

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA

PROCEDIMIENTO ORDINARIO [ORD] nº: 4 /000195/2020

N.I.G: 46250-33-3-2020-0001568

Ponente: D/Dª

Demandante/Recurrente: ASOCIACION DE LOCALES DE RESTAURACION Y OCIO DE ALICANTE

Procurador/Ltrado:

Demandado/Recurrido: CONSELLERIA DE SANIDAD UNIVERSAL Y SALUD PUBLICA

Procurador/Ltrado: /

Codemandado:

Procurador/Ltrado: /

PIEZA SEPARADA DE MEDIDA CAUTELARISIMA

MAGISTRADOS:

Presidente:

D. Antonio V. Cots Díaz

Magistrados:

Dª. Carmen Llombart Pérez

D. Antonio López Tomás

1 AUTO

En Valencia, a veintiuno de agosto de dos mil veinte

2 ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- En fecha 19 de agosto de 2020 se ha turnado recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de LA ASOCIACIÓN DE LOCALES Y RESTAURACIÓN Y OCIO DE ALICANTE contra la Resolución de la Consellería de Sanidad Universal y Salud Pública de 17 de agosto de 2020 para la adopción de las medidas establecidas en el Acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema nacional de Salud, sobre medidas de prevención frente a la Coivd-19 y mediante OTROSÍ solicita la adopción de medida cautelarísima al amparo del artículo 135 LJCA, consistente en la suspensión de la ejecución de las medidas 1.a) y 1.b) establecidas en el acto administrativo recurrido, durante la sustanciación del recurso, por los motivos que constan y que se dan aquí por reproducidos.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La asociación recurrente interpone recurso contra la referida resolución y, con carácter previo, alega la concurrencia de circunstancias de especial urgencia, pues se trata del cierre total de la actividad de un sector económico trascendente para la economía de la ciudad de Alicante. Añade que la vigencia de la resolución es de 21 días, lo que implica la totalidad de la temporada de verano y que la resolución rige desde el momento de su publicación. Asimismo, señala que no existe en la resolución mecanismos de carácter compensatorios económicos o asistenciales y de anularse la resolución recurrida, resultaría extremadamente difícil concretar los daños a efectos de solicitar una indemnización.

A continuación, justifica la adopción de la medida sobre la concurrencia de los siguientes requisitos. En primer lugar, alega la existencia de “periculum in mora”, pues indica que la resolución ha supuesto el cierre inmediato de los locales de ocio nocturno, la restricción del aforo y disposición de mesas en los locales de restauración y hostelería y la limitación de horarios, lo que ha causado gravísimos perjuicios, y se generarán pérdidas en el sector, señalando que dichos locales se encuentran cubriendo necesidades turísticas. Cita a título de ejemplo las resoluciones dictadas por el tribunal de Justicia de Aragón y por el Tribunal Superior de Justicia del país Vasco dictadas en supuestos menos gravosos.

En segundo lugar, alega la apariencia de buen derecho, y ello por los siguientes argumentos:

- i. Vulneración del principio de proporcionalidad, dado que la situación en la Comunidad Autónoma no es uniforme, con cita de manifestaciones de la propia Consellera y de datos extraídos de la página web del Centro Nacional de Epidemiología.
- ii. También hace referencia a la vulneración de la doctrina de los actos propios, pues la Consellería dictó una Resolución el 13 de agosto de 2020 para la ciudad de Valencia.
- iii. Asimismo, considera vulnerado el principio de seguridad jurídica, pues se genera confusión en el sector, dado que las categorías no se corresponden con el catálogo del Anexo de la Ley 6/2018, de modificación de la Ley 14/2010, de espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos, de la Comunidad Valenciana.
- iv. También alega vulneración del principio de jerarquía normativa, pues no es posible decretar el cierre mediante una Resolución de la Consellera ya que dichas actividades vienen amparadas en la referida Ley 14/2010.

- v. Vulneración del principio de igualdad, pues se ampara en unas cifras de contagio no extrapolables a la ciudad de Alicante.
- vi. Por otra parte, alega que los acuerdos del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud carecen de fuerza vinculante, y que la resolución de la Consellera es nula de pleno derecho y que carece de motivación, pues no consta estudio alguno que justifique la limitación y restricción en materia de ocio y restauración.

En tercer lugar, y con referencia a la ponderación de intereses, considera que el cierre del ocio nocturno supone la criminalización del sector, y apenas tiene incidencia en el repunte de casos registrados y los brotes en pubs y discotecas no representan un número especialmente significativo, y menos aún en Alicante donde el Alcalde elogió la actitud responsable del sector, y lo mismo ocurre con el punto 1,b), señalando qué justificación tiene que se restrinja la distancia entre meses cuando en el transporte público no se guarda ninguna distancia. Considera que estas medidas responden a la alarma social y como señala la propia Consellera, la mayoría de los contagios de producen por transmisión comunitaria.

SEGUNDO.- Pues bien, así planteada la cuestión, debemos determinar si concurren los requisitos fijados en la norma para entrar a analizar la pretensión cautelar instada por la asociación recurrente “inaudita parte”. Recordemos que esta urgencia debe sustentarse en circunstancias específicas de protección del derecho o interés invocado. En efecto, dispone el artículo 135 de la LJCA:

1. 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.

En cuanto se refiere a la grabación de la comparecencia y a su documentación, serán aplicables las disposiciones contenidas en el artículo 63.

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.

2. En los supuestos que tengan relación con actuaciones de la Administración en materia de extranjería, asilo político y condición de refugiado que impliquen retorno y el afectado sea un menor de edad, el órgano jurisdiccional oirá al Ministerio Fiscal con carácter previo a dictar el auto al que hace referencia el apartado primero de este artículo.»

En el supuesto enjuiciado, los motivos expuestos por la asociación recurrente referidos a la afección de un sector económico trascendente, la aplicación en plena temporada de verano y la inmediatez de la ejecución, determinan que exista esa imperiosa necesidad de su estudio, por lo que la Sala entiende que concurren los requisitos exigidos por el artículo 135 de la Ley Jurisdiccional para el análisis inaudita parte de la medida provisionalísima solicitada.

TERCERO.- La asociación recurrente solicita la suspensión de la ejecución de las medidas 1.a) y 1.b) de la resolución recurrida. La Resolución de 17 de agosto de 2020 (que ha sido objeto de una corrección de errores de 18 de agosto de 2020) señala lo siguiente:

Primero

Acordar con carácter transitorio las siguientes medidas de aplicación en toda la Comunitat Valenciana durante un periodo de 21 días naturales desde la fecha de publicación de la presente resolución, sin perjuicio de su revisión y prórroga en función de la situación epidemiológica, medidas adoptadas de conformidad con la Orden comunicada del Ministerio de Sanidad, de 14 de agosto de 2020, mediante la que se aprueba la Declaración de Actuaciones Coordinadas en Salud Pública para responder ante la situación de especial riesgo derivada del incremento de casos positivos por Covid-19:

1. Medidas de limitación y prevención por sectores

a) En materia de ocio: suspensión de actividad de los locales de discotecas, salas de baile, karaoke y bares de copas con y sin actuaciones musicales en directo.

Se suspende también la realización de karaokes y actuaciones esporádicas o amateurs de canto en los establecimientos de restauración y hostelería.

b) En materia de hostelería y restauración: en los establecimientos de hostelería, restauración, terrazas y bares o restaurantes de playa, se asegurará la distancia física de seguridad de 1,5 metros entre las mesas o, en su caso, agrupaciones de mesas. Esta distancia de 1,5 metros deberá estar medida entre las personas más próximas de las diferentes mesas o agrupaciones de mesas. La ocupación máxima será de 10 personas por mesa o agrupación de mesas.

Se permite el acceso al interior y el servicio en barra, con distancia física de seguridad 1,5 metros entre clientes o grupos de clientes. En todo caso, deberá asegurarse que se mantiene la debida distancia de seguridad interpersonal de 1,5 metros entre clientes o grupos de clientes, tanto en mesas como en barra del interior del establecimiento, así como en el exterior de dichos establecimientos.

Los establecimientos y servicios de hostelería y restauración deberán cerrar no más

00.00 horas. A partir de las 00.00 horas, el consumo en el exterior de los locales se realizará exclusivamente en el espacio delimitado y autorizado para las terrazas, sentados en mesas y cumpliendo los aforos previstos, no resultando por tanto posible la consumición de los productos o bebidas del establecimiento fuera del área limitativa de la terraza. Estas medidas son de aplicación todos los días de la semana, incluidos los festivos.

No se permitirá el consumo colectivo o en grupo, de bebidas en la calle o en espacios públicos (denominado coloquialmente «botellón»), ajeno a los establecimientos de hostelería o similares

(...)

En los Antecedentes de Hecho de la resolución de 17 de agosto de 2020 se señala lo siguiente:

Mediante Orden comunicada del Ministerio de Sanidad, de 14 de agosto, se aprueba la declaración de actuaciones coordinadas en salud pública para responder ante la situación de especial riesgo derivada del incremento de casos positivos por Covid-19.

En dicha declaración, dictada previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud en sesión celebrada el mismo 14 de agosto de 2020, se aprueban una serie de actuaciones coordinadas en salud pública 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, con el objetivo final de mantener un control suficiente de la transmisión del SARS-CoV-2 que evite la necesidad de imponer restricciones de gran impacto sobre la movilidad de las personas, con el consiguiente efecto negativo en la sociedad y en la economía del país.

Dicho acuerdo evidencia la evolución no favorable de la situación a nivel epidemiológico y la necesidad de alinear los esfuerzos conjuntos de todas las autoridades sanitarias, aconsejando establecer un mínimo común de medidas que deberán ser adoptadas por las comunidades autónomas en el ámbito competencial que les es propio. En este acuerdo se incluyen únicamente las medidas que se consideran estrictamente necesarias e imprescindibles para atajar la situación de especial riesgo para la salud pública derivada del incremento de casos positivos por Covid-19, y que, por su naturaleza, se considera que tienen un impacto muy significativo en el objetivo de prevenir y controlar la expansión de la enfermedad, medidas que se centran en el control de la transmisión en los ámbitos que actualmente son el origen de los brotes epidémicos de mayor impacto y riesgo y en medidas que puedan controlar la transmisión comunitaria asociada a esos brotes que se detectan a través de la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica.

CUARTO.- Dicho lo cual, analicemos los argumentos expuestos en la solicitud de tutela cautelar, desde la perspectiva de la carga de la prueba.

El primero de los argumentos expuestos en la solicitud de tutela cautelar hace referencia, como antes se ha señalado, a la concurrencia del “periculum in mora”. En

efecto, en el artículo 130 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, el criterio elegido para decidir la suspensión cautelar es que la ejecución pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso -exigencia que viene a representar lo que tradicionalmente se ha denominado el requisito del "periculum in mora"-, siendo reiterada la doctrina jurisprudencial que subraya que la razón de ser de la justicia cautelar se encuentra en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme suponga la pérdida de la finalidad del proceso y que el aludido requisito forma parte de la esencia de la medida cautelar pues, en definitiva, con ella se intenta asegurar que la futura sentencia pueda llevarse a la práctica de modo útil [por todos Auto del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2018 (rec. 677/2017) y resoluciones que en él se citan].

Así las cosas, la asociación recurrente sustenta la pretensión sobre la base de los perjuicios económicos, haciendo referencia a las graves pérdidas del sector y que la mayoría de estos establecimientos no puedan reabrir sus puertas una vez pasado el periodo establecido (de 21 días). Pues bien, esta alegación debe desestimarse y ello por cuanto, como señala el auto del Tribunal Superior de Galicia, en la pieza de medidas cautelares 7277/2020, de fecha 13 de agosto de 2020, en referencia al interés de los empresarios del sector de la hostelería de atajar y evitar los perjuicios económicos que la ejecución de una medida de estas características está causando a un colectivo cuyos beneficios se nutren principalmente de la recaudación en épocas del año como es la estival, se señala que *"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"*. En efecto, frente a lo expuesto por la asociación actora, se alza con singular relieve, por otra parte, el interés general que subyace en la aplicación de la Resolución autonómica en cuestión. 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".

QUINTO.- La asociación recurrente alega, como segundo argumento, la concurrencia de apariencia de buen derecho. En este punto no cabe olvidar que únicamente puede concederse la suspensión cautelar atendiendo a la concurrencia del "fumus boni iuris" si se está ante un supuesto de fuerte presunción de ilegalidad de la norma o precepto cuya suspensión se solicita, como es el caso de las disposiciones que han sido ya anuladas o que lo van a ser con toda probabilidad por ser, prácticamente, reiteración de otra ya eliminada de la vida jurídica, 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 (STS Sala 3ª, Sección 5ª, de de 7 de diciembre de 2012 —recurso de casación número 5164/2011—, entre otras).

Y en el supuesto ahora concernido no puede afirmarse en la presente sede cautelar, en aplicación de la jurisprudencia transcrita, que la razón aparezca de forma clara a favor de la asociación recurrente, al no haberse invocado por éste en el presente incidente cautelar la concurrencia de ninguno de los supuestos que en la doctrina jurisprudencial transcrita se recogen.

Así, se señala la vulneración del principio de proporcionalidad, porque la situación de la Comunitat Valenciana no es uniforme. Aporta la información extraída de la página del Centro Nacional de Epidemiología, que fija el número reproductivo instantáneo en 0,78 para Alicante a fecha 9 de agosto de 2020. Ello no obstante, previa comprobación, se observa que dicha información, actualizada a fecha 16 de agosto de 2020, se fija en 0,93, por lo que la tendencia es al alza. A ello se añade que, como se establece al pie del gráfico:

El número de reproducción básico instantáneo (Rt) es el número promedio de casos secundarios que cada sujeto infectado puede llegar a infectar en una etapa de tiempo (t). Estimaciones realizadas con los datos individualizados notificados a la RENAVE. Es importante resaltar que todos los resultados son provisionales y deben interpretarse con precaución porque se ofrece la información disponible en el momento de la extracción de datos.

En Castellón la cifra es de 1,13 y en Valencia de 0,95, por lo que estamos ante situaciones ciertamente semejantes que impiden apreciar la quiebra del principio de proporcionalidad.

También se alega que la propia Comunidad Valenciana está mejorando sus datos, pero se hace referencia a la Actualización 187, pero hay que tener en cuenta que en la actualización 188 (actualizada a 19 de agosto de 2020) hay 18.172 casos de Covid 19 confirmados en la comunidad, y en la Actualización 189 (actualizada a 20 de agosto de 2020) y disponible en la misma página web, los casos aumentan a 18.647.

Lo expuesto hasta aquí determina que deba desestimarse igualmente la siguiente alegación, relativa a la vulneración de la doctrina de los actos propios, pues, como observamos, la situación va variando día a día de manera ciertamente preocupante, lo que determina que las autoridades competentes deban adoptar medidas en el ámbito de sus competencias atendiendo a dicha variación. Tampoco se vulnera el principio de igualdad pues las cifras del contagio, como vemos, son similares

en las tres provincias.

SSEXTO.- Igual suerte desestimatoria deben correr los demás motivos referidos a la apariencia de buen derecho. En efecto, se alega la existencia de vulneración del principio de seguridad jurídica, ya que se genera “confusión”, pues las categorías no se corresponden con los epígrafes de la Ley 14/2010, de la Generalitat valenciana, de espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos, y que se vulnera el principio de jerarquía normativa. Pues bien, dichos alegatos no ponen de relieve transgresión a la legalidad por parte de la resolución administrativa, sin que tampoco se desarrolle argumentalmente en qué medida se crea esa confusión y en qué medida afecta a la tutela cautelar.

La Resolución por otra parte, se encuentra motivada, pues expresa los elementos que determinan la adopción de las medidas atendiendo a la evolución no favorable de la situación a nivel epidemiológico y la necesidad de alinear los esfuerzos conjuntos de todas las autoridades sanitarias. La Resolución no se basa, solamente, en la Orden del Ministerio de Sanidad, y para ello basta observar los Fundamentos de Derecho de la misma, por lo que las alegaciones referidas a la existencia de apariencia de buen derecho deben desestimarse.

SÉPTIMO.- Resta por analizar la cuestión relativa a la ponderación de intereses. Se alega que el cierre del ocio nocturno supone la criminalización del sector, sin sustento alguno, citando lo resuelto por el Tribunal Superior de Justicia del país Vasco, y que el ocio nocturno apenas tiene incidencia en el repunte de casos registrados, mencionando el caso de Baleares y que lo mismo ocurre con las medidas establecidas en el punto 1.b).

Tenemos que volver a remitirnos a lo dispuesto en el art. 130.2 de la Ley 29/1998 que permite al órgano jurisdiccional, previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, denegar la medida cautelar cuando de ella pueda seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada. Y esto es precisamente lo que sucede en el presente caso. Las resoluciones dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia que se citan en el escrito de solicitud de medidas resuelven las especiales situaciones que en dichos recursos se suscitan. También el TSJ de Galicia, como antes hemos citado, dictó auto denegando la pretensión cautelar. Hay que estar al caso concreto.

Por lo que a la criminalización del sector, podemos decir que el Ministerio de Sanidad Consumo y Bienestar Social en referencia a la unanimidad en la adopción de

actuaciones coordinadas para controlar la transmisión de la Covid-19, indica en su Nota de Prensa que “el ocio nocturno es actualmente el origen de los brotes epidémicos con mayor número de casos asociados, una media de 31, y además son dichos brotes el origen de una gran parte de la transmisión comunitaria actual y de casos en varias CCAA”. En el Informe de actualización 189 se señala lo siguiente:

Dentro de los brotes activos, el ámbito en el que se ha recogido un mayor número de brotes y casos continúa siendo el social, representando el 31,6% de los brotes activos y el 38,7% de los casos. Entre ellos destacan los brotes vinculados a locales de ocio, con 58 brotes y alrededor de 2.700 casos, y aquellos relacionados con reuniones familiares y de amigos (229 brotes y alrededor de 1.600 casos).

Por todo lo expuesto, procede denegar la medida cautelarísima solicitada, y de conformidad con el artículo 135 LJCA, dará audiencia a la parte contraria para que en el plazo de tres días alegue lo que estime procedente.

OCTAVO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 LJCA no ha lugar a hacer especial pronunciamiento sobre costas

1 LA SALA ACUERDA

1.- NO HA LUGAR A ADOPTAR LA MEDIDA CAUTELARÍSIMA interesada por la representación procesal de la ASOCIACIÓN DE LOCALES DE RESTAURACIÓN Y OCIO DE ALICANTE.

2.- Dese traslado a la administración para que en el plazo de tres días alegue lo que a su derecho convenga

3.- Todo ello sin hacer imposición de costas.

Notifíquese este auto a las partes

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno

Así lo acuerdan, mandan y firman, los Ilmos. Sres. anotados al margen