

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

Pieza de Medidas Cautelares [PMC] nº: 4 /000058/2021-DZ

N.I.G: 46250-33-3-2021-0000442

Ponente: D/D^º MANUEL JOSÉ DOMINGO ZABALLOS

Demandante/Recurrente: ASOCIACION DE HOSTELEROS DE CASTELLON (ASHOCAS)

Procurador/Letrado: MIGUEL TENA RIERA /

Demandado/Recurrido: CONSELLERA DE SANIDAD UNIVERSAL Y SALUD PUBLICA DE LA COMUNITAT VALENCIANA

Procurador/Letrado: /

A U T O

Ilmos. Sres.:

Presidente:

D. MANUEL JOSÉ BAEZA DÍAZ-PORTALES

Magistrados:

D. MIGUEL ANGEL OLARTE MADERO

D. MANUEL JOSÉ DOMINGO ZABALLOS (Ponente)

D. ANTONIO LÓPEZ TOMÁS

En VALENCIA, a diecinueve de febrero de dos mil veintiuno

Dada cuenta; lo precedente únase, y

H E C H O S

PRIMERO.- La Asociación de Hosteleros de Castellón (ASHOCAS) presentó escrito de fecha 15 de febre de 2021 interponiendo recurso contra la **Resolución de 19 de enero de 2021**, de la consellera de Sanidad Universal y Salud Pública, por la que se establecen medidas excepcionales y adicionales en el ámbito de la Comunitat Valenciana como consecuencia del agravamiento de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19, en su resolución Primero 1 b), así como contra la **Resolución de 12 de febrero de 2021**, de la consellera de Sanidad Universal y Salud Pública, por la que se establecen medidas excepcionales y adicionales en el ámbito de la Comunitat Valenciana como consecuencia del agravamiento de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19, que supone una prorrogga de la anterior. En el escrito de interposición y al amparo de lo dispuesto en el artículo 135 LJCA, solicitó suspensión *inaudita parte ocautelarísima*, de tales resoluciones de 19-1-2021 y 12-2-2021.

SEGUNDO.-La resolución de 19 de enero de 2021, insertada en el DOGV de 20 de enero, por lo que interesa aquí, recoge en su parte dispositiva Primera 1 b) el siguiente tenor literal:

"Primero

Acordar, con carácter transitorio, las siguientes medidas, que serán de aplicación en todos los municipios de la Comunitat Valenciana:

1.- El cierre preventivo y la suspensión cautelar de actividades, establecimientos y espacios, que expresamente se indican:

b)Establecimientos y actividad de hostelería y restauración, bares, cafeterías, restaurantes y establecimientos de ocio y entretenimiento, salvo que en los mismos se preste servicio de recogida de comida y/o bebida en el local o envío a domicilio. Quedan exceptuados de esta medida aquellos locales, establecimientos y actividades que, en virtud de sus especiales características, presten un servicio que se pueda considerar esencial o no sustituible:

— Servicios de hostelería de hospitales y clínicas, para uso de profesionales y acompañantes y familiares de pacientes.

— Servicios de hostelería y restauración de establecimientos hoteleros y alojamientos turísticos. para uso exclusivo de la clientela alojada en los mismos.

— Servicios de hostelería y restauración situados en empresas y lugares de trabajo, para uso exclusivo para el personal empleado.

— Servicio de comedor escolar en guarderías y centros docentes de enseñanza reglada (colegios de Educación Primaria, institutos, universidades y similares).

— Servicios de restauración en áreas de servicio de vías de Comunicación, o lugares que no siendo considerados como áreas de servicio se encuentren próximos o colindantes a las carreteras, bien de forma directa, en el caso de carreteras convencionales, bien a través de enlaces, en caso de autovías y que presten servicio, todos ellos, de forma habitual a los transportistas, al personal perteneciente a servicios esenciales de cualquier tipo, incluidos los servicios de conservación y mantenimiento de carreteras. A partir de la conclusión del horario establecido genéricamente para el conjunto de los establecimientos de restauración, el acceso a los establecimientos citados sólo estará permitido a las personas incluidas en los colectivos anteriormente referidos. Todo ello, de conformidad con lo previsto en la Resolución de 8 de enero de 2021, de la consellera de Sanidad Universal y Salud Pública (DOGV nº 8994, de 9 dc enero de 2021).

Las actividades de restauración de servicio a domicilio, o de recogida de comida y/o bebida por la clientela en el establecimiento con cita previa, se podrán llevar a cabo durante el horario de apertura habitual del establecimiento.

En los supuestos excepcionados del cierre, quedará suspendido el servicio en barra y su aforo máximo será de un tercio (1/3) del fijado, permaneciendo las medidas establecidas en la normativa en cuanto a distancias de seguridad, número de personas por mesa o agrupación. De conformidad con lo previsto en el punto 9, «Medidas relativas a establecimientos de restauración y hostelería», del resuelto primero de la Resolución de 5 de diciembre de 2020, de la consellera de Sanidad Universal y Salud Pública, en la redacción dada por la Resolución de 5 de enero de 2021 (DOGV nº8991 de 6 de enero), se respetarán las medidas generales y adicionales de higiene recogidas, respectivamente, en los apartados 2.1 y 2.2 y 2.4 del Acuerdo de 19 de junio, del Consell."

A dicha resolución de 19 de enero de 2021 siguió la de 29 de enero de 2021 por la que se modificaban medidas anti-covid adoptadas con anterioridad (Resolución de la Conselleria de 17-7-2020) y prorrogó la Resolución de 5-12-2020 y la de 19-1-2021.

Por su parte, la resolución de 12 de febrero de 2021 dispuso:

"Porrogar la Resolución de 29 de enero de 2021, de la Consellera de Sanidad Universal y Salud Pública, por la que se prorrogan diversas resoluciones de la consellera de Sanidad Universal y Salud Pública, como consecuencia de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19, y se modifican y adicionan otras medidas excepcionales, desde las 00.00 horas del día 16 de febrero de 2021 hasta las 23.59 horas del día 1 de marzo de 2021".

TERCERO.- Por Auto de 16-2-21 ha resuelto la Sala lo siguiente:

<<1.- DESESTIMAR la solicitud de tramitación de medida cautelarísima instada por la representación de ASOCIACION DE HOSTELEROS DE CASTELLON (ASHOCAS), contra la ejecución del acto administrativo impugnado, consistente en la suspensión cautelarísima de la parte resolutive Primera 1 b) de la Resolución de 19 de enero de 2021, *de la consellera de Sanidad Universal y Salud Pública, por la que se establecen medidas excepcionales y adicionales en el ámbito de la Comunitat Valenciana como consecuencia del agravamiento de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19*, así como la prorroga de la citada medida acordada mediante Resolución de 12 de febrero de 2021, *de la consellera de Sanidad Universal y Salud Pública, por la que se establecen medidas excepcionales y adicionales en el ámbito de la Comunitat Valenciana como consecuencia del agravamiento de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19*.

2.- DAR CURSO AL INCIDENTE por los trámites de los artículos 131 y ss. LJCA, y a tal efecto, se concede el plazo hasta las CATORCE horas del día 18 de febrero de este mes a la Administración, por medio del Sr. ABOGADO DE LA GENERALIDAD, para que alegue lo que a su derecho convenga, y con su resultado se acordará.>>

CUARTO.- En fecha 18-2-2021 ha presentado alegaciones el abogado de la Generalitat. Argumenta lo que a su derecho ha tenido por conveniente y termina por instar la denegación de la medida cautelar instada.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Recogemos primeramente las posiciones de las partes en el incidente procesal, comenzando con el contenido de solicitud de medida cautelar pedida por la representación de la Asociación de Hosteleros de Castelló (ASHOCAS), que se hace desarrollando los siguientes motivos:

a) PERICULUM MORA. Las dos resoluciones recurridas, la de carácter más completa y general de fecha 19 de enero de 2021, así como la que es consecuencia de la prórroga dictada el 12 de febrero de 2021, tiene un ámbito de aplicación y una temporalidad, a priori, muy determinada, y parece bastante objetivo sostener que cuando se produzca la resolución del presente proceso, las citadas medidas habrán perdido vigencia o estarán superadas por otras distintas, haciendo de todo punto imposible el cumplimiento de la sentencia judicial en caso de ser contraria a la Administración. A mayor abundamiento, el hecho de que la última Resolución, de fecha 12 de febrero de 2021, tenga un horizonte temporal limitado, tiene una vigencia hasta las 23:59 horas del día 1 de marzo de 2021, cualquier resolución judicial que no se dicte con anterioridad será ineficaz por cuanto se habrá consolidado el acto jurídico y por tanto la impugnación judicial será del todo punto ineficaz, y la posible reparación del daño causado de imposible cumplimiento. Por tanto, es necesaria una resolución judicial, ágil y rápida, para poder reparar de forma inmediata los daños o lesiones que en el administrado se puedan producir.

El cierre total de la hostelería supone un clarísimo perjuicio económico para el sector, haciéndolo "culpable" de una situación de crisis sanitaria que de todo punto es incierta desde el punto de vista de los datos.

Con un cierre "preventivo" de la hostelería en todo el territorio de la Comunidad Valenciana hasta como mínimo 1 de marzo de 2021, las posibilidades de subsistencia son bastante escasas. Como señala el Director General de Estadística del Banco de España en el último "Informe económico y financiero" publicado por ESADE, las empresas insolventes en la hostelería se sitúan en el 31%, pudiendo llegar "únicamente" al 20% si se recupera todo el volumen de negocio perdido.

b) PONDERACIÓN DE INTERESES EN CONFLICTO. Con las Resoluciones ahora recurridas, de forma absolutamente arbitraria y con una visión muy parcial y cortoplacista de la realidad se pone el foco en un sector, la hostelería, del que a su vez se excepcionan supuestos provocando una doble lesividad: a nivel general, un sector señalado y, por otro lado, generar unas desigualdades manifiestas entre las propias actividades de restauración, al permitir algunas de forma minoritaria, pero con una gran influencia numérica en su conjunto. No existe un solo documento que focalice o señale de forma indubitada a la hostelería como foco de propagación del virus. En periodo estival, de 2020, y con la hostelería a pleno

rendimiento con las medidas de distancia, control de temperaturas y hidrogel al servicio de los clientes, el virus estuvo absolutamente contenido. Fue cuando la hostelería estaba limitada en aforos, hasta el 30%, cuando el virus se disparó en la Comunitat, precisamente por la afluencia de público en fiestas navideñas en domicilios, vías públicas, centros comerciales, etc.

El 5 de enero de 2021, en el parte diario que difunde la Conselleria de Sanidad, y con la hostelería aún abierta, hay casos positivos en 109 residencias de mayores, 21 en centro de diversidad funcional, 4 en centros de menores, con un total de 107 nuevos residentes positivos y 74 trabajadores y trabajadoras contagiados, sin que exista una sola referencia a contagios en la hostelería. Hay 31 brotes de los que 15 son de origen educativo. Se acompaña como documento número 6, el informe del día 5 de enero de 2021 de la Conselleria de Sanidad. El mismo día de la prórroga de la Resolución de 19 de enero de 2021 (12 de febrero de 2021) con la hostelería completamente cerrada cerca de un mes, hay casos positivos en 158 residencias de mayores, 37 en centros de diversidad funcional, y 8 en centros de menores, con un total de nuevos positivos y 13 trabajadores y trabajadoras contagiados. Se producen 64 brotes, de forma mayoritaria en el ámbito social y educativo.

Dentro del mismo motivo se desarrollan los siguientes particulares:

Quebranto del principio de igualdad.

De la medida adoptada en la parte resolutive Primera 1 b), objeto del presente recurso, se exceptúan algunos locales o establecimientos del cierre preventivo y la suspensión cautelar de actividades. Así se pueden encontrar como locales que se permite abrir al público, o actividades autorizadas, las siguientes: a) Servicios de hostelería de hospitales y clínicas, para uso de profesionales y acompañantes y familiares de pacientes. b) Servicios de hostelería y restauración de establecimientos hoteleros y alojamientos turísticos, para uso exclusivo de la clientela alojada en los mismos. c) Servicios de hostelería y restauración situados en empresas y lugares de trabajo, para uso exclusivo para el personal empleado. d) Servicios de comedor escolar en guarderías y centros docentes de enseñanza reglada (Colegios de Educación Primaria, institutos, universidades y similares). e) Servicios de restauración en áreas de servicio de vías de comunicación, o lugares que no siendo considerados como áreas de servicio se encuentren próximos o colindantes a las carreteras.

Se pregunta ¿En que estudio se contempla que en un comedor escolar o universitario, el virus no aparece?. O dicho de otra forma ¿Cual es el motivo para que una restaurante con un horario determinado no pueda estar abierto, y un comedor escolar si?

Discriminación territorial

La provincia de Castellón siempre ha tenido durante la pandemia una incidencia mucho menor que las de las Provincias de Valencia y Alicante. Así, el día antes de la Resolución recurrido de 19 de enero de 2021, según los datos del Ministerio de Sanidad y mientras en España la gran mayoría de provincias estaba en nivel 4, entre ellas Valencia y Alicante, sin embargo la provincia de Castellón estaba en nivel 3.

Entrando en la base de datos del Ministerio de Sanidad, en la web cneccovid.isciii.es, se puede comprobar como la incidencia actual, y anterior, en la provincial de Castellón siempre, ha sido más óptima y con menor focalización que en el resto de las provincias de la Comunidad. Se acompaña como documento número 9, el informe del Ministerio de Sanidad segregado por

provincias del día 18 de enero de 2021, justo el día antes de proceder a la Resolución de 19 de enero de 2021 de la Consellería de Sanidad, por la que se adoptan las medidas limitativas a los establecimientos hosteleros. El día 13 de enero de 2021, previo a la Resolución de cierre de la hostelería, el índice de contagio era de 609,88. El día 12 de febrero de 2021, con casi un mes cerrada la hostelería, el nivel de contagio era de 690,66.

Por consiguiente la actuación la Administración incurre en arbitrariedad, ya que sin ninguna fundamentación ni expresa ni tacita, se perjudica al sector de la hostelería de Castellón que con una incidencia moderada, en la media de España, ve cerrados sus negocios dado que la autoridad autonómica, en este caso, actúa de forma global sin ningún tipo de fundamentación jurídica.

De una forma objetiva y absolutamente acreditada, se puede concluir que la hostelería ni es foco ni causa de propagación de contagios. Los mayores índices de contagio se han producido con la hostelería cerrada y producidos sin duda, por el “salvar la navidad”, en sectores comerciales y por los contactos sociales en domicilios. Por lo demás, al igual que a la hora de confinar debiera existir una segmentación territorial que haga posible que provincias, como la de Castellón, con unos índices de contagios menor que el resto de las provincias puedan aperturar sus negocios hosteleros sin que la autorización deba ser global. Sería entendible que se volviera al sistema de limitación de aforos, diferenciado en interior y terrazas, número de comensales por mesa, distancia entre las mismas, y un horario concreto, que, junto a las medidas de higiene y control de temperatura, harían perfectamente compatible y posible, el desarrollo de la actividad económica con el control sanitario de los contagios, en idénticos supuestos que el resto de las actividades económicas.

Por lo tanto, la ponderación de intereses contrapuestos avala la tesis de la actora, dado que de modo alguno el interés público se ve puesto en riesgo o en peligro con la adopción de la medida cautelar, máxime cuando los datos no demuestran afección alguna, las restricciones suponen una lesividad manifiesta y de difícil reparación, y con un sistema de control y pautas en cuanto a las instalaciones y aforos es fácilmente compatible. Y, aun así, con carácter subsidiario la apertura de la provincia de Castellón a la hostelería no tiene ni duda ni genera conflicto alguno, analizando objetivamente los datos.

Se acompaña como bloque documental 10, la gráfica de 2020 de los contagios en la Comunidad, según la web de la Conselleria de Sanidad, y los informes de seguimiento de la Covid, del Ministerio de Sanidad de los días, 22 y 31 de diciembre de 2020, 5 y 13 de enero de 2021, y el de 12 de febrero de 2021.

c) FUMUS BONI IURIS. Se alega que la norma, con sus excepciones recogidas en la parte resolutive Primera 1 b), manifiesta una falta de motivación que hace del todo punto que ni lógica ni jurídicamente pueda mantenerse los postulados recogidos en la misma.

Invoca el artículo 86.1 de la Ley de Salud de la Comunidad Valenciana.

En suma, sostiene la parte actora que concurren todos los requisitos previstos en los artículos 129, 130 y siguientes de la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa para la adopción de la medida cautelar que se insta.

SEGUNDO.- En contraste, el Abogado de la Generalidad interesa la desestimación de la solicitud de suspensión de la resolución impugnada desarrollando, en síntesis, los siguientes motivos de oposición:

FALTA DE ACREDITACIÓN DE LOS REQUISITOS PARA LA ADOPCIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR A TERNOR DEL ARTÍCULO 130.1 LJCA:

a) La suspensión cautelar de las disposiciones de carácter general ha de aplicarse con carácter restrictivo en la medida en que aquellas representan el interés general y la cautela implica un perjuicio al mismo.

b) Atendido el régimen jurídico de las medidas cautelares en sede contencioso-administrativa, la razón de ser de la medida cautelar no es otra que evitar que, llegado el caso de una hipotética sentencia estimatoria, la previa efectividad de la norma o el acto impugnado hubiese convalidado ya en imposible o en muy difícil la ejecución de ésta.

c) En el incidente cautelar no cabe entrar en el fondo del asunto y la "apariencia de buen derecho" sólo constituye argumento decisivo cuando se trata de actos dictados en aplicación a disposiciones declaradas nulas, nulidad radical y evidente de la disposición impugnada o actuaciones examinadas y anulables por los Tribunales.

- El art. 281.4 de la LEC, exonera de toda prueba aquellos hechos cuyo conocimiento sea notorio; y notorio es para todos que hemos soportado y sufrido durante meses, ya va para un año, los efectos derivados de la declaración y prórroga de un estado de alarma cuyo fundamento esencial se haya en las consecuencias previas, coetáneas y posteriores al mismo desencadenadas por el COVID-19.

Partimos pues de una situación en la que el contagio y posterior enfermedad ha desembocado en decenas de miles de muertos y partimos también de una situación en la que la realidad social, no cesa de mostrarnos que el índice de contagios es un riesgo latente al que hay que poner freno y, más aún, que, en determinados lugares de la Comunidad valenciana, los contagios están aumentando a un ritmo más que preocupante.

AUSENCIA DE PERICULUM MORA. Los genéricos perjuicios que alega el recurrente, en lo que se refiere al sector de la hostelería, son de carácter económico y, por ende, reparables., pues no debe olvidarse que la asociación recurrente ASHOCAS se dedica a la actividad de la hostelería. Cabría la "reparabilidad" de los perjuicios económicos, no solo los derivados de la disposición impugnada en el proceso en el caso de que la sentencia final estimara el recurso interpuesto, sino las compensaciones y ayudas que podría establecer el Estado o la propia Comunidad Valenciana dentro de la reactivación económica tras las restricciones en situaciones "tan graves" como la pandemia.

En el otro lado de la balanza, tenemos el interés general sanitario, la funcionalidad del sistema público de salud, el derecho a la salud de las personas y su derecho a la vida. Consideramos "evidente" la prevalencia de estos intereses generales, valores y derechos sobre los intereses del recurrente como también los son sobre otros, como los de ocio, restauración y recreo.

La adopción de todas estas medidas, como se refleja en la exposición de la Resolución recurrida, parte de las medidas y criterios adoptados por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, en concreto con el documento denominado "Actuaciones de respuesta coordinada para el control de la transmisión del Covid-19 actualizado a 22 de octubre de 2020 (acompañamos copia de dicho documento como número 1, ver página 14). Así mismo,

también estas medidas se han adoptado en función de la Situación epidemiológica a fecha 19 de enero de 2021, Informe de 19 de enero 2021, emitido por la Subdirectora General de Epidemiología, Vigilancia de la Salud y Sanidad Ambiental, que también adjuntaremos como documento número 2 y en el informe de la misma fecha de la Directora General de Asistencia Sanitaria. En dichos informes tras el examen de los distintos indicadores se constata en todo el territorio autonómico una transmisión comunitaria no controlada y sostenida con presión creciente sobre el sistema sanitario. Se adjuntan al presente escrito los Informes de 28 de enero de 2021 y 11 de febrero de 2021, emitidos por la Subdirectora General de Epidemiología, Vigilancia de la Salud y Sanidad Ambiental sobre la situación actual de la pandemia Covid-19, como documentos 3 y 4.

De acuerdo con los informes citados con datos consolidados hasta el 17 de enero, la incidencia acumulada a 14 días es de 1042,11 por 100.000 habitantes. Cuando la incidencia acumulada en fecha 5 de enero de 2021, cuando se adoptaron las anteriores medidas era de 394,76 por 100.000 habitantes. Y la tasa de realización de las PDIA (pruebas diagnósticas de infección activa) es actualmente de 3.222,23 por 100.000 habitantes superior a la mediana de España, que se sitúa en 2.753,47 (periodo del 8 al 14 de enero, Ministerio de Sanidad, informe de fecha 18 de enero de 2021). Asimismo, el número de casos sospechosos que acuden a los equipos de atención primaria presenta una tendencia ascendente estando la media de casos atendidos diariamente por encima de 7.000 y la proporción PDIA positivas entre estos es mayor del 75%, indicador considerado de riesgo muy alto.

A mayor abundamiento, en fecha 18 de enero de 2021, el número de hospitalizaciones en los hospitales de la Comunitat Valenciana es de 4.378, y el número de pacientes ingresados en UCI de 602, lo que supone una ocupación del 37,28 % de las camas de agudos y del 52,76% de camas de UCI frente a una ocupación del 20,57% y del 34,04% respectivamente, del 4 de enero de 2020. Así, el incremento de casos hospitalizados en las dos últimas semanas es del 88,66% y del 71,02% con respecto al periodo anterior.

Además, para una mayor comprensión, y basado en los dos documentos de referencia, adjunta Informe de fecha 18 de febrero de 2021, de la Subdirectora General de Epidemiología, Vigilancia de la Salud y Sanidad Ambiental, (documento 5) en el que se indica de modo claro y meridiano las razones por las que se ha adoptado la medida cuya suspensión se insta.

PONDERACIÓN DE LOS INTERESES EN CONFLICTO. A decir del defensor de la Administración, las exigencias, prima facie justificadas, de ejecución de las medidas son de gran intensidad, si bien justificadas dada la evolución de la pandemia del COVID-19 y su impacto en el ámbito sanitario y de la salud individual y colectiva.

En esta valoración debe prevalecer “el interés público relevante” y la Jurisprudencia ha señalado que la suspensión de una disposición general, como es la Resolución recurrida, es una medida que sólo puede dotarse de forma restrictiva, puesto que la suspensión de una disposición general afecta a la integridad el Ordenamiento Jurídico con la consideración de mayor percusión en los intereses generales. Pero, además, en este caso concreto, la existencia

de riesgos para la salud pública derivados de situaciones de contacto social es indudable y la afectación que la medida cautelar de suspensión representaría para el interés público que se trata de proteger, es de una entidad muy relevante.

En este caso, el Consell de la Generalitat ha venido acordando medidas sanitarias menos gravosas para el sector de la hostelería y restauración, como la reducción de aforos, que se han revelado insuficientes y en este momento, a la vista de los datos epidemiológicos, con un elevado índice de contagios y de expansión del virus en actividades de ocio en hostelería y restauración, ha acordado esta medida de choque y por un plazo limitado al día 1 de marzo del 2021. Sin embargo, sigue alegando el Abogado de la Generalidad, la Asociación de Hosteleros de Castellón (ASHOCAS), no realiza una ponderación de los intereses públicos y privados en conflicto lo que sería motivo suficiente para desestimar la medida cautelar, sino, que se limitan a denunciar, vulneración del principio de igualdad y el derecho a la libertad de empresa, al permitir la apertura de otros tipos de establecimientos o, de las propias excepciones que establece a la suspensión de actividades de hostelería y restauración el apartado 1.b), de la Resolución recurrida.

Y en cuanto a la vulneración del derecho a la libertad de empresa del artículo 38 de la CE, no se trata de un derecho o libertad fundamental y, que tiene el carácter de derecho de configuración legal, por lo que su ejercicio será conforme a la normativa que lo desarrolla. No se vulnera dicho derecho cuando una determinada actividad generadora de un evidente riesgo sanitario es suspendida temporalmente, pues esta medida también constituye la configuración legal del derecho, que no queda suprimido, sino temporalmente limitado a dicha concreta actividad generadora de riesgo.

AUSENCIA DE FUMUS BONI IURIS. Como viene manifestándose esta Sala, Sala de lo Contencioso-administrativo en recientes resoluciones acerca de la adopción de medidas anti-covid, no concurre la apariencia de buen derecho de la parte que insta la suspensión partiendo de los presupuestos fácticos notorios y por encontrar apoyo en los preceptos recogidos por los Fundamentos de Derecho de la Resolución impugnada. Invoca, SSTS 1595/2020, de 25 de noviembre, así como ATS40/2020, de 30 de abril (Rº Amparo 2056/2020) y los autos de esta Sala rechazando solicitudes de medidas cautelares (21 de agosto de 2020, PO 195/2020), en línea con otros dictados por los Tribunales Superiores de Justicia de Cantabria, la Rioja.

TERCERO.-El artículo 130.1 de la LJCA expresa que *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 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* 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 legítimos o derechos del recurrente de tal entidad o naturaleza que, en el supuesto de que la impugnación jurisdiccional llegara a tener éxito, el resultado procesal obtenido resultará inútil para reparar de manera satisfactoria la lesión producida. De este requisito, y por lo que ahora interesa, 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. Por consiguiente, para el caso de que, en hipótesis, resultare que de no adoptarse la medida cautelar, una eventual estimación del recurso no hiciera 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, -dictado a propósito también de incidente cautelar relacionado con la adopción de medidas frente al Covid-19- 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 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.

CUARTO.- Para el buen entendimiento de los términos en que se nos presenta la cuestión litigiosa en este incidente cautelar y del desenlace que damos a la misma, es oportuno dejar clarificado lo siguiente:

1) El Abogado de la Generalitat opone primeramente el carácter restrictivo de la suspensión cautelar de disposiciones de carácter general, pero el objeto del recurso no es un Decreto del Consell, ni siquiera una Orden de la Consellería, sino una resolución de la titular de la Consellería de Sanidad. Esto afirmado, no solo por el revestimiento formal que se da a la actuación de la titular de un departamento autonómico, sino atendido el contenido y duración de los efectos que despliega, acotados en el apartado quinto de la resolución de 19-1-2021 catorce días naturales a contar desde las 00.00 horas del 21 de enero y en la resolución de 12-2-2021 desde las 00.00 horas del día 16 de febrero hasta las 23,59 horas del día 1 de marzo. En el caso de autos, como decimos, no estamos ante la impugnación de un reglamento o disposición administrativa, sino ante una resolución; ciertamente con importantísimas consecuencias para la pluralidad de sus destinatarios, pero sin la vocación de permanencia-integración en el ordenamiento jurídico- o carácter *ordinamental* que da carta de naturaleza a

las disposiciones de carácter general o reglamentos conforme a la mejor doctrina científica y a pacífico criterio jurisprudencial, como se extrae , p.ejm. de la STS de 30-11-2017 (R. 1253/2015).

2) Parte importante de las alegaciones desplazadas en el escrito de interposición del recurso constituyen, en rigor, consideraciones acerca del fondo de la cuestión litigiosa. Lo son los alegatos acerca del quebranto del principio de igualdad y de discriminación territorial; dicho de otro modo, la Sala habrá de tomar en consideración dichos motivos más avanzado el proceso y, en concreto, en la Sentencia. Sin embargo, aunque encontrara serios indicios de trato desigual y discriminación territorial, tal circunstancia, *per se* no justificaría la suspensión de la resolución. Que la Generalitat debiera haber adoptado iguales medidas frente al "covid" en actividades como los citados por la parte actora (comedores escolares, servicios de hostelería en clínicas y hospitales, en empresas o lugares de trabajo, etc) no acarrea la consecuencia de que deban suspenderse las medidas recogidas en el apartado 1.b de la resolución de 19-1-2021. Y lo propio ocurre con lo que se llama "discriminación territorial": que el desarrollo de la pandemia revista mayor gravedad en dos provincias de la Comunidad que no en la tercera tampoco es razón para suspender esas medidas en la provincia de Castellón. Quizá por ello la pretensión cautelar no se ciñe a la suspensión de la parte resolutive Primo 1 b) de la resolución de 19-1-2021 (y su prórroga) a la Provincia de Castellón.

3) La STS de 25-11-2020 (R111/2020), también conociendo recurso guardando relación estrecha con la problemática de autos, recuerda su doctrina acerca del control que se efectúa a través del recurso contencioso-advo , *un control de legalidad y no es un control de oportunidad que alcance a los aspectos técnicos que sustentan dicha oportunidad, y ello tiene, si cabe , más sentido aún en una situación en la que, todos los medios disponibles y las medidas deben quedar orientadas, prioritariamente , al control de la pandemia . Por ello , el examen de una medida concreta no se puede aislar del conjunto extraordinariamente complejo de situaciones e intereses que debían ser acompañados...*(F.J.quinto). Lo hemos recogido en nuestra reciente Sentencia nº 47/2021, de 1-2-2021, PDF 147/2020. Esto anotado porque, si no le es dado a los órganos de este orden jurisdiccional realizar control más allá que el relativo a si la actuación administrativa se ajusta al Ordenamiento Jurídico, tampoco procede sustituir a la Administración en sus decisiones discrecionales con ocasión del incidente cautelar.

4) Por último, como no puede ser de otro modo, la presente resolución jurisdiccional -adelantamos que desestimatoria de la solicitud de suspensión- ha de entenderse que se adopta tomando como punto de partida la situación fáctica existente en el territorio de la Comunidad Valenciana en cuanto al estado de la pandemia en las fechas del dictado de las dos resoluciones impugnadas. Dicho esto, a la vista del propio informe acompañado con el escrito de oposición a cargo de la Subdirección General de Epidemiología, fecha el 18-2-2021 recoge un descenso de los casos de contagio habiendo descendido entre el 4 y 16 de febrero un 70,81%, desconociéndose, no obstante, el devenir de la pandemia en nuestro territorio. Por consiguiente, nuestra conclusión en el presente caso no necesariamente ha de extrapolarse a situaciones futuras en las que las circunstancias concurrentes puedan ser distintas.

QUINTO.- No acogemos el primero de los motivos de oposición del letrado de la Generalitat negando la concurrencia del *periculum in mora* por los *genéricos* perjuicios alegados por la recurrente del sector de la hostelería son de carácter económico y, por ende reparables. La representación de ASHOCAS se detiene precisamente con alegaciones acerca de la pérdida de la finalidad legítima del recurso en caso de no acceder a la suspensión cautelar, lo hemos resumido en el F.J. segundo. Pues bien, sin que la Sala haga propio íntegramente lo alegado al respecto por la recurrente, proyectando al caso que nos ocupa lo recogido en el razonamiento jurídico tercero, juzga la Sala concurrente el requisito o presupuesto *periculum in mora*; esto en línea con lo que hemos estimado recientemente resolviendo incidentes cautelares sobre resoluciones autonómicas en materia de medidas afrontando la situación de crisis sanitaria ocasionada por la *Covid-19*,⁸; así por ejemplo el auto de 15-9-2020, (RO 208/2020) o el auto de 22-12-2020 (po 352/2020), ambos procedimientos teniendo como parte actora instando la suspensión de medidas sendas asociaciones de empresarios, como , en fin, en el Auto de 23 de diciembre de 2020 recaído en en el recurso 357/2020.

El cierre total de los establecimientos es demoledor en las consecuencias para los titulares de los mismos y de sus trabajadores. Tal cierre durante el tiempo de vigencia de las medidas recogidas en las resoluciones impugnadas, estem precedidas de otras restricciones muy importantes decididas por la Administración Sanitaria con anterioridad en punto al desarrollo de las actividades de la hostelería (reducción de horario de apertura, espacios limitados, etc); Es así que en un notable porcentaje de casos medidas tan restrictivas en sostenido período de tiempo ha acarreado y seguirá acarreado clausuras, como es notorio y en línea con el informe del Banco de España referido en el escrito de la actora. Eventuales ayudas o compensaciones económicas que puedan provenir de las Administraciones Públicas -según alega el Abogado de la Generalidad- no son circunstancias que hagan desaparecer el presupuesto básico de la medida cautelar instada, *periculum in mora*. Tampoco el resarcimiento que pudiera acarrear una eventual Sentencia estimatoria (total o parcial) del recurso. Réparese de nuevo en concepto Jurisdiccional recogido en el Razonamiento Jurídico cuarto.

SEXTO.- Concurriendo el primero de los presupuestos exigidos por el art. 130.1 LJCA para satisfacer las solicitudes de medidas cautelares – en este caso la suspensión de la resolución recurrida el *periculum in mora* es indudable- resta analizar si de la privación de los efectos de la decisión administrativa de la Consellería de Sanidad (en realidad de la resolución de prórroga porque los efectos de la primera ya se han producido) *podiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero*.

A resultas de la luz que pueda dar la fase probatoria en el curso del proceso, la Sala ha de tomar en consideración la documentación que conforma la pieza de medidas cautelares y en ella es muy significativa la información que incorpora el informe de la Subdirectora General de Epidemiología, Vigilancia de la Salud y Sanidad Ambiental de 18-2-2021 citando fuentes oficiales y con datos que no se ven desvirtuados en el escrito procesal de la parte actora:

En el informe epidemiológico elaborado para la resolución de la Consellera de Sanidad Universal y Salud Pública el 19 de enero se describía un alto nivel de circulación del SARS-CoV-2 con muy alta transmisibilidad donde la curva epidémica mostraba una

tendencia al crecimiento muy marcado en el número de casos situándose en niveles muy altos. La incidencia acumulada a 14 días fue de 1.042,11 casos por 100.000 habitantes, la proporción de positividad global en las pruebas diagnósticas de infección aguda (PDIA) de 31,25%. En cuanto a la capacidad asistencial la ocupación de camas de agudos era 37,28% y en camas de críticos 52,76%, lo que denotaba una situación de riesgo extremo. La situación epidemiológica de 28 de enero mostró un empeoramiento de la situación situando a la Comunitat en riesgo extremo. La incidencia acumulada a 14 días fue 1.459,82 por 100.000 habitantes y una proporción de PDIA de 33,40%. En cuanto a la capacidad asistencial se observó un claro desbordamiento con una ocupación de camas de agudos de 42,16% y en camas de críticos de 62,97%. En el informe epidemiológico del 11 de febrero, base de la resolución del 12 de febrero, la incidencia acumulada a 14 días fue de 879,44 por 100.000 habitantes, la proporción de positividad global en PDIA de 21,83% y respecto a la capacidad asistencial la ocupación de camas de agudos se situó en 26,71% y 54,93% las camas de críticos. En todos los periodos descritos, de acuerdo a los criterios establecidos en la Guía mencionada, la Comunitat Valenciana se encontraba en nivel de riesgo muy alto ya que la incidencia acumulada a 14 días era mayor a 250 casos por 100.000 habitantes y la proporción de positividad global estaba muy por encima del 4% establecido como límite de positividad de las pruebas diagnósticas a partir del cual el riesgo de transmisión se ve incrementado. Los indicadores de capacidad asistencial también asignaban a la Comunitat nivel de riesgo máximo dado que los indicadores establecidos en la misma tienen el umbral de ocupación en >15% para las camas de agudos y >25% en las camas de críticos. Por tanto, en la evaluación de riesgo quedó de manifiesto que nos encontrábamos en todo momento con transmisión comunitaria sostenida y generalizada con presión mantenida y creciente que excede las capacidades del sistema sanitario.

SÉPTIMO.- Sostiene la parte actora que no existe un solo documento que focalice o señale de forma indubitada a la hostelería como foco de propagación del virus y hable de la injusticia de hallar "culpable" de situación de crisis sanitaria. Pues bien, las resoluciones impugnadas no hacen "culpable" de la pandemia a la hostelería.

Por lo demás, el principio de precaución o de prudencia -que debe imperar en el ámbito de decisión que nos ocupa por imperativo de la legislación sanitaria - no exige que concurra "de forma indubitada" que la actividad desplegada en los establecimientos hosteleros constituye foco de propagación del virus. Basta que existan indicios fundados (no total evidencia) y para la Sala la Administración acredita que si se dan como mínimo tales fundados indicios.

La gravedad de tal situación de la epidemia en relación con la disponibilidad de medios sanitarios salta a la vista, en cualquier caso no justifica por si sola la adopción de las medidas tan reiteradas en los particulares aquí recurridos por la Asociación de Hostelería. Entre las medidas frente al "COVID-19" el informe de la Subdirectora General describe las intervenciones no farmacológicas entre ellas (NPI). Por lo que interesa aquí, nos dice que en el estudio realizado por Fetzer se documenta que el subsidio gubernamental a gran escala destinado a alentar a las personas a comer en restaurantes después de la primera ola de COVID-19 de 2020 en el Reino Unido tuvo un gran impacto causal en la aceleración de la segunda ola. El programa subsidió el 50% de descuento en el costo de alimentos y bebidas no alcohólicas para un número ilimitado de visitas en los restaurantes participantes de lunes a

miércoles desde el 3 de agosto hasta el 31 de agosto de 2020. Las áreas con una mayor aceptación tuvieron un aumento notable en los nuevos grupos de infecciones por COVID-19 una semana después del inicio del programa, como nuevamente, una desaceleración en las infecciones dentro de las dos semanas posteriores a la finalización del programa. *Un cálculo retrospectivo sugirió que el programa fue responsable de entre el 8% y el 17% de todos los nuevos grupos de infecciones locales durante ese período de tiempo.*

Hay diversos factores que pueden explicar por qué ir a los espacios donde se sirven bebidas y comidas aumenta el riesgo de contraer y propagar COVID-19:

- Se reúnen personas de diferentes hogares en el mismo espacio.
- Comer y beber requiere quitarse la mascarilla.
- Al estar en un espacio interior sin mascarilla, la circulación del aire del sistema de ventilación puede ocasionar que las gotitas respiratorias se desplacen a distancias mayores a 2 metros. La mala ventilación además puede aumentar el riesgo, ya que puede propiciar que el virus se acumule en el aire.
- Por lo general se dificulta mantener una distancia física de al menos 2 metros en restaurante, bares y salas de juego.
- Las personas deben hablar más alto para poder escucharse. Esto puede contribuir a generar más aerosoles del virus.
- El consumo de alcohol puede alterar el criterio y dificultar que las personas adhieran a las medidas de seguridad contra la COVID-19.

En suma, hay suficiente evidencia científica para concluir que la forma de disponer de entornos en los que la probabilidad de contagiarse se minimiza es siguiendo un conjunto de recomendaciones (llevar permanentemente mascarilla, distancia interpersonal, higiene de manos frecuente, ventilación de los espacios cerrados y a ser posible, mantenerse en espacios abiertos.) Ahora bien, cuando el nivel de circulación de virus es muy alto, la forma de prevenir un gran número de fallecimientos y un exceso de hospitalizaciones es adoptar medidas más enérgicas basadas en minimizar en lo posible la interacción social. El confinamiento domiciliario, la medida más drástica, llevado a cabo en la primera ola en España o los llevados a cabo en la actualidad en los países de nuestro entorno, han mostrado sin ninguna duda su efectividad.

En definitiva, tomando en consideración las alegaciones de las partes y de la documentación traída al incidente cautelar, la Sala aprecia que satisfacer la pretensión que se nos insta supondría perturbación grave de los intereses generales,

Visto lo anteriormente expuesto, artículos citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación

LA SALA RESUELVE: DESESTIMAR la solicitud de medida cautelar instada por La ASOCIACIÓN DE HOSTELEROS DE CASTELLON (ASHOCAS).

Sin costas

Esta resolución no es firme y frente a la misma cabe recurso de REPOSICION ante la propia Sala, a interponerse en el plazo de cinco días desde su notificación.

Lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Srs. anotados al margen de lo que doy fe.