

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el presente recurso contencioso-administrativo, interpuesto por la procuradora Sra. GORRIÑOBEASCOA ETXEBARRIA en nombre y representación de la ASOCIACION DE HOSTELERIA DE BIZKAIA-BIZKAIKO OSTALARITZA ELKARTE, ASOCIACION DE EMPRESARIOS DE HOSTELERIA DE GIPUZKOA Y SEA EMPRESAS ALAVESAS, contra “ **El inciso relativo a las reglas de reapertura del apartado 9.1) del Anexo del Decreto 44/2020 y La disposición tercera del Decreto 4/2021, de 22 enero, del Lehendakari, de tercera modificación del Decreto 44/2020, de 10 de diciembre**”, que al amparo de lo dispuesto en el artículo 135, en relación con el art. 130 de la LJCA, ha solicitado la “MEDIDA CAUTELARISIMA, INAUDITA PARTE, DE SUSPENSIÓN DE VIGENCIA DEL INCISO RELATIVO A LAS REGLAS DE REAPERTURA DEL APARTADO 9.1) ANEXO DEL DECRETO 44/2020, 10 DE DICIEMBRE, DEL LEHENDAKARI, PRORROGADO OIR DECRETO 4/2021, DE 22 ENERO”.

SEGUNDO.- Formada la correspondiente pieza separada, se ha acordado por Providencia 4 de febrero de 2021, oír a la Administración demandada, que habrá de presentar sus alegaciones, como máximo, el lunes día 8 a las 12:00, convocándose al Tribunal para la deliberación de la medida cautelar solicitada para el martes día 9 a las 9:30 horas. Verificado dicho traslado mediante la presentación de escrito en fecha 8 de febrero de los corrientes, con el resultado que 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.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Que por las Asociaciones de Hostelería de Bizkaia, de Gipuzkoa y SEA, Empresas Alavesas, se recurre en vía contencioso administrativa el apartado 9.1 del Anexo del Decreto 44/2020, de 10 de diciembre, del Lehendakari y la Disposición 3ª del Decreto 4/2021, de 22 de enero, del Lehendakari, de tercera modificación del Decreto 44/2020, de 10 de diciembre. Fue solicitada medida cautelarísima de suspensión del apartado 9.1 del anexo del Decreto 44/2020.

Por providencia de 4 de febrero de 2021 se acordó oír al Gobierno Vasco por 48 horas sobre dicha solicitud, continuándose en un incidente de medida cautelar.

La parte actora basa su solicitud en los siguientes aspectos:

- a) El periculum in mora se produce dado que el número de municipios en zona roja está subiendo exponencialmente, cercenándose la actividad hostelera a la que se causan unos perjuicios económicos de difícil reparación ya que una parte importante del sector se ve abocado al cierre definitivo.
- b) El interés general de no favorecer la transmisión del virus se respeta ya que las medidas adicionales impuestas por el Decreto 44/2020, de 10 de diciembre, hicieron que la apertura de la hostelería no generase subida de contagios, siendo, por tanto, eficaces y solicitándose que la apertura mantenga tales condiciones.
- c) Se vulnera el principio de proporcionalidad, no encontrándose justificada la medida adoptada.



- d) Se vulnera el principio de seguridad jurídica al no establecerse duración para el cierre decretado.

Por su parte, la representación del Gobierno Vasco contesta a esta petición solicitando que se deniegue y aduciendo, al respecto, que no resulta patente el periculum in more derivado de la norma impugnada, sin que se cuantifiquen los daños económicos de las medidas cuya suspensión se pretende; que se trata de un acto discrecional, que no es arbitrario y se justifica en la alta expansión del virus, con un criterio objetivo (incidencia superior a 500 sobre 100.000 habitantes), que se adopta tras varias reuniones del Consejo Asesor y habiendo analizado todo tipo de datos. Adjunta, entre otros muchos gráficos y documentación, informe del Director de Salud Pública y Adicciones de 3 de febrero de 2021 sobre el riesgo de transmisión del COVID-19 en actividades hosteleras.

SEGUNDO.- Que, inicialmente, hemos de clarificar el ámbito en el que se enmarca la presente resolución.

En primer lugar, que lo que se deciden son medidas cautelares, y no cautelarísimas puesto que se ha dado audiencia a la Administración demandada, que, aun cuando el plazo ha sido de dos días, se trata de un plazo que entra en el ámbito del art. 131 Ley 29/98 que fija un plazo para ello que no exceda de 10 días, pero que puede ser inferior.

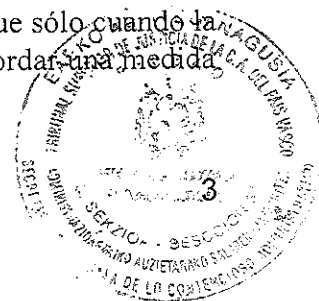
En segundo lugar, que la suspensión que se solicita por la parte actora lo es del apartado 9.1) del Anexo del Decreto 44/2020, de 10 de diciembre, prorrogado por Decreto 4/2021, de 22 enero, ambos del Lehendakari. El precepto hace referencia a la posibilidad de reapertura de los establecimientos de hostelería y restauración en los municipios de más de 5.000 habitantes cuando la tasa de incidencia acumulada de casos positivos por COVID-19 en los últimos 14 días que sea inferior a 500 por cada 100.000 habitantes, debiendo permanecer cerrados si la tasa es igual o superior a la citada. Obvio resulta decir que la consecuencia de la adopción de la medida cautelar solicitada sería la de que los establecimientos de hostelería y restauración puedan permanecer abiertos con una incidencia superior a 500 por 10.000 habitantes en los últimos catorce días.

Tal apertura no sería incondicional pues la propia parte actora parte de hacerlo con las medidas establecidas en el punto 3 del apartado 9 del Decreto 44/2020, de 10 de diciembre, en la redacción dada por el Decreto 4/2021, de 22 de enero, es decir, servicio de terraza, 50% del aforo interior, distancia de al menos metro y medio entre personas sentadas en mesas diferentes, agrupaciones de 4 clientes máximo por mesa, no pudiéndose unir dos mesas o más, prohibiéndose el consumo en barra o de pie, debiendo hacerse en mesa.

A ello se ha de añadir (apartado 9.2 del Decreto 44/2020, de 10 de diciembre) el cierre de los locales se fija a las 20:00 horas y el de apertura no antes de las 6:00 horas, pudiendo entregarse pedidos hasta las 21:00 horas y el reparto domiciliario hasta las 22:00 horas.

TERCERO.- El artículo 130.1 de la UCA expresa que Previa valoración circunstancias 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 al recurso ". Añade en su apartado 2 que " 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 ".

Conforme a la norma procesal y a la jurisprudencia, es sabido que sólo cuando la ejecución del acto pueda hacer perder su finalidad al recurso procede acordar una medida



cautelar. El denominado requisito o presupuesto *periculum in mora* y que, de acuerdo con nuestra doctrina jurisprudencial, viene a traducirse en la necesidad de que, al menos indiciariamente, se constate que la ejecución del acto administrativo objeto de impugnación podrá tener una incidencia lesiva sobre los intereses o derechos del recurrente de tal entidad o naturaleza que, en el supuesto de que la impugnación jurisdiccional tenga éxito, el resultado procesal obtenido resultará inútil para reparar de manera satisfactoria la lesión producida. De este requisito, y por lo que ahora interesa, solo vamos a añadir que, como enseña nuestro Alto Tribunal, a la hora de valorar la pérdida de la finalidad del recurso debemos referirnos a la finalidad específica o propia de tal recurso, a lo concretamente solicitado en el mismo y no a ningún otro tipo de compensación o equivalente (normalmente económico); esto es, ha de estarse en dicho juicio apreciativo a la satisfacción "in natura" de la pretensión deducida en el recurso. Si efectuando una operación de hipótesis resultase que, caso de no adoptarse la medida cautelar, una eventual estimación del recurso no hiciere factible tal satisfacción "in natura", ciertamente habría de mantenerse la ineficacia del proceso para su fin propio, con lo que concurriría el requisito de que aquí se trata.

Igualmente es bien conocido y lo hemos recordado en el auto de 15 de Septiembre de 2020, que no está positivizada la apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris* en la regulación general de las medidas cautelares en sede jurisdiccional contencioso administrativa (artículo 129 , 130 y concordantes UCA) y, tampoco, en el concreto régimen específico del artículo 135. Como indica el Auto del Tribunal Supremo de 18-7-2006 se trata de un criterio que, no recogido expresamente en la Ley Jurisdiccional aunque sí en el artículo 728 LEC , permite realizar una valoración de los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar, con carácter provisional y en los casos delimitados por la jurisprudencia (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 de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz), dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva.

CUARTO.- Que, entrando en el análisis de los requisitos exigidos por la adopción de una medida cautelar, el primero de ellos es el *periculum in mora*. Ciertamente, en los muy numerosos municipios en la denominada "zona roja" el cierre de las actividades hosteleras es total hasta que salgan de tal zona con lo que, al carecer de ingresos, se genera un grave quebranto económico.

Es notorio y resulta muy difícil reparación ante la realidad del cierre definitivo de un número no desdeñable de negocios, de forma tal que una posible indemnización futura, de producirse, no restablecería la situación fáctica actual.

Desde el punto de vista de los intereses en conflicto, no cabe desconocer la situación pandémica en la que nos encontramos y la alta incidencia del virus COVID-19 en el momento actual, lo que exige medidas que dificulten su expansión.

En el informe de la Dirección de Salud Pública y Adicciones del Gobierno Vasco de 3 de febrero de 2021, se recoge que la incidencia mínima del virus se produjo el 27 de diciembre de 2020, iniciándose después una escalada que nos lleva a la situación actual que, al parecer, se encuentra en una ligera bajada. Lo cierto es que para esa fecha



con importantes limitaciones, la hostelería llevaba abierta 15 días. No es un periodo muy amplio pero sí supera los 10 días de aislamiento actualmente exigidos para positivos y contactos de positivos, y los 14 días de incidencia acumulada, sin que tal incidencia se elevase lo más mínimo.

Tampoco puede desconocerse que días antes de la escalada del nivel de contagios se adoptaron diversas medidas en relación, fundamentalmente, con la movilidad y, sobre todo, comenzaron a producirse encuentros de familiares y amigos en espacios privados con motivo de las celebraciones navideñas. Tales encuentros, según una parte importante de los epidemiólogos puede producir en torno al 80% de los contagios.

De tal forma, la primera conclusión a la que ha de llegarse es que no aparece con claridad la influencia de la apertura de los establecimientos hosteleros con el elevado nivel de incidencia del virus tras la celebración de la Navidad.

Por otra parte, tal apertura queda sometida a importantes medidas de corrección de la actividad que permiten minimizar los riesgos de su desarrollo para la salud pública. Dichas medidas, recogidas por la propia Administración demandada cuando la incidencia es inferior a 500 sobre 100.000 habitantes, limitan de forma importante la actividad en cuanto a horarios, aforos, distancia entre mesas, ocupación de mesas, prohibición de uso de la barra o consumo de pie. Ha de indicarse que, durante el mes de diciembre, se han considerado medidas adecuadas al no aparecer en dicho mes subida de contagios con la hostelería abierta en estas condiciones.

En definitiva, la conjugación de los intereses en conflicto hace que la Sala entienda que la apertura de la actividad hostelera, en las condiciones antedichas, no aparece en este momento como un elemento de riesgo cierto y grave para la salud pública por lo que se accederá a la medida cautelar en estos términos.

En cualquier caso, debe recordarse a las partes que art. 132 Ley 29/98 alude a que las medidas cautelares adoptadas “podrán ser modificadas o revocadas durante el curso del procedimiento si cambiasen las circunstancias en virtud de las cuales se hubieren adoptado.”

QUINTO.- Que no se aprecian motivos que justifiquen efectuar expresa imposición de las costas de este incidente (art. 139 Ley 29/98

Por cuando antecede, la Sala

ACUERDA

1º) Adoptar la medida cautelar instada por la parte recurrente consistente en la suspensión de la vigencia del inciso relativo a reglas de reapertura del apartado 9.1) del anexo del Decreto 44/2020, de 10 de diciembre, del Lehendakari, prorrogado por Decreto 4/2021, de 22 de enero, del Lehendakari.

2º) Tal reapertura se efectuará dando cumplimiento a las medidas establecidas en el punto 3 apartado 9 del decreto 44/2020, de 10 de diciembre, en redacción dada por el Decreto 4/2021, de 22 de enero

3º) No haber expresa imposición de las costas de este incidente.



