

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
Sección 3ª

Recurso ordinario Sala TSJ núm. 2.075/2021 (265/2021)

Parte actora:

Procurador: Diego Sánchez Ferrer

Parte recurrida: Departamentos de Salud e Interior de la Generalitat de
Cataluña

Representante: abogado de la Generalitat de Cataluña

A U T O

Ilmo. Sr. Presidente de Sala:

D. Javier Aguayo Mejía

Ilmos/a Sres/a Magistrados/a:

Dña. Nuria Bassols Muntada,

D. Manuel Táboas Bentanachs

D. Francisco López Vázquez

Dña. María Luisa Pérez Borrat

Dña. María Fernanda Navarro de Zuloaga

D. José Manuel de Soler Bigas

Dña. Isabel Hernández Pascual

D. Jordi Palomer Bou

Dña. Montserrat Figuera Lluch

D. Eduardo Paricio Rallo

D. Héctor García Morago

Dña. Emilia Giménez Yuste

Dña. María Abelleira Rodríguez

Dña. Virginia de Francisco Ramos

D. Eduardo Rodríguez Laplaza

D. Andrés Maestre Salcedo

D. Juan Antonio Toscano Ortega

Dña. Margarita Cuscó Turell

Dña. Laura Mestres Estruch

Dña. Elsa Puig Muñoz

Dña. Rosa María Muñoz Rodón

Dña Rocío Colorado Soriano

D. Francisco Javier Canal García

Barcelona, diecisiete de junio de dos mil veintiuno.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En nombre de las actoras más arriba reseñadas, mediante escrito de 14 de junio de 2021, se interpuso recurso

contencioso-administrativo contra la Resolución SLT/1840/2021, de 11 de junio, por la que se prorrogan y se modifican 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 número 8.432, de 12 de junio de 2021.

Por otrosí, en dicho escrito se solicita la medida cautelar urgente de suspensión de la ejecutividad del apartado del apartado 3 (“horario de cierre”) de la RESOLUCIÓN SLT/1840/2021, de 11 de junio, en relación con los establecimientos regulados en el apartado 10 (“Actividades relacionadas con el juego”), permitiendo el funcionamiento de las actividades de juego conforme al horario ordinario establecido en sus respectivas licencias y normativa sectorial, o, subsidiariamente, que se le apliquen restricciones de horario análogas a las establecidas para la hostelería y restauración, así como a las restantes actividades de ocio (como cines, teatros o salas de concierto) o deportivas, de modo que las actividades de juego puedan abrir hasta la 1:00 horas de la madrugada.

Subsidiariamente, y para el caso de que no se adoptaran las medidas solicitadas sin audiencia de la Administración, se solicitó que esas medidas se acordasen con carácter ordinario previa audiencia de las partes.

SEGUNDO.- Por Auto de esta Sala y Sección de 15 de junio, se denegó la medida cautelar solicitada con carácter de urgencia al amparo del artículo 135.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, dando traslado de la solicitud de medidas cautelares al abogado de la Generalitat, para que pudiese presentar alegaciones antes de las 10 horas del día 17 de junio de 2021, lo que ha verificado en el sentido de oponerse a su adopción por no concurrir ninguno de los presupuestos necesarios para acceder a la misma.

TERCERO.- Con fecha quince de junio de dos mil veintiuno, por acuerdo del Ilmo. Sr. Presidente de esta Sala se convocó un pleno jurisdiccional para el día de hoy, a las 11 horas, en el que bajo su dirección

se ha deliberado sobre la posibilidad de que el Pleno, en medidas cautelares, pueda entrar a resolver la concreta pretensión cautelar planteada en el presente recurso ordinario tomando en consideración todas las circunstancias e intereses concurrentes, y habiéndose aceptado por mayoría esa posibilidad, se ha deliberado y votado sobre la expresada pretensión cautelar en los términos que se expondrán a continuación.

CUARTO.- Actúa como ponente, la Magistrada Dña. Isabel Hernández Pascual.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- En nombre de las actoras más arriba reseñadas, mediante escrito de 14 de junio de 2021, se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Resolución SLT/1587/2021, de 21 de mayo, por la que se prorrogan y se modifican 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 número 8.432, de 12 de junio de 2021.

En nombre de las actoras más arriba reseñadas, mediante escrito de 14 de junio de 2021, se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Resolución SLT/1840/2021, de 11 de junio, por la que se prorrogan y se modifican 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 número 8.432, de 12 de junio de 2021.

Por otrosí, en dicho escrito se solicita la medida cautelar urgente de suspensión de la ejecutividad del apartado del apartado 3 (“horario de cierre”) de la RESOLUCIÓN SLT/1840/2021, de 11 de junio, en relación con los establecimientos regulados en el apartado 10 (“Actividades relacionadas con el juego”), permitiendo el funcionamiento de las actividades de juego conforme al horario ordinario establecido en sus respectivas licencias y normativa sectorial, o, subsidiariamente, que se le apliquen restricciones de

horario análogas a las establecidas para la hostelería y restauración, así como a las restantes actividades de ocio (como cines, teatros o salas de concierto) o deportivas, de modo que las actividades de juego puedan abrir hasta la 1:00 horas de la madrugada.

Por Auto de esta Sala y Sección de 15 de junio de 2021, se denegó las medidas cautelares solicitadas con carácter de urgencia, y se dispuso dar a esa solicitud el trámite ordinario previsto en el artículo 131, en relación con el 135 1 b), ambos de la Ley 29/1998, de 12 de julio, de esta jurisdicción, concediendo audiencia a la Generalitat hasta las 10:00 horas del 17 de junio.

SEGUNDO.- En el Pleno jurisdiccional celebrado en el día de hoy con los Magistrados expresados en el encabezamiento de esta resolución, se ha decidido que el Pleno puede entrar a resolver sobre la medida cautelar pretendida en el presente recurso tomando en consideración todas las circunstancias e intereses concurrentes, tomando la decisión de denegar las medidas cautelares solicitadas por la actora por las razones que a continuación se exponen.

TERCERO.- La resolución respecto de la que se solicita la suspensión cautelar o la sustitución de las medidas restrictivas acordadas en ella respecto de las actividades de bingo, casinos, máquinas tragaperras, y otras actividades de juego tiene por objeto la prórroga y modificación de medidas adoptadas por los órganos competentes de salud pública en Cataluña para la contención del brote epidémico de la pandemia de COVID-19.

1.- No es preciso señalar porque lo reconoce la parte actora en su escrito de medidas cautelares, que la COVID-19 ha puesto en jaque la supervivencia de la humanidad como no se conocía otro caso debido a su facilidad y velocidad de transmisión y a su letalidad, y a que la humanidad no disponía de medidas no farmacológicas con las que hacerle frente, habiéndose aplicado desde su declaración las únicas posibles y eficaces

hasta la aprobación y aplicación de las vacunas, consistentes en evitar o reducir al máximo posible la interacción social, con reducción y exclusión en ocasiones de contacto social, y distinguiendo desde el principio entre actividades esenciales y menos esenciales o no esenciales, siendo las medidas preventivas de restricción de interacción social más severas con las actividades menos esenciales, y de las que la humanidad podía prescindir sin poner en riesgo su supervivencia y la actividad económica imprescindible a tal fin.

2.- La adopción de esas medidas por los órganos competentes en materia de sanidad pública en Cataluña, y, en concreto, por la consejera/o de sanidad debe hacerse mediante el procedimiento legalmente previsto en el artículo 55 bis de la Ley 18/2009, de 22 de octubre, de salud pública, introducido por Decreto-ley 27/2000, de 13 de julio, de modificación de la anterior y adopción de medidas urgentes para hacer frente al riesgo de brotes de COVID-19, que contempla el informe previo y preceptivo del director de la Agencia de Salud Pública de Cataluña, previa la emisión de otros informes-propuesta preceptivos de otros órganos de la misma Agencia y del Servicio Catalán de la Salud en materia epidemiológica y asistencial respectivamente.

3.- En esos informes, de los que se presenta copia al Tribunal en cada recurso contra esas medidas, se analizan todos los datos diarios y por distintas áreas territoriales con incidencia en la evolución de la pandemia y afectación del servicio sanitario, y se hacen las propuestas que los técnicos estiman más adecuadas para afrontar la pandemia, que hasta la aprobación y aplicación de la vacunas eran única y exclusivamente las de restricción de la interacción social mediante confinamiento colectivo o individual, o cuarentena, y, respecto de las actividades, la reducción de aforos, horarios, limitación de personas por grupo y distancia entre grupos, así como uso de mascarilla y limpieza de manos y superficies.

4.- Uno de los objetivos más importantes de las medidas propuestas en los informes técnicos siempre ha sido la de preservar al máximo la

funcionalidad del sistema sanitario mediante una proyección de la evolución del número de contagios y de los ingresos de agudos en hospitales y en UCI's, incrementando y aminorando las restricciones en función de la disponibilidad de camas convencionales y de críticos para atender a los enfermos de COVID, y mantener la funcionalidad del sistema para otras enfermedades o dolencias.

5.- Para objetivar la valoración de los datos epidemiológicos y asistenciales del informe, en el mismo se valoran también esos datos de acuerdo con el documento *“Actuaciones de respuesta coordinada para el control de las transmisiones de COVID-19”*, elaborado por la Ponencia de Alertas y Planes de Preparación y Respuesta, aprobado por la Comisión de Salud Pública del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, actualizado a fecha de 2 de junio de 2021, con arreglo al cual Cataluña, en función de los datos de incidencia acumulada, porcentaje de PCR positivos y otros datos como los de camas hospitalarias convencionales y de críticos ocupados por enfermos COVID, estaría en una situación de riesgo medio - nivel de alerta 2 - en la que, para ese documento, los establecimientos como *“salas de bingo, casinos, salones recreativos y de juegos y locales específicos de apuestas”* podrían abrir a un máximo de 1/3 de aforo interior, y una ocupación máxima de 6 personas por mesa o agrupaciones de mesa, cuando la resolución que se pretende suspender acepta un aforo del 70% y grupos de hasta 10 personas para esas actividades.

Señalar que el porcentaje de pacientes COVID en unidades de críticos es del 29'24 a fecha del último informe, lo que supone que en ese parámetro Cataluña todavía está en riesgo muy alto, que empieza según ese documento a más del 25%.

6.- Se pretende que el Tribunal sustituya a la autoridad competente en materia de sanidad pública en Cataluña, y que adopte las medidas que juzgue necesarias para combatir el brote epidémico de COVID en relación con las actividades del juego sin sujeción a los informes previos y preceptivos antes reseñados, pese a que los magistrados carecemos de la

formación médica y en materia de salud pública para ponderar todos los datos epidemiológicos y asistenciales en juego, y todas las proyecciones de futuro que se hacen en esos informes para ajustar las restricciones a las necesarias para compatibilizar la máxima funcionalidad y operatividad posible del sistema sanitario, y la actividad económica, y ello sin aportar ningún informe de salud pública que justifique otras medidas distintas a las propuestas por los órganos técnicos de la Administración sanitaria, o a las más restrictivas de la Comisión de Salud del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

Se plantea, pues, si este Tribunal puede sustituir a la autoridad sanitaria en la determinación de las medidas sin sujeción a informe técnico alguno y contra los informes legalmente preceptivos, teniendo en cuenta que las medidas propuestas no son únicas para cada actividad, sino que son combinaciones de medidas de aforo, horario y distancias, y se pretende que la Sección adopte las más favorables de cada grupo de medidas, esto es, que disgregue o deshaga las combinaciones propuestas por los técnicos y aprobadas en la resolución, y las vuelva a formular incluyendo las que más favorezca a los titulares de unas concretas actividades.

En este caso, las actoras, titulares o asociaciones de empresas del sector del juego, actividad que tiene un límite de aforo del 70% y grupos de máximo 10 personas, con horario hasta las 22:00, pide el horario de restauración hasta la 1:00, pero no el aforo de esta última actividad que es del 50% en interior y grupos de 6 personas.

7.- Los informes para valorar la situación epidemiológica y proponer medidas para afrontar el brote epidémico toman en consideración también el progreso en la vacunación en pauta completa y en una sola dosis, respecto de lo cual señalan *“la baja cobertura vacunal completa conseguida en la población de mayor de 16 años en Cataluña que corresponde según datos de 6 de junio al 26’7%”*.

Una simple operación matemática evidencia que el 73.3% de la población no está vacunada con pauta completa, y, por consiguiente, se encuentra en situación de riesgo de contagio, mayor o menor en función de si lleva o no una primera dosis.

En esta situación los informes técnicos no desvirtuados por prueba de sentido contrario, proponen medidas de restricción de la interacción social, que para las actividades de salones recreativos, bingos, casinos, tragaperras, son, por lo que hace a horarios, las que la actora pretende suspender cautelarmente.

Como dice el informe de la Agencia de Salud Pública nos encontramos en situación de transmisión comunitaria del virus y con una población escasamente vacunada, por lo que hay que aplicar esas medidas, y añade, prescindir de las actividades no esenciales.

8.- Concretamente, en el informe de la Agencia de Salud Pública, como justificación resumida de su propuesta, se dice que *“genéricamente, hay que seguir manteniendo las medidas que limiten las interacciones sociales, que favorecen el distanciamiento entre personas que no pertenecen a grupos de convivencia estable, prescindir de aquellas actividades no esenciales que supongan un riesgo de contagio y evitar las aglomeraciones o concentraciones de personas en espacios de concurrencia pública y privada, especialmente en lugares cerrados”*.

Las restricciones desde el inicio de la pandemia son inversamente proporcionales a la necesidad o esencialidad de la concreta actividad.

Se alega por la actora que esas medidas respecto de las actividades del juego no se encuentran justificadas y son discriminatorias o vulneran el derecho a la igualdad en relación con las adoptadas para las actividades de restauración y hostelería, solicitando la suspensión del apartado 3 de la resolución, relativo a horarios, o la equiparación de esas actividades a las de restauración.

9.- El horario límite hasta las 22:00 horas no es una medidas excepcional para las actividades de juego, como parece dar a entender la actora, sino que es la norma general para todas las actividades, siendo el horario de 6:00 a 1:00 horas excepcional para unas muy concretas, entre las que se encuentra la restauración.

El apartado 3 dispone:

“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 01.00 horas del día siguiente en caso de actividades culturales y deportivas, tiendas de conveniencia, establecimientos comerciales anexos a gasolineras y servicios de restauración, incluida la recogida en el establecimiento y la prestación de servicios a domicilio. La restauración en áreas de servicio de vías de comunicación para profesionales de transporte no queda sujeta a ninguna franja horaria”.

Como puede comprobarse, se establecen tres tipos de horarios.

No tiene límite la restauración para profesionales del transporte.

Tiene límite hasta la 01:00 horas la restauración en general y los establecimientos anexos a gasolineras y actividades culturales y deportivas.

Y el general hasta las 22:00 horas para todas las demás actividades.

Nos encontramos en el ámbito provisional y limitado de las medidas cautelares, y nada de lo que aquí se diga prejuzga la sentencia que habrá de dictarse en el declarativo con todas las garantías procesales, pero a la vista de la resolución recurrida y de los razonamientos del informe previo y preceptivo, y los anteriores al mismo, la resolución distingue entre

actividades en función de un criterio de esencialidad para atender necesidades irrenunciables y básicas de las personas, entre las que se encuentra la alimentación, especialmente para aquellas personas que se ven en la necesidad de desplazarse por carretera y que no pueden esperar a llegar a su domicilio para tomar alimentos, y se equiparan a éstas, como necesidades esenciales, las culturales y deportivas.

10.- No puede apreciarse clara y manifiestamente, como así es preceptivo en la doctrina jurisprudencial para acceder a la medida cautelar por vulneración de un derecho fundamental, en este caso el derecho a la igualdad, que se haya vulnerado este derecho, ya que no se da la identidad necesaria entre las actividades de restauración, y las culturales y deportivas, como las del bingo, salones de juego, casinos y máquinas recreativas.

No hay similitud entre la cultura y el deporte y las actividades de juego de apuestas varias, sino que prácticamente son antitéticas o diametralmente contrarias, y más desde la perspectiva de la salud y de la salud pública, pues las primeras nos alejan de la enfermedad, y las del juego, como es conocido, pueden conducir a situaciones de adicción que destruyen personas y familias, y precisan de recursos sanitarios para su superación.

Por tanto, la alimentación es necesaria para la supervivencia de las personas, y la cultura y el deporte para su progreso y salud física y mental, siendo las actividades del juego, en el mejor de los casos, actividades prescindibles en una situación de pandemia en el que se necesita aplicar medidas de distanciamiento social que hagan de barrera para la transmisión del virus.

11.- No se aprecia manifiestamente la igualdad que se alega entre actividades, ni puede considerarse inmotivada, a la luz de todo lo expuesto, ni injustificable la razón para diferenciarlas en esta concreta situación de pandemia y en la que la única medida efectiva es el distanciamiento entre personas.

Por todo lo expuesto, procede denegar la medida cautelar solicitada por la actora, sin costas.

PARTE DISPOSITIVA

Por todo lo expuesto, **ACORDAMOS:**

DENEGAR las medidas cautelares solicitadas por la parte actora en relación con la RESOLUCIÓN SLT/1840/2021, de 11 de mayo, por la cual se prorrogan y se modifican las medidas especiales en materia de salud pública para la contención del brote epidémico de la pandemia del COVID-19 en el territorio de Cataluña.

Sin condena en costas.

Contra esta resolución cabe interponer recurso de reposición en el plazo de cinco días a contar desde el siguiente a su notificación.

Lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos/a Sres/a Magistrados/a.

E/

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo acordado; doy fe.

