



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
Sección Tercera

Procedimiento ordinario nº 230/2021 -Número de Sala 1803/21 - (Pieza de suspensión ordinaria)

Partes: "FEDERACIÓ CATALANA D'ASSOCIACIONS D'ACTIVITATS DE RESTAURACIÓ I MUSICALS" contra la Generalitat de Catalunya

AUTO

Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as

Javier Aguayo Mejía

Núria Bassols Muntada

Manuel Táboas Bentanachs

Francisco López Vázquez

Maria Fernanda Navarro de Zuloaga

Isabel Hernández Pascual

Héctor García Morago

María Abelleira Rodríguez

Laura Mestres Estruch

En la ciudad de Barcelona, a diez de junio de dos mil veintiuno.

HECHOS

PRIMERO. Por la representación procesal de la parte actora se ha interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la Resolución del Departament de Salut de la Generalitat de Catalunya SLT/1587/2021, de 21 de mayo (DOGC 22-5-21), por la que se modifican y prorrogan las medidas en materia de salud pública para la contención del brote epidémico de la pandemia COVID-19 en el territorio de Cataluña. En el propio escrito de solicita la suspensión cautelar por vía ordinaria de la ejecutividad de determinados apartados de esa resolución.





RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. Es procedente resolver sobre la medida cautelar interesada aunque hubiera transcurrido en todo o en parte el plazo por la que se adoptó o prorrogó, e incluso aunque hubiera sido posteriormente modificada en cualquiera de sus aspectos por la posterior resolución SLT/1762/2021, de 3 de junio, pues cuando se interesó la misma las señaladas restricciones estaban vigentes y la recurrente tiene derecho a la tutela judicial efectiva en sede cautelar, no pudiendo aceptarse que, ante medidas meramente temporales, no cupiese resolver la cuestión una vez extinguidas, pues ello supondría la existencia de un espacio jurídico administrativo inmune al control jurisdiccional contencioso administrativo, negándose así aquel derecho a la tutela efectiva.

SEGUNDO. Solicitada la suspensión de la resolución recurrida sobre la base de los artículos 129 y siguientes de la ley jurisdiccional, y siempre partiendo de que no se está ahora en el momento procesal de entrar a valorar en profundidad lo que constituye el fondo del asunto, ni tan siquiera a los efectos meramente cautelares de que se trata, pues en otro caso se estaría anticipando el fallo correspondiente al momento final del proceso, cabe recordar que, si bien la regla general de la ejecutividad del acto administrativo no excluye la posibilidad de su suspensión, es procedente en todo caso la ponderación de los intereses públicos y de tercero, atendido el perjuicio que para el interés general pudiera acarrear la adopción de la medida cautelar solicitada, y sin perder de vista en todo caso tanto la posible concurrencia de un peligro de daño jurídico para los intereses del recurrente por una posible demora del proceso ("*periculum in mora*"), como la eventual apariencia de que el demandante ostenta el derecho invocado, con la consiguiente probable ilegalidad de la actuación administrativa ("*fumus boni iuris*").

La doctrina de la apariencia de buen derecho permite valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar. La ley jurisdiccional no hace expresa referencia a ese criterio, de establecimiento jurisprudencial, como reflejo del contenido del artículo 728 de la subsidiaria Ley de Enjuiciamiento Civil, donde sí que se recoge tal criterio, del que la jurisprudencia viene efectuando una aplicación más matizada, utilizándola en determinados supuestos (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, de existencia de una sentencia que anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme y de existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia





frente al que la administración opone una resistencia contumaz), pero advirtiéndolo, al mismo tiempo, de los riesgos de la doctrina al señalar que la doctrina de la apariencia de buen derecho, tan difundida como necesitada de prudente aplicación, debe ser tenida en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general, declarada previamente nula de pleno derecho o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro ya anulado jurisdiccionalmente, pero no [...] al predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión, pues, de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a la efectiva tutela judicial, se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito –AATS. 22-11-93 y 7-11-95 y STS. 14-1-97, entre otros- (STS. 15 de marzo de 2004).

TERCERO. El criterio de ponderación de los intereses concurrentes es complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso y ha sido destacado frecuentemente por la jurisprudencia, entendiéndose que al juzgar sobre la procedencia de la suspensión se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión, con mayor o menor amplitud, según el grado en que el interés público esté en juego. Por consiguiente, en la pieza de medidas cautelares deben ponderarse las circunstancias que concurren en cada caso y los intereses en juego, tanto los públicos como los particulares en forma circunstanciada. Como reitera hasta la saciedad la jurisprudencia, 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 (STS. 15-3-05).

Correspondiendo al interesado en obtener la suspensión la carga de probar que las consecuencias de la ejecución, en el caso concreto de que se trate, privan de su verdadera función al proceso, sin que baste una mera invocación genérica (STS. 15-3-04).

CUARTO. Pues bien, la valoración con arreglo a los indicados criterios, excluye la adopción de la medida cautelar interesada en el caso concreto, referida a una resolución que se limita a prorrogar, con algunas salvedades, la suspensión del ejercicio de ciertas actividades que ya venía acordada en la anterior resolución SLT/1392/2021, de 7 de mayo, pretendiendo la actora la suspensión únicamente de las consistentes en la limitación, entre los días 24 de mayo y 7 de junio, del horario





de actividades de bar, restaurante, café teatro, café concierto y restaurante musical hasta las 24 horas, así como la prohibición del servicio de bar en las salas de concierto, café teatro o café concierto en todo el territorio de Cataluña (apartados 9.1, párrafo 2º, 11.1, condición sexta y la ampliación del anexo 2).

En lo referido a la conocida situación de pandemia que se viene padeciendo, el auto del Tribunal Constitucional 40/2020, de 30 de abril, referido al derecho de manifestación pero aplicable a este caso con las necesarias adaptaciones, estableció lo siguiente:

“I) El derecho de manifestación no es, como no lo es ninguno, un derecho ilimitado. El propio artículo 21.1 CE, que reconoce que el derecho de reunión pacífica y sin armas, no necesitará de autorización previa, asume en su apartado segundo la existencia de límites al ejercicio del derecho, cuando las reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones, que exigen de comunicación previa a la autoridad, puedan suponer una alteración del orden público, con peligro para personas o bienes, existiendo razones fundadas para entenderlo así. La previsión constitucional, en este caso, es desarrollada por una constante jurisprudencia constitucional, a la que ya hemos hecho referencia extensa en el fundamento jurídico 2 y que se sintetiza, en este punto, en la STC 193/2011, de 12 de diciembre. Allí se establece que: “el derecho recogido en el artículo 21 CE no es un derecho absoluto o ilimitado, sino que, al igual que los demás derechos fundamentales, puede verse sometido a ciertas modulaciones o límites, entre los que se encuentran tanto el específicamente previsto en el propio artículo 21.2 CE —alteración del orden público con peligro para personas y bienes—, como aquellos otros que vienen impuestos por la necesidad de evitar que un ejercicio extralimitado del derecho pueda entrar en colisión con otros valores constitucionales (STC 42/2000, de 14 de febrero, FJ 2). Límites que, como recordábamos en la STC 195/2003, de 27 de octubre, (FJ 7), y todas las que allí se citan, han de ser necesarios “para conseguir el fin perseguido, debiendo atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquél a quien se impone [...] y, en todo caso, respetar su contenido esencial” (FJ 3).

II) En el supuesto que nos ocupa, la limitación del ejercicio del derecho tiene una finalidad que no sólo ha de reputarse como legítima, sino que además tiene cobertura constitucional bastante en los artículos 15 CE (garantía de la integridad física de las personas) y 43 CE (protección de la salud), ambos tan intensamente conectados que es difícil imaginarlos por separado, máxime en las actuales circunstancias. Es aquí donde la finalidad de la medida restrictiva del ejercicio del derecho confluye con la justificación de la declaración del estado de alarma. Las razones que sustentan ambas son idénticas y buscan limitar el impacto que en la salud de los seres humanos, en su integridad física y en su derecho a la vida pueda tener la propagación de la COVID-19. En el estado actual de la investigación científica, cuyos avances son cambiantes con la evolución de los días, incluso de las horas, no es posible tener ninguna certeza sobre las formas de contagio, ni sobre el impacto real de la propagación del virus, así como no existen certezas científicas sobre las consecuencias a medio y largo plazo para la salud de las personas que se han visto afectadas en mayor o menor medida por este virus. Ante esta incertidumbre tan acentuada y difícil de calibrar desde parámetros jurídicos que





acostumbran a basarse en la seguridad jurídica que recoge el artículo 9.3 de la Constitución, las medidas de distanciamiento social, confinamiento domiciliario y limitación extrema de los contactos y actividades grupales, son las únicas que se han adverbado eficaces para limitar los efectos de una pandemia de dimensiones desconocidas hasta la fecha. Desconocidas y, desde luego, imprevisibles cuando el legislador articuló la declaración de los estados excepcionales en el año 1981.

En todo caso, parece obvio que la prohibición de celebrar la manifestación, que se deriva claramente de la resolución judicial impugnada, guarda una relación lógica y de necesidad evidente con la finalidad perseguida por esa misma interdicción: evitar la propagación de una enfermedad grave, cuyo contagio masivo puede llevar al colapso de los servicios públicos de asistencia sanitaria. La adecuación entre la finalidad pretendida por la limitación y la herramienta jurídica empleada en este caso, no parece por tanto inexistente.

Y no se trata aquí de garantizar el orden público o de asegurar la no alteración del orden público. Tampoco la declaración del estado de alarma se ha basado en la preservación del orden público, sino en la garantía del derecho a la integridad física y la salud de las personas. Por eso nos encontramos en un escenario en que los límites al ejercicio de los derechos, que indudablemente se dan, se imponen por la necesidad de evitar que un ejercicio extralimitado del derecho pueda entrar en colisión con otros valores constitucionales (STC 42/2000, de 14 de febrero, FJ 2). En este caso los valores de la vida, la salud y la defensa de un sistema de asistencia sanitaria cuyos limitados recursos es necesario garantizar adecuadamente”.

QUINTO. En consecuencia, esta sala no puede desconocer la relevancia e importancia de la indicada pandemia internacional reconocida por la Organización Mundial de la Salud el pasado día 11 de marzo de 2.020, donde debe enmarcarse el supuesto de autos y partir de la que procede referir los argumentos correspondientes, en el caso con las especificaciones referentes al ámbito territorial de Cataluña. Y, como ya hemos destacado en anteriores ocasiones, en el presente caso nadie duda, por ser un hecho notorio y no precisado de prueba alguna, de la colosal y extraordinaria relevancia de la indicada situación de pandemia, cuya evolución ha provocado millares de fallecidos, de hospitalizados con patologías graves y de afectados, habiendo obligado a adoptar medidas preventivas, debido a que la expansión de la pandemia genera un extraordinario riesgo para los derechos de los ciudadanos, comenzando por el más preciado, como lo es el derecho a la vida.

De forma que, en la ponderación de bienes e intereses jurídicos en presencia, la sala no puede permanecer ajena a la enorme magnitud de los ya citados efectos que, ya hasta ahora, ha provocado la pandemia, al margen de los que, sin duda, continuará por ahora produciendo. Más aún cuando cualitativamente y por razón del tiempo, con los índices de que se va disponiendo, la situación presenta en estas fechas unas características nada prometedoras ni favorables.





SEXTO. Por su parte, el Tribunal Supremo, para supuestos similares en que se formuló una pretensión cautelar ordinaria respecto de una disposición general fundamentándola en la invocación de los artículos 135 y 136 de la ley jurisdiccional, viene declarando que en una situación de emergencia sanitaria como la que se ha producido, la suspensión de una medida de carácter general, dirigida a reforzar los medios de protección de la salubridad pública, a salvo de lo que haya de resolverse sobre el fondo, sólo podría adoptarse de forma restrictiva, puesto que, frente a la afección singularizada y puramente hipotética de los derechos invocados por los recurrentes, la suspensión de la orden recurrida afecta al conjunto de la población. Ello es muy relevante en la situación de grave riesgo de los intereses públicos ocasionada por la pandemia de la COVID-19, en la que se enmarcan las medidas de protección de la orden recurrida, y que requiere que se dispense la mayor tutela posible a las medidas de protección de la población en general. La existencia de riesgos para la salud pública derivados de la contaminación de espacios públicos y edificios es evidente, y la afectación que la medida cautelar de suspensión representaría para el interés público que se trata de proteger es de una entidad indudablemente mayor que la de los intereses que invocan los recurrentes, por lo que, también de conformidad con el artículo 130.2 LJCA, procede la denegación de la medida cautelar de suspensión (AATS Sección 4ª, Sala 3ª, 20 de abril, 4 y 10 (2) y 17 de junio de 2.020), lo siguiente:

En cuyo sentido, recuerda el Tribunal Supremo en los indicados autos su consolidada jurisprudencia en el sentido de que la suspensión de una disposición general es una medida que sólo puede adoptarse de forma restrictiva, puesto que frente a la afección singularizada o numéricamente limitada que deriva de los actos administrativos, la suspensión de una disposición general afecta a la integridad del ordenamiento jurídico, con la consiguiente mayor repercusión en los intereses generales. Ello es muy relevante en la situación de grave afectación de los intereses públicos ocasionada por la pandemia de la COVID-19, en la que se enmarcan las medidas de protección de la disposición recurrida, y que requiere que se dispense a las medidas de protección del interés de la salud pública la mayor tutela posible. La existencia de riesgos para la salud pública derivados de situaciones de contacto social es indudable, y la afectación que la medida cautelar de suspensión representaría para la población en general, y para el interés público que se trata de proteger, es de una entidad muy relevante. No parece necesario abundar en exceso en la realidad de que, de adoptarse la medida pretendida, quedarían sin regulación o prevención alguna una serie de situaciones, como son las de culto religioso en las vías públicas que originan concentraciones sociales, en las que los riesgos de contagio son sobradamente conocidos. Por esta otra razón, también procede, en aplicación del artículo 130.2 LJCA, denegar la medida cautelar de suspensión.

Ponderando de nuevo los intereses en juego, se lee en los autos que se





vienen citando que es importante señalar que el juicio que debemos emitir en este momento debe ceñirse a esa pretensión cautelar. Es decir, no ha de extenderse a otras cuestiones diferentes y, en especial, no podrá llegar a los aspectos relacionados con el fondo del litigio, de manera que se produzca una especie de sentencia anticipada, pues pronunciamientos de esa naturaleza únicamente cabe tomarlos después de desarrollado el proceso con todas las garantías y plena contradicción entre las partes y no con el conocimiento limitado disponible en esta fase inicial.

Y, en la ponderación de los intereses en juego impuesta por el artículo 130 de la ley jurisdiccional, no parece dudoso –siguen los autos- que el interés que hace valer la actora no es distinto ni contrario al interés público propio de la acción administrativa que se enfrenta a las consecuencias de la pandemia causada por el COVID-19. Se trata del vinculado a la preservación del derecho fundamental a la integridad física y del derecho a la protección de la salud, que es un interés público común para todos, y que en medio de la pandemia adquiere un carácter esencial, cuya preservación, en consecuencia, ha de ser el criterio principal a tener en cuenta, no pareciendo necesario explicar que frente a él no se vislumbran intereses diferentes merecedores de mejor protección. De forma que no procede acordar la medida cautelar en los términos en que se solicita porque, más que asegurar la efectividad de la sentencia que en su día se pudiese dictar, finalidad de las medidas cautelares a la que apunta el artículo 129 de la ley jurisdiccional, supondría reconocer la pretensión de fondo, decisión que, ya hemos dicho, no se puede tomar ahora.

SÉPTIMO. La parte actora no puede poner en duda la contundencia de los datos detectados y la base fáctica y técnica del caso que se afirman por la administración, a la vista del factor temporal del caso cuando en el informe de la Agencia de Salud Pública de 19 de mayo de 2.021 que se ha presentado (no desvirtuado por ningún otro documento que pudiera haber aportado la actora), si bien se constata una ligerísima mejoría de la situación respecto a los periodos más restrictivos inmediatamente anteriores, no deja de detectarse, en la semana comprendida entre el 20 y el 27 de mayo, una cantidad superior a 350 camas ocupadas por pacientes COVID en estado crítico, ocupación que a 1 de junio era de entre 330 y 437 camas, lo que tensiona severamente el sistema y condiciona la actividad diaria de los hospitales. Señala también el informe que el último valor disponible de Rt (tasa de reproducción efectiva) es en Cataluña de 0,75, implicando una Rt superior a 1 que el número de nuevos casos crece, por lo que cualquier pequeña relajación en las medidas adoptadas puede comportar un aumento de la tasa de contagio, existiendo en la actualidad todavía en Cataluña una tasa de incidencia acumulada en los últimos 14 días a los que se refiere la resolución





todavía muy elevada, de 156,6 casos por 100.000 habitantes, habiéndose detectado en la semana inmediatamente anterior 651 nuevos casos, y habiendo establecido el Centro Europeo para el Control de Enfermedades un máximo de incidencia acumulada a 14 días de 25 casos por 100.000 habitantes para considerar que el riesgo comienza a incrementarse, a partir de cuya tasa se recomienda adoptar medidas de autoprotección y reducción de la movilidad, aglomeraciones o concentraciones de personas en espacios de concurrencia pública, especialmente en lugares cerrados, limitando las actividades de riesgo.

OCTAVO. Por tanto, como ya ha quedado expuesto, este tribunal debe ceñir su examen a la forma y contenido que lo ha sido sin que le sea dable, fuera del ámbito propio de los principios del proceso contencioso administrativo y en sede de medidas cautelares, asumir novedosos cometidos alegatorios de parte, articular pruebas o conclusiones de parte no articulados, defendidos ni hechos valer por estas, suplantándolas y apartándonos de la consustancial imparcialidad que nos debe ser propia.

No debe así sorprender que se ciña el examen para con los apartados transcritos de la resolución cuya suspensión se pretende, con sustento en la apariencia de buen derecho, *periculum in mora* y, en especial, invocaciones a discriminación, producción de perjuicios graves y cuantiosos, ofreciendo medidas alternativas con alusiones al derecho de igualdad, la libertad de empresa, etc., con la presentación de toda una serie de documentos e informes; argumentos sobre los que es improcedente entrar en esta fase procesal, como ya se ha indicado, al constituir el fondo del asunto y deben ser objeto de tratamiento adecuado al momento de dictarse la sentencia que ponga fin al proceso. Sin que en este momento procesal quepa apreciar parangón alguno entre la actividad representada por la apelante y otras objeto de medidas más o menos restrictivas en la propia resolución impugnada.

Pues bien, por lo hasta aquí dicho, este tribunal no puede apreciar la relevancia que se pretende de la genérica invocación sólo de las consecuencias del cierre o limitación de horarios de apertura que se establecen o de las discrepancias con lo acordado, hasta ofrecer como conclusión que todo ello es desproporcionado e improcedente, máxime cuando no se desciende alegatoriamente a evidenciar la bondad y ajuste a derecho de todo ello a los presentes efectos cautelares, ni se acomoda a las sustanciales características subjetivas, objetivas y de tiempo y lugar que en el caso proceden.

Es más, lo relevante y trascendente ahora no es lo histórico, sino lo relativo a la máxima proximidad temporal a una problemática pandemia todavía grave en el momento temporal de que aquí se trata. Penosa realidad que no es estática, sino dinámica, de suerte que cualquier evento pasado puede incluso devenir anecdótico,





conduciendo todo a pensar que la realidad temporal del caso a día de hoy resulta aún inquietante. De forma que las cuestiones que plantea la actora constituyen verdaderos temas de fondo, de impropio tratamiento en sede de medidas cautelares.

Y todo ello sin perjuicio de atender el caso desde la perspectiva no sólo de los intereses públicos, sino también de los privados, que se traslucen ya en este momento, pero que deben ser atendidos, en su caso, en el proceso plenario.

En definitiva, volviendo a la perspectiva general ya antes expuesta y centrando el examen en la medida que lo permite una incidente cautelar ordinario con los antecedentes con que se cuenta, sigue siendo marco obligado de examen el relativo, cuando menos, a los valores de la vida, la salud y la defensa de un sistema de asistencia sanitaria cuyos limitados recursos es necesario garantizar adecuadamente más allá de una temática económica no satisfecha desde la vertiente de las ayudas que pudieran haberse o no establecido.

Y así, no cabe pasar por alto la consolidada jurisprudencia en el sentido de que la suspensión de una disposición general es una medida que sólo puede adoptarse de forma restrictiva, puesto que afecta a su mismo ordenamiento jurídico, con la consiguiente mayor repercusión en los intereses generales. Más todavía cuando es innegable la situación de grave riesgo de los intereses públicos ocasionada por la pandemia de COVID-19, en la que se enmarcan las medidas de protección de la disposición recurrida, y que requiere que se dispense la mayor tutela posible a las medidas de protección de la población en general. La existencia de riesgos para la salud pública derivados de la contaminación en los casos que se presentan es evidente, y la afectación que la medida cautelar de suspensión representaría para el interés público que se trata de proteger es de una entidad indudablemente mayor que la de los intereses que invocan los recurrentes

Dicho en otras palabras, la existencia de riesgos para la salud pública derivados de situaciones de contacto social es indudable, y la afectación que la medida cautelar de suspensión representaría para la población en general, y para el interés público que se trata de proteger, es de una entidad muy relevante. No parece necesario abundar en exceso en la realidad de que, de adoptarse la medida pretendida, quedarían sin regulación o prevención alguna una serie de situaciones, como son las del caso que se presenta, que originan concentraciones sociales, en las que los riesgos de contagio son sobradamente conocidos.

Por lo que nos hallamos en la preservación de derechos fundamentales como la vida, la integridad física y el derecho a la protección de la salud, representativos de un interés público común que, en plena pandemia, adquiere un carácter esencial, y cuya preservación, en consecuencia, ha de ser el criterio principal a tener en cuenta, sin que frente a él se vislumbren intereses diferentes merecedores de mejor protección.





Y en todo, la estimación de la medida cautelar supondría reconocer cautelarmente la pretensión de fondo, decisión que resulta impropia de esta fase procesal.

NOVENO. Para concluir, a la vista de otras consideraciones de la recurrente y con independencia de lo dicho con anterioridad en algún auto de esta sala, bien por mayoría, bien en algún voto particular, cabe recordar lo siguiente:

1) La resolución que se impugna no autoriza en modo alguno la celebración de reuniones clandestinas en la vía pública como las que notoriamente se vienen produciendo, que no cabe así atribuir en forma alguna a aquélla, más cuando también es notorio que tales reuniones se han venido produciendo últimamente incluso en horarios en que los establecimientos representados por la recurrente se hallaban todavía abiertos.

2) El artículo 71.2 de nuestra ley jurisdiccional impide a esta sala, incluso para el caso de anular en sentencia alguno de los preceptos de una disposición general, como parece serlo la de autos, determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos anulados, no pudiendo determinar su contenido discrecional.

3) Si ello es así, no cabe por esta mera vía cautelar, en la que ni siquiera procede entrar a conocer del fondo del asunto, sustituir las medidas acordadas en la resolución impugnada por otras diferentes o alternativas como las que propone la parte actora. Solución que no sería muy diferente en el caso de considerar que se trate de un mero acto administrativo con múltiples destinatarios.

DÉCIMO. A los efectos prevenidos en el artículo 139 de la ley jurisdiccional y atendidas las circunstancias concurrentes, no procede condena en costas.

Vistos los preceptos citados y demás de aplicación, la sección **ACUERDA: NO HABER LUGAR** a la adopción de las medidas cautelares ordinarias interesadas. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciendo saber que podrán interponer contra ella, dentro de los cinco días siguientes al de su notificación y ante esta misma sección, recurso de reposición. Lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos/as. Sres/as. anotados.





DILIGENCIA. Seguidamente se cumple lo acordado y paso a notificar. Doy fe.

VOTO PARTICULAR QUE PRESENTA LA MAGISTRADA SRA. MARÍA FERNANDA NAVARRO DE ZULOAGA EN RELACION CON LA COMPOSICIÓN DE LA SALA DE DISCORDIA Y CONCURRENTEMENTE 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 reuniera 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 en su condición de Presidente de la Sala de Discordia 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

