



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

Recurso ordinario numero 252/2021 –Número de Sala 1818/2021-

Partes: ASSOCIACIÓ NACIONAL D'EMPRESARIS DE MÀQUINES RECREATIVES
(ANDEMAR-CATALUNYA) y seis entidades más contra la Generalitat de Catalunya

AUTO

Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as

Javier Aguayo Mejía
Núria Bassols Muntada
Manuel Táboas Bentanachs
Francisco López Vázquez
María 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 el apartado 3 de la Resolución del Departament de Salut de la Generalitat de Catalunya SLT/1778/2021, de 4 de junio, por el que se prorrogan y 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 (DOGC 5-6-21), apartado del siguiente tenor:

“3. Horaris de tancament

L'horari d'obertura al públic de les activitats permeses per aquesta Resolució és el corresponent a cada activitat, sense que en cap cas pugui superar la franja entre les 06.00 hores i les 22.00 hores, en general, i la franja entre les 06.00 hores i





les 01.00 hores del dia següent en cas d'activitats culturals i esportives, botigues de conveniència, establiments comercials annexos a gasolineres, i serveis de restauració, inclosa la recollida a l'establiment i la prestació de serveis a domicili. La restauració en àrees de servei de vies de comunicació per a professionals de transport no resta subjecta a cap franja horària.

S'exceptuen d'aquesta limitació les activitats de caràcter essencial establertes a l'annex 2 del Decret Llei 27/2020, de 13 de juliol, de modificació de la Llei 18/2009, de 22 d'octubre, de salut pública. En cap cas es permet la venda de begudes alcohòliques en establiments comercials entre les 22.00 i les 6.00 hores”.

Las recurrentes persiguen únicamente la suspensión del límite de las 22 horas como horario de cierre en el sector del juego, que pretenden que se traslade a la una de la madrugada.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. La resolución impugnada, cuya suspensión urgente se propone en concretos aspectos, se limita a prorrogar, con algunas salvedades y diferencias, la suspensión del ejercicio de ciertas actividades que ya venía acordada en una anterior resolución, pretendiéndose ahora la suspensión únicamente del indicado aspecto de la hora de cierre.

Esta sala no puede desconocer la importancia de la pandemia reconocida por la Organización Mundial de la Salud el día 11 de marzo de 2.020, donde debe enmarcarse el supuesto de autos y a partir de la cual procede emitir los argumentos correspondientes en el ámbito territorial de Cataluña. Pandemia que, como es notorio y no precisado de prueba alguna, ha provocado ya miles de fallecidos, de hospitalizados con patologías graves y de afectados, obligando a la adopción de medidas preventivas y restrictivas en evitación de su indeseada expansión, que generaría un extraordinario riesgo para los derechos de los ciudadanos, comenzando por el más preciado, cuál es el derecho a la vida. Situación que la Sala debe valorar en la justa ponderación de los bienes e intereses jurídicos en presencia, no pudiendo permanecer ajena a la magnitud de los relatados efectos.

Por su parte, el Tribunal Supremo, para supuestos similares en que se formuló una pretensión cautelar urgente respecto a una disposición general, como lo es el artículo 9 de la resolución aquí recurrida, fundamentándola en la invocación de los artículos 135 y 136 de la ley jurisdiccional, sin ningún otro argumento que abonase la excepcionalidad de adoptarla y sin dar la oportunidad de alegar, viene declarando que, una vez delimitado el alcance de la resolución impugnada en los aspectos concretos en que se pretende la medida cautelar de suspensión, ni la necesidad de resolver sobre la pretensión cautelar implica por sí misma la urgencia de adoptar la medida, urgencia que está en la base de la aplicación del artículo 135, debiendo sustentarse en circunstancias específicas de protección del derecho o





interés invocado. La naturaleza temporal y limitada de las limitaciones establecidas en la resolución de que se trata y la preponderancia del interés general en la protección de la salud pública, que quedaría afectado de manera inmediata por la suspensión *inaudita parte* de la efectividad de las previsiones recurridas, excluyen apreciar la urgencia inaplazable para adoptar la medida antes de conocer las alegaciones de la administración autora de la orden recurrida. Resolución que, por lo demás, no aprueba ni introduce nuevas restricciones más allá de las que ya estaban vigentes, sino que se limita a prorrogar estas durante cierto tiempo añadido.

Así las cosas, no advierte el alto tribunal la existencia de urgencia perentoria de un pronunciamiento sobre la medida cautelar solicitada, lo que constituye presupuesto indispensable para la resolución sobre medidas cautelares *inaudita parte*, al amparo del artículo 135.1. En definitiva, ni los argumentos que la recurrente expone, ni su razonamiento sobre el *periculum in mora* como requisito general de la medida cautelar solicitada, son argumentos que abonen la inaplazable urgencia de adoptar la medida cautelar sin audiencia de la administración demandada. Cumple, en definitiva, no apreciar las razones de especial urgencia que exige el artículo 135.1 de la ley jurisdiccional.

No enerva estas apreciaciones –sigue el alto tribunal- la mera cita del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución Española, porque éste se satisface plenamente cuando los órganos judiciales pronuncian una decisión denegatoria que, a su vez, sea respetuosa con el contenido esencial del derecho fundamental (auto de la Sala de 2 de abril de 2.014, recurso 510/2013). Todo ello sin prejuzgar en modo alguno, como es lógico, lo que en su caso podría acordarse al resolver el fondo del recurso.

Tampoco basta –concluye- una referencia desnuda al artículo 15 de la Constitución, porque no se relaciona en forma alguna con el contenido concreto de la resolución impugnada, como tampoco son relevantes a estos efectos las menciones a derechos constitucionales (art. 9, 10, 43 y 45) situados fuera del ámbito del procedimiento especial de protección jurisdiccional de derechos fundamentales (autos Sala 3ª, Sección 4ª, de 4, 12, 19 -2- y 27 de mayo de 2.020).

SEGUNDO. Así, el examen a efectuar en el caso sólo procede en la limitada medida en que lo permite un incidente cautelar *inaudita parte*, como el aquí planteado, siendo criterio de este tribunal el de que el marco obligado del examen a efectuar debe venir referido, cuando menos, a los tan sentidos valores del derecho a la vida y la salud, así como a la defensa de un sistema de asistencia sanitaria cuyos limitados recursos es necesario preservar adecuadamente. Marco en el que procede valorar los derechos e intereses en juego y las concretas medidas contenidas en la resolución impugnada, que únicamente intenta la actora que se examinen en forma fragmentaria, pues sólo se refiere a las que afectan sus particulares derechos e





intereses, desconociendo la existencia de los intereses públicos, como si no existiesen, fuesen accesorios o hubieran de darse por supuestos.

De modo que debe apreciarse que la urgencia que se pretende, decantada en la vertiente individual de su situación, no se compadece con la necesaria ponderación general del caso. No observando esta sala que exista la urgencia perentoria que está en la base de la aplicación del artículo 135 de nuestra ley jurisdiccional y que constituye presupuesto indispensable para la resolución sobre medidas cautelares *inaudita parte*. Tampoco los argumentos que la recurrente expone abonan la inaplazable urgencia de adoptar las medidas cautelares sin audiencia de la administración demandada. Menos aún la de entrar por esa vía excepcional a conocer de cuestiones que constituyen el fondo del asunto, o de modificar o alterar las medidas establecidas en una disposición general, como parece serlo la de autos, contraviniendo las disposiciones del artículo 71.2 de nuestra ley jurisdiccional.

Y la preponderancia del interés general, cuando menos en la protección de la salud pública, que quedaría afectada de forma inmediata por la suspensión *inaudita parte* que se pretende, excluye el poder apreciar la urgencia inaplazable para adoptar las medidas antes de conocer las alegaciones de la administración autora de la resolución recurrida.

Por todo ello, procede desestimar las medidas cautelares provisionalísimas interesadas por la parte actora y tramitar con la celeridad que proceda las medidas cautelares ordinarias.

TERCERO. Visto el artículo 139 de nuestra ley jurisdiccional y atendidas las circunstancias concurrentes, no procede condena en costas a ninguna de las partes.

Vistos los preceptos citados y demás de aplicación, la Sección **ACUERDA: NO APRECIAR CIRCUNSTANCIAS DE ESPECIAL URGENCIA Y DENEGAR** la adopción de las medidas cautelares *inaudita parte* interesadas, ordenando el trámite del incidente cautelar conforme al artículo 131 y otorgando a la demandada un plazo que finalizará el próximo día 14 de junio a las 12 horas de la mañana, sirviendo este auto de requerimiento al efecto a la demandada. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciendo saber que frente a ella no cabe recurso. Así, por este auto, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.





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 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 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 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

