

**A LA SALA
DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE**

....., Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de D....., según se acredita mediante apoderamiento apud acta que se acompaña como **Documento número 1**, bajo la dirección letrada de, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la comparezco y, como mejor proceda en Derecho, DIGO:

- I. Que en fecha de de 2020 se ha publicado en el número la Resolución de la Consejería de Sanidad de fecha donde se establece aplicar una medida para prohibir la libre circulación de las personas entre las 12.00 y las 6.00 horas de cada día, limitando igualmente las reuniones entre personas en el ámbito privado.
- II. Que adjunto se acompaña como **Documento número 2** una copia de la mencionada publicación.
- III. Que teniendo en cuenta que la resolución citada es contraria a Derecho y vulnera el Derecho Fundamental de reunión (artículo 21 CE) y libre circulación (artículo 19 CE), siguiendo instrucciones de mi mandante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 114 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), por el presente escrito interpongo contra la resolución que se acompaña como Documento número 2 el presente **RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO POR LA VÍA ESPECIAL DEL PROCEDIMIENTO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA.**
- IV. El recurso se interpone ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de que por turno corresponda por entender ésta competente al amparo de lo dispuesto en el artículo 10.1.a) de la LJCA, teniendo en cuenta que la administración demandada ha iniciado los trámites para la aplicación

del artículo 10.8 de la LJCA y se trata de una clara actuación en claro abuso de Derecho y fraude de Ley.

V. Que cumpliendo lo dispuesto en el artículo 115.2 LJCA, y a los efectos de dar una primera constatación de la viabilidad del cauce procesal especial utilizado, se definen los elementos que permiten comprobar que la pretensión procesal es ejercitada en relación a actos que infringen el Derecho Fundamental de Reunión y Libre Circulación cuya tutela se postula a través del proceso. Y esa exigencia formal se cumple por cuanto se indican los derechos fundamentales que se infringen y cuya tutela se reclama; se identifica el acto administrativo que se considera causante de la infracción del derecho; y, de manera concisa se realiza una exposición de las razones y circunstancias por las que se entiende que la resolución lesiona de manera directa los derechos aludidos. Por ello, a continuación se concretan sucintamente en este escrito los Derechos Fundamentales que se entienden infringidos y los argumentos sustanciales que dan fundamento a la interposición del presente recurso:

1.- Según se desprende de la propia resolución, en ella se establece una medida restrictiva de derechos fundamentales de tal manera que se impide la movilidad de las personas entre las 00.00 horas y 6.00 horas de cada día al no poder salir de sus domicilios salvo determinados casos tasados. Lo que se conoce comúnmente como un “toque de queda”. Dicha prohibición del libre ejercicio de los derechos fundamentales mencionados se impone supuestamente a fin de evitar la transmisión de contagios del virus SARS-CoV2, si bien no se ha aportado ninguna información científico-técnica que ampare dicha medida para evitar dicha transmisión. Con todo ello se pretende que el TSJ autorice la aplicación de dicha medida al amparo de lo previsto en el artículo 10.8 LJCA, según ha venido realizando la Administración demandada a la hora de implementar otras medidas restrictivas de derechos fundamentales en las pasadas semanas.

Pues bien, ya existen otros pronunciamientos de Tribunales Superiores de Justicia en otras Comunidades donde se ha reconocido claramente que el procedimiento del citado precepto impide el establecer una restricción masiva y generalizada de derechos fundamentales fuera de los mecanismos previstos en el artículo 116 de la CE.

Un ejemplo de ello es el Auto del TSJCM de fecha 8/10/2020 en el Procedimiento 1124/2020, al mencionar claramente:

“La Sala es consciente de la gravedad de la crisis sanitaria sin precedentes, ante la que se enfrentan los Poderes públicos y que padece nuestra sociedad, constatada ya el 11 de marzo de 2020, cuando la Organización Mundial de la Salud elevó la situación de emergencia de salud pública ocasionada por el COVID- 19 a pandemia internacional. También lo es de la necesidad de adoptar medidas inmediatas y eficaces de diversa índole para proteger la salud de los ciudadanos, contener la propagación de la enfermedad y reforzar el Sistema Nacional de Salud, entre las que cabría incluir medidas limitativas de derechos fundamentales de mayor o menor alcance. Para ello nuestro sistema constitucional articula instrumentos jurídicos de diversa naturaleza que ofrecen cauces jurídicos diferentes para delimitar, modular, restringir, e incluso suspender los derechos fundamentales de las personas, respetuosos con las garantías constitucionales.”

*Por todo lo expuesto, **no procede ratificar la medida** acordada en el apartado tercero de la Orden 1273/2020, de 1 de octubre, de la Consejería de Sanidad, por la que se establecen medidas preventivas en determinados municipios de la Comunidad de Madrid en ejecución de la Orden del Ministro de Sanidad, de 30 de septiembre de 2020, por la que se aprueban actuaciones coordinadas en salud pública, como se hará en la parte dispositiva de la presente resolución.”*

En este mismo sentido véase el reciente Auto 32/2020 del TSJPV de fecha 22 de octubre de 2020, al disponer que:

*“Hemos hecho referencia a la normativa estatal, que es la aquí entraría en juego por cuanto que es el Estado el que tiene competencias en materia de "bases generales y coordinación general de la sanidad" (art. 149.16o CE), contando las Comunidades Autónomas con la materia de "sanidad e higiene" (art. 148.1. 21o CE). Pero lo que es más importante **sólo por Ley del Estado pueden establecerse limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales** (art. 53.1 CE).*

Dicho esto, el precepto esencial a analizar es el art. 3 de la L.O. 3-1986, de 14 de abril de medidas especiales en materia de salud pública. Pues bien, se trata de una norma que, para empezar, habla del control de enfermedades

transmisibles, con posibilidad de adopción de medidas preventivas generales, medidas de control de enfermos y personas relacionadas con los mismos, así como las que se consideren "necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible".

Como puede verse, el art. 3 al que nos venimos refiriendo, tal como indica el auto de 10 de octubre de 2020 de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Aragón, alude a "personas concretas y determinadas, que presentan una clara relación con el agente causante de la intervención administrativa, esto es, la enfermedad. Se habla de enfermos y de personas que se han relacionado con ellos. La cláusula final, abierta, no salva el vacío existente cuando se impone la restricción de un derecho fundamental que se impone a cualquier persona no identificable."

De hecho, este artículo tiene relación directa con el art. 8.6 Ley 29/98, debiendo subrayarse que el art. 10.8 Ley 29/98 en la redacción dada por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, al que se ha hecho referencia en el fundamento jurídico 2o de este auto es únicamente una norma procesal, no sustantiva debiendo tener una base en una norma sustantiva las medidas que se adopten.

En definitiva, la referencia del art. 3 L.O. 3/86 de 14 de abril a las medidas que se consideren "necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible" han de entenderse referidas a aquellos a quienes se dirige el precepto que con los "enfermos" y las "personas que han estado en contacto con los mismos", respecto de los que cabrían medidas de "control" y los que resulten necesarios si el riesgo es transmisible y que estaban en relación con el art. 8.6 Ley 29/98, como antes se ha apuntado, en la redacción previa a la Ley 3/2020.

A quien no se dirige es a un colectivo de ciudadanos indeterminado y que no pueda afirmarse que sean enfermos o personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos.

*No puede perderse de vista que **en la interpretación de restricciones de derechos fundamentales se ha de ser estricto, no voluntarista**, sin desconocer que nos encontramos ante una grave crisis sanitaria que pudiera justificar la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales, en abstracto, pero habrían de ser adoptadas conforme a derecho, bien con una ley que las contemple y posibilite, bien mediante los mecanismos*

constitucionalmente previstos para dar base jurídica a dichas restricciones y con las garantías que los mismos proveen.

Por lo demás el resto de normas sanitarias que hemos citado tienen una redacción similar y, por tanto ha de llegarse a la misma conclusión que con la Ley Orgánica 3/1986.

Así, la Ley 14/1986 en su art. 26 hace referencia a "medidas preventivas que se estimen pertinentes en caso de riesgo inminente y extraordinario para la salud", pero posteriormente alude a incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de empresas o sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y otras, que no se especifican, pero que ha de entenderse que deben ser de análoga naturaleza pues en caso contrario, no tendrían cobertura legal ya que lo que no cabe es acordar cualquier medida innominada de cualquier clase y, mucho menos, si se trata de medidas limitativas de derechos fundamentales.

Finalmente, el art. 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, añade a lo dicho lo que dispone el apartado 2 f) relativo a "cualquier medida ajustada a la legalidad vigente" con lo que su base habría de buscarse en otras normas y, como hemos indicado, no dan cobertura a limitar derechos fundamentales.

*Cuanto se ha expuesto habrá de llevar a **denegar la autorización solicitada.**"*

Pues bien, a la vista de dicha reciente doctrina jurisprudencial debe ponerse de manifiesto que el artículo 55.1 CE por su parte no contempla la suspensión o limitación de derechos fundamentales a través de una mera Resolución de una Consejería o un Decreto Ley de un Gobierno Autónomo, lo que partiendo de una imprescindible interpretación pro libertate de la norma fundamental, obliga a sostener que no permite dicha restricción que ahora recurrimos, lo que constituye una clara vulneración de la Constitución Española. Lo que igualmente ponemos en conocimiento de esa Sala y del Ministerio Fiscal por si fuera considerada una actuación encardinada en algún tipo penal y susceptible de control jurisdiccional por parte de la Sala correspondiente del TSJ al que tenemos el honor de dirigirnos.

En este mismo contexto debe entenderse que los artículos 53.1 y 81.1 CE establecen una clara reserva de Ley Orgánica para regular el ejercicio de derechos fundamentales. Ni la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, ni la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, ni la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, amparan a la Consejería de Sanidad para dictar actos administrativos que supongan una regulación del ejercicio de derechos fundamentales como los mencionados, restringiendo la libertad de circulación y de reunión entre las 00.00 y 6.00 de cada día para todo el ámbito de la Comunidad Autónoma y para todos sus habitantes sin discriminar si están infectados o no por el virus mencionado. Y menos aún sin un tipo de respaldado científico-técnico para aplicar tan medida restrictiva de derechos fundamentales.

No existe ninguna norma habilitante que faculte a la Consejería de Sanidad para la regulación del ejercicio de derechos fundamentales, cuando hemos visto que únicamente puede llevarse a cabo a través de una Ley Orgánica, situación que de ninguna manera se ha producido en el presente caso, o bien a través del cauce establecido en el artículo 116 CE.

2.- A fecha de hoy ni siquiera existe la declaración de un Estado de Alarma o Excepción que ampare la adopción de la medida impuesta, y en cualquier caso no se podría regular a través de una mera Resolución o Decreto Ley la regulación de un derecho fundamental como el de Libertad de Reunión reconocido en el artículo 21 CE y el de Libre Circulación del artículo 19 CE.

El derecho de reunión y manifestación es una vertiente social de la libertad. La vía de hecho recurrida pretende impedir a mi mandante poder celebrar reuniones con amigos y familiares en el número que estime conveniente y empleando las medidas de protección como mascarillas y distanciamiento social que permitan evitar la propagación del virus SARS-COV2 en la Comunidad Valenciana.

En esta ocasión la regulación del derecho de reunión no se pretende modular por una Ley Orgánica, sino simplemente delimitado por una Resolución administrativa, lo que no cabe en nuestro sistema constitucional según hemos acreditado.

Asimismo la regulación de derechos fundamentales es una materia exclusiva reservada al Gobierno de España, según se desprende del artículo 149.1.1 CE. Por tanto la Comunidad Autónoma carece de competencia para regular el ejercicio de derechos fundamentales.

A mayor abundamiento conviene señalar que en fecha 22 de octubre de 2020 se ha celebrado una reunión del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud y ni siquiera se ha acordado una medida restrictiva limitándose a meras recomendaciones. En dicha reunión se acordó un documento denominado “*Actuaciones de respuesta coordinada para el control de la transmisión de COVID-19*”. Pues bien, si nos fijamos en dicho documento de configuran una serie de Niveles de Alerta y unas medidas de respuesta a aplicar en cada uno de ellos. En dicho documento se establecen recomendaciones y en ningún caso prohibiciones y NO se establece ningún horario restrictivo del ejercicio de derechos fundamentales en horario nocturno como lo hace la resolución recurrida. La Comunidad Valenciana de encuentra a día de hoy en el Nivel de Alerta 2.

Por tanto ni si quiera la resolución ahora impugnada respeta lo acordado en el CISNS, pues de manera arbitraria y torticeramente establece una prohibición del libre ejercicio de los derechos fundamentales de mi mandante y de millones de personas sin tener en cuenta las recomendaciones del CISNS. Adjunto se acompaña como **Documento número 3** el citado acuerdo del CISNS.

En su virtud,

SUPLICO A LA SALA, que teniendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo, me tenga por comparecido y parte en la representación que ostento de D., y por interpuesto en tiempo y forma Recurso Contencioso-Administrativo contra la resolución que se acompaña al presente escrito como Documento número 2.

OTROSI DIGO: Que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 135 LJCA procede adoptar la MEDIDA CAUTELARÍSIMA consistente en suspender la eficacia de la resolución recurrida

que introduce las medidas restrictivas de derechos fundamentales mencionada, todo ello en base a los siguientes fundamentos:

PRIMERO.- CIRCUNSTANCIAS DE ESPECIAL URGENCIA QUE ACONSEJAN LA ADOPCIÓN DE LA MEDIDA CAUTELARÍSIMA AL AMPARO DEL ARTÍCULO 135 LJCA

En efecto, en el presente caso concurren todos y cada uno de los presupuestos que exige la LJ para adoptar la medida cautelarísima de suspensión de la resolución publicada que limita los derechos aludidos entre las 00.00 horas y 6.00 horas de cada día.

El perjuicio a la persona de mi representado y millones de personas cada día que pasaría sería irreparable ya que supondría una privación total de su libertad, un castigo propio del Código Penal, suponiendo un daño irreversible, pues ya nunca podrían repararse los días que no pudiera disfrutar de su vida y libertad personal ante una actuación claramente impuesta con abuso de Derecho y Fraude de Ley. Un arresto domiciliario nocturno que no encuentra acomodación legal en nuestro sistema constitucional fuera del cauce establecido en el Estado de Excepción del artículo 116 CE, que establece dicha posibilidad en casos muy limitados y siempre sujeto a supervisión parlamentaria. Ni mucho menos existe un acomodamiento legal a una medida como la introducida por la resolución recurrida que limita en un largo periodo de tiempo una prohibición genérica sin tener en cuenta la incidencia de expansión del virus en cada zona de la Comunidad. Es inadmisibles que toda una Comunidad Autónoma tenga que sufrir estas restricciones cuando hay municipios de la misma donde no existe el virus ni existe un riesgo inmediato de propagación. Sencillamente la medida acordada constituye un auténtico abuso de poder por parte de la administración ahora demandada.

Mi representado es consciente de la gravedad del virus SARS-COV2, pero las medidas sanitarias que sean necesarias deben estar justificadas y amparadas en base a criterios científicos, y no estableciendo una limitación del derecho de reunión y libre circulación con carácter general a toda una Comunidad donde existen municipios con tasas de contagios prácticamente nulas o mínimas.

La suspensión generalizada, universal, y permanente de los derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución no encuentra cobertura jurídico-constitucional en la Leyes que vienen aplicando la Comunidad para utilizar el mecanismo del artículo 10.8 LJCA, que únicamente consiente la modulación razonada, proporcional, y limitada tanto en el tiempo como en el espacio de alguno de ellos, y únicamente en tanto la misma sea consecuencia ineludible de la necesidad de asegurar la eficacia de las medidas que permite adoptar a la autoridad

competente. Sin embargo la resolución publicada formaliza una auténtica suspensión de derechos, de alcance cuasi universal, apenas matizadas por la contemplación de algunas excepciones a su aplicabilidad. Lo que cabalmente sitúa al mismo fuera del marco constitucional y de la habilitación legislativa, lesionando gravemente los derechos fundamentales de mi mandante y de millones de personas en toda la Comunidad Autónoma.

A lo largo de este escrito acreditaremos la concurrencia de los requisitos establecidos en los artículos 129 y siguientes de la LJ, que han de llevar a la adopción por la Sala, de la medida cautelar solicitada, sobre la base de los siguientes:

MOTIVOS

PRIMERO.- Procedencia de la adopción de la medida cautelar que se solicita.

Como es sabido, la LJ establece como requisitos para la adopción de medidas cautelares los siguientes: que la ejecución del acto impugnado pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso (*periculum in mora*) y que la tutela cautelar se adopte previa ponderación de los intereses en juego.

Veamos como en el presente caso se cumplen todos y cada uno de los requisitos exigidos por la LJ para la adopción de la medida cautelar solicitada.

1. *Periculum in mora*.

En relación al PERICULUM IN MORA, en el supuesto que da origen al presente recurso contencioso-administrativo existe la necesidad por parte de mi representado de que se adopte por la Sala una tutela cautelar de forma perentoria e inmediata, dado que, de lo contrario, la tutela judicial que se alcanzara en un futuro, a través de la Sentencia que ponga fin a este procedimiento sería ineficaz en relación al mismo, puesto que la suspensión general de los derechos y libertades fundamentales de mi representado sería irreversible, el tiempo perdido en su vida confinado no podría recuperarse jamás.

La tutela cautelar inmediata requiere la suspensión de la vigencia de la resolución recurrida, al ordenar la restricción de derechos fundamentales conforme a las medidas introducidas y la aplicación del artículo 10.8 LJCA que requiere la autorización del TSJ. Lo que ponemos en su conocimiento con el objeto de que dicha autorización o ratificación de medidas no se produzca como pretende la Administración demandada.

La apreciación del *periculum in mora* para la adopción de la medida cautelar ha sido reconocida por la jurisprudencia en aquellos casos como el nuestro en que resulta apreciables de forma notoria y ostensible la apariencia de buen derecho que pone de relieve la nulidad de pleno derecho de la actuación recurrida toda vez que desborda las previsiones constitucionales en cuanto a la limitación del ejercicio de los derechos fundamentales.

Como ha señalado el Tribunal Supremo desde antiguo, entre otros en sus Autos de 15 de junio de 1991 [RJ 1991, 4685] y 24 de febrero de 1993 [RJ 1993, 1084], entre otros, en relación con la regulación contenida en el art. 122 de la Ley Jurisdiccional de 1956, la medida cautelar es esencialmente casuística y ese carácter casuístico se mantiene en la actual regulación de medidas cautelares que se contempla en los arts. 129 y siguientes de la vigente Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa 29/1998 (RCL 1998, 1741), como resulta de que hayan de ponderarse de forma circunstanciada «todos los intereses en conflicto» como señala el art. 130 de esta última Ley. De esta manera si bien la medida cautelar puede acordarse cuando la ejecución del acto pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso (art. 130.1), también puede denegarse cuando de esa medida «pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales (art. 130.2)».

En el presente caso, la adopción de la medida cautelar, reconociendo el derecho de mi representado a reunirse adoptando las medidas de distanciamiento social y protección, entendemos no puede generar una perturbación grave de los intereses generales ya que entra dentro de las previsiones constitucionales del artículo 21 CE y del artículo 19 CE al no estar contagiado según prueba PCR realizada recientemente y que se pone a disposición de la Sala en cualquier momento.

En conclusión, consideramos procedente la adopción de la medida cautelar solicitada.

2. *Fumus boni iuris*.

El segundo requisito para que pueda adoptarse una medida cautelar es la apariencia de buen derecho, es decir, que la pretensión deducida en el proceso principal aparezca debidamente fundada.

Respecto al presente requisito tenemos que decir que si bien es cierto que la LJ no recoge expresamente la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) como presupuesto básico de la tutela cautelar, tanto la doctrina como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (por todas, STC 148/1993, de 29 de abril) se muestran unánimes al entender que la apariencia de buen derecho es un presupuesto para la adopción de la medida cautelar.

Así lo ha entendido también el Tribunal Supremo, que en su reciente sentencia de 27 de marzo de 2002 (Ar. 3342) ha venido a clarificar los presupuestos que deben concurrir para el otorgamiento de medidas cautelares tras la entrada en vigor de la LJ:

“En segundo lugar, debemos aludir a esa diferencia entre la regulación precedente y la hoy vigente sobre medidas cautelares. Y al decir precedente no podemos ir más atrás del auto de 20 de diciembre de 1990 y la que, tras no pocas vacilaciones, acabó consolidándose. Y al hablar de la hoy vigente hay que tener presente, no sólo los artículos 129-136, LJCA/1998, con una transitoria 9a, sino también los artículos 721 a 747 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 1/2000 de 7 de enero (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), supletoriamente aplicable en nuestra jurisdicción en virtud de lo establecido en la disposición final 2a, de la LJCA/1998.

En tercer lugar, hay que recordar que la doctrina constitucional sobre presupuestos que deben concurrir para que proceda otorgar la medida cautelar adecuada [esto es, la que, según las circunstancias del caso resulte más conveniente] está perfectamente sintetizada en la STC de 29 de abril de 1993 (RTC 1993, 148) donde, entre otras cosas, puede leerse lo siguiente: «Aunque el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal, sí ha de verificar la concurrencia de un peligro de daño jurídico para el derecho cuya protección se impetra derivado de la pendencia del recurso, del retraso en la emisión del fallo definitivo ("periculum in mora") y la apariencia de que el demandante ostenta el derecho invocado con la consiguiente probable o verosímil ilegalidad de la actuación administrativa ("fumus boni iuris") y, de otro lado, valorar el perjuicio que para el interés general [...] acarrearía la adopción de la medida cautelar solicitada».

Por último, debemos decir que la transitoria 8a de la nueva LJCA únicamente dice que podrán acordarse, en los procedimientos pendientes a la entrada en vigor de la Ley, las medidas cautelares previstas en esos artículos 129-136. Es necesario advertir esto porque el recurrente parece entender que ahora hay una nueva regulación de la materia. Lo que ha hecho la nueva LJCA es incorporar la doctrina jurisprudencial surgida a partir de 20 de diciembre de 1990, donde ya dijo este Tribunal Supremo que el principio de la justicia cautelar -que sintetizó luego la sentencia del Tribunal Constitucional que hemos transcrito- estaba ya latente -esto es: se hallaba ya oculta- en el ordenamiento anterior, de modo y manera que ese acto de 20 de diciembre de 1990 lo que hizo fue hacer patente dicho principio o regla”.

La presente solicitud de medidas cautelares viene avalada por una clara y evidente apariencia de buen derecho que se desprende del cuerpo del escrito de interposición donde se justifica la

nulidad de la actuación recurrida en lo que atañe al derecho de reunión en el ámbito privado y libre circulación durante las 24 horas del día, ya que se persigue una suspensión generalizada de dichos derechos fundamentales entre las 00.00 y 6.00 de cada día sin quedar amparado por la CE ni las Leyes existente en el Ordenamiento Jurídico español.

Tampoco existe una justificación científico-técnica que venga a amparar la medida acordada en tanto que hay municipios en la Comunidad donde no existe una incidencia de transmisión del virus citado que obligue a adoptar una medida tan restrictiva de derechos fundamentales para toda la población de esa Comunidad. Es una medida desproporcionada y arbitraria que constituye un auténtico abuso de Derecho y de Poder, totalmente contrario a los principios constitucionales de las actuaciones de los poderes públicos a que se refiere el propio artículo 9 de la CE, entre otros.

3. Ponderación de los intereses en juego.

Respecto de la ponderación de todos los intereses en juego es evidente, tal y como se ha expuesto a propósito del periculum in mora, que existe una necesidad por parte de mi representado de que se adopte por ese Sala una tutela cautelar inmediata, dado que, de lo contrario, la tutela judicial que se alcanzara en un futuro, a través de la Sentencia que ponga fin a este procedimiento sería ineficaz en relación al mismo.

Es decir, esta parte pretende, mediante la tutela cautelar inmediata que se solicita de la Sala, es impedir que el recurso pierda su finalidad legítima a fin de que se suspenda la vigencia del apartado 2 de la Resolución impugnada, o subsidiariamente se otorgue la medida positiva solicitada.

De no adoptarse la tutela cautelar de forma inmediata, jamás podría recuperarse el ejercicio del derecho fundamental aludido, siendo un perjuicio irreparable ya que el tiempo perdido es irreparable.

Frente a estos perjuicios tan graves e injustos que se causan a esta parte, el perjuicio que provocaría al interés público o de terceros, por la suspensión de la vigencia no es preponderante al reconocimiento de los Derechos Fundamentales de los ciudadanos, o en particular, de mi representado, que ha visto burlado el Estado de derecho mediante el uso indebido de la limitación del ejercicio del derecho fundamental reconocido en el artículo 21 CE y el artículo 19 CE.

A efectos de llevar a cabo la ponderación entre ambos intereses (públicos y el de esta parte), el Tribunal Supremo tiene reiteradamente declarado que *“Interés público, por una parte, y perjuicios, por otra, son pues los dos conceptos que, armonizados, determinarán la procedencia o improcedencia de la suspensión. (...) Y así, si cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión, por el contrario cuando aquella exigencia sea de gran intensidad sólo perjuicios de muy elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución, en su caso”* (Auto de 25 de septiembre de 1992 –RJ 1992\6984-).

Por tanto, dado que como hemos visto el perjuicio que la suspensión de la ejecución causaría a los intereses públicos o a terceros es, en este caso, inexistente, bastaría que por la Sala se apreciara el hecho de que con la ejecutividad de la misma se causaran perjuicios tenues a esta parte. Con mayor motivo deberá otorgarse la medida cautelar cuando, como ocurre en este caso, los perjuicios para mi representado son absolutamente irreparables, está en juego los derechos y libertades fundamentales de nuestra Constitución.

SEGUNDO.- Procedencia de la adopción de medidas cautelares fijando las oportunas medidas y sin necesidad de prestar caución o fianza.

La LJ establece el presupuesto de la fianza en su artículo 133, como garantía que ha de prestar el demandante para hacer frente a posibles daños derivados de la adopción de la medida cautelar, en el supuesto de resultar no justificada, tras el proceso. Así: “cuando de la medida cautelar pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, podrán acordarse las medidas que sean adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios. Igualmente podrá exigirse la presentación de caución o garantía suficiente para responder de aquéllos”.

A este respecto, el Tribunal Supremo ha venido entendiendo que la constitución de caución suficiente no es imponible en todo caso, sino únicamente cuando sean posibles, probables o seguros los daños o perjuicios a los intereses públicos o de terceros derivados de la suspensión (Auto del TS de 11 de noviembre de 1993).

Los motivos expuestos por la jurisprudencia para exigir que sea la Administración la que pruebe la existencia de la posibilidad de daño para los intereses generales se basan, fundamentalmente, en lo siguiente (STS de 25 de noviembre de 1996, entre otras):

En primer lugar, buena parte de los motivos que hacen recaer en la Administración la carga de la prueba de que la suspensión de la ejecución del acto administrativo puede producir daños a los intereses públicos, lo constituye la interpretación jurisprudencial del artículo 123.2 de la antigua

LJ en el sentido de que éste exige que cuando la Administración se oponga a la suspensión solicitada por el recurrente, basándose en que ésta puede producir una grave perturbación a los intereses públicos, deberá concretarlos; es decir, no basta la mera alegación del riesgo anteriormente indicado, pues la Ley exige expresamente que se acredite, lo que en términos procesales significa que atribuye a la Administración la carga de la prueba sobre la necesidad de probar la posible existencia de grave perturbación, y en el mismo sentido, se exige probar no cualquier posible perturbación a los intereses públicos, sino que dicha perturbación sea grave, esto es, de trascendencia o importancia para los intereses públicos. Esta idea del artículo 123.2 de la antigua LJ se recoge igualmente en la nueva Ley en el artículo 130.2, si bien en lugar de hablar de perturbación a los intereses públicos, se utiliza la expresión “perturbación grave de los intereses generales o de terceros”.

En segundo lugar, corroborando lo anterior, el artículo 133.1 LJ dispone textualmente que *“cuando de la medida cautelar pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, podrán acordarse las medidas que sean adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios. Igualmente podrá exigirse la presentación de caución o garantía suficiente para responder de aquéllos”*.

De lo anterior se desprende que la Ley atribuye a la Administración demandada, nada menos que la carga de la prueba de que la suspensión puede producir algún daño o perjuicio a los intereses generales o de terceros. Si no se prueban esos daños o perjuicios, carece de fundamento la exigencia de caución suficiente, por cuanto la exigencia de caución o garantía, en el ámbito jurisdiccional, está íntimamente unida a la posibilidad de que la suspensión pueda producir algún daño a los intereses públicos. Por lo tanto, de los preceptos anteriormente mencionados no se desprende la existencia de ninguna presunción legal que pueda favorecer procesalmente a la Administración, en el sentido de que necesariamente la suspensión deba producir un daño al interés general, sino todo lo contrario, lo que significa que, ante la Jurisdicción contencioso-administrativa, solamente debe exigirse caución suficiente cuando se acredite que la suspensión puede producir algún daño o perjuicio a los intereses públicos, generales o de terceros.

Argumentada por esta parte a lo largo de este escrito la ausencia de perjuicios para el interés público y para terceros, así como la concurrencia de las circunstancias sobre las que descansa la posibilidad de conceder la medida cautelar solicitada, ese Sala debería concluir en la no necesidad de prestar caución para que la medida de suspensión se pueda acordar.

Y subsidiariamente, la Sala dispone que posibilidad de acordar las medidas adecuadas para evitar los perjuicios, que no podría ser otro que el peligro de contagio que podría ocasionar mi representado, obligándole a llevar los medios de protección adecuados y a distanciarse de las

personas cuando deambule por la calle. No obstante, nos sometemos a lo que oportunamente decida la Sala al respecto de dichas medidas.

Por todo lo expuesto,

SUPLICO A LA SALA que, teniendo por presentado este escrito con sus documentos anejos, se sirva admitirlos, acoger los argumentos que en él se desarrollan y, de conformidad con el artículo 135 LJCA tenga a bien otorgar medida CAUTELARÍSIMA CONSISTENTE EN LA SUSPENSIÓN de la Resolución de que establece una prohibición del libre ejercicio del derecho de reunión y libre circulación entre las 00.00 horas y 6.00 horas de cada día. Subsidiariamente caso de no entender procedente el otorgamiento de la medida cautelarísima se otorgue por la vía ordinaria establecida en los artículos 129 y siguientes de la LJCA.

PRIMER OTROSÍ DIGO: Que, para el caso de oposición de la presente solicitud de medidas cautelares por la Administración demandada, interesa al derecho de esta parte el recibimiento del incidente cautelar a prueba, que versará sobre los hechos expuesto. En concreto y por la precisión que respecto de los puntos de hecho sobre los que habrá de versar dicha prueba establece el artículo 60.1 de la LJ, la prueba versará sobre los siguientes PUNTOS DE HECHO:

- A) Acreditación de que el recurrente no está infectado por el virus SARS-CoV2.
- B) Cualesquiera otros hechos que resulten controvertidos a la vista de la oposición de la Administración demandada.

Y en cuanto a los MEDIOS DE PRUEBA al amparo del artículo 60.1 de la LJCA y de los artículos 299 a 386 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, aplicable al orden jurisdiccional contencioso-administrativo conforme a su artículo 4 y Disposición Final 1a, solicito las práctica de los siguientes medios de prueba :

- A) Interrogatorio de parte: se cite a declarar al Presidente de la Comunidad Autónoma de y al Consejero de Sanidad por ser los promotores de la resolución recurrida.

Por todo lo cual,

SUPLICO A LA SALA, tenga por hecha la anterior manifestación a los efectos legales oportunos, acordando en su día el recibimiento del pleito a prueba con los medios de prueba propuestos para su práctica.

Es justicia que pido, en a de octubre de 2020.

Abogado

Procurador de los Tribunales