

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

RECURSO Nº: 39/2022

PARTES: FEDERACIÓ CATALANA D'ASSOCIACIONS D'ACTIVITATS DE
RESTAURACIÓ I MUSICALS C/ GENERALITAT DE CATALUNYA

AUTO

Ilustrísimos Señores:

Presidente

D. MANUEL TÁBOAS BENTANACHS

Magistrados

D. FRANCISCO LÓPEZ VÁZQUEZ

D^a. MARÍA LUISA PÉREZ BORRAT

A 31 de enero de 2022.

ANTECEDENTES DE HECHO

UNICO.- En fecha 28 de enero de 2022, la FEDERACIÓ CATALANA D'ASSOCIACIONS D'ACTIVITATS DE RESTAURACIÓ I MUSICALS, que, según manifiesta, tiene adheridas múltiples actividades bares musicales y discotecas y similares de todo el territorio de esta comunidad en representación de los locales que tiene adheridos interpone recurso contencioso-administrativo contra la **RESOLUCIÓN SLT/99/2022, de 26 de enero, por la que se establecen las medidas en materia de salud pública para la contención del brote epidémico de la pandemia de COVID-19 en el territorio de Cataluña**, publicada en el DOGC de 27 de enero y que entró en vigor a las 00:00 horas del 28 de enero de 2022.

Por medio de otrosí, al amparo del art. 135 de la LJCA, solicita que se acuerde la suspensión urgente del apartado 3.16, párrafo 1º de la resolución recurrida en los términos y condiciones que solicita o, subsidiariamente, que se adopte una medida positiva que permita funcionar a los espacios al aire libre con dicha tipología de licencia.

Subsidiariamente, para el caso de que no se adopte ninguna de las medida cautelarísimas solicitadas, interesa la suspensión como MEDIDA CAUTELAR ORDINARIA, en virtud de los artículos 129 y s.s. de la LJCA.

Se ha designado Magistrada Ponente en este recurso a la Ilma. Sra. Dª María Luisa Pérez Borrat, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. – Medidas cautelarísimas solicitadas

En el escrito de interposición se solicita por medio de otrosí que se adopte inaudita parte la suspensión del apartado 3.16 la Resolución impugnada o, subsidiariamente, que se acepte la medida cautelar con respecto a actividades con licencia de discoteca, sala de fiestas y sala de baile al aire libre así como en aquellos espacios de dichas actividades que se encuentren al aire libre y, por ello, suspender la vigencia de la resolución recurrida en cuanto a dichos espacios de acuerdo con el horario reglamentario o fijado en ordenanza municipal.

SEGUNDO. – Fumus boni iuris y periculum in mora. Disconformidad a Derecho de la Resolución impugnada

La parte actora afirma que concurre el fumus boni iuris y que la Resolución impugnada no es ajustada a Derecho en base a los fundamentos que sucintamente se exponen a continuación.

A. El primer bloque argumental examina la cuestión del fumus boni iuris.

2.1 Para la actora es relevante que se haya levantado recientemente la prohibición de reuniones de más de 10 personas en espacios públicos y privados en relación con la circunstancia de que no exista oferta legal [de ocio integrado en el apartado 3.16.1º de la Resolución] más allá de las 3:00 horas y que se haya levantado el toque nocturno avoca a la gente a “los botellones y fiestas privadas”, reuniones en las que se “producen muchísimos contagios” porque “nadie lleva mascarilla ni

guarda distancia de seguridad”, lo que sido *reconocido* por la Agencia de Salud Pública de Cataluña.

Añade que en dichas reuniones o a consecuencia de las mismas se producen graves desórdenes públicos y actos delictivos lo que justificaría la urgencia de la medida solicitada y que se suspendiera la restricción impugnada, permitiendo reabrir dichas actividades clausuradas con un 80% del aforo para salvaguardar la salud pública, el orden público y la integridad física y la vida de muchas personas que se hallarán totalmente desprotegidas.

Expone que en la pieza separada de medidas cautelares del recurso ordinario 360/21, del que conoce esta misma Sección, la Administración demandada aportó un informe de la Agencia de Salud Pública de Cataluña, de 31 de agosto de 2021, reconociendo de forma expresa, directa y clara que combinar el cierre del ocio nocturno legal con el levantamiento del límite de 10 personas en el derecho de reunión, avoca a la gente a la práctica del botellón, un “evento super diseminador del virus” porque en dichas reuniones nadie lleva mascarilla ni guarda la distancia de seguridad, admitiendo la alta probabilidad de que accedan a dichos eventos personas contagiadas, asintomáticas, que contagien al resto de personas especialmente si se produce en espacios cerrados, como domicilios particulares, ya que la gente no lleva mascarilla y levanta mucho la voz. Además, la demandada venía manteniendo la medida de cierre de la oferta legal con la prohibición de reunión de más de 10 personas, combinación de medidas que ahora no puede defender, máxime después de apreciar que el cierre de la oferta legal y la eliminación de la limitación del derecho de reunión avoca a la gente a concentrarse en botellones y fiestas privadas ilegales. A estos efectos, aporta como doc. 5 copia del Auto dictado por la Sala el 9 de diciembre de 2021, que transcribe una parte del informe de la Agencia de Salud Pública, de 31 de agosto de 2021.

Invoca el art. 55. bis de la Ley 18/2009 de Salud Pública de Cataluña, para alegar que alargar un solo día más la restricción cuya suspensión solicita es del todo “injustificado y contraproducente” cuando la demandada ha alertado del grave riesgo que supone para la salud pública mantenerla en estas condiciones, especialmente teniendo en cuenta que se solicita la reapertura de los locales legales con un 80% de aforo y medidas de seguridad inherentes a los mismos.

Del mismo modo, considera que no está justificado esperar al día 11 de febrero como ha preanunciado el Conseller, fecha aleatoria y no fehaciente que no obedece a ningún criterio epidemiológico, reiterando que mantener la restricción que aquí se cuestiona alimenta el ocio ilegal, los contagios y empeora los datos epidemiológicos.

Tilda de contradictoria la actividad impugnada porque el fundamento utilizado por la Administración demandada para justificar la medida restrictiva de cierre de los locales legales de ocio nocturno porque es el mismo argumento que utilizó en su día respecto de los botellones y las fiestas ilegales, que había calificado como de eventos “superdiseminadores del virus”, admitiendo que la escasez de oferta de

ocio nocturno legal fomentaba su práctica pretendiendo hacer creer “que los locales legales son los lugares donde se produce el mayor número de contagios cuando Cataluña es líder en contagios, hospitalizaciones y UCIs mientras los locales legales han permanecido cerrados desde el 23/12/21 !!!!”.

Considera que, si bien la Administración aduce una grave situación de riesgo muy alto para justificar el mantenimiento del cierre de la oferta legal, no “puede ser tan grave si se están levantando todas las restricciones, pero en cualquier caso lo que queda claro es que no ha sido tampoco generada por el ocio nocturno legal”. Además, la restricción aboca a la gente al ámbito ilegal e inseguro.

Esta “gravísima contradicción” y “la temeridad que supone actuar sin tener en cuenta algo tan grave ya conocido” (argumento aportado sorprendentemente por la propia demandada) justificaría que se dejara en suspenso la medida restrictiva recurrida pues, en otro caso, se promoverán las concentraciones ilegales con el consiguiente riesgo para la salud pública y la seguridad de las personas.

Detalla determinadas noticias de prensa que relatan los acontecimientos que tuvieron lugar durante las Fiestas de La Mercé de Barcelona (septiembre de 2021) cuando el ocio nocturno estaba cerrado y no existía el límite de 10 personas en derecho de reunión (“entre los días 7 de septiembre —fecha en la que se levantó el límite de 10 personas en derecho de reunión con el ocio nocturno cerrado- y el 8 de octubre de 2021 —fecha en la que se reabrió el ocio nocturno legal”), significando los gravísimos desórdenes públicos e incidentes con concentraciones de más de 20.000 y 30.000 personas y destacando el agravante de que la propia demandada ya sabía lo que ella misma estaba promoviendo, según informe de 31 de agosto de 2021. Estos precedentes le llevan a tildar de sorprendente la Resolución que ahora se impugna (doc. núm. 6 a 10). Afirma que estos graves incidentes del pasado año “obligaron finalmente a la Generalitat” a reabrir “de forma precipitada el ocio nocturno legal el día 8 de octubre de 2021, fórmula con la que se consiguió absorber la mayor parte de la práctica de ocio nocturno ilegal”.

En el mismo sentido, se hace eco de unas declaraciones del comisario jefe de los Mossos de Esquadra, que el 24 de enero de 2022 adujo que “el fin del toque de queda y el ocio nocturno cerrado es una de las peores combinaciones”, situación peor en este caso en que junto a dicha combinación se levanta el límite de diez personas en reuniones y de otras declaraciones del primer teniente de alcalde del Ayuntamiento de Barcelona, efectuadas el 23/01/2022, solicitando la reapertura del ocio nocturno para evitar los botellones (docs. 11 y 12).

Reitera que en los “botellones y fiestas privadas no existe ningún tipo de control de aforo ni se cumple ninguna medida sanitaria ni de seguridad”, la gente bebe de la misma botella, comparte cigarrillos, están amontonados al aire libre o en pisos (en pisos de 90 m² se llegan a reunir entre 30 y 40 personas, superando el aforo máximo permitido en un 700 u 800%) sin usar la mascarilla, lo que los convierte en eventos “superdiseminadores del virus”, cuando podrían divertirse en un espacio

legal y seguro.

Además, las medidas que se adoptan en restaurantes o bares, que cumplen las medidas sanitarias y de seguridad, habrán devenido inútiles si “las mismas personas posteriormente se desplazan al ámbito ilegal sin medidas sanitarias y de seguridad, con el añadido de los problemas de inseguridad a los que se verán expuestos”.

Por otra parte, afirma que muchos “jóvenes residentes en Cataluña, se ven obligados a desplazarse a Madrid para salir de fiesta con el consecuente riesgo de sufrir un accidente si van en vehículo por carretera aunque muchos van en tren y allí también corren el riesgo de contagiarse ya que se trata de recorridos largos (véase a tal efecto la noticia acompañada como documento núm 14)”.

Todo ello justificaría, a su entender, haría que sea totalmente inútil y contraproducente la medida aprobada porque la gente interactúa igualmente y lo hace sin ningún tipo de medida sanitaria y con mayor riesgo de contagio, con más problemas de inseguridad.

Finalmente, entiende que si el art. 130.2 de la LJCA prevé que la medida pueda denegarse si de ésta se derivara una perturbación grave de los intereses generales o de tercero -lo que debe ponderarse en forma circunstanciada por el Tribunal-, en este caso, se está en el supuesto contrario. Sería la adopción de la medida la que evitaría la gravísima perturbación de los intereses generales.

2.2 Razona que la medida restrictiva, en vigor desde el pasado 23 de diciembre de 2021, se ha mostrado totalmente ineficaz y desproporcionada y contraproducente y que lo será más por lo dicho anteriormente, lo que debería comportar la adopción de la medida cautelar solicitada.

Compara los datos epidemiológicos en Cataluña cuando fueron inicialmente aprobadas las medidas para contener la pandemia (el día 21 de diciembre de 2021) y los datos existentes 17 días después de vigencia de las restricciones (7 de enero de 2022), para concluir que la medida restrictiva cuya suspensión se solicita es ineficaz. Acompaña los docs. núm. 15 y 16 que son informes oficiales del Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias (en adelante, CCAyES) del Ministerio de Sanidad del Gobierno de España “donde se puede ver que la Comunidad Autónoma de Cataluña presentaba, en fecha 21-12-2021, 1.989 pacientes hospitalizados por COVID y 386 pacientes en las UCIs, siendo que, a fecha 07-01-2022, presentaba 3.247 pacientes hospitalizados por COVID y 519 pacientes ingresados en las UCIs” una cuarta parte de los pacientes ingresados en las UCIs de todo el Estado Español (519 / 2.056), todo ello con la restauración cerrada desde la 1h y el ocio nocturno cerrado totalmente.

El doc. núm. 17, consiste en un informe del CCAyES del Ministerio de Sanidad, de 26 de enero de 2022, y ofrece la “evolución posterior”. Según el mismo, Cataluña

“tenía 4.480 pacientes hospitalizados (2.491 más que en el día 21-12-2021) y 560 pacientes en las UCIs (174 más que el día 21-12-2021), acumulando más del 26% de todos los pacientes ingresados por Covid en UCIs de todo el Estado español (560/2.152), a pesar de haber aplicado las medidas más restrictivas”.

Los datos relativos a la evolución del número de contagios ponen de relieve que Cataluña es la Comunidad Autónoma “que más contagios sumó entre los días 24-12-2021 y el día 7-1-2022, ya que alcanzó la cifra de 244.996 contagios en 14 días, mientras que Comunidades como Madrid o Andalucía, con medidas mucho menos restrictivas y con todo el ocio nocturno legal abierto, sumaban 161.249 y 133.481 contagios respectivamente”.

La evolución posterior indica que “Cataluña es la Comunidad Autónoma que más contagios sumó también entre los días 12-01-2022 y 26-01-2022, con todo el ocio nocturno legal cerrado, ya que alcanzó la cifra de 407.245 contagios en 14 días, mientras que Comunidades como Madrid o Andalucía, con el ocio nocturno abierto, sumaban 128.086 y 102.607 contagios respectivamente”. Estos datos demuestran que Cataluña triplica a fecha de hoy los casos de otras comunidades como Madrid y Andalucía y Cataluña es responsable de un 27% de los casos totales en los últimos 14 días en todo el Estado español”.

Alega que en los países que cita se ha decidido levantar todas las medidas restrictivas, incluso las de ocio nocturno, ante su ineficacia, habiéndose demostrado que limitar el ocio nocturno es contraproducente como ha venido sosteniendo la parte actora.

Invoca el art. 56 de la Ley 39/2015 que obliga a las Administraciones Públicas a, obliga a la Administración a respetar los principios de proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad.

Entiende que ha quedado demostrado que el resultado de las medidas aprobadas por la Administración no han tenido ningún tipo de efectividad y son desproporcionadas porque existen medidas alternativas menos gravosas y más eficaces “como por ejemplo someter el acceso a la presentación de un test previo negativo o prohibir consumir en la pista de baile y llevar mascarilla mientras no se esté consumiendo o instalar equipos de bioseguridad como ahora aparatos de desinfección de aire y superficies etc. pero no cerrar todas las actividades de ocio nocturno de forma generalizada como se está haciendo ahora en la resolución recurrida abocando a la gente a los espacios incontrolados e incontrolables sin posibilidad de ninguna alternativa legal”.

Trae a colación el voto particular al Auto dictado en fecha 23 de febrero en el recurso ordinario 70/2021, que parcialmente reproduce y considera que quedó demostrado que la ampliación del horario tan restringido en el sector de restauración no redundó en un aumento de contagios sino que disminuyeron porque “es evidente que siempre habrá menos contagios en locales controlados, legales y con medidas

sanitarias y de seguridad que en espacios no adecuados para que se concentren importantes grupos de personas sin ningún tipo de control”.

Expone unas declaraciones del Conseller de Salut de la Generalitat que, hace pocos días, “reconoció que de haber sabido que el comportamiento de la nueva variante omicron era el que era, no hubiera adoptado las medidas restrictivas aprobadas en su día y ello lo dijo después de comprobar la ineficacia de las mismas y después de obtener el aval de esa Excma Sala. Entre otras declaraciones, también argumentó que esta variante debería de ser tratada como una gripe. Por ello no se puede justificar el mantenimiento del cierre del ocio nocturno legal ni un día más (doc. 18 y 19 que recogen diferentes noticias de 21 de enero de 2022).

Reproduce parte de una entrevista al Conseller de Sanitat de Catalunya por una emisora de radio "Des del 20 de diciembre se han infectado 800.000 personas por Omicron pero lo han hecho de manera leve, y por cada 1000 infectados un 0,6% acaba en la UCI" ; "Si hubiésemos sabido que Omicron es como es, evidentemente no habríamos adoptado las restricciones adoptadas", admitiendo que "no es malo que el número de contagios sea alto porque quiere decir que habrá más gente inmunizada". A todo ello, la parte actora añade que “no sin antes haber arruinado innecesariamente a miles de familias que viven de la restauración y el ocio nocturno y cuando dichas fechas navideñas eran claves para poder rehacerse de la situación de ruina que arrastran”.

Y de otras declaraciones del Consejero de Sanidad de la CA de Andalucía en una entrevista concedida a Europa Press, el 15 de enero de 2022, que expuso que descartaba medidas restrictivas porque el virus lo tienes en tu casa y en los familiares y no en los grupos sociales ni vinculados al ocio nocturno" (doc. 20). Andalucía, destaca, según los informes oficiales del CCAYES que aporta es la Comunidad donde menos contagios se producen y dónde a fecha de hoy hay una cifra muy baja de pacientes en las UCIs (226) a pesar de no tener restricciones en restauración ni ocio nocturno (menos de la mitad de los que hay en Cataluña -560- e incluso menos que los que hay en Madrid -302-).

2.3 Reitera que mantener cerrados sine die y de forma generalizada actividades de ocio nocturno fomenta los botellones y fiestas privadas, por lo que la Administración está obligada a buscar fórmulas alternativas y respetar los límites del art. 55 bis de la Ley 18/2009, de salud pública de Cataluña, en la línea del Auto dictado por esta Sala el 9/12/2020. Con mayor razón después del reciente levantamiento del límite impuesto hasta fecha de hoy al derecho de reunión y después del reconocimiento expreso de la demandada de que el cierre de las actividades legales propicia la práctica de botellones y fiestas privadas. Debe a innovar en cuanto a medidas restrictivas y no aplicar las mismas medidas que adoptó en julio de 2020 cuando nadie estaba vacunado y los avances científicos y tecnológicos en materia de lucha contra el covid era prácticamente inexistentes, teniendo en cuenta que la administración se vio obligada a reabrir locales de ocio nocturno legales tras los incidentes acaecidos durante la celebración de las fiestas de La Mercè de

Barcelona, preservando la salud adoptando medidas restrictivas para acceder a dichos locales, lo que contribuyó a que personas entre 20 y 29 años optaran a vacunarse (doc. 21). Ahora, en cambio, parece que el certificado covid no es importante.

Cita al reconocido epidemiólogo Oriol Mitjà que, en julio de 2021, reconoció en una entrevista “la necesidad de que se implementara un sistema de acceso seguro a los locales permitiendo únicamente el acceso a personas vacunadas o con test previo negativo” lo que fue defendido por la actora sin que la demandada le hiciera caso (doc. núm 22).

El 2 de julio de 2021 el Conseller de Salut admitió implementar un sistema de tests previo para acceder de forma segura a los locales de ocio nocturno. No obstante, “no hizo nada al respecto, acordando tan solo 6 días más tarde cerrar todos los locales de ocio nocturno interiores y 13 días más tarde todos los locales de ocio nocturno al aire libre, produciéndose como consecuencia de ello los graves altercados y botellones que todos conocemos que se produjeron en la UAB, fiestas de Sants, Gràcia y La Mercè” que eran evitables como lo son los que se van a producir el fin de semana (28 a 30 de enero) (doc. 23).

Afirma que, pese al elenco de medidas recogidas en el art. 55 de la ley 18/2009 (donde el cierre de la actividad por un plazo de quince días es la última a adoptar), la Administración no puede justificar que no existen medidas alternativas ni la Resolución recurrida es capaz de buscar una medida alternativa menos gravosa o invasiva que la limitación horaria o el cierre de actividades que es desproporcionada, innecesaria, ineficaz, contraproducente, medida que se viene prorrogando sistemáticamente desde hace más de un año y medio, a pesar de la limitación temporal del art. 55 bis.3 de la Ley 18/2009.

Sostiene que la medida de apertura de los locales de ocio nocturno entre los días 21 de junio y 8 de julio de 2021 no funcionó por no haber implementado el test previo negativo y entre los días 8 de octubre y 23 de diciembre de 2021 (terminó con los macro botellones y los desórdenes públicos y, dentro de lo que cabe, funcionó correctamente con el certificado covid ya que fue motivo de vacunación para muchos jóvenes.

Tampoco tiene en cuenta el incivismo y otros factores personales y temporales de quienes se ven obligados a concentrarse en otros lugares inseguros y que no cumplen ninguna norma sanitaria ni los “daños colaterales que está provocando con las severas medidas que aprueba y que provocan la ruina de miles de familias de forma innecesaria y graves trastornos mentales en sus miembros”.

Por otra parte, sostiene que la existencia de novedosos aparatos purificadores de aire y sistemas de ventilación por ionización por plasma frío que eliminan todos los virus del aire en espacios interiores en un 99'9%, debidamente certificados por la Unión Europea (doc. 24) ha sido obviada e ignorada por la administración

demandada pese a que son medidas menos invasivas y más eficaces que las que prevé la resolución recurrida que se conseguiría mejorar la situación epidemiológica global, evitándose causar un daño mayor del que se está causando, cumpliéndose con lo ordenado por el artículo 55 bis) de la Ley de Salud Pública de Cataluña.

Invoca el principio "in dubio pro libertate", que es inexcusable en la materia y que tenía consagración positiva en el artículo 6.2 del RSCL, al establecer que "si fueran varios los actos de intervención admisibles, se elegirá el menos restrictivo de la libertad individual" y en la línea el art. 53.2 LPC), principio que se presenta con la fuerza renovada que le presta la norma constitucional. La libertad es la regla. La limitación es, en cambio, la excepción que como tal, hay que interpretar restrictivamente, de modo que toda limitación de un derecho fundamental debe ser lo menos onerosa y perjudicial posible.

En consecuencia, entiende que limitar de forma indiscriminada un derecho constitucional como es la libertad de empresa (Art. 38) o al trabajo (artículo 35), aunque sea de forma parcial y de forma innecesaria e injustificada, vulnera los derechos fundamentales a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva de los afectados, lo cual es pues inaceptable, al margen de que, a nuestro criterio, la demandada no tiene competencias para dictar restricciones en materia de seguridad pública ya que ello es competencia exclusiva del Estado.

Por ello pues, sostiene que debe dejarse en suspenso, de forma urgente e inaudita parte, la restricción contemplada en el apartado 3.16 de la resolución recurrida.

2.4 Articula una petición subsidiaria de suspensión respecto a actividades con licencia de discoteca, sala de fiestas y sala de baile al aire libre así como en aquellos espacios de dichas actividades que se encuentren al aire libre y, por ello, suspender la vigencia de la resolución recurrida en cuanto a dichos espacios de acuerdo con el horario reglamentario o fijado en ordenanza municipal.

Para fundar esta medida, reitera las diversas medidas adoptadas más allá del 31/8/2021, que ha provocado casi 20 meses de cierre en total, tanto los espacios interiores como al aire libre y que se ha justificado en que discotecas, salas de fiesta y salas de baile hay riesgo de contagio por tratarse en muchos casos de "espacios cerrados" (informe de 23 de julio de 2020 del doc. 25; de 31 de agosto de 2021 y de 30 de julio de 2021, doc. 26), porque no hay aglomeración al estar sujetos a un aforo y existe menos riesgo en otras actividades privadas.

Entiende que, aunque los informes evacuados por la Administración correspondan a otro recurso, vinculan a la Administración que no puede ir en contra de sus propios actos. En consecuencia, no fuera aceptada la suspensión de la vigencia de todo el apartado 3.16 de la resolución recurrida para todas las actividades afectadas, solicita que se acuerde la suspensión de la vigencia de la resolución en cuanto a la apertura al público de actividades al aire libre con licencia de discoteca, sala de baile y sala de fiestas y a todos los espacios al aire libre que ostenten dicha licencia

y siempre cumpliendo el horario reglamentario (Orden INT 358/2022 en relación con el Decreto 112/2010) o el de la ordenanza municipal que le sea de aplicación, todo ello por haber quedado claro que la medida en espacios no cerrados no tiene justificación alguna y todo ello con un 80% de aforo.

B. En el segundo bloque argumental, argumenta la existencia del periculum in mora.

En cuanto a este presupuesto, afirma que los “daños y perjuicios sufridos por el sector del ocio nocturno son irreparables para muchos que ya han perdido la posesión de sus locales y de muy difícil reparación para el resto que están a punto de perder no tan solo sus locales si no también todo su patrimonio, teniendo dificultades para mantener a sus familias, habida cuenta de que llevan 23 meses soportando restricciones durísimas. Debido a ello pues, por desgracia, estos daños y perjuicios son más que notorios”. Invoca el Auto de 20 de mayo de 2021, que declara que “era un hecho notorio que el sector de la hostelería y la restauración lleva sometido desde hace varios meses a unas restricciones motivadas por la pandemia Covid 19 que han llevado a la ruina a muchos empresarios del sector y, asimismo, a/ paro o cuando menos a un futuro laboral tenebroso, a un sector importante de los trabajadores del ramo o vinculados a él. Se trata de una situación de agonía económica que viene arrastrándose desde hace tiempo. En el anterior sentido, supeditar cualquier acción paliativa o de aseguramiento al dictado de una sentencia firme de fecha incierta, podría hacer que el fallo que se dictase en su día en los autos principales, de ser estimatorio llegase demasiado tarde, máxime en un contexto en el que las ayudas de la administración han sido muy limitadas”.

Considera que, dadas las medidas que han afectado al sector durante 20 de los 23 meses que llevamos de pandemia, debería acordarse la medida cautelar solicitada porque, aunque la sentencia que se dictara en su día fuese estimatoria, ya llegaría demasiado tarde y la no suspensión haría que el recurso perdiera su finalidad.

Las ayudas al sector del ocio nocturno son insuficientes porque se han causado daños y perjuicios por valor de más de 6.000.000.000 de euros y se le han satisfecho tan solo 60.000.000 de euros, aprobadas en cinco líneas. La última correspondiente a la navidad y fin de año de 2021 todavía no la han cobrado así como tampoco se ha cobrado ninguna con relación al cierre del verano de 2021 y ello cuando una gran parte de los locales de este sector concentran el 80% de su facturación anual en la temporada de verano y navidad.

Refiere que los empresarios y trabajadores del sector se encuentran actualmente totalmente ahogados por deudas en concepto de alquiler y créditos bancarios, deudas a la hacienda pública y a la Seguridad Social, situación que tan solo podrían llegar a remontar trabajando a un 200% de lo que lo venían haciendo antes de la pandemia, augurando que cada día serán menos las empresas que van a llegar vivas al final de la pandemia si no se les permite desempeñar su actividad.

Aunque “muchos empresarios ya no podrán remontar su situación personal ya que

han sido desahuciados de sus locales”, suspender las limitaciones que solicitamos en este recurso “pueden evitar que otros empresarios y trabajadores se vean abocados a la misma situación irreversible, por lo que teniendo en cuenta que en Catalunya más de 35.000 personas viven del sector del ocio nocturno” por lo que es urgente que se restablezca la actividad por los motivos ya dichos y por razones de índole económica, sea el daño irreparable o no, y por “razón de protección de la salud pública y de la seguridad de las personas, para proteger a esos miles de jóvenes que se verán abocados a la práctica del ocio nocturno ilegal e inseguro, habida cuenta de la escasez de ocio nocturno legal, siendo que ello así ha sido reconocido por la propia Agencia de Salud Pública de Cataluña que califica dichos eventos como de "superdiseminadores del virus", todo ello al margen de los gravísimos problemas de orden público y de inseguridad que afectarán a miles de jóvenes que no podrán elegir una oferta de ocio nocturno legal y segura”.

Al considerar que concurre también el presupuesto del periculum in mora, entiende que las medidas solicitadas han de adoptarse por el Tribunal.

TERCERO. – El apartado 3.16 de la RESOLUCIÓN SLT/99/2022, de 26 de enero, por la que se establecen las medidas en materia de salud pública para la contención del brote epidémico de la pandemia de COVID-19 en el territorio de Cataluña

El apartado 3.16 de la Resolución que dispone lo siguiente:

- “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.** [la negrita no está en el original].*
- 2. Las actividades señaladas en el epígrafe anterior no se pueden autorizar como actividades recreativas musicales de carácter extraordinario.*
- 3. En el caso de los locales o establecimientos con licencia o que hayan presentado la comunicación previa como salas de concierto, cafés teatro o cafés concierto, les son aplicables las limitaciones señaladas en el apartado 3.7 de esta Resolución. A los restaurantes musicales, además, les son aplicables las condiciones del apartado 3.9 de esta Resolución. En esta tipología de locales o establecimientos no está permitido habilitar pistas o zonas para baile.*
- 4. El horario de cierre de los locales o establecimientos a que hace referencia el número anterior es el establecido en el apartado 3.1 de esta Resolución”.*

CUARTO. - Sobre las medidas cautelarísimas y sus requisitos

El art. 129 de la LJCA faculta a los interesados a solicitar en cualquier estado del

Página 11 de 15

proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia.

Los presupuestos para la concesión en el procedimiento administrativo y procedimientos especiales de las medidas se regulan en el art. 130 de la LJC, conforme al que:

“1. Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso.

2. La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada”.

En este caso, las medidas que se solicitan vienen determinadas, además, por la regulación del art. 135.1 de la LJCA para el caso de que concurran circunstancias de especial urgencia ante la adopción de medidas cautelares en el procedimiento contencioso-administrativo y procedimientos especiales, en los siguientes términos:

“Cuando los interesados alegaran la concurrencia de circunstancias de especial urgencia en el caso, el juez o tribunal sin oír a la parte contraria, en el plazo de dos días podrá mediante auto:

a) Apreciar las circunstancias de especial urgencia y adoptar o denegar la medida, conforme al artículo 130. Contra este auto no se dará recurso alguno. En la misma resolución el órgano judicial dará audiencia a la parte contraria para que en el plazo de tres días alegue lo que estime procedente o bien convocará a las partes a una comparecencia que habrá de celebrarse dentro de los tres días siguientes a la adopción de la medida. Recibidas las alegaciones o transcurrido el plazo en su caso o bien celebrada la comparecencia, el juez o tribunal dictará auto sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada, el cual será recurrible conforme a las reglas generales.

En cuanto se refiere a la grabación de la comparecencia y a su documentación, serán aplicables las disposiciones contenidas en el artículo 63.

b) No apreciar las circunstancias de especial urgencia y ordenar la tramitación del incidente cautelar conforme al artículo 131, durante la cual los interesados no podrán solicitar nuevamente medida alguna al amparo del presente artículo”.

En los diferentes autos que este mismo Tribunal ha dictado en relación a la misma o similar actividad de los locales afectados por el apartado 3.16 de la Resolución impugnada, ha tomado en consideración la doctrina del Tribunal Supremo sobre las medidas cautelarísimas en situaciones como la presente, destacando la contenida 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:

“III.- 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”.

QUINTO. – Aplicación del régimen legal al caso de autos

Dicho lo anterior, debemos hacer las siguientes consideraciones.

5.1 Lo determinante en el caso de las medidas cautelarísimas, que han de adoptarse *"inaudita parte"*, es que concurren razones de excepcionalidad, de urgencia, que aconsejen una especial protección en sede cautelar del derecho a la tutela judicial efectiva. La doctrina del Tribunal Constitucional y del TJUE, así como de órganos inferiores, vienen reconociendo que el derecho a la tutela judicial efectiva se manifiesta también en sede de medidas cautelares.

Pero tal tutela cautelar preventiva exige que concurren los presupuestos legales, entre ellos, la excepcionalidad o urgencia.

En cualquier caso, la medida cautelar ha de ser adecuada y su finalidad es preservar el resultado de una futura sentencia favorable al recurrente (aquí entraría el *fumus boni iuris*) por existir un cierto grado de probabilidad de que la ejecución de la Sentencia pudiera peligrar por el transcurso del proceso si no se adoptase la medida cautelar o cautelarísima en cuestión.

Todo ello resulta del art. 130.1 de la LJCA, que exige al Tribunal una valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, matizando, además, que la

medida solo podrá adoptarse “únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso.

5.2 La situación ha de ser más cautelosa en casos de solicitud de medidas cautelarísimas porque éstas se solicitan y, en su caso, se conceden inaudita parte, caso en el que la ley prevé un trámite rápido de ratificación o levantamiento de las medidas.

El objeto de este proceso es relevante porque se cuestiona la legalidad de las limitaciones establecidas por la Administración en materia de salud pública que mantiene cerrado el ocio nocturno en los términos que resulta del apartado 3.16 de la Resolución, por razones de interés público.

Al examinar el *fumus boni iuris* este Tribunal debe tener en cuenta la situación de pandemia que viene padeciendo esta Comunidad Autónoma (territorio al que se limita nuestra competencia) y la naturaleza temporal y limitada de las medidas limitativas o restrictivas establecidas en cada caso, de tal manera que la petición inaudita parte no es el procedimiento adecuado para resolver sobre esta cuestión, aunque la parte refuerce la urgencia en que la medida entra en vigor el mismo día de la semana en que se solicita la medida (viernes) a las puertas de un fin de semana donde el ocio tiene una especial proyección social. Es conocido por los sectores afectados, como el que representa la asociación recurrente, que no se ha adoptado ninguna medida cautelarísima porque la apreciación de los intereses públicos contrapuestos, el interés privado de quienes desempeñan la actividad económica limitada que defiende la actora y la protección del interés público, la salvaguarda de la salud pública, que debe ser preservado por la Administración, aconseja conceder una audiencia, reducida como se dirá en la parte dispositiva, a la Administración demandada.

En consecuencia, no se aprecian 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, donde se resolverá la petición de la demandante bajo el principio de contradicción.

4.2 Lo dicho en el apartado anterior sería suficiente para denegar las medidas cautelarísimas solicitadas, al amparo del art. 135.1.b) de la LJCA.

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. NO SE APRECIAN LAS CIRCUNSTANCIAS DE ESPECIAL URGENCIA. SE DENIEGAN LAS MEDIDAS CAUTELARÍSIMAS PRETENDIDAS POR LA PARTE ACTORA.

2º. - ORDENAR LA TRAMITACIÓN DEL INCIDENTE CAUTELAR CONFORME AL ART. 131 DE LA LEC DURANTE EL CUAL LOS INTERESADOS NO PODRÁN SOLICITAR NUEVAMENTE MEDIDA ALGUNA, AL AMPARO DEL PRESENTE ARTÍCULO.

3º. - A LOS EFECTOS DE TRAMITAR LA MEDIDA CAUTELAR ORDINARIA CON LA URGENCIA QUE REQUIERE SU NATURALEZA SE FIJA UN PLAZO QUE TERMINARÁ EL DÍA 1 DE FEBRERO DE 2022 A LAS 10 HORAS PARA QUE LA ADMINISTRACIÓN DEMANDADA PUEDAN FORMULAR SUS ALEGACIONES.

3º.- SIN COSTAS.

Así por este Auto lo mandamos, pronunciamos y firmamos.