

MARIA CONSUELO URIS LLORET

**T.S.J.MURCIA SALA 1 CON/AD
001 - MURCIA**

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Modelo: N66070
PALACIO DE JUSTICIA, RONDA DE GARAY, 5
DIR3:J00008050
Teléfono: Fax:
Correo electrónico:
Equipo/usuario: UP3
N.I.G: 30030 33 3 2020 0000634

Procedimiento: PMU PIEZA DE MEDIDAS CAUTELARISIMAS 0000266 /2020

PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000266 /2020

Sobre PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

De D/ña. FEDERACION REGIONAL DE EMPRESARIOS DE HOSTELERIA Y TURISMO (HOSTEMUR)

Abogado: MARÍA TERESA ROYO REPOLLÉS

Procurador: OLGA NAVAS CARRILLO

Contra D/ña. CONSEJERIA DE SALUD

Abogado: LETRADO DE LA COMUNIDAD

Procurador:

A U T O

Compuesta por los Ilmos. Sres.:

Dña. Maria Consuelo Uris Lloret
Presidente

Dña. Leonor Alonso Díaz- Marta

Dña. Ascensión Martín Sánchez

D. José María Pérez-Crespo Payá
Magistrados

En Murcia, a ocho de septiembre de dos mil veinte

HECHOS

ÚNICO. - Ante esta Sala se interpuso recurso contencioso administrativo por la Federación Regional de Empresarios de Hostelería y Turismo de Murcia contra la Orden de 15 de agosto de 2020 de la Consejería de Salud, por la que se adoptan medidas extraordinarias en la Región de Murcia, para la aplicación y ejecución del Acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud sobre 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, y concretamente, contra los apartados 5.1 y 5.4 del artículo 5 de la Orden, que disponen:



5.1. *Queda suspendida la actividad de los establecimientos de ocio dedicados a discotecas, salas de baile, karaoke, pubs, bares de copas con y sin actuaciones musicales en directo, a que se refiere el subapartado 9 del apartado II del anexo del Acuerdo de Consejo de Gobierno de 19 de junio de 2020.*

5.4. *La hora máxima de cierre nocturno de los establecimientos a que se refiere el apartado 2 de este artículo queda fijada en las 01.00 horas, no pudiendo admitirse nuevos clientes a partir de las 00:00.*

Mediante otrosí del escrito de demanda la parte actora solicitó la suspensión de la ejecución de la disposición impugnada, sin previa audiencia de la parte demandada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. – Como se ha expuesto en los antecedentes, se impugna en el recurso contencioso administrativo la Orden de la Consejería de Salud de 15 de agosto de 2020 (BORM 16 agosto), por la que se adoptan medidas extraordinarias en la Región de Murcia, para la aplicación y ejecución del Acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud sobre 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.

La parte actora recurre concretamente los apartados 5.1. y 5.4 del artículo 5 de la Orden.

El apartado 5.1 dispone:

Queda suspendida la actividad de los establecimientos de ocio dedicados a discotecas, salas de baile, karaoke, pubs, bares de copas con y sin actuaciones musicales en directo, a que se refiere el subapartado 9 del apartado II del anexo del Acuerdo de Consejo de Gobierno de 19 de junio de 2020.

Y el apartado 5.4:

La hora máxima de cierre nocturno de los establecimientos a que se refiere el apartado 2 de este artículo queda fijada en las 01.00 horas, no pudiendo admitirse nuevos clientes a partir de las 00:00.

El apartado 2 del artículo dispone:



Las actividades que desarrollan los establecimientos de hostelería, restauración y terrazas, así como en los bares y restaurantes de playa, previstos en el subapartado 8 del apartado II del anexo del Acuerdo de Consejo de Gobierno de 19 de junio de 2020, se realizarán con los asistentes sentados en mesas o agrupación de mesas, siendo 10 el número máximo de personas que pueden participar en cada una de ella.

Por tanto, la hora máxima de cierre nocturno (01.00 horas) se establece para los establecimientos de hostelería, restauración, terrazas, bares y restaurantes de playa.

SEGUNDO. - Solicita la parte actora la medida cautelar de suspensión de la vigencia de los citados apartados de la disposición recurrida, sin previa audiencia de la Administración demandada. Después de referirse a los criterios jurisprudenciales fijados en relación con el artículo 135 de la Ley Jurisdiccional, alega que en el presente supuesto concurren todos los requisitos para la adopción de la medida.

Así, y respecto al *periculum in mora*, entiende que, de no accederse a suspender la aplicación de la disposición de carácter general, en los concretos apartados impugnados, se causarían daños y perjuicios de imposible o difícil reparación al sector de la hostelería.

Expone con detalle las cifras del sector, señalando que supone en términos generales el 6,2% del PIB nacional, generando 1,7 millones de empleo anuales, 8,8% del total de la ocupación nacional. Señala también los datos de Murcia, concretamente, 8.314 establecimientos censados, de los cuales la mayor parte corresponden a la rama de restauración y de ocio nocturno, que da empleo a 35.300 personas. En 2018 el conjunto del sector facturó 2.116 millones de euros, lo que supone el 3,9% de la riqueza regional. Además, vinculado a él, giran otros muchos sectores y profesionales tan importantes para la economía como el de la alimentación, bebidas, distribución, seguridad, iluminación, sonido... Añade que es también un sector que juega un papel imprescindible en la cultura española, estando íntimamente correlacionado con el sector turístico. Pese a esta importancia, el sector es especialmente vulnerable, según alega la actora, por su particular fragmentación, con negocios en su mayoría pequeños, que funcionan con márgenes menores que la media de todos los sectores nacionales y con niveles de capitalización también por debajo de la media nacional y está sujeto a una mayor exposición ante los ciclos económicos al estar íntimamente relacionado con el poder adquisitivo de los consumidores. Especial problemática ofrece el ocio nocturno, que ya se estaba viendo resentido por la evolución del ocio hacia otro tipo de divertimentos más diurnos, o nocturnos, más íntimos y privados por desarrollarse en viviendas particulares o peñas, o zonas públicas no controladas, como es el caso de los conocidos “botellones” más propios de los jóvenes. Sectores, por otro lado,



mucho menos castigados por las medidas sanitarias y que, sin embargo, mueven más volumen de reuniones.

Se refiere también la recurrente a la afectación del sector por el Covid 19, desde el Decreto 463/2020, de 14 de marzo de declaración del Estado de Alarma, que ordenó el cierre inmediato de todos los establecimientos de hostelería y restauración desde esa misma fecha. Posteriormente, mediante la Orden regional de 19 de junio de 2020, y su posterior modificación el 22 de julio, los establecimientos sufrieron una gran merma de actividad por limitación de aforos principalmente. Además, se les obligaba a incurrir en nuevas inversiones para adaptar sus respectivos locales a las exigencias sanitarias para prevención de COVID. Con fecha 21 de julio fue publicada una nueva modificación de las medidas restrictivas (BORM nº 167) que vino a prohibir la actividad de las discotecas en el interior de los locales, a limitar a los pubs, bares de copas y ocio nocturno la hora de cierre a las 22:00 horas en cuanto a la actividad en el interior del local, y a establecer una hora máxima de cierre nocturno, para las discotecas y para el resto de los establecimientos de las 02:00 horas. Pero es que, además, las medidas de higiene para el desarrollo de actividad en los establecimientos de hostelería y restauración de la Orden 668/2020 fueron particularmente estrictas. La adopción de estas medidas, que han convertido a este sector en el más seguro de los que posibilitan la reunión social, ha determinado que muchos negocios hayan cerrado ya, siendo su recuperación prácticamente imposible por las fuertes pérdidas sufridas. Y los que han conseguido sobrevivir han sufrido una disminución de su actividad e ingresos. Sin embargo, no se establece un plan de rescate para el sector, ni se acogieron por la Administración una batería de propuestas alternativas que fueron presentadas por la recurrente ante el Gobierno de la Región de Murcia.

Añade la recurrente que con las medidas ahora impuestas no se garantiza una menor profusión del virus, y el número de contagios en unos y otros locales no ha sido significativo si se compara con el producido a resultas de reuniones sociales privadas o centros de mayores. Y en aquellas Comunidades en las que ya se habían implantado medidas sanitarias restrictivas a estos negocios, se ha confirmado que ello no ha derivado en un descenso de casos de Covid19. Por otro lado, cualquier medida ha de adecuarse necesariamente a la realidad de cada zona. Y la realidad de esta Comunidad es distinta a la que señala la Administración demandada, e incluso dentro de la propia Comunidad, el contagio por COVID 19 no es el mismo entre los distintos municipios.

Cita la parte el auto del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 13 de agosto en el que, habiendo sido impugnada la limitación horaria hasta las 01:00 horas aplicada a toda la Comunidad autónoma aragonesa, suspendió su aplicación de manera cautelarísima al considerar no justificada la aplicación genérica de tal medida a todo el territorio cuando los estudios arrojaban número más preocupantes en comarcas claramente definidas.



Igualmente, el auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña nº 239/2020 de 31 de julio de 2020, que acordó la suspensión de la medida por considerar que no se había acreditado la efectividad y resultar desproporcionadas sus consecuencias económicas. Y en el mismo sentido, el Tribunal Superior de Justicia de País Vasco por Auto de 14 de agosto de 2020 al constatarse que los brotes de contagio en negocios de locales, incluso de los llamados “ocio nocturno” no habían sido significativos.

Por otra parte, entiende la recurrente que la *persecución* que está sufriendo el sector no se corresponde con la laxitud en la adopción de medidas en otros sectores, como es el transporte público.

Para fundamentar la medida cautelar, se alega también la apariencia de buen derecho. Así, señala la parte actora que el objeto de la resolución recurrida es dar efectividad a la Orden del Ministerio de Sanidad de 14 de agosto de 2020 que aprueba la declaración de actuaciones coordinadas entre las Comunidades Autónomas referida a un ámbito material, el sanitario. Salvo aquellas comunidades que transcriben literalmente la Orden Ministerial, la mayoría las traspone adaptándolas a lo que consideran adecuado. Se dice en la exposición de motivos de la norma recurrida que traspone dichas medidas, que se publican por imperativo legal. Si bien, la Orden Ministerial ni siquiera está publicada en el Boletín Oficial del Estado.

En segundo lugar, insiste la recurrente en la falta de justificación de las medidas, y en el agravio comparativo que suponen en relación con otros sectores. Invoca el artículo 76.2 de la Ley 7/2002, de Ordenación Sanitaria, y, entiende que, de acuerdo con esta norma, solo si se justifica un riesgo inminente y extraordinario ostentará tales facultades excepcionales la Administración. También cita el artículo 3 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Sanidad, y considera, por todo ello, que la Administración, para acordar las medidas impugnadas, debería acreditar: 1) que los establecimientos afectados por la medida son focos de contagio del virus 2) que las medidas a acordar van a repercutir positivamente en el interés general con un claro descenso en la propagación del virus; 3) y, que son las medidas idóneas en contenido y duración (en este caso, se han acordado de manera indefinida) a tal fin no existiendo otras que causen menores perjuicios al sector.

Considera, igualmente, que la Exposición de Motivos de la resolución nada técnicamente plausible recoge para justificar el cierre definitivo de este tipo de locales, ni tampoco la limitación horaria, que se refiera de manera particularizada a esta Comunidad. Por el contrario, hace referencia a la situación del país, en general, reconociendo que no hay un nivel de contagio uniforme entre las Comunidades Autónomas, siendo Murcia una de las que muestra índices menores de propagación. Es prácticamente un calco despersonalizado de las que están siendo aprobadas en cada Comunidad Autónoma.



Invoca también la parte actora el principio de seguridad jurídica, ante la profusión de normas en relación con este sector, y sus modificaciones. Entiende, asimismo, que se han vulnerado los derechos adquiridos de los locales afectados por las medidas que solicitaron y obtuvieron una licencia de actividad y apertura que les habilita a permanecer abiertos conforme a unas determinadas condiciones.

La demandante se refiere, por último, al interés general, y considera que la Administración está partiendo de un error al equiparar actividades privadas, no controladas, con actividades profesionalizadas en las que se garantiza la seguridad y protección tanto de clientes como de trabajadores. Reitera, que, a pesar de las medidas sanitarias previamente impuestas a este sector, los contagios –no necesariamente en estos establecimientos- siguen aumentando. Por tanto, este sector desde el principio de la crisis ha respondido con toda la responsabilidad, con solidaridad, cumpliendo escrupulosamente las medidas sanitarias impuestas hasta ahora por la Autoridad. Es la Administración quien debería haber cargado con la responsabilidad de implantar medidas de registro y trazabilidad que permitieran la identificación y seguimiento de los casos que aparecieran.

TERCERO. – Procede resolver en primer término sobre una cuestión de orden procesal, pues la parte actora ha solicitado “sin perjuicio de que pueda reiterarse esta petición en la comparecencia contemplada en el artículo 135 de la Ley Jurisdiccional... el recibimiento a prueba de este incidente de medidas cautelares, a fin de poder acreditar, además de lo probado con los documentos que se acompañan a este escrito, la efectividad idoneidad y proporcionalidad y el carácter irreparable de los perjuicios que pueden causarse a los establecimientos asociados a mi representada si no se accede al otorgamiento de las medidas cautelares aquí solicitadas, así como la falta de lesión a los intereses públicos en caso de que se acceda al otorgamiento de estas medidas cautelares”.

La petición de la parte actora no puede ser acogida, y ello por dos razones. En primer lugar, la apertura de un trámite de prueba es incompatible con la especial urgencia alegada, y, por tanto, no está previsto en el artículo 135 de la Ley Jurisdiccional. En segundo lugar, incumbe a la parte actora, solicitante de la medida, aportar todos aquellos documentos en que fundamente la tutela cautelar que demanda de este tribunal. Ha tenido ocasión de hacerlo con el escrito de interposición del recurso contencioso administrativo, por lo que no procede la admisión de ningún nuevo documento, y como es evidente, y no requiere de mayores argumentaciones, cualquier otro tipo de prueba distinta de la documental resultaría impertinente e inútil para la acreditación de los hechos y circunstancias en que se basa la petición de la medida.



CUARTO.- El artículo 129.1 de la Ley Jurisdiccional dispone que “Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia”.

Y el artículo 135 regula la adopción de la medida sin previa audiencia de la parte demandada:

“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”.

QUINTO. - La primera cuestión que ha de examinarse es si existen razones de especial urgencia para resolver, *inaudita parte*, sobre la medida cautelar interesada.

Como ya se ha expuesto, la medida se solicita al amparo del artículo 135 de la Ley Jurisdiccional, alegando la parte recurrente que el periodo estival a efectos de facturación del sector abarca principalmente desde junio hasta septiembre, y las consecuencias de perder un solo día de facturación, con la situación que arrastra el sector, repercute negativamente en el negocio de manera exponencial.

La Orden parcialmente recurrida se dictó el día 15 de agosto, publicándose en el BORM al día siguiente, y desde esa fecha está aplicándose. Hemos de convenir con la parte actora que el sector de hostelería y ocio nocturno tiene su mayor facturación en el periodo estival en los meses de junio a septiembre, y ciertamente, las circunstancias que concurren durante el verano son las más favorables para este tipo de actividad social (vacaciones, buen tiempo, actividad turística, entre otras). Atendiendo, por tanto, a los inevitables perjuicios que las medidas están causando en el sector desde la fecha de efectividad de la disposición recurrida, -especialmente en esta época estival- considera la Sala que hay razones para resolver con carácter urgente sobre la medida solicitada, sin perjuicio de la decisión que se adopte, y de su posible mantenimiento, levantamiento o modificación una vez haya sido oída la Administración, en los términos establecidos en el artículo 135 de la Ley Jurisdiccional.



SEXTO. - El artículo 129 de la Ley Jurisdiccional establece:

“1. Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, 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.

2. 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”.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre los requisitos necesarios para la adopción de medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo. Así, en Auto de 23 de marzo de 2015, en relación con una disposición general (artículo 14.3 del Reglamento General de Costas) declara:

<<Siendo así, resulta pertinente recordar ante todo los términos en que procede acceder a la tutela cautelar en sede contencioso-administrativa atendiendo a nuestra jurisprudencia. En el sentido expuesto, el Auto de 15 de marzo de 2004 RC 6127/2001 ofrece una síntesis completa de los criterios determinantes de la procedencia de la suspensión con carácter general y las razones sobre las que se asientan tales criterios:

"La decisión sobre la procedencia de las medidas cautelares debe adoptarse ponderando las circunstancias del caso, según la justificación ofrecida en el momento de solicitar la medida cautelar, en relación con los distintos criterios que deben ser tomados en consideración según la LJCA y teniendo en cuenta la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional. Criterios que, según la jurisprudencia de esta Sala (Cfr. SSTs 15 de septiembre, 10 de noviembre y 4 de diciembre de 2003), pueden resumirse en los siguientes puntos:

a) Imposibilidad de prejuzgar el fondo del asunto. Las medidas cautelares tienen como finalidad que no resulten irreparables las consecuencias derivadas de la duración del proceso. De modo que la adopción de tales medidas no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso. Como señala la STC 148/1993 *"el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitado en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal"* (Cfr. ATS de 20 de mayo de 1993).

b) El periculum in mora, constituye el primer criterio a considerar para la adopción de la medida cautelar. Si bien, ha de tenerse en cuenta que el aseguramiento del proceso, no se agota, en la fórmula clásica de la irreparabilidad del perjuicio, sino que su justificación puede presentarse, con abstracción de eventuales perjuicios, siempre que se advierta que, de modo inmediato, puede producirse una situación que haga ineficaz el proceso. No obstante, se debe tener en cuenta que la finalidad asegurable a través de las medidas cautelares es la finalidad legítima que se deriva de la pretensión formulada ante los Tribunales.

c) Necesidad de justificación o prueba, aun incompleta o por indicios de aquellas circunstancias que puedan permitir al Tribunal efectuar la valoración de la procedencia de la medida cautelar: la mera alegación, sin prueba alguna, no permite estimar como probado, que la ejecución del acto impugnado hace perder al recurso contencioso-administrativo su finalidad legítima. El interesado en obtener la suspensión tiene la carga de probar que las consecuencias de dicha ejecución, en el caso concreto de que se trata, privan de su verdadera función al proceso, sin que baste una mera invocación genérica.



d) El criterio de ponderación de los intereses concurrentes es complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso y ha sido destacado frecuentemente por la jurisprudencia: *"al juzgar sobre la procedencia [de la suspensión] se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión, con mayor o menor amplitud, según el grado en que el interés público esté en juego"*. Por consiguiente, en la pieza de medidas cautelares deben ponderarse las circunstancias que concurren en cada caso y los intereses en juego, tanto los públicos como los particulares en forma circunstanciada. Como reitera hasta la saciedad la jurisprudencia *"cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto"* (ATS 3 de junio de 1997, entre otros muchos).

e) La apariencia de buen derecho (*fumus bonis iuris*) supuso una gran innovación respecto a los criterios tradicionales utilizados para la adopción de las medidas cautelares. Dicha doctrina permite valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar.

La Ley de la Jurisdicción de 1956 no hacía expresa referencia al criterio del *fumus bonis iuris*, como tampoco lo hace la vigente LJCA, cuya aplicación queda confiada a la jurisprudencia y al efecto reflejo de la LEC/2000 que sí alude a este criterio en el art. 728. 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 ATS 14 de abril de 1997; 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, de los riesgos de la doctrina al señalar que *"la doctrina de la apariencia de buen derecho, tan difundida, cuan necesitada de prudente aplicación, debe ser tomada en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general, declarada previamente nula de pleno derecho o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro ya anulado jurisdiccionalmente, pero no [...] 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 prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera 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, entre otros)">>.

SÉPTIMO. - Como se ha razonado en el anterior fundamento de derecho, es evidente que la medida acordada por la Administración causa perjuicios en el sector de la hostelería, sobre todo en el caso de cierre de locales dedicados al ocio nocturno. Ahora bien, ello no puede dar lugar, por sí solo, a la suspensión de la aplicación de la disposición impugnada, ya que resulta fundamental valorar si el interés general exige la inmediata efectividad de las medidas extraordinarias acordadas en la Orden de 15 de agosto para la aplicación y ejecución en la Región de Murcia del Acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud sobre 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.

La parte actora insiste en que la actividad de hostelería y ocio nocturno es segura, pues se han implementado todas las medidas que, desde la declaración del estado de alarma, se han ido exigiendo a los profesionales del sector, tanto en las distintas fases de la desescalada como en la denominada *nueva normalidad*. Alega, igualmente, que el cierre de locales de ocio nocturno y las distintas restricciones que se están imponiendo en la hostelería dan lugar a que las actividades de ocio nocturnas se lleven a cabo en ambientes menos seguros. Y existen, además, otras actividades que generan mucho mayor riesgo de contagio de COVID 19, como es el transporte.

Estas alegaciones no pueden tener acogida, pues los *botellones*, a que se refiere la recurrente, están prohibidos ya desde antes de la declaración de pandemia por COVID 19, y las reuniones de más de seis personas se encuentran también prohibidas por Orden de la Consejería de 26 de agosto. En cuanto a la comparación que hace la recurrente con otras actividades, como es el transporte público, debe precisarse que este es un servicio esencial, que no puede ser limitado ni suprimido, salvo en este caso con carácter excepcional, como puede ser previa declaración por el Gobierno de la Nación del estado de alarma.

Ello no significa que no deban adoptarse por las distintas Administraciones todas las medidas necesarias para evitar contagios en el transporte público.

Insiste la recurrente en que no consta un mayor riesgo de contagio por razón de la asistencia a establecimientos de hostelería o de ocio nocturno. Esta afirmación, sin embargo, tampoco podemos compartirla, puesto que, desde la finalización del estado de alarma, y, especialmente desde el mes de julio, se han sucedido los rebrotes de COVID 19, muchos de ellos con foco en establecimientos de ocio nocturno, como ha podido comprobarse simplemente a través de noticias en prensa.

En la nota de prensa publicada tras la reunión del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud en fecha 15 de agosto, (página web del Ministerio de Sanidad) se señala lo siguiente:

“El Ministerio de Sanidad y las comunidades autónomas han acordado hoy por unanimidad, en el Consejo Interterritorial celebrado de forma extraordinaria, actuaciones coordinadas en Salud Pública para actuar ante el incremento de casos de la COVID-19. En concreto son once medidas de control en siete ámbitos diferentes, tres recomendaciones y una indicación de observancia de los aspectos incluidos en el "Plan de Respuesta Temprana en un escenario de control de la pandemia por COVID-19".

"Se han declarado formalmente medidas coordinadas en materia de Sanidad que van a ser adoptadas de forma conjunta por todas las comunidades y ciudades autónomas", ha



resaltado el ministro de Sanidad, Salvador Illa, quien ha añadido que "eso demuestra una vez más el trabajo compartido y coordinado que estamos haciendo, desde el inicio de la pandemia, para prevenir la transmisión de la COVID-19 y proteger la salud del conjunto de los ciudadanos y ciudadanas, cosa que quiero agradecer a todas las comunidades autónomas".

Estas medidas 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 aquellas que puedan controlar la transmisión comunitaria asociada a esos brotes que se detectan a través de la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica.

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.

Por ello, una de estas medidas consiste en el cierre de discotecas, salas de baile y bares de copas con y sin actuaciones musicales en directo. Y, de forma complementaria, en los establecimientos de hostelería, restauración, terrazas y bares/restaurantes de playa se debe garantizar la distancia interpersonal mínima de 1,5 metros en el servicio en barra y también entre mesas, con un máximo de 10 personas por mesa. El horario de cierre de los establecimientos será la 1:00 h. como máximo, sin que puedan admitirse nuevos clientes a partir de las 00:00 h."

Hace referencia la actora al preámbulo de la Orden recurrida, y considera que no recoge ningún dato técnico que justifique el cierre definitivo de este tipo de locales, ni tampoco la limitación horaria.

Frente a ello cabe decir que, en dicha Exposición de Motivos, Preámbulo o Introducción de la Orden, se incluyen datos técnicos, no sólo a nivel nacional, sino también, de la Región. Así, se indica lo siguiente:

"En estos últimos días, la evolución de los contagios y brotes por COVID-19 en la práctica totalidad de las comunidades autónomas ha generado una preocupación creciente en las Autoridades Sanitarias, pese a la constante aprobación y adopción de medidas y disposiciones, que se han ido aplicando en los diferentes territorios en los dos últimos meses para intentar frenar el incremento de casos.

Pese a ello, la realidad de los contagios, con cifras cada vez más alarmantes, y el paulatino incremento de los ingresos hospitalarios, que hacen temer una segunda oleada de pandemia con el consiguiente riesgo que ello comporta ante un posible colapso del Sistema Nacional de Salud, ha impulsado al conjunto de Administraciones sanitarias a la aprobación por unanimidad, en fecha 14 de agosto, de un Acuerdo por el Pleno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, sobre 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 el conjunto del Estado la evolución de la enfermedad durante las últimas semanas desde junio hasta el momento actual, refleja una línea ascendente que se va acentuando paulatinamente, de modo que hasta el 12 de agosto se habían notificado a través de la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica un total de 1.155 brotes de COVID-19 con 13.071 casos, continuando activos 822 de estos brotes con 9.217 casos.

Si bien el nivel de incidencia en la propagación de la enfermedad no es uniforme en todas las comunidades autónomas, habiendo destacado alguna de ellas por los altísimos índices de contagios, la gravedad de la situación en el conjunto del país ha obligado a tomar



una decisión conjunta y unánime por todas las Administraciones sanitarias autonómicas y la estatal para procurar mitigar este incremento exponencial de casos y conseguir, al menos, que los niveles de contagio se reduzcan a unos límites que puedan ser asumibles por los diferentes sistemas de salud.

Esta declaración de actuaciones coordinadas se adopta, en el marco de las funciones de coordinación general de la sanidad atribuidas a la Administración General del Estado y de las previsiones contenidas en el artículo 65 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, que posibilita su adopción en situaciones de especial riesgo para la salud pública y que además obliga a todas las Administraciones sanitarias que conforman el Sistema Nacional de Salud.

En dicha declaración se han establecido un total de siete bloques de medidas y recomendaciones desglosados por sectores de actividad, algunos de los cuales inciden en la propia Administración en lo que se refiere a las actuaciones prioritarias o esenciales que debe afrontar, mientras que otros que tienen que ser observados de modo directo por el conjunto de ciudadanos o por determinados sectores concretos de la actividad económica y social, a los que va dirigido.

En el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, también se ha incrementado en el último mes y medio las cifras de brotes y contagios, en especial en determinados municipios, que han obligado a las autoridades sanitarias regionales a aprobar numerosas medidas de carácter restrictivo, unas de ámbito general y otras de carácter localizado o específico, que se han venido aplicando en relación a diversos sectores de la actividad económica, o también a determinadas zonas geográficas. Todo ello con la finalidad de intentar atajar el aumento preocupante de los casos de COVID 19, que en estos momentos presentan cifras del inicio de la pandemia. En este punto, es obligado reflejar que las cifras actuales en nuestra Región evidencian un nivel de contagio que casi supera al de los peores momentos de la pandemia, por lo que la adopción de estas nuevas medidas restrictivas, aun dolorosas para el conjunto de la sociedad, resultan imprescindibles para evitar incluso tener que adoptar otras de naturaleza más drástica.

En consecuencia, a los efectos de garantizar la aplicación de las medidas y recomendaciones aprobadas en el referido Acuerdo de 14 de agosto de 2020 del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud y concretar el contenido y aplicación de aquellas, la Consejería de Salud considera necesario proceder a la promulgación de la presente Orden en la que se establecen una serie de medidas restrictivas para la prevención y contención de la pandemia, que resultarán de aplicación para el conjunto de los ciudadanos de la Región.
(...)"

OCTAVO. – Como se ha expuesto en el anterior fundamento de derecho, tras la finalización del estado de alarma, y, fundamentalmente, en los meses de julio y agosto, se han ido produciendo distintos rebrotes en todo el territorio nacional, también en la Región de Murcia.

El incremento de brotes y contagios en nuestra Comunidad Autónoma puede comprobarse en la página web de la Consejería de Salud, y, concretamente en el Informe epidemiológico semanal Covid 19, que hasta la fecha del informe (2 de septiembre), recoge los siguientes datos (acumulados desde 10 de mayo):

-9.135 casos confirmados de COVID-19 (con 7.429 por diagnóstico PCR).



-207 ingresados en hospitales de la Región, de los cuales 36 se encuentran en UCI.

-Se ha dado el alta epidemiológica a 4.968 pacientes (3.366 con diagnóstico PCR).

-160 fallecimientos (incluyendo casos con diagnóstico por anticuerpos).

-Las pruebas diagnósticas realizadas para la detección de coronavirus han sido 201.320.

En el mismo informe se indica que en 1.032 casos (27.5%) el contagio procede de otros ámbitos, principalmente de ámbitos de ocio.

Esos mismos datos para el día 7 de septiembre son de 5.017 casos activos (10.969 acumulados), 265 pacientes hospitalizados, de ellos 50 en UCI, y 164 fallecidos. La incidencia acumulada es de 165,3.

Corresponde a las autoridades sanitarias acordar las restricciones que sean necesarias y proporcionadas para evitar la propagación de COVID 19, y, frente a lo que alega la parte actora, y sin que se prejuzgue en modo alguno la resolución que en definitiva se dicte en el proceso, existen datos que permiten considerar que la actividad de ocio nocturno y la de restauración constituyen un riesgo de transmisión del virus, lo que además se explica en gran medida por las características de este tipo de reuniones sociales. Por ello, y teniendo en cuenta la alta infectividad y virulencia del SARS-CoV-2 y su rápida propagación mediante cadenas de contagios, debe, en principio, suprimirse o limitarse cualquier actividad que la facilite.

En cuanto al horario de cierre, el límite establecido permite evitar mayor afluencia de personal, y que, en definitiva, los establecimientos de restauración se conviertan en realidad en ocio nocturno, pues la actividad de restauración y, en general, de bares, cafeterías y establecimientos similares, no parece que usualmente se realice más allá del horario que impone la Orden recurrida.

Por último, la aplicación de las medidas a todo el territorio de la Región resulta justificada en atención a la movilidad existente entre los distintos municipios, de modo que cualquier contagio o rebrote que se produzca en alguno de ellos puede suponer un riesgo para los restantes, o al menos para los próximos. Es también habitual en esta Región el traslado en fines de semana a segundas residencias, por lo que las limitaciones o restricciones en algunas zonas y no en otras pueden no tener la eficacia que con ellas se persigue.



Valorando por ello los intereses en conflicto, debe prevalecer frente al particular de la actora el general de evitar la transmisión de una enfermedad infecciosa que ha ocasionado miles de fallecimientos en nuestro país. Ciertamente, y como alega aquélla, el sector de hostelería y ocio nocturno se ve afectado por las medidas acordadas, pero esta afectación entendemos que es reparable, como lo evidencia la propia alegación de la recurrente de que no han ido acompañadas de un plan de choque o de propuesta de orden económico para paliar la crisis que, inevitablemente, va a sufrir. Esta afectación económica no es exclusiva de este gremio, pues son muchos otros los que también ven limitada su actividad por razón de la pandemia.

El interés prevalente es, en todo caso, la salud pública, y así lo han argumentado también las Salas de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (auto de 21 de agosto de 2020) y de Galicia (auto de 31 de agosto), entre otras.

En cuanto al auto invocado por la parte actora, dictado por la Sala del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, ha de precisarse que este mismo tribunal, por auto de 27 de agosto, ha desestimado la solicitud de suspensión de la aplicación de medidas similares a las que aquí son objeto de impugnación. Y la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, por auto de 13 de agosto de 2020 no accede a la suspensión en relación con determinadas medidas para el ocio y restauración acordadas para algunas comarcas y municipios de Aragón, y sólo acuerda la suspensión para la limitación del horario en los establecimientos de hostelería y restauración en todo Aragón a la 01.00 horas.

Por último, la medida se ha acordado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65.1 y 2 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, que dispone que las actuaciones coordinadas en salud pública deben responder, entre otras situaciones, a aquellas de especial riesgo o alarma para la salud pública.

De todo lo expuesto hemos de concluir, sin prejuzgar el fondo del asunto, que existe en la actualidad un incremento del número de contagios por COVID 19 en todo el ámbito nacional, y también en la Región de Murcia, y que, en principio, la actividad de hostelería y ocio nocturno es susceptible de originar contagios e incluso rebrotes de la enfermedad, por lo que, valorando el interés general este ha de prevalecer frente a los intereses defendidos por la recurrente.

NOVENO. – _Como antes se ha expuesto, invoca la demandante el principio *fumus bonis iuris*, incluyendo en el mismo varios motivos de impugnación que no pueden ser resueltos en un incidente cautelar como el que nos ocupa, al afectar al fondo del asunto. Así sucede con el posible *rescate* del sector, o falta de publicación de la Orden del Ministerio de Sanidad de 15 de agosto, o la alegada vulneración de derechos adquiridos.



No se aprecia, en principio, ninguna causa de nulidad de pleno derecho de la Orden impugnada, que determine la procedencia de acordar la suspensión de su eficacia.

DÉCIMO. - Por lo expuesto, no ha lugar a la medida cautelar *inaudita parte* solicitada por la recurrente, sin que sean de apreciar circunstancias para un especial pronunciamiento en costas (artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional).

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación, y siendo ponente la Magistrada **Ilma. Sra. Dña. María Consuelo Uris Lloret**

LA SALA ACUERDA:

1) No ha lugar a acordar la medida cautelar solicitada por la Federación Regional de Empresarios de Hostelería y Turismo de Murcia de suspensión, sin previa audiencia de la Administración demandada, de los apartados 5.1 y 5.4 del artículo 5 de la Orden de 15 de agosto de 2020 de la Consejería de Salud, por la que se adoptan medidas extraordinarias en la Región de Murcia, para la aplicación y ejecución del Acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud sobre 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.

2) Dese traslado a la Administración demandada para que en el plazo de tres días alegue lo que a su derecho convenga.

3) No procede hacer especial pronunciamiento en costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno.

Así por este su auto, lo pronuncian, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados anotados al margen; doy fe.

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 perjudicados, cuando proceda.

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

