

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA**

RECURSO Nº: 576/2021

PARTES: FEDERACIÓN CATALANA DE LOCALES DE OCIO NOCTURNO-FECALON
C/ GENERALITAT DE CATALUNYA

AUTO

Ilustrísimos Señores:

Presidente

D. MANUEL TÁBOAS BENTANACHS.

Magistrados

D. FRANCISCO LÓPEZ VÁZQUEZ.

D. JOSE ALBERTO MAGARIÑOS YÁNEZ.

A 30 de diciembre de 2021.

ANTECEDENTES DE HECHO

UNICO.- Por la parte actora se ha interpuesto recurso contencioso administrativo ordinario contra la **RESOLUCIÓN SLT/3787/2021, de 23 de diciembre, por la que se establecen medidas en materia de salud pública para la contención del brote epidémico de la pandemia de COVID-19 en el territorio de Cataluña.** Y así se pretende la medida cautelar provisionalísima de suspensión provisionalísima , como la cautelar ordinaria y procede dictar el presente Auto en el que ha actuado como **Ilmo. Magistrado Ponente Don Manuel**

Táboas Bentanachs.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Ya de entrada procede advertir que la **RESOLUCIÓN SLT/3787/2021, de 23 de diciembre, por la que se establecen medidas en materia de salud pública para la contención del brote epidémico de la pandemia de COVID-19 en el territorio de Cataluña.** fue publicada en el D.O.G.C. a 23 de diciembre de 2021 y que el recurso contencioso administrativo debe entenderse interpuesto a 27 de diciembre de 2021.

Como se refleja en las alegaciones esa resolución dispone de un lado del Informe de la Agència de la Salut Pública de Catalunya de 22 de diciembre de 2021.

SEGUNDO.- La parte actora en la presente pieza de medidas cautelares "inaudita parte" del artículo 135 de nuestra Ley Jurisdiccional pretende la suspensión especialmente para con el apartado 4.1, 4.7.2, 4.14.1 y 4.14.3 en cuanto establecen:

"-4 Otras medidas

4.1 Horarios de cierre

El horario de apertura al público de las actividades permitidas por esta Resolución es el correspondiente a cada actividad, sin que en ningún caso pueda superar la franja entre las 06.00 horas y las 22.00 horas, en general, y la franja entre las 06.00 horas y las 00.30 horas del día siguiente en caso de actividades culturales, y deportivas, tiendas de conveniencia, establecimientos comerciales anexos a gasolineras, servicios de restauración, incluida la recogida en el establecimiento y la prestación de servicios a domicilio, y salones de juegos, casinos y salas de bingo. La restauración en áreas de servicio de vías de comunicación para profesionales de transporte no queda sujeta a ninguna franja horaria.

Se exceptúan de estas limitaciones las actividades de carácter esencial establecidas en el anexo 2 del Decreto ley 27/2020, de 13 de julio, de modificación de la Ley 18/2009, del 22 de octubre, de salud pública. En

ningún caso se permite la venta de bebidas alcohólicas en establecimientos comerciales entre las 22.00 y las 6.00 horas.

Los locales o establecimientos en que se realizan actividades recreativas musicales con licencia o que hayan presentado la comunicación previa como salas de concierto, cafés teatro y cafés concierto se sujetan al horario general establecido en la Orden 358/2011, de 19 de diciembre, por la que se regulan los horarios de los establecimientos abiertos al público, de los espectáculos públicos y de las actividades recreativas sometidos a la Ley 11/2009, del 6 de julio, de regulación administrativa de los espectáculos públicos y de las actividades recreativas, y a su Reglamento, para cada tipo de actividad, y es la hora máxima de cierre las 00.30 horas, a partir de la cual se dispone de 30 minutos para el desalojo de acuerdo con la Orden mencionada. No son de aplicación las prolongaciones ni los horarios especiales previstos en los artículos 4, 6 y 7 de la Orden 358/2011.

Asimismo, las actividades culturales como cines, equipamiento de artes escénicas y musicales y las actividades populares y tradicionales de carácter musical, dispondrán de 30 minutos adicionales sobre el horario máximo de cierre establecido en este apartado, para el desalojo. El público asistente contará con el tiempo suficiente para el retorno a su domicilio desde el lugar de la actividad cultural y tendrá que acreditar documentalmente que procede de estos actos por medio de la presentación de las entradas u otros documentos análogos”.

“4.7 Actividades de hostelería y restauración

...

2. Los establecimientos de hostelería y restauración tienen que ejercer la actividad de restauración con sujeción a las condiciones siguientes:

- En el interior, el aforo se limita al 50% del autorizado y se ha garantizar una distancia mínima de 1,5 metros entre los comensales de mesas o agrupaciones de mesas diferentes.

-Se tiene que garantizar la ventilación del espacio mediante ventilación natural u otros sistemas de ventilación.

- En las terrazas se tiene que garantizar una distancia mínima de 1,5 metros entre los comensales de mesas o agrupaciones de mesas diferentes.

- El número máximo de comensales por mesa o agrupación de mesas es de diez personas, tanto en el interior como en terrazas y espacios al aire libre, a menos que pertenezcan a la burbuja de convivencia.

- El uso de la mascarilla es obligatorio mientras no se consume.

- En los establecimientos a que hace referencia este apartado, incluidos los salones de banquetes, no se puede llevar a cabo ninguna actividad de baile”.

“4.14 Actividades recreativas musicales

1. Los locales y los establecimientos con licencia o que hayan presentado la comunicación previa como discotecas, salas de baile, salas de fiestas con espectáculo, bares musicales, karaokes, discotecas de juventud, establecimientos de actividades musicales de régimen especial y establecimientos públicos con reservados anexos no pueden abrir al público.

...

3. El horario de cierre de los locales o establecimientos a que hace referencia el número anterior es el establecido en el apartado 4.1 de esta Resolución”.

Y la parte actora ofrece los siguientes fundamentos:

1.- Se trata de imponer una medida restrictiva del cierre de una empresa. Las medidas impuestas son inidóneas, no están justificadas en una necesidad y son desproporcionadas. Si bien se reconoce que nos hallamos en el nivel de alerta 4 es decir de transmisión comunitaria no controlada y sostenida que puede exceder o excede las capacidades de respuesta del sistema sanitario. Se insiste en el impacto de las medidas adoptadas

2.- Se formulan alegaciones sobre datos nacionales, de otras comunidades autónomas y de la incidencia de otras actividades.

3.- Se efectúan afirmaciones sobre la suspensión de la apertura de los establecimientos de ocio nocturno, las limitaciones horarias, de la limitación de aforo y con cita de preceptos constitucionales y diversos pronunciamientos judiciales.

4.- Se hacen valer los daños que se entienden irreparables a las empresas entre ellos los económicos en atención a las fechas en que despliega efectos la resolución. Igualmente para las plantillas laborales de los locales afectados y otros profesionales.

5.- No se consideran perjuicios a los intereses generales.

TERCERO.- Este tribunal no va a desconocer ni antes ni ahora la sustancial relevancia de la concurrente "pandemia internacional" reconocida por la Organización Mundial de la Salud el pasado 11 de marzo de 2020 que es la que debe enmarcar el supuesto de autos y partir de la que procede referir los argumentos correspondientes a no dudarle con las especificaciones referentes y relativas al ámbito territorial de Cataluña.

Como ya se ha destacado en pluralidad de ocasiones no resulta ocioso insistir en lo siguiente:

SEXTO.- En el presente caso nadie duda de la colosal y extraordinaria relevancia de la situación de pandemia que nos acompaña.

Es lugar común al respecto señalar que la situación de emergencia de salud pública provocada por una **pandemia internacional**, así declarada por la Organización Mundial de la Salud el pasado 11 de marzo de 2020, cuya evolución ha provocado un gran número de fallecidos, que se cuentan por miles, hospitalizados con patologías graves y afectados (hechos de notoriedad absoluta y general que no precisan prueba: artículo 281.4 de la Ley de enjuiciamiento civil), ha obligado a adoptar medidas preventivas, debido a que la expansión de la pandemia genera un extraordinario riesgo para los derechos de los ciudadanos, comenzando por el más preciado, cuál es el derecho a la vida. En la ponderación de bienes jurídicos en presencia, la sala no puede permanecer ajena a la enorme magnitud de los efectos que ha provocado dicha pandemia, al ser de notoriedad pública y general la gran cantidad de fallecidos, hospitalizados y afectados a que ha dado lugar, por lo que no puede sustraerse a las tragedias que muestran cada día los medios de comunicación, percibiendo de ese modo el monumental golpe que el COVID-19 ha asestado a la salud pública española, al margen de los efectos de todo tipo que se derivarán en el futuro".

CUARTO.- A su vez dirigiendo la atención a la cuidada doctrina del Tribunal Supremo sobre las medidas cautelarísimas en situaciones como la presente y en su momento en estado de alarma procede reiterar y destacar la doctrina establecida en los Autos de la Sección 4ª de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2020, de 12 de mayo de 2020, de 19 de mayo de 2020 (2) y de 27 de mayo de 2020 en los siguientes particulares:

"TERCERO.- Sin embargo, los términos en que la parte actora formula su pretensión cautelar respecto a una disposición general como es el art 9 de la Orden recurrida, medida que tan sólo fundamenta en la simple y desnuda invocación del art. 135 y 136 de la LJCA, sin ningún otro argumento que abone la excepcionalidad de adoptar la medida sin dar oportunidad de alegaciones a la parte contraria. La necesidad de resolver sobre la pretensión procesal cautelar pese a la suspensión de plazos procesales no implica por sí misma la urgencia de adoptar la medida cautelar. Esta urgencia que está en la base de la aplicación del art. 135 LJCA debe sustentarse en circunstancias específicas de protección del derecho o interés invocado. Así las cosas, no advertimos que exista la urgencia perentoria de pronunciarnos sobre la medida cautelar solicitada, y que como hemos señalado, es presupuesto indispensable para la resolución sobre medidas cautelares *"inaudita parte"* al amparo del art. 135.1 LJCA. En definitiva, ni los argumentos

que el recurrente expone en cuanto al rechazo de la previsión del art. 9 de la Orden recurrida que censura, ni su razonamiento sobre el "*periculum in mora*" como requisito general de la medida cautelar solicitada, son argumentos que abonen la inaplazable urgencia de adoptar la medida cautelar sin dar audiencia a la Administración demandada.

Cumple en definitiva no apreciar las razones de especial urgencia que exige el art. 135.1 LJCA, todo ello sin perjuicio de que se dé curso a la tramitación de la pieza ordinaria de medidas cautelares conforme al art. 131 LJCA, tal y como dispone el art. 135.b LJCA".

"TERCERO.- Delimitado el alcance de la orden impugnada, en los aspectos concretos en que se pretende la medida cautelar de suspensión, no cabe apreciar las especiales razones de urgencia que aduce la parte recurrente y que son presupuesto indispensable para la resolución sobre medidas cautelares "inaudita parte" al amparo del art. 135.1 LJCA. La naturaleza temporal y limitada de las limitaciones establecidas, y la preponderancia del interés general en la protección de la salud pública, que quedaría afectado de manera inmediata por la suspensión "inaudita parte" de la efectividad de las previsiones normativas recurridas, excluyen que podemos apreciar la urgencia inaplazable para adoptar la medida antes de conocer las alegaciones de la Administración autora de la orden recurrida.

Cumple en definitiva no apreciar las razones de especial urgencia que exige el art. 135.1 LJCA, todo ello sin perjuicio de que se de curso a la tramitación de la pieza ordinaria de medidas cautelares conforme al art. 131 LJCA, tal y como dispone el art. 135.b LJCA".

"TERCERO.- Delimitado así el alcance de la orden impugnada, no cabe apreciar las especiales razones de urgencia que aduce la parte recurrente y que son presupuesto indispensable para la resolución sobre medidas cautelares "inaudita parte" al amparo del art. 135.1 LJCA. En efecto, la Orden impugnada no aprueba ni introduce nuevos biocidas, ni extiende las indicaciones de uso y aplicación de los mismos más allá de las que ya venían vigentes desde hace largo tiempo, sino que se limita a habilitar temporalmente a determinadas unidades militares, mediante la capacitación reglamentariamente exigida para poder hacer uso de los mismos. Nada se razona por la actora respecto a este punto, y por consiguiente, habida cuenta de lo que constituye el objeto singular de la orden impugnada, no apreciamos en modo alguno la especial urgencia para resolver sobre la medida cautelar de suspensión sin dar audiencia previamente a la autoridad de la que emana la disposición recurrida.

No enerva esta apreciación la mera cita del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, porque éste se satisface plenamente cuando los órganos judiciales pronunciamos una decisión denegatoria que, a su vez, sea respetuosa con el contenido esencial del derecho fundamental (Auto de esta Sala de 2 de abril de 2014 (Rec 510/2013) y las sentencias que en él se citan). Todo ello sin prejuzgar en modo alguno, como es lógico, lo que en su caso podríamos acordar en un futuro recurso.

Tampoco basta una referencia desnuda al artículo 15 de la CE, porque ni se relaciona en forma alguna con el contenido concreto de la orden impugnada, como tampoco son relevantes a estos efectos las menciones a derechos constitucionales (art. 9, 10, 43 y 45) situados fuera del ámbito del procedimiento especial de protección jurisdiccional de derechos fundamentales (art. 114 LJCA en relación con el art. 53.2 CE).

Cumple en definitiva no apreciar las razones de especial urgencia que exige el art. 135.1 LJCA, todo ello sin perjuicio de que se de curso a la tramitación de la pieza ordinaria de medidas cautelares conforme al art. 131 LJCA, tal y como dispone el art. 135.b LJCA".

QUINTO.- Y en razón con el criterio que se sigue manteniendo no debe olvidarse que el examen a efectuar solo procede en la limitada medida que lo permite un incidente cautelar "inaudita parte" que es el pretendido con los antecedentes con que se cuenta, ya relacionados.

Debe señalarse, destacarse y reiterarse de nuevo que sigue siendo superior marco obligado del examen a efectuar el relativo, cuanto menos, a los valores tan sentidos de la vida, la salud y la defensa de un sistema de asistencia sanitaria cuyos limitados recursos es necesario garantizar adecuadamente.

Sobre ese marco es como procede atender a los derechos e intereses de la parte actora y las concretas medidas de la Resolución impugnada afectantes a los mismos.

El desacierto es evidente y fragmentario cuando solo se trata de examinar los derechos e intereses que se afirman por la parte actora y las medidas de la Resolución impugnada, como si los intereses públicos de ese marco no existiesen, fuesen accesorios o hubiera de darlos por supuestos devaluándolos.

Y así, debe estimarse que la urgencia que se pretende por la parte actora, tan decantada en la vertiente de su situación, se compadece de forma desajustada con la absoluta y necesaria ponderación del caso desde la inexcusable órbita integral referida.

Dicho en otras palabras para la urgencia que está en la base de la aplicación del artículo 135 de nuestra Ley Jurisdiccional no advertimos que exista la urgencia perentoria de pronunciarnos sobre las medidas cautelares solicitadas, y que es presupuesto indispensable para la resolución sobre medidas cautelares "inaudita parte".

Tampoco los argumentos que el recurrente expone en cuanto al rechazo de la previsiones al mismo afectantes ni sus razonamientos sobre el "fumus boni iuris" o/y "periculum in mora" como requisitos generales de la medida cautelar solicitada, son argumentos que abonen la inaplazable urgencia de adoptar las medidas cautelares sin dar audiencia a la Administración demandada.

Y la preponderancia del interés general, cuanto menos, en la protección de la salud pública, que quedaría afectado de manera inmediata por la suspensión "inaudita parte" de la efectividad de las previsiones normativas recurridas, excluyen que podemos apreciar la urgencia inaplazable para adoptar las medidas antes de conocer las alegaciones de la Administración autora de la orden recurrida.

Todo ello claro está sin perjuicio de atender a la pretensión cautelar ordinaria seguidamente cuando el plazo perentorio de audiencia que se fijará permite atender debidamente al plazo máximo de 10 días fijado legalmente y estar a la altura de una pronta resolución de la misma por la naturaleza del caso, dedicación que igualmente se exige de este tribunal para atender prontamente al caso cuya duración se fijará hasta las 10 horas del día 4 de enero de 2022.

SEXTO.- A los efectos de lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998 y atendida la naturaleza del presente incidente inaudita parte por el momento no procede imponer las costas a ninguna de las partes.

PARTE DISPOSITIVA

1º.- SE DESESTIMA LAS MEDIDAS CAUTELARÍSIMAS PRETENDIDAS POR LA PARTE ACTORA.

2º.- Y A LOS EFECTOS DE LA MEDIDA CAUTELAR ORDINARIA SE FIJA UN PLAZO QUE TERMINARÁ EL DÍA 4 DE ENERO DE 2022 A LAS 10 HORAS PARA QUE LA PARTE DEMANDADA PUEDAN FORMULAR SUS ALEGACIONES.

SIN COSTAS.

Hágase saber que el presente Auto es susceptible de Recurso de Reposición, que habrá de interponerse ante esta misma Sección en el plazo de cinco días a contar desde su notificación

Así por este Auto lo mandamos, pronunciamos y firmamos.