



**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: 00.01.3-20/000684

NIG CGPJ: 48020.33.3-2020/0000684



Procedimiento Origen: Procedimiento ordinario 718/2020

Procedimiento: Medidas cautelares 55/2020 - Sección 3ª

Demandante: ASOCIACION DE HOSTELERIA DE BIZKAIA-BIZKAIKO OSTALARITZA ELKARTEA y ASOCIACION DE EMPRESARIOS DE HOSTELERIA DE GUIPUZCOA
Representante: PATRICIA CALDERON PLAZA y ARANTZANE GORRIÑOBEASKOA ETXEBARRIA

Demandado: ADMINISTRACION GENERAL DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DEL PAIS VASCO
Representante: SERVICIO JURIDICO CENTRAL DEL GOBIERNO VASCO

ACTUACIÓN RECURRIDA: INCISO DEL APARTADO 3.26.1 Y APARTADO 3.26.3 DEL ANEXO DEL A ORDEN DE 28 DE JULIO 2020, DE LA CONSEJERA DE SALUD POR LA QUE SE MODIFICA EL 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 OCASIONADA POR EL COVID-19 UNA VEZ SUPERADA LA FASE 3 DEL PLAN PARA LA TRANSICION HACIA LA NUEVA NORMALIDAD.

AUTO

ILMOS. SRES.:

PRESIDENTE: D. LUIS ANGEL GARRIDO BENGOETXEA

MAGISTRADOS: D.ª ANTONIO GARCIA MARTINEZ

D. JOSE FELIX LAJO GONZALEZ

Siendo Ponente D. LUIS ANGEL GARRIDO BENGOETXEA.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso-administrativo nº 718/20 interpuesto por las Procuradoras PATRICIA CALDERON PLAZA y ARANTZANE GORRIÑOBEASKOA ETXEBARRIA , actuando en nombre y representación respectivamente de Asociación de Hostelería de Bizkaia- Bizkaiko Ostalaritza Elkartea y Asociación de Empresarios de Hostelería de Guipuzcoa, contra el inciso del apartado 3.26.1 y apartado 3.26.3 del anexo de la orden de 28 de julio de 2020, de la Consejera de Salud, 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 provisionalísima consistente en la suspensión de la ejecución del acto administrativo referenciado.

SEGUNDO.- El trece de agosto de 2020, la Administración demandada presentó escrito mediante el cual se opuso a la medida cautelar solicitada. A continuación quedaron los autos en la mesa del magistrado ponente a efectos de dictar la resolución procedente en derecho.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Que por la parte actora se impugna el último inciso del apartado 3.26.1 y el apartado 3.26.3 del Anexo de la Orden de 28 de julio de 2020, solicitando la medida cautelarísima, inaudita parte, de suspensión de dichos apartados.

La Sala, dada la trascendencia de la solicitud, ha acordado oír a la Administración demandada por dos días sobre esta solicitud, convirtiéndose así la medida en cautelar.

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 advirtiéndolo, 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 prejuzgaría 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.

" 6º. La solicitud podrá llevarse a cabo "en cualquier estado del proceso" (129.1,

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).

" 7º. 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, tras indicar que sólo se han registrado incidencias en un 4,11% en Bizkaia y ninguna en Gipuzkoa, en las siguientes alegaciones:

a) Periculum in mora.

La orden impugnada, en materia de horarios, supone dejar sin efecto lo establecido al respecto por el Reglamento 17/2019, que desarrolla la Ley 10/2017, y que fue aprobado por el Consejo de Gobierno.

Las limitaciones impuestas en la Orden impugnada desnaturalizan las actividades y ponen en peligro el empleo de alrededor de 4.000 trabajadores.

b) Ponderación de intereses.

La parte considera que las medidas impuestas carecen de soporte técnico o informe sanitario que las justifiquen, pudiendo haberse optado por medidas menos gravosas.

De hecho, la parte entiende que debe mantenerse el límite de aforo para evitar aglomeraciones y que el horario sea el del art. 32 del Reglamento 17/2019, sin las ampliaciones previstas en el apartado 8 (grupo III hasta las 3:00 h. y Grupo IV hasta las 5:00.).

c) Apariencia de buen derecho.

– Se vulnera el principio de jerarquía normativa al vulnerar el Decreto 17/2019.

Se vulnera el principio de proporcionalidad, previsto en la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.

Asimismo, la eliminación de las pistas de baile, colocando en su lugar mesas, desnaturaliza la actividad suponiendo, de hecho, su desaparición y más si se une esta medida a los límites horarios.

Se debería actuar quirúrgicamente, o por zonas si es necesario, pero no hacerlo de forma indiscriminada.

- Vulneración del principio de seguridad jurídica.

No se ha fijado la duración de las medidas.

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:

a) En cuanto al *periculum in mora*, los recurrentes lo que plantean son intereses de naturaleza económica, proviniendo tales perjuicios no solo a la orden recurrida sino a la declaración del estado de alarma y a la normativa posterior.

Se indica que se fija la misma hora de cierre que el resto de establecimientos y servicios de hostelería, restauración, txokos y sociedades gastronómicas.

b) Respecto a la ponderación de los intereses en juego, la orden se basa en el control de la pandemia que sufrimos, tratándose de proteger a la población general. Se trata de defender el derecho a la salud reconocido en el art. 43.1 C.E.

Entiende que se trata de medidas proporcionadas y razonables que se refieren a actividades de ocio lo que, intrínsecamente, genera relajación en los ciudadanos creando situaciones incontrolables con riesgo para la salud y posibilidades de contagio.

c) No aparece con claridad la apariencia de buen derecho de las pretensiones que se ejercitan por la parte recurrente.

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

La parte actora alude a graves problemas económicos derivados de las medidas restrictivas impuestas a sus actividades, con límites horarios y supresión de pistas de baile, que afectarían a unos 4.000 trabajadores y que, prueba de ello es que, en las condiciones impuestas muchos establecimientos no han abierto, quedando sus trabajadores en ERTE.

La Administración demandada hace referencia a que los perjuicios que se esgrimen por los recurrentes tienen naturaleza económica y que muchos de ellos provienen de las restricciones derivadas del estado de alarma y no de la Orden recurrida.

La Sala entiende que en este caso concurre la posible pérdida de la finalidad legítima del recurso pues es cierto que se trata de actividades con licencia y que la misma recoge las medidas a cumplir por aquellas en un marco normativo representado por un marco (Reglamento 17/2019, aprobado por el Consejo de Gobierno Vasco). Las limitaciones

que aquí se impugnan son muy importantes (horarios, imposibilidad de uso de las pistas de baile) que desnaturalizan la actividad de los grupos III y IV, solapándose con el resto de actividades hosteleras. De esta forma, el desarrollo específico de la oferta de dichos grupos no resulta posible y puede llevar incluso al cierre de empresas con lo que una sentencia hipotéticamente favorable a los intereses de la parte carecería de efectividad respecto de un número considerable de afectados.

Es cierto el argumento del Gobierno Vasco respecto a que la mala situación económica del sector no deriva sólo de la Orden impugnada sino de las medidas adoptadas durante el estado de alarma. Ahora bien, esta Orden, que modifica la previa de 18 de junio de 2020, introduce las limitaciones de horario y no uso de pistas de baile que superan, con mucho las limitaciones de aforo y la necesidad de distanciamiento que se imponen al resto de actividades hosteleras, incluyendo los grupos III y IV, y que permiten el desarrollo a las demás actividades de hostelería en el horario y con las características propias del servicio que prestan, lo que no ocurre con las aquí recurrentes.

De ahí que el perjuicio para la parte actora deba considerarse de muy difícil o imposible reparación.

SEXTO.- Que, por otra parte el art. 130.2 Ley 29/98 establece que, no obstante la concurrencia del requisito del art. 130.1, "*la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero*".

En este caso, es la defensa de la salud pública derivada de la pandemia del COVID-19 la que se esgrime por el Gobierno Vasco como elemento obstativo para la adopción de la medida cautelar. La parte actora solicita la suspensión de la ejecutividad de dos cuestiones recogidas en la Orden recurrida: limitación horaria y eliminación de pistas de baile con mesas en su lugar.

Analizaremos cada una de estas cuestiones por separado. En primer lugar, el apartado 3.26.3 de la Orden de 28 de julio de 2020, establece que las discotecas y el resto de establecimientos de ocio nocturno deberán cerrar no más tarde de la 1:30 h. con treinta minutos de desalojo. La parte propone aplicar el límite horario fijado para los días de diario en el Reglamento de Espectáculos y Actividades Recreativas, de forma que el grupo III cerraría a las 3:00 h. y el grupo IV a las 5:00 h.

La Administración defiende la medida como proporcionada y razonable.

Al respecto, indicaremos que se trata de limitaciones a derechos previamente reconocidos a los recurrentes por su licencia municipal y por el Reglamento 17/2019.

Pues bien, la documentación aportada por el Gobierno Vasco para justificar la necesidad de la medida de limitación horaria para proteger la salud pública se centra, a parte de múltiples noticias de prensa de sobra conocidas en dos documentos. El primero, recoge la situación de los brotes de COVID-19 en Euskadi a 27 de julio de 2020, de la misma fecha y firmado por el Director de Salud Pública y Adicciones. Se hace referencia a brotes habidos desde el 12 de mayo al 24 de julio de 2020 en diversos puntos de Euskadi. De los grupos III y IV aparecen dos brotes en discotecas y uno en un pub.

Diversos brotes aparecen en bares y restaurantes, que no son objeto de este recurso, y en cualquier caso, se dan brotes en otras muchas actividades tales como residencias de mayores, hospitales, empresas, temporeros, centro de día, una cooperativa, un curso, un gimnasio, brotes domiciliarios, barbacoa, centro de menores inmigrantes, campamento

de verano, asociación vecinal, piso de emancipación, jóvenes procedentes de Jaca, etc...

Como puede apreciarse los brotes de pubs y discotecas no representan un número especialmente significativo.

El segundo documento, firmado también por el Director de Salud Pública y Adicciones indica que la reducción del horario es una medida preventiva por el "*mayor relajamiento a avanzadas horas de la noche*".

Como puede apreciarse se trata de una presunción con cierta lógica pero que no tiene en cuenta que se limita el aforo de estas actividades y que, en las que tienen un horario de cierre más tardío (discotecas) existe personal de seguridad que tiene la posibilidad de hacer cumplir el resto de normas preventivas.

A ello añadiremos que el horario que se fija para pubs y discotecas en la Orden de 28 de julio de 2020 se solapa con el de bares y restaurantes sin dejar franja específica alguna para el ocio nocturno.

En definitiva, habida cuenta de lo limitado del número de focos de COVID-19 detectados en actividades del grupo III y IV y los perjuicios que el horario limitado les causa, a los que antes hemos hecho referencia, la Sala, en este punto, adoptará la medida cautelar solicitada por la parte actora.

SÉPTIMO.- Que también se solicita la suspensión del apartado 3.26.1 de la Orden impugnada que alude a que no podrán utilizarse las pistas de baile y se instalarán mesas en su lugar.

Se trata de un elemento propio e identificativo de la actividad de discoteca.

Ahora bien, teniendo presentes el resto de limitaciones recogidas tanto en la Orden impugnada como en el Real Decreto Ley 21/2020, nos encontraríamos con que habría que garantizar en la pista de baile tanto el uso de mascarilla como la distancia de 1,5 m. entre grupos que no estuviesen previamente juntos.

Encontrándose en uso las pistas de baile, lo cierto es que el cumplimiento de tales limitaciones deviene extremadamente difícil para los responsables de los establecimientos al poder mezclarse grupos así como la propia dificultad de mantener la distancia de 1,5 m.

El hecho de que se instalen mesas permite la separación de los grupos que no acudan juntos y ha de considerarse como proporcionada a las exigencias sanitarias actuales que se imponen al sector de la hostelería.

De ahí, que se rechace por la Sala la adopción de la medida cautelar instada por la parte en este punto.

OCTAVO.- Que, dada la problemática jurídica planteada en este supuesto, no procederá a hacer expresa imposición de las costas de este incidente (art. 139 Ley 29/98).

Por cuando antecede, la Sala

ACUERDA

1º.- **SUSPENDER LA EJECUTIVIDAD** de la **Orden de 28 de julio de 2020** de la Consejera de Salud del Gobierno Vasco, en el apartado **3.26.3** del Anexo de Medidas de Prevención, en relación con el horario de cierre de las actividades de los grupos III y IV del Reglamento de Espectáculos y Actividades Recreativas.

Se fija el horario de cierre del grupo III a las 3:00 h. y el del grupo IV a las 5:00 h.

2º.- **DENEGAR LA SUSPENSION** solicitada del último inciso del apartado **3.26.1** del Anexo de la Orden impugnada, en relación con las pistas de baile.

3º.- No hacer expresa imposición de las costas de este incidente.

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 0055 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 55/2020-Auto 14/08/2020

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.
