

**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: 00.01.3-21/000652

NIG CGPJ: 48020.33.3-2021/0000652

Procedimiento Origen: Procedimiento ordinario 717/2021

Procedimiento: Medidas cautelares 73/2021 - Sección 3ª

Demandante: LIGA NACIONAL DE FUTBOL
PROFESIONAL -LA LIGA-
Representante: MARIA LUISA ALONSO GIMENEZ-
BRETON

Demandado: ADMINISTRACION GENERAL DE LA
COMUNIDAD AUTONOMA DEL PAIS VASCO
Representante: SERVICIO ASISTENCIA LETRADA
DEPARTAMENTO SEGURIDAD GOBIERNO VASCO

ACTUACIÓN RECURRIDA: DECRETO 36/2021 DE 30 DE AGOSTO DE LEHENDAKARITZA PUBLICADO EN EL B.O.P.V. DE 31-8-21 DE TERCERA MODIFICACION DEL DECRETO 33/2011 DE 7-7-21 DE ACTUALIZACION Y DETERMINACION DE MEDIDAS DE PREVENCION PARA CONTENER LA PROPAGACION DE INFECCIONES CAUSADAS POR EL SARS-COV-2. Ç. =

AUTO

ILMOS. SRES.:

PRESIDENTE: D. LUIS ANGEL GARRIDO BENGOETXEA

MAGISTRADOS: D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANIA

D. JOSE ANTONIO GONZALEZ SAIZ

Siendo Ponente D. LUIS ANGEL GARRIDO BENGOETXEA.

En Bilbao, a catorce de septiembre de dos mil veintiuno.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el presente recurso contencioso-administrativo, interpuesto por la procuradora Sra. ALONSO GIMENEZ-BRETON en nombre y representación de LIGA NACIONAL DE FUTBOL PROFESIONAL -LA LIGA-, contra la actuación administrativa referenciada, se ha solicitado por la parte recurrente, la adopción de la siguiente medida cautelar:

- 1) Dejar sin efecto, en los partidos de competición profesional de fútbol que se celebren en el territorio del País Vasco, las limitaciones de aforo introducidas por el apartado tercero del Decreto impugnado, en lo referente a la modificación del artículo 3.3 del Decreto 33/2021, de 7 de julio, del Lehendakari, de actualización y determinación de medidas de prevención para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, y

- 2) Establecer en su lugar, COMO MEDIDA POSITIVA necesaria, que en estas competiciones únicamente rijan las limitaciones acordadas por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud en su reunión del pasado día 1 de septiembre de 2021, de un 60% de aforo al disputarse en recintos abiertos o exteriores. Subsidiariamente, que se fije en un 50%, como se dispone en el propio Decreto impugnado para otras muchas actividades a realizar en el territorio del País Vasco, confirmándola previos los trámites oportunos como MEDIDA CAUTELAR hasta dictarse la Sentencia que ponga fin al presente procedimiento, salvo cambio acreditado de circunstancias concurrentes por parte de la Administración actuante.

SEGUNDO.- Formada la correspondiente pieza separada, se transforma la pieza en medidas cautelares, dando audiencia a la Administración demandada con el límite de las 12:00 del día 14 de septiembre de 2021, sobre la solicitud del recurrente.

TERCERO.- Dentro de plazo conferido por la Administración se ha presentado escrito de alegaciones que quedaa unido a la presente medida cautelar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Que por la representación de la Liga de Fútbol Profesional se recurre en vía contencioso administrativa el Decreto 36/2021, de 30 de agosto, del Lehendakari, en cuanto al aforo, en concreto, de eventos deportivos, que se fija en recintos con capacidad de entre 1.600 y 5.000 personas, el máximo en interiores será de 800 personas, y de 1.200 en exteriores. En recintos con capacidad superior a 5.000 personas, no se podrá superar el 30%.

La parte solicita, como medida cautelarísima, que se aplique en el País Vasco el acuerdo de 1 de septiembre del Consejo Interterritorial, que acordó ampliar al 60% el aforo de espectadores en las competiciones deportivas profesionales celebradas en recintos abiertos.

Alude a que esta jornada de liga juegan equipos de Primera y Segunda División en Euskadi, con los perjuicios que esto le genera, así como a la recurrente, LFP, derivados no sólo de espectadores sino de patrocinadores, acciones publicitarias, de derechos de contenido audiovisual, etc.

Asimismo, la parte aduce que no se aprecia perturbación grave de los intereses generales o de tercero; que no se motiva ni justifica por qué en el País Vasco se establece un aforo de la mitad del fijado por el Consejo Interterritorial de Salud.

Que por la representación del Gobierno Vasco se aduce que nos encontramos ante una medida cautelar positiva; que el "*periculum in mora*" no aparece en la solicitud de la actora, sin que exista riesgo para la competición, los de naturaleza económica no serían suficientes para la adopción de la medida cautelar; que concurre en interés público sanitario de primera magnitud; y que la medida se encontraba justificada de acuerdo con los parámetros epidemiológicos correspondientes a los días 27 a 29 de

agosto de 2021, fechas previas a la publicación del Decreto que se impugna.

SEGUNDO.- El artículo 130.1 de la UCA 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 hiciera 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 UCA) 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.

TERCERO.- Que pasando a analizar las cuestiones que se plantean en el recurso, hemos de indicar que, ciertamente, se trata de una medida cautelar positiva lo que solicita la parte actora que insta sustituir un porcentaje como límite de espectadores en las competiciones que organiza por acto.

Ahora bien, hemos de efectuar dos precisiones. Por una parte, que nos encontramos ante una actividad amparada por el principio de libertad de empresa, a la que se pueden imponer medidas restrictivas justificadas y proporcionadas con el fin aquí pretendido de defensa de la salud pública.

Por otra, que la medida tiene naturaleza positiva en tanto en cuanto la parte solicita establecer el límite de aforo acordado por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (60%) frente al del Decreto (30%).

Este es el objeto del litigio sin que resulte vedado al Tribunal adoptar una medida como la solicitada, de menor restricción de la actividad, efectuando un análisis de proporcionalidad y justificación de la adoptada por el Decreto que se impugna.

Finalmente, subrayar aquí que el acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud no tiene la forma jurídica de orden comunicada por lo que no resulta obligatorio, solo orientativo, para las Comunidades Autónomas.

CUARTO.- Que, en cuanto a los perjuicios a los que se refiere la parte actora, dejando de lado los de naturaleza económica, al ser indemnizables, se centran en espacios publicitarios, seguimiento de transmisiones televisivas y de imagen de la competición. La Sala considera que tales perjuicios son claros pues la restricción de aforos reduce la magnitud, y por tanto, el interés de los eventos que, de no adoptarse la medida.

En cualquier caso, una eventual sentencia estimatoria no los podría resarcir al llegar una vez finalizada la competición.

QUINTO.- Que se alude por la representación del Gobierno Vasco a los parámetros epidemiológicos que se tuvieron en cuenta al dictarse el Decreto recurrido, correspondientes a los días 27 a 29 de agosto de 2021.

En ese momento, la tasa de incidencia acumulada a 14d. era, de 340,45; el RO, de 0,86; y la ocupación de UCI de 74.

A día de hoy (814 de septiembre de 2021), la tasa de incidencia acumulada a 14 d. es de 166,39; el RO, de 0,84; y la ocupación UCI, de 54.

Como puede apreciarse, la mejora es clara fundamentalmente en un parámetro muy tenido en cuenta en la adopción de medidas restrictivas como es la tasa de incidencia acumulada a 14 días.

La pregunta es si las medidas tienen carácter dinámico o evolutivo, lo cierto es que si y han de adaptarse a la situación epidemiológica.

Es decir, el Decreto recurrido podría considerarse proporcionado en sus medidas en el momento de su dictado pero ha podido verse desfasado con la mejoría de la situación epidémica y generar una desproporción, en concreto, respecto de la medida a la que se refiere el presente recurso.

SEXTO.- Que, en cuanto a la solicitud de la parte actora de que se eleve el aforo al 60% de los partidos de competición de la L:F:P:, ha de indicarse que no se trata de una medida fijada arbitrariamente por la parte.

Realmente tiene su base en un acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud de 1 de septiembre de 2021, que así lo fija, aun de forma orientativa.

Esta petición cautelar será acogida por la Sala por cuanto que se fijó cuando la media de incidencia acumulada a 14 días en todo el territorio nacional era de 233'75 el 1 de septiembre. Obvio resulta decir que una recomendación que nace del Consejo

Interterritorial de Salud con incidencia no puede sostenerse que represente un peligro para la salud pública pues ha de afirmarse que es un órgano de representación en el que se incluye tanto al Ministerio de Sanidad como a los representantes de salud de las Comunidades Autónomas.

Como antes se ha dicho, la incidencia actual en el País Vasco es muy inferior con lo que la Sala no aprecia obstáculos para adoptar la medida cautelar solicitada.

SÉPTIMO.- Que no se aprecian motivos que justifiquen efectuar expresa imposición de las costas en este incidente (art. 139 Ley 29/98).

La Sala **ACUERDA:**

1º) Adoptar, como medidas cautelares las siguientes:

Dejar sin efecto los siguientes párrafos del apartado tercero. 3 del Decreto 36/2021, de 30 de agosto, del Lehendakari en relación con los partidos de competición profesional de la LFP: *“en recintos con capacidad para entre 1.600 y 5.000 personas el máximo será de 1.200 personas en exteriores, de 1.800 en interiores”* y *“en recintos con capacidad superior a 5.000 personas, el aforo máximo no podrá superar el 30%”*.

Elevar el aforo máximo al 60 % de asistencia en partidos de competición de la LFP.

2º) No hacer expresa imposición de las costas de este incidente.

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 91 073 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.

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.

Medid.cautelares 73/2021-Auto 14/09/2021