

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO N.º 94/2021

DE Procedimiento ordinario

SENTENCIA NÚMERO 209/2022

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D.LUIS ANGEL GARRIDO BENGOETXEA

MAGISTRADOS:

D.JOSE ANTONIO GONZALEZ SAIZ

DÑA.IRENE RODRIGUEZ DEL NOZAL

En Bilbao, a cinco de mayo de dos mil veintidós.

La Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por el Presidente y Magistrados/as antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso registrado con el número 94/2021 y seguido por el procedimiento ORDINARIO, en el que se impugna: el inciso relativo a las reglas de reapertura del apartado 9.1) del anexo del Decreto 44/20, de 10 de diciembre, del Lehendakari y la disposición tercera del Decreto 4/2021, de 22 de enero, del Lehendakari, de tercera modificación del Decreto 44/20, de 10 de diciembre.

Son partes en dicho recurso:

-DEMANDANTE: ASOCIACION DE HOSTELERIA DE BIZKAIA-BIZKAIKO OSTALARITZA ELKARTEA, ASOCIACION DE EMPRESARIOS DE HOSTELERIA DE GIPUZKOA y SEA EMPRESAS ALAVESAS, representados por la procuradora DÑA.ARANTZANE GORRIÑOBEASKOA ETXEBARRIA, y dirigidos por la letrada DÑA.LEIRE LERTXUNDI BERISTAIN.

-DEMANDADA: ADMINISTRACION GENERAL DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DEL PAIS VASCO, representado y dirigido por el SERVICIO JURIDICO CENTRAL DEL GOBIERNO VASCO.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. LUIS ANGEL GARRIDO BENGOETXEA.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 4/02/2021 tuvo entrada en esta Sala escrito en el que la procuradora D.^aARANTZANE GORRIÑOBEASKOA ETXEBARRIA, actuando en nombre y representación de ASOCIACION DE HOSTELERIA DE BIZKAIA-BIZKAIKO OSTALARITZA ELKARTEA, ASOCIACION DE EMPRESARIOS DE HOSTELERIA DE GIPUZKOA y SEA EMPRESAS ALAVESAS, interpuso recurso contencioso-administrativo contra el inciso relativo a las reglas de reapertura del apartado 9.1) del anexo del Decreto 44/20, de 10 de diciembre, del Lehendakari y la disposición tercera del Decreto 4/2021, de 22 de enero, del Lehendakari, de tercera modificación del Decreto 44/20, de 10 de diciembre; quedando registrado dicho recurso con el número 94/2021.

SEGUNDO.- En el escrito de demanda , en base a los hechos y fundamentos de derecho en el expresados, se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia por la que estimase los pedimentos de la actora.

TERCERO.- En el escrito de contestación, en base a los hechos y fundamentos de derecho en ellos expresados, se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia por la que declare la conformidad a derecho de la resolución impugnada.

CUARTO.- Por Decreto de 08/06/2021 se fijó como cuantía del presente recurso la de INDETERMINADA.

QUINTO.- El procedimiento se recibió a prueba, practicándose con el resultado que obra en autos .

SEXTO.- En los escritos de conclusiones , las partes reprodujeron las pretensiones que tenían solicitadas.

SÉPTIMO.- Por resolución de fecha 11/03/2022 se señaló el pasado día 15/03/2022 para la votación y fallo del presente recurso.

OCTAVO.- En la sustanciación del procedimiento se han observado los trámites y prescripciones legales .

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Que por la Asociación de Hostelería de Bizkaia, la Asociación de Empresarios de Hostelería de Gipuzkoa y SEA Empresas Alavesas, se recurre en vía contencioso administrativa el inciso relativo a las reglas de reapertura del apartado 9.1) del anexo del Decreto

44/20, de 10 de diciembre, del Lehendakari y la disposición tercera del Decreto 4/2021, de 22 de enero, del Lehendakari, de tercera modificación del Decreto 44/20, de 10 de diciembre.

La demanda se basa en alegar que el cierre de los establecimientos hosteleros y de restauración carece de justificación y vulnera el principio de proporcionalidad, siendo ineficaz; que los mismos defectos concurren en el inciso relativo a las reglas de reapertura en función de la tasa de incidencia acumulada del apartado 9.1) del anexo del Decreto 44/2020, de 10 de diciembre, del Lehendakari, careciendo, además, del aval del dictamen de la Comisión Técnica ni por el Panel de Referencia del Plan Bizi Berri II; que las mismas circunstancias concurren en la Disposición Tercera del Decreto 4/2021, de 22 de enero, del lehendakari en cuanto al mantenimiento del cierre en la denominada zona roja; y que es nula la Disposición Tercera del Decreto 4/2021, de 22 de enero, del Lehendakari sobre el mantenimiento en vigor de la medida de cierre en zona roja al vulnerar los principios de seguridad jurídica y tutela efectiva.

Por su parte, la representación del Gobierno Vasco contesta a la demanda defendiendo la conformidad a derecho de las disposiciones recurridas.

SEGUNDO.- La demandada alegó, en su contestación a la demanda, que existe pérdida sobrevenida del objeto del recurso ex art. 22 de la LEC dado que las medidas recurridas perdieron vigencia. No existe, a día de la fecha, un interés legítimo en la resolución de la cuestión, dado que la demandante sólo insta la nulidad de la Resolución recurrida y no una indemnización por los supuestos daños que se le han causado. En cualquier caso, habría una falta sobrevenida de legitimación activa (STC nº 102/2009, de 27 de abril, y STS de 30 de mayo de 2011, en el recurso nº 202/2009).

La demandante, en trámite de conclusiones, se opuso a lo anterior, reiterando las alegaciones que ya había realizado a prevención en el propio cuerpo de la demanda, razonando que no hay carencia sobrevenida de objeto dado que aún hay interés legítimo en determinar si la Resolución fue válida o no, y los efectos de la misma durante el tiempo en que estuvo vigente. Cita la STC nº 102/2009, de 27 de abril, que pese a incluir la doctrina que citó la demandada, concluyó que se vulneró la tutela judicial efectiva al declarar la pérdida sobrevenida de objeto del recurso en ese caso concreto.

La reciente sentencia del Tribunal Supremo nº 1152/2018, de 6 de julio de 2018 (recurso de casación nº 2143/2016), resume la doctrina jurisprudencial existente respecto de la pérdida sobrevenida de objeto del recurso en los siguientes términos:

“1º) La regla general -no única ni necesaria- es que si la norma impugnada ha sido derogada por otra posterior o declarada nula por sentencia o, en definitiva, ha sido eliminada por cualquier otro medio, queda sin contenido la pretensión anulatoria, luego hay pérdida sobrevenida del objeto del procedimiento al carecer de utilidad la controversia por desaparición real de la misma: la norma cuya nulidad se pretende ya ha sido expulsada del ordenamiento jurídico (cf. por todas, la sentencia de esta Sala, Sección Sexta, de 15 de abril de 2009, recurso 1470/2005).

2º) *La citada regla también juega en caso de recursos indirectos contra disposiciones generales cuando lo directamente impugnado son actos de aplicación de la norma derogada o declara nula. En estos casos se ha considerado que desaparece su objeto cuando esa circunstancia posterior priva de eficacia al recurso, hasta el punto de determinar la desaparición real de la controversia (cf. entre otras, la sentencia de esta Sala, Sección Tercera, de 21 febrero 2013, recurso 254/2010).*

3º) *La jurisprudencia no hace sino aplicar la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con los recursos de inconstitucionalidad en los que la ley impugnada ha sido derogada por otra posterior (cf. sentencias del Tribunal Constitucional 111/1983, 199/1987 y 385/1993, entre otras). Ambos casos tienen en común que se está ante recursos abstractos, objetivos, dirigidos a la depuración del ordenamiento jurídico.*

4º) *Este efecto tiene el respaldo en el artículo 72.2 de la LJCA, precepto que corrobora la innecesariedad de un pronunciamiento judicial que elimine del ordenamiento jurídico, con eficacia general ex nunc, una disposición que, por haber sido ya derogada, ha resultado excluida del propio ordenamiento jurídico antes del hipotético fallo judicial anulatorio (cf. sentencia de esta Sala, Sección Segunda, de 18 de mayo de 2006, recurso 45/2004).*

5º) *Una excepción a la regla general expuesta son los casos en que la disposición impugnada, pese a su derogación, contiene previsiones que hace que mantenga cierta ultraactividad, que despliegue efectos que se extiendan hasta el momento de la sentencia, esto es, que la norma derogada sea aplicable a hechos posteriores a su pérdida de vigencia. En estos casos una hipotética declaración de nulidad de la disposición impugnada mantiene su finalidad, por lo que el procedimiento no habría perdido su utilidad (cf. sentencia de esta Sala, Sección Tercera, de 21 de abril de 2016, recurso 2574/2012).*

6º) *Si tal pérdida de objeto es clara cuando la norma posterior derogatoria se aparte de la derogada, si la reproduce -caso de autos- se está ante un supuesto en el que quien alega que el recurso mantiene su objeto y que hay utilidad en que el tribunal se pronuncie respecto de la norma derogada, en este caso, decimos, es carga de quien esto postula razonar en qué medida permanece el interés en declarar la nulidad de preceptos que ya no forman parte del ordenamiento jurídico; en qué medida esa regulación ya derogada se está aplicando.”*

Por su parte, la sentencia del Tribunal Constitucional nº 102/2009, de 27 de abril, que citan ambas partes, tenía por objeto un recurso de amparo interpuesto por la asociación de jueces y magistrados Foro Judicial Independiente contra un auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que declaraba la pérdida sobrevenida del objeto del recurso en un procedimiento en el que se combatía el nombramiento del Presidente de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, que después dimitió de su cargo. Dicha sentencia otorgó el amparo solicitado por entender, en lo que resulta relevante al caso de autos, lo siguiente:

“La causa legal de terminación anticipada de un proceso por pérdida sobrevenida de su objeto, de conformidad a lo establecido en el art. 22 LEC, se conecta con la pérdida del interés legítimo en obtener la tutela judicial en relación a la pretensión ejercitada, y precisamente por

ello su sentido es evitar la continuación de un proceso en el cual el demandante haya perdido sobrevenidamente todo el interés jurídico que en él tenía, interés que en este caso es [...] el interés profesional de que los procedimientos para la designación de cargos judiciales, discrecionales o no, se atengan escrupulosamente a los principios constitucionales y legales de mérito y capacidad, interés que trasciende el puramente subjetivo de cada Juez o Magistrado individual afectado por estos procedimientos. [...]

La interpretación de la causa legal de terminación anticipada contemplada en el art. 22 LEC desconociendo que la aceptación de la dimisión deja vivo el interés de la asociación profesional en los términos indicados resulta claramente restrictiva y, en tal sentido, vulneradora del derecho fundamental de la recurrente, y ello porque, al margen de que el acto de nombramiento recurrido tenga una proyección sobre intereses personales que sólo cabe ejercitar al que sea titular de ellos, no puede desconocerse que dicho acto también incide directamente sobre el interés profesional de que la promoción de los Jueces y Magistrados se lleve a efecto por el procedimiento que la asociación demandante de amparo estima haber sido desconocido por el Decreto recurrido, pues no puede ser extraño a este interés el margen de discrecionalidad administrativa con que se realice la provisión de las plazas de libre designación, como es la de Presidente de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife.”

En el caso de autos, el Decreto recurrido fue derogado. Debe tenerse en cuenta, como ya dijimos en la sentencia nº 431/2021, de 14 de diciembre de 2021 (procedimiento ordinario nº 770/2020), que aunque este último Decreto fue también derogado o modificado por otros posteriores “*y aunque se está, en fin, ante un contexto en la que las medidas restrictivas adoptadas para contener la situación derivada del Covid-19 cambian con relativa frecuencia según la situación sanitaria; el interés legítimo de la parte recurrente para obtener un pronunciamiento de nulidad de la Orden impugnada [aquí Decreto impugnado] subsiste, al tener las medidas recurridas una cierta ultraactividad.*” Es decir, asiste a las recurrentes un interés legítimo en combatir medidas restrictivas de sus derechos por razón de la crisis sanitaria derivada de la Covid-19, que si bien no están vigentes en sentido idéntico a día de hoy, podrían volver a adoptarse, en igual o similar forma, ante la eventual progresión de la situación sanitaria.

Debe desestimarse, pues, la alegación de carencia sobrevenida del objeto del recurso.

TERCERO.- La demandante alegó que las medidas recurridas incurren en causa de nulidad dado que no están motivadas ni son proporcionales, y vulneran la libertad de empresa y el derecho al trabajo (arts. 38 y 35 de la Constitución).

La demandada se opuso a lo alegado de contrario, argumentando que las medidas adoptadas están debidamente motivadas y que se realizó el juicio de proporcionalidad que exige la Ley.

Para lograr mayor claridad expositiva, nos remitiremos uno a uno a los reparos que realiza la demandante respecto del Decreto recurrido. Así, la demandante no discute la realidad de los datos que obran en el expediente administrativo, pero argumenta lo siguiente:

(i) Las medidas adoptadas no siguen los criterios del plan Bizi Berri II y (ii) la situación epidemiológica no aconsejaba la adopción de las medidas restrictivas adoptadas.

El plan Bizi Berri II es un plan de contingencia con dos hipótesis de trabajo y cinco escenarios ante la propagación o mitigación de los contagios.

Como señala la demandante, la descripción de la situación se definía en base a un indicador de referencia (IA14) y cinco indicadores complementarios (índice de reproductividad y razón de tasas, presión asistencial y porcentaje de ocupación en camas UCI, impacto por franjas de edad, trazabilidad de los casos, tendencia al alza, a la baja o estable); pero como indica la demandada, el plan también hace constar que *“la definición de escenarios tiene un valor orientativo para describir y entender los diferentes estadios en que puede encontrarse la pandemia en nuestra Comunidad. Pueden ajustarse en base a nuevos descubrimientos y evidencias o a factores imprevistos. No tienen, por tanto, una delimitación cerrada. Sus escenarios, indicadores y orientaciones serán evaluados y revisados periódicamente por la Comisión Técnica del Consejo Asesor del LABI”* (folio 322 del expediente administrativo).

Las reuniones de la Comisión Técnica del LABI de 9,13 y 19 de noviembre de 2020 , esto es, el dictamen inmediatamente anterior al dictado del Decreto aquí recurrido, hacía constar que Euskadi se encontraba en escenario Nivel 3 Transmisión Tensionada, con una tendencia descendente que se había frenado y había entrado *“en una fase de estancamiento con una tendencia al alza, moderada hasta hoy.”* Se indica, además, que *“todos los indicadores siguen esta pauta.”*

Por tanto, se motiva debidamente la situación epidemiológica que aconseja adoptar, conforme prevé el plan Bizi Berri II. Se tienen en cuenta, según el Dictamen antedicho, todos los indicadores -no sólo la IA14-, así como el escenario en que se encuentra la Comunidad Autónoma y el hecho de que la tendencia es alcista. Las restricciones adoptadas no se encuentran expresamente previstas en el plan, pero no contradicen, en definitiva, al mismo; que como ya se ha indicado se prevé con carácter orientativo y no contiene una lista de medidas cerrada.

Por tanto, debe concluirse que las medidas adoptadas se justifican en la situación epidemiológica y no contradicen los criterios orientativos del plan Bizi Berri II.

(iii) La hostelería y restauración no ha sido la actividad que ha generado mayor número de contagios fuera del ámbito domiciliario.

La demandante argumenta que se adoptan medidas respecto de la hostelería y la restauración, aunque no es la actividad que genera mayor número de contagios, según la evidencia científica disponible. La demandada se opone y cita evidencia científica que respalda su posición.

Del expediente administrativo y documental aportada por las partes, así como de la evidencia científica disponible en un período anterior al dictado del Decreto recurrido y que ya se

analizó en nuestra sentencia nº 431/2021, de 14 de diciembre de 2021 (procedimiento ordinario nº 770/2020), se deduce que la Covid-19 se propaga entre las personas por contacto directo, indirecto (a través de objetos o superficies contaminadas) o por contacto cercano con personas infectadas a través de sus secreciones de la boca y la nariz, por lo que, fuera del ámbito domiciliario, los lugares con mayor riesgo de contagio son las relaciones sociales en espacios cerrados. Además, en los locales de hostelería y restauración, donde pueden converger personas de muy diversos orígenes, conocidos o desconocidos entre sí, existen graves problemas de trazabilidad de los contagios. Todo ello evidencia que tales establecimientos son uno de los focos de contagio de la Covid-19, junto con otros de características similares y respecto de los que el Decreto aquí recurrido también adopta medidas (deporte en espacios interiores y vestuarios o duchas, y salones de juego y apuestas con servicio de hostelería y restauración).

Por tanto, el hecho de que se adopten medidas restrictivas respecto de este sector de actividad está debidamente motivado.

(iv) Las medidas restrictivas adoptadas carecen de toda motivación y proporcionalidad.

La demandante esgrime, en resumidos términos, que no tiene sentido permitir el consumo en interiores en determinadas franjas horarias y en otras no, siendo aquéllas, además, las horas punta de desayuno y comida y por tanto las que, en teoría, generarían un mayor riesgo de contagio. La demandada explica que se trató de adoptar las medidas menos gravosas para evitar los contagios, imponiendo un cierre parcial del interior de los establecimientos en cuanto al consumo en lugar de un cierre total, ponderándose, en definitiva, todos los intereses en juego.

CUARTO.- Que, a continuación se habrá de analizar si las medidas de cierre y condiciones de apertura de los establecimientos hosteleros recogidas en las disposiciones recurridas están motivadas y resultan proporcionadas.

Ciertamente, la Administración demandada ha aportado datos que justifican la alta incidencia del virus SARS COV-2 pero las medidas concretas adoptadas carecen de específica justificación pues las argumentaciones esgrimidas por la demandada serían aplicables a multitud de medidas en muy diversos ámbitos.

Lo que no se ha aportado es algún informe concreto sobre las medidas aquí recurridas ni la idoneidad de las adoptadas.

Únicamente se ha aportado como doc.5 de la contestación a la demanda relativo a "Brotos de coronavirus fuera del ámbito domiciliario" elaborado por las Unidades de Vigilancia Epidemiológica de la CAPU, que no pudo ser tenido en cuenta en el momento del dictado de las disposiciones aquí impugnadas al ser de fecha 26 de marzo de 2021, y que recoge una incidencia significativa en el ámbito de la hostelería pero también en el educativo e, incluso, que es el ámbito laboral el inicio de un número importante de brotes, con lo que son diversos los sectores, en muchos de los cuales no se produjo un cierre de las actividades, las que han coadyuvado a la extensión del virus.

En definitiva, la Administración demandada no realizó un análisis específico sobre las medidas aquí impugnadas ni sobre su necesidad, proporcionalidad e idoneidad.

De ahí que el presente recurso haya de ser estimado por la Sala.

QUINTO.- En trámite de conclusiones, la demandante alegó nulidad de la Resolución recurrida por haber sido dictada en virtud de la habilitación competencial realizada por los apartados 2 y 3 del art. 2 del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, declarados nulos por el Tribunal Constitucional en sentencia nº 183/2021, de 27 de octubre.

La demandada, también en conclusiones, se opuso a lo alegado de contrario, argumentando que la sentencia del Tribunal Constitucional ya citada no afectaba al presente caso, porque las medidas recurridas fueron adoptadas por el Gobierno vasco en virtud de competencias propias y no delegadas.

El art. 65 de la LJCA, en su apartado primero, determina que *“En el acto de la vista o en el escrito de conclusiones no podrán plantearse cuestiones que no hayan sido suscitadas en los escritos de demanda y contestación”*.

Este precepto ha sido interpretado jurisprudencialmente en el sentido de que veda a las partes la posibilidad de introducir nuevas pretensiones o motivos de impugnación en su recurso, pero no les impide añadir argumentos a dichas pretensiones o motivos deducidos previamente; pudiendo el Tribunal, en caso de introducción extemporánea de dichas nuevas cuestiones, rechazarlas de plano sin entrar al fondo del asunto y sin tener obligación de plantear la tesis del art. 33 de la LJCA (entre otras, sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2018, en el recurso de casación nº 2841/2017). La justificación de la existencia de esta prohibición del art. 65.1 de la LJCA es evidente, y es garantizar las posibilidades de defensa de la demandada ante una tardía alegación de una cuestión nueva.

En este caso, la demandante utilizó el trámite de conclusiones para introducir un nuevo motivo de impugnación en su recurso, por lo que el mismo debe rechazarse de plano, sin entrar al fondo del asunto, dado que aquella posibilidad está vedada por la Ley de nuestra jurisdicción.

Por lo razonado, este motivo de impugnación debe ser desestimado.

SEXTO.- Que, al estimarse el recurso, las costas habrán de ser impuestas a la parte demandada (art.139 Ley 29/98).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

QUE, ESTIMANDO EL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO INTERPUESTO POR LA ASOCIACIÓN DE HOSTELERÍA DE BIZKAIA, ASOCIACIÓN DE EMPRESARIOS DE HOSTELERÍA DE GIPUZKOA Y SEA EMPRESAS ALAVESAS CONTRA EL INCISO RELATIVO A LAS REGLAS DE REAPERTURA DEL APARTADO 9.1) DEL ANEXO DEL DECRETO 44/20, DE 10 DE DICIEMBRE, DEL LEHENDAKARI Y LA DISPOSICIÓN TERCERA DEL DECRETO 4/2021, DE 22 DE ENERO, DEL LEHENDAKARI, DE TERCERA MODIFICACIÓN DEL DECRETO 44/20, DE 10 DE DICIEMBRE, DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS LA NULIDAD DE LAS DISPOSICIONES RECURRIDAS; HACIENDO EXPRESA IMPOSICIÓN DE COSTAS A LA ADMINISTRACIÓN DEMANDADA.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer **RECURSO DE CASACIÓN** ante la Sala de lo Contencioso - administrativo del Tribunal Supremo, el cual, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de **TREINTA DÍAS** (artículo 89.1 LJCA), contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, mediante escrito en el que se dé cumplimiento a los requisitos del artículo 89.2, con remisión a los criterios orientativos recogidos en el apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, publicado en el BOE n.º 162, de 6 de julio de 2016.

Quien pretenda preparar el recurso de casación deberá previamente consignar en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con n.º 4697 0000 93 0094 21, un **depósito de 50 euros**, debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito (DA 15.ª LOPJ).

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera 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.
