



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

Sección 3ª

Recurso ordinario Sala TSJ núm. 1802/2021 (229/2021)

Parte actora: ASSOCIACIÓ NACIONAL D'EMPRESARIS DE MÀQUINES RECREATIVES (ANDEMAR-CATALUNYA), PATRONAL DEL JOC PRIVAT DE CATALUNYA (PATROJOC), ASSOCIACIÓ CATALANA D'OPERADORS DE MÀQUINES RECREATIVES (ACOMAR), ASOCIACIÓN EUROPER 2000, GREMI CATALÀ DE BINGOS, ASSOCIACIÓ CATALANA DE TITULARS D'AUTORITZACIONS ADMINISTRATIVES DE SALES DE BINGOS (ASCABIN), ASSOCIACIÓ D'EMPRESARIS DE BINGO DE CATALUNYA (AEJEA)

Procurador: Diego Sánchez Ferrer

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

Representante: abogado de la Generalitat de Catalunya

A U T O

Ilmo. Sr. Presidente de Sala:

D. Javier Aguayo Mejía





Imos/a Sres/a Magistrados/a:
Dña. Núria Bassols Muntada
D. Manuel Táboas Bentanachs
D. Francisco López Vázquez
Dña. María Fernanda Navarro de Zuloaga
D. Héctor García Morago
Dña. María Abelleira Rodríguez
Dña. Laura Mestres Estruch

Barcelona, diez de junio de dos mil veintiuno.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En nombre de las actoras más arriba reseñadas, mediante escrito de 25 de mayo 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 8416, de 22 de mayo de 2021.

Por otrosí, en dicho escrito se solicita la medida cautelar urgente de suspensión de la ejecutividad del apartado 10, subapartados 1 y 2 de la Resolución recurrida, SLT/1587/2021, de 21 de mayo, “Actividades relacionadas con el juego”, en su totalidad, y que se permita el funcionamiento de las actividades del juego conforme al régimen general establecido para el resto de actividades económicas.

Subsidiariamente se solicita que se apliquen restricciones análogas a las establecidas para la hostelería y restauración, de modo que las actividades de juego: (i) apertura de las salas de juego hasta las 24 horas; y (ii) restricciones de aforo previstas en el apartado 11 de la Resolución





para el funcionamiento de los locales de hostelería y restauración en el interior del establecimiento.

SEGUNDO.- Por Auto de esta Sala y Sección de 1 de junio, notificado el 2 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 12 horas del día 7 de junio de 2021.

En esta última fecha, la parte actora presentó nuevo escrito solicitado que se aplique cautelarmente a las salas de juego, casinos y bingos restricciones análogas a las establecidas para el resto de actividades de ocio, como las de hostelería y restauración, de modo que las actividades de juego: (i) puedan abrir sus salas de juego hasta la 1:00 horas, por coherencia con lo previsto en la Resolución SLT/1778/2021, de 4 de junio, o, subsidiariamente, hasta las 24:00 horas, conforme se permite para dichas actividades por resolución SLT/1587/2021, de 21 de mayo.

En la misma fecha, el abogado de la Generalitat presentó escrito alegando, con carácter previo, la pérdida sobrevenida de objeto de la pretensión cautelar por cuanto la Resolución recurrida SLT/1587/2021, de 21 de mayo, publicada el 24 de mayo con una vigencia de 14 días, fue sustituida por la Resolución SLT/1762/2021, de 3 de junio, publicada en el DOGC 8425, de 4 de junio, por lo que ya no produce efectos.

Subsidiariamente, y en todo caso, esa parte se opone a la adopción de la medida cautelar alegando que no concurre ninguno de los presupuestos necesarios para acceder a la misma.





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

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- En nombre de las actoras más arriba reseñadas, mediante escrito de 25 de mayo 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 8416, de 22 de mayo de 2021.

Por otrosí, en dicho escrito se solicita la medida cautelar urgente de suspensión de la ejecutividad del apartado 10, subapartados 1 y 2 de la Resolución recurrida, SLT/1587/2021, de 21 de mayo, “Actividades relacionadas con el juego”, en su totalidad, permitiendo el funcionamiento de las actividades del juego conforme al régimen general establecido para el resto de actividades económicas.

Subsidiariamente se solicita que se apliquen restricciones análogas a las establecidas para la hostelería y restauración, de modo que las actividades de juego: (i) puedan abrir sus salas de juego hasta las 24 horas; y (ii) queden sujetas a las restricciones de aforo previstas en el apartado 11 de la Resolución para el funcionamiento de los locales de hostelería y restauración en el interior del establecimiento.

En nuevo escrito, presentado el 7 de junio, esa parte solicitó como medida cautelar la aplicación a las salas de juego, casinos y bingos de restricciones análogas a las establecidas para el resto de actividades de ocio, como las de hostelería y restauración, de modo que las actividades de juego: (i) puedan abrir sus salas de juego hasta la 1:00, por coherencia con lo previsto en la Resolución SLT/1778/2021, de 4 de junio, o,





subsidiariamente, hasta las 24:00 horas, conforme se permitía para dichas actividades por resolución SLT/1587/2021, de 21 de mayo.

SEGUNDO.- No puede accederse a la medida cautelar consistente en extender a las actividades relacionadas con el juego las medidas previstas en la resolución SLT/1778/2021, de 4 de junio, de cierre a las 01:00 horas, por haberse solicitado extemporáneamente, a la conclusión del plazo de audiencia a la Administración, que, por ello, no ha podido presentar alegaciones respecto de esa petición, y especialmente en atención a que la medida relativa al horario nocturno de la actividad se ha tomado en resolución de 4 de junio, que deja sin efecto la de 21 de mayo, cuya suspensión pretende la parte actora, suspensión que no puede fundamentarse en una resolución que no había entrado en vigor durante la vigencia y aplicabilidad de la resolución recurrida de 21 de mayo.

TERCERO.- Sobre la cuestión previa planteada por el abogado de la Generalitat, este Tribunal ya se ha pronunciado, entre otros, en Autos de 19 de enero de 2021, dictados en las piezas de medidas cautelares 4/2021 y 5/2021, en los siguientes términos:

La justicia cautelar forma parte del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 115/87, 238/92, 148/93, ya que “la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso”).

“La denegación de resolución sobre medidas cautelares respecto de resoluciones con una vigencia de 10 días vacía de contenido y deja sin efecto el derecho a la tutela judicial, con perjuicio añadido para la parte recurrente, ya que esas resoluciones de 10 días se podrían prorrogar por la subsistencia de la situación pandémica, apoyándose cada resolución en la precedente sin dar oportunidad a los interesados a obtener una resolución cautelar que suspenda, caso que proceda, la resolución cuya presunción de validez y eficacia, no desvirtuada en trámite cautelar,





también sirve de fundamento a la resolución subsiguiente, lo que obliga, a fin de no vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, a pronunciarse, en todo caso, sobre la medida cautelar solicitada, aún al término de su eficacia”.

No puede accederse a la pretensión de la Administración de denegar la medida cautelar por pérdida sobrevenida de su objeto, ya que la parte actora conserva un interés legítimo a que se resuelva sobre la procedencia de la suspensión de ejecutividad de la resolución recurrida a la fecha de interposición del recursos y petición de dicha medida, en todo caso como antecedente a invocar frente a la prórroga o mantenimiento de las medidas restrictivas impugnadas adoptadas en resoluciones de tan corta vigencia que impiden que pueda concederse en plazo la tutela cautelar, como acontece en el que nos ocupa, en el que la resolución, publicada el 24 de mayo, quedó sin efecto el 5 de junio.

CUARTO.- Los subapartados 1 y 2 del apartado 10 de la Resolución recurrida SLT/1587/2021, de 21 de marzo, (“Actividades relacionadas con el juego”), respecto de los que se solicita la suspensión de su ejecutividad, son del siguiente tenor:

- 10 Actividades relacionadas con el juego.

1. Los locales y espacios en que se desarrollan actividades de salones de juegos, casinos y salas de bingo pueden abrir al público con una limitación del aforo del 30% del autorizado y un máximo de 100 personas. Se tiene que garantizar la ventilación mínima establecida en la normativa vigente en materia de instalaciones térmicas de edificios.

La disposición de los clientes tienen que limitar los grupos a un máximo de diez personas y con la distancia física de dos metros entre diferentes grupos. Se tienen que establecer sistemas de control de flujos en los accesos y las zonas de movilidad que eviten las aglomeraciones y





dar cumplimiento a las medidas previstas en el plan sectorial de los establecimientos del juego aprobado por el comité de Dirección del Plan de actuación del PROCICAT.

2. Cuando, además de las condiciones establecidas en el apartado anterior, las actividades cumplan las condiciones de ventilación y calidad del aire reforzadas indicadas en el anexo 1 para todos los espacios y locales abiertos al público y se garanticen las medidas de control de aglomeraciones indicadas en el anexo 2, pueden abrir respetando el límite del aforo al 30%, hasta un máximo de 250 personas.

El desarrollo de las actividades en estas condiciones requiere la presentación por parte de los titulares de las actividades de una declaración responsable en el departamento competente en materia de juego y en el ayuntamiento del municipio donde se ubique el espacio de la actividad previamente a su desarrollo, en la cual se informará de las características de los sistemas de ventilación y calidad del aire y de los controles de accesos y movilidad, dando cumplimiento a las condiciones establecidas en los anexos 1 y 2”.

QUINTO.- La parte actora solicita que se acuerde la suspensión de la ejecutividad de los subapartados 1 y 2 del apartado 10, antes transcritos, permitiendo cautelarmente el funcionamiento de las actividades relativas al juego conforme al régimen general establecido para el resto de actividades económicas, o, subsidiariamente, que se asimile esa actividad a las de hostelería y restauración, con horario de cierre a las 24 horas, y con sujeción a las restricciones previstas para estas últimas en el apartado 11 de la resolución recurrida, en los siguientes términos:

- Se restablece el consumo en barra, con una separación interpersonal de 1'50 metros en cualquier caso.





- En el interior, el aforo se limita al 50% del autorizado y debe garantizarse una distancia mínima debidamente señalizada de dos metros entre comensales de mesas o agrupaciones de mesas diferentes. Se tienen que garantizar la ventilación del espacio mediante ventilación natural u otros sistemas de ventilación.

- En las terrazas, se tiene que garantizar una distancia mínima debidamente señalizada de dos metros entre comensales de mesas o grupos de mesas diferentes.

- El número máximo de comensales por mesa o agrupación de mesas es de seis personas tanto en el interior como en terrazas, excepto que pertenezcan a la burbuja de convivencia.

- Se tiene que garantizar la distancia de un metro entre personas de una misma mesa, excepto para personas que pertenezcan a la burbuja de convivencia. El tipo y tamaño de mesa tiene que permitir que se garantice estas distancias”.

SEXTO.- Se pretende la suspensión cautelar de los expresados subapartados del apartado 10 de la resolución recurrida, alegando que su ejecución causa graves e irreversibles perjuicios económicos a los titulares de las actividades de juego por la limitación de aforo --- 30% y un máximo de 100 personas o de 250 personas según cuales sean las condiciones de ventilación y calidad del aire ---, y de horario que no puede superar la franja de 06:00 a 22:00 horas - apartado 3 de la resolución.

(1) A los solos efectos cautelares y sin perjuicio de lo que se resuelva en sentencia, puede presumirse la realidad del perjuicio económico por las limitaciones de aforo y horario, pero no que sea irreversible o irreparable por ser causa de un quebranto económico que lleve a la ruina y cierre de las actividades de juego ya que no se aporta ninguna prueba sobre esas gravísimas consecuencia asociadas a la





ejecución de la concreta resolución recurrida, y como tiene declarado el Tribunal Supremo en Auto de 3 de junio de 1997: *“la mera alegación, sin prueba alguna, no permite estimar como probado que la ejecución del acto impugnado [o la vigencia de la disposición impugnada] le pueda ocasionar perjuicios, ni menos que éstos sean de difícil o imposible reparación”*.

En este caso, además, la resolución que impone el aforo del 30% y la limitación horaria de 6'00 a 22'00 horas es de 21 de mayo, y el 5 de junio entra en vigor la resolución de 4 de junio, que amplía el aforo al 70%, manteniendo el de la restauración al 50% - respecto de lo que no se solicita trato igualitario -, y por tanto el perjuicio irrogado sería el causado por una de aforo del 40% y 3 horas de apertura en poco más de dos semanas, que no puede prevalecer sobre el riesgo de infección, padecimiento de la enfermedad e incluso fallecimiento de las personas susceptibles de contagiarse en la actividad o por contacto con sus usuarios.

Como también dice el Tribunal Supremo en Auto de 3 de junio de 1997, entre otros, *“cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto”*.

El interés público que motiva la adopción de las medidas restrictivas relativas al juego y a otras actividades económicas radica en la preservación de la vida y la salud de las personas, seriamente amenazada por la COVID-19, y en preservar la capacidad asistencial del sistema sanitario, evitando que una alta ocupación de camas hospitalarias convencionales y de críticos condicione la actividad diaria de los hospitales.





La favorable evolución de la pandemia a la fecha de la resolución justifica para la parte actora que pueda presumirse la disminución del interés público indiscutible por la vida y la salud de las personas, y, en consecuencia, por la integridad y funcionamiento del sistema sanitario, sin necesidad, a criterio de esa parte, de presentar prueba que contradiga el informe preceptivo del director de la Agencia de Salud Pública de Cataluña, que justifica la adopción de las medidas urgentes para hacer frente al riesgo de brotes de COVID-19, emitido previo informe sobre la situación asistencial del Servicio Catalán de la Salud y de la propia Agencia sobre la situación epidemiológica y de salud pública, como recuerda la misma resolución recurrida.

Sin embargo la evolución también favorable de las medidas restrictivas de la actividad económica, y entre otras, la del juego, para la actora no justifica la presunción de la mejora económica de dichas actividades, sino por el contrario el mantenimiento de perjuicios irreparables e irreversibles causados por las resoluciones que adoptan medidas para hacer frente al riesgo de brotes de COVID-19, sin aportar prueba alguna que los cuantifique y acredite que tienen por única y exclusiva causa las limitaciones de aforo y horario dispuestas en la concreta resolución recurrida.

(2) Dispone el artículo 130.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de esta jurisdicción, que la medida cautelar puede denegarse cuando de ésta pueda seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada.

El informe de la Agencia de Salud Pública de 19 de mayo de 2021, cuyas propuestas asume la resolución recurrida, concluye que todavía se da en Cataluña una transmisión comunitaria del virus, todavía sostenida y generalizada, con una incidencia acumulada (IA) por fecha de diagnóstico en los últimos 7 días del 38%, y de 156'6 casos por 100.000 habitantes en los últimos 14 días.





En el aspecto asistencial los pacientes COVID representan un 9'27% del total de pacientes ingresados en camas hospitalarias convencionales, y de un 46'04%, en número de 389 pacientes, los que ocupan camas de críticos.

En 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, aprobado por la Comisión de Salud Pública del Consejo Interterritorial del Sistema de Nacional de Salud, los niveles de utilización de servicios asistenciales por COVID de más del 10% en camas de hospitalización, y del 15% en camas de cuidados críticos se califican como de nivel alto y muy alto, y la incidencia acumulada del 38% en siete días y del 156% en catorce, se califican como de nivel medio y alto, respectivamente, por lo que se estaría en nivel de alerta 2, en el que el documento permite una apertura de actividades de juego de un máximo de 1/3 de su aforo, medida con la que sería coherente la adoptada por la resolución que se pretende suspender.

Como también se explica en el informe de la Agencia de Salud Pública, *“de acuerdo con las recomendaciones del Consejo de Europa, el Centro Europeo para el Control de Enfermedades (ECDC) ha establecido un límite de incidencia acumulada a 14 días de 25 caso por 100.000 habitantes para considerar que el riesgo comienza a incrementarse”*.

En relación con la ocupación asistencial, el mismo informe explica que *“un censo superior a 350 camas de críticos ocupados por pacientes Covid supone condicionar la actividad ordinaria de los centros y cuando esta cifra supera los 700 sólo permite realizar aquella actividad emergente y no aplazable, que requiere una reserva de 200 camas de críticos como mínimo”*.





Las previsiones a fecha del informe eran, según unos modelos, de 330 a 437 camas de críticos a 1 de junio, o de 350 camas ocupadas entre el 20 y el 27 de mayo, y a esa fecha, ya hemos visto, que había una ocupación de críticos COVID de 389, por encima de las 350 que condicionan la actividad asistencial, y según el informe *“no permiten desactivar los planes de contingencia y recuperar la normalidad de funcionamiento de los centros”*.

En este contexto, respecto del cual ninguna prueba propone la parte actora para contradecirlo, en la exposición de motivos de la resolución recurrida se resalta:

“No se puede obviar que el proceso de desescalada actual tiene que ir, a la fuerza, vinculado a los objetivos de vacunación por grupos poblacionales que se vayan alcanzando en aplicación de la Estrategia de vacunación contra la COVID-19. En estos momentos, el porcentaje que ha iniciado la vacunación del colectivo de mayores de 60 años se sitúa por encima del 84% y la vacunación avanza a un buen ritmo en la población de entre 50 y 60 años, pero todavía el nivel de cobertura de la vacunación de la población es pequeño y el principio de prudencia, a pesar de la evolución favorable de los indicadores, determina la necesidad seguir manteniendo limitaciones tendentes a minimizar los contactos sociales fuera de la burbuja de convivencia, tanto en ámbitos públicos como privados, y evitar actividades que concentran gran número de personas”.

Por consiguiente, subsiste un interés general y terceros a la preservación de la vida, y de la salud, y de recuperación de la actividad ordinaria del sistema asistencia ante la situación constatada y no contradicha por prueba de sentido contrario, por una situación de transmisión comunitaria del virus, de incidencia acumulada alta a 14 días y 7 días, y de una ocupación de camas de críticos a la fecha de la resolución muy alta que todavía tensiona el sistema y condiciona la actividad diaria





de los hospitales, según el informe, que podrían resultar gravemente perturbados por la suspensión de la ejecutividad de la resolución recurrida.

(3) Ninguna prueba aporta la actora, ni en relación con los perjuicios por los que pide la medida cautelar, ni en relación con la subsistencia de la pandemia en los aspectos epidemiológicos y asistencias que han sido expuestos, y que no podemos obviar, sin perjuicio de lo que se resuelva en sentencia, pues resultan de informes técnicos que no han sido contrarrestados con ningún otro de signo contrario, y de los que el Tribunal no puede apartarse, pues carece de otras fuentes objetivas, distintas de las facilitadas por la Comisión de Salud del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud y por el informe de la Agencia de Salud Pública de Cataluña, para valorar la realidad de esos datos, ni de los conocimientos médicos necesarios para cuestionar tanto los datos como las medidas propuestas en el informe y adoptadas por la resolución recurrida.

(4) Por otro lado, la actora argumenta que no se ha justificado la relación de su actividad con la transmisión del virus, ni la exacta proporcionalidad y precisión de las medidas adoptadas para evitar los brotes con limitaciones de aforo y horario.

En las conclusiones generales del informe de la Agencia de Salud Pública se dice que para hacer frente a la transmisión comunitaria del virus *“hay que mantener medidas que limiten las interacciones sociales, que favorezcan el distanciamiento entre personas que no pertenezcan a grupos de convivencia estable, restringiendo las actividades no esenciales que suponen un riesgo de contagio y evitar las aglomeraciones o concentraciones de personas en espacios de concurrencia pública y privada, especialmente en lugares cerrados”*.

En relación con las limitaciones de aforo y horarias se explica que *“las agencias e instituciones sanitarias internacionales de control de*





pandemias (OMS, ECDC, CDC) consideran los aerosoles como una de las principales vías de contagio de la Covid 19 de acuerdo con las diferentes investigaciones científicas que se están publicando. El contagio por aerosoles se puede producir por la presencia de virus en pequeñas gotas expulsadas por una persona infectada al toser, estornudar, hablar, respirar y que quedan en suspensión en el aire y pueden ser respiradas por otras personas. El contagio por aerosoles se puede producir sin coincidir físicamente con la persona infectada que expulsado el virus. El riesgo de contagio es más elevado en espacios cerrados donde se acumulan los aerosoles y se agrava cuando más gente ocupa el espacio y/o cuando más tiempo se pasa en el interior, es por eso que hay que continuar tomando medidas de limitación de aforos y restricción de horarios en actividades ... y al mismo tiempo flexibilizar las citadas en el presente informe atendiendo prioritariamente al principio de riesgo beneficio respecto al desarrollo de ciertas actividades y servicios productivos y económicos, como también a los principios de proporcionalidad y necesidad”.

Según el informe, el virus se transmite por aerosoles sin necesidad de coincidencia física entre la persona transmisora y la susceptible de ser infectada, siendo directamente proporcional la probabilidad de infección al tiempo y al número de personas concurrentes en un lugar cerrado, por lo que a falta de medidas farmacológicas, salvo la vacuna, de nula o muy baja aplicación a menores de 50 años, únicamente se puede afrontar el riesgo de brotes mediante la distancia, y limitando el tiempo y el número de personas concentradas, todo lo cual es aplicable a la actividad del juego que se desarrolla en lugares cerrados donde la probabilidad de infección se encuentra directamente relacionada con el tiempo y el aforo de la actividad, por lo que debe entenderse justificada la idoneidad y necesidad de las medidas de limitación horaria y de aforo.

(5) En cuanto a la concreta extensión o alcance de las restricciones horarias y de aforo, y la divergencia entre las impuestas a las actividades





de juego respecto de las de hostelería y restauración, hay que empezar por descartar la vulneración del derecho fundamental a la igualdad en la que también se fundamenta la pretensión cautelar, ya que no puede exigirse un tratamiento igualitario en actividades que son esencial y radicalmente distintas, razón por la cual la actividad de juego se encuentra sometida a una legislación sectorial específica.

Por otra parte, la limitación horaria a las 22:00 horas no es la general adoptada para todo tipo de actividades por la resolución recurrida, sino que se encuentra restringida a unas concretas actividades, y entre ellas a la restauración.

Como antes se ha explicado las restricciones de horario y aforo parecen necesarias e idóneas para afrontar el riesgo de brotes en las actividades relativas al juego según el informe de la Agencia de Salud Pública, y no se ha evidenciado lo contrario, clara y terminantemente como sería de exigir en el ámbito de medidas cautelares. El porcentaje aplicable viene determinado, según el mismo informe, por una ponderación de coste-beneficio de la restricción, en la que se toma en consideración el grado en el que la actividad sea esencial, al decir que se debe afrontar *“restringiendo aquellas actividades no esenciales que suponen un riesgo de contagio y evitar las aglomeraciones y concentraciones de personas en espacios de concurrencia pública y privada, especialmente lugares cerrados”*, actividades no esenciales entre las que la resolución incluye la actividad de juegos, bingos, y casinos, lo que no se evidencia irracional.

No hay identidad ni semejanza entre la restauración y hostelería, y las actividades del juego, bingos y casinos, y una de las notas de la discrepancia es la relativa al grado de esencialidad entre ellas, menos importante en las actividades del juego, por lo que a igualdad de riesgo de contagio, no se advierte ninguna arbitrariedad o falta de justificación evidente y manifiesta en imponer mayores restricciones en función de la esencialidad, aceptando un mayor riesgo cuanto mayor sea la





esencialidad de la actividad, razones por las que puede darse por bueno el porcentaje y la limitación horaria establecida a propuesta del informe de la Agencia de Sanidad, emitido, a su vez, previo informes del Servicio Catalán de la Salud y de la misma Agencia, respecto de los no hay razón para sospechar que no procedan de facultativos de la sanidad y especialistas en salud pública, que no han sido contrastado por ningún otro informe técnico que defienda otra propuesta más justificada.

Por todo lo expuesto, procede desestimar la medida cautelar solicitada.

PARTE DISPOSITIVA

Por todo lo expuesto, **ACORDAMOS:**

DENEGAR las medidas cautelares solicitadas por la parte actora en relación con la RESOLUCIÓN SLT/1587/2021, de 21 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.

Con la más absoluta consideración al voto mayoritario, y por las razones que a continuación se exponen, los abajo firmantes, discrepan del mismo por los siguientes motivos en los que se fundamenta el voto particular.

PRIMERO. La resolución impugnada, cuya suspensión se interesa en concretos aspectos, en lo que ahora importa es del siguiente tenor:

-10 Actividades relacionadas con el juego

1. Los locales y espacios en que se desarrollan actividades de salones de juegos, casinos y salas de bingo pueden abrir al público con una limitación del aforo al 30% del autorizado y un máximo de 100 personas. Se tiene que garantizar la ventilación mínima establecida en la normativa vigente en materia de instalaciones térmicas de edificios.

La disposición de los clientes tiene que limitar los grupos a un máximo de diez personas y con la distancia física de dos metros entre diferentes grupos. Se tienen que establecer sistemas de control de flujos en los accesos y las zonas de movilidad que eviten las aglomeraciones y dar cumplimiento a las medidas previstas en el plan sectorial de los establecimientos del juego aprobado por el Comité de Dirección del Plan de actuación del PROCICAT.

2. Cuando, además de las condiciones establecidas en el apartado anterior, las actividades cumplan las condiciones de ventilación y calidad del aire reforzadas indicadas en el anexo 1 para todos los espacios y locales abiertos al público y se garanticen las medidas de control de aglomeraciones indicadas en el anexo 2, pueden abrir respetando el límite del aforo al 30%, hasta un máximo de 250 personas. El desarrollo de las actividades en estas condiciones requiere la presentación por parte de los titulares de las actividades de una declaración responsable en el departamento competente en materia de juego y en el ayuntamiento del municipio donde se ubique el espacio de la actividad previamente a su desarrollo, en la cual se informará de las características de los sistemas de ventilación y calidad del aire y de los controles de accesos y movilidad, dando cumplimiento a las condiciones establecidas en los anexos 1 y 2.





En la declaración tendrá que constar la empresa o personal de mantenimiento habilitado de acuerdo con el Real decreto 1027/2007, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de instalaciones térmicas en los edificios, que garantiza que el espacio dispone de una ventilación adecuada de acuerdo con los criterios establecidos en el anexo 1.

3. Se permite la apertura al público de los servicios complementarios de bar y de restauración en los salones de juegos, casinos y salas de bingo, con sujeción a las condiciones establecidas en el apartado 11 de la presente Resolución.

La entidad recurrente, tal como ya hemos señalado, ha solicitado la suspensión cautelar de las medidas que acabamos de transcribir. Pero también ha formulado una pretensión cautelar subsidiaria, dirigida ésta a mitigar cautelarmente esas mismas medidas con el fin de que los locales de restauración puedan, cuando menos:

-Abrir hasta la 1 de la madrugada como la subsiguiente resolución permite a la demandada a hasta las 24 horas en el mismo sentido adoptado como medida cautelar para el sector de la restauración.

SEGUNDO.- La parquedad de la LJCA en lo que atañe a los requisitos a los que se hallan sometidas las medidas cautelares, hace que sea insoslayable acudir supletoriamente a la LEC.

Y –en lo que ahora importa- de esta última se desprenden las siguientes reglas:

- El deber que pesa sobre el solicitante de justificar que la denegación de las medidas cautelares podría traducirse en situaciones susceptibles de impedir o dificultar la efectividad real de una eventual sentencia estimatoria –peligro de mora procesal- (art. 728.1 LEC).
- La imposibilidad, ello no obstante, de obtener medidas cautelares frente a situaciones de hecho consentidas durante largo tiempo (art. 728.1 LEC).
- La carga que pesa sobre el peticionario en orden a presentar datos, argumentos y justificaciones documentales o de otra índole, susceptibles de llevar al órgano judicial, cuando menos a no poder descartar prima facie la hipótesis de una Sentencia eventualmente estimatoria –apariencia de buen derecho- (art. 728.2 LEC).
- La carga que también pesa sobre el promotor de las medidas, en orden a interesar su adopción con claridad y precisión, justificando la concurrencia de los presupuestos legalmente exigidos (art. 732.1 LEC); y no sin tener presente que, con





la solicitud de medidas precluirá, para el actor, la posibilidad de proponer otras pruebas a los efectos de la pieza.

Así las cosas (y sin perjuicio de los supuestos en que la denegación de las medidas cautelares pueda obedecer directamente a las situaciones expresamente previstas en los arts. 130.2 LJCA o 728.1 LEC), se impondrá el rechazo de las mismas cuando el interesado no haya acreditado de forma cumulativa los requisitos de peligro de mora procesal y de apariencia de buen derecho, toda vez que ambos –y no uno sólo de ellos- son necesarios en orden a obtener las medidas cautelares solicitadas (art. 735.2 LEC).

Dicho, lo anterior, sin perjuicio de que la especial intensidad de uno de los requisitos citados, pueda traducirse en una menor exigencia en cuanto a la intensidad del otro. Y eso sí: sin perjuicio de que las medidas cautelaras puedan o deban ser rechazadas ante la necesidad de hacer prevalecer intereses públicos de mayor enjundia.

TERCERO.- En el supuesto de autos, existe “apariencia de buen derecho”. Entiéndase bien: la asociación actora pretende impugnar la Resolución que ahora nos ocupa con argumentos cuya prosperabilidad en los autos principales no puede descartarse *a priori*. Así, por ejemplo, la vulneración de los derechos fundamentales al trabajo y a la libertad de empresa (art. 35 y 38 CE). O el carácter desproporcionado y arbitrario de las medidas impuestas por la Resolución impugnada.

También existe “peligro de mora procesal”. Constituye un hecho notorio que el sector del ocio lleva sometido desde hace meses a unas restricciones motivadas por la pandemia de COVID 19 que han llevado a la ruina a muchos empresarios del sector y, asimismo, al 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.

Como ya se ha expuesto en numerosas ocasiones por este tribunal, y en concreto sobre otras solicitudes de medidas formuladas por la propia recurrente, la gravedad y estragos de la Pandemia en nuestra sociedad, con el colapso del sistema sanitario, y con el peor de los efectos, la pérdida de vidas, no es discutible, y ha justificado para este tribunal que durante largo tiempo, en una continua medición del pulso de la evolución de la pandemia, reflejadas en los informes de la Agencia de Salud Pública de Catalunya, se hayan denegados suspensiones de medidas restrictivas para todo el sector del ocio, así tanto para los negocios que hoy vienen representados por la actora, como para otro tipo de negocios como la restauración, hostelería etc. Sin embargo llegados a la situación presente, en el marco de las Medidas Cautelares, que ha de venir ligado en todo caso a la realidad de las circunstancias del momento





en el que se han de adoptar, obliga en los presentes a una reevaluación de la situación.

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.

CUARTO.- La pandemia aún no ha desaparecido; y no puede cuestionarse a estas alturas, y así lo ha sostenido este Tribunal en incontables ocasiones, la gravedad y el riesgo de la situación, sin que sea necesario en los presentes una reiteración de lo tantas veces dicho, incluso para este mismo recurrente. Por esa razón juzgamos inoportuno acceder a la pretensión cautelar principal. Pero consideramos que se dan las condiciones para que la relajación (cautelar) de las medidas impugnadas en los autos principales (pretensión subsidiaria de la actora) pueda acordarse (el que puede lo más, puede lo menos) sin que se perciba por ello un riesgo cierto para el interés público asociado a la salud de la población. A tales efectos, este Tribunal ha tomado en consideración las siguientes circunstancias:

1: El reconocimiento, por parte de la Administración, de la mejora de la situación sanitaria y hospitalaria, sin perjuicio de considerar que el estado de la pandemia sigue siendo preocupante.

2: La dinámica ascendente de la campaña de vacunación, en contraposición, por ejemplo, al (peor) estado de cosas del pasado verano, cuando la hostelería y la restauración se vieron sometidas, ello no obstante, a restricciones menos intensas que las impuestas por la Resolución que ahora nos ocupa.

3: El hecho de que, más allá del informe científico de la Agencia de Salud Pública de 19 de mayo de 2021 los informes oficiales aportados no contengan ninguna justificación específica a propósito de las limitaciones impuestas en el sector de autos, en especial, cuando sobre sectores que también conllevan una interacción social, se han adoptado medidas algo menos restrictivas, en concreto sector de hostelería. Que lleva a la paradójica situación que los bares situados dentro de los locales de juego, regidos por la previsión general para este tipo actividad, gozan de un horario de apertura más amplio que los propios locales en los que se integran, los de juego. Así dicho horario mayor también se establece con carácter general para actividades de ocio. Sobre esta diferenciación no se conoce mayor razón. Pues si bien es cierto que la restricción de la interacción social se ha evidenciado como un método eficaz para la contención de la propagación del virus, esta no puede ser permanente, generalizada e indiscriminada, sino como antes se dijo con total apego a la real situación de la pandemia en cada momento.





En este sentido, será oportuno traer a colación el principio de facilidad probatoria (art. 217.6 LEC) y el hecho de que la Administración haya hecho uso de una potestad reglada construida con conceptos jurídicos indeterminados (art. 55 y 55bis de la Llei de Salut Pública) sin justificar –al menos en lo que alcanza a esta pieza separada- que no cabían otras restricciones menos lesivas en lo que concierne al sector de autos.

4: La problemática generada por cesación del toque de queda, susceptible de propiciar concentraciones de personas en lugares públicos y en domicilios o propiedades privadas ante la inexistencia de otras alternativas de socialización, y la notoria ausencia de medios suficientes para abordar esos fenómenos cuando los mismos se sitúan extramuros de las restricciones o limitaciones vigentes.

5: La inexistencia de datos negativos sobre las consecuencias sanitarias derivadas de la ampliación, en su día, del horario del sector de la hostelería, pues por fortuna, y fruto del esfuerzo en la campaña de vacunación, y del cumplimiento durante largo tiempo de las medidas restrictivas por parte del conjunto de la sociedad, los datos van paulatinamente mejorando. Y ello pese a haber ampliado los horarios de funcionamiento de otros locales abiertos al público.

DON JAVIER AGUAYO MEJÍA Presidente de la Sala

DOÑA NÚRIA BASSOLS MUNTADA

DON HECTOR GARCIA MORAGO

DOÑA LAURA MESTRES ESTRUCH, Ponente.

En Barcelona a 10 de junio de 2021.





VOTO PARTICULAR QUE PRESENTA LA MAGISTRADA SRA. MARÍA FERNANDA NAVARRO DE ZULOAGA EN RELACION CON LA COMPOSICIÓN DE LA SALA DE DISCORDIA Y CONCURRENTE CON LA POSICIÓN MAYORITARIA DE DESESTIMAR LA MEDIDA SOLICITADA POR LA PARTE ACTORA.

PRIMERO. - Cuestión previa: incorrecta composición de la Sala de Discordia

En primer lugar, entiendo que debería haberse examinado la composición de la Sala de discordia cuya composición fue acordada por el Presidente de la Sala en su Acuerdo, de 8 de junio de los corrientes. Considero que la defectuosa constitución de la Sala de discordia es una cuestión previa que es preciso dirimir, por cuando ha sido llamada a la misma la Magistrada Sra. Núria Bassols Muntada que no es magistrada de la Sala de lo contencioso-administrativo.

Asimismo, estamos ante una cuestión que ha de ser examinada de oficio por la Sala de Justicia porque podía afectar al derecho al Juez predeterminado por la ley y a las reglas de la legislación orgánica y de reparto de composición de tribunales.

En todo momento debo dejar claro que se trata de una cuestión jurídica y orgánica, no personal.

SEGUNDO. - Normativa aplicable a la Sala de Discordia

El art. 262 de la LOPJ, regula la falta de mayoría de votos sobre los pronunciamientos de hecho o de derecho, como sigue:

“1. Cuando en la votación de una sentencia o auto no resultare mayoría de votos sobre cualquiera de los pronunciamientos de hecho o de derecho que deban hacerse, volverán a discutirse y a votarse los puntos en que hayan disentido los votantes.

2. Si no se obtuviere acuerdo, la discordia se resolverá mediante celebración de nueva vista, concurriendo los Magistrados que hubieran asistido a la primera, aumentándose dos más, si hubiese sido impar el número de los discordantes, y tres en el caso de haber sido par. Concurrirá para ello, en primer lugar, el Presidente de la Sala, si no hubiere ya asistido; en segundo lugar, los Magistrados de la misma Sala que no hayan visto el pleito; en tercer lugar, el Presidente de la Audiencia, y, finalmente, los Magistrados de las demás Salas, con preferencia de los del mismo orden jurisdiccional”.

El art. 263 de la LOPJ, regula la actuación de la Sala de Discordia judicial, como sigue:

“1. El que deba presidir la Sala de Discordia hará el señalamiento de las vistas de discordia y designaciones oportunas.

2. Cuando en la votación de una sentencia o auto por la Sala de Discordia o, en su caso, por el Pleno de la Sala no se reuniere tampoco mayoría sobre los puntos





discordados, se procederá a nueva votación, sometiendo sólo a ésta los dos pareceres que hayan obtenido mayor número de votos en la precedente”.

Por su parte, el Acuerdo de la Sala de Gobierno de este Tribunal Superior, en su apartado 3 regula la composición de la Sala de Discordia, en los siguientes términos:

“Formarán parte de la Sala de la Sala de Discordia a que se refiere el artículo 262.2 de la LOPJ, aparte de los Magistrados que hubieren intervenido en la votación en que se hubiera producido el empate, el Presidente de la Sala y los dos magistrados de la Sala que resulten ser el más antiguo y el más moderno en el escalafón general de la Carrera Judicial, sean o no presidente de sección.

En las sucesivas ocasiones en que hubiere de constituirse Sala de Discordia dentro de cada año natural, se nombrará a quienes sigan a éstos en el orden de mayor y menor antigüedad en el escalafón”.

TERCERO. - Normativa que entiendo que se ha infringido

Considero que la composición no se ajusta al art. 262 de la LOPJ, ni a las reglas aprobadas por la Sala de Gobierno del TSJ, en su sesión de 15 de diciembre de 2020 (BOE de 31 de diciembre de 2020).

La LOPJ es clara cuando prevé de forma imperativa el orden de los Magistrados que han de concurrir a la Sala de discordia.

En primer lugar, le corresponde al Presidente de la Sala (si no hubiere ya asistido). Este no es el caso porque el Presidente de la Sala ha entrado a formar parte del tribunal de la sección tercera en el que se ha dado el empate (3-3).

Ello nos lleva a la siguiente previsión: la LOPJ obliga a llamar a los “Magistrados de la misma Sala” que no hayan visto el pleito.

En este orden preferencial ha sido llamada la Magistrada Sra. Núria Bassols Muntada a formar Sala de discordia. Discrepo porque considero que tal llamamiento no es conforme a Derecho. La Magistrada Sra. Núria Bassols Muntada es titular de la Sala Civil y Penal de este Tribunal Superior y está adscrita a la Sala de lo Contencioso-Administrativa, mediante un nombramiento temporal. A la Magistrada Sra. Núria Bassols Muntada se le renueva la adscripción cada año siempre que concurren los requisitos del art. 330.4 de la LOPJ, previo informe favorable del Presidente de la Sala.

CUARTO. - La formación de la Sala de discordia y su finalidad

En la LOPJ la formación de la Sala de Discordia es absolutamente reglada. Existe un orden preestablecido para efectuar los llamamientos de Magistrados para completar la Sala que entrarán a dirimir los concretos puntos en los que existía discordia (número de llamamiento que variará en función del número par o impar de los miembros del Tribunal).





El primer llamamiento ha de recaer en Magistrados de “la misma Sala”. Su razón de ser es obvia: la especialidad y los conocimientos de la materia que se les presupone por razón de su experiencia continuada en la Sala, en este caso, de lo Contencioso-Administrativo.

Para el caso de que no existan “magistrados de la misma Sala”, se llama al “Presidente de la Audiencia” (no es el caso).

Y, finalmente, a los Magistrados de “las demás Salas” con preferencia de los del mismo orden jurisdiccional. Según mi modesto criterio, el llamamiento de la Magistrada Sra. Núria Bassols Muntada quedaría relegado a este último orden.

La Magistrada Sra. Núria Bassols Muntada no tiene nombramiento como titular de la Sala de lo Contencioso-Administrativo sino de la Sala Civil y Penal, por lo que no forma parte de la “misma Sala”.

De hecho, el Acuerdo gubernativo del Presidente de la Sala, de 7 de mayo de los corrientes, por el que fue nombrada Presidenta de la sección cuarta se fundamenta en que “La Magistrada citada es titular **de plaza en otra Sala** de este Tribunal Superior de Justicia, y se halla adscrita en esta Sala de lo Contencioso-Administrativo mediante Acuerdo del CGPJ, de conformidad con lo establecido en el art. 330.4 LOPJ. Se trata, por consiguiente, de una magistrada del propio Tribunal y adscrita a esta Sala sin distinción de funciones, derechos y deberes de los restantes integrantes, correspondiéndole por razón del mérito que comporta su antigüedad la presidencia funcional de la sección en la que se encuentra integrada”.

QUINTO. – Sobre la figura de la adscripción

Sin entrar en demasiados detalles, se trata de una cuestión de naturaleza estrictamente jurídica. Mi posición es coherente con la impugnación del nombramiento como Presidente de la sección cuarta, que seguirá los cauces legales, y que pivota sobre la interpretación que debe hacerse del art. 330.4 de la LOPJ. Este precepto siempre se había interpretado en el sentido de que los Magistrados de “otras Salas” del Tribunal Superior se adscriben temporalmente para completar Sala y gestionar los recursos humanos.

No obstante, los efectos de la equiparación estatutaria de la Magistrada Sra. Núria Bassols Muntada con los derechos estatutarios de los titulares de la Sala de lo Contencioso-Administrativo ya se están produciendo al entrar a formar parte de una sala de discordia sin ser Magistrada de la “misma Sala”.

La interpretación hecha en el Acuerdo del Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 7 de mayo de los corrientes, se aparta del sentido teleológico y equipara a la Magistrada Sra. Núria Bassols Muntada a cualquier titular de la Sala de lo Contencioso-Administrativo. Los efectos de tal equiparación de la Magistrada Sra. Núria Bassols Muntada con los Magistrados titulares de la Sala serán, entre otros, que entrará en Salas de Discordia (en este caso además en la condición de sustitución del Presidente de la Sala, como veremos) o que turnará en la Sección de casación revisando sentencias de los Magistrados titulares.





Precisamente, el Tribunal Supremo en su Sentencia, 12 de julio de 2004 (RJ\2004\5249) y las que en ella se citan (STS de 12 de mayo de 2003, recurso 528/2001 (RJ\2003\4741) y de 14 de marzo del mismo año, recurso 503/2001, (RJ\2003\1880) subraya que la adscripción “no desvincula a los Magistrados que pertenecen a ella de su primordial destino en las Salas de lo Civil y Penal y que la medida que nos ocupa forma parte del estatuto general de todos los Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia”

La medida estaba pensada para resolver “el problema que plantea la gran acumulación de asuntos pendientes en algunas Salas de estos órganos judiciales” siendo la finalidad del art. 330.4 de la LOPJ «la sensible y continuada diferencia en el volumen de trabajo de las distintas Salas». Además, nos dice el TS “Así, pues, es dentro de un mismo Tribunal Superior de Justicia donde hay que mirar, no en otros distintos o en diferentes órganos judiciales” por lo que si se aprueba una adscripción a la Sala Contencioso-Administrativo y paralelamente se aprueban o mantienen dos comisiones de servicios en la Sala Civil y Penal, como aquí ha sucedido, es evidente que el presupuesto fáctico de la norma no concurre.

SEXTO. - Alcance del planteamiento en este caso concreto

En este caso el llamamiento de la Magistrada Sra. Bassols Muntada no tiene que ver con el nombramiento de la presidencia de sección de la citada Magistrada porque el Acuerdo de la Sala de Gobierno, adoptado en su sesión de 15 de diciembre de 2020 que exige que sean Magistrados de la misma Sala puntualiza “sean o no presidente de sección”.

La Sala de discordia está absolutamente reglada. La LOPJ presupone una mayor idoneidad de los Magistrados de la misma Sala antes que el Presidente de la Audiencia o como último recurso, y para el caso de que fuera necesario completar la sala de discordia, los Magistrados “de las demás Salas”. Por ello, insiste en que incluso en este caso tengan “preferencia de los del mismo orden jurisdiccional” (acogiendo el principio de especialidad).

En definitiva, tienen absoluta preferencia en primer lugar los Magistrados de la misma Sala y han de ser llamados a formar parte del Tribunal para dirimir la discordia, o al menos, intentar dirimirla.

Entiendo que el Acuerdo formando la Sala de discordia tampoco se ajusta al Acuerdo de la Sala de Gobierno, adoptado en su sesión de 15 de diciembre de 2021, que prevé, de acuerdo como no podría ser de otro modo con el art. 262.2 de la LOPJ, que formen parte de la Sala de la Sala de Discordia a que se refiere el artículo 262.2 de la LOPJ, aparte de los Magistrados que hubieren intervenido en la votación en que se hubiera producido el empate, “el Presidente de la Sala y los dos magistrados de la Sala que resulten ser el más antiguo y el más moderno en el escalafón general de la Carrera Judicial, sean o no presidente de sección”.

En este caso, los dos Magistrados de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya más antiguos en el escalafón son el Magistrado Sr. Taboas Bentanachs y el Magistrado Sr. López Vázquez, que ya





forman parte del Tribunal, así como la Sra. Maria Luisa Perez Borrat, pero que como ya formó parte en una anterior Sala de Discordia ha de aplicarse la rotación que prevé el Acuerdo de la Sala de Gobierno sobre magistrados de la Sala.

El Presidente de la Sala Contencioso-Administrativa tampoco puede entrar a integrar la Sala de discordia porque también entró a formar parte del Tribunal en el que se produjo el empate.

Pero además la Sra Bassols, designada en el Acuerdo de 8 de junio de 2021 “en sustitución del Presidente de esta Sala” no puede entrar en la Sala de Discordia no sólo porque no reúne aquella condición de magistrada de la Sala sino también porque no puede entrar nuevamente en una sobre representación del Presidente de la Sala, teniendo en cuenta que el Presidente de la Sala ya se halla en la deliberación original y no puede la misma figura (Presidente de Sala) ser representado dos veces en la Sala de Discordia. En consecuencia y dado el número par del que se parte, los demás (tres) magistrados a llamar debieron ser llamados dentro de la Sala.

SÉPTIMO. - El derecho al Juez predeterminado por la ley

Reitero, entiendo que la composición de esta Sala de discordia no es conforme con el art. 262 de la LOPJ ni con el Acuerdo de la Sala de Gobierno citado y afecta directamente al Juez predeterminado por la ley y a las reglas estatutarias de composición de los tribunales, requisitos que han de ser comprobados de oficio por los Tribunales como garantía de la validez de sus actuaciones.

La formación de la Sala de discordia es de gran importancia para el funcionamiento de los Tribunales. Los Jueces y Tribunales están obligados a resolver. En el marco de los órganos colegiados se pueden producir discordias. Si es el caso, la LOPJ dispone un trámite previo con el fin de dar otra oportunidad a la Sala de resolver la discordia.

Solo cuando permanece la discordia se prevé el llamamiento de un número de magistrados (en función de si hubiese sido impar el número de los discordantes, y tres en el caso de haber sido par) para dirimir la problemática planteada y permitir la acción de la Justicia.

Estamos ante una composición reglada por lo que la formación de la Sala de discordia debe ajustarse al art. 262 de la LOPJ cuya interpretación teleológica y aplicación correcta ha de completarse con el Acuerdo de la Sala de Gobierno que prevé que sea conformada por el “Presidente de la Sala y los dos magistrados de la Sala que resulten ser el más antiguo y el más moderno en el escalafón general de la Carrera Judicial, sean o no presidente de sección”, primando la antigüedad o, al menos, la pertenencia a un órgano del mismo orden jurisdiccional.

El sentido del voto de cada uno de los que formamos la discordia es esencial, con mayor razón, en este caso en que estamos ante un tribunal donde hay un empate a tres votos.





En consecuencia, considero que la composición de la Sala de discordia ni respeta el art. 262 de la LOPJ ni el Acuerdo de la Sala de Gobierno, de 15 de diciembre de 2020, porque la LOPJ determina cuál es el orden al que hay que acudir y, según las normas de reparto, la participación en la Sala de discordia es por antigüedad según las normas de reparto, orden que no se ha seguido.

OCTAVO.- En cuando a la cuestión sobre la que versa la discordia

En este punto y con el más absoluto respeto que me merece la **posición mayoritaria**, me adhiero a la citada posición pero añadiendo este voto particular discordante exclusivamente sobre la composición y por el doble motivo expuesto.

Este es el sentido de mi voto particular

VOTO PARTICULAR QUE FORMULAN LA MAGISTRADA DÑA. ISABEL HERNÁNDEZ PASCUAL en relación con los Autos de fecha de hoy, dictados por esta Sección Tercera constituía en Sala de Discordia en las piezas de medidas cautelares de los recursos ordinarios números de Sala TSJ número 1973/2021 (252/2021), **y VOTO PARTICULAR CONCURRENTES** en los recursos ordinarios números 1802/2021 (229/2021), 1803/2021 (230/2021), y 1818/2021 (232/2021).

No compartiendo el criterio de la mayoría de la Sección Tercera constituida en Sala de Discordia, con absoluto respeto de la decisión de esa mayoría en el extremo que se dirá, formulo los siguientes votos:

La Sección, por discordancia en la deliberación y votación de los asuntos antes reseñados, se constituyó en Sala de Discordia por acuerdo del Presidente de esta Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 8 de junio de 2021, compuesta, además de por el Presidente de Sala y los Magistrados y Magistradas que componemos la Sección Tercera, entre los que se produjo la discordia, por los designados en dicho acuerdo, Dña. Núria Bassols Muntada en sustitución del Presidente de esta Sala, por ser la más antigua en el escalafón, según reza el acuerdo, y dos Magistradas, la más antigua y la más moderna corriendo el turno según la anterior designación





de la Sala, recayendo la designa en Dña. María Fernanda Navarro de Zuloaga y Dña. María Abelleira Rodríguez.

Considero que la designación de un Magistrado o Magistrada en sustitución del Presidente de Sala cuando éste ha formado parte del Tribunal en el que se produjo la discordia y también forma parte de la Sala de Discordia vulnera el artículo 262.2 de la LOPJ, del tenor literal siguiente:

*“Si no se obtuviere acuerdo, la discordia se resolverá mediante celebración de nueva vista concurriendo los Magistrados que hubieran asistido a la primera, aumentándose dos más, si hubiese sido impar el número de los discordantes, y tres en el caso de haber sido par. Concurrirá para ello, **en primer lugar**, el Presidente de la Sala, **si no hubiere ya asistido**; **en segundo lugar**, los Magistrados de la misma Sala que no hayan visto el pleito; en tercer lugar, el Presidente de la Audiencia, y, finalmente, los Magistrados de las demás Salas, con preferencia de los del mismo orden jurisdiccional”.*

Por tanto, la Sala de Discordia se conforma:

1.- Por los Magistrados que hubieran formado parte del Tribunal en el que produjo la discordia, incluido el Presidente de Sala si hubiera formado parte de dicho Tribunal.

2.- Por el Presidente de Sala si no hubiere asistido ya.

3.- Por Magistrados de la misma Sala que no hayan visto el pleito.

4º.- Por el Presidente de la Audiencia, y

5º.- Por los Magistrados de las demás Salas, con preferencia de los del mismo orden jurisdiccional.





Por tanto, habiendo asistido el Ilmo. Sr. Presidente de Sala al Tribunal en el que se produjo la discordia, no puede formar parte de la Sala de Discordia en su condición de Presidente en el lugar que le reserva el referido precepto para el caso no haber formado parte del Tribunal en el que se produjo la discordia; ni por la misma razón, puede ser sustituido como tal Presidente por el Magistrado o Magistrada más antiguo en el escalafón, que actúa, en consecuencia, en funciones de Presidente por sustitución.

En consecuencia, la Magistrada Dña. Núria Bassols Muntada, que, es designada en sustitución del Presidente de Sala, no debería haber formado parte de la Sala de Discordia, lo que, además, es relevante en este caso, en el que su voto ha sido decisivo en la resolución del recurso número 1973/2021 (252/2021).

Barcelona, 10 de junio de 2021.

Magistrada Isabel Hernández Pascual

