



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 tutela o la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SECCIÓN
SEGUNDA

Plaza San Francisco Nº 15

Santa Cruz de Tenerife

Teléfono: 922 47 93 99

Fax.: 922 479 423

Email: s2contadm.tfe@justiciaencanarias.org

Proc. origen: Procedimiento ordinario Nº proc. origen:
0000193/2021-00

Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso-
Administrativo. Sección Segunda de Santa Cruz de
Tenerife

Procedimiento: Procedimiento ordinario

Nº Procedimiento: 0000193/2021

No principal: Pieza de medidas
cautelares - 01

NIG: 3803833320210000289

Materia: Otros actos de la Admon

Resolución: Auto 000157/2021

Intervención:

Demandante

Demandado

Interviniente:

FEDERACION DE AREAS URBANAS DE
CANARIAS

PRESIDENCIA DEL GOBIERNO

Procurador:

MARIA RUTH GONZALEZ SOUSA

AUTO

Ilmos./as Sres./as

Presidente

D./D^a. JUAN IGNACIO MORENO-LUQUE CASARIEGO (Ponente)

Magistrados

D./D^a. JAIME GUILARTE MARTÍN-CALERO

D./D^a. EVARISTO GONZÁLEZ GONZÁLEZ

En Santa Cruz de Tenerife, a 28 de junio de 2021.

ANTECEDENTES DE HECHOS

PRIMERO.- En el recurso contencioso-administrativo referido en el encabezamiento de esta resolución, por la parte actora se solicita la adopción de la/s siguiente/s medida/s cautelar/es, sin oír a la parte contraria:

La adopción de la medida cautelar urgente y positiva de suspensión de la ejecución del apartado 3.2.2.c del Anexo de dicho acuerdo en el expositivo que dice:

En el nivel de alerta 3 no se podrá superar el 50% del aforo autorizado en terrazas al aire libre, quedando prohibido el servicio y permanencia en zonas interiores salvo para el uso de los aseos y la recogida de comida en el propio local. La ocupación máxima por mesa o grupo de mesas será de cuatro personas quedando prohibido el consumo en barra. No podrá prestarse el servicio de bufé o autoservicio en espacios interiores. Se establece el cierre completo de los establecimientos antes de las 23 horas. Se podrá prestar el servicio de recogida en el propio local antes de las 23 horas.



SEGUNDO.- El artículo 129 de la LJ establece que “los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia”. En el artículo 135 del mismo texto legal se dispone que “Cuando los interesados alegaran la concurrencia de circunstancias de especial urgencia en el caso, el juez o tribunal sin oír a la parte contraria, en el plazo de dos días podrá mediante auto: a) Apreciar las circunstancias de especial urgencia y adoptar o denegar la medida, conforme el artículo 130. Contra este auto no se dará recurso alguno. En la misma resolución el órgano judicial dará audiencia a la parte contraria para que en el plazo de tres días alegue lo que estime procedente o bien convocará a las partes a una comparecencia que habrá de celebrarse dentro de los tres días siguientes a la adopción de la medida. Recibidas las alegaciones o transcurrido el plazo en su caso o bien celebrada la comparecencia, el juez o tribunal dictará auto sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada, en el cual será recurrible conforme a las reglas generales... b) no apreciar las circunstancias de especial urgencia y ordenar la tramitación del incidente cautelar conforme al artículo 131, durante la cual los interesados no podrán solicitar nuevamente medida alguna al amparo del presente artículo”.

Formada pieza separada para su tramitación, se acordó dejar los autos sobre la mesa del Ilmo. /a Sr. /a Magistrado/a ponente a fin de dictar la resolución correspondiente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Que por Ruth Gonzalez Sousa, Procuradora de los Tribunales y de la Federación de Áreas Urbanas de Canarias (FAUCA) se interpone recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo del Gobierno de Canarias de 23 de junio de 2021 por el que se aprobó la actualización de las medidas de prevención establecidas mediante acuerdo del Gobierno de 19 de junio de 2020, para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, una vez superada la Fase III del Plan para la transición hacia una nueva normalidad, y en concreto, el apartado 3.2.2.c del Anexo de dicho acuerdo que determina las medidas de aplicación sobre la situación epidemiológica actual en donde se declara el nivel 3 de alerta de la isla de Tenerife.

Que en el primer momento procesal y como Otro sí Segundo de la demanda y sin ánimo de entrar en el fondo del asunto, se interesa la adopción de la medida cautelar urgente y positiva de suspensión de la ejecución del apartado 3.2.2.c del Anexo de dicho acuerdo en el expositivo que dice:

En el nivel de alerta 3 no se podrá superar el 50% del aforo autorizado en terrazas al aire libre, quedando prohibido el servicio y permanencia en zonas interiores salvo para el uso de los



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 tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



aseos y la recogida de comida en el propio local. La ocupación máxima por mesa o grupo de mesas será de cuatro personas quedando prohibido el consumo en barra. No podrá prestarse el servicio de bufé o autoservicio en espacios interiores. Se establece el cierre completo de los establecimientos antes de las 23 horas. Se podrá prestar el servicio de recogida en el propio local antes de las 23 horas.

SEGUNDO.- Que hemos de considerar en primer término las trazas justificativas de la actuación de respuesta del gobierno según argumenta la propuesta de Acuerdo adoptada el 23 de junio de 2021, en donde en su antecedente II nos cuenta sobre el informe, que en el documento de actuaciones de respuesta coordinada para el control de la transmisión del COVID-19 se establece, tal y como se precisa en el propio documento, como desarrollo técnico de los indicadores recogidos en el plan de respuesta temprana y marco de actuación para una respuesta proporcional a distintos niveles de alerta definidos por un proceso de evaluación del riesgo en base al conjunto de indicadores epidemiológicos y de capacidad asistencial y de salud pública.

Vemos pues que la proporcionalidad es la medida distintiva que debe asentar la restricción y lesión de los derechos que resultan coartados; Continuando el documento, con que dicha proporcionalidad se establece desde una doble perspectiva: la formal de la preceptiva motivación adecuada del acto ejecutar, y la material de la necesidad, adecuación y proporcionalidad en sentido estricto de tales medidas. En definitiva proporcionalidad igual a motivación MAS adecuación de las restricciones que se generan con la medida.

TERCERO.- Pues bien, del contenido del informe de salud pública se evidencia, que la isla de Tenerife mantiene una elevada incertidumbre sobre la evolución de la pandemia, capaz de generar impacto sobre la presión en la asistencia sanitaria que se traduce en que el 70 a 75% de los contagios son atribuibles a la población de menos de 45 años y que el número de hospitalizados en camas convencionales para este sector mayoritario es de 16 en Tenerife y sólo 3 en Gran Canaria.

Que así las cosas, con independencia de que el sector hostelero por razones obvias no es el receptor más sensible a la población inferior a 45 años y que ese mismo sector mantiene un nivel de contagio inapreciable a niveles de presión asistencial en la isla de Gran Canaria y que en consecuencia no existen evidencias de que la incertidumbre sobre la evolución de la pandemia esté siendo causada por la actividad económica desarrollada en la restauración y hostelería; consideramos que la prohibición absoluta del servicio y permanencia en zonas interiores y la limitación a 50% del aforo en las terrazas al aire libre, ni se han demostrado como las causas de la problemática de contagio en la isla de Tenerife, ni mucho menos se prevén como las soluciones a una situación que no es dramática para la presión asistencial, pero que si constituye todo un drama para el sector de la restauración y hostelería y eso siendo justificado sobre un informe que se confiesa deficitario en el nivel de certidumbre de donde se producen los contagios, pero los reconoce dentro de los sectores más jóvenes y no por vinculación con este sector.

Todo esto dicho en términos de la documentación que manejamos al inicio del presente procedimiento y para resolver sobre la adopción de medidas cautelares provisionales que no conllevan un juicio definitivo, pero sí de la proporcionalidad de intereses en juego.



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 tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



CUARTO.- Por otro lado y como bien señala la recurrente, atenta contra la lógica jurídica, que de una forma predeterminada, sin distinciones, se restablezcan medidas de aplicación a fecha de enero de este año cuando el nivel de contagio y alerta no resiste comparación, como no la resiste las circunstancias cambiantes en la evolución de la pandemia en orden a los avances tanto en fallecimientos, altas, niveles de vacunación, ni preparación del sector de hostelería que son fácilmente comprobables en cualquier establecimiento, tanto por la amplitud de los establecimientos hacia las terrazas exteriores, con descongestión de las interiores, como en el grado de preocupación, limpieza y precauciones que se ven por doquier en el servicio prestado dentro de este sector.

Que en consecuencia y por lo expuesto lo pretendido con la medida que resulta impugnada no resiste el agravio comparativo al interés público reflejado en este caso en el perjuicio económico que se le causa al sector de restauración y hostelería, esencial y estratégico para la supervivencia de la economía de la isla, que ha venido sufriendo durante estos últimos meses un verdadero calvario causante principal de la pérdida del 13% del PIB a la cabeza de los peores datos entre las comunidades autónomas que conforman el Estado.

QUINTO.- En cuanto a la urgencia de la medida, las especiales circunstancias señaladas en el artículo 135 de la LJ nunca fueron tan fáciles de justificar. Un sector basado en la dispensación de productos primarios y de difícil conservación en muchos casos amen de una precariedad laboral constatable no puede ser torturado por la incertidumbre mas absoluta de ahora cierro, mañana abro y pasado el gobierno dirá. Un mínimo de seguridad jurídica y laboral requiere que la hostelería y restauración no queden al páiro de evoluciones semanales de los contagios sino a situaciones indubitadas en donde se demuestre que el sector es el causante de los contagios y dentro de las limitaciones que suponen los ámbitos territoriales, pues en ningún caso la restauración del Teide es comparable a la de La Laguna, ni tiene porque sufrir tratamientos identicos.

Es por esto que consideramos que el apartado 3.2.2.c del Anexo del acuerdo del Gobierno de Canarias de 23 de junio de 2021 que recoge las medidas para la hostelería y restauración en el nivel 3 de alerta de la isla de Tenerife, no están apoyados en motivaciones convincentes, que justifiquen las restricciones proporcionadas al caso, debiendo ser suspendido, de manera que se pueda ejercer la actividad en el sector con las mismas medidas de seguridad que hasta este momento eran consideradas suficientes.

QUINTO.- SIN COSTAS

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA RESUELVE:

Apreciadas las circunstancias de especial urgencia, acuerdo: la adopción de la medida solicitada consistente en suspender la ejecución del apartado 3.2.2.c del Anexo de dicho acuerdo en el expositivo que dice:

En el nivel de alerta 3 no se podrá superar el 50% del aforo autorizado en terrazas al aire libre, quedando prohibido el servicio y permanencia en zonas interiores salvo para el uso de los aseos y la recogida de comida en el propio local. La ocupación máxima por mesa o grupo de mesas será de cuatro personas quedando prohibido el consumo en barra. No podrá prestarse el servicio de bufé o autoservicio en espacios interiores. Se establece el cierre completo de los establecimientos antes de las 23 horas. Se podrá prestar el servicio de recogida en el propio local antes de las 23 horas.

Dese audiencia a la parte contraria para que en el plazo de tres días alegue lo que estime procedente.

MODO DE IMPUGNACIÓN.- Contra este auto no cabe recurso alguno.

Así lo acuerdan, mandan y firman los/as Ilmos./as Sres./as arriba referenciados/as.



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 tutela o la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

