



AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 8 MADRID

AUTO: 00792/2020

-

Modelo: N35350

C/ GOYA, 14 CP 28001

Teléfono: 91 400 73 10/11/12 **Fax:**

Correo electrónico:

Equipo/usuario: JFV

N.I.G: 28079 23 3 2020 0006929

Procedimiento: PSS PIEZA SEPARADA DE MEDIDAS CAUTELARES 0001022 /2020 0001 PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001022 /2020

Sobre: EN LA SANIDAD

De D./ña. FECALON

ABOGADO

PROCURADOR D./Dª. PEDRO ANTONIO GONZALEZ SANCHEZ

Contra D./Dª. MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL

ABOGADO DEL ESTADO

AUTO

Imos. Sres.:

PRESIDENTE

D. FERNANDO RUIZ PIÑEIRO

MAGISTRADOS

Dª. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. SANTIAGO SOLDEVILA FRAGOSO

En Madrid, a veintiuno de septiembre de dos mil veinte.

HECHOS

PRIMERO- El recurso contencioso-administrativo nº 1022/2020 se interpone por la representación procesal de Federación Catalana de Locales de Ocio Nocturno (FECALON), por el Procurador de los Tribunales Sr. González Sánchez contra la “*Orden del Ministerio de Sanidad, de 14 de agosto de 2020, mediante la que se aprueba la declaración de actuaciones coordinadas en Saludo Pública para responder ante la situación de especial riesgo derivada del incremento de casos positivos por covid 19*”. Dicha orden no ha sido publicada directamente en el BOE, sino comunicada a las diferentes Comunidades Autónomas.

SEGUNDO- Por medio de Otrosi en el escrito de interposición del recurso solicita la recurrente la adopción de la medida cautelar inaudita parte consistente en la suspensión de la ejecutividad de la disposición impugnada entre tanto se sustancia el presente recurso contencioso-administrativo, por cuanto la prosecución de las actuaciones derivadas de la ejecución del acto administrativo harían perder su finalidad legítima al recurso.

TERCERO- La Sala de vacaciones de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional dictó auto el día 20 de agosto de 2020 con la siguiente parte dispositiva:

“La Sala de Vacaciones acuerda:

1.º Apreciar la concurrencia de circunstancias de especial urgencia.

2.º Denegar la medida cautelar interesada por el Procurador de los Tribunales don Pedro Antonio González Sánchez, en representación de la Federación Catalana de Locales de Ocio Nocturno –FECALON-, en relación Resolución Primera, apartados A.1 y B.4, de la Orden del Ministerio de Sanidad, de 14 de agosto de 2020, mediante la que se aprueba la declaración de actuaciones coordinadas en Salud Pública para responder ante la situación de especial riesgo derivada del incremento de casos positivos por covid 19.

3.º Sin costas.”

CUARTO- El mismo día 20 de agosto la actora presenta escrito solicitando se tenga por modificado el suplico de su anterior escrito de 19 de agosto, en cuanto a la solicitud de medidas cautelares, interesando que llegado el momento de dar traslado a la Administración, se adjunten las presentes alegaciones, quedando la concreción del suplico en cuanto a la suspensión solicitada, formulada del siguiente modo:

“ - La Resolución Primera A.1, el cierre de discotecas, salas de baile y bares de copas con y sin actuaciones musicales en directo, y de forma subsidiaria la exclusión de este epígrafe de las actividades de “bares de copas”, o la autorización de funcionamiento para estas actividades en iguales condiciones a las permitidas para los establecimientos de hostelería y restauración, en cuanto a horario y niveles sonoros permitidos por sus respectivas normas sectoriales.

- la Resolución Primera B.4, que establece como horario de cierre de los establecimientos la 1:00h como máximo, sin que puedan admitirse nuevos clientes a partir de las 00:00h”, substanciándose al efecto la correspondiente tramitación de la pieza separada de suspensión.

- Y de conformidad con lo anterior, se acuerde también de forma la suspensión de cualesquiera trasposiciones efectuadas por todas las Comunidades Autónomas, de conformidad con el artículo 65 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, de declaración de actuaciones coordinadas, en relación a ambas medidas.”

QUINTO- La Sala dictó resolución acordando la apertura de la pieza separada de medidas cautelares.

Abierta la pieza separada de medidas cautelares, por el Abogado del Estado se presenta escrito de alegaciones oponiéndose a la medida solicitada de contrario.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO- El artículo 130 LJCA, en el que se contienen los elementos centrales de las medidas cautelares en el procedimiento contencioso administrativo, establece 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 legítima al recurso. En el inciso 2 de este artículo 130 se establece 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.

La jurisprudencia, con ocasión de examinar el alcance de este artículo 130 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, ha venido señalado, en reiteradas ocasiones, que el criterio elegido en dicho artículo para decidir sobre la suspensión cautelar del acto impugnado es que su ejecución pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso, la exigencia de aseguramiento del proceso que viene a representar lo que en la doctrina se ha denominado «periculum in mora». Esto es, que de ejecutarse el acto se crearían situaciones jurídicas irreversibles haciendo ineficaz la sentencia que se dicte e imposibilitando el cumplimiento de la misma en sus propios términos, con merma del principio de identidad, en el caso de estimarse el recurso.

La jurisprudencia ha añadido por otra parte que la apreciación de este requisito ha de efectuarse mediante una adecuada ponderación de los intereses en conflicto, de tal forma que, cuando la suspensión cautelar sea la única vía para la efectividad de la futura sentencia estimatoria que pueda dictarse, los intereses públicos a considerar en ese juicio de ponderación –y que obstan a la suspensión- deberán ser muy relevantes, y que la necesidad de la inmediata ejecución del acto recurrido para atender tales intereses deberá constar de manera inequívoca.

El examen del «periculum in mora» y de la ponderación de los intereses en conflicto, debe hacerse, por otra parte, caso por caso, valorando las particulares circunstancias que presentan, teniendo en cuenta los factores que concurren. Igualmente, el Alto Tribunal viene limitando el juego determinante de la apariencia de buen derecho o “fumus boni iuris” ya que en buena medida comporta entrar, con carácter previo, contradicción limitada y frecuentemente ausencia de prueba, en el fondo de los procedimientos.

SEGUNDO-. La parte actora, en su escrito de interposición de recurso, alega resumidamente lo siguiente: tras exponer una serie de alegaciones fundamentalmente propias del escrito de demanda, por hacer referencia al fondo del asunto, se alegan como el propio escrito las define “*dos vertientes esenciales*”: daños irreparables a las empresas, y riesgo grave para las plantillas laborales de los locales afectados por la resolución.

En cuanto al primero se indica que “*una cosa son las lógicas aunque drásticas medidas adoptadas, en un momento de contagios incontrolados y de origen desconocido, y otra muy diferente, adoptar medidas sin motivación que estigmatizan a estos sectores de forma absolutamente injusta, cuando se admite abiertamente por la administración que no se cuenta con suficientes “rastreadores” para concretar la trazabilidad de los contagios*”. Se ponen de relieve las consecuencias del cambio de un sistema de usos y costumbres provocado por estas medidas, y la progresiva y significativa pérdida de clientela que traerá consigo hasta poner en grave riesgo la subsistencia del sector.

Así, la adopción de la medida cautelar es “*una absoluta necesidad para intentar evitar la pérdida de sus negocios y la oleada de cancelaciones y cierres de hoteles y establecimientos turísticos, ya que la situación provoca una paralización total de una actividad estratégica tan importante para el turismo como es el ocio nocturno, y tan relacionada con otros sectores económicos que ya han denunciado su afectación por la medida como es el sector del taxi, hotelero y apartamentos turísticos.*”

En cuanto al segundo, se pone de relieve la pérdida de empleos en el sector.

Frente a estos perjuicios para la parte actora, se considera que el interés público no se verá afectado.

TERCERO- El Abogado del Estado se opone señalando, fundamentalmente, que la Sala ya ha expresado su criterio, no meramente sobre la concurrencia o no de las circunstancias de urgencia del artículo 135 de la LJCA, sino sobre la improcedencia de la medida cautelar a los efectos del artículo 130. Es claro que no hay periculum in mora ni fumus boni iuris que permitan sostener la petición de suspensión de la Declaración de actuaciones coordinadas.

En todo caso, aunque la Sala acordase la suspensión de la Declaración de actuaciones coordinadas del Ministro de Sanidad seguirían siendo eficaces las medidas de la RESOLUCIÓN SLT/2782/2020, de 19 de agosto, por la que se modifica la Resolución SLT/2073/2020, de 17 de agosto, por la que se adoptan medidas extraordinarias en el territorio de Cataluña para la aplicación del Acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud de 14 de agosto de 2020, sobre la declaración de actuaciones coordinadas en salud pública para la contención de la pandemia de COVID-19, que la Recurrente acompañó a su escrito de interposición. Esto afecta en concreto a la improcedencia de la petición tercera del escrito de interposición de que se suspenda la posibilidad de que las Comunidades Autónomas puedan dictar las disposiciones en materia sanitaria correspondientes, pues ello constituiría una extralimitación clara respecto del objeto de este procedimiento.

No concurre el alegado fumus boni iuris. La recurrente carece de legitimación para impugnar la declaración de actuaciones coordinadas. El acuerdo del Consejo Interterritorial de los sistemas de salud que se recoge en la Orden comunicada recurrida solo tiene eficacia vinculante para las CCAA a las que se notificó (última página de la Declaración de actuaciones coordinadas). A la entidad actora solo le afecta la disposición general que dictó la Comunidad Autónoma de Cataluña. Y no cabe instar una medida cautelar por quién no está en posición de recurrir una actuación administrativa.

La pretendida falta de publicación tampoco afecta al fumus boni iuris: no es el momento procesal idóneo para abordar la legalidad sustantiva de la actuación recurrida. Analizar ahora esta cuestión sería anticipar el fondo del asunto.

Finalmente, el auto invocado por la actora ha sido revocado por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de agosto de 2020, recurso de apelación 907/2020.

En todo caso, no se aprecia riesgo de perjuicios de imposible o difícil reparación.

CUARTO- En el escrito de 20 de agosto pasado se concreta que, en relación con lo solicitado en el anterior, se interesa *“la modificación del suplico del citado escrito, en el sentido de incluir, en cuanto a la solicitud incluida en el suplico respecto de la Resolución Primera A.1, el cierre de discotecas, salas de baile y bares de copas con y sin actuaciones musicales en directo, la incorporación de la petición subsidiaria de exclusión de este epígrafe de las actividades de “bares de copas”, y subsidiariamente a lo anterior, que se autorice su funcionamiento en iguales condiciones a las permitidas para los establecimientos de hostelería y restauración, en cuanto a horario y niveles sonoros permitidos por sus respectivas normas sectoriales.*

Y ello, por dos cuestiones. La primera de ellas la falta de rigor de dicha expresión, que bien podría incluir a cualquier establecimiento de hostelería dedicado a dispensar bebidas principalmente, toda vez que la licencia bar de copas, no existe en todos los catálogos autonómicos.

En segundo lugar, piénsese que en grandes ciudades como Barcelona o Madrid, son las ordenanzas municipales las que determinan la diferencia entre el “hilo musical” y la música como tal, siendo esta la única diferencia física entre un “bar” y un “bar de copas” o “bar musical”, como en Cataluña se denomina a la figura más próxima a este concepto jurídico indeterminado.

Dicho de otro modo, tratándose de establecimientos sin pista de baile, en general de reducidas dimensiones, carecería de sentido la aplicación de un cierre completo, tratándose de actividades que pueden funcionar de forma idéntica a las de hostelería a las que aunque de forma reducida, si se permite el funcionamiento.”

QUINTO- En general, la medida cautelar de suspensión de la ejecución del acto recurrido tiene por objeto asegurar las resultas del proceso y evitar que la sentencia que, en su día, se dicte, no pueda ser llevada a puro y debido efecto.

La jurisprudencia ha delimitado su naturaleza y alcance: en primer lugar, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en STC 22/84, 66/84, 238/92, 148/93 y la de 13 de octubre de 1998, al resolver el recurso de amparo nº 486/97) han reconocido el principio de autotutela administrativa, que no es incompatible con el artículo 24.1 de la C.E., engarza con el principio de eficacia previsto en el artículo 103.1 de la C.E. y se satisface facilitando que la ejecución se someta a la decisión de un Tribunal y éste resuelva sobre la suspensión.

La aplicación del principio de efectividad de la tutela judicial (artículo 24.1 de la Constitución) impone el control jurisdiccional sobre la actividad administrativa (artículo 106.1 de la Constitución) y, en todo caso, han de coordinarse y armonizarse la evitación del daño a los intereses públicos que pueda derivarse de la suspensión de la ejecución y que al ejecutarse el acto se causen perjuicios de imposible o difícil reparación para el recurrente, lo que implica un juicio de ponderación, como ha señalado el Alto Tribunal.

La regulación de las medidas cautelares en los arts. 129 y siguientes de la Ley 29/98, de 13 de Julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, tal como expresamente se indica en su Exposición de Motivos (VI, 5), se apoya en que la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela efectiva, como ya había declarado la jurisprudencia y, por ello, la adopción de medidas provisionales que permiten asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse como una excepción, sino como facultad que el órgano judicial puede ejercitar siempre que resulte necesario, consistiendo el criterio para su adopción, cualquiera que sea su naturaleza, en que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pueden hacer perder la finalidad del recurso, pero siempre sobre la base de una ponderación suficientemente motivada de todos los intereses en conflicto.

En consecuencia, en el art. 129,1 de la Ley 29/1998 se faculta a los interesados para solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia, y en el art. 130 se establece que, previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, 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.

En este caso, la medida cautelar solicitada debe ser denegada. La Sala aprecia en el supuesto de autos tras valorar cual es el interés en este caso prevalente, el de la recurrente o el público, que es este, el interés público, el más necesitado de protección.

Ha de valorarse en cada caso la relación existente entre los intereses en conflicto, y ponderarse el grado en que el interés público exija la ejecución. Y así se ha podido afirmar que cuando las exigencias de ejecución que dicho interés público presenta son tenues, bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; por el contrario, cuando aquella exigencia sea de gran intensidad, sólo perjuicios de muy elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución, en su caso.

En este caso, la resolución impugnada se adopta debido a la situación epidemiológica, y el riesgo generalizado para la población debido al incremento constante de casos positivos por COVID 19. Como expone el Ministerio de Sanidad *“Aunque la situación no es comparable a la sufrida en los meses de marzo y abril, se observa un incremento constante de casos en todo el territorio (ver tabla) que va progresivamente generando un número creciente de casos graves que requieren hospitalización e ingreso en Unidades de Cuidados críticos.”*

Se especifica igualmente que *“Durante las últimas semanas, se ha incrementado el número de brotes generados en el ámbito social, que suponen casi el 40% de los mismos. Entre estos brotes, los más importantes son aquellos relacionados con reuniones familiares o de amigos y los producidos en locales de ocio con horario mayoritariamente nocturno (bares de copas, discotecas y salas de baile). Los primeros son los más numerosos, pero los segundos, afectan a grupos más grandes de población, difícilmente identificables, con orígenes geográficos muy diversos y que debido a las grandes dificultades de localización que generan impiden la aplicación temprana y eficaz de las medidas de control..... El rápido control de la infección es esencial para evitar la presión excesiva sobre el sistema asistencial y el colapso en alguno de nuestros hospitales. En este sentido, la necesidad de controlar la transmisión hasta los niveles más bajos posibles antes de que se recupere la actividad habitual en el mes de septiembre hace que la implementación de las medidas de esta Declaración, además de necesarias sean urgentes.”*

En consecuencia, a los solos efectos de resolver sobre la medida cautelar, y sin prejuzgar en modo alguno el fondo del asunto, este Tribunal concluye, que siendo evidentes los perjuicios que la resolución impugnada puede acarrear a la parte actora, es el interés público el que resulta más necesitado de protección a la vista de las circunstancias descritas en la orden impugnada y no rechazadas por la parte recurrente.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación a este supuesto,

LA SALA, por y ante mí, e l Letrado de la Administración de Justicia, ACUERDA:

LA SALA ACUERDA: No ha lugar a adoptar la medida cautelar de suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. al margen anotados, doy fe.

Contra este auto cabe interponer recurso de reposición.



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.