



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Sección Tercera
Sala de Discordia

Procedimiento ordinario nº 204/2021 -Número de Sala 1.656/2021- (Pieza separada de medidas cautelares)

Partes: GREMI DE RESTAURACIÓ DE BARCELONA contra GENERALITAT DE CATALUNYA

AUTO

Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as

Javier Aguayo Mejía (preside)
Núria Bassols Muntada
Manuel Táboas Bentanachs
Francisco López Vázquez
M^a Luisa Pérez Borrat
Isabel Hernández Pascual
Héctor García Morago
Virginia de Francisco Ramos
Laura Mestres Estruch

En la ciudad de Barcelona, a veinte de mayo de dos mil veintiuno.

HECHOS

PRIMERO. Por la representación procesal del GREMI DE RESTAURACIÓ DE BARCELONA se ha interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la Resolución del Departament de Salut de la Generalitat de Catalunya





SLT/1392/2021, de 7 de mayo (DOGC. 8-5-21), 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 se solicita como pretensión principal, la suspensión cautelar de la ejecutividad de los apartados que se dirán y, subsidiariamente, la estipulación de unos márgenes menos restrictivos en cuanto a las medidas impugnadas.

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Héctor García Morago.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

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

Apartado 3: “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 (...) la franja entre les 06.00 hores i les 23.00 hores en cas d'activitats (...) serveis de restauració, inclosa la recollida a l'establiment i la prestació de serveis a domicili (...).

Apartado 11: “Activitats d'hostaleria i restauració

Els establiments d'hostaleria i restauració poden obrir amb subjecció a les condicions següents:

- El consum s'ha de realitzar sempre a la taula.*
- En l'interior, l'aforament es limita al 30% de l'autoritzat i s'ha de garantir una distància mínima degudament senyalitzada de dos metres entre comensals de taules o agrupacions de taules diferents. S'ha de garantir la ventilació de l'espai mitjançant ventilació natural o altres sistemes de ventilació.*
- A les terrasses s'ha de garantir una distància mínima degudament senyalitzada de dos metres entre comensals de taules o grups de taules diferents.*
- Es limita a quatre el nombre màxim de comensals per taula o agrupació de taules, llevat que pertanyin a la bombolla de convivència.*
- S'ha de garantir la distància d'un metre entre persones d'una mateixa taula, excepte per a persones que pertanyin a la bombolla de convivència. El tipus i mida de taula han de permetre que es garanteixin aquestes distàncies.*





- El servei només es pot dur a terme de les 7:30 hores a les 23:00 hores. Els clients no podran romandre a l'establiment fora d'aquesta franja horària. Aquesta franja horària no és aplicable als serveis de restauració dels centres de treball destinats a les persones treballadores, als serveis de restauració integrats en centres i serveis sanitaris, sociosanitaris i socials per donar servei exclusivament a les persones que hi realitzen prestació laboral i a les persones que hi estan ingressades, i als serveis de menjador de caràcter social, per a les persones usuàries del servei.

- Les activitats de restauració per servir a domicili o per a recollida dels clients a l'establiment es podran dur a terme durant tot l'horari d'obertura de l'establiment, d'acord amb el règim horari establert a l'apartat 3 d'aquesta Resolució.

- S'han de complir sempre totes les indicacions del Pla sectorial de la restauració aprovat pel Comitè de Direcció del Pla d'actuació del PROCICAT”.

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 las 24 horas

-Ampliar el aforo interior hasta el 50% del autorizado

-Ampliar a seis el número de comensales por mesa, o a más si se trata de personas pertenecientes a la misma unidad de convivencia, y

-Restablecer el consumo en barra, con una separación interpersonal de 1,50 m

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 cautelares 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 de la hostelería y la restauración 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.

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; 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 carácter universitario aportado por la defensa letrada de la Administración (un informe sobre otros informes), los informes oficiales aportados no contengan ninguna justificación específica a propósito de las limitaciones impuestas en el sector de la hostelería y la restauración.

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 a la hostelería y la restauración.

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: El hecho de que hoy mismo (es decir: durante el periodo de vigencia de la Resolución impugnada) este Tribunal haya autorizado, a petición de la Generalitat de Catalunya, la ampliación a 10 del número de personas en las reuniones familiares y sociales; precisamente en un ámbito al que la propia Generalitat le ha reconocido (en estos autos) la condición de principal foco de los brotes de pandemia.

6: La inexistencia de datos negativos sobre las consecuencias sanitarias derivadas de la ampliación, en su día, del horario del sector, de las 15:30 horas a las 17:30 horas.

QUINTO.- Dadas las circunstancias, no se impondrán costas.

Por todo ello, procede estimar la pretensión cautelar subsidiaria formulada por la entidad recurrente.

Vistos los preceptos citados y demás de aplicación, la Sala de Discordia

ACUERDA: HABER LUGAR a la adopción de la medida cautelar solicitada por el GREMI DE RESTAURACIÓ DE BARCELONA con carácter subsidiario en los presentes autos del recurso contencioso-administrativo ordinario nº 1.656/2021 de Sala y nº 204/2021 de Sección , en el sentido de que las medidas administrativas objeto de la presente *litis* no impedirán que, cautelarmente, las actividades de hostelería y restauración puedan:

-Abrir hasta las 24 horas

-Ampliar el aforo interior hasta el 50% del autorizado

-Ampliar a seis el número de comensales por mesa, o a más si se trata de personas pertenecientes a la misma unidad de convivencia

-Restablecer el consumo en barra, con una separación interpersonal de 1,50 m

Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciendo saber que frente a ella cabe





reposición en un plazo máximo de cinco días. Así, por este auto, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULAN LOS MAGISTRADOS D. MANUEL TÁBOAS BENTANACHS, D. FRANCISCO LÓPEZ VÁZQUEZ, DÑA. MARIA LUISA PÉREZ BORRAT, y DÑA. ISABEL HERNÁNDEZ PASCUAL en relación con el Auto de esta Sección Tercera en el día de la fecha, de estimación de la medida cautelar subsidiaria solicitada en nombre del Gremi de Restauració de Barcelona, en el presente recurso Sala TSJ nº 1.656/2021 (224/2021).

No compartiendo el criterio de la mayoría de la Sección de Casación, con absoluto respeto de la decisión de esa mayoría, formulamos **VOTO PARTICULAR** en los siguientes términos:

PRIMERO.- En nombre de Gremi de Restauració de Barcelona se ha interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la Resolución SLT/1392/2021, de 7 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 8405, de 8 de mayo de 2021.

Por otrosí, en el escrito inicial del recurso, se solicitó la adopción de medidas cautelares, al amparo de los artículos 129 y 131 de la Ley





29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en los siguientes términos:

1º) Con carácter principal, la adopción de la medida cautelar consistente en la suspensión de las medidas relativas a la actividad de restauración contenida en el apartado 11º de la Resolución impugnada, según el cual:

- 11 Actividades de hostelería y restauración

Los establecimientos de hostelería y restauración pueden abrir con sujeción a las condiciones siguientes:

- El consumo ha de realizarse siempre en la mesa.*
- En el interior, el aforo se limita al 30% del autorizado y ha de garantizarse una distancia mínima debidamente señalizada de dos metros entre comensales de mesas o agrupaciones de mesas diferentes. Ha de garantizarse la ventilación del espacio mediante ventilación natural u otros sistemas de ventilación.*
- En las terrazas ha de garantizarse una distancia mínima debidamente señalizada de dos metros entre comensales de mesas o grupos de mesas diferentes.*
- Se limita a cuatro el número máximo de comensales por mesa o agrupación de mesas, salvo que pertenezcan a la burbuja de convivencia.*
- Ha de garantizarse la distancia de un metro entre personas de una misma mesa, excepto para personas que pertenezcan a la burbuja de*





convivencia. El tipo y medida de mesa han de permitir que se garanticen estas distancias.

- El servicio sólo se puede llevar a cabo de las 7:30 horas a las 23:00 horas. Los clientes no podrán permanecer en el establecimiento fuera de esta franja horaria.*
- Esta franja horaria no es aplicable a los servicios de restauración de los centros de trabajo destinados a las personas trabajadoras, a los servicios de restauración integrados en centros y servicios sanitarios, sociosanitarios y sociales para dar servicio exclusivamente a las personas que realicen prestación laboral y a las personas que están ingresadas, y a los servicios de comedor de carácter social, para las persona usuarias del servicio.*
- Las actividades de restauración para servir a domicilio o para recogida de los clientes en el establecimiento se podrán llevar a cabo durante todo el horario de apertura del establecimiento de acuerdo con el régimen horario establecido en el apartado 3 de esta resolución.*
- Han de cumplirse siempre todas las indicaciones del Plan sectorial de la restauración aprobado por el Comité de Dirección del Plan de Actuación del PROCITAT.*

También se solicita la medida cautelar de suspensión de la ejecutividad del apartado 3 de la Resolución impugnada, en el inciso relativo a la franja entre las 06:00 y las 23:00 horas,. Dicho apartado es del siguiente tenor:

“El horario de apertura al público de las actividades permitidas por la presente Resolución es el correspondiente a cada actividad, sin que en ningún caso pueda superar la franja entre las 06:00 horas y las 22:00 en general, y la franja entre las 6'00 horas y las 23'00 horas en caso de





actividades culturales y deportivas, tiendas de conveniencia, establecimientos comerciales anexos a gasolineras y servicios de restauración, incluida la recogida en el establecimiento y la prestación de servicios a domicilio”.

2º Con carácter subsidiario, se solicita la medida cautelar:

a) La ampliación del horario de apertura para el sector de la restauración hasta las 24 horas.

b) La ampliación del aforo interior al 50% del autorizado.

c) La ampliación a seis en el número máximo de comensales por mesa o agrupación de mesas, salvo que pertenezcan a la misma unidad de convivencia.

d) La autorización de que el consumo en barra se pueda llevar a cabo siempre que se mantenga una distancia interpersonal de 1'5 metros.

SEGUNDO.- Se alega por la actora como fundamento de la pretensión cautelar, que, en la actual situación epidemiológica, y en atención al porcentaje de vacunación de la población, las medidas adoptadas en la resolución recurrida para la contención de la pandemia en relación con la actividad de restauración son innecesarias y desproporcionadas, por lo cual, al entender de esa parte, la suspensión cautelar no ha de causar graves perjuicios al interés público o a terceros, mientras que su ejecución inmediata prolongará e intensificará los perjuicios económicos que para los titulares de las actividades de esa naturaleza han ocasionado las medidas adoptadas para afrontar la pandemia desde que ésta fue declarada en marzo de 2020.

Conforme al artículo 130.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, 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.

(1) La pandemia no ha concluido con la finalización del estado de alarma declarado por Real Decreto núm. 926/2020, de 28 de octubre, a las 00:00 del día 9 de noviembre de 2021, de conformidad con el artículo 4 de dicho Real Decreto.

Por virtud del artículo 2 del citado Real Decreto de declaración del estado de alarma, la persona que ostentase la presidencia de la comunidad autónoma, como autoridad competente delegada del Gobierno de la Nación, quedaba habilitada para dictar, por delegación de este último, las órdenes, resoluciones y disposiciones para la aplicación de lo previsto en los artículos 5 a 11, de limitación de circulación, con excepciones, entre 23:00 y 06:00 horas, restricción de entrada y salida en las comunidades y ámbitos territoriales inferiores, limitación de permanencia en espacios de uso público y privado, y limitaciones en lugares de culto.

Estas medidas podían adoptarse sin solicitar la autorización o ratificación judicial de los artículos 8.6 y 10.8 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

(2) El Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, adopta medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2.

Precisamente porque el Gobierno es consciente que la finalización del estado de alarma, el 9 de mayo de 2021, no coincide con el fin de la





pandemia, aprueba el reseñado Real Decreto-ley, para que entre en vigor en el mismo momento de expiración del estado de alarma, afirmando en su exposición de motivos:

“Ante la inminente finalización del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, y prorrogado tras el acuerdo del Congreso de los Diputados de 27 de octubre de 2020 mediante el Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, resulta ineludible y urgente abordar la reforma del recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo a fin de evitar que la situación jurídica descrita en los párrafos precedentes vuelva a producirse, pues los efectos adversos de la pandemia sobre la salud de los ciudadanos persisten y, una vez decaiga el estado de alarma, las autoridades sanitarias podrán seguir precisando para combatirlo de la adopción de medidas urgentes y necesarias para la salud pública que, en el caso de que restrinjan o limiten derechos fundamentales de los ciudadanos, requerirán de la preceptiva autorización o ratificación judicial por las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional.

(3) En el Decreto-ley núm. 27/2020, de 13 de julio, de Modificación de la Ley 18/2009, de 22 de octubre, de salud pública y de adopción de medidas urgentes para hacer frente al riesgo de brotes de la COVID-19, artículo único, se añade la letra k) al artículo 55 con el siguiente tenor:

“k) En situaciones de pandemia o epidemia declaradas por las autoridades competentes, las autoridades sanitarias competentes podrán adoptar medidas de limitación a la actividad, del desplazamiento de las personas y la prestación de servicios en determinados ámbitos territoriales previstas en el anexo 3, de acuerdo con lo que dispone el artículo 55 bis”.

Se añade un artículo 55 bis con el siguiente tenor:





“Procedimiento para la adopción de medidas en situación de pandemia declarada:

1.- La adopción de las medidas a que hace referencia la letra k) del artículo anterior tienen por objeto garantizar el control de contagios y proteger la salud de las personas, adecuándose al principio de proporcionalidad.

A estos efectos, la adopción de las medidas indicadas requerirá la emisión de un informe emitido por el director/a de la Agencia de Salud Pública, en los aspectos asistenciales a propuesta del Servicio Catalán de la Salud y en los aspectos epidemiológicos y de salud pública, a propuesta de la propia Agencia, el cual tendrá por objeto acreditar la situación actual de riesgo de contagio, la situación de control de la pandemia, la suficiencia de las medidas, y propondrá las medidas a adoptar”.

(4) Finalizado el estado de alarma, y siguiendo el procedimiento previsto en la Ley 18/2009, con las modificaciones apuntadas introducidas por Decreto-ley 27/2020, los consejeros de Salud y de Interior de la Generalitat de Cataluña dictaron la Resolución SLT/1.392/2021, de 7 de mayo, que aquí se recurre, previa la emisión de informes, en fechas 5 y 7 de mayo de 2021, del director de la Agencia de Salud Pública de Cataluña *“justificativos de la adopción de las medidas urgentes para hacer frente al riesgo de brotes de COVID-19”,* explicándose en la exposición de motivos de la Resolución: *“El primero de estos informes, que prevé los aspectos asistenciales a propuesta del Servicio Catalán de la Salud y los aspectos epidemiológicos y de salud pública a propuesta de la propia Agencia, pone de manifiesto que la ocupación por la COVID-19 en los hospitales muestra una tendencia descendente, tanto en camas de críticos como en general, si bien todavía se sitúa en un nivel de presión asistencia elevada que condiciona la*





actividad diaria de los hospitales. Por otra parte, con respecto a la situación epidemiológica, los datos de incidencia acumulada (IA) por fecha de diagnóstico siguen la tendencia descendente de las últimas semanas. Con respecto a la Rt de Cataluña, vuelve a situarse ligeramente por debajo de 1”.

En esa situación, los informes proponen la prórroga y modificación de las medidas previstas en la Resolución SLT/1278/2021, de 30 de abril, de acuerdo con las que están previstas en el anexo 3 del citado Decreto ley 27/2020, por un nuevo periodo hasta las 00:00 del 24 de mayo de 2021.

De acuerdo con sus propuestas, la Resolución, por lo que hace a la actividad de restauración, que aquí nos ocupa, amplía el horario de servicio, que pasa a incluir la franja de cenas, hasta las 23:00 horas.

Así, pues, de conformidad con el artículo 55 bis de la Ley 18/2009, el informe del director de la Agencia de Salud Pública --- que debe emitir preceptivamente antes de que por los órganos competentes se adopten las medidas necesarias para el control de contagios y protección de la salud de las personas ---, tiene por objeto acreditar la situación de riesgo de contagio a su fecha, la situación de control de la pandemia, la suficiencia de las medidas, y la propuesta de medidas a adoptar.

(5) Los informes de 5 y 7 de mayo de 2021, del director de la Agencia de Salud Pública, han sido aportados por la abogada de la Generalitat con el escrito de oposición a las medidas cautelares. En dichos informes se recogen y analizan exhaustivamente, por fechas, entre el 18 de abril y el 3 de mayo de 2021, y por comarcas y regiones sanitarias, multitud de datos asistenciales y epidemiológicos, que se analizan para definir la situación de la epidemia a su fecha, y proponer las medidas que se considera adecuadas para hacerle frente.





Así, por lo que hace a la tasa de incidencia acumulada (IA) en los últimos 14 días por fecha de diagnóstico se dice que el indicador actual es todavía bastante elevado (269'3 casos por 100.000 habitantes), pero decrece respecto al mismo indicador de hace 4 semanas (296). La media de casos diarios diagnosticados en los últimos 7 días es de 1.346 casos, mientras que hace dos semanas era de 1.598 casos diagnosticados de medida diaria, indicando un descenso.

Como dato comparativo para su valoración, en el informe se recoge que *“de acuerdo con las recomendaciones del Consejo de Europa, el Centro Europeo de Control de Enfermedades (ECDC) ha establecido el umbral de incidencia acumulada a 14 días de 25 casos por 100.000 habitantes para considerar que el riesgo comienza a incrementarse. A partir de esta tasa se recomienda tomar medidas que garanticen las medidas de autoprotección y reducción de la movilidad, las aglomeraciones o concentraciones de personas en espacios de concurrencia pública (especialmente en lugares cerrados) y limitar las actividades o servicios de riesgo”*.

Por lo que hace a la Rt (número de reproducción efectivo, que indica el crecimiento o decrecimiento de la pandemia), se explica que llegó a un máximo de 1'39 el día 12 de abril, que después de 4 días por debajo de 1, volvió a situarse ligeramente por encima durante 9 días, entre el 21 y el 29 de abril, y que desde hacía un día a la fecha del informe de 5 de mayo, se situaba por debajo de 1 (Rt=0'98).

Se concluye que *“los encuentros de personas (ámbito familiar y de carácter social) están favoreciendo la transmisión del virus. De otro lado, dada la situación epidémica actual que muestra que el contagio se está produciendo más en personas jóvenes y de mediana edad con un perfil social de elevada movilidad, con menor sintomatología y con mayor interacción social, el control de la transmisión comunitaria continua pasando necesariamente por mantener las medidas con el objetivo de*





restringir el máximo posible aquellas actividades que tengan un componente de socialización y las aglomeraciones”.

En el ámbito asistencial el informe destaca en relación con las camas de críticos, que “479 pacientes son positivos por Covid-19 y los afectados representan un 51'90% del total de pacientes ingresados en las UCI. La ocupación COVID en los hospitales disminuye lentamente tanto en camas de críticos como en general, pero todavía quedan a niveles muy elevados, lo cual tensiona severamente el sistema y condiciona la actividad diaria de los hospitales, que mantienen la actividad dual con una capacidad ampliada de acuerdo con sus planes de contingencia”.

Como propuesta, “dado el contexto descrito por lo que hace a la tendencia de disminución ligera de la mayoría de los indicadores asistenciales y epidemiológicos, pero todavía con niveles de ocupación de camas convencionales y camas de UCI significativamente elevados y tasas de IA de 7 y 14 días por fecha de diagnóstico, todavía elevadas, se propone prorrogar la mayoría de medidas establecidas en la Resolución SLT/1278/2021, de 30 de abril. No obstante, y atendiendo prioritariamente al principio de riesgo beneficio respecto al desarrollo de ciertas actividades y servicios productivos y económicos, algunas de las medidas del ámbito de la restauración y hostelería (flexibilizando el horario de apertura al pública por lo que hace a la extensión de la franja nocturna, manteniendo no obstante el resto de medidas).”

También se toma en consideración los datos de cobertura de la vacunación expresados en el informe, de acuerdo con los cuales “todos los grupos de edad inferiores a los 60 años presentan coberturas nulas o muy bajas (cuadro página 42 - pirámide de población y vacunación), este dato es suficientemente relevante para continuar restringiendo y manteniendo el número máximo de personas en estas reuniones familiares y sociales en el ámbito público y privado dado que, como se ha demostrado, es donde se produce mayoritariamente el incumplimiento de





las medidas de autoprotección y seguridad (mantenimiento de distancia física de seguridad y uso correcto de la mascarilla) que en ausencia de medidas farmacológicas, como son las vacunas, son la principal medida para evitar los contagios y la transmisión de la COVID-19”.

(6) A la fecha de finalización del estado de alarma, teníamos, pues, una incidencia acumulada en los últimos 14 días de 269'3 casos por 100.000 habitantes --- el límite para considerar que el riesgo empieza a incrementarse es de 25 por 100.000 habitantes ---; una mediana de 1.598 casos diagnosticados diariamente, una Rt de prácticamente 1 (Rt=0'98), y un número de pacientes ingresados en camas de críticos por COVID de 479, frente a los NO COVID de 444, en total 923, teniendo en cuenta que *“un censo superior a 350 camas de críticos ocupadas 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”*. Además, según los datos de vacunación del informe, tan sólo un 13'1% de la población mayor de 16 años estaba vacunada con la pauta completa.

Es de reiterar que estos datos se recogen en los preceptivos informes del director de la Agencia de Salud Pública en los que se fundamenta la Resolución que se pretende suspender, que, a su vez, se apoyan, lo que no se cuestiona ni desvirtúa, en los datos facilitados por el Servicio Catalán de la Salud por lo que hace a los aspectos asistenciales, de camas ocupadas, y previsiones de futuro en función de la evolución de la pandemia, y de los facilitados por la misma Agencia en aspectos epidemiológicos y de salud pública; por tanto, de informes elaborados con datos aportados en último término por órganos técnicos de la Administración a los que corresponde la prestación del servicio asistencial y de prevención y control epidemiológico, frente a los que no se aporta informe técnico de similar cualificación que los contradiga y desvirtúe, y respecto de los que este Tribunal no puede apartarse en este momento





procesal, y sin perjuicio de lo que se resuelva en sentencia a la vista de la prueba que se aporte en el declarativo, ya que *no puede sustituir los datos fácticos obtenidos por la Administración asistencial y de control preventivo de la salud pública, su tratamiento y estudio, y las propuestas de los técnicos de la Administración, --- a los que hay que presumir, salvo prueba en contrario, profesionalidad e imparcialidad en el control de la pandemia ---, para contener y evitar la transmisión de la COVID-19.*

No es aceptable el argumento de reiteración en los informes del contenido de otros anteriores, por cuanto los datos que toman en consideración se corresponden con los contagios, ingresos y fallecimientos detectados a diario, y con el incremento de los servicios asistenciales sanitarios habidos a lo largo de la pandemia para dar satisfacción a las necesidades diarias de los afectados. En este último extremo se puede comprobar la evolución de datos y su incidencia en los ingresos en camas convencionales y en críticos, con la constatación en el último informe de 5 de mayo de 2021 de la expansión de la capacidad de las UCI's con la expansión interna de la propia estructura, *“además de los 5 nuevos edificios habilitados anexos a 5 hospitales”, que “aumentan la capacidad estructural en 1.400 camas, el uso de las cuales permite, en función de las necesidades, utilizarse como camas de críticos, semicríticos o como unidades monográficas Covid”.*

Como se ha dicho, en este momento procesal, y a falta de cualquier prueba que desvirtúe los informes en los que se apoya la resolución recurrida, no pueden sustituirse esos datos asistenciales y epidemiológicos por la opinión subjetiva de la parte actora, que, no cabe olvidar, actúa en defensa de sus intereses económicos privados, muy legítimos, pero no necesariamente coincidentes con el interés público al que ha de someterse en su actuación la Administración pública.

(7) La situación epidemiológica y asistencial a la fecha de los informes de la Agencia de Salud Pública, de 5 y 7 de mayo de 2021,





muestra la continuidad de la transmisión comunitaria del virus, y una ocupación de camas de críticos que todavía condiciona la actividad ordinaria de los centros sanitarios.

En esta situación, la actora sostiene que las medidas adoptadas en la resolución recurrida respecto de la actividad de restauración son innecesarias y desproporcionadas, por lo que solicita que se suspenda la ejecutividad de la Resolución, lo que comportaría, con una vigencia de 15 días, la inaplicación e ineficacia de las restricciones establecidas en la Resolución para la actividad de restauración.

Como se ha dicho, no hay prueba técnica de la misma o similar cualificación a los informes de la Agencia de Salud Pública que los contradigan o desvirtúen, y este Tribunal no puede sustituir a los órganos de la Administración competentes en materia de asistencia sanitaria y de salud pública para definir la situación epidemiológica actual y las propuestas para afrontarla.

Además, con los informes se presenta una publicación elaborada por científicos de la Universidad de Philadelphia, del Colectivo Silesia, de España, del Grupo de Investigación en Salud Pública y Epidemiología de la Facultad de Medicina de la Universidad de Alcalá de Henares, y del Centro de Salud Rafael Alberti, de Madrid, en el que, por lo que hace a la incidencia o relación directa entre la actividad de restauración y la transmisión del virus, concluyen:

“Se encontraron 20 estudios que investigaron el papel de la hostelería en la epidemiología de la COVID-19. Los estudios de modelaje evidencian que las intervenciones relacionadas con la disminución de los contactos sociales en el interior de los negocios tienen la capacidad para disminuir la velocidad de transmisión. Los estudios de inferencia estadística mostraron resultados similares, afirmando que el cierre de la hostelería es una de las medidas más efectivas para disminuir la





incidencia y la mortalidad. Los estudios de brotes muestran la capacidad de los establecimientos de hostelería y restauración para generar eventos de súpercontagio, a la vez que enfatizan la importancia de controlar las corrientes de aire y la correcta ventilación del interior de los establecimientos.

Conclusiones. Se encuentra una gran consistencia en la literatura al señalar que el cierre de los locales de hostelería es una de las medidas más efectivas para disminuir la incidencia y la mortalidad de la COVID-19. Además, se señalan algunas medidas como la limitación de aforos y la ventilación, como aspectos a monitorizar en los procesos de reapertura de estos locales”.

Como ejemplo de estudios analizados, uno realizado en 20 países, puso de relieve que *“el cierre de la hostelería estuvo asociado con una reducción de nuevos casos del 36%”.*

En 11 ciudades de EEUU, *“mantener el interior de la hostelería cerrada redujo la incidencia de COVID-19 en un 46% durante las 4 semanas posteriores a la fecha de potencial apertura”.*

En Reino Unido, en un caos de subsidios para comer en restaurantes, *“las áreas que más utilizaron el subsidio tuvieron una mayor subida de infecciones al empezar el programa, que disminuyeron al finalizarlo. El programa fue causa del 8-17% de los brotes”.*

(8) Ciertamente es que la situación epidemiológica y asistencial no es la misma que la que se produjo de marzo a junio de 2020, pero también es cierto que las medidas adoptadas no son tan restrictivas, y que, según se expresa en la exposición de motivos de la Resolución y en los informes técnicos indicados, se busca un punto de equilibrio entre la protección de la salud pública y los intereses económicos y de producción.





Desde un punto de vista técnico, no hay prueba, por el momento y en el limitado y provisional ámbito de las medidas cautelares, para sustituir los criterios técnicos en los que se fundamenta la Administración, y tampoco se aprecia, también por el momento, la desproporción alegada por la parte actora entre el alcance actual de la pandemia y las restricciones impuestas en la Resolución recurrida.

(9) La legislación autonómica sobre establecimientos públicos aplicable a la actividad de restauración --- Ley 11/2009, de 6 de julio, de espectáculos públicos y las actividades recreativas de Cataluña - ya contempla con carácter general y con independencia de la situación de pandemia en la que nos encontramos, que las autoridades, administraciones competentes y las personas responsables de los establecimientos abiertos al público deben garantizar *“la seguridad y la salud de los espectadores, los usuarios y el personal al servicio de los establecimientos abiertos al público, ...la prevención de los riesgos y la integridad de los bienes públicos y privados afectados, sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa de riesgos laborales vigentes”* - art. 2-3 b).

Para la consecución de esos objetivos, entre las condiciones de ejercicio de la actividad se incluyen limitaciones horarias y de aforo de los establecimientos. Por ello, a la espera de la prueba que se pueda aportar en el recurso, no se advierte irracional o arbitraria la utilización de la misma técnica de control de la actividad de restauración con limitaciones de horario y aforo, que son parámetros objetivables, y mediante los cuales se preserva, entre otros bienes, la salud de las personas. El aforo es un dato que debe incluirse entre las condiciones técnicas de la autorización o licencia de los establecimientos, y que resulta de la reserva de una superficie y volumen de recinto por persona usuaria, de tal manera que aplicando porcentajes sobre el ya establecido para un determinado establecimiento puede regularse el espacio necesario para garantizar la distancia física entre usuarios, y evitar o limitar la transmisión del virus. Como se ha dicho, los datos y la propuesta de





limitación tienen apoyo en informes técnicos no desvirtuados, y tampoco se aporta ninguno que permita cuestionar o sustituir el criterio técnico de los órganos de la Administración en relación a los metros por persona que es necesario asegurar mediante la aplicación de la condición de aforo para evitar o limitar el contagio.

(10) Por todo lo expuesto, debe rechazarse que en la situación actual pueda prescindirse de las medidas previstas en la Resolución recurrida en relación con la actividad de restauración, y que, en consecuencia, pueda acordarse la medida cautelar solicitada y suspender la ejecutividad de la Resolución, y la aplicación de esas medidas, pues la suspensión podría comportar una grave perturbación para los intereses públicos en materia de salud pública, y graves perjuicios para terceros.

Por las mismas razones, y dada la inexistencia de prueba técnica cualificada que permita sustituir el criterio técnico en el que se fundamenta la Resolución recurrida, tampoco puede apreciarse desproporción en las medidas adoptadas, ni puede modificarse, ni sustituirse el criterio de los técnicos de la Administración en cuyos informes y propuestas se apoya dicha Resolución, ya que la prolongación del horario de la actividad y el incremento de aforo comporta un aumento de usuarios por metro cuadrado de superficie del establecimiento, que no siendo los Magistrados de este Tribunal titulados en medicina, ni especialistas en salud pública, solo podrían rectificar con decisiones infundadas técnicamente, y por tanto sin garantías de eficacia para protección de la salud pública.

(11) Por otra parte no cabe apreciar en este ámbito, provisional y limitado de las medidas cautelares, una nulidad de la Resolución por vulneración de los derechos fundamentales invocados por la actora, de libertad de empresa y derecho al trabajo, *"tan clara y evidente que puede ser apreciada sin un estudio pormenorizado del fondo de la cuestión debatida"*, tal y como se declara en el Auto de la Sala 3ª del Tribunal





Supremo de 29 de noviembre de 2005, para que prospere la pretensión cautelar por ese motivo.

El artículo 9.2 c), en relación con el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, de trasposición de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios del mercado interior, permite supeditar el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio a requisitos que se encuentren justificados por una razón imperiosa de interés general, entre las que se incluyen las razones de salud pública, cuya concurrencia justifica las medidas adoptadas en la resolución impugnada.

No hay ninguna prueba de que la finalidad de la Resolución sea la de proteger o preservar unas actividades económicas frente a otras a las que se perjudica arbitrariamente, y no sea la de conseguir el objetivo legalmente previsto de *“garantizar el control de contagios y proteger la salud de las personas, adecuándose al principio de proporcionalidad”* --- artículo 55 bis de la Ley 18/2009.

Tampoco cabe apreciar una clara y manifiesta vulneración del derecho al trabajo en la adopción de medidas que también tienen como objetivo la protección de la salud en el trabajo y la vida de los trabajadores, derecho fundamental y prevalente a la vida y a la integridad física previsto en el artículo 15 de la Constitución, y que los poderes públicos tienen la obligación de proteger de conformidad con el artículo 43.1 de la misma Constitución.

Como declaró el Tribunal Constitucional en Auto 40/2020, de 30 de abril, *“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 (...) 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). 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”.

(12) Todo lo expuesto obliga a denegar todas las medidas cautelares solicitadas, tanto por lo que hace a la suspensión de las disposiciones de los apartados 11 y 3 de la Resolución recurrida, como respecto de la adopción de las medidas positivas, solicitadas subsidiariamente, por las mismas razones ya explicadas, razón por la cual se formula el presente VOTO PARTICULAR.

Barcelona, 20 de mayo de 2021.





VOTO PARTICULAR QUE PRESENTA LA MAGISTRADA SRA. MARÍA LUISA PÉREZ BORRAT EN RELACION CON LA COMPOSICIÓN DE LA SALA DE DISCORDIA Y CONCURRENTE CON LA POSICIÓN MAYORITARIA DE DESTIMAR 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 18 de mayo 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 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 formación 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-Administrativo, 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 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 parece que sustituye al Presidente de la Sala) 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 y ya como último recurso y para el caso de que fuera necesario completar la sala de discordia con 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.

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.

Por consiguiente, al no ser la Magistrada Sra. Bassols Muntada magistrada de “la misma Sala”, me correspondía a mí ser llamada en primer lugar, por ser la Magistrada más antigua en el escalafón de la Sala después de los Magistrados Sr. Taboas y Sr. López.

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 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 al voto particular discordante.

Este es el sentido de mi voto particular

.

