



Roj: **STSJ BAL 462/2024 - ECLI:ES:TSJBAL:2024:462**

Id Cendoj: **07040330012024100226**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **1**

Fecha: **02/05/2024**

Nº de Recurso: **585/2020**

Nº de Resolución: **238/2024**

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA CARMEN FRIGOLA CASTILLON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ILLES BALEARS SALA CON/AD

PALMA DE MALLORCA SENTENCIA: 00238/2024

Modelo: N11600 SENTENCIA ART 67 Y SS LRJCA PGV

PLAÇA DES MERCAT, 12 **Correo electrónico:** tsj.contencioso.palmademallorca@justicia.es

N.I.G: 07040 45 3 2020 0000876 **Procedimiento:** PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000585 /2020 PA PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000216 /2020 **Sobre:** ACCION ADMINISTRATIVA Y ACTO ADMINISTR.

De ABONE (ASOCIACION BALEAR DE OCIO NOCTURNO Y ENTRETENIMIENTO, ACOTUR (ASSOCIACIO DE COMERCIANTS I EMPRESSES DE SERVEIS TURISTICIS DE MALLORCA)

ABOGADO MATIAS BARON JUAN **PROCURADOR** MATILDE TERESA SEGURA SEGUI

Contra COMUNIDAD AUTONOMA DE LAS ISLAS BALEARES, AYUNTAMIENTO DE CALVIÁ

ABOGADO LETRADO DE LA COMUNIDAD, FERNANDO POZUELO MAYORDOMO

SENTENCIA

En Palma de Mallorca a 2 de Mayo de 2024.

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE

D. Pablo Delfont Maza

MAGISTRADOS

D. Fernando Socías Fuster

D^a : Carmen Frigola Castellón

VISTOS por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de les Illes Balears el presente procedimiento nº 585/2020 seguido a instancia de la ASSOCIACIO DE COMERCIANTS I EMPRESSES DE SERVEIS TURISTICIS DE MALLORCA (ACOTUR) representada por la Procuradora Sra. Dña. Matilde Segura Seguí y defendida por el Letrado Sr. D. Matías Barón de Juan contra la COMUNITAT AUTONOMA DE LES ILLES BALEARS representada y defendida por la Abogada de la Comunidad Autónoma Sra. Dña. Nuria García Canals. Es parte codemandada el AJUNTAMENT DE CALVIÁ representado y defendido por el Letrado Sr. D. Fernando Pozuelo Mayordomo.

Se impugnan en autos:

1) la Resolución de la Consellera de Salut i Consum de 15 de julio de 2020 (Boib nº 125 de 15 de julio) que modifica las medidas concretas del Plan de medidas excepcionales de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria.



2) Y la Resolución de esa misma Consellera de 16 de julio de 2020 (Boib nº 127 de 16 de julio) que modifica medidas concretas del Plan de medidas excepcionales de prevención contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la Covid 19 una vez superada la fase 3 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad aprobado por Acuerdo del Consell de Govern de 19 de junio de 2020.

La cuantía del procedimiento se fijó en Indeterminada

Ha sido Magistrada Ponente la Ilma. Sra. Carmen Frigola Castellón, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO: La Asociación recurrente interpuso su recurso contencioso el 20 de julio de 2020 ante los Juzgados de lo Contencioso siendo turnado al Juzgado nº 1 el cual por auto de 16 de septiembre de 2020 declaró su incompetencia y remitió las actuaciones a la Sala que por Auto de 4 de noviembre de 2020 aceptó la inhibición y se registró el asunto al número 585/2020. Por Decreto de 10 de noviembre de 2020 se admitió a trámite y se ordenó la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO: Recibido el expediente la Procuradora Sra. Segura Seguí formalizó la demanda el 12 de febrero de 2021 y solicitó la estimación del recurso contencioso. Solicitó el recibimiento del pleito a prueba.

TERCERO: La defensa de la CAIB presentó su escrito de contestación y oposición a la demanda el 17 de septiembre de 2021 y solicitó sentencia por la que se desestimara la demanda y se declare ajustadas a derecho las resoluciones impugnadas. No solicitó práctica de prueba.

La defensa del Ayuntamiento de Calviá presentó su escrito de contestación el 20 de mayo de 2022 con idéntico pedimento en el suplico de su contestación. Tampoco interesó práctica de prueba.

CUARTO: El 23 de mayo de 2022 se dictó Decreto fijando la cuantía en indeterminada.

Y por auto de la misma fecha se abrió a prueba teniéndose por reproducida la misma y se acordó el pase a conclusiones.

QUINTO: La parte actora presentó su escrito de conclusiones el 8 de junio de 2022 y lo mismo hicieron las demandadas el 12 de julio de 2022, quedando los autos conclusos y pendientes para votación y fallo. Se señaló para la votación el día 29 de febrero de 2024.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO: Se impugnan en autos dos resoluciones de la Consellera de Salut i Consum de fechas 15 y 16 de julio de 2020 dictadas para la modificación de medidas concretas del Plan de medidas excepcionales de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria causada por la COVID 19 una vez superada la fase 3 del Plan para la Transición hacia una Nueva Normalidad, aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de las Illes Balears de 19 de junio de 2020.

Las medidas adoptadas en la resolución de 15 de julio de 2020 (BOIB nº 125 de 15/7) fueron las siguientes:

1.- Añadir dos párrafos finales al punto 1.1 del apartado XII del anexo 1 del Acuerdo del Consejo de Gobierno de las Illes Balears de 19 de junio de 2020, por el que se aprueba el Plan de Medidas Excepcionales de Prevención, Contención y Coordinación para Hacer Frente a la Crisis Sanitaria Ocasionada por la COVID-19, una vez superada la fase 3 del Plan para la Transición hacia una Nueva Normalidad, con la siguiente redacción:

- Se prohíbe dispensar o servir bebidas, con contenido alcohólico de cualquier tipo o sin alcohol, por medio de vasos, jarras, copas o cualquier otro tipo de recipiente apto para permitir una ingesta directa desde el recipiente por parte de uno o varios consumidores simultáneamente cuando dichos recipientes tengan una cabida superior a los 600 centímetros cúbicos. Únicamente se permite el servicio en mesa de botellas de bebidas con una cabida superior a la mencionada, con el objeto de ser dispensadas por parte del personal del establecimiento o los propios comensales en sus copas o vasos individuales.

- Se prohíbe, asimismo, el uso y dispensación de pajitas para absorber líquidos con las bebidas que se sirvan si estos utensilios tienen una longitud total máxima superior a los 30 centímetros.

2. Modificar el texto del apartado a) del párrafo décimo del punto 1.1 del apartado XII del anexo 1 del Acuerdo del Consejo de Gobierno de las Illes Balears de 19 de junio de 2020, por el que se aprueba el Plan de Medidas Excepcionales de Prevención, Contención y Coordinación para Hacer Frente a la Crisis Sanitaria Ocasionada por la COVID-19, una vez superada la fase 3 del Plan para la Transición hacia una Nueva Normalidad, que pasará a tener la siguiente redacción:



a) En las zonas a las que hace referencia el Decreto Ley 1/2020, de 17 de enero, contra el turismo de excesos para la mejora de la calidad en zonas turísticas, se prohíbe la apertura de todo tipo de locales referidos en el párrafo anterior. No obstante, sí se permite la apertura de cualquiera de estos establecimientos o locales para utilizar exclusivamente las terrazas exteriores, siempre y cuando ya estuvieran previamente autorizadas. La capacidad máxima es la permitida en las terrazas, sin que en ningún caso pueda superarse el número de cien personas sentadas, y siempre y cuando la disposición de las mesas permita mantener la distancia de seguridad interpersonal de un metro y medio. Los clientes tendrán que estar sentados en mesas con sillas o butacas sin que puedan usarse mesas altas dotadas o en combinación con taburetes o sillas de barra.

3. Añadir un punto 1.3 al apartado XII del anexo 1 del Acuerdo del Consejo de Gobierno de las Illes Balears de 19 de junio de 2020, por el que se aprueba el Plan de Medidas Excepcionales de Prevención, Contención y Coordinación para Hacer Frente a la Crisis Sanitaria Ocasionada por la COVID-19, una vez superada la fase 3 del Plan para la Transición hacia una Nueva Normalidad, con la siguiente redacción:

1.3 Limitaciones a la actividad empresarial

Se prohíbe temporalmente la actividad empresarial y se dispone el cierre provisional de todos los establecimientos de comercio, ocio y restauración situados en los siguientes lugares incluidos en el ámbito territorial de aplicación del Decreto Ley 1/2020, de 17 de enero, contra el turismo de excesos para la mejora de la calidad en zonas turísticas:

- Establecimientos de la calle Miquel Pellisa (Bierstrasse) de la Platja de Palma, término municipal de Palma.
- Establecimientos de la calle Pare Bartomeu Salvà de la Platja de Palma, término municipal de Palma.
- Establecimientos de la calle Punta Ballena de Magaluf, término municipal de Calvià.

Las limitaciones establecidas en el apartado a) del párrafo décimo del punto 1.1 del apartado XII de este Acuerdo volverán a ser de aplicación a estos establecimientos una vez se autorice la reanudación de su actividad empresarial.

La duración concreta de esta prohibición será hasta el día 15 de septiembre de 2020, sin perjuicio de la posibilidad de disponer su prórroga si persisten las circunstancias que la motivan o alzarla si desaparecen.

Y en la Resolución de 16 de Julio de 2020 se acordaron las siguientes medidas:

1. Modificar el punto 1.3 al apartado XII del anexo 1 del Acuerdo del Consejo de Gobierno de las Illes Balears de 19 de junio de 2020, por el que se aprueba el Plan de Medidas Excepcionales de Prevención, Contención y Coordinación para Hacer Frente a la Crisis Sanitaria Ocasionada por la COVID-19, una vez superada la fase 3 del Plan para la Transición hacia una Nueva Normalidad, con la siguiente redacción:

1.3 Limitaciones a la actividad empresarial

Se prohíbe temporalmente la actividad empresarial y se dispone el cierre provisional de todos los establecimientos comerciales donde se lleven a cabo venta de bebidas alcohólicas, establecimientos de ocio y restauración cuyo acceso principal se encuentre situado en los siguientes lugares incluidos en el ámbito territorial de aplicación del Decreto Ley 1/2020, de 17 de enero, contra el turismo de excesos para la mejora de la calidad en zonas turísticas:

- Establecimientos de la calle Miquel Pellisa (Bierstrasse) de la Platja de Palma, término municipal de Palma.
- Establecimientos de la calle Pare Bartomeu Salvà de la Platja de Palma, término municipal de Palma.
- Establecimientos de la calle Punta Ballena de Magaluf, término municipal de Calvià.
- Establecimientos de la calle del General García Ruiz de Magaluf, término municipal de Calvià.
- Establecimientos de la calle de Federico García Lorca de Magaluf, término municipal de Calvià

Las limitaciones establecidas en el apartado a) del párrafo décimo del punto 1.1 del apartado XII de este Acuerdo volverán a ser de aplicación a estos establecimientos una vez se autorice la reanudación de su actividad empresarial.

La duración concreta de esta prohibición será hasta el día 15 de septiembre de 2020, sin perjuicio de la posibilidad de disponer su prórroga si persisten las circunstancias que la motivan o alzarla si desaparecen.

La parte actora alega como motivos de impugnación:

a) Nulidad porque con las citadas resoluciones no hay en realidad una intención de atajar una emergencia sanitaria sino una intención política vinculada con la supresión de un determinado sector de la actividad turística. Y ello lo califica de desviación de poder. La parte explica la política que el Govern quería llevar a cabo



en determinadas zonas y así se acordó en el Decreto Ley 1/2020 contra el turismo de excesos para la mejora de la calidad en zonas turísticas publicado en el BOIB nº 10 de 23 de enero, es decir mucho antes de que se declarara la epidemia de COVID, normativa que fue convalidada por el Parlament de les Illes Balears en sesión plenaria de 4 de febrero de 2020. A la hora de implantar la nueva normalidad, cuando ya la epidemia del Covid estaba controlada, se aprobó el Decreto 5/2020 de 18 de Junio dando por superada la fase 3 y se aprobaron mediante Acuerdo del Consell de Govern de 19 de junio de 2020 el Plan de Medidas Excepcionales. En esa normativa se clausura completamente toda actividad de ocio y restauración en zonas incluidas en el Decreto Ley 1/2020 situadas en Palma y Calviá. Y esa clausura no obedece a una emergencia sanitaria, sino que es un paso más en la aplicación del Decreto 1/2020 contra el turismo de excesos. En definitiva, la coincidencia de fines entre el Decreto 1/2020 y la Resolución de 15 de julio de 2020 es clara. Si la Resolución de 15/7/2020 que aquí se impugna cerró todos los locales comerciales de ocio y restauración en tres determinadas calles de Palma y Calviá, la Resolución de 16/7/2020, rectificando en parte lo acordado el día anterior, cerró todos los locales de ocio y restauración y además, los comerciales donde se vendían bebidas alcohólicas, ampliando el ámbito de dicha norma de tres calles, a cinco calles de Palma y Calviá.

Explica también que no existe en todo el expediente administrativo dato clínico o epidemiológico alguno que avale la existencia de una emergencia sanitaria específica de estas zonas con sus actividades que se clausuran por completo. Tampoco que hayan tenido un impacto relevante en la situación epidemiológica de nuestro territorio que justifiquen abandonar el régimen sancionador vigente y optar por la clausura indiscriminada de todos los establecimientos, ya sean cumplidores de la normativa, o no. Y no habiendo ninguna emergencia sanitaria específica, no se justifica una mayor restricción de derechos en estas zonas concretas que no presentan datos epidemiológicos peores que otras zonas de concentración turística, comercial o de ocio. Por lo tanto las razones que se ocultan detrás de esa decisión no son razones sanitarias, sino de tipo turístico y de imagen ante los mercados emisores. Por ello la normativa turística no puede tener ni gozar de un régimen excepcional del que sí dispone la normativa sanitaria para restringir derechos o limitar libertades individuales.

b) Desviación de poder en la medida que la medida adoptada tiene una naturaleza sancionadora. La parte entiende que en las zonas donde es de aplicación el Decreto Ley 1/2020 debe aplicarse en caso de incumplimiento el régimen sancionador allí previsto. Y sucede que con las resoluciones impugnadas se establece la clausura temporal prorrogable de las actividades de ocio, restauración y de venta de bebidas alcohólicas en las cinco calles referidas. Y considera que esa medida tiene naturaleza sancionadora.

c) Subsidiariamente argumenta la desproporción de las medidas adoptadas por las resolución combatida.

A la demanda se oponen la CAIB y el Ayuntamiento de Calviá. La CAIB defiende que las medidas adoptadas están motivadas y son proporcionales. Están encaminadas a la prevención del Covid entre las personas de les Illes Balears. Y defiende que no hay ninguna desviación de poder en la decisión administrativa limitativa adoptada. Recuerda en orden a la proporcionalidad que las medidas adoptadas son temporales, que están apoyadas en normas de rango de ley como son entre otras el artículo 43.2 de la CE, los artículos 2 y 3 de la LO 3/1986 de 14 de abril de medidas especiales en materia de salud pública. También recuerda la preponderancia que tiene el derecho a la vida y la salud frente al ejercicio de actividades de carácter turístico o comercial, ocio y restauración, que siendo muy legítimas no han de prevalecer sobre las finalidades de protección colectiva y/o individual de la vida y la salud. Y aporta con la contestación, un informe elaborado por la Consellería de Salut fechado a 5 de julio de 2021 que concluye " *Les mesures preses a determinats carrers de les zones de turisme d'excessos de Magaluf (Calviá) i l'Arenal (Palma i Lluçmajor) responien a una necessitat urgent d'evitar situacions de màxim risc per a la transmissió del SARS-CoV-2 i estaven completament justificades des del punt de vista sanitari i epidemiològic*"

Por su parte el Ayuntamiento de Calviá alude a la motivación del porqué de la medida adoptada recogida en la parte expositiva de la resolución de referencia que transcribe íntegramente. Y reitera el argumento de que las medidas están motivadas y son proporcionadas.

SEGUNDO: Comenzaremos señalando que esta Sala dictó la sentencia nº 801/2023 de 18 de octubre (ECLI:ES:TSJBAL:2023:1369 PO 409/2021) que anuló las resoluciones de 15 y 16 de julio de 2020 que aquí se impugnan por falta de motivación. Esa sentencia no es firme al haber interpuesto la Administración autonómica recurso de casación en su contra, pendiente de que el TS decida sobre su admisión a trámite.

En esa sentencia decíamos:

"A continuación, expondremos el análisis de la justificación y decisiones contenidas en cada una de las resoluciones impugnadas (unido a la dictada el 29/09/2020):

1) Resolución de 15 de julio de 2020 .



- En el expediente obra el Acta de la sesión del Comité Autonómico de la Gestión de Enfermedades Infecciosas, celebrada el mismo día 15/07/2020, en la cual consta que "Tots els membres del Comitè participants a la sessió manifesten la seva conformitat amb el contingut de la Resolució sotmesa a informe", sin existir más documentación al respecto.

- La parte expositiva de los "Hechos" que antecede la Resolución expresa como justificación de la misma que:

"(...) 6. Si, por un lado, el Gobierno de las Illes Balears y la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears han promovido la reactivación de la actividad turística en todas las islas, ya que se asume que dicha reactivación y la consecuente reanudación de la actividad de los establecimientos hoteleros y la oferta complementaria de ocio y restauración en las islas son fundamentales para el conjunto de nuestra sociedad, ya que representa en estos momentos el principal instrumento del que se dispone para garantizar la ocupación directa o indirecta y el bienestar económico de la ciudadanía de las Illes Balears, también es cierto que, tal y como queda manifiesto en los términos del citado Acuerdo del Consejo de Gobierno de 19 de junio de 2020, en todo momento se ha buscado que esta reactivación se llevara a cabo con las máximas garantías de seguridad y de previsión, dirigidas a impedir que como consecuencia de esta reactivación se pudiera favorecer la aparición de rebrotes de COVID-19, tanto entre ciudadanos de las Illes Balears como entre los que nos visitan, todo ello desde el convencimiento que garantizar la toma de medidas dirigidas a la protección de su salud es el primer deber de este Gobierno.

7. A pesar de las medidas que se tomaron, en pasadas fechas se ha podido comprobar que, reiteradamente y sin una mayor reacción de los primeros responsables en impedirlos, se generaban de forma continuada -muy especialmente en determinadas zonas turísticas especializadas en aquello que se ha denominado «turismo de borrachera»- situaciones de vulneración de las más elementales conductas de seguridad y protección personal ante el posible contagio del COVID-19 - tanto en lo que respecta a turistas en plena actividad ética y lúdica como al personal de los establecimientos que lo permiten-, como pueden ser el hacer ilusorios los conceptos de aforo máximo de establecimientos -generándose auténticas aglomeraciones de gente en espacios reducidos sin hacer uso de medidas de protección individual y sin ninguna posibilidad de garantizar distancias interpersonales mínimas de seguridad-, usar determinados tipos de mobiliario para incrementar la capacidad de las zonas de terraza, así como facilitar y compartir medios y utensilios para el consumo conjunto entre personas de bebidas (alcohólicas o no) desde un mismo recipiente. Unas situaciones de exceso que, en definitiva, son una peculiar y difícilmente comprensible invitación al contagio de una enfermedad que se ha revelado como potencialmente mortal con una mayor frecuencia que la que los que las realizan o permiten parecen asumir.

8. Las denuncias ciudadanas de estos hechos que se han recibido en los ayuntamientos de Palma, Lluçmajor y Calvià son numerosas. Las imágenes televisivas de estas fiestas que han podido contemplarse no dejan demasiado margen a las dudas en cuanto al alcance de los hechos, y las reacciones ante estas actitudes irresponsables han trascendido el ámbito casero y han generado serias manifestaciones de preocupación en cancillerías extranjeras".

(...)

2) Resolución de 16 de julio de 2020 .

- En el expediente consta: i) un informe expedido por el Teniente de Alcalde de Urbanismo, Comercio y Actividades del Ayuntamiento de Calvià (confeccionado el 14/07/2020), referente a las tres calles que se engloban en el enclave conocido como "Punta Ballena" (calle Punta Ballena, calle General García Ruiz y calle Federico García Lorca), indicando que no solo se refiere a la calle Punta Ballena (única incluida en la Resolución de 15/07/2020 respecto de Magaluf) "la que ha alcanzado fama por un determinado tipo de turismo, directa o indirectamente asociado a determinados excesos y comportamientos incívicos, que incluye conductas que tienen una afectación clara sobre las actuales políticas de salud pública, seguridad y salubridad. Tanto es así que la denominación de la misma es a día de hoy una marca de una determinada oferta turística de excesos (...); ii) un informe emitido por el Secretario General de la Conselleria de Model Econòmic, Turisme i Treball, en el cual se especifica, en cuanto a los establecimientos comerciales, que se refiere en exclusiva a aquellos en los que se vendan bebidas alcohólicas, en las calles indicadas en la Resolución de 15/07/2020 : "Tant als antecedents de la resolució esmentada com a l'exposició de motius del Decret llei queda palesa que la principal causa dels comportaments incívics és el consum abusiu d'alcohol. El denominat "turisme de gatera", és el que genera comportaments perillosos per a la salut, que varen fonamentar el Decret llei 1/2020, i ha estat el motiu de la resolució de 15 de juliol de 2020, ja que s'han produït aglomeracions en espais reduïts, sense cap tipus de protecció i provocant un important risc de contagi de la COVID 19. (...)En aquest sentit el Decret llei 1/2020 estableix unes limitacions, a les zones referides en el seu article 2, en tot moment encaminades a impedir el consum abusiu d'alcohol. Concretament, en quant als establiments comercials, prohibeix l'exposició de begudes alcohòliques en zones exteriors i obliga al tancament, entre les 21.30 hores i les 8.00 hores, a aquells establiments



comercials en els qui hi hagi venda de begudes alcohòliques. Com ja s'ha dit anteriorment, el punt 3 de la resolució esmentada a l'encapçalament es refereix a tres carrers inclosos a l'àmbit territorial d'aplicació del Decret llei 1/2020 . **Per tant es considera que la prohibició temporal de l'activitat empresarial i el tancament provisional dels establiments de comerç que es disposa al punt 3 de la resolució de data 15 de juliol de 2020 hauria d'anar referida únicament a aquells establiments comercials on hi hagi venda de begudes alcohòliques"** .

(...)

CUARTO.

La representación de la entidad actora esgrime que las medidas consistentes en la suspensión temporal de las actividades de comercio (de bebidas alcohólicas), ocio y restauración y cierre de los establecimientos con entrada principal en determinadas calles de Magaluf y Playa de Palma, acordadas en las resoluciones dictadas por la Consellera de Salut i Consum (por habilitación del Consell de Govern) los días 15 y 16 de julio de 2020, y sucesivamente con vigencia prolongada hasta el 31/10/2020, se encuentran inmotivadas, son desproporcionadas y discriminatorias.

Resulta incontrovertido que las medidas decretadas por la Consellera de Salut tienen encaje en la normativa sanitaria citada en el Fundamento Segundo, en especial en el art. 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública y en el art. 51 a) de la Ley 5/2003, de 4 de abril, de Salud de les Illes Balears, en cuanto se suspende el ejercicio de actividades y se acuerda el cierre de determinados establecimientos comerciales (que vendan bebidas alcohólicas) y todos los de restauración y ocio, cuyo acceso principal se encuentre en alguna de las cinco calles que se relacionan.

Esta subsunción, para ser conforme a Derecho, debe estar motivada, así como resultar necesaria, proporcional e idónea a los fines de protección de la vida y salud de las personas, así como no puede resultar discriminatoria.

No nos encontramos en el ámbito del ejercicio de derechos fundamentales, sino que la suspensión temporal y espacialmente limitada del desarrollo de ciertas actividades, con el cierre provisional de los locales afectos, afecta a la libertad de empresa recogida en el art. 38 de la Constitución, pero este aserto no obstaculiza que en cuanto medidas restrictivas de un derecho constitucional, deba cumplir los límites que señalan las leyes, en especial el art. 54 de la Ley 33/2011 y el art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986, las cuales exigen la debida ponderación de los bienes jurídicos a proteger, por un lado, y los sacrificados, por el otro, debiendo estar suficientemente justificados, con la interdicción de ocasionar una discriminación no tolerable, que engarza con el art. 14 de la Norma Fundamental.

Esta Sala, en la Sentencia núm. 42/2023, de 25 de enero (PO nº 208/2021), examinó la adecuación a Derecho de una serie de medidas adoptadas por el Consell de Govern de les Illes Balears en marzo y abril de 2021, en cuanto implicaban la restricción total o parcial de la utilización de máquinas recreativas, de juego y similares en bares, cafeterías y restaurantes de las islas de Mallorca e Ibiza. Se trataba de medidas que afectaban a todo un sector de actividad (el juego) en el territorio de dos islas, pero cuyos razonamientos resultan extrapolables, en cuanto se trata de examinar la justificación y ponderación de decisiones administrativas que no afectan a derechos fundamentales, pero sí conciernen a una libertad constitucionalmente protegida en su art. 38, y por ello no exentas de determinadas condiciones y garantías.

En el Fundamento Cuarto se atiende a los razonamientos contenidos en las Sentencias del Tribunal Supremo núm. 1.112/2021, de 14 de septiembre y núm. 62/2022, de 26 de enero, a fin de examinar la proporcionalidad, necesidad, idoneidad y no arbitrariedad de las medidas, en el modo que se transcribe:

"CUARTO. La necesidad, idoneidad y proporcionalidad de las medidas en su afectación a la libertad de empresa.

Ya se ha indicado que la Asociación recurrente discrepa respecto a que las medidas impugnadas cumplan con la condición de "adaptarse a los criterios expresados en el artículo 28 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, y a la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril de medidas especiales en materia de salud pública", pues el art. 28 de la Ley 14/1986 impone que "d) Se deberán utilizar las medidas que menos perjudiquen al principio de libre circulación de las personas y de los bienes, la libertad de Empresa y cualesquiera otros derechos afectados", lo que a su juicio no sería el caso.

Conforme al segundo de los parámetros que la citada STS 62/2022, de 26 de enero (ECLI:ES:TS:2022:197) se impone comprobar si la Administración ha identificado con claridad, y probado, el peligro grave para la salud que comporta la enfermedad transmisible.

(...)

Como destacó la sentencia del T.S. nº 1112/2021, de 14 de septiembre, "cuando surge un grave e inminente peligro para la vida de las personas y la protección de la salud pública, cualquier actuación de la Administración



ha de ajustarse, ante todo, a los criterios médicos y epidemiológicos que resulten acordes con el estado de la ciencia en cada momento, y que constituyan el medio exacto, cabal y apto para alcanzar la finalidad propuesta, sin que exista en ese momento una alternativa mejor".

(...)

La reiterada STS 62/2022, de 26 de enero (ECLI:ES:TS:2022:197) impone comprobar "si la Administración ha identificado correctamente la extensión o ámbito subjetivo de las medidas, es decir, la población afectada por las restricciones, más el ámbito territorial y temporal de las mismas ". Pues bien, las medidas contenidas en los acuerdos impugnados tenían una duración temporal limitada (unos 15 días) se revisaban con la señalada periodicidad y se ajustaban al estado de la situación epidemiológica del momento de la revisión. La fijación previa de 5 niveles de alerta sanitaria en base a los datos de la incidencia de la pandemia, de modo que automáticamente a cada nivel de alerta le corresponden unas u otras medidas, estableciendo unas revisiones periódicas en función de los indicadores epidemiológicos y riesgos sanitarios, complementando lo anterior con la previsión de que el nivel de riesgo lo fuese para cada territorio insular, supone un perfecto ajuste de las medidas al ámbito subjetivo y temporal a considerar. Estimamos así, que la adaptación de las medidas al territorio, a los sujetos y al espacio temporal estaba perfectamente determinada.

Por último, la reiterada sentencia TS impone comprobar que " la Administración ha justificado que esas medidas restrictivas o limitativas superan el juicio de necesidad -no hay otros medios o no los hay menos agresivos para evitar el contagio-; idoneidad -son los adecuados y suficientes- y proporcionalidad -esto es, guardan coherencia con el riesgo grave de transmisibilidad -."

En este punto apreciamos:

1º) Que los acuerdos impugnados contienen suficiente motivación de las razones por las que se adoptan las medidas restrictivas sobre el juego. En unos casos suponiendo la suspensión de la actividad económica ligada a la utilización de las máquinas recreativas, de juego y similares en espacios interiores de bares, restaurantes y cafeterías y, en otros, limitando dicha explotación al establecer limitaciones de aforo o recortando el horario de apertura. Se motivaron dichas medidas en las mismas razones por las que se restringieron análogas actividades realizadas en interior de establecimientos abiertos al público. Esto es, porque en estos lugares se producen mayor riesgo por haber interacción social, donde el riesgo se maximiza si el aforo es elevado, así como en el interior de establecimientos de restauración y hostelería. En el expediente constan los informes técnicos que justifican la conveniencia de limitar el " uso colectivo de espacios cerrados donde, por razón de la actividad que se desarrolla en los mismos, el cumplimiento de las medidas básicas de precaución, como el uso de la mascarilla, se relaje o pueda verse excepcionado, dados los mayores riesgos de contagio de COVID-19 que generan ."

2º) Con respecto al juicio de proporcionalidad, esto es, verificar que los mismos objetivos sanitarios podían obtenerse por medidas menos restrictivas, debe partir que en un extremo de la balanza está el derecho fundamental a la vida e integridad física, incuestionablemente en peligro ante los efectos que entonces causaba la COVID-19 especialmente en población vulnerable. Por tanto, con el punto de partida de una balanza notablemente desequilibrada en pro de aquellos valores, la supresión temporal del uso por parte de los clientes de los espacios interiores de los establecimientos de juegos y apuestas, debiendo permanecer cerrados al público en el peor de los casos, o con aforo limitado en otros, no apreciamos que constituye una medida desproporcionada sino que guardan coherencia con el riesgo grave de transmisibilidad que se produce en espacios interiores.

Las medidas soportan así el test de proporcionalidad. Son medidas idóneas para controlar la pandemia, que protegen la salud y la integridad física, derechos reconocidos en la Constitución. Este es el fin constitucionalmente legítimo que perseguían los acuerdos recurridos adoptados por quien le corresponde tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de prestaciones y servicios.

En este punto, es notablemente significativo que la modulación de las medidas sobre el uso de máquinas recreativas en función del nivel de alerta sanitaria guarde paralelismo con similares medidas aplicadas sobre el sector de la restauración, aquejado de la misma problemática de interacción social en espacios interiores.

La adopción de medidas directas para evitar la escalada de contagios en particular limitando la interacción social en lugares de ocio, concretamente en los de juego, no constituían medidas desproporcionadas ni carentes de fundamento. Tampoco acertamos a identificar qué otras medidas, menos restrictivas, pero igualmente efectivas para la propagación de la pandemia, son las que a juicio de la parte demandante deberían haberse adoptado.

3º) Abundando en la proporcionalidad de las medidas, resulta particularmente relevante que nos situemos en el momento en que fueron adoptadas. Esto es, en el nivel de los conocimientos -e incertidumbres- sanitarias a nivel mundial del momento (marzo/abril 2021). Especialmente ilustrativo sobre ello lo es el ATC 4/2020, de 3 abril [sic] (RTC 2020, 40 AUTO) cuando alude a que " En el estado actual de la investigación científica,



cuyos avances son cambiantes con la evolución de los días, incluso de las horas, no es posible tener ninguna certeza sobre las formas de contagio, ni sobre el impacto real de la propagación del virus, así como no existen certezas científicas sobre las consecuencias a medio y largo plazo para la salud de las personas que se han visto afectadas en mayor o menor medida por este virus. Ante esta incertidumbre tan acentuada y difícil de calibrar desde parámetros jurídicos que acostumbran a basarse en la seguridad jurídica que recoge el art. 9.3 de la Constitución, las medidas de distanciamiento social, confinamiento domiciliario y limitación extrema de los contactos y actividades grupales, son las únicas que se han advertido eficaces para limitar los efectos de una pandemia de dimensiones desconocidas hasta la fecha". Por ello, situados al tiempo en que se adoptaron las medidas, sin duda la suspensión total o parcial de una actividad comercial que facilita la interacción social, se manifestaban como las menos restrictivas para evitar la propagación de una pandemia que tensionaba el sistema sanitario en modo que en ocasiones se vio sobrepasado y comprometido por la situación de pandemia, debido a la propagación y efectos del virus. Se trataba por tanto de modular medidas en función del nivel de propagación y en función de la capacidad del sistema sanitario. Y esto es lo que justificó las medidas ahora recurridas.

No negamos que los datos epidemiológicos posteriores a la adopción de las medidas no respondiesen matemáticamente a lo que se esperaba de las mismas, pero tampoco podemos negar que las mismas se adoptaron en un marco de incerteza sanitaria y científica, que impedía determinar de modo incuestionable cuáles eran las infalibles medidas sanitarias para afrontar la pandemia.

Frente al argumento de la recurrente con respecto a que los acuerdos supusieron "la suspensión de la actividad económica de los asociados de mi mandante, afectando directamente a sus derechos e intereses y, más concretamente, vulnerando totalmente el contenido esencial de su derecho a la libertad de empresa, entre otros derechos, como el derecho al trabajo", debe responderse que lo que preserva el artículo 38 es que la libertad empresarial no quede disminuida o coartada sin un fundamento constitucional, y resulta claro que las normas generales, ordinarias o de carácter excepcional, que imponen exigencias de seguridad, higiene o salubridad en los locales comerciales, o en el acceso a los mismos, no inciden en la libertad que la Constitución garantiza, aun cuando condicionen la apertura al público de dichos recintos. La decisión de suspender temporalmente determinadas actividades empresariales con afluencia de clientes, como la de restringir el aforo o el horario de la apertura al público de establecimientos, servicios o instalaciones ligadas al juego aparecen pues como idóneas y necesarias para frenar la expansión de la epidemia.

Por las razones expresadas debemos negar la tacha de "arbitrariedad" (art. 47,2º LPAC y 9.3º CE) que la demandante atribuye a las medidas. Se decidió en ejercicio correcto de las potestades sanitarias la actuación sobre aquellos ámbitos que comportaban movilidad ciudadana y/o concentración de personas en espacios reducidos y espacios de riesgo, donde interactuaban personas que no pertenecían al mismo núcleo familiar, de modo que la transmisión era externa al mismo, favoreciendo la multiplicación de las cadenas de transmisión.

Se imputa a la administración que no aportase informes ni documentos " en los que se analicen los efectos -de existir- de la utilización de las máquinas recreativas, de juego y similares en los interiores de los establecimientos de hostelería y restauración en la expansión del virus, y una valoración y/o estudio de la idoneidad de las medidas adoptadas ", pero lo relevante no es tanto la naturaleza de la actividad económica o comercial (juego) como la forma en que se desarrolla socialmente la misma. Y para ello no hacen falta informes específicos sobre lo que es una evidencia respecto al modo en que dicha actividad -realizada en interior de establecimientos- se ejercita.

Tampoco entendemos vulnerado el derecho a la igualdad (art. 14 CE) por el hecho de que otras actividades comerciales (eventos deportivos, vestuarios, salas de cine, por ejemplo) sí se permitiesen para idénticos niveles de alerta. Se invoca discriminación para el sector del juego.

En este punto debemos rechazar que dicho principio opere ante actividades que se desarrollan de modo desigual, en especial las que tienen lugar en espacios abiertos o en los que es posible una mayor distancia interpersonal. Concretamente, la Asociación denuncia que el mismo acuerdo de 12.03.2021 " permitió la asistencia a establecimientos comerciales hasta las 20:00 en la misma isla, excepto en algunas tipologías de comercio a las que no se les aplicaba ningún tipo de limitación de horario, como, por ejemplo, estancos, ópticas y quioscos y, adicionalmente, también se consentía la apertura de centros comerciales y grandes superficies ". No obstante, la disparidad de actividades no permite una comparación homogénea que sustentar su tesis.

Pero precisamente recogiendo el argumento de la asociación recurrente, salta a la vista que las medidas que afectaban a los salones de juego -ya sea el cierre o la reducción temporal de aforo/horario- sí guardaba paralelismo con las medidas que simultáneamente se adoptaban para una actividad en que la interacción social y el nivel de riesgo es similar: la de los establecimientos de hostelería y restauración. La similitud de la actividad unida a la coherencia de las medidas adoptadas para unos y otros desvirtúa el argumento de la discriminación para el sector del juego.



En conclusión, los acuerdos recurridos justifican las restricciones temporales a la actividad de juego a través de medidas que estimamos idóneas, necesarias y proporcionadas. Se adaptaron a la situación de pandemia y a la sobrecarga del servicio sanitario.

Procede, en consecuencia, desestimar el recurso".

Como se colige de los razonamientos expuestos, trasladables, por comparación, al supuesto aquí examinado, al encontramos ante medidas temporales que afectan al ejercicio de actividades empresariales, y atendiendo a la justificación, proporcionalidad, idoneidad y no discriminación que la CAIB postula que se llevó a cabo de forma correcta a la hora de decretar la suspensión y cierre temporal de determinados negocios en cinco concretas calles de la isla de Mallorca, debemos destacar que:

- En el expediente administrativo no existe ningún informe, por sucinto que sea, que explique los motivos por los que en estas calles la actividad relacionada con el ocio nocturno reviste un mayor índice de afectación a los contagios que en otras calles adyacentes o localidades. El informe emitido el 14/09/2020 y el adjuntado con la contestación se refieren a datos globales de la situación epidemiológica en les Illes Balears, pero no justifican las medidas de suspensión y cierre aquí examinadas, referente a un ámbito espacial muy acotado.

- En la propia resolución dictada el 15/07/2020 se señala como justificación a las quejas recibidas por determinados Ayuntamientos, imágenes televisivas e incluso protestas de "Cancillerías Extranjeras", pero sin que estas afirmaciones vayan anudadas con una correlación con el índice de contagios u otros datos sanitarios, sino que se corresponden más bien con una apuntada alarma social o repercusión mediática ocasionada por ciertas imágenes difundidas a través de ciertos medios de comunicación, las cuales, por sí solas, no justifican que se acuerde la imposibilidad de ejercicio de unas categorías de actividades empresariales, aunque esté delimitada en el tiempo.

- No cabe duda que está justificado que el contagio del virus revestía mayor propagación en espacios cerrados y donde la distancia interpersonal resultaba más difícil de poder ser observada, pero esta circunstancia no se ha demostrado que resultase privativa del ocio nocturno en Punta Ballena y en la Zona del Arenal.

- Las medidas de suspensión temporal de actividades y cierre de determinados establecimientos relacionados con el ocio nocturno acordadas en las Resoluciones de 15 y 16 de julio y 14 de septiembre de 2020 podían ser idóneas y necesarias para lograr el fin de prevención de infecciones por COVID y así proteger la vida y salud, pero no existe justificación alguna en el seno del expediente acerca del cumplimiento de estos parámetros de ponderación, estando inmotivadas.

- Además de tratarse de medidas carentes de justificación adecuada, producían un efecto desigual entre establecimientos del mismo tipo, ya que solo concernían a los locales con entrada principal en cinco concretas calles de Mallorca, cuando negocios del mismo tipo sitos en las inmediaciones o en otras zonas de la isla no se vieron sometidos a esta interdicción de actividad empresarial, vulnerando el art. 14 de la Constitución .

Por ello, el recurso debe ser estimado, al no ser conformes a Derecho las Resoluciones dictadas por la Consellera de Salut i Consum de 15 y 16 de julio de 2020 y 14 de septiembre de 2020, anulándolas de conformidad con el art. 47.1 a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre , al vulnerar el derecho a la igualdad (art. 14 CE), así como por estar a todas luces injustificadas (art. 35 del citado Cuerpo Legal y art. 54 de la Ley 33/2011).

Por lo tanto, solicitando la parte como pedimento subsidiario la desproporción de las medidas adoptadas debe ya señalarse que ese argumento ha de prosperar por lo que ya hemos resuelto y que aquí y por los mismos motivos reiteramos. De forma que cuantos argumentos señalan las demandadas en torno a la correcta motivación de las medidas acordadas y su justificación, los rechazamos en atención a lo ya expuesto.

TERCERO: Ahora bien, la actora, con carácter principal entiende que las resoluciones impugnadas están viciadas por defecto de desviación de poder al querer implantar la Administración, a través de la normativa sanitaria, la intención política de suprimir un determinado sector de la actividad turística. Y además por tener esas medidas un carácter sancionador. Este argumenta es nuevo y debe ser objeto de análisis.

La actora afirma que las medidas sanitarias adoptadas constituyen un paso más en la aplicación del Decreto Ley 1/2020 contra el turismo de excesos. Y con la clausura temporal se está obviando el régimen sancionador que corresponde con arreglo a la normativa del Decreto Ley sancionando en definitiva a todo el sector.

Señala el TS en su sentencia nº 954/2020 de 8 de julio (ECLI:ES:TS:2020:2276 RC 88/2019) " Viene al caso recordar que la desviación de poder es una técnica de control de la actividad administrativa que ya consagra el artículo 106.1 de la CE cuando señala que los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los "fines que la justifican", y que encuentra su plasmación legal en el citado artículo 70.2 de la LJCA . Ello supone que el examen y fiscalización de la actividad administrativa no se hace sólo en base a la observancia de los requisitos, formales y materiales, fijados



legal o reglamentariamente, sino también debe tenerse en cuenta su ajuste y sometimiento al fin que justifica la actuación administrativa correspondiente en cada caso. La desviación de poder, por tanto, es un vicio del acto administrativo, que consiste en el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los señalados en el ordenamiento jurídico. Desviación teleológica que obviamente no puede estimarse cuando no se pone de manifiesto, ni se justifica en términos jurídicos ninguna desorientación, respecto de los fines perseguidos."

El vicio de desviación de poder precisa para poder ser apreciado, que quien lo invoque alegue los supuestos de hecho en que se funde y los pruebe cumplidamente, sin que pueda fundarse en meras presunciones, ni en suspicacias o amplias interpretaciones de la oculta intención que lo determine. Para su apreciación es necesario comparar dos *fin*es. Por un lado, el *general*, es decir el perseguido y atribuido como potestad de la Administración, y por otro, el que en *concreto* ha perseguido la Administración al dictar el acto cuya legalidad se discute. Ello exige entrar en el terreno psicológico del actuar de la Administración, lo cual resulta ser de muy difícil prueba. Por ello normalmente hay que acudir a las presunciones, que son un juicio lógico, que permite que, de un hecho base, perfectamente acreditado, se extraiga una consecuencia, y entre ambos con arreglo a lo señalado en el artículo 1.253 del Código Civil debe haber un enlace directo y preciso según las reglas del criterio humano.

La voluntad de querer acabar con un determinado sector de la actividad turística es carga probatoria que pesa sobre la recurrente. Y no consideramos que en autos se haya probado tal desviación.

CUARTO: Comencemos señalando que el Decreto Ley 1/2020 de 17 de enero en su exposición de motivos afirma:

Desde hace unos años, estas campañas constantes de promoción y el esfuerzo del sector privado para mejorar sus productos y sus infraestructuras se han visto muy afectados por la publicación en los medios de comunicación de noticias referentes a comportamientos incívicos en determinadas zonas turísticas de Mallorca e Ibiza, la mayor parte de los cuales se debe al abuso del consumo de bebidas alcohólicas que, además de crear mucha inseguridad en los ciudadanos que viven en estos lugares, ha mermado considerablemente la calidad turística de estas zonas y ha contribuido a su deterioro y al surgimiento de una mayoría de negocios dirigidos al ocio nocturno, los cuales entran también en el ámbito de aplicación de este Decreto ley, cosa que ha promovido un modelo que ha hecho que las zonas afectadas pierdan la condición residencial o de centro de ciudadanía

Asimismo, en los diarios y televisiones y otros medios de difusión, tanto locales como nacionales e internacionales, año tras año han aparecido noticias relacionadas con comportamientos incívicos de jóvenes turistas que han causado una profunda inquietud en el resto de ciudadanos, en el sector hotelero y en las administraciones implicadas y han desincentivado los esfuerzos dirigidos a crear comercios de calidad. Muy a menudo aparecen en estos medios de comunicación noticias relacionadas con jóvenes muertos o heridos (principalmente debido a la práctica del denominado «balcóning»); de la explotación y los abusos sexuales; de destrozos en el mobiliario urbano, o de peleas en la calle que dan lugar a gran cantidad de intervenciones sanitarias.

Respecto al consumo abusivo de bebidas alcohólicas, esta es una causa directa y decisiva de riesgo para la salud, que mantiene relación también directa con ciertas enfermedades neoplásicas, cardiovasculares, hepáticas, mentales y neurológicas.

(...)

Algunas de las zonas afectadas por estos comportamientos incívicos se encuentran entre las declaradas zonas turísticas saturadas o maduras, las cuales se mencionan en el anexo de la aprobación definitiva de la delimitación provisional de las zonas aptas para la comercialización de estancias turísticas en viviendas de uso residencial en Mallorca (BOIB núm. 93, de 28 de julio de 2018).

Todo ello se encuentra diametralmente en contra del objetivo de Gobierno de las Illes Balears, que va encaminado a mejorar la competitividad del sector turístico por medio de un turismo sostenible, responsable y de calidad en nuestras islas, objetivo que, por otra parte, es el que condujo a la aprobación del impuesto sobre estancias turísticas en las Illes Balears, mediante la Ley 2/2016, de 30 de marzo.

El Gobierno de las Illes Balears quiere cumplir los objetivos de desarrollo sostenible (ODS) y la Agenda balear 2030, que persigue un turismo más sostenible y respetuoso, tanto en el entorno como en la calidad de vida de turistas y residentes.

En consecuencia, con independencia de las reformas que se puedan llevar a cabo de la normativa general turística, se hace necesario afrontar con carácter inmediato esta situación con medidas que puedan ser efectivas a comienzos de la temporada turística siguiente, lo cual implica una intervención normativa y urgente de los



poderes públicos desde varios puntos de vista, especialmente de la salud, la ordenación del comercio y la preservación de la buena imagen y la calidad turística de las Illes Balears.

3. Por otra parte, dado que se incide sobre actividades de servicios (comercios y establecimientos turísticos) se tiene que hacer referencia a que la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (en adelante LGUM), establece unos principios sobre el libre acceso en las actividades de servicios y el ejercicio de estas, que se tienen que aplicar en cualquier actividad económica que se tenga que desarrollar en el territorio nacional, y a ciertas limitaciones que se establecen en el ejercicio de actividades económicas en este decreto-ley que podrían afectar el principio de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones recogido en el artículo 5 de la LGUM.

Este artículo recoge la excepcionalidad de esta intervención, que se tiene que motivar en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y el ejercicio de estas: el orden público; la seguridad pública; la protección civil; la salud pública; la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social; la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores; las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales; la lucha contra el fraude; la protección del medio ambiente y del entorno urbano; la sanidad animal; la propiedad intelectual e industrial; la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional, y los objetivos de la política social y cultural.

Es decir, los conceptos de orden público, salud pública, protección de los derechos, seguridad y salud de los consumidores y de los destinatarios de servicios son definidos como razones imperiosas de interés general.

En este caso, los reiterados comportamientos incívicos que se describen en los informes mencionados en los párrafos anteriores, que han creado una profunda inquietud en la ciudadanía, los sectores hotelero, de restauración, comercial y de servicios, y en las administraciones implicadas, hacen necesario establecer ciertas medidas que garanticen, entre otros, los imprescindibles orden y seguridad públicos, la protección y la salud de los consumidores y la protección de los derechos de las personas afectadas por los actos de incivismo que se producen en estas zonas. Por todo ello, se ha considerado que hay razones imperiosas de interés general que justifican la adopción de las medidas establecidas en este Decreto ley.

Asimismo, para garantizar la proporcionalidad que exige el artículo 5 de la LGUM, el ámbito de aplicación del Decreto ley, con excepción de lo que se prevé en las disposiciones adicionales primera y segunda de este Decreto ley, se limita a las zonas estrictamente necesarias donde, en el momento actual, se producen las conductas incívicas, debido a la gravedad de los hechos que se describen en los informes mencionados en los párrafos anteriores, y al ámbito temporal de cinco años, porque se pretende que después de este plazo ya no sean necesarias las medidas adoptadas por haberse conseguido el objetivo perseguido por este Decreto ley.

(...)

Es decir, los conceptos de orden público, salud pública, protección de los derechos, seguridad y salud de los consumidores y de los destinatarios de servicios son definidos como razones imperiosas de interés general.

En este caso, los reiterados comportamientos incívicos que se describen en los informes mencionados en los párrafos anteriores, que han creado una profunda inquietud en la ciudadanía, los sectores hotelero, de restauración, comercial y de servicios, y en las administraciones implicadas, hacen necesario establecer ciertas medidas que garanticen, entre otros, los imprescindibles orden y seguridad públicos, la protección y la salud de los consumidores y la protección de los derechos de las personas afectadas por los actos de incivismo que se producen en estas zonas. Por todo ello, se ha considerado que hay razones imperiosas de interés general que justifican la adopción de las medidas establecidas en este Decreto ley.

Para ello se establece en ese Decreto Ley en su Capítulo II unas medidas específicas que serán de aplicación en un ámbito espacial determinado y concreto perfectamente delimitado y en donde son frecuentes esos comportamientos incívicos, en relación a, en primer lugar, medidas destinadas a los alojamientos turístico y viviendas objeto de comercialización turística; en segundo lugar la venta, publicidad y exposición de bebidas alcohólicas; y se prohíben prácticas denigrantes y fiestas excursiones en barco. (Artículos 4 a 8 ambos inclusive). Y contempla también un régimen sancionador.

QUINTO: El hecho base del que se parte, es la existencia de la pandemia de la Covid 19, que, al tiempo de los hechos, ha superado la fase 3 del Plan para la Transición hacia una Nueva Normalidad, habiéndose aprobado el Acuerdo del Consejo de Gobierno de las Illes Balears de 19 de junio de 2020 que establece una serie de medidas excepcionales. Así nos dice ese Acuerdo " *El Consejo de Gobierno, en la condición de máximo responsable de la política sanitaria, aprueba un plan de medidas excepcionales de prevención, contención y coordinación, necesarias para hacer frente a las necesidades urgentes y extraordinarias derivadas de la crisis*



sanitaria ocasionada por la COVID-19, una vez superada la fase 3 del Plan para la Transición hacia una Nueva Normalidad y por el consiguiente levantamiento de las medidas derivadas del estado de alarma, de forma que quede garantizado, por un lado, que la ciudadanía evite comportamientos que generen riesgos de propagación de la enfermedad y, por el otro, que las actividades que puedan generar un mayor riesgo de transmisión comunitaria de la enfermedad se lleven a cabo en condiciones que permitan en todo momento prevenir los riesgos de contagio" Es en el marco de esa normativa que la Consellera dicta las Resoluciones de 15 y 16 de Julio de 2020 que aquí se impugnan.

La consecuencia es la prohibición temporal del ejercicio de la actividad empresarial y el cierre provisional de todos los establecimientos comerciales ocio y restauración, así como la venta de bebidas alcohólicas, en las cinco calles que señala el punto 1.3 de la Resolución de 16 de junio de 2020, todas ellas donde es de aplicación el Decreto ley 1/2020 de 17 de enero.

Si tenemos en cuenta que el Decreto-ley 1/2020 pretende e identifica uno de los puntos del interés general en la salvaguarda de la salud de las personas, que claro está, no podía siquiera imaginar lo que estaba por venir apenas dos meses más tarde, esto es, la terrible pandemia de COVID, no cabe duda que la decisión adoptada en las resoluciones de 15 y 16 de julio de 2020, lo que pretenden también va en esa misma dirección, es decir, evitar contagios.

Cuestión distinta es que la prohibición temporal acordada en esos concretos espacios sea una medida motivada, proporcionada y justificada, que ya hemos dicho que no lo era. Pero que esas resoluciones incidan en tal defecto y por ello se hayan anulado en sentencia de 18 de octubre pasado, no equivale ni significa que también concurra la causa de desviación de poder alegada por la actora, entendido ello como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los señalados en el ordenamiento jurídico. En absoluto se ha probado en autos una voluntad oculta de terminar con un sector de la actividad turística. La decisión adoptada es claramente coincidente con los fines que persigue el Decreto ley 1/2020, o sea, la salvaguarda de la salud en unas concretas zonas donde hay gran número de locales de ocio frecuentados por una gran afluencia de turistas. Sin perjuicio de que tales medidas adoptadas en las resoluciones impugnadas, al fin fueran injustificadas y faltas de motivación.

Tampoco se ha probado por la recurrente que la medida de cierre temporal y las limitaciones establecidas constituyan en definitiva una sanción encubierta a todo ese sector.

En definitiva, la actora no ha probado que la Administración tenga el intención de acabar con una determinada actividad económica y tampoco que con las medidas adoptadas haya actuado con la oculta intención de sancionar a todo ese sector.

Llegados a este punto estimamos el recurso al prosperar el pedimento subsidiario, por ser las medidas adoptadas en las resoluciones impugnadas no justificadas y desproporcionadas. Y en consecuencia, reiteramos la anulación de las Resoluciones administrativas impugnadas en autos que ya acordamos en la Sentencia de esta Sala nº 801/2023 de 18 de octubre.

SEXTO: En materia de costas de conformidad con el artículo 139 de la Ley 29/98 de 13 de Julio, al estimarse el recurso contencioso imponemos las costas del procedimiento a la parte demandada en atención al principio de vencimiento objetivo, si bien las limitamos a un máximo total de 3.000 euros y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 139-7 de la Ley jurisdiccional.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general aplicación

FALLAMOS:

PRIMERO: ESTIMAMOS el recurso contencioso administrativo.

SEGUNDO: Reiteramos la anulación de las Resoluciones de la Consellera de Salut i Consum de 15 de julio de 2020 (Boib nº 125 de 15 de julio) y Resolución de esa misma Consellera de 16 de julio de 2020 (Boib nº 127 de 16 de julio) por ser ambas disconformes a derecho.

TERCERO: Con imposición de las costas del procedimiento a la demandada, hasta un máximo de 3.000 euros y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 139-7 de la Ley Jurisdiccional.

Contra esta sentencia y de acuerdo con la modificación introducida por la Ley 7/2015 en la Ley 19/1998, caben los siguientes recursos:

1.- Recurso de casación a preparar ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears y para la Sala Tercera del Tribunal Supremo, según lo dispuesto en el artículo 89 de la Ley 29/1998, en el plazo de 30 días a partir de la notificación, si el recurso pretende fundarse en infracción



de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea. Téngase en cuenta Acuerdo de 19 de mayo de 2016, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo -BOE nº 162 de 6 de julio de 2016-.

2.- Recurso de casación a preparar ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears y para la Sección de casación esta misma Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears, según lo dispuesto en el artículo 89 de la Ley 29/1998, en el plazo de 30 días a partir de la notificación, si el recurso pretende fundarse en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma de Illes Balears. Se tendrá en cuenta también el Acuerdo de 19 de mayo de 2016, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación -BOE nº 162 de 6 de julio de 2016-.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por la Magistrado de esta Sala Ilma. Sra. D^a. Carmen Frigola Castellón, que ha sido Ponente en este trámite de Audiencia Pública, doy fe. El Secretario, rubricado.

FONDO DOCUMENTAL CINCO