

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

**EAEko AUZITEGI NAGUSIA
ADMINISTRAZIOAREKIKO AUZIEN SALA**

BARROETA ALDAMAR, 10-2ª Planta-CP: 48001 Bilbao

TEL.: 94-4016655 FAX: 94-4016996

Correo electrónico: tsj.salacontencioso@justizia.eus / an.adm-auziaksala@justizia.eus

NIG PV: 00.01.3-21/000573

NIG CGPJ: 48020.33.3-2021/0000573

Procedimiento Origen: Procedimiento ordinario 631/2021

Procedimiento: Medidas cautelares 69/2021 - Sección 3ª

Demandante: ASOCIACION ASGASCON
Representante: LEIRE FRAGA AREITIO

Demandado: ADMINISTRACION GENERAL DE LA
COMUNIDAD AUTONOMA DEL PAIS VASCO
Representante: SERVICIO JURIDICO CENTRAL DEL
GOBIERNO VASCO

ACTUACIÓN RECURRIDA: DISPONGO SEGUNDA DEL DECRETO 35/2021 DE 23-7-21 DE LEHENDAKARITZA DE SEGUNDA MODIFICACION DEL DECRETO 33/2021 DE 7-7-21 DE ACTUALIZACION Y DETERMINACION DE MEDIDAS DE PREVENCIÓN PARA CONTENER LA PROPAGACION DE INFECCIONES CAUSADAS POR EL SARS-COV-2. Ç. =

AUTO

ILMOS. SRES.:
PRESIDENTE: D. LUIS ANGEL GARRIDO BENGOETXEA
MAGISTRADOS: D.ª MAITE ALEJANDRO ARANZAMENDI
D.ª TRINIDAD CUESTA CAMPUZANO

Siendo Ponente D. LUIS ANGEL GARRIDO BENGOETXEA.

En Bilbao, a tres de agosto de dos mil veintiuno.

Dada cuenta; únase a la pieza de medidas cautelares el anterior escrito presentado por el Letrado del Servicio Jurídico Central del Gobierno Vasco y entréguese la copia a las demás partes personadas.

HECHOS

PRIMERO.- En el presente recurso contencioso-administrativo, interpuesto por la procuradora Sra. Fraga Areitio, en nombre y representación de ASOCIACION ASGASCON, contra la actuación administrativa referenciada, se ha solicitado por la parte recurrente, la adopción de la siguiente medida cautelar: la suspensión de la ejecución de la resolución arriba referenciada "*Dispongo segunda del Decreto 35/2021 de 23-7-21 de Lehendakaritza de segunda modificación del Decreto 33/2021 de 7-7-21 de Actualización y determinación de medidas de prevención para contener la propagación*

de infecciones causadas por el SARS-COV-2."

SEGUNDO.- Formada la correspondiente pieza separada, por providencia de fecha 28/7/2021 se ha dado traslado por tres días a la ADMINISTRACIÓN GENERAL DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO para que pudiera alegar lo que estimara pertinente sobre la medida solicitada, verificando el traslado con la presentación del oportuno escrito en fecha 30/7/2021 y con el resultado obrante en autos. Igualmente mediante providencia de fecha 29/7/2021 se ha procedido a habilitar los días 2, 3 y 4 de agosto para la tramitación de la presente pieza de medidas cautelares.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Que por la Asociación Asgascon se recurre en vía contencioso-administrativa el Decreto 35/2021, de 23 de julio, del Lehendakari, de segunda modificación del Decreto 33/2021, de 7 de julio, de actualización y determinación de medidas para contener la propagación de infecciones causadas por el Sars-Cov-2.

La parte procede a solicitar medidas cautelarísimas, relativas a la suspensión de la aplicación del Dispongo 2º del decreto recurrido.

Por la Sala, a través de providencia de 28 de julio de 2021 se acordó oír a la representación del Gobierno Vasco por tres días, dada la trascendencia de la decisión a adoptar.

La parte demandada aduce que no concurren los requisitos de urgencia exigidos para adoptar una decisión sin oír a la administración a la que se refiere el artículo 135 de la Ley 29/98. Si se entendiere que se tratase de medidas cautelares, en base al artículo 130 Ley 29/98, considera que no concurre *periculum in mora*, sin que sea suficiente una mera incidencia lesiva sobre derechos e intereses, sino que ha de ser de tal entidad que no pueda repararse en la sentencia que, en su día, se dicte. En cuanto a la apariencia de buen derecho, entra en juego cuando nos encontramos ante una manifiesta nulidad de pleno derecho, actos dictados en ejecución de una disposición general declarada nula, existencia de una sentencia que anula el acto o un reiterado criterio jurisprudencial no seguido por la Administración demandada. Finalmente, se alude a que la parte recurrente no menciona la Ley Vasca 2/2021, de 24 de junio, de medidas para la gestión de la pandemia del COVID-19.

SEGUNDO.- Que hemos de clarificar el ámbito de la medida que se procede a dilucidar.

Al respecto, señalaremos que lo que se deciden son medidas cautelares, y no cautelarísimas, puesto que se ha dado audiencia a la Administración demandada que, aun cuando el plazo ha sido de 3 días, se trata de un plazo que entra en el ámbito del artículo 131 Ley 29/98, que otorga uno que no exceda de 10 días, pero que puede ser inferior.

En cualquier caso, la Administración demandada ha hecho alegaciones en relación con las medidas cautelares en sentido estricto, con lo que no habría indefensión.

TERCERO.- El artículo 130.1 de la LJCA expresa que "*Previa valoración circunstancias 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 al recurso*". Añade en su apartado 2 que "*la medida cautelar podrá denegarse cuando-de-ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada*".

Conforme a la norma procesal y a la jurisprudencia, es sabido que sólo cuando la ejecución del acto pueda hacer perder su finalidad al recurso procede acordar una medida cautelar. El denominado requisito o presupuesto *periculum in mora* y que, de acuerdo con nuestra doctrina jurisprudencial, viene a traducirse en la necesidad de que, al menos indiciariamente, se constate que la ejecución del acto administrativo objeto de impugnación podrá tener una incidencia lesiva sobre los intereses o derechos del recurrente de tal entidad o naturaleza que, en el supuesto de que la impugnación jurisdiccional tenga éxito, el resultado procesal obtenido resultará inútil para reparar de manera satisfactoria la lesión producida. De este requisito, y por lo que ahora interesa, solo vamos a añadir que, como enseña nuestro Alto Tribunal, a la hora de valorar la pérdida de la finalidad del recurso debemos referirnos a la finalidad específica o propia de tal recurso, a lo concretamente solicitado en el mismo y no a ningún otro tipo de compensación o equivalente (normalmente económico); esto es, ha de estarse en dicho juicio apreciativo a la satisfacción "*in natura*" de la pretensión deducida en el recurso. Si efectuando una operación de hipótesis resultase que, caso de no adoptarse la medida cautelar, una eventual estimación del recurso no hiciere factible tal satisfacción "*in natura*", ciertamente habría de mantenerse la ineficacia del proceso para su fin propio, con lo que concurriría el requisito de que aquí se trata.

Igualmente es bien conocido y lo hemos recordado en el auto de 15 de Septiembre de 2020, que no está positivizada la apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris* en la regulación general de las medidas cautelares en sede jurisdiccional contencioso administrativa (artículo 129 , 130 y concordantes LJCA) y, tampoco, en el concreto régimen específico del artículo 135. Como indica el Auto del Tribunal Supremo de 18-7-2006 se trata de un criterio que, no recogido expresamente en la Ley Jurisdiccional aunque sí en el artículo 728 LEC , permite realizar una valoración de los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar, con carácter provisional y en los casos delimitados por la jurisprudencia (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, de existencia de una sentencia que anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme; y de existencia de un criterio de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz), dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva.

CUARTO.- Que, entrando en el análisis de los requisitos exigidos para la



adopción de una medida cautelar, el primero de ellos es el *periculum in mora*.

En este sentido, se ha de subrayar que el artículo 6.1 b) del Real Decreto-Ley 13/2021, de 24 de junio, convalidado como Ley el 21 de julio de 2021 por el Congreso de los Diputados (BOE 28-7-21), establece, en lo que aquí interesa, la obligación del uso de mascarilla para personas de 6 años en adelante, *"en cualquier espacio al aire libre en el que, por la aglomeración de personas, no resulte posible mantener una distancia mínima de 1'5 m. entre los mismos, salvo grupos de convivientes"*.

La modificación del artículo 2 del Decreto 33/2021, por el Decreto del Lehendakari aquí impugnado se establece que *"de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20.3 de la Ley 2/2021, de 24 de junio, de medidas para la gestión de la pandemia de COVID-19, se entenderá que el uso de la mascarilla en espacios al aire libre siempre que no resulte posible mantener de modo constante una distancia mínima de 1'5 m. entre personas. En consecuencia la obligatoriedad del uso de la mascarilla se extiende a todo tipo de entornos urbanos transitados tales como cascos viejos, zonas comerciales y de tiendas, mercados, mercadillos o áreas en las que se encuentren establecimientos de hostelería, así como en todos los espacios y paseos marítimos, en parques infantiles, aceras, pasos de peatones, plazas o calles con concurrencia de personas"*.

Por su parte, el artículo 20.3 Ley autonómica 2/2021, de 24 de junio, en lo que aquí respecta indica: *"Será obligatorio el uso de mascarilla para las personas mayores de 6 años, con independencia de la distancia interpersonal tanto cuando se esté en la vía pública y en espacios al aire libre, como cuando se esté en espacios cerrados de uso público o que se encuentren abiertos al público y se pueda concurrir en el mismo espacio con otras personas"*.

QUINTO.- Que sentado el marco normativo, pasaremos a analizar los perjuicios que puede causar el párrafo primero del artículo 2.2 del Decreto recurrido, antes recogido en su redacción literal.

Esta cuestión, tal como puede apreciarse de la lectura de las normas arriba citadas está absolutamente unida al fondo de la cuestión litigiosa lo que obliga a efectuar un análisis, siquiera inicial y sin perjuicio de lo que se concluya en la sentencia que, en su día se dicte, sobre tal problemática de fondo.

A la hora de regular el uso de mascarillas en mayores de 6 años, en espacios al aire libre (artículo 1.1 Real Decreto-Ley 13/2021, de 24 de junio, convalidado por el Congreso el 21 de julio de 2021, que modifica el artículo 6 en lo que aquí interesa, apartado 1 letra b) de la Ley 2/2021, de 29 de marzo) fija su uso obligatorio en los casos en los que por la aglomeración de personas no resulte posible mantener una distancia mínima de 1'5 m. entre las mismas, salvo convivientes.

El Decreto aquí recurrido en el párrafo primero de su apartado segundo añade a ello: *"en consecuencia, la obligatoriedad del uso de mascarilla se extiende a todo tipo de entornos urbanos transitados tales como cascos viejos, zonas comerciales y de*



tiendas, mercados, mercadillos, o áreas en los que se encuentren establecimientos de hostelería, así como todos los espacios y paseos marítimos, en parques infantiles, aceras, pasos de peatones, plazas o calle con concurrencia de personas".

En este párrafo no se hace referencia a la distancia de 1'5 m. pero sí se indica en la frase anterior al referirse al uso de la mascarilla en espacios al aire libre cuando no resulte posible, mantener de modo constante una distancia mínima de 1'5 m. entre personas.

Cabría entender que tal distancia es aplicable a la parte final del párrafo que contendría así una simple ejemplificación.

De entenderse así, quedarían conjugadas ambas normas sin generarse perjuicios ni conflicto entre las mismas. Es decir, la normativa estatal y el Decreto recurrido generarían las mismas obligaciones para los ciudadanos.

Podría aducirse que, al no tratarse de una interpretación absolutamente evidente, cabría que se levantasen denuncias por agentes de la autoridad que pudieran llevar a sanciones haciendo una interpretación más estricta.

Ahora bien, en los "*criterios de aplicación de la Ertzaintza y Policías Locales*" del Decreto recurrido, se subraya en negrita que "*el uso de mascarillas será preceptivo siempre que no resulte posible mantener de modo constante la distancia mínima de 1'5 m. entre personas.*" y después copia el resto del artículo analizado.

Es decir, aparece como criterio de aplicación esencial el del uso preceptivo de mascarilla, al aire libre, siempre que no quepa mantener una distancia mínima de 1'5 m. entre personas. Este criterio es coincidente con la normativa estatal.

Llegados a este punto del análisis se puede afirmar que el Decreto recurrido, en el apartado respecto del que se solicita la suspensión, no añade ninguna obligación distinta de la ya prevista de la normativa del Estado con lo que no cabe apreciar perjuicios que justifiquen la adopción de la medida cautelar solicitada en cuanto a este apartado del Decreto que se impugna.

SEXTO.- Que también alude la parte actora al inciso final del párrafo quinto del apartado segundo del Decreto 35/2021, de 23 de julio, del Lehendakari.

El párrafo completo establece: "*no será exigible el uso de la mascarilla en las playas y piscinas durante el baño y mientras se permanezca en un espacio determinado, siempre y cuando se pueda respetar la distancia de seguridad interpersonal entre las personas usuarias. Para los desplazamientos y paseos en las playas y piscinas sí será obligatorio el uso de mascarilla.*"

No resulta posible interpretar este inciso de forma coordinada con la redacción que da al artículo 6.1 b) de la Ley 2/2021, de 29 de marzo, modificada por el Real Decreto-Ley 13/2021, de 24 de junio (convalidado por el Congreso de los Diputados el 21

de julio de 2021) por cuanto que es un párrafo que distingue, por un lado, en el ámbito de playas y piscinas, los momentos del baño y la permanencia en un lugar determinado en los que no se exige el uso de mascarilla si se mantiene la distancia de 1'5 m. entre personas; por otro, los desplazamientos y paseos en el mismo ámbito en los que fija el uso obligatorio de mascarilla sin excepciones.

Esta última regulación establece una obligación no prevista en la Ley del Estado en la que el uso de mascarilla sólo es obligatorio si no se puede mantener una distancia interpersonal de 1'5 m. en espacios al aire libre, habiéndose dictado esta norma en base a la atribución que confiere al Estado el artículo 149.1.16ª de la CE, de bases y coordinación general de la sanidad.

El perjuicio que se causa a los interesados no es excesivo pues se trata de tener que usar mascarilla en sus desplazamientos y paseos en las playas y piscina aun cuando puede mantenerse distancia de seguridad pero no deja de ser una carga, cuyo incumplimiento pudiera conllevar incluso la imposición de una sanción, cuando es una situación no prohibida por la norma del Estado y que generaría situaciones de desigualdad entre las obligaciones de los ciudadanos en diversas partes del territorio nacional, regido por la Ley del Estado antes citada.

No cabe aquí hacer alusiones a la defensa de la salud pública pues tanto la Administración autonómica como la del Estado ha de presumirse que buscan el mismo objetivo en este ámbito.

De ahí que este inciso deba ser suspendido en su aplicación, rigiendo en estas situaciones de desplazamientos o paseos en playas y piscinas el régimen general de distancia interpersonal respecto al uso de mascarillas.

SÉPTIMO.- Que no procederá hacer expresa imposición de costas de este incidente (artículo 139 Ley 29/98).

LA SALA ACUERDA

1º) Suspender la ejecución del inciso final del párrafo 5º del apartado segundo del Decreto 35/2021, de 23 de julio, relativo a: *"Para los desplazamientos y paseos en playas y piscinas sí será obligatorio el uso de mascarillas"*, rigiendo en este ámbito el régimen general de distancia interpersonal de 1'5 m. debiendo utilizarse mascarilla si no fuera posible el mantenimiento de dicha distancia.

2º) No haber lugar a la suspensión del resto de apartados del Decreto impugnado solicitada por la parte actora.

3º) No hacer expresa imposición de las costas de esta incidente.

Llévese testimonio de esta resolución a los autos principales.



MODO DE IMPUGNAR ESTA RESOLUCIÓN: mediante **RECURSO DE REPOSICIÓN**, por escrito presentado en esta Sala en el plazo de **CINCO DÍAS**, contados desde el siguiente a su notificación, no obstante lo cual se llevará a efecto la resolución impugnada (artículo 79.1 LJCA).

Para la interposición del recurso será necesaria la previa consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con n.º 4697 0000 91 0069 21, de un **depósito de 25 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 este su auto, lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados antes nombrados, componentes de este Tribunal, de lo que yo, Letrado de la Administración de Justicia, doy fe.

Medid.cautelares 69/2021-Auto 03/08/2021

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.





30 JUL 2021

8569

SARRERAREN ENTRADA

ORDUA:

HORA:

12 35

A LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO.**Procedimiento de origen: Procedimiento Ordinario 631/2021****Procedimiento: Medidas cautelares 69/2021 - Sección 3ª.****Demandante: ASOCIACION ASGASCON.****Actuación recurrida:** Dispongo Segunda del Decreto 35/2021 de 23-7-21 de Segunda modificación del Decreto 33/2021 de 7-7-21 de actualización y determinación de medidas de prevención para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-COV-2**(Medidas cautelares)**

El letrado del servicio jurídico central del Gobierno Vasco, en la representación que legalmente ostento, ante la Sala comparezco y, como mejor proceda en Derecho,
DIGO:

Que se ha **interpuesto recurso contencioso administrativo**, frente **al DISPONGO SEGUNDO del Decreto 35/2021, de 23 de julio, del Lehendakari de segunda modificación del Decreto 33/2021 de 7 de julio, de actualización y determinación de medidas de prevención para contener la propagación de infecciones causadas por el Sars-Cov-2**

Que, en el escrito de interposición, mediante Otrosí Tercero, se solicita la adopción de medidas cautelarísimas "inaudita parte" y la suspensión de la aplicación del Dispongo Segundo del Decreto 35/2021, de 23 de julio por el que se modifica el alcance de las medidas generales y de prevención que se establecen en el artículo 2 del Decreto 33/2021, de 7 de julio, del Lehendakari.

Que mediante Providencia de 28 de julio de 2021 la Sala considera "A los efectos de examinar la medida cautelarísima ... oír a la Administración demandada respecto a la solicitud de la parte actora por TRES DÍAS."

Que atendiendo al traslado conferido por la Sala, **ME OPONGO** a la suspensión solicitada por la Asociación recurrente en la presente pieza separada de medidas cautelarisimas, con base en las siguientes,

ALEGACIONES

PRIMERA. – Circunstancias de especial urgencia.

El escrito de interposición del recurso contiene en el Otrosí Tercero la solicitud de adopción de medidas cautelarisimas "inaudita parte" y en concreto "...que acuerde la suspensión de la aplicación del Dispongo Segundo del Decreto 35/2021, de 23 de julio por el que se modifica el alcance de las medidas generales y de prevención que se establecen en el artículo 2 del Decreto 33/2021, de 7 de julio, del Lehendakari articulándose dicha pretensión a través del mecanismo previsto en el artículo 135 LJ."

La Sala no se ha pronunciado por lo tanto sobre la cautelarísima interesada y considera preciso oír a la Administración demandada a efectos de examinar la misma, para lo que ha convocado a la Sala de Vacaciones el día 3 de agosto de 2021 a las 9:30.

Ha de entenderse por lo tanto que, aun no contemplado expresamente el trámite que se nos otorga en el artículo 135 LJ, nos encontramos en el procedimiento previsto en el mismo por lo que, constituyendo presupuesto del mismo la apreciación sobre la concurrencia o no de circunstancias de especial urgencia en el caso, a dicha cuestión habremos de referirnos.

A juicio de esta representación no concurre ninguna circunstancia de especial urgencia en el caso, por lo que procedería ordenar la tramitación del incidente cautelar conforme a lo dispuesto en el artículo 131 LJ, según prevé el artículo 135.1 b) de dicha Ley.

Ha de señalarse que la Asociación recurrente ya instó la suspensión de la efectividad de los artículos 1.2, 1.3 (párrafos tercero y cuarto), artículo 1.4 y artículo 1.5, todos ellos del Decreto 23/2021, de 7 de mayo, del Lehendakari, sobre medidas de



prevención para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2. a través del mismo mecanismo previsto en el artículo 135 LJ y en similares términos a los ahora utilizados dando lugar a la pieza de medidas cautelares 47/2021.

El Auto de 25 de mayo de 2021 de la Sala a la que me dirijo, dictado en dicha pieza, dejo dicho que

Para verificar si concurren las condiciones que justifican la tramitación de este incidente por el cauce indicado es preciso examinar cuál es el objeto del recurso para, a partir de él, verificar si es imprescindible la inmediata adopción de la medida para que no se frustre la finalidad del recurso. En definitiva, lo que caracteriza la adopción de la medida por este especial trámite es la urgencia sin perjuicio de que la ponderación de los demás elementos de valoración típicos de la tutela cautelar (los establecidos en el artículo 129 y 130 de la LRJCA), pueda ser realizada también en esta inicial fase en la medida en que queden ya revelados en ella, lo que no siempre se producirá al no existir audiencia de la parte demandada

Tras lo cual, y en aplicación de dicha doctrina, concluyó que

Lo cierto es que no cabe apreciar especial urgencia en la adopción de la medida solicitada sin oír a la Administración demandada por dos razones.

En primer lugar, porque dado el tiempo transcurrido desde que se acordó el uso generalizado de la mascarilla, no cabe entender que, en este preciso momento, deba decidirse al respecto sin oír a la otra parte.

En segundo lugar, porque la resolución recurrida y las medidas solicitadas no sólo afectan a los recurrentes, sino que interrumpirán la eficacia general de una resolución administrativa adoptada como medida preventiva para minimizar la transmisión vírica que se produce en la actualidad. Ello exige que este Tribunal adopte la decisión ponderando todos los intereses en conflicto y tras oír a la Administración, vía medida cautelar ordinaria, si bien se reducirá el plazo de audiencia a 5 días.

Por lo que denegó las medidas cautelares entonces solicitadas y ordenó proseguir el trámite de la pieza de suspensión.

Las razones manifestadas por la Sala entonces se mantienen en el presente caso y la solución debe ser la misma.

Por una parte, el tiempo transcurrido desde que se acordó el uso generalizado de la mascarilla sigue siendo dilatado y, en este preciso momento, la tasa de incidencia acumulada en 14 días correspondiente al 28 de julio de 2021 en el que se solicita la suspensión (853,98, +26,50) prácticamente cuadruplica el del día 25 de mayo de 2021, en que se dictó el Auto (219,67)

Por otra parte, de la misma manera que cuando se dictó aquel Auto entonces, ahora el precepto recurrido no sólo afecta a los recurrentes, sino que su suspensión interrumpirá *la eficacia general de la medida preventiva para minimizar la transmisión vírica que se produce en la actualidad*, con mayor incidencia en la eficacia general de la medida si atendemos a las tasas citadas.

Hay todavía, a nuestro juicio, una razón más que añadir a las ya señaladas por el Auto de 25 de mayo

Porque si las medidas allí recurridas eran de la misma naturaleza y poseían similar alcance a las que ahora se recurren, puede afirmarse que, incluso respecto a la medida general de uso obligatorio de mascarilla *en vía pública y espacios al aire libre*, las previsiones contenidas en aquel eran de mayor entidad y afectación a las personas que las ahora recurridas en cuanto lo eran entonces *"con independencia de la distancia interpersonal"*, circunstancia que no concurre ya y que tampoco concurría en el artículo 2.2 del Decreto 33/2021, de 7 de julio, del Lehendakari (no recurrido por la actora) en la que dicho uso obligatorio se subordina a la imposibilidad de mantener de modo constante una distancia interpersonal mínima de 1,5 metros entre personas en entornos transitados o con concurrencia de personas.

Frente a las anteriores consideraciones la actora sitúa la concurrencia de especial urgencia en que

- ✓ La disposición recurrida afecta a Derechos Fundamentales de la Sección 1ª, Título I de la CE, artículos 14 y 15
- ✓ De no suspenderse se estaría dando un trato discriminatorio a los ciudadanos y ciudadanas del País Vasco en comparación en el resto de ciudadanos/as del Estado español, y
- ✓ No prevé su revisión a los 20 días.



Con todo respeto y a nuestro juicio, ninguno de los tres motivos acredita la concurrencia de circunstancias de especial urgencia. Es más, siempre a nuestro juicio, los dos primeros ni siquiera enlazan con la cuestión.

La razón prioritaria de una medida cautelarísima sigue siendo la necesidad de preservar el efecto útil de la sentencia que en su día se dicte. Es la concurrencia de circunstancias especiales que hagan peligrar la eficacia de la sentencia las que deben acreditarse para que pueda adoptarse de manera cautelarísima la medida solicitada.

La mera alegación de la naturaleza de los bienes, intereses o derechos (fundamentales en este caso) que se dicen afectados, no acredita por sí misma la concurrencia de la urgencia; no es una circunstancia de especial urgencia.

De hecho, la LJCA prescinde de incorporar reglas particulares al respecto, de tal manera que hay que estar a lo dispuesto en el Capítulo II del Título VI de dicha Ley que tampoco contiene especificidad alguna por relación al procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales, por lo que ha de concluirse que la alegación referida a la afectación a derechos fundamentales en ningún caso acredita por sí misma la concurrencia de circunstancias de especial urgencia.

Un requisito inexcusable para la concesión de la medida cautelarísima es la imperiosa urgencia en su otorgamiento so pena de causar graves e irreparables perjuicios al recurrente.

Esta premura podría entenderse que concurre en casos de riesgo cierto para la vida e integridad física del demandante, pero nada más allá de la mera cita del artículo 15 CE contiene al respecto las alegaciones actoras, siendo evidente, a nuestro juicio, que el mantenimiento de la medida de prevención no pone en riesgo tales derechos fundamentales para la ciudadanía en general, máxime cuando a pesar del "... tiempo transcurrido desde que se acordó el uso generalizado de la mascarilla", por utilizar la expresión del Auto de 25 de mayo, no hay el más mínimo indicio científico que permita llegar a otra conclusión.

Por otra parte, ha de señalarse también que, a pesar de la alegación, no ha seguido la recurrente el procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales. De la misma manera, la posible afectación a los derechos fundamentales no deja de



ser, precisamente, una de las cuestiones de fondo cuyo análisis no es propio de la fase cautelar en las que nos encontramos.

Por último, respecto a la alegación de no previsión de revisión a los 20 días, (independientemente de que la Disposición Final Primera establece que *"Las medidas referidas en el presente Decreto serán objeto de seguimiento y evaluación continua con el fin de garantizar su adecuación a la evolución de la situación epidemiológica"* y de que no queda modificada la Disposición Final Primera del Decreto 33/2021, de 7 de julio, lo que significa que aunque no se prevea tal revisión la misma es, al menos, posible -si no obligada- para proceder a dicha adecuación) lo que la misma pone de manifiesto es la ausencia en este momento de circunstancias de especial urgencia y, al menos hasta el transcurso de los 20 días a los que dicha alegación se refiere. Acceder en este momento a la suspensión instada por la no previsión expresa de su revisión en un plazo de 20 días, no dejaría de ser, a nuestro juicio, fundar la medida en la mera hipótesis de que las medidas no se revisen.

SEGUNDA. - Régimen jurídico de las medidas cautelares

Aún para el supuesto de que la Sala apreciara la concurrencia en el caso de circunstancias de especial urgencia, ello no llevaría de manera automática a la adopción de la medida solicitada.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 135.1 a) LJ, si la Sala apreciara las circunstancias de especial urgencia podría todavía adoptar o denegar la medida, conforme al artículo 130.

Los factores a ponderar entonces para la adopción o denegación de la medida son los mismos que en el régimen ordinario -art. 130 LJ-, salvo la especial urgencia, y por ello ~~el recurrente debe acreditar la existencia del periculum in mora y la posible causación~~ de perjuicios irreparables. En paralelo, y con carácter previo a su otorgamiento, habrá de ponderarse los posibles perjuicios al interés general y/o a terceros.

Es de sobra conocida por la Sala a la que me dirijo la constante doctrina jurisprudencial sobre la adopción de medidas cautelares por lo que a efectos de evitar innecesarias reiteraciones a ella nos remitimos.



Es reflejo y aplicación concreta de la misma, los razonamientos contenidos en los diferentes Autos que se han venido adoptando por la Sala en relación, precisamente, a similares medidas a las que ahora son objeto de las cautelares solicitadas. Razonamientos con los que estamos completamente de acuerdo y damos por reproducidos.

TERCERA. - Periculum in mora.

También desde esta perspectiva ha sido analizada por la Sala la medida cuya suspensión se insta, en los Autos de 21 de julio, 17 de septiembre y 10 de noviembre de 2020 y más recientemente, con la misma Asociación como recurrente, el de 8 de junio de 2021.

No encontramos ningún motivo para alterar las conclusiones obtenidas por la Sala y los argumentos en que basa las mismas, argumentos y conclusión a los que nada tenemos nada que añadir.

Máxime cuando las alegaciones de la demandante se limitan en este punto a localizar el perjuicio de difícil o imposible reparación que la ejecución de la medida pueda ocasionar no en los concretos intereses que dicha demandante representa, sino en que *"...se podría vulnerar el Derecho a la Tutela judicial efectiva por cuanto que al ser inhábil el mes de agosto, teniendo en cuenta los plazos del sistema judicial, para cuando se señale la vista oral de este procedimiento, es casi seguro que el mismo ya no se encuentre en vigor"*, lo que, con todo respeto, no resulta admisible puesto que la tutela judicial, en su vertiente de tutela judicial cautelar, se hace efectiva, precisamente, a través del presente trámite y de la respuesta que ofrezca el Tribunal, sin que exija que dicha respuesta deba ser necesariamente la estimación de la pretensión formulada (*"El derecho a la tutela se satisface, pues, facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste, con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión"* STC 66/1984 de 19 de junio).



El Auto de la Sala, de 9 de febrero de 2021 expresa que *"El denominado requisito o presupuesto periculum in mora, de acuerdo con nuestra doctrina jurisprudencial, viene a traducirse en la necesidad de que al menos indiciariamente, se constata que la ejecución del acto administrativo podrá tener una incidencia lesiva sobre los intereses o derechos del recurrente de tal entidad o naturaleza que, en el supuesto de que la impugnación jurisdiccional tenga éxito, el resultado procesal obtenido resultaría inútil para reparar de manera satisfactoria la lesión producida"*

Como bien explica el Auto, no es suficiente con una mera incidencia lesiva sobre los derechos e intereses, sino que debe ser de tal entidad que no pueda ser reparada satisfactoriamente en el supuesto de que se estime la pretensión actora.

Nada se alega al respecto por lo que, como señala reiteradamente el Tribunal Supremo: *"la mera alegación, sin prueba alguna, no permite estimar como probado, que la ejecución del acto impugnado (o la vigencia de la disposición impugnada) le pueda ocasionar perjuicios, ni menos que éstos sean de difícil o imposible reparación"*.

El interesado en obtener la suspensión tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurren en el caso para acordar la suspensión, sin que en el presente se realice mención alguna al respecto.

En definitiva, como bien expresa el Auto de la Sala de 8 de junio de 2021

Basta, en primer lugar, para considerar la inexistencia del periculum in mora, esencial para esta medida cautelar, con tener en cuenta el dilatadísimo espacio temporal durante el cual las actuaciones frente a las que se actúa, o sustancialmente similares, han venido aplicándose a la generalidad de la población.

En segundo lugar, y efectuando una valoración propiamente cautelar de los intereses en conflicto, teniendo en cuenta además que ninguna prueba tangible de perjuicio irreparable o difícilmente subsanable se aporta, estima la Sala que es el interés general, que toda disposición general per se representa según tiene reiteradamente dicho el Tribunal Supremo, el que ha de ser mantenido en este momento

Argumentos perfectamente trasladables al presente supuesto y que hacemos nuestros.



CUARTA. - "Fumus boni iuris".

Respecto a la apariencia de buen derecho, conviene recordar el evidente riesgo de que tal criterio transforme el juicio cautelar en una anticipación del juicio de fondo, con la consiguiente desnaturalización de tal juicio y minoración de la seguridad jurídica que la delimitación de las fases procesales comporta.

En concreto, la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo ha concluido que la justicia cautelar únicamente puede soportarse en la apariencia de buen derecho en cuatro supuestos: 1) Nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta; 2) Actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula; 3) Existencia de una sentencia que anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme; y 4) Existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz.

De acuerdo con lo expresado por la Sala en su Auto de 23 de febrero de 2021 (Medidas cautelares 17/2021)

Igualmente es bien conocido y lo hemos recordado en el auto de 15 de septiembre de 2020, que no está positivizada la apariencia de buen derecho o fumus boni iuris en la regulación general de las medidas cautelares en sede jurisdiccional contencioso administrativa (artículo 129, 130 y concordantes LJ) y, tampoco, en el concreto régimen específico del artículo 135. Como indica el Auto del Tribunal Supremo de 18-7-2006 se trata de un criterio que, no recogido expresamente en la Ley Jurisdiccional aunque sí en el artículo 728 LEC, permite realizar una valoración de los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar, con carácter provisional y en los casos delimitados por la jurisprudencia (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, de existencia de una sentencia que anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme; y de existencia de un criterio de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz), dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaliza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva

Con evidencia a nuestro juicio, en el presente supuesto es notorio que no concurre ninguna de las circunstancias exigidas, porque el único alegato que al respecto contiene el escrito de interposición es la *contravención de la disposición cuya*

suspensión se insta a lo dispuesto en el Real Decreto-Ley 13/2021, de 24 de junio, aprobado posteriormente por el Congreso de los Diputados sobre la utilización de mascarillas en los exteriores, sin mayor argumentación, sin que se justifique mínimamente, siquiera sea con el carácter cautelar propio de esta pieza separada, que dichas medidas contradigan realmente lo dispuesto en el Real Decreto-Ley, que no sea posible articular las contenidas en ambas disposiciones o incluso que, en su caso, si la que se recurre deba, y por qué, quedar sometidas a las dispuestas en aquel, sin mención siquiera a la Ley del Parlamento Vasco 2/2021, de 24 de junio, de medidas para la gestión de la pandemia de COVID-19.

El examen de la alegación actora al respecto debe ser objeto de un análisis jurídico que rebasa ampliamente el ámbito del "fumus boni iuris", pues de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a la efectiva tutela judicial, se vulneraría otro derecho, también fundamental recogido en el propio artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto de este pleito.

En definitiva, también en este punto nos remitimos a lo expresado en el Auto de 8 de junio de 2021 de acuerdo con el cual

Tampoco se aprecia en el caso la concurrencia de ninguno de los concretos supuestos que facultarían la aplicación del fumus boni iuris ni es factible el examen siquiera superficial del fondo del asunto en un incidente cautelar sumario

Por lo expuesto

A LA SALA SUPlico: que teniendo por presentado este escrito con sus copias y documentos, lo admita, y previos los trámites legales oportunos dicte Auto por el que declare no haber lugar a la medida cautelar solicitada.

Es Justicia que se pide en Vitoria-Gasteiz, a 30 de julio de 2021.

CARLOS ZABALETA ALVAREZ
Firmado digitalmente por CARLOS ZABALETA ALVAREZ
Fecha: 2021.07.30 12:27:35 +02'00'



GOBERNANTZA PUBLIKO
ETA AUTOGOBERNU SAILA

Donostia - San Sebastián
tel. 945 01 10 00 / FAX 945 01 87 03