

Asunto.- Sobre la excepción a la suspensión temporal de apertura de locales destinados hostelería y restauración

ANTECEDENTES

La Dirección Jurídica y de Relaciones Laborales de OTEA plantea la siguiente consulta:

“El documento *“Actuaciones de respuesta coordinada para el control de la transmisión de COVID-19”*, elaborado por la Ponencia de Alertas y Planes de Preparación y Respuesta y aprobado por la Comisión de Salud Pública del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud y acordado por el Pleno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud con fecha de 23 de octubre de 2020, tiene una vocación clara: coordinar y armonizar los criterios y medidas para que las CCAA activasen los niveles de alerta sanitaria oportunos y las correspondientes medidas. Dicho Plan prevé para los **establecimientos de hostelería y restauración** lo siguiente: **“podrán dar servicio de recogida en local, envío a domicilio o recogida en vehículo en todos los niveles de alerta. La recogida se realizará siempre manteniendo las distancias seguridad y medidas de prevención”**. No se distingue en esta medida, acordada por las Comunidades Autónomas para su aplicación coordinada en todos los territorios de manera unificada y sin distinciones, si el servicio es de comida y/o de bebida, por lo que ambos estarían permitidos.

Por resolución de 3 de noviembre de 2020, de la Consejería de Salud, por la que se establecen medidas urgentes de carácter extraordinario, urgente y temporal de prevención, contención y coordinación necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, se aprueba, entre otras, la medida de suspensión de la apertura al público de los establecimientos de hostelería y restauración, exceptuando *“los servicios de preparación, recogida en el local y distribución de comida a domicilio”*.

La interpretación conocida el pasado viernes, de que en nuestra comunidad no se encuentra permitido ni el *café para llevar*, ni los *pinchos* u otros tipos de elaboraciones de **comida**, propios de los ofertados en un bar, establecimiento clasificado dentro de la sección de restauración por la Ley 7/2001, de 22 de junio de Turismo, no sólo supera las medidas acordadas en el documento *“Actuaciones de respuesta coordinada para el control de la transmisión de COVID-19”*, sino también obvia el hecho de que este tipo de productos pueden ser adquiridos igualmente en establecimientos de alimentación que permanecen abiertos sin ninguna limitación, además de abocar a este tipo de empresas a un cierre sin paliativos.

Por ello entendemos que, respetando las debidas medidas de seguridad, ambos servicios, tanto el café u otro tipo de bebidas, como las tapas, raciones o bocadillos propios del servicio de un bar, se encuentran dentro del **servicio de recogida en local** permitido en todos los niveles de alerta en el documento acordado por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud de 23 de octubre de 2020.”

CONSIDERACIONES DE SALUD PÚBLICA

Primera.- Como se ha señalado en varias ocasiones, desde el principio de la pandemia, la función de la autoridad sanitaria es establecer unos criterios generales de protección o prevención o de medidas generales, recayendo las cuestiones logísticas y operativas de esas medidas en la gestión de cada sector del Gobierno.

Segunda.- La autoridad sanitaria es consciente del posible impacto en términos de beneficios y riesgos que suponen determinadas acciones. Lo que puede suponer un beneficio en términos de disminuir la transmisión del virus puede suponer un riesgo en términos de impactos indirectos en bienestar de la población y específicamente en ciertos sectores de la misma.

Tercero.- El espíritu de la Resolución de 3 de noviembre se resume del siguiente modo: (i) estamos en un nivel de alerta 4 (el máximo) desde el 28 de octubre, (ii) los indicadores de transmisión comunitaria del virus (circulación del mismo) señalan una situación de transmisión sostenida, no controlada y todavía con incremento en algunos municipios; (iii) por otro lado los indicadores de actividad asistencial están en una situación muy complicada con una alta presión asistencial y con colapso de las UCIs en algunos hospitales.

La Resolución de la autoridad sanitaria lo que pretende es enlentecer la actividad, interacción y la movilidad social durante al menos 15 días para estabilizar y disminuir la aparición de nuevos casos.

No se trata de abrir solo aquellos espacios donde haya menos riesgos, esa estrategia ya se planteaba el 14 de octubre minimizando el riesgo en el interior de hostelería, por ejemplo. Se pretende disminuir la interacción social y la movilidad durante un periodo de 15 días y se plantea mediante dos medidas:

- (1) cierre de la mayor actividad laboral, comercial, de ocio y social posible y
- (2) realización de un confinamiento de fase I modificada.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Primera.- En primer término ha de precisarse cuál es el objeto de debate y, en consecuencia, el objeto concreto que ha de ser precisado vía interpretación. En este sentido, resulta pacífico que, a pesar de que la consulta atribuye rango ejecutivo al documento “*Actuaciones de respuesta coordinada para el control de la transmisión de COVID-19*” del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, de 23 de octubre de 2020, el criterio interpretativo ha de proyectarse sobre la acto administrativo que acuerda la medida que se discute, esto es, la *Resolución de 3 de noviembre de 2020, de la Consejería de Salud, por la que se establecen medidas urgentes de carácter extraordinario, urgente y temporal de prevención, contención y coordinación, necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19* y, muy en particular, su resuelto primero.5.

Tercero.- El documento “*Actuaciones de respuesta coordinada para el control de la transmisión de COVID-19*” ofrece un marco de decisiones cuya voluntad es uniformar la gestión y respuesta frente a la pandemia. Así estableciendo un cuadro de indicadores de evaluación permite calificar la situación a abordar en 4 niveles de alerta y desarrollar las medidas que pueden encajar para la gestión de cada uno de los 4 escenarios que se derivan. Es una guía metodológica pero, más allá de su contenido y aplicabilidad interpretativa, carece de alcance ejecutivo.

Cuarto.- La autoridad sanitaria, en fecha 3 de noviembre, procedió, entre otras medidas, estando Asturias calificada en nivel 4 de alerta, y con el estado de alarma activado desde el pasado 25 de octubre, a acordar “*la suspensión de la apertura al*

público de los establecimientos, locales e instalaciones públicas (...) 5. De hostelería y restauración (...)"

Por ello, de manera indubitada, podemos precisar que, entre todas las posibilidades existentes, tales como reducción de aforos, prohibición de consumos en interior, limitación de uso de terrazas u otras modalidades, la autoridad sanitaria procede a la "suspensión de la apertura al público" de bares, cafeterías, restaurantes o sidrerías.

Quinto.- La excepción a lo señalado en el punto anterior, se construye así: "Se exceptúan de la suspensión los servicios de preparación, recogida en el local y distribución de comida a domicilio".

La excepción tiene como denominador común el concepto "comida", de modo lo que se excluye a la suspensión es "la preparación de comida", "la recogida en el local de comida" y, finalmente, "la distribución de comida a domicilio".

Ello necesariamente ha de vincularse, en términos interpretativos, también, a lo dispuesto en el resuelto primero donde son consideradas actividades exceptuadas a la "suspensión" tanto la venta telefónica o electrónica vía internet como el servicio de entrega a domicilio.

Sexto.- La interpretación de la Resolución ha de abordarse desde los criterios interpretativos dispuestos en el artículo 3.1 del Código Civil, esto es: "Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas".

Séptimo.- En este contexto, y a efectos de dotarnos de todos los elementos interpretativos, en la decisión de la autoridad sanitaria, subyace la reducción de la movilidad, de la interacción social y de evitar puntos de alta confluencia de personas.

Octavo.- Para que la actividad de un establecimiento de hostelería o restauración esté no limitada por la suspensión de apertura al público o, dicho de otro modo, en consecuencia, se permita su apertura ha de estar incardinada en alguna de estas tres actividades:

- Preparación de comida.
- Recogida en el local de comida.
- Distribución de comida a domicilio.

Por preparación ha de entenderse el conjunto de acciones destinadas a, con manipulación humana, obtener un determinado producto.

Por recoger ha de entenderse tomar lo que alguien entrega y por distribución, entregar una mercancía al consumidor.

La acción de entrega o la distribución, por interpretación conjunta de la resolución, debiera de concretarse por referencia a mecanismos de solicitud a distancia, tales como el uso de medios telemáticos o telefónicos, ya que, en caso contrario, lo suspendido en apertura al público no estaría como tal cerrado, sino limitada la forma de interacción del tráfico habitual del negocio. Así de forma paradójica, de entenderlo en sentido amplio, no habría una suspensión de actividad sino, simplemente, un cierre

de las dependencias interiores y exteriores del local a efectos de ocupación por los clientes pero sin suspensión de la actividad.

En este marco, entendemos, solo pueden considerarse exceptuados los establecimientos de hostelería y restauración que o bien elaboren comida o bien la entreguen a los consumidores en el local o bien la trasladen y entreguen en el domicilio de estos.

Lo que no parece comprendido en la norma es la solicitud o realización de pedidos en el local. ¿Por qué? Porque el local tiene su apertura al público suspendida y “despachar” o “pedir” no son “recoger”.

Noveno.- Finalmente, aclaradas las actuaciones permitidas, estas han de contextualizarse con el objeto de las misma, esto es, precisando que hemos de entender por comida.

Comer tiene una clara vocación de proyectarse sobre alimentos sólidos. La propia RAE define comer como acción de “masticar y deglutir un alimento sólido”. A ello, sería conveniente incorporar el elemento de elaboración o manipulación humana del producto, en el local, pues en caso contrario, se estaría amparando una venta más propia del comercio minorista que de la hostelería.

Sin embargo, en el lenguaje usual, y así lo recoge la RAE, a pesar de que podemos pensar que la comida se come y la bebida se bebe, “comida” se refiere al alimento que se come y se bebe para nutrirse. Es decir, hablar de comida, en una interpretación común y puramente semántica podría englobar no solo a lo que se come, sino también a lo que se bebe.

En este sentido, es determinante que, sólido o líquido, nos encontremos ante alimentos. Y tendrán esta consideración los incluidos en el Código alimentario español y el Reglamento UE 178/2002 del parlamento Europeo y del Consejo de 28 de enero de 2002 por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria.

“A efectos del presente Reglamento, se entenderá por «alimento» (o «producto alimenticio») cualquier sustancia o producto destinados a ser ingeridos por los seres humanos o con probabilidad razonable de serlo, tanto si han sido transformados entera o parcialmente como si no.

«Alimento» incluye las bebidas, la goma de mascar y cualquier sustancia, incluida el agua, incorporada voluntariamente al alimento durante su fabricación, preparación o tratamiento. Se incluirá el agua después del punto de cumplimiento definido en el artículo 6 de la Directiva 98/83/CE y sin perjuicio de los requisitos estipulados en las Directivas 80/778/CEE y 98/ 83/CE.

«Alimento» no incluye:

- a) los piensos;*
- b) los animales vivos, salvo que estén preparados para ser comercializados para consumo humano;*
- c) las plantas antes de la cosecha;*
- d) los medicamentos tal y como lo definen las Directivas 65/ 65/CEE (1) y 92/73/CEE (2) del Consejo;*

- e) los cosméticos tal como los define la Directiva 76/768/CEE del Consejo (3);
- f) el tabaco y los productos del tabaco tal como los define la Directiva 89/622/CEE del Consejo (4);
- g) las sustancias estupefacientes o psicotrópicas tal como las define la Convención Única de las Naciones Unidas sobre Estupefacientes, de 1961, y el Convenio de las Naciones Unidas sobre Sustancias Psicotrópicas, de 1971;
- h) los residuos y contaminantes.”

Por lo expuesto se alcanzan las siguientes

CONCLUSIONES RELATIVAS A LA CONSULTA REALIZADA

Primera.- Las actividades de un establecimiento de hostelería o restauración que no están limitadas por la suspensión de apertura al público son, exclusivamente, las de:

- Preparación de comida.
- Recogida en el local de comida.
- Distribución de comida a domicilio.

Segunda.- El producto objeto de excepción, respecto a las actividades referidas en el apartado anterior, alcanza tanto a alimentos sólidos como a bebidas, en los términos del Artículo 2 del Reglamento UE de 28 de enero de 2002.

En Oviedo, a 11 de noviembre de 2020

Gobierno del Principado de Asturias

