



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

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

PROCEDIMIENTO ORDINARIO [ORD] nº: 4 /000208/2020-DZ

N.I.G: 46250-33-3-2020-0001816

Ponente: D/D^a MANUEL JOSÉ DOMINGO ZABALLOS

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

Procurador/Ltrado: SERGIO LLOPIS AZNAR /

Demandado/Recurrido: Consellería de Sanidad Universal y Salud Pública

Procurador/Ltrado: /

Codemandado:

Procurador/Ltrado: /

AUTO

Ilmos. Sres.:

Presidente:

D. MANUEL-JOSÉ BAEZA DÍAZ-PORTALES

Magistrados:

MIGUEL-ÁNGEL OLARTE MADERO

MANUEL-JOSÉ DOMINGO ZABALLOS

En VALENCIA, a quince de septiembre de dos mil veinte

Dada cuenta; lo precedente únase, y

HECHOS

ÚNICO.- En fecha 14 de Septiembre de 2020 la ASOCIACIÓN DE LOCALES DE RESTAURACIÓN Y OCIO DE ALICANTE, presenta escrito de interposición de recurso contencioso administrativo contra la resolución de 4 de Septiembre de 2020 de la Consellería de Sanidad Universal y Salud Pública (DOGV Nº 8899/07-09-2020).

En su escrito iniciador del presente procedimiento solicita la ASOCIACIÓN DE LOCALES DE RESTAURACIÓN Y OCIO DE ALICANTE, al amparo de lo dispuesto en el artículo 135 LJCA, adopción de la medida cautelar de suspensión de la ejecución, inaudita parte, por las razones que luego se dirán.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: El artículo 135.1 LJCA dispone lo siguiente:

"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



GENERALITAT
VALENCIANA



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

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.

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."

SEGUNDO.- La solicitud de medidas cautelares se fundamenta en concurrencia "fumus boni iuriss" y "periculum in mora".

En cuanto al primer motivo los alegatos recogidos al respecto son los siguientes: Vulneración del principio de proporcionalidad, vulneración de la Doctrina de los Actos Propios, vulneración del principio de Seguridad Jurídica, vulneración del principio de Jerarquía Normativa, vulneración del principio de Igualdad- agravio comparativo, falta de motivación de la resolución recurrida y vulneración del principio de pertinencia.

No está positivizada la apariencia de buen derecho en la regulación general de las medidas cautelares en sede jurisdiccional contencioso administrativa (artículo 129, 130 y concordantes LJCA) 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 reiterado 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.

La apariencia de buen derecho no es de acoger porque no "salta a la vista" transgresión a la legalidad (en los términos antedichos) por parte de la resolución administrativa hasta el punto de justificar la adopción de medida cautelar instada antes de entrar en el conocimiento del fondo.

TERCERO.- En lo que toca a la concurrencia de especial urgencia y a la pérdida de la finalidad legítima del recurso (con la ejecución del auto recurrido), se alega lo siguiente:

a) Se trata de la prórroga por 21 días más de la resolución de 17 de agosto de 2.020, que supone el cierre total de la actividad de un sector económico trascendente para la economía de la ciudad de Alicante y para el mantenimiento de más de 200 puestos de trabajo.

b) De no suspenderse la ejecución de la resolución, supondría el cierre POR UN PERIODO DE 42 DIAS, lo que supone la pérdida total de la TEMPORADA DE VERANO, dato que unido al cierre derivado del Estado de Alarma, hace que dicho periodo sea vital para el mantenimiento de la mayoría de estos negocios, vinculados en gran medida al turismo de temporada.

c) La resolución impugnada rige desde el momento de su publicación, lo cual, ha



GENERALITAT
VALENCIANA



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

impedido al sector hacer provisiones respecto a la situación laboral de sus empleados.

d) No existe en la resolución, ni en ninguna relacionada con la misma, del propio Gobierno de la Generalitat ni del Gobierno de España que prevea mecanismos de carácter compensatorios económicos o asistenciales, ni para los trabajadores/as del sector ni para los empresarios del mismo.

e) De anularse la resolución recurrida, resultaría extremadamente difícil concretar los daños a efectos de solicitar una indemnización de la Administración por mal funcionamiento, por lo que resulta de vital importancia que se proceda a la apertura inmediata de los locales y a que se anulen las limitaciones en cuanto a las distancias y horario de cierre.

El cierre de los locales de ocio nocturno, la restricción en el aforo, disposición de las mesas en los locales de restauración y hostelería y la limitación del horario en los establecimientos causa perjuicios de muy difícil reparación -imposible en el caso del ocio- dado que dichos negocios constituyen el único medio de vida de muchas familias, constituyendo el sustento económico no sólo de los empresarios sino también de los trabajadores.

CUARTO.- Por la Resolución administrativa recurrida, la titular de la Consellería de Sanitat Universal y Salut Pública, decide prorrogar su Resolución anterior -de 17 de agosto de 2020- adoptando las medidas establecidas en el acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud sobre medidas de prevención frente al Covid-19 durante un período adicional de 21 días naturales a contar desde las 09:00 horas del día 8 de Septiembre de 2020. Se mantienen los términos de la resolución precedente, a salvo de la redacción del punto 1 del apartado primero, al que se adiciona un subapartado d) al punto 1, relativo a los establecimientos de juego.

Pues bien, se dá la circunstancia de que la misma Asociación de Locales de Restauración y Ocio de Alicante interpuso recurso contencioso-administrativo contra la primera de las resoluciones, interesando -como se hace ahora- medida cautelar inaudita parte; solicitud que fue denegada por Auto de 21 de Agosto de 2020 ("Sala de Vacaciones"), dando traslado a la Administración para que presentase alegaciones, lo que hizo a su tiempo, oponiéndose a la suspensión. El Auto de 21 de Agosto de 2020 mantuvo la denegación de la medida cautelar y no fue recurrido en reposición, como pudo haberse hecho.

La Asociación de Locales de Restauración y Ocio de Alicante, con la misma postulación que en el procedimiento de referencia, viene a insistir en lo que fueron sus argumentos apoyando aquella fallida solicitud de suspensión y a lo que esta Sala dió cumplida respuesta en su Auto ya referido de 28 de Agosto de 2020, del que merece la pena transcribir su Fundamento Jurídico Tercero:

"TERCERO.- Pues bien, así planteada la cuestión, esta Sala considera que debe mantener la denegación de la medida cautelar, y ello por cuanto no concurren las circunstancias para su adopción, de conformidad con los postulados de los artículos 130 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, remitiéndonos a los razonamientos que expusimos en el auto de 21 de agosto pasado.

En efecto, en cuanto al "periculum in mora", hay que reiterar que, frente a los intereses de 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".

Por lo que a la apariencia de buen derecho se refiere, como ya se dijo en el auto de 21 de agosto de



GENERALITAT
VALENCIANA



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

2020: "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 reconocen."

Por último, y en referencia a la ponderación de intereses en conflicto, en el auto tantas veces citado de 21 de agosto de 2020, dijimos que "Tenemos que volver a remitimos 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."

QUINTO.- De lo recogido en el Fundamento Jurídico Tercero de la presente resolución, resultan convincentes los argumentos de la actora sosteniendo concurrencia de la especial urgencia de la que habla el art. 135.1 a) LJCA, pues es indiscutible la importancia del sector de restauración y ocio en la ciudad de Alicante; sobre todo, en los meses estivales (incluido septiembre) y lo deseable de que pudiera desarrollarse la actividad bajo iguales o similares condiciones que en temporadas previas. Por otra parte, la incidencia de las medidas adoptadas es claramente perjudicial en lo económico para el sector de la restauración y el ocio; algo igualmente notorio. Ahora bien, en el caso de concurrir la especial urgencia así como el periculum in mora, el precepto de aplicación reside en el órgano jurisdiccional la alternativa de "adoptar o denegar la medida", porque ello habrá de resolverse "conforme al artículo 130"; es decir, imponiendo al Juez la valoración circunstanciada de los intereses en conflicto, al disponer su número 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". Justamente la ratio decidendi del Auto -firme por no haberse recurrido en reposición- de 28 de Agosto de 2020; la primacía de los intereses generales a proteger, en este caso, una serie de medidas preventivas en orden a limitar la (mayor) propagación de la pandemia.

SEXTO.- Ni que decir tiene que estamos ante un nuevo recurso cuyo objeto (objeto en el sentido de actuación recurrida, art. 45.1 LJCA) es una nueva resolución, de manera que cabría procesalmente decidir ahora en sede cautelar de modo distinto a cómo lo hizo la Sala en su auto de 28 de agosto de 2020. Es el caso, sin embargo, que ninguna circunstancia



GENERALITAT
VALENCIANA



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

sobrevenida se nos relata que altere el estado de cosas de finales de agosto.

Arropa la parte la concurrencia de periculum in mora subrayando los perjuicios económicos que las medidas adoptadas suponen para la actividad del sector y, como argumento de fuerza, el criterio de la Confederación Empresarial de la Comunidad Valenciana en contra de nuevas restricciones sobre el sector (fecha 19-08-2020, <https://castellonplaza.com/Laptronal/CEVpidealConsellquenoprorroguelcirredelocio nocturno nilasrestriccionesalahostelera1>).

El parecer de la organización empresarial merece todo respecto, pero nuestro ordenamiento constitucional entrega a las Administraciones públicas -aquí a las Administraciones sanitarias- velar por los intereses generales (art. 103.2) y lo que la parte actora no acredita -siquiera indiciariamente- es que las medidas contenidas en la resolución de 4 de septiembre de 2020- en rigor las mismas que las decididas en el ordinal primero de su parte resolutoria de la resolución de 17 de agosto de 2020, sean inconsecuentes con el fin así como con las medidas que se recogen en la Orden del Ministerio de Sanidad de 14 de agosto pasado, aprobatoria de la declaración de actuaciones coordinadas en Salud Pública para responder ante la situación de especial riesgo derivado del incremento de casos positivos por el Covid-19; Orden Ministerial que no le consta a esta Sala haya sido suspendida (administrativa o judicialmente) y que se adopta en ejercicio de la función de coordinación general de la sanidad por la Administración del Estado y a la luz del artículo 65 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de la Salud.

SÉPTIMO.- Tampoco se ilustra al Tribunal incorporando las alegaciones de la ASOCIACIÓN DE LOCALES DE RESTAURACIÓN Y OCIO DE ALICANTE con elemento fáctico alguno que ponga de manifiesto una situación de la pandemia en el territorio de la Comunidad Valenciana (y en concreto en el territorio provincial de Alicante) que en la primera quincena de Septiembre (el recurso se presenta el día 14) sea menos mala que en el período de efectos de las medidas adoptadas por Resolución de 14 de Agosto pasado.

En fin, se trae a colación por la actora ATS de 7 de Abril de 1992 sobre la procedencia de la suspensión en aquellos supuestos que la ejecución acarree la clausura de una actividad industrial o un negocio dado que se producen perjuicios o daños de imposible o difícil reparación. Pues bien, aunque la resolución del alto Tribunal data de bastantes años atrás (anterior incluso a la L.RJCA de 1998), lo cierto es que ello así -al decir del propio Auto- sería procedente "en principio y a salvo, por tanto que concurren circunstancias especiales...."; circunstancias especiales que la irrupción de la pandemia en el mundo (y especialmente en



GENERALITAT
VALENCIANA



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

nuestro país) sin duda concurren.

Es así que, aún reconociendo la urgencia que concurre y también el grado de periculum in mora, la ponderación de los intereses en conflicto y, en particular, la prevalencia de los intereses generales tutelados por la Generalitat -y sujeta a la coordinación de la Administración del Estado, en concreto la Orden Ministerial de 14 de agosto de 2020 en la que se apoya y de la que es complemento o "transposición" la Resolución de la Consellería de Sanitat- nos conduce a denegar la solicitud cautelarísima.

Naturalmente esta decisión jurisdiccional sin prejuzgar la legalidad o no (total o parcialmente) de la Resolución administrativa impugnada, que habrá de enjuiciarse al entrar en el fondo de la cuestión litigiosa.

Vistos los preceptos citados y demás de aplicación.

LA SALA RESUELVE:

DESESTIMAR la solicitud de tramitación de medida cautelarísima instada por la representación de la **ASOCIACIÓN DE LOCALES DE RESTAURACIÓN Y OCIO DE ALICANTE**.

Sin hacer expreso pronunciamiento de condena en costas.

Este Auto no es firme y contra ella cabe, conforme a lo establecido en los artículos 87 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, recurso de casación ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo o, en su caso, ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Dicho recurso deberá prepararse ante esta Sección en el plazo de treinta días a contar desde el siguiente al de su notificación, debiendo tenerse en cuenta respecto del escrito de preparación de los que se planteen ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo los criterios orientadores previstos en el Apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (BOE número 162 de 6 de julio de 2016).

Lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos Sres. Magistrados anotados al margen. Doy fe.



GENERALITAT
VALENCIANA