de 2020 de la Consejera de Salud del País Vasco y el apartado 3.8.1 de la Orden de 28 de julio de 2020 de la Consejera de Salud del País Vasco sobre medidas de prevención necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 una vez superada la fase 3 del plan para la transición hacia la nueva normalidad"*, se ha solicitado con carácter urgente, al amparo de lo dispuesto en el artículo 135 de la LJCA, medida cautelar consistente en la suspensión de la ejecución del acto administrativo referenciado.

SEGUNDO.- Formada la correspondiente pieza separada, se ha acordado por providencia de fecha 24 de agosto de 2020 oír a la administración demandada respecto a la solicitud formulada por la parte actora, verificando dicho traslado mediante la presentación de escrito en fecha 26 de agosto de los corrientes, con el resultado obrante en autos y quedando los mismos en la mesa del magistrado ponente a efectos de dictar la resolución procedente en derecho, habiéndose procedido a deliberar el asunto por el Tribunal en el día de ayer.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Que por la parte actora se impugnan los apartados 3.8.1, 3.8.2 y 3.26 del Anexo de la Orden de la Consejera de Salud del Gobierno Vasco de 19 de agosto de 2020, así como el apartado 3.8.1 de la Orden de la Consejera de Salud del Gobierno Vasco de 28 de julio de 2020.

SEGUNDO.- Que los elementos propiamente jurídicos para resolver sobre la suspensión de una disposición de carácter general, como es el caso, se ha tratado en diversas ocasiones por el Tribunal Supremo.

Nos referiremos al auto de dicho Tribunal de 13 de marzo de 2019 que, al respecto, recoge la siguiente doctrina:

"PRIMERO.- Conforme declara la exposición de motivos de la Ley 29/1998, de 13 de julio, la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, razón por la que la adopción de medidas cautelares que permitan asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse como una excepción sino como una facultad que el órgano judicial puede ejercitar siempre que resulte necesario, sometiéndose, claro está, a las condiciones que para ello fijan los artículos 129 a 136.

"SEGUNDO.- La vigente regulación de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo de la Ley 29/1998, de 13 de julio (Capítulo ii del Título VI), tal y como resalta la jurisprudencia de esta Sala Tercera (por todas, sentencia de 25 de julio de 2006) se integra por un sistema general (artículos 129 a 134) y dos supuestos especiales (artículos 135 y 136), caracterizándose el sistema general por las siguientes notas:

" 1º. Se fundamenta en un presupuesto claro y evidente: la existencia del *periculum in mora*. En el artículo 130.1, inciso segundo, se señala que "la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso".

" 2º. Como contrapeso o parámetro de contención del anterior criterio, el nuevo sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero. En concreto, en el artículo 130.2 se señala que, no obstante la concurrencia del *periculum in mora*, "la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero".

" 3º. Como aportación jurisprudencia! al sistema que se expone, debe dejarse constancia de que la conjugación de los dos criterios legales de precedente cita (*periculum in mora* y ponderación de intereses) debe llevarse a cabo sin prejuzgar el fondo del litigio, ya que, por lo general, en la pieza separada de medidas cautelares se carece todavía de los elementos bastantes para llevar a cabo esa clase de enjuiciamiento, y por que, además, se produciría el efecto indeseable de que, por amparar el derecho a la tutela judicial efectiva cautelar, se vulneraría otro derecho, también fundamental e igualmente recogido en el artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba.

" 4º Como segunda aportación jurisprudencia! -y no obstante la ausencia de soporte normativo expreso en los preceptos de referencia, aunque si en el artículo 728 de la LEC v 1/2000- sigue contando con singular relevancia la doctrina de la apariencia de buen derecho (*furnus boni iuris*), la cual permite (1) en un marco de provisionalidad, (2) dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y (3) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, si quiera a los meros fines de la tutela cautelar.

No obstante, debe tenerse en cuenta que la más reciente jurisprudencia hace una aplicación mucho más matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, utilizándola en determinados supuestos (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, de existencia de una sentencia que anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme, y de existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz), pero advirtiendo, al mismo tiempo, que no podrá ser tenida en cuenta al predicarse la nulidad de un acto en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión, pues de lo contrario se prejuzgarla la cuestión de fondo, ello con la consecuencia de que por amparar el derecho a la efectiva tutela judicial se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito (AATS 22 de noviembre de 1993 y 7 de noviembre de 1995 y STS de 14 de enero de 1997 , entro otros)".

" 5º. Desde una perspectiva procedimental la ley apuesta decididamente por la motivación de la medida cautelar, consecuencia de la previa ponderación de los intereses en conflicto; así, en el artículo 130.1.1º exige para su adopción la "previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto"; expresión que reitera

en el artículo 130.2 "in fine", al exigir también una ponderación "en forma circunstanciada" de los citados intereses generales o de tercero.

"6°. La solicitud podrá llevarse a cabo "en cualquier estado del proceso" (129.1, con la excepción del núm. 2 para las disposiciones generales), extendiéndose, en cuanto a su duración, "hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en que se hayan acordado, o hasta que este finalice por cualquiera de las causas previstas en esta Ley" (132.1), contemplándose, no obstante, su modificación por cambio de circunstancias (132.1 y 2).

"7°. La Ley permite que puedan acordarse "las medidas que sean adecuadas" para evitar o paliar "los perjuicios de cualquier naturaleza" que pudieran derivarse de la medida cautelar que se adopte (133.1); añadiéndose además que la misma "podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en derecho" (133.3)."

TERCERO.- Que la solicitud de la parte recurrente se basa en las siguientes alegaciones:

a) Periculum in mora.

El sector de la hostelería en el País Vasco cuenta con 13.618 establecimientos que dan empleo a 51.500 personas suponiendo una facturación del 4% de la riqueza regional. Además se han de incluir otros servicios relacionados como distribución, seguridad, etc.

El ocio nocturno está completamente cerrado.

Además, se establecen limitaciones que afectan al resto del sector en forma muy negativa: limitación de 10 personas por mesa, restricción del consumo en barra, restricción del aforo a 60 personas, cierre total de establecimientos de los grupos III y IV, prohibición de fumar a menos de 2 m. de distancia y limitación horaria.

Ello genera fuertes pérdidas en los negocios con pérdida de empleo y repercusión en el sector turístico.

b) Apariencia de buen derecho.

- La resolución no viene refrendada por un Juzgado de lo Contencioso Administrativo.

- Las Órdenes vulneran el Decreto 13/2020 del Lehendakari que avoca para sí la dirección del Plan de Protección Civil de Euskadi. Todo ello conlleva la vulneración del principio de jerarquía normativa.

- La Orden del Ministro de Sanidad de 14 de agosto de 2020 es nula por falta de publicación en el BOE.

- Falta de justificación de las medidas.

- No se respecta el principio de proporcionalidad.
- Se genera inseguridad jurídica.
- Se vulnera el principio de reserva de ley por que el régimen de los establecimientos se establece en la Ley Autonómica 10/2015, de 23 de diciembre, de Expectáculos Públicos y Actividades Recreativas.
- Se conculcan los derechos adquiridos con las correspondientes licencias.

CUARTO.- Que por la representación del Gobierno Vasco se produce una oposición a las medidas cautelares solicitadas por la parte actora. Efectúa, al respecto, las siguientes alegaciones:

- Que ante el incremento de casos de COVID-19 se dicta la Orden (comunicada) del Ministerio de Sanidad de 14 de agosto de 2020, que aprueba la declaración de actuaciones coordinadas en salud pública para responder ante la situación de especial riesgo derivada del incremento de casos del virus, que ejecutan las Comunidades Autónomas.
- Que los perjuicios a los que se refiere la parte son económicos, y por tanto, reparables.
- Que no concurre *fumus boni iuris* en la pretensión que se ejercita.
- Que concurre interés general en las medidas adoptadas por la Orden recurrida dado el alto número de focos de infección que derivan de las actividades representadas por la parte recurrente.

QUINTO.- Que el art. 130.1 de Ley 29/98 establece que la medida cautelar podrá acordarse cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder la finalidad legítima al recurso.

La parte actora hace referencia a las fuertes pérdidas que le causan al sector las limitaciones impugnadas conllevando, necesariamente, pérdida de empleo. Tales pérdidas resultan ser, en este momento, un hecho notorio aún cuando son de naturaleza económica.

Cabría plantearse si se trata de pérdidas reparables respecto de las restricciones relativas al límite de 10 personas por mesa o agrupación de mesas, restricción de consumo en barra o del aforo a 60 personas, pues cabe mantener la actividad, aún con carácter parcial, y podría, en muchos casos, ser indemnizables tales perjuicios si el recurso fuera finalmente estimado.

Ahora bien, el perjuicio de muy difícil reparación sí aparece con claridad en

relación con el cierre total de establecimientos de los grupos III y IV pues carecen de actividad y muchas empresas habrían desaparecido antes de que pudiera indemnizárseles.

En cualquier caso, los perjuicios son de difícil reparación para los afectados con lo que continuaremos con el análisis de las medidas cautelares solicitadas.

SEXTO.- Que pasaremos a analizar las alegaciones de la actora respecto de la apariencia de buen derecho de su pretensión que, para que sea un argumento decisivo en la adopción de medidas cautelares, debe tratarse de una nulidad de la resolución recurrida que resulte palpable y evidente (así auto del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2018).

Tales alegaciones de la actora son las siguientes:

a) Falta de refrendo de las medidas por los Juzgados de lo Contencioso Administrativo.

Las medidas a las que se refiere la parte son: ocupación máxima de 10 personas por mesa o agrupación de mesas; máximo de 60 personas en el interior de los locales; 10 personas en cocktails y buffets; servicio de barra con distancia física de 1,5 m. y cierre total de los establecimientos de los grupos III y IV.

El art. 8.6, párrafo segundo, de la Ley 29/98 exige autorización o ratificación judicial de medidas que impliquen privación o restricción de libertad o de otro derecho fundamental.

Tales derechos fundamentales son los recogidos en los arts. 14 a 29 de la CE. En este caso, no se afecta a dichos derechos fundamentales pues sólo se toca, de manera indirecta, al derecho de reunión pero referido a establecimientos de hostelería, no a otros ámbitos, no pudiendo considerarse que exista un derecho fundamental de reunión en establecimientos hosteleros. De ahí que no aparezca como necesaria, en los concretos aspectos aquí recurridos, la autorización o ratificación judicial.

b) Se vulnera el principio de jerarquía normativa en relación con los Decretos del Lehendakari 13/2020 y 17/2020.

Al respecto, hay que decir que el Plan de Transición a la Nueva Normalidad (BOPV 19-6-2020) da posibilidad a los titulares de los Departamentos a evaluar la evolución epidemiológica y sanitaria y a modificar el contenido de las medidas, con lo que la vulneración del principio de jerarquía normativa no aparece en este caso.

c) Nulidad de la Orden del Ministro de Sanidad de 14-8-2020, no publicada.

La no publicación no conlleva la nulidad de esta orden pues no es ejecutiva sino dirigida a las Comunidades Autónomas en base a lo previsto en el art. 65 Ley 16/2003, de 28 de mayo. Ahora bien, las medidas aquí acordadas podrían haberlo sido por la Comunidad Autónoma, sin necesidad de la Orden del Ministro de Sanidad de 14 de

agosto de 2020, en virtud de sus propias competencias sanitarias y de la Ley de Emergencias del País Vasco. Ello posibilitará analizar la motivación y proporcionalidad de la Orden que se recurre en este proceso por parte de esta Sala.

También alude la parte actora al principio de reserva de ley, que no aparece infringido en virtud de la ya citada Ley de Emergencias del País Vasco; y se alude a que se produce inseguridad jurídica, lo que la Sala entiende que no se produce pues las normas dictadas son claras y precisas.

Por consiguiente, la alegación sobre la apariencia de buen derecho no aparece, en este somero análisis en el ámbito de un incidente de medidas cautelares, con la claridad suficiente como para servir de base para la adopción de aquéllas.

SÉPTIMO.- Que, en cuanto a las concretas medidas sobre las que se pide la suspensión, distinguiremos dos grupos.

El primero se refiere a la agrupación máxima de 10 personas por mesa o agrupación de mesas, el límite de 60 personas en el interior de un local, límite de 10 personas en cocktails y buffets y consumición en barra con distancia de 1,5 m.

Se ha de analizar la motivación y proporcionalidad de tales medidas.

Al respecto, hemos de indicar que la distancia de 1,5 m. se recoge en el art. 13 del Real Decreto Ley 21/2020 (convertido en Ley por la convalidación del Congreso de los Diputados).

El resto de medidas aparecen como justificadas en el informe del Director de Salud Pública de 25 de agosto de 2020 que recoge múltiples focos de contagios cuando se producen agrupaciones significativas de personas. Con ello, ha de afirmarse que concurre interés público de control de la transmisión del virus en el establecimiento de dichas limitaciones.

El segundo grupo de medidas se refiere al cierre total de discotecas y ocio nocturno (grupos III y IV).

Al respecto, los parámetros de control son los mismos que con las anteriores medidas.

Pues bien, en el informe del Director de Salud Pública de 25 de agosto de 2020 recoge múltiples focos de contagio entre los que se incluyen discotecas y pubs, haciendo referencia a los brotes habidos en Eibar-Ermua, Zarautz, Azpeitia y, más recientemente en Gernika centrados en estas actividades y de los que, en relación con cada brote, aparece un número importante de positivos.

Cabría considerar que este criterio es contradictorio con la ampliación horaria acordada por auto de esta Sala de 14 de agosto de 2020. Al respecto efectuaremos los

razonamientos que a continuación se expondrán.

En primer lugar, que los datos aportados en este caso por la Dirección de Salud Pública son más precisos y recogen más brotes derivados de estas actividades.

En segundo lugar, que tratándose de la expansión de contagios de un virus, las medidas han de tener, necesariamente, carácter dinámico. En el supuesto enjuiciado cabe subrayar que, en la situación preexistente al dictado de la Orden de 19 de agosto de 2020, se han producido dos focos en dos discotecas en San Sebastián y un gran brote derivado de las "no fiestas" en Gernika, con lo que se justifica la medida restrictiva acordada en la Orden que aquí se recurre. Cabría oponer que alguno de los brotes a los que nos venimos refiriendo no son directamente imputables a los establecimientos pero puede considerarse como notorio el dato de hecho relativo a que la apertura de locales de ocio nocturno de madrugada, y más en zonas donde se concentran un número importante de locales, facilita la concentración de gran número de personas a esas horas, llegando a ser difícil incluso su desalojo de las calles, como así ha ocurrido en alguna población.

Por consiguiente, las medidas acordadas por la Administración aparecen, en este caso, motivadas, entendiendo la Sala, asimismo, que el interés público sanitario en este supuesto, al encontrarnos ante una pandemia, ha de considerarse como prevalente y más cuando se trata de medidas que, con carácter general, deben calificarse como proporcionadas al fin pretendido de controlar la expansión del virus.

Cuanto se ha expuesto habrá de llevar a rechazar las medidas cautelares solicitadas por la parte actora.

OCTAVO.- Que, dada la complejidad jurídica de las cuestiones que se plantean en este incidente, no procederá hacer expresa imposición de costas. (art. 139 Ley 29/98).

Por cuando antecede, la Sala

ACUERDA

1.- No haber lugar a la adopción de las medidas cautelares solicitadas por la parte actora en relación con la Orden de 19 de agosto de 2020 de la Consejera de Salud del Gobierno Vasco y la Orden de 28 de julio de 2020 de la misma Consejera.

2.- No se hace especial imposición de costas.

Llévese testimonio de esta resolución a los autos principales.

MODO DE IMPUGNAR ESTA RESOLUCIÓN: mediante **RECURSO DE REPOSICIÓN**, por escrito presentado en esta Sala en el plazo de **CINCO DÍAS**, contados desde el siguiente a su notificación, no obstante lo cual se llevará a efecto la resolución impugnada (artículo 79.1 LJCA).

Para la interposición del recurso será necesaria la previa consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con n.º 4697 0000 91 0064 20, de un **depósito de 25 euros**, debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso". Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito (DA 15.ª LOPJ).

Así por este su auto, lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados antes nombrados, componentes de este Tribunal, de lo que yo, Letrado de la Administración de Justicia, doy fe.

Medid.cautelares 64/2020-Auto 27/08/2020

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.
