

Proc.: **PROCEDIMIENTO  
ORDINARIO**  
Nº: **000005/2021**  
NIG: 390753320210000004  
Resolución: Auto 000004/2021  
Pieza: Pieza de Medidas Cautelares - 01

Ponente: Clara Penin Alegre

Puede relacionarse telemáticamente con esta  
Admón. a través de la sede electrónica.  
(Acceso Vereda para personas jurídicas)  
<https://sedejudicial.cantabria.es/>

Intervención:	Interviniente:	Procurador:
Demandante	ASOCIACION DE EMPRESARIOS DE HOSTELERIA DE CANTABRIA	HENAR CALVO SÁNCHEZ
Demandado	GOBIERNO DE CANTABRIA	

### **A U T O Nº 000004/2021**

**ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:**

**PRESIDENTE**

**D. RAFAEL LOSADA ARMADÁ**

**MAGISTRADOS**

**D. JOSE IGNACIO LÓPEZ CÁRCAMO**

**Dª. ESTHER CASTANEDO GARCÍA**

En Santander, a 08 de enero del 2021.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**ÚNICO-** Pasamos a resolver el incidente de tutela cautelar, seguido por el cauce del art. 131 de la LJCA, según se acordó en auto de 7 de enero de 2021.

### **RAZONAMIENTOS JURIDICOS**

**PRIMERO.-** Como paso inicial, conviene hacer una breve reflexión sobre el régimen de tutela cautelar en el marco del proceso contencioso-administrativo, con el fin de contar con el parámetro jurídico general que ha de considerarse en la resolución de las pretensiones cautelares de las partes:

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 interés 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.

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 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 y procurando no adelantar el juicio de fondo antes de que el proceso se ha desarrollado en su totalidad, con la posible salvedad de los casos excepcionales cuya solución jurídica se pretende 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, 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 amara 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 mas 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-** El presente recurso contencioso-administrativo se interpone contra la Resolución de 29 de diciembre de 2020, del Consejero de Sanidad (BOC de 30 de diciembre) por la que se prorrogan las medidas sanitarias previstas en la Resolución de la Consejería de Sanidad de 6 de noviembre de 2020, por la que se aprueba la novena modificación de la Resolución de 18 de junio de 2020, por la que se establecen las medidas sanitarias aplicables en la Comunidad Autónoma de Cantabria durante el período de nueva normalidad.

En el apartado primero de dicha resolución se establece:

"1. Se prorroga la eficacia de la medida de cierre al público de las zonas interiores de los establecimientos de hostelería y restauración, adoptada por la Resolución de la Consejería de Sanidad de 6 de noviembre de 2020 por la que se aprueba la novena modificación de la Resolución de 18 de junio de 2020 por la que se establecen las medidas sanitarias aplicables en la Comunidad Autónoma de Cantabria durante el período de "nueva normalidad".

2. La presente medida mantendrá su eficacia durante 14 días naturales, pudiendo prorrogarse, modificarse o dejarse sin efecto en función de la evolución de los indicadores epidemiológicos y de impacto sanitario."

Es este aparrado primero el objeto de la pretensión de tutela cautelar que nos ocupa: la parte actora solicita la suspensión de su ejecutividad.

Antes de analizar los alegatos de las partes, bueno es recordar que la Sala ha dictado muy recientemente, auto resolviendo el incidente cautelar planteado en el seno del PO 321/2020. Dicho auto desestima la pretensión de suspensión cautelar de la ejecutividad de una disposición idéntica a la del apartado primero de la resolución impugnada en el presente proceso, si bien que contenida de una resolución precedente: la de 17 de diciembre de 2020.

No concurre la cosa juzgada, pues es distinta la resolución y distinta es la parte actora. Pero hay que tener en cuenta que se trata de la misma medida (cierre al público de las zonas interiores de los establecimientos de

hostelería y restauración), cuya vigencia es de 14 días y que se ha ido prorrogando en función de la evolución de los datos de la pandemia de Covid 19, siendo la prorroga inmediatamente precedente a la que se adopta con la resolución impugnada en el presente proceso la determinada en la citada resolución de 17 de diciembre de 2020, cuya suspensión cautelar fue denegada. Y esta circunstancia hace necesario considerar la solución que se tomó en dicho auto, sin perjuicio de tener en cuenta, obviamente, las alegaciones hechas por las partes en el presente incidente y los medios de prueba que hayan aportado.

**TERCERO.-** La actora no aporta prueba de los perjuicios que la aplicación inmediata de la medida cuestionada puede acarrear; no obstante, como ya hemos admitido en ocasiones precedentes, la naturaleza de la medida conlleva obvios perjuicios económicos a los establecimientos cuyos intereses defiende de forma colectiva la asociación recurrente. Pero, precisamente, por ese carácter, son perjuicios 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, 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 y 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 cautelar que nos ocupa.

En el auto de medidas cautelares dictado en el PO 168/2020 hacíamos la siguiente reflexión que creemos aun valida:

Las medidas cuestionadas, como prácticamente todas las que se ya se han tomado y las que se pueden aun disponer, afectan a la actividad económica, pues la lucha contra la pandemia implica, aparte de medidas estrictamente sanitarias que persiguen curar o paliar la enfermedad, otras restrictivas de la actividad social y económica encaminadas a la contención de la transmisión del virus. Es una incidencia ineludible que perjudica la economía del país. Es unánimemente reconocido que la crisis sanitaria viene acompañada o seguida de una crisis económica y social; y no se pueden arrostrar ambas crisis sin adoptar decisiones que en beneficio de la solución de una agraven la otra.

Corresponde al Estado y a las Comunidades Autónomas tomar esas medidas tratando de encontrar un razonable equilibrio, lo cual es asaz difícil. Y compete a los tribunales el control jurídico de las mismas por los cauces procesales y en los términos y con el alance que la Ley establece. En el presente caso, ese control no ha de rebasar lo propio del incidente cautelar, cuyos parámetros ya hemos recordado.

Frente a ese perjuicio económico sobredicho, 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.

La prevalencia de estos intereses generales, valores y derechos sobre los intereses económicos del sector representado por la asociación recurrente, es evidente.

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, como todas las otra que le han precedido, expresa motivos referentes a la evolución de la pandemia.

Antes de hacer una referencia más concreta a tales motivos, es preciso salir al paso de un alegato de la parte demandante que, entendemos, pretende neutralizar las razones expuestas en la resolución impugnada y en otras similares.

La actora alude a que hay 17 criterios distintos a la hora de tomar medidas contra la expansión de la pandemia, tanto como Comunidades autónomas. Pero lo más relevante del alegato a que no referimos es el siguiente párrafo:

"También se constata que las medidas adoptadas dependen del color político de cada Comunidad, con mucha similitud entre las que pertenecen al seguimiento de su respectivo partido. Por tanto, todo ello, nos permite poner en duda la veracidad, eficacia y argumentación de todas las resoluciones".

A renglón seguido, dice la actora que esto es un hecho notorio (entendemos que se refiere tanto a la diferencia de criterios como a la aseveración en cuanto a la vinculación de las medidas al "color político de cada Comunidad") y cita el art. 281.4 de la LEC: "No será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general"

Este alegato no puede ser considerado.

La alegación de la demandante nos hace rememorar la institución conocida como desviación de poder, pues parece querer dar a entender que las medidas de lucha contra la pandemia se adoptan por las Administraciones autonómicas, más que por criterios técnico-sanitarios y otros previstos en las leyes, por un afán político de emulación de las decisiones de las comunidades autónomas gobernadas por el mismo partido político. (la demandante utiliza el plural, pero, obviamente su alegato debemos referirlo a la Comunidad Autónoma de Cantabria y la concreta resolución impugnada en este proceso).

Sin embargo, la demandante no proclama la invalidez de la resolución impugnada, que ineludiblemente seguiría a la apreciación de tal desviación

de poder, sino que presenta la cuestión como un factor que permite dudar de la veracidad de los motivos de la resolución impugnada.

Pues bien, en modo alguno ha probado la demandante lo que asevera, y, desde luego, no es aplicable el art. 281.4 de la LEC; pues su aseveración no lo es de un simple hecho; implica un juicio de valor sobre la motivación subyacente de la resolución impugnada, el cual se fundamenta en el débil dato de la diferencia o igualdad de las medidas adoptadas por algunas comunidades autónomas.

La resolución, en su preámbulo, hace referencia a los motivos relativos a la evolución de la pandemia que justifican la prórroga de la medida de referencia.

Recuerda las resoluciones precedentes que han ido prorrogando la medida y señala:

"(...) el informe conjunto del Observatorio de Salud Pública de Cantabria y del Servicio de Salud Pública de evaluación de riesgo y propuesta de medidas ante la situación epidemiológica a fecha 28 de diciembre de 2020 señala que "la evaluación del riesgo de la COVID-19 en Cantabria sitúa a la comunidad en alto riesgo (nivel de alerta 3). A partir del 7 de diciembre los indicadores sanitarios (ocupación hospitalaria y ocupación de UCI) y epidemiológicos (incidencia acumulada, incidencia acumulada en mayores de 65 años, positividad de las pruebas diagnósticas y trazabilidad de los casos), han mostrado un descenso progresivo hasta el cambio de tendencia actual. El cambio de tendencia (de desaceleración a estabilización y finalmente, aceleración) en varios indicadores se ha registrado con mayor nitidez a partir del día 25 de diciembre. El número de casos nuevos diarios ha pasado de ser ligeramente descendente a ser ascendente, al igual que la incidencia acumulada a 7 días. El análisis de la tendencia registra dicho cambio de fase en los últimos días de la semana 52, tanto en la media móvil a 7 días, como en la tasa de positividad (6,2%) o en el número de reproducción instantáneo

El incremento del número de interacciones sociales en espacios cerrados y de la movilidad de estas fechas, y la tendencia estacional de las infecciones respiratorias agudas, podría confirmar este cambio de patrón. Las medidas adoptadas han demostrado su eficacia en la reducción del nivel de alerta comunitario y la presión asistencial sobre el Servicio de Salud, pero la nueva evaluación del riesgo señala que la situación pueda revertirse. Es por ello que se propone, prorrogar por un plazo de 14 días naturales (revisable en función de la evolución de los indicadores epidemiológicos y de impacto sanitario), el cierre de las zonas interiores de los establecimientos de hostelería y restauración (...) con el objetivo de detener los contagios para evitar el aumento de los mismos, reducir la sobrecarga de enfermedad y la mortalidad en la población y el colapso sanitario. Esta evaluación de riesgo está sujeta a constante revisión en base a los indicadores y actualizaciones que puedan producirse sobre el "Documento de actuaciones de respuesta coordinada frente a la pandemia". Tal y como recoge el precitado informe, los objetivos de las medidas son: "1. Mantener las actuaciones de cara a las festividades navideñas previendo un cambio de tendencia en las próximas fechas, así como la propia Navidad y el mes de enero. 2. Restringir la generación de casos secundarios y cadenas de transmisión fuera del entorno inmediato. 3. Disminuir los espacios y oportunidades donde la adherencia a las medidas de prevención es menor debido a la relajación de los espacios y momentos de ocio y la posibilidad de ejecutar medidas de control (identificación de contactos) es menor. (...). El fin último que se pretende alcanzar, proteger el derecho fundamental a la vida y a la integridad física de la población en su conjunto y de los grupos más vulnerables frente a la COVID-19, resulta, en este caso, proporcional a las consecuencias de establecer las medidas propuestas. El colapso de los servicios sanitarios, el perjuicio para la salud del con-junto de la población o el impacto que provoca el aumento de infecciones sobre el conjunto de la sociedad, aumentando la mortalidad, la carga global de la enfermedad y secuelas de toda la población, serían algunas de las consecuencias esperables de no mantenerse estas medidas en el momento presente".

Fin de la cita. El subrayado es nuestro.

Por otro lado, la Administración ha aportado una "actualización del informe de evaluación de riesgo y propuesta de medidas ante la situación epidemiológica a fecha 28/12/2020", que abunda en la motivación de la resolución. Es un informe detallado y con alto valor explicativo. Destacamos las siguientes consideraciones del mismo:

"(...) El SARS-CoV-2 se propaga a través de gotículas y aerosoles, especialmente

En condiciones donde la ventilación es deficiente. Su alta infectividad, combinada con la susceptibilidad de las poblaciones no expuestas a un virus nuevo, ha creado las condiciones perfectas para una rápida propagación comunitaria.

(...)

En este momento, hay indicadores que marcan que Cantabria se encuentra en una situación de transmisión comunitaria no controlada. Uno de estos indicadores es la tasa de positividad a 7 días, que ha pasado de un 6,70% en la semana 51 a un 6,33 % en la semana 52, lo que supone una reducción del 5,5%. A pesar de esta reducción, y teniendo en cuenta que el umbral recomendado por la OMS para la reapertura de actividades es de un 5%, este indicador se encuentra actualmente en Cantabria por encima de esta cifra, lo que significa que la situación de la epidemia en la comunidad autónoma está todavía en “fase de transmisión comunitaria no controlada”.

(...)

El número medio de contactos estrechos (expuestos a casos confirmados activos) por cada caso rastreado continúa aumentando como en la última semana, desde 3,71 contactos estrechos en la semana del 14 de diciembre a 4,25 contactos estrechos la semana del 21 de diciembre. En este indicador se observa una tendencia al aumento en las tres últimas semanas, superando una media de 4 personas por cada caso rastreado.

Más aún, en este mismo período, la trazabilidad de los casos se ha reducido, del 65,21% (sem. 14 dic.) al 59,70% (sem. 21 dic.), lo que indica que persiste la imposibilidad de ligar los nuevos positivos a brotes o cadenas de transmisión ya conocidas manteniéndose en un nivel de riesgo medio en este indicador. Este nivel de trazabilidad nos indica una situación de transmisión comunitaria no controlada en un escenario de difícil control de contactos estrechos de casos confirmados y posibles cadenas secundarias de transmisión.

(...)

Los indicadores de la situación epidémica, así como los de presión asistencial se mantienen en “altos” y, además, muestran una evolución al alza (tabla 2). En consecuencia, según los criterios del documento *Actuaciones de respuesta coordinada para el control de la transmisión de COVID-19*, Cantabria se encuentra en un nivel de alerta 3, motivo por el cual se propone el mantenimiento de las medidas que figuran en el apartado 3 de este documento

Dentemos la cita para señalar que entre esas medidas se encuentra el cierre de las zonas interiores de los establecimientos de hostelería y restauración.

Sigue la cita:

(...)

En los espacios cerrados se ha llegado a cuantificar el riesgo de infección de COVID19 como casi 20 veces superior al de los espacios abiertos. (...), es por ello que tanto la Organización Mundial de la Salud, como el Centro Europeo de Control de Enfermedades (ECDC), el Ministerio de Sanidad y otras autoridades de salud pública recomiendan estrategias comunitarias de mitigación para reducir la transmisión del SARS-CoV-2.

Por ejemplo, el ECDC en su “*Guidelines for non-pharmaceutical interventions to reduce the impact of COVID-19 in the EU/EEA and the UK*” del 24 de septiembre recoge que en la Unión Europea 25 Estados Miembros y Reino Unidos han implementado cierres de actividades no esenciales o espacios públicos, siendo la medida más habitual el cierre de los “cafés, bares y restaurantes” con una duración media de 53 días (46-63 días).

De acuerdo con el ECDC, la evaluación del efecto de este paquete de medidas no farmacológicas en 41 países entre enero y mayo de 2020 demostró que el cierre de ciertos establecimientos de alto riesgo redujo el número básico de reproducción instantáneo (Rt) en un 31% (IC95%: 13-46%). Entre estos establecimientos de alto riesgo se incluyen restaurantes, bares, pubs y clubs de noches.

De hecho, el artículo “*Mobility network modeling explains higher SARS-CoV2 infection rates among disadvantaged groups and informs reopening strategies*” (...) identifica los patrones de movilidad de 100 millones de personas en EEUU y señala que la reapertura plena de los restaurantes, bares y cafeterías es la medida de desescalada con mayor impacto en el número de infecciones debido al elevado número de establecimientos, la alta densidad de visitas y el largo tiempo de estancia. Dicho trabajo también señala que la reapertura de este tipo de centros hosteleros posee “especial elevado riesgo” dado que es un número reducido de puntos de interés el que contribuye a la gran mayoría de infecciones.

(...)

A todo lo mencionado hay que añadir por su importancia, las nuevas informaciones que llegan en los últimos días sobre una nueva cepa del virus detectada en el sureste de Inglaterra que ha determinado la adopción por parte del gobierno de medidas drásticas. La nueva variante se define por la presencia de múltiples mutaciones de proteínas de pico "spike". El análisis preliminar en el Reino Unido sugiere que esta variante es significativamente más transmisible que las variantes que circulaban anteriormente, con un potencial estimado para aumentar el número

reproductivo (R) en 0,4 o más con una transmisibilidad aumentada estimada de hasta un 70%. (...)"

Fin de la cita. El subrayado es nuestro.

Como se ve, la motivación de la medida impugnada atiende a criterios razonables y resalta la idoneidad y necesidad de la misma.

Y se puede añadir:

La existencia de la llamada segunda ola del virus y la previsión de una tercera en este mes y los siguientes, con real probabilidad de agravamiento por la anunciada por la ciencia posibilidad de la circulación de una nueva cepa del virus con más poder contagioso, es algo de lo que informan los poderes públicos y los referentes científicos y que la parte actora no rebate con prueba alguna.

Hay que recordar, por último, que la situación de extremado peligro de agravamiento de la pandemia en todo el territorio nacional, se ha expresado normativamente en la Resolución del Congreso de los Diputados, de 29 de octubre de 2020, que autoriza la prórroga hasta el 9 de mayo de 2021 del Estado de Alarma establecido en el RD926/2020.

**CUARTO.-** La parte actora alega la vulneración del principio de proporcionalidad: entiende que la medida no es ni idónea ni necesaria ni proporcional, que son los tres parámetros que reúne el citado principio.

Debemos recordar que en la ponderación de intereses del juicio cautelar, se trata de determinar en qué grado y medida los intereses o derechos traídos al pleito 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; de verificar en qué medida el interés general 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.

El principio de proporcionalidad no es ajeno a esa ponderación; pero su análisis no puede hacerse, en este incidente, en plenitud. La confrontación de la medida impugnada con los criterios dispuestos en el art 28 de la Ley 14/1986, General de Sanidad (a los que remite el art. 76.2 de la Ley de Cantabria 7/2012), entre ellos, el principio de proporcionalidad, no puede realizarse en este incidente de forma acabada, dado que es una cuestión de fondo; y solo si la falta de razonabilidad, la inidoneidad o la desproporción de la medida se pudieran apreciar en este momento con evidencia (sin necesidad del detenido estudio que procura el proceso), podríamos considerar la aplicación del criterio de la apariencia del buen derecho. Pero no es el caso, porque la motivación de la resolución impugnada permite descartar la evidencia en este momento procesal de la vulneración de tal principio

A los efectos que nos ocupan, basta con verificar si es mayor el riesgo para la salud pública (y, recordamos, la vida misma de las personas) que acarrearía la suspensión de la ejecución de la medida impugnada, que el riesgo de pérdida de la finalidad legítima del recurso contencioso-administrativo derivado de su ejecución inmediata.

Es muy importante recordar que en el art. 3 de la Ley 33/2011, General de Salud Pública, junto al principio de pertinencia y proporcionalidad -letra c-, se recoge -letra d- el de precaución en los siguientes términos: "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 concurran.>"; principio este que tiene especial incidencia en un juicio cautelar como el que nos ocupa.

En este contexto de pandemia y considerando el potencial expansivo y el grado de letalidad del virus, el principio de precaución despliega toda su virtualidad, de tal manera que hay que contar con cualquier instrumento que sea razonablemente útil y, obviamente, no perjudique la salud que se

trata de preservar. Y, desde esta perspectiva, la medida impugnada se presenta, a los efectos del control propio del incidente cautelar, como razonable, según henos visto en la motivación de la misma

Dada la prevalencia jurídica del derecho a la salud y a la vida (amenazado no sólo por la letalidad de la propia enfermedad, sino, también, por el posible colapso del sistema de sanidad pública), basta con relacionar la medida impugnada, en términos de razonabilidad e idoneidad, con la contención del avance de la pandemia (sin necesidad de un detenido y completo análisis el principio de proporcionalidad, propio del debate de fondo), para concluir que la suspensión de la ejecutividad del acto impugnado pondría en riesgo dichos derechos. Y dicha relación se expresa en términos de razonabilidad en el informe aportado por la Administración demandada.

Si consideramos el principio de precaución, vemos que para justificar la idoneidad de la medida en la contención de la expansión de la pandemia, no es dado exigir evidencias científicas irrefutables, bastando con indicios racionales. No nos parece difícil aceptar esto, cuando se sabe que estamos ante un virus desconocido hasta ahora y que los conocimientos que la ciencia va adquiriendo son fruto de pruebas y estudios condicionados por la urgencia y la falta de certezas.

Según hemos entendido, la demandante cuestiona la idoneidad y necesidad de la medida sobre la base de su inoperancia para contener la pandemia. Argumenta que tras varias prorrogas de la misma, se sigue en el mismo nivel de alerta -el nivel 3- que se daba cuando la medida se adoptó por primera vez, lo que, a su parecer, patentiza su inutilidad.

Rechazamos este argumento:

Con la medida cuestionada no se pretende desterrar de forma absoluta e inmediata la pandemia (sería una pretensión absurda por quimérica), sino controlar un factor de claro riesgo; y tal medida actúa en conexión con otras previstas para el control de otros factores de riesgo.

Teniendo en cuenta esa multiplicidad de factores, la pregunta que debemos hacernos no es tanto si la medida ha mejorado por sí misma la situación, sino si su ausencia hubiera conducido a su empeoramiento.

Y, considerando que el cauce más importante de contagio del virus es la vía área-respiratoria, con el fundamental factor agravante de los llamados aerosoles (partículas ínfimas de virus que quedan suspendidas en el aire durante un tiempo), especialmente peligroso en lugares cerrados, no es difícil convenir en que el interior de una establecimiento de hostelería y restauración, dada la actividad que en los mismos se desarrolla, que implica una notable interrelación personal y la extrema dificultad del uso continuo de mascarillas por parte de los clientes, es un lugar muy propicio al contagio.

En cuanto a la posibilidad de medidas alternativas a que hace referencia la parte actora (cuestión que se integraría en el elemento de necesidad del principio de proporcionalidad y, por ende, en el debate de fondo), hay que recordar que deben ser medidas de igual o similar efectividad en la consecución del fin previsto y en cuya determinación, en casos como el presente (una pandemia con considerable poder letal), los poderes públicos, aun estando sometidos al Derecho (muy especialmente a los derechos fundamentales y demás disposiciones de la Constitución relativas a los límites del poder) y, por ende careciendo de libertad y de discrecionalidad, ostenta un margen de apreciación, si bien debe estar sostenida en criterios objetivos, con mención especial a los datos y juicios técnicos y científicos; lo cual se hace en la motivación de la resolución y el informe sobredicho.

La parte actora habla de limitación de un derecho fundamental. Pero el cierre al público de las zonas interiores de los establecimientos de hostelería y restauración 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, se limita a una restricción 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.

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 cualesquiera actividades lícitas imaginables. 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 es un derecho fundamental (art. 15 de la Constitución) 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 insoslayable.

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.

**QUINTO.-** Procede la imposición de las costas a la parte actora, en virtud de la regla dispuesta en el art. 139.1 de la LJCA. El hecho de que la Sala haya dictado ya varios autos expresando las tesis que en el presente se vierten impiden la apreciación de la excepción a la regla del vencimiento objetivo.

**PARTE DISPOSITIVA.** Desestimamos la medida cautelar de referencia e imponemos las costas del presente incidente a la parte actora.

## MODO DE IMPUGNACIÓN

**Recurso de reposición** ante este Órgano Judicial en el plazo de **CINCO DIAS** desde su notificación, debiendo acompañar el documento que acredite el ingreso de **25 EUROS** en la cuenta de consignaciones de este Órgano Judicial en **Banco de Santander** con el número **387500000000521** debiendo especificar en el campo “concepto” del documento de resguardo de ingreso que se trata de un “**Recurso**” seguido del código “**20 Contencioso-Reposición/Súplica (25 €)**”, y en el campo de observaciones, la fecha de la resolución objeto de recurso en formato **dd/mm/aaaa**. Los ingresos deberán ser individualizados para cada resolución recurrida, con el apercibimiento de que no se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados expresados.