



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.3 A CORUÑA

AUTO: 00073/2020

-

Equipo/usuario: ■
Modelo: N35350
PLAZA DE GALICIA, S/N 15071 A CORUÑA
Correo electrónico:

N.I.G: 15030 33 3 2020 0000799

Procedimiento: PSS PIEZA SEPARADA DE MEDIDAS CAUTELARES 0007277 /2020 0001 PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0007277 /2020

Sobre: DERECHOS FUNDAMENTALES

De D./ña. ASOCIACION PROFESIONAL DE EMPRESARIOS DE HOSTELERIA DE A CORUÑA

ABOGADO RAFAEL ARANGÜENA SANDE

PROCURADOR D./D^a. MONICA VAZQUEZ COUCEIRO

Contra D./D^a. CONSELLERIA DE SANIDADE

ABOGADO LETRADO DE LA COMUNIDAD

PROCURADOR D./D^a.

A U T O

ILMOS. SRS.

DONÑA MARIA DOLORES RIVERA FRADE
DON FERNANDO LOUSADA AROCHENA
DON FERNANDO ALAÑON OLMEDO

*
*
*
*

En la Ciudad de A Coruña a veintisiete de agosto de dos mil veinte.

ANTECEDENTES

PRIMERO: La "ASOCIACION PROVINCIAL DE EMPRESARIOS DE HOSTELERIA DE A CORUÑA" interpuso ante esta Sala recurso contencioso-administrativo contra la Orden de la Consellería de Sanidade de 7 de agosto de 2020 por la que se establecen determinadas medidas de prevención como consecuencia de la evolución de la situación epidemiológica derivada del COVID-19 en los Ayuntamientos de A Coruña, Arteixo, Cambre, Culleredo, Oleiros, Abegondo, Bergondo, Carral y Sada (DOG número 158-Bis), y concretamente contra el contenido de su Disposición tercera, en los siguientes apartados:

"1o.- Apartado 1: "Se acuerda, en todo el ámbito territorial incluido en el punto primero, el cierre de las actividades de los locales de discotecas y demás establecimientos de ocio nocturno, de las fiestas, verbenas y otros eventos populares, así como de las atracciones de ferias,

durante el período a que se extienda la eficacia de las medidas previstas en la presente orden de acuerdo con su punto sexto.

A estos efectos, quedan incluidos en los establecimientos de ocio nocturno, las discotecas, pubs, cafés espectáculo, salas de fiestas, así como las salas de conciertos que desarrollen sus actividades de forma análoga a los anteriores, y la medida de cierre abarca a las actividades que se desarrollen tanto en el interior de los locales como en las terrazas de dichos establecimientos."

Se impugna todo lo tocante al cierre de los locales de discotecas y demás establecimientos de ocio nocturno.

2o.- Apartado 3: "En los ayuntamientos de A Coruña, Arteixo, Cambre, Culleredo y Oleiros se aplicarán, además, las limitaciones de capacidad y las restantes medidas de prevención específicas recogidas en el número 3 del anexo".

A los efectos interesados, las medidas que afectando al sector al que representan mis clientes se impugnan vienen reflejadas en el numeral 5 del epígrafe 3.8 del apartado 3 del Anexo ("limitaciones de capacidad y medidas de prevención específicas por sectores aplicables a los Ayuntamientos de A Coruña, Arteixo, Cambre, Culleredo y Oleiros").

Se impugna todo lo tocante a la hora máxima de cierre de los establecimientos de hostelería y restauración que la orden impugnada establece en las 00:30 horas".

SEGUNDO: Por medio de segundo otrosí la parte actora solicitó la adopción urgente de medida cautelar sin previa audiencia, por la vía del artículo 135 de la Ley Jurisdicción, consistente en suspender la ejecución, y por tanto, la aplicación, de la parte de la resolución recurrida; y subsidiariamente la adopción de esta medida al amparo de lo dispuesto en los artículo 129 y siguientes de la LJCA.

TERCERO: Por Auto de 13 de agosto pasado se acordó denegar la medida cautelarísima solicitada por la Asociación recurrente, y se acordó la tramitación del incidente cautelar conforme al artículo 131 LJCA.

CUARTO: Incoada la pieza separada de medida cautelar, se dio traslado a la Administración demandada para que pudiera hacer alegaciones, lo que así hizo, presentando escrito evacuando el trámite conferido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Inexistencia de una pérdida sobrevenida del objeto de la presente pieza separada:

Tal como se razona en el Auto de 13 de agosto pasado (Fundamento de derecho segundo), en los casos en los que se



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

solicita por la vía del artículo 135 LJCA la suspensión cautelar de la aplicación una medida de restricción de carácter sanitario, el Tribunal Supremo (ATS de 19 de mayo de 2020 -Recurso: 122/2020-) ha optado por no apreciar las especiales razones de urgencia que son presupuesto indispensable para la resolución sobre medidas cautelares "inaudita parte" al amparo del citado precepto, vinculando esta decisión al análisis de la naturaleza de los intereses en conflicto, y la indudable preponderancia del interés general en la protección de la salud pública.

La aplicación de este criterio, unido al juicio valorativo efectuado por esta Sala en el citado Auto, de los perjuicios que podían derivarse, no solo de la ejecución de la resolución objeto de recurso sino también de su suspensión, o no aplicación, dando como resultado la denegación de la medida cautelar solicitada, explica el trámite posteriormente conferido a la Administración demandada posibilitándole hacer alegaciones conforme a lo dispuesto en el artículo 131 de la LJCA.

En este trámite la Letrada de la Xunta de Galicia solicita el archivo de la presente pieza separada al entender que se ha producido una carencia sobrevenida de su objeto, por pérdida sobrevenida de la vigencia de la Orden recurrida. Alega en defensa de esta tesis, que por medio de la Orden de la Consellería de Sanidad de 12 de agosto de 2012 se mantiene la eficacia de las medidas de prevención establecidas en la Orden impugnada en este procedimiento, junto a la inclusión de una medida de prevención adicional y una recomendación, además de prever nuevamente su revisión a los siete días naturales; medidas que a su vez han sido objeto de revisión por la posterior Orden de 19 de agosto de 2020. Y entre ambas, se dictó la Orden comunicada del Ministerio de Sanidad que aprobó la declaración de actuaciones coordinadas en salud pública, en virtud de la cual la Comunidad autónoma de Galicia procedió a aprobar y publicar la Orden del 15 de agosto de 2020 que impone el cierre del ocio nocturno y el cierre de establecimientos de hostelería no más tarde de la 1.00 horas, pero sin admisión de clientes desde las 00.00 horas, quedando por tanto superada la limitación contenida en la Orden de 7 de agosto de 2020 y sustituida por esta nueva. Entiende la letrada de la Xunta de Galicia que ningún beneficio provisional puede obtener la parte actora dado que de la vigencia de la Orden de 15 de agosto de 2020 se deriva igualmente el cierre del ocio nocturno así como el cierre de la hostelería, desde las 00.00 horas.

En respuesta a estas alegaciones conviene recoger en primer lugar la doctrina de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo sobre la pérdida de objeto como forma de finalizar un procedimiento contencioso-administrativo; doctrina que se puede trasladar a las piezas separadas de medidas cautelares.

La doctrina del Tribunal Supremo en esta materia se recoge en sentencias como las de 22 de junio y 6 de julio de 2016 - recursos números 400/2014 y 402/2014-, o la de 6 de julio de 2018 (recurso de casación 2143/2016, objeto de cita en la más reciente de 29 de julio de 2019 (Recurso: 457/2016). Y se puede resumir en los siguientes términos:

"1º) La regla general -no única ni necesaria- es que si la norma impugnada ha sido derogada por otra posterior o declarada nula por sentencia o, en definitiva, ha sido eliminada por cualquier otro medio, queda sin contenido la pretensión anulatoria, luego hay pérdida sobrevenida del objeto del procedimiento al carecer de utilidad la controversia por desaparición real de la misma: la norma cuya nulidad se pretende ya ha sido expulsada del ordenamiento jurídico (cf. por todas, la sentencia de esta Sala, Sección Sexta, de 15 de abril de 2009, recurso 1470/2005).

2º) La citada regla también juega en caso de recursos indirectos contra disposiciones generales cuando lo directamente impugnado son actos de aplicación de la norma derogada o declara nula. En estos casos se ha considerado que desaparece su objeto cuando esa circunstancia posterior priva de eficacia al recurso, hasta el punto de determinar la desaparición real de la controversia (cf. entre otras, la sentencia de esta Sala, Sección Tercera, de 21 febrero 2013, recurso 254/2010).

3º) La jurisprudencia no hace sino aplicar la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con los recursos de inconstitucionalidad en los que la ley impugnada ha sido derogada por otra posterior (cf. sentencias del Tribunal Constitucional 111/1983, 199/1987 y 385/1993, entre otras). Ambos casos tienen en común que se está ante recursos abstractos, objetivos, dirigidos a la depuración del ordenamiento jurídico.

4º) Este efecto tiene el respaldo en el artículo 72.2 de la LJCA, precepto que corrobora la innecesariedad de un pronunciamiento judicial que elimine del ordenamiento jurídico, con eficacia general ex nunc, una disposición que, por haber sido ya derogada, ha resultado excluida del propio ordenamiento jurídico antes del hipotético fallo judicial anulatorio (cf. sentencia de esta Sala, Sección Segunda, de 18 de mayo de 2006, recurso 45/2004).

5º) Una excepción a la regla general expuesta son los casos en que la disposición impugnada, pese a su derogación, contiene previsiones que hace que mantenga cierta ultraactividad, que despliegue efectos que se extiendan hasta el momento de la sentencia, esto es, que la norma derogada sea aplicable a hechos posteriores a su pérdida de vigencia. En estos casos una hipotética declaración de nulidad de la disposición impugnada mantiene su finalidad, por lo que el procedimiento no habría perdido su utilidad (cf. sentencia de esta Sala, Sección Tercera, de 21 de abril de 2016, recurso 2574/2012)."

Vemos entonces que la doctrina del Tribunal Supremo sobre la pérdida de objeto como forma de finalizar un procedimiento contencioso-administrativo, o como en este caso, de una pieza separada de medida cautelar, responde, con carácter general, a situaciones en las que la disposición, norma o acto que se recurre han sido eliminadas, o anulado, y por tanto su



expulsión del ordenamiento jurídico hace que quede sin contenido la pretensión cautelar ejercitada.

Pero no es esto lo que sucede en el caso que nos ocupa.

En efecto, el Acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia de 12 de junio de 2020 por el que se adoptaron medidas de prevención necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, una vez superada la fase III del Plan para la transición hacia una nueva normalidad, modificado por la Orden de 7 de agosto que incluye las medidas combatidas, y otra posterior de 12 de agosto, fue modificado por la Orden de la Consellería de Sanidade de la Xunta de Galicia, de 15 de agosto de 2020 (DOG 15 de agosto de 2020).

A través de la Orden de 15 de agosto de 2020 se introdujeron las modificaciones necesarias para adaptar las medidas de prevención previstas en el Acuerdo de 12 de junio de 2020, a lo dispuesto en la declaración efectuada por el Ministerio de Sanidad el día 14 de agosto, de actuaciones coordinadas en salud pública.

Sin embargo hemos de recordar que la Orden de 7 de agosto de 2020, impugnada en este procedimiento, ha sido el resultado del seguimiento y evaluación continua al que debían de quedar sometidas las medidas acordadas en ella, con el fin de garantizar su adecuación a la evolución de la situación epidemiológica y sanitaria. Lo mismo se puede decir de la Orden posterior de 15 de agosto de 2020, que además no elimina las medidas preventivas cuestionadas por la actora, ni las sustituye por otras diferentes, sino que las mantiene, con la salvedad que se dirá respecto del horario de cierre de los establecimientos de hostelería y restauración, lo cual hace perdurar el objeto de la decisión que se impone en esta pieza separada.

En un contexto de pandemia como el COVID-19, en el que la gestión de la crisis demanda una actuación rápida y eficaz de las autoridades sanitarias, y en el que esta actuación se proyecta en medidas de prevención que deben de ser objeto de vigilancia y seguimiento periódico para poder adaptarlas a la evolución de la situación epidemiológica y sanitaria, atajar las peticiones de medidas cautelares por la vía de la pérdida sobrevenida del objeto, significaría frustrar las posibilidades de éxito de una pretensión cuyo ejercicio está amparado por el derecho a la tutela judicial efectiva.

La publicación de nuevas Órdenes que contienen medidas preventivas como resultado de ese seguimiento y evaluación continua no hace desaparecer ni el interés ni la utilidad de la controversia. El interés permanente inalterable en tanto se mantengan las medidas que se combaten. Y lo mismo se puede decir de la utilidad de la controversia, teniendo en cuenta el alcance y los efectos que derivan o pueden derivar del

cumplimiento o incluso del incumplimiento de las medidas cuestionadas.

SEGUNDO.- Ratificación de la denegación de la medida cautelar solicitada:

Con carácter subsidiario, la letrada de la Xunta de Galicia solicita la ratificación de la denegación de la medida cautelar solicitada, alegando, en síntesis, que la Orden objeto de recurso contiene motivación suficiente sobre la pertinencia de la adopción de las mismas; que los argumentos que se recogen en el auto denegando las medidas provisionalísimas siguen plenamente vigentes en la fase actual; y que se ven refrendados por datos existentes quedando justificada la eficacia de la medida en todo el territorio nacional, y aún fuera de España.

La denegación de las medidas ha de ser ratificada. No se trata de reproducir lo ya razonado en el Auto de 13 de agosto pasado, ni de reproducir las razones que han conducido al rechazo de los argumentos en los que se apoyaba la solicitud de suspensión de las medidas de prevención cuestionadas por la Asociación actora. Pero el mismo ejercicio de ponderación de los intereses en conflicto que se pide a esta Sala, debe de desembocar en una solución igual a la que se llegó en el Auto que resolvió la petición de medidas cautelares, aunque ahora lo sea por la vía ordinaria solicitada subsidiariamente por la parte actora.

Y la solución debe ser igual, sobre todo en este caso, en el que si bien la modificación del Acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia de 12 de junio de 2020 -modificado por la Orden de 7 de agosto que incluye las medidas combatidas-, y posteriormente por la Orden de 15 de agosto de 2020-, no puede conducir al archivo de esta pieza separada por pérdida sobrevenida, por las razones expuestas, sí viene a reforzar la decisión ratificadora de la denegación de la medida cautelar solicitada, pues a través de la Orden de 15 de agosto de 2020 se introdujeron las modificaciones necesarias para adaptar las medidas de prevención previstas en el Acuerdo de 12 de junio de 2020, a lo dispuesto en la declaración efectuada por el Ministerio de Sanidad el día 14 de agosto, de actuaciones coordinadas en salud pública -previo acuerdo del Consejo Interterritorial de Salud-, para responder a la situación de especial riesgo derivada del incremento de casos positivos por COVID-19, de acuerdo con lo establecido en el artículo 65 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema nacional de salud.

Las actuaciones coordinadas en salud pública se materializaron en un conjunto de medidas y recomendaciones dirigidas, como se dice en la Orden de 15 de agosto, al control de la transmisión en los ámbitos que actualmente son el origen de los brotes epidémicos de mayor impacto y riesgo y para controlar la transmisión comunitaria.



Entre estas medidas -en vigor desde el día 17 de agosto pasado- se incluye, y por tanto se mantiene, el cierre de los locales de discotecas y demás establecimientos de ocio nocturno, extendiéndose a todo el territorio de la Comunidad autónoma. Y se incluye y mantiene una limitación horaria en la apertura de los establecimientos de hostelería y restauración, solo que la hora máxima de cierre se alarga a las 1:00 horas (la Orden de 7 de agosto de 2020 la establecía en las 00:30 horas). Y añade -la Orden de 15 de agosto-, que los establecimientos de hostelería y restauración deberán cerrar no más tarde de la una de la madrugada sin que pueda permitirse el acceso de ningún cliente desde las 00.00 horas. Esta medida se extiende igualmente a todo el territorio de la Comunidad autónoma.

La denegación de la medida cautelar consistente en la suspensión o no aplicación de las medidas preventivas de cierre de las actividades de los locales de discotecas y demás establecimientos de ocio nocturno, y la limitación del horario de los establecimientos de hostelería y restauración que se incluían en la Orden de 7 de agosto, objeto de impugnación en este procedimiento, deben de ser ratificadas, por las razones ya expuestas en el Auto de 13 de agosto pasado, destacando entre los pilares que sustentan la denegación acordada, la indudable preponderancia del interés general en la protección de la salud pública. La ratificación ha de hacerse, sin embargo, con la salvedad respecto de la hora máxima de cierre de los establecimientos de hostelería y restauración.

Un único añadido cabe hacer a lo ya expuesto, y es que la respuesta de otros tribunales antes situaciones semejantes, que pudieran aparentar contradictorias, no lo son, al responder a situaciones y circunstancias distintas. Así por ejemplo, en el caso aragonés, la Orden SAN/703/2020 de la Consejería de sanidad, de fecha 5 de agosto, restringía el funcionamiento de los establecimientos de hostelería y restauración de toda la Comunidad, mientras que la Orden impugnada en este procedimiento se caracteriza no solo por la limitación geográfica a la que van destinadas las medidas impuestas, sino también por su limitación temporal, en cuanto su eficacia quedaba condicionada al resultado del seguimiento y evaluación continua a la que quedaban sujetas. El TSJ de Aragón suspendió cautelarmente la medida que imponía como hora de cierre de los establecimientos de hostelería y restauración. Pero lo fue en cuanto dicha medida se extendía a todo el territorio de la Comunidad autónoma, manteniéndola en cambio en las comarcas delimitadas geográficamente en la citada Orden. Además en el Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJA, se acordó suspender la aplicación de la medida consistente en prohibir el servicio en barra -en el presente caso no se cuestiona pues ni siquiera se incluye en la Orden objeto de recurso-, y además la suspensión se acordó, no con carácter definitivo o permanente, sino a la espera de

que la Administración demandada, la Consejería de Sanidad del Gobierno de Aragón, la justificase.

TERCERO.- Sobre las costas:

Teniendo en cuenta la naturaleza de esta resolución, no se hace pronunciamiento en materia de costas.

Por todo lo expuesto,

LA SALA ACUERDA: Ratificar la denegación de la medida cautelar solicitada por la "ASOCIACION PROVINCIAL DE EMPRESARIOS DE HOSTELERIA DE A CORUÑA", debiendo mantenerse la ejecutividad de las medidas preventivas cuestionadas, salvo en lo que se refiere al horario de cierre de los establecimientos de hostelería y restauración, que ha sido modificado en la Orden de 15 de agosto de 2020 (DOG 15 de agosto de 2020).

Todo ello sin hacer imposición de costas.

Notifíquese la presente resolución con la advertencia de que es firme por no haber contra ella recurso alguno.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. anotados al margen, ante mí, la Letrada de la Administración de Justicia, que 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 perjuicio, cuando proceda.

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