



Consejo General
del Poder Judicial

La resolución que a continuación se detalla es una copia destinada a los medios de comunicación con el único fin de que tengan conocimiento del contenido de la resolución original.

Esta comunicación no puede ser considerada como la publicación oficial de un documento público. La comunicación de los datos de carácter personal contenidos en la resolución judicial adjunta, no previamente dissociados, se realiza en cumplimiento de la función institucional que el artículo 54.3 del Reglamento 1/2000 de 26 de julio, de los órganos de gobierno de los tribunales, atribuye a esta Oficina de Comunicación, a los exclusivos efectos de su eventual tratamiento con fines periodísticos en los términos previstos por el artículo 85 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales.

En todo caso será de aplicación lo dispuesto en la normativa de protección de datos de carácter personal al tratamiento que los destinatarios de esta información lleven a cabo de los datos personales que contenga la resolución judicial adjunta, que no podrán ser cedidos ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia
de Cantabria

Procedimiento Ordinario 147/2021

AUTO

Ilmo. Sr. Presidente
Don Rafael Losada Armadá
Ilmos. Sres. Magistrados
Doña Clara Penín Alegre

Don José Ignacio López Cárcamo
Doña María Esther Castanedo García
Doña Paz Hidalgo Bermejo

En la Ciudad de Santander, a dieciocho de mayo de dos mil veintiuno.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por la ASOCIACION DE EMPRESARIOS DE HOSTELERIA DE CANTABRIA, parte representada por la Procuradora Sra. Doña Henar Calvo Sánchez y asistida por el Letrado Sr. Don JESÚS VELEZ RUIZ DE LOBERA, se ha interpuso recurso ordinario contra el punto undécimo de la resolución de 11 de mayo de 2021 por la que se establecen medidas sanitarias para la prevención, contención y control de la pandemia ocasionada por el Covid-19 en la Comunidad Autónoma de Cantabria, interesando la suspensión del citado punto UNDÉCIMO in audita parte.

SEGUNDO: Mediante auto de fecha 14 de mayo de 2021 se ordenó la tramitación de la solicitud del incidente cautelar por los trámites del artículo 131 de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa 29/1998, de 13 de julio dando audiencia hasta las 9.00 horas del día 17 de mayo al Gobierno de Cantabria.

TERCERO: Por el Gobierno de Cantabria se aportó escrito de alegaciones con la documentación que consideró pertinente avocando el Presidente de la Sala a Pleno para el día 18 de mayo de 2021.
Es ponente la Magistrada Doña Clara Penín Alegre, quien expresa el parecer mayoritario de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: En el escrito de interposición del presente recurso se solicita como medida cautelar la suspensión del punto undécimo de la resolución de 11 de mayo de 2021 por la que se establecen medidas sanitarias para la prevención, contención y control de la pandemia ocasionada por el Covid-19 en la Comunidad Autónoma de Cantabria. Dicho punto contempla la limitación horaria de determinados establecimientos abiertos al público.

Dispone dicho precepto que:

«1.- Deberán cerrarse no más tarde de las 22:30 horas los establecimientos abiertos al público contemplados en la presente Resolución, con excepción de:

- a) Centros, servicios y establecimientos sanitarios.
- b) Oficinas de farmacia.
- c) Servicios de urgencia de centros de atención veterinaria.
- d) Centros residenciales de servicios sociales.
- e) Gasolineras o estaciones de servicio.

Lo dispuesto en el párrafo anterior resultará de aplicación cuando la actividad del establecimiento no se encuentre suspendida como

consecuencia de la adopción de una medida sanitaria y se entiende sin perjuicio de la aplicación del horario máximo que tuvieran previamente autorizado en caso de que éste estableciese una hora de cierre anterior.

2.- En los supuestos de limitación horaria señalados en el punto 1 no podrá admitirse nuevos clientes o usuarios a partir de las 22:00 horas».

Dicha resolución fue objeto de publicación en el Boletín Oficial de Cantabria el 11 de mayo de 2021.

SEGUNDO: Alega la asociación recurrente, partiendo del reconocimiento que efectúa la Constitución al derecho al trabajo y a trabajar, que la prohibición o limitación de ese derecho tiene que estar fundada en hechos, datos o en su caso informes de los que se deduzca sin ningún género de dudas la necesidad de la limitación a su horario habitual siguiendo el canon de proporcionalidad recogido en la STC 96/2012, de 7 de mayo.

Entiende la asociación recurrente que la medida no es idónea para el objeto propuesto dada la información sobre la evolución de los contagios desde que se cerró la hostelería mediante resolución de 13 de abril. El índice de contagios siguió subiendo pese al cierre, medida que se produjo como fórmula de armonización con el toque de queda (Auto del TSJ de Navarra, de 11-52021).

La restricción sería innecesaria dadas las medidas sanitarias que recoge la resolución existiendo medidas más moderadas que reclamarían un sacrificio menor.

Esta medida no sería ni la más ponderada ni equilibrada pues el auténtico foco de contagio han sido los botellones, fiestas privadas y reuniones familiares, sin que la resolución recoja fundamentación alguna sobre la necesidad de esta limitación cuando la misma genera daños irreversibles.

Argumenta la parte recurrente el periculum in mora o peligro de perder el recurso su finalidad legítima, en el daño irreparable y cada vez más irreparables de las medidas sobre este sector sin que las ayudas recibidas lleguen al 10% de las otorgadas por otros países europeos.

En el análisis de la ponderación de intereses afirma no hay ningún dato que establezca una proporción ni relación directa y causal que apoye como mejor solución el cierre a las 22,30 sin toque de queda.

En cuanto a la apariencia de buen derecho, se remite a los anteriores recursos interpuestos ante la Sala, invocando el Auto del TSJ del País Vasco de 9 de febrero, rec. 94/21 sobre la posibilidad de indemnización a posteriori pues, a la hora de valorar la pérdida de la finalidad del recurso ha de estarse a la finalidad específica o propia de éste, a lo concretamente solicitado y no a ningún otro tipo de compensación o equivalente (normalmente económico).

TERCERO: El Gobierno de Cantabria, a través de la Letrado de sus Servicios Jurídicos, se opone a la suspensión solicitando la desestimación de la medida cautelar interesada. Tras acotar el objeto de impugnación, afirma se trata de una medida adoptada desde la resolución de 18 de junio de 2020 por lo que no sería novedosa.

Como argumentos jurídicos invoca, en primer término, falta de legitimación activa en relación con la pretensión genérica que efectúa frente al cierre de establecimientos abiertos al público pues supondría una especie de acción pública sanitaria.

Además, se estaría partiendo de la existencia de un derecho fundamental, el derecho al trabajo, cuando el artículo 35 de la Constitución carece de este carácter y de la protección dispensada por el artículo 53 del texto constitucional para este tipo de derechos. Todo ello insistiendo en los argumentos sobre los requisitos de la adopción de medidas cautelares en el sentido hasta el momento opuesto en anteriores procedimientos.

En cualquier caso, esta medida habría sido dictada por autoridad competente al igual que en otras Comunidades Autónomas, siendo adoptada cuando el nivel generalizado de alerta en esta era 3.

Y en cuanto a la motivación, se encontraría ésta en el documento DOCRITER, además de aportar informe de 6 de mayo sobre las razones para su adaptación.

CUARTO: En primer término y por razones de lógica procesal, ha de abordarse la falta de legitimación opuesta por el Gobierno de Cantabria respecto de la recurrente.

La medida impugnada afecta a la generalidad del territorio y a todos los establecimientos abiertos al público, por lo que goza del carácter de disposición general y, como tal, cualquiera de los afectados tiene un interés evidente en cuanto destinatarios de ésta. No se precisa que todos y cada uno de los que queden bajo su ámbito de cobertura vengan obligados a impugnar. La mera afectación supone, más allá del interés legítimo, la clara legitimación a los efectos del artículo 19.1 de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa 29/1998, de 13 de julio.

Anuda la Administración demandada la falta de legitimación a la pretensión de anulación general (en cuanto al fondo) y suspensión (en sede cautelar) de la actuación, en cuanto que puede afectar a otros comercios no representados por la asociación actuante. Sin embargo, del artículo 72.2 de la Ley 29/1998 se deduce que, tratándose de una disposición o actuación general (abstracción en cierto modo de la naturaleza), no puede ser el efecto de la resolución que la Sala adopte singularizado, sino que lo que acuerde desplegará su eficacia a todas las personas afectadas. Es decir, esa eficacia suspensiva o anulatoria será igualmente general para todos los afectados.

QUINTO: La Sala ha de partir nuevamente de que lo solicitado es una medida cautelar en la actual situación de pandemia. Por tanto y en principio, resultan válidos los argumentos ya recogidos en previos pronunciamientos, inicialmente, del auto de esta Sala de 21 de agosto de 2020, rec. 168/2020.

Partiendo de lo dispuesto en el artículo 130 de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa 29/1998, de 13 de julio:

«1. 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.

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».

La finalidad, como se aclaró en aquel auto, «es controlar el riesgo de pérdida de la finalidad legítima del recurso contencioso-administrativo antes de que el proceso termine; y, puesto que dicha finalidad es la tutela judicial de los intereses o derechos de las partes concretados en las pretensiones, el fin de la tutela cautelar es controlar el riesgo de desaparición o merma de esos intereses o derechos durante la tramitación del proceso». Peligro de pérdida de la finalidad, ponderación de intereses en conflicto y apariencia de buen derecho con carácter residual.

SEXTO: Dicho lo anterior y respecto al periculum in mora, los perjuicios irreparables o de muy difícil reparación no sólo son notorios, sino que han ido reconociéndose por Gobierno de Cantabria en actuaciones anteriores.

Dado que se considera un hecho notorio y evidente reconocido por las propias Administraciones, estaría exento, con la premura en la reacción que exige la presentación del escrito de interposición de recurso de forma inmediata tras la publicación de la resolución impugnada, de mayor justificación conforme a las reglas del artículo 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así lo reconoció el Auto de 21 de agosto de 2020, rec. 168/2020 pues, «si bien no se han aportado informes sobre su concreto alcance, la realidad misma del perjuicio cabe deducirla, por razonable presunción». El propio Auto de la Sala de 20 de abril de 2021, rec. 120/2021, ya aludió al hecho de que «la gravedad de la situación se incrementa con el paso del tiempo lo que aumenta el daño no solo económico sino también moral de las personas afectadas, mientras las ayudas recibidas por el sector son inferiores a las recibidas por otros países europeos y que no alcanzan para afrontar los gastos que supone el mantenimiento de los establecimientos».

SÉPTIMO: Se centra el debate, pues, en la proporcionalidad de la medida cuestionada en cuanto limitativa de derechos y, en su caso, y ponderación de los intereses en conflicto. Y ello aun cuando no se trate de un derecho fundamental del máximo nivel de protección que otorga el artículo 53.2 de la Constitución. En cuanto contemplado en el artículo 35, capítulo II del Título I de la Constitución, tendrían la protección de segundo nivel del artículo 53.1, vinculando a todos los poderes públicos, y exigiendo su regulación por Ley que respete su contenido esencial.

«Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)».

Aun cuando no sea derecho fundamental, no por ello deja de ser un derecho cuya limitación o restricción debe ser acordada conforme a los cánones de la proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, en relación con un fin constitucionalmente legítimo), y requiere en cualquier caso y como medida discrecional de la Administración, que no reglada, una motivación que justifique en dicho sentido la restricción impuesta, examen que sólo puede hacerse con el carácter indiciario que el momento procesal impone.

Como indica el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 11 de mayo de 2021, rec. 198/21, es evidente que todas las medidas adoptadas por esta Comunidad «son eficaces (juicio de idoneidad), unas en mayor medida que otras, pero todas eficaces». Son la necesidad y proporcionalidad de esta concreta medida las que se ponen en tela de juicio de ser implantadas en los términos en que se han concebido por la resolución impugnada hasta que se resuelva sobre el fondo del recurso.

Cierto es que, como indica la Administración demandada, el supuesto no es el mismo que en Navarra, donde esta medida es una de las tres ahí dispuestas, incluidas las limitaciones en lugares privados. Sucede, sin embargo, que precisamente la ausencia de esas otras disposiciones permite poner en duda su mayor eficacia de la medida en tanto que los focos de contagio pueden intensificarse en otros lugares públicos que no sean playas o parques, o el ámbito privado a partir del cierre de establecimientos, estos últimos principalmente sin medida de control de burbujas o sanitarias como permiten los afectados por la resolución. La justificación y motivación se tornan, pues, esenciales en el escenario que dispone la Comunidad Autónoma de Cantabria para efectuar una ponderación de intereses.

OCTAVO: Antes del recién finalizado estado de alarma es cierto que la Administración autonómica había acordado, como medida sanitaria y de ayuda de control de la pandemia, la limitación de horario de apertura de distintos establecimientos. Sin embargo, esta limitación horaria, cambiante en función del nivel de alerta, sufre un cambio sustancial con la resolución impugnada. La resolución de 11 de mayo de 2021 ya anuncia en su exposición de motivos que:

«la presente resolución modifica la sistemática de la adopción tanto de las medidas que son aplicables con independencia del nivel de alerta, como de aquéllas cuya aplicación depende de un determinado nivel de alerta, como de aquellas cuya aplicación depende de un determinado nivel de alerta».

Entre las que operan con independencia del nivel de alerta se encuentran las recogidas en los puntos undécimo y duodécimo de la resolución: la limitación horaria de determinados establecimientos abiertos al público (22.30 horas) y de actividades colectivas en playas y parques (20.00 horas).

La medida aquí impugnada se ciñe a la primera de éstas decir, de las que operan con independencia del nivel de alerta. Y como indica el punto decimotercero:

«tendrá vigencia hasta que el Gobierno de la Nación declare la finalización de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19».

En palabras de la propia resolución, se trata de medidas de prevención aplicables con carácter general, sin vincular a un determinado nivel de alerta, cuya duración se prevé hasta que el Gobierno de la Nación declare el fin de la crisis sanitaria.

NOVENO: Al margen del nuevo escenario normativo del que ilustra la exposición de motivos tras finalizar el estado de alarma y la nueva circunstancia sanitaria que la propia resolución destaca, «la intensificación del proceso de vacunación», cita como justificación de las acordadas el Documento de "Actuaciones de respuesta coordinada para el control de la transmisión de COVID-19", de 26 de marzo de 2021 que desplaza el anterior documento adoptado con fecha de 22 de octubre de 2020, junto con los indicadores adicionales definidos en el "Documento de Criterios Técnicos de Evaluación Epidemiológica Territorializada" adoptado el 11 de mayo de 2021 por la Dirección General de Salud Pública. No obstante, reconoce lo hace para determinar el nivel de alerta.

Ninguno de estos dos documentos recoge la limitación horaria de establecimientos para todos los niveles y con el carácter transversal, con independencia de los indicadores que permiten fijar un determinado nivel de alerta.

Así, el Documento de "Actuaciones de respuesta coordinada para el control de la transmisión de COVID19" contempla el límite de horario sólo en el nivel de alerta 4 para estos establecimientos. Y como dice ese documento, con la finalidad de escalar en la intensidad de las actuaciones de respuesta en función del nivel del riesgo.

Por su parte, el "Documento de Criterios Técnicos de Evaluación Epidemiológica Territorializada" (DOCRITER) tampoco recoge esta medida en concreto recuerda que «a nivel epidemiológico, la fase de transición se ve precedida por la última etapa de la fase pandémica, la etapa de desaceleración. Ésta se caracteriza por una disminución sostenida en el tiempo del número de casos notificados. Se recomienda durante este intervalo, programar de forma escalonada la suspensión de parte de las medidas de mitigación y valorar prescindir de algunas de estas medidas en función de la situación epidemiológica de cada territorio». Pero este documento que contempla otros indicadores complementarios, ni recoge la limitación de horario entre las medidas, ni la impugnada se adaptaría al espíritu del documento que es efectuar una progresiva y escalonada mitigación de las medidas, en cuanto la limitación de estos establecimientos abiertos al público se configura como medida transversal a cualquier nivel de alerta y con espíritu de permanencia hasta que se declare el fin de la emergencia sanitaria. Es decir, podría darse la paradoja de 0 contagios en Cantabria con ausencia de otros indicadores y, no obstante, seguiría vigente en tanto no se pronuncie el Gobierno de la Nación sobre el fin de la

pandemia, lo o cual, es evidente, no sólo depende de los datos de esta Comunidad.

No recogido en la resolución impugnada ni deducible de estos documentos, en la contestación a la medida alega la Administración un informe de 6 de mayo de 2021 que aporta con su escrito sustentado en la investigación ComC1, publicada el 8 de diciembre por el Instituto Pasteur, la Agencia Nacional de Salud Pública y el Instituto IPSOS de Francia y dirigida por Galminche Simon en el que se encuestó a 30.330 ciudadanos franceses entre el 21 de octubre y 3 de noviembre de 2020. Ni por la fecha de realización, ni por el hecho de ser una encuesta, ni por el ámbito en que se realizó, Francia, permiten sea considerado como justificación por esta Sala.

Y tampoco el argumento de que otras Comunidades Autónomas hayan adoptado medidas similares puede ser justificación de la aquí adoptada, en los términos en que se hace y con el carácter indiciario que la solicitud de una suspensión cautelar demanda.

El documento aportado fuera de la resolución apela a la progresividad de la escalada, lo que no cumpliría la medida diseñada por la Administración cuya suspensión se insta pues se impone con independencia de los indicadores pactados y los complementarios y en todo tipo de nivel de riesgo. Y en la página oficial del Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitaria, Actualización nº 375, Enfermedad por el coronavirus (COVID-19), de 14.05.2021, la página 13 recoge una comparativa de brotes destacando la mayor proliferación del ámbito familiar, además de los brotes en el ámbito educativo, laboral, haciendo decaer la supuesta notoriedad de que los establecimientos abiertos al público son el mayor foco de contagio.

DÉCIMO: Corolario de lo anterior y ya en sede de ponderación de intereses, la Sala siempre ha partido del auto del Tribunal Supremo, Sala 3ª, Secc. 4ª, de 17 de junio de 2020, rec. 104/2020: «la situación de grave riesgo de los intereses públicos ocasionada por la pandemia de la COVID-19... y la afectación que la medida cautelar de suspensión representaría para el interés público que se trata de proteger». Sucede, sin embargo, que la propia resolución impugnada menciona como los dos hechos más relevantes que inciden en la nueva disposición, tanto el fin del estado de alarma como la intensificación del proceso de vacunación. Estos hechos, unido a que la limitación horaria es aplicable sólo a este sector, y con mayor rigidez a las playas y parques, no sólo no impide, sino que se corre el peligro de potenciar reuniones sociales en el resto de lugares (desde el campo hasta los domicilios particulares) a partir de esta específica y selectiva limitación horaria, sin control de burbujas de convivencia ni otras medidas sanitarias más allá de la propia concienciación del individuo, por lo que su eficacia de cara a los intereses públicos protegidos disminuye notablemente. Por el contrario, la ausencia de motivación o justificación exteriorizada en la resolución impugnada respecto de esta medida aplicable sólo al sector de establecimientos abiertos al público, con la evidente generación de daños que un cierre de horario anticipado, en los términos no anudados a los niveles de alarma o situación epidemiológica con que se concibe, llevan a la

Sala a concluir que deben primar estos últimos precisamente por la falta de necesidad y proporción a la finalidad con que son concebidos, existiendo como existen medidas menos lesivas para alcanzar el nivel de protección o disminuir el riesgo de contagios perseguido. Daños para el sector que, aun cuando inicialmente económicos, son acumulados a lo largo de más de un año y, por tanto, de cada vez más difícil reparación, por lo que la Sala considera que procede cautelarmente la suspensión de esta medida.

UNDÉCIMO: La mera existencia de ser la decisión adoptada por voto mayoritario permite considerar a la Sala que concurre el supuesto de excepción a la regla del vencimiento objetivo prevista en el art. 139.1 de la LJCA. Y de ahí la no imposición de costas.

En su virtud,

LA SALA ACUERDA: Estimar la medida de suspensión del punto Undécimo de la Resolución de 11 de mayo de 2021, por la que se establecen medidas sanitarias para la prevención, contención y control de la pandemia ocasionada por el Covid-19 en la Comunidad Autónoma de Cantabria.

VOTO PARTICULAR AL AUTO DE MEDIDAS CAUTELARES DICTADO POR LA SALA EN EL MARCO DEL PO 147/2021 QUE SUSCRIBE EL MAGISTRADO DON JOSÉ IGNACIO LÓPEZ CÁRCAMO Y AL QUE SE ADHIERE EL PRESIDENTE MAGISTRADO DON RAFAEL LOSADA ARMADA.

Anticipo que, a mi modo de ver, y tal como lo expuse en la deliberación, la pretensión de tutela cautelar de la parte actora debiera haberse desestimado, manteniendo, por ende, la ejecutividad de la disposición impugnada. Estos son los motivos de mi discrepancia:

PRIMERO. - Empezare, como siempre suelo hacer cuando soy ponente en incidentes cautelares (aunque no sea el caso), con una breve reflexión sobre el régimen de tutela cautelar en el marco del proceso contencioso-administrativo, con el fin de enmarcar mis argumentos sobre el caso concreto en un parámetro jurídico general que dirige toda toma de decisión en materia de tutela cautelar:

Lo sustantivo de ese régimen se establece en el art. 130 de la LJCA:

"1. 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.

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."

En breve exegesis de dicho precepto, cabe sostener lo siguiente:

El fin de la tutela judicial cautelar no es conceder tutela a quien tiene aparentemente la razón o evitar el abuso del proceso por quien no tiene la razón. El sentido, la razón de ser de la tutela cautelar es controlar el riesgo de pérdida de la finalidad legítima del recurso contencioso-administrativo antes de que el proceso termine; y, puesto que dicha finalidad es la tutela judicial de los intereses o derechos de las partes concretadas en las pretensiones, el fin de la tutela cautelar es controlar el riesgo de desaparición o merma de esos intereses o derechos durante la tramitación del proceso.

La necesidad de la tutela cautelar está inserta en la efectividad que el art. 24.1 CE predica de la tutela judicial; pues ésta se quedaría en algo meramente formal, sin la virtualidad de garantía de los derechos e interés legítimos de las personas, que es su esencia, si al dictarse la resolución decisoria del pleito el interés o derecho concretado en las pretensiones de las partes hubiera desaparecido o se hubiera perjudicado sustancialmente sin posibilidad de recuperación plena.

Siendo así, es claro que el art. 130 de la LJCA fija, no ya como criterio, sino como auténtico presupuesto de la tutela cautelar, la concurrencia del sobredicho riesgo. Es lo que se conoce como "peligro en la mora".

Para la concreción de dicho presupuesto, cabe acudir al concepto de perjuicio irreparable o de difícil reparación "ex post facto", ampliamente desarrollado jurisprudencialmente en aplicación del régimen de tutela cautelar. Es de ver que el hecho de que en el art. 130 no se utilice tal concepto no es impedimento para tenerlo en cuenta, pues es un concepto que concreta la idea de pérdida de la finalidad legítima del recurso, en la medida en que se refiere al perjuicio que de modo inmediato se causa al interés o derecho para la que se pretende la tutela judicial, perjuicio que debe tener la potencialidad de hacer desaparecer o mermar sustancialmente tal derecho o interés durante la tramitación del proceso.

El art. 130 contempla, en principio, el régimen cautelar desde la perspectiva del que interpone el recurso contencioso-administrativo; pero es obvio que el derecho a la tutela cautelar también lo ostentan las otras partes (la Administración demandada y las personas que actúen como codemandadas por tener derechos o interés derivados del acto administrativo impugnado), y ese derecho ha de garantizarse si la necesidad de su tutela cautelar se da en el caso. De ahí, la regulación del apartado 2 del art. 130.

Lo que inmediatamente precede conduce a la ponderación de intereses a la que se viene refiriendo la jurisprudencia y la doctrina. Pero hay que precisar que la consideración de los derechos o intereses traídos al pleito por la Administración demandada y/o las personas codemandadas y, por ende, la aplicación del método de la ponderación, solo tiene sentido si previamente la parte actora ha acreditado el "peligro en la mora" respecto del interés o derecho cuya tutela judicial reclama.

El llamado "Fumus boni iuris" o apariencia de buen derecho, no se contempla en la ley como criterio del juicio cautelar; pero la jurisprudencia lo viene admitiendo. Es, en todo caso, un criterio auxiliar o subsidiario del de la ponderación de intereses, que debe aplicarse con especial prudencia, solo cuando el criterio principal no aporte una solución clara, o cuando sea imposible ponderar los intereses en juego sin considerar su amparo en Derecho, por la temporalidad de la medida o por la naturaleza de dichos intereses u otras razones, pero, en todo caso, procurando no sustentar la decisión cautelar en un juicio de fondo en profundidad y, virtualmente definitivo, antes de que el proceso se ha desarrollado en su totalidad, con la posible salvedad de los casos excepcionales cuya solución jurídica se presente desde el principio como evidente, y siempre que previamente se haya apreciado el presupuesto fáctico necesario: el peligro en la mora.

Si erigiésemos a la apariencia de buen derecho en presupuesto de la tutela cautelar o en criterio principal, con exclusión o degradación del peligro en la mora, difícilmente podría decirse que aquélla se integra en el derecho a la tutela judicial efectiva; pues tal integración se justifica en el carácter instrumental de la tutela cautelar respecto de la efectividad de la tutela definitiva, y tal relación de instrumentalidad desaparece si no hay "periculum in mora".

En cuanto a la ponderación de intereses y de derechos, son la relevancia en abstracto de los mismos y la concreta intensidad con la que se manifiestan en el caso, los criterios fundamentales a tener en cuenta; pero no tanto desde la perspectiva de la resolución de fondo del asunto, sino desde la específica de la tutela cautelar, es decir, considerando cual de los intereses concurrentes corre más riesgo de desaparecer o desvirtuarse con la pendencia del proceso y, con ello, de frustrarse la tutela judicial definitiva que pueda otorgarse al final del mismo. No se trata, en este momento cautelar, de determinar cuál de los derechos o intereses legítimos en conflicto es el que ampara el Derecho (ésta es la cuestión de fondo a resolver en la sentencia, tras el debido proceso; y solo en el limitadísimo ámbito del "fumus boni iuris" puede analizarse de forma provisional en el incidente de tutela cautelar); se trata de dilucidar cuál de esos derechos o intereses se presenta con más necesidad de un protección cautelar, en atención a su relevancia y a los riesgos de pérdida o minoración durante el tiempo de duración del proceso.

SEGUNDO. - Esto establecido, lo siguiente que hay que hacer es verificar la concurrencia del "periculum in mora" en la situación de la parte actora. En resolución de otros incidentes cautelares precedentes que versaron sobre medidas de lucha contra el covid-19, hemos apreciado que la naturaleza de la medida que se impugnaba tenía un claro potencial perjudicial para dicho sector de actividad, por lo que apreciamos la concurrencia del peligro en la mora en la situación de la parte actora, lo que nos permitía entrar en la ponderación de intereses.

Pero no se debe pasar por alto que la medida en relación con la cual hicimos esa consideración era el cierre del interior de los bares y establecimientos de hostelería; la cual, a mi modo de ver, es más restrictiva de la actividad que la limitación horaria hasta las 22:30 horas, o cuando menos, la restringe de modo diferente.

Y es por esta diferencia, por lo que, sin descartar de modo absoluto el presupuesto de la tutela cautelar solicitada: el peligro en la mora (lo que justificaría, sin más análisis, la denegación de la medida cautelar pretendida), entiendo que, a la hora de graduar dicho peligro, dentro de juicio de ponderación de intereses, es dato relevante la incidencia de la medida de limitación de horario en la rentabilidad de la actividad, y este dato lo ha de facilitar la parte actora. No se trata de exigir un detallado estudio al respecto, pero sí, al menos, una explicación general centrada en la relación limitación horaria-minoración económica-sostenibilidad de la actividad; pues, insisto, esto se presenta como un factor importante para la ponderación de los intereses en juego que, como he dicho, se hace en el marco del peligro en la mora y su graduación respecto de aquéllos.

TERCERO. - Abordo ya el juicio de ponderación de intereses, en la línea que he hecho otras veces en el mismo trance jurídico:

Permítaseme, también aquí, volver a las reflexiones teóricas que he venido exponiendo en autos de otros incidentes de tutela cautelar semejantes a éste, en los que intervine como ponente:

En la ponderación de intereses del juicio cautelar, se trata de determinar en qué grado y medida los intereses o derechos traídos al pleito por las partes (entre ellos, los intereses o valores generales subyacentes al acto impugnado) pueden verse minorados o desvirtuados por el tiempo que dura el proceso principal, hasta que se dicte la resolución que decida la tutela judicial definitiva de unos u otros. Y más en concreto, cuando la pretensión es la suspensión de la ejecutividad del acto impugnado, se trata de verificar en qué medida la preservación del interés general que el acto persigue exige la ejecución inmediata del acto, y en qué medida esa ejecución podría frustrar la eventual tutela definitiva del derecho defendido por la parte recurrente.

En el alegato de la parte actora se despliegan argumentos que buscan demostrar la ausencia de justificación de la proporcionalidad de la medida (idoneidad, necesidad y proporcionalidad "strictu sensu": equilibrio entre el bien que procura a los valores o bienes jurídicos que la medida persigue y el sacrificio que implica para los valores o bienes jurídicos negativamente afectados).

El principio de proporcionalidad aparece como parámetro jurídico de fondo en:

-El art. 28.c) de la Ley 14/1986, General de Sanidad: "Las limitaciones sanitarias deberán ser proporcionadas a los fines que en cada caso se persigan".

-En el art. 3 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública: "Las Administraciones públicas y los sujetos privados, en sus actuaciones de salud pública y acciones sobre la salud colectiva, estarán sujetos a los siguientes principios: (...) c) Principio de pertinencia. Las actuaciones de salud pública atenderán a la magnitud de los problemas de salud que pretenden corregir, justificando su necesidad de acuerdo con los criterios de proporcionalidad, eficiencia y sostenibilidad"

-Y en el art. 26.1 de la LO 3/1986, se alude a la pertinencia y la justificación: "En caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, las autoridades sanitarias adoptarán las medidas preventivas que estimen pertinentes, tales como la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de Empresas o sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas." -El subrayado es nuestro.

Pero, hay que matizar recordando que no estamos ante la limitación de derechos fundamentales, por lo que no es aplicable el art. 53.1 de la CE, ni cabe trasladar aquí, "in integrum," y sin matices, el estricto canon que, en

torno al principio de proporcionalidad, ha instaurado el TC para verificar la constitucionalidad de ese tipo de limitaciones.

Por otro lado, como ya he dicho, el incidente cautelar no es el juicio de fondo y la aplicar los parámetros jurídicos de la medida impugnada es entrar de lleno en ese juicio de fondo, para el que es preciso, por seguridad y por el derecho de defensa, adentrarse en el proceso principal y seguir sus trámites.

Solo si la desproporción o la carencia de justificación aparecieran en este momento como ostensibles, obvias, apreciables sin ningún género de dudas, sin necesidad de mas análisis, podría sustentarse la decisión cautelar únicamente en esa apreciación categórica. Y, a mi parece, por lo que se irá viendo, no es este el caso en absoluto.

No obstante, el principio de proporcionalidad no es ajeno a la ponderación de intereses y derechos en el marco del juicio cautelar; pero su función en dicho marco es la de inspirar y guiar dicha ponderación, no la de contribuir a la determinación de la conformidad a Derecho del acto impugnado, que es lo propio del juicio de fondo a expresar en la sentencia que ponga fin al proceso principal.

Y, lo quiero resaltar: en materia de medidas de lucha contra el covid, el principio de proporcionalidad (tanto en su faceta de parámetro de ajuste a Derecho, como de criterio orientativo de la ponderación de intereses), ha de actuar e interrelación con el principio de precaución, el cual se enuncia en la letra d) de la Ley 33/2011: "Principio de precaución. La existencia de indicios fundados de una posible afectación grave de la salud de la población, aun cuando hubiera incertidumbre científica sobre el carácter del riesgo, determinará la cesación, prohibición o limitación de la actividad sobre la que concurren". Es de ver que este principio subyace en el art. 26.1 de la LO 3/1986 cuando como causa de las medidas sanitarias contempla la sospecha razonablemente de la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud

A mi modo de ver este es el modo adecuado de interrelación:

El principio de precaución significa, y más en el juicio cautelar, que no es preciso exigir a la Administración una justificación acabada de la perfecta idoneidad y la absoluta necesidad de la medida, a través de estudios que demuestren incontestablemente la efectividad de la medida en la prevención del riesgo de contagio; no es dado requerirle evidencias científicas irrefutables; basta con indicios racionales de que la actividad o circunstancia considerada puede constituir o aumentar el riesgo de contagio y de que la medida limitativa de tal actividad puede resultar eficaz para atajar o moderar la transmisión del virus..

CUARTO. - En este marco, podemos descender a lo más concreto en la ponderación de intereses:

Los perjuicios que el acto impugnado ocasiona al sector de actividad de referencia son de carácter económico y, por ende, reparables "a posteriori" Cuando nos referimos a la reparabilidad de los perjuicios económicos, no estamos pensando únicamente en la posibilidad contemplada en el art. 133.3 de la LJCA, sino, también, en las compensaciones y ayudas que pueda establecer el Estado o la Comunidad Autónoma, en el marco de una actuación de fomento y compensación encuadrable en la reactivación de la economía, que puede acompañar a las restricciones propias e ineludibles que se dan en situaciones tan graves como la pandemia que sufrimos, que tienen un efecto ineluctable en variados sectores económicos. No nos referimos, quede claro, a medidas indemnizatorias jurídicamente obligadas nacidas de un eventual responsabilidad patrimonial de la Administración (tema que no cabe analizar en este proceso y que deberá, si se plantea, estudiarse casuísticamente), sino al binomio general restricciones necesarias por razones sanitarias/medidas de reactivación de la economía y ayudas a los sectores más afectados; binomio cuyo alcance no puede determinarse en este proceso (ni, en general, y salvo eventuales excepciones, por los tribunales); pero que es un elemento que no puede desacatarse radicalmente de la ponderación de intereses que nos ocupa.

Frente al interés, de naturaleza económica, del sector de la hostelería y restauración y el daño que la ejecutividad inmediata de la disposición le puede causar, en el otro lado de la balanza simbólica de la ponderación, 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, todos ellos intereses de alta relevancia constitucional, pues no me es dado dudar de que la medida de limitación horaria cuestionada tiene como fin la lucha contra la pandemia que sufrimos y, más en concreto, la minoración de la propagación del virus, la cual amenaza la salud y hasta la vida (es notorio) de las personas.

La limitación horaria cuestionada no afecta a ningún derecho fundamental.

La libertad de empresa, que podría estar implicada, no es un derecho fundamental de los contemplados en la sección primera del capítulo primero de la Constitución (se proclama en el art. 38, dentro de la sección segunda), y la medida de referencia no niega dicha libertad ni la impide, impone una restricción parcial que encuentra amparo en el art. 26 de la Ley 14/1986, en el art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986 y, por lo que se refiere a la Comunidad Autónoma de Cantabria en el art. 76.2 de la Ley 7/2002. Y lo mismo cabe decir del derecho al trabajo.

Por otro lado, ni la libertad proclamada en el art. 1 de la Constitución ni las más específica establecida en el art. 17 de la misma conllevan, como derecho fundamental estrictamente tal, la realización por las personas de cualquier actividad lícita imaginable. Pueden hacer todo aquello que la ley no prohíba, pero eso no es consecuencia de un derecho fundamental genérico y absoluto de libertad, sino del principio de legalidad, en la expresión del mismo conocida como vinculación negativa a la ley.

Por contra, el derecho a la vida y a la integridad física sí son derechos fundamentales y los poderes públicos están obligados, no solo a su respeto pasivo, sino a una actividad de protección y prevención, a cuyo fin la lucha contra una pandemia que provoca fallecimientos y graves deterioros de la salud es una actuación ineludible.

El perjuicio económico es siempre reparable, la concreción desgraciada del riesgo de contagio por covid puede no serlo nunca. Y no se vea este comentario como frase lapidaria y dramática, ajena al ámbito del razonamiento jurídico, pues, recuerdo que no estamos ante el juicio definitivo de fondo sobre la acomodación de la disposición impugnada a Derecho, sino ante el juicio cautelar, en el que el peligro de frustración, sin posibilidad de reparación, de los derechos e intereses en juego durante la tramitación del proceso hasta su resolución es criterio fundamental. Y la gravedad de la pandemia que sufrimos y su afectación a la salud y a la vida de las personas es un hecho notorio, un hecho luctuoso que se presenta con datos abrumadores de que los medios de comunicación dan cuenta todos los días. Ciertamente es que el avance de la vacunación y las medidas preventivas adoptadas por las Administraciones públicas empiezan a dar el fruto pretendido en forma de rebaja de los índices de contagio, los óbitos y la presión hospitalaria; pero la pandemia no ha desaparecido y la experiencia y la prudencia aconsejan atender a la posibilidad de un empeoramiento.

Esto dicho, apreciamos la prevalencia de los intereses generales valores y derechos que subyacen al acto impugnado, sobre los intereses económicos del sector representado por la asociación recurrente.

QUINTO. - Y esos intereses generales y derechos (como la vida, que es el derecho por excelencia: el presupuesto de todos los demás) no se traen a la ponderación de modo abstracto o arbitrariamente. La resolución impugnada se funda en motivos que, al menos en este momento cautelar, permiten apreciar la justificación de la medida por su relación clara con la contención del contagio:

En el informe que se aporta como documento nº 2, se analiza la situación epidemiológica de Cantabria a 11 de mayo de 2021, y se concluye que los indicadores son compatibles con un nivel de alerta 3 en la Comunidad Autónoma, según lo establecido en el documento "Actuaciones de respuesta coordinada para el control de la transmisión del COVID-19, actualizado a 26 de marzo de 2021.

En el documento de criterios técnicos de evaluación, se hace un estudio de los métodos y criterios de la valoración de la marcha de la pandemia, lo que permite sostener (en ese momento cautelar en el que no es posible un juicio de fondo acabado y seguro) que la evaluación en que se encuadra la resolución impugnada y, en concreto, la medida de limitación horaria cuestionada, se sustentan en sólidos métodos de valoración.

Y, finalmente, en el informe de 6 de mayo de 2021 se justifica la relación de adecuación de la medida de limitación horaria con el fin perseguido, y se hace acudiendo a criterios de experiencia que, a estas alturas de pandemia, son obvios:

Por lo que hace a bares y establecimientos de hostelería, que es a los que representa la parte actora, podemos decir, en línea con lo que se considera en dicho informe:

Si sabemos que el contagio se produce por vía aérea, y, por ello, es generalmente admitido que una de las formas de minorar la propagación del virus (contagio) es contener el contacto social entre las personas, y se considera, también por razón de la experiencia de la dinámica de las relaciones sociales lúdicas, que en horario nocturno (sobre todo en fines de semana y con más intensidad en la próxima época veraniega), se acrecienta la presencia de gente en los bares y en las zonas adyacentes, así como en los establecimiento de hostelería, y si tenemos en cuenta la dificultad de mantener, en esos ámbitos de expansión y en ese tipo de actividad, medidas preventivas, como el uso de las mascarillas y la prudente distancia interpersonal; si atendemos a estos factores, decíamos, no me parece difícil reconocer la justificación de la medida: la suficiente justificación para mantener su ejecutividad en este incidente cautelar y bajo la cláusula "rebus sic estantibus" consustancial a la decisiones jurídicas provisionales, que, además, recoge el art. 132.2 de la LJCA.

Respecto del resto de establecimiento a los que alcanza la medida (que no han sido objeto de la atención argumentativa de la parte actora), cabe decir que, igualmente, aunque tal vez en menor medida, el horario nocturno de apertura incentiva la afluencia de gente en estas fechas próximas a la canícula.

En síntesis, es razonable la siguiente reflexión:

Si la limitación de horario de los establecimientos comerciales y de los bares y locales de restauración puede tener una limitación general, en situación de normalidad sanitaria, por razones de tranquilidad pública y en aras del derecho a un medio ambiente adecuado (en su dimensión de medio ambiente urbano, especialmente relacionado con los ruidos), resulta razonable apurar la limitación en horario nocturno, cuando nos encontramos en medio de una pandemia producida por un virus de alta letalidad, que se propaga por vía aérea.

Es importante, en esta ponderación de intereses, resaltar que la medida de limitación horaria cuestionada ha estado vigente en Cantabria, como alega la Administración, antes de la resolución impugnada, ha sido una de las medidas primeras destinada a reducir el contacto social de riesgo; y ahora se presenta como una especie de medida puente, que permite relajar otras restricciones de la actividad económica y social más gravosas e incisivas, en un tiempo de transición hacia la normalidad.

Dos consideraciones para finalizar este fundamento:

Contrariamente a lo que entiende la parte actora, la medida de limitación horaria no va ligada a la denominada como toque de queda. No es aquélla medio instrumental para la efectividad de ésta, ni son complementarias, ni la primera deja de tener sentido sin la segunda. La efectividad del toque de queda está en la responsabilidad individual en su cumplimiento y en la vigilancia supletoria del poder público. Y la limitación horaria de referencia actúa con independencia; es más, encuentra pleno sentido cuando no hay toque de queda, pues éste, ya de por sí, impide acudir a los bares y otros establecimientos comerciales. La limitación horaria analizada está, dentro de una escala lógica de restricciones regida por su grado de incidencia en la actividad personal y social, por debajo del toque de queda (éste es un límite a la libertad proclamada en el art. 18 de la CE, no así la limitación horaria cuestionada); por lo que se puede sostener que esta última es una medida que puede, junto con otras, sustituir, en la fase de transición hacia el final de la crisis sanitaria, al toque de queda y otras restricciones más invasivas como el cierre de ciertos establecimiento o los confinamientos perimetrales.

La limitación horaria cuestionada no tiene, en absoluto, como fin frenar la actividad conocida como "botellón", ni, contrariamente a lo que entiende la parte actora, contribuye a ello: tal fenómeno se ha venido produciendo antes de la pandemia. Y, por eso, en modo alguno cabe, según mi opinión, justificar la suspensión de la ejecutividad de la medida impugnada en razón de su aporte a la contención del "botellón".

En conclusión, la ponderación de los intereses y derechos en juego determina la desestimación de la medida cautelar solicitada por la demandante, dada la mayor necesidad de protección cautelar del derecho a la salud y la vida a la que se encamina el acto impugnado.

SEXTO. - Con lo dicho hasta aquí podría acabarse el razonamiento; pero creo conveniente argumentar en relación con la duración temporal de la medida.

Cabe interpretar, dado el tenor literal del punto 2 del apartado primero de la resolución y el espíritu de continua evaluación y cambio que la anima (en cumplimiento, por cierto, del principio de evaluación previsto en el art 3 de la Ley 33/2011), que la limitación horaria también queda sujeta a las evaluaciones epidemiológicas semanales por municipios. Pero, en cualquier caso, hay que parar mientes en el apartado decimotercero de la resolución: "1.- La presente Resolución surtirá plenos efectos desde las 00.00 horas del día 12 de mayo de 2021 y, sin perjuicio de su eventual revisión a la luz de la evolución de la situación sanitaria y epidemiológica, tendrá vigencia hasta que el Gobierno de la Nación declare la finalización de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 en los términos previstos en el artículo 2.3 de la Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19".

Pues bien, este apartado, no solo fija un plazo de vigencia, que, si no determinado en una fecha concreta, aporta certidumbre sobre el carácter temporal de la regulación, por referencia al final de la crisis sanitaria que deberá declarar el Gobierno de la Nación "de manera motivada y de acuerdo con la evidencia científica disponible, previo informe del Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias"-art. 2.3 de la Ley 2/2021-, sino que introduce la cláusula "rebus sic stantibus" al matizar: "sin perjuicio de su eventual revisión a la luz de la evolución de la situación sanitaria y epidemiológica"

En definitiva, la limitación horaria cuestionada (igual que todas las demás medidas que la disposición impugnada establece) no solo puede, sino que deben modificarse (no solo para dulcificar las restricciones sino, si está justificado, para acrecentarlas e indurarlas) en atención a la evolución de la pandemia.

No es, por ende, la duración de la medida un factor que incida negativamente en la ponderación de intereses, desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, como criterio del juicio ponderativo; sino más bien al contrario, pues esa cláusula "rebus sic stantibus" permitiría, si la situación epidemiológica mejora, reducir al mínimo posible la extensión temporal de la medida.

Santander a diecinueve de mayo del dos mil veintiuno.