



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
SECCIÓN DE RECURSOS

VISTO por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial el **recurso de alzada nº 152/03**, interpuesto por el **Excmo. Sr. FISCAL GENERAL DEL ESTADO**, contra el Acuerdo del Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 11 de julio de 2003, por el que se dispuso la constitución de la Sala de Discordia prevista en el artículo 262 de la LOPJ, en los rollos acumulados núms. 19/03 y 21/03 de la Sala de lo Civil y Penal del citado Tribunal Superior.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco se tramitan los rollos núms. 19/03 y 21/03, acumulados en virtud de Auto de la citada Sala de fecha 10 de julio de 2003. Los referidos rollos acumulados traen causa de la interposición de sendas querellas por parte, respectivamente, del Sindicato Colectivo de Funcionarios "Manos Limpias" y del Fiscal General del Estado, contra el Presidente del Parlamento Vasco D. Juan María Atutxa Mendiola y contra los Diputados de la misma Cámara D. Gorka Knörr Borrás y D^a. Kontxi Bilbao Cuevas, por presuntos delitos de desobediencia tipificados en el artículo 410 del Código Penal, en relación con la ejecución y cumplimiento de la sentencia dictada por la Sala prevista en el artículo 61 de la LOPJ en la causa seguida ante la propia Sala (Autos Acumulados núms. 6/2002 y 7/2002), sobre la ilegalización de Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna, al amparo de la regulación establecida en la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos.

2. Constituida la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco como sala de justicia, por ostentar la competencia dada la condición de aforados de los querellados, la misma quedó integrada por D. Manuel María Zorrilla Ruiz, Presidente, y por los Magistrados D^a. Nekane Bolado Zárraga, D. Antonio García Martínez y D. Roberto Saíz Fernández, no formando parte de la Sala el Magistrado D. José María Satrústegui por encontrarse en situación de baja por enfermedad desde hace varios meses.

3. Señalada fecha para la deliberación destinada a resolver sobre la admisión a trámite de las mencionadas querelladas resultó, tras la oportuna sesión, una situación de igualdad numérica de posiciones entre los Magistrados partidarios de la admisión a trámite y los que, por el contrario, se mostraban partidarios de su inadmisión a limine.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

SECCIÓN DE RECURSOS

4. Ante la situación planteada, el Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco – y Presidente de la Sala de lo Civil y Penal de dicho Tribunal – dicta providencia de fecha 11 de julio de 2003 del siguiente tenor:

“Dada cuenta; no habiendo resultado mayoría de votos sobre la admisión de las querellas acumuladas, se acuerda la constitución de la Sala prevista en el artículo 262.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Y que, teniendo en cuenta que la referencia al Presidente de la Audiencia se entiende hecha al Presidente del Tribunal, quedará formada por los integrantes de origen y, a causa de no haber otros Magistrados del mismo orden jurisdiccional, por los tres magistrados que según el turno preexistente son:

- *D. Manuel Díaz de Rábago Villar.*
- *D. Enrique Torres López de Lacalle.*
- *D^a. María Abelleira Rodríguez.*

Los así designados concurrirán al acto de deliberación que, en unión de los componentes originarios de la Sala, tendrá lugar el día 14 de julio a las diez horas de su mañana”.

5. Mediante escrito que tiene entrada en el Consejo General del Poder Judicial el 12 de julio de 2003, el Excmo. Sr. Fiscal General del Estado interpone recurso de alzada contra la resolución reproducida en el antecedente que precede, escrito de impugnación en el que alega lo siguiente:

“EL FISCAL, al amparo de lo prevenido en el art. 59 del Reglamento 1/2000, de 26 de julio, de los órganos de Gobierno de los Tribunales, interpone por medio del presente escrito RECURSO DE ALZADA contra el acuerdo gubernativo incorporado formalmente a la providencia de fecha 11 de julio de 2003, suscrita por el Excmo. Sr. Presidente de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el rollo de la Sala núm. 19/03, con número de identificación general 00.01.1-03/003197.

El presente recurso, a la vista de la incorporación de dos Presidentes de Sala en el órgano jurisdiccional de discordia, se fundamenta en las siguientes consideraciones:

a) Naturaleza jurídica del acuerdo en virtud del cual se produce el concurso de otros Magistrados para formar parte del Tribunal encargado de dirimir la discordia

Planteado el supuesto de hecho determinante de la discordia, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 262.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se hace preciso la formación de un nuevo Tribunal que, sobre la base de la composición originaria del mismo, es decir, integrando dentro de él a los Magistrados discordantes, aumente su composición con un número de Magistrados que asegure la no producción de empates, para lo cual “concurrirán” otros Magistrados en la forma



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

SECCIÓN DE RECURSOS

determinada en el párrafo 2 del citado precepto orgánico: 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.

Con arreglo al precepto citado anteriormente, la composición del Tribunal dirimente viene determinada ope legis, pero su plasmación al caso concreto es el resultado del ejercicio de competencias gubernativas, que competen a la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de que se trate y al Presidente del Tribunal Superior de Justicia, si bien, en cuanto a éste, como mero ejecutor de los criterios señalados por aquélla.

En efecto, dentro de la prelación que efectúa el citado párrafo segundo, hay cargos judiciales que vienen designados nominatim y que, por tanto, su "concurso", se produce por ministerio de la Ley, sin necesidad de intermediación de ningún llamamiento; es el caso del Presidente de la Sala, si no hubiere ya asistido o el Presidente de la Audiencia, si fuere el caso. Pero en los demás supuestos en los que la Ley llama a los Magistrados de la misma Sala que no hayan visto el pleito y a los Magistrados de las demás Salas, con preferencia de los del mismo orden jurisdiccional, la propia indeterminación de qué concretos Magistrados han de concurrir para formar el Tribunal, exige un acto de concreción o llamamiento que tiene una indudable naturaleza gubernativa, que escapa a la competencia de quien presida el Tribunal discordante, y que, por el contrario entra de lleno dentro de las competencias que la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial atribuye a las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia, singularmente en el artículo 152, punto 1, párrafos 3º y 4º, según los cuales compete a las Salas de Gobierno "adoptar, con respeto a la inamovilidad judicial, las medidas necesarias en los casos de disidencia entre Magistrados que puedan influir en el buen orden de los Tribunales o en la Administración de Justicia" y "completar provisionalmente la composición de las Salas en los casos en que, por circunstancias sobrevenidas, fuera necesario para el funcionamiento del servicio, siempre sin perjuicio de respetar el destino específico de los Magistrados de cada Sala", y de los Presidentes de los Tribunales Superiores a quien corresponde (Artículo 198 LOPJ) la composición de las Secciones, que se determinará por el Presidente según los criterios aprobados anualmente por la Sala de Gobierno, a propuesta de aquél y, más específicamente, la designación de los Magistrados necesarios para completar Sala, con arreglo al artículo 199 LOPJ, según el cual "cuando no asistieren Magistrados en número suficiente para constituir Sala, concurrirán para completarla otros Magistrados que



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

SECCIÓN DE RECURSOS

designe el Presidente del Tribunal respectivo, con arreglo a un turno en el que serán preferidos los que se hallaren libres de señalamiento y, entre éstos, los más modernos".

En consecuencia, puede afirmarse el carácter gubernativo de los actos en virtud de los cuales se produce la concurrencia de los concretos Magistrados llamados por la Ley a dirimir el conflicto, excluyendo cualquier consideración de índole jurisdiccional. Así lo ha entendido la más reciente jurisprudencia, de la que es ejemplo la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 14 de enero de 2003, dictada en el recurso contencioso administrativo 2143/1991 y así se consagra en la Ley de Enjuiciamiento Civil (1/2000), cuyo artículo 202, punto 2, tras recoger idéntico orden de concurrencia para formar el Tribunal que el contenido en el artículo 262.2 LOPJ, concluye diciendo, al referirse a los demás Magistrados de las demás Salas, "según el orden que por la Sala de Gobierno se acuerde", reflejo, pues, de las disposiciones orgánicas que se acaban de comentar, orden, con arreglo al cual se harán las designaciones oportunas.

b) Incompetencia del Presidente de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Vulneración de las normas de procedimiento.

Dicho lo anterior, la providencia dictada por el Presidente de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, conforme a la cual se hace la designación de los Presidentes de las Salas de lo Contencioso administrativo y Social del mismo Tribunal para concurrir a formar la Sala dirimente ha de entenderse dictada por un órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia, dado que le hubiera correspondido acordar el llamamiento al Presidente del Tribunal Superior, en su condición de tal y no como Presidente de la Sala de lo Civil y Penal y prescindiendo del procedimiento legalmente establecido, porque ha procedido a la designación sin sujetarse al turno al que se refiere el artículo 199 LOPJ, si este turno se ha establecido previamente por la Sala de Gobierno, o bien, en caso negativo, con arreglo a los propios criterios de la Ley que, en este caso, es de aplicabilidad directa porque contiene todos los elementos para ello, dado que exige el llamamiento de los que se hallaren libres de señalamiento y, entre éstos, los más modernos.

El Fiscal quiere llevar también a la consideración del Pleno del CGPJ la necesidad de ponderar si la designación recaída en el Presidente de la Sala de lo Laboral y de lo Contencioso-administrativo, puede implicar una vulneración añadida del criterio legal establecido en los arts. 262.2 y 199 de la LOPJ. En efecto, cuando el primero de esos preceptos alude a "...los Magistrados de las demás Salas, con preferencia de los del mismo orden jurisdiccional" y cuando el segundo menciona a los Magistrados "...que se hallaren libre de señalamiento y, entre éstos, los más modernos", está pensando en



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
SECCIÓN DE RECURSOS

Magistrados distintos de aquellos que detentan la Presidencia de Sala. De hecho, cuando aquellos preceptos quieren establecer una preferencia en el llamamiento por razón del ejercicio de una u otra presidencia, lo establece de forma expresa. Tal entendimiento se refuerza a la vista del contenido del art. 199, que delimita la prioridad en el turno por la doble circunstancia de "hallarse libre de señalamiento" y de ser más moderno.

c) Impugnabilidad de la decisión

Determina el artículo 59 del Reglamento 1/2000, de 26 de julio, de los Órganos de Gobierno de los Tribunales que a los actos de los Presidentes de los Tribunales les será de aplicación lo establecido en este Reglamento para los actos de las Salas de Gobierno. Sus acuerdos serán comunicados al Consejo General del Poder Judicial a efectos de su conocimiento y control de legalidad. Contra dichos acuerdos cabe recurso de alzada ante el Pleno del Consejo General del Poder Judicial....., con independencia de su revisión de oficio por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial de acuerdo con los artículos 102 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común..."

d) Suspensión de la ejecución del llamamiento de los Presidentes de las Salas de lo Contencioso Administrativo y de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 111.2 de la Ley 30/92 (citada), procede la suspensión de la ejecución del acuerdo recurrido (obsérvese que, como se ha expuesto, bajo la apariencia formal de decisión jurisdiccional, - Providencia-, se encierra un verdadero acto administrativo), dado que, por una parte, la impugnación se fundamenta en dos causas de nulidad de pleno derecho de las previstas en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y, lo que es más importante, su ejecución puede producir perjuicios al interés público irreparables, habida cuenta de que se correría el riesgo de permitir la adopción de una decisión por un Tribunal conformado vulnerando la Ley Orgánica, lo que podría conducir a su nulidad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 238 LOPJ.

Dado que la deliberación de este Tribunal se ha señalado para el próximo lunes, día 11 de julio, se solicita un pronunciamiento urgente, anterior al inicio de la misma, con la finalidad de que el recurso no pierda su finalidad, sin perjuicio de la decisión de fondo que pueda adoptarse tras la emisión por el Presidente del Tribunal Superior del País Vasco del informe a que se refiere el artículo 114.2 de la Ley 30/1992.

e) Diligencias a practicar en el recurso de alzada



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
SECCIÓN DE RECURSOS

La designación de los tres Magistrados que deben formar la Sala de Discordia debe sujetarse a dichas previsiones. Por lo tanto, la adecuación a derecho de la decisión del Presidente requiere conocer en primer lugar las referidas normas, y para determinar la preferencia de los que han de ser llamados si existen Magistrados libres de señalamientos y cuáles son los más modernos de éstos, o en su caso, cuales son los más modernos.

Esos datos obran en poder del CGPJ y de la Salas respectivas, por lo que, en sede del recurso de alzada se solicita que por los órganos competentes del Consejo General del Poder Judicial se aporten dichas precisiones.

f) Referencia jurisprudencial

La composición del Tribunal llamado a resolver la discordia no es ni puede ser un Tribunal ad hoc, sino que encuentra su previa determinación legal, conforme exigen las normas de competencia y el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley (artículo 24 C.E.), conforme se verá en la Jurisprudencia que se cita a continuación.

No obstante, la provisión o llamamiento es una cuestión de carácter gubernativo, que exige acudir a las normas referentes a la composición y formación de las Salas, puesto que se trata de "formar nueva Sala de Discordia", de acuerdo con los mecanismos legales previstos al efecto.

La competencia para integrar la Sala de Discordia -- o para completar Sala en cualquier otro caso en que devenga necesario-- corresponde al Presidente del Tribunal Superior de Justicia, en cuanto tal (abstracción hecha de su condición de Presidente de la Sala de lo Civil y Penal), conforme se desprende del artículo 160.1 10 de la L.O.P.J. Dicho precepto, se encuentra ubicado dentro del Título III del Libro II de la L.O.P.J., dedicados respectivamente al Gobierno del Poder Judicial y al Gobierno interno de los Juzgados y Tribunales, y define las competencias gubernativas que competen al Presidente del Tribunal Superior de Justicia, en cuanto órgano de Gobierno.

Por lo tanto, el llamamiento que realiza el órgano de Gobierno (Presidente TSJ), debe ajustarse a las previsiones legales aludidas: artículos 262, 198 y 199. Es decir, se atenderá al turno establecido y aprobado por la Sala de Gobierno a propuesta de dicho Presidente para completar Sala, siendo preferidos los Magistrados que se encuentren libres de señalamientos, y entre estos, el más moderno.

(En el caso de que no se hubieran establecido tales normas, bastaría que el Presidente se sujetara a las mismas, adoptándolas por razones de urgencia - 160.7 L.O.P.J.-- dando cuenta posteriormente a la Sala de Gobierno en su primera reunión). El mencionado precepto le otorga como Presidente dicha facultad, permitiéndole "Adoptar



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
SECCIÓN DE RECURSOS

las medidas necesarias, cuando surjan situaciones que por su urgencia lo requieran, dando cuenta en la primera reunión a la Sala de Gobierno".

La impugnación de la designación de los miembros que han de componer el Tribunal, por infracción de las normas o procedimientos legales establecidos para la composición y llamamiento de los miembros que han de integrar el Tribunal en los diversos casos en que así se encuentre previsto en las normas legales, encuentra la vía adecuada en el recurso gubernativo, por las razones indicadas.

Se adjunta jurisprudencia sobre esta materia y sobre el carácter gubernativo de los mecanismos de provisión: Es ilustrativa a este respecto la Sentencia del TC, Sala Pleno, S. 17 de Marzo de 2001, dado que trae a colación la jurisprudencia Constitucional en torno a la doble vertiente que presenta el contenido del derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la Ley, examinando el significado o proyección orgánica de la referencia "la ley" en el artículo 24 CE:

"Quinto: El enjuiciamiento de la queja del demandante de amparo ha de partir necesariamente de la consolidada doctrina constitucional sobre el mencionado derecho fundamental y el encuadramiento en él de la garantía de aforamiento prevista en el art. 71.3 CE para los Diputados y Senadores, así como sobre el alcance y la finalidad de esta última.

a) El derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la ley, que se recoge en el art. 24.2 CE, exige, en primer término y en lo que ahora interesa, que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional (STC 117/1983, FJ 2; línea jurisprudencial reiterada sin solución de continuidad por este Tribunal Constitucional, entre otras muchas, en las SSTC 199/1987, de 16 Dic., FJ 6; 55/1990, de 28 Mar., FJ 3; 6/1996, de 16 Ene., FJ 2; 177/1996, de 11 Nov., FJ 6; 193/1996, de 26 Nov., FJ 1; 6/1997, de 13 Ene., FJ 3; 64/1997, de 7 Abr., FJ 2; 238/1998, de 15 Dic., FJ 3; 171/1999, de 27 Sep., FJ 2; 183/1999, de 11 Oct., FJ 2; 35/2000, de 14 Feb., FJ 2; 87/2000, de 27 Mar., FJ 4 a); 102/2000, de 10 Abr., FJ 3, 170/2000, de 26 Jun., FJ 2; AATC 42/1996, de 14 Feb., 310/1996, de 28 Oct., 175/1997, de 27 Oct., 113/1999, de 28 Abr.). En este sentido el Tribunal Constitucional ha declarado, tras haber afirmado que la referencia del art. 24.2 CE a la ley exige que el vehículo normativo para determinar el Juez del caso sea la Ley en sentido estricto, que la predeterminación legal del Juez significa que la Ley, con generalidad y anterioridad al caso, ha de contener los criterios de determinación (competencia) cuya aplicación a cada supuesto litigioso permita determinar



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
SECCIÓN DE RECURSOS

cuál es el Juzgado o Tribunal llamado a conocer de la causa.

b) En relación con la garantía de aforamiento prevista en el art. 71.3 CE para los Diputados y Senadores este Tribunal Constitucional tiene declarado que, si bien esta garantía parlamentaria y las otras dos que se proclaman en el art. 71 CE pueden ser reivindicadas a través del proceso de amparo en cuanto se incorporan sin mayor dificultad al contenido del derecho fundamental reconocido en el art. 23.2 CE, aquella garantía, en virtud de su carácter específico, dirigido a determinar el órgano judicial competente para el conocimiento de las causas seguidas contra Diputados y Senadores, entronca más directamente con el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE), de modo que el instituto del aforamiento especial, dada su propia y específica autonomía, encuentra su acomodo natural también en el art. 24.2 CE (STC 22/1997, de 11 Feb., FJ 2). Desde esta perspectiva hemos señalado que «la Sala Segunda del Tribunal Supremo es, respecto de las acciones penales dirigidas contra Diputados y Senadores, "el Juez ordinario predeterminado por la ley" a que se refiere el art. 24.2 CE, esto es, aquel constituido con arreglo a normas procesales de competencia preestablecidas, en este caso, por la Constitución misma en su art. 71.3» (ibídem, FJ 6).

Por otra parte, finalmente, la aplicación e interpretación de la normativa procesal reguladora de la prerrogativa de aforamiento de Diputados y Senadores es una cuestión de legalidad que incide, sin embargo, en el contenido de un precepto constitucional, el art. 71.3 CE, así como en el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley. El control que al respecto corresponde a este Tribunal Constitucional requiere la consideración del problema que en cada caso se suscite a la luz de la doctrina constitucional expuesta respecto a las prerrogativas que conforman el status de los parlamentarios, de forma que la observancia de dicho instituto procesal se cohoneste con la finalidad a la que sirve la prerrogativa del aforamiento especial de Diputados y Senadores (STC 22/1997, FJ 7).

Noveno: El derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, además de la vertiente relativa a la predeterminación del órgano y su competencia, incluye también, de acuerdo con una reiterada doctrina constitucional, el requisito de que la composición del órgano judicial venga determinada por la ley y de que en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir o integrar el órgano correspondiente. De esta forma se trata de garantizar indirectamente la independencia e imparcialidad que el derecho en cuestión comporta (y que se recoge expresamente en el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el art. 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
SECCIÓN DE RECURSOS

Humanos y de las Libertades Públicas), garantía que quedaría burlada si bastase con mantener el órgano y pudieran alterarse arbitrariamente sus componentes, que son quienes, en definitiva, van a ejercitar la función jurisdiccional. No obstante, no cabe exigir el mismo grado de fijeza y predeterminación al órgano que a sus titulares, dadas las diversas contingencias que pueden afectar a los últimos en su situación personal. Pero, en todo caso, los procedimientos fijados para la designación de los titulares han de estar encaminados a preservar la independencia e imparcialidad de éstos, factores determinantes para la satisfacción del interés directo protegido por el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley (SSTC 47/1983, de 31 May., FJ 2; 238/1998, de 15 Dic., FJ 5; 171/1999, de 27 Sep., FJ 2; 183/1999, de 11 Oct., FJ 2; 162/2000, de 12 Jun., FJ 2; AATC 297/1995, de 6 Nov., 113/1999, de 14 Jun., entre otras muchas). Es preciso no olvidar, sin embargo, que «esta garantía respecto de las personas físicas que encarnan el Tribunal llamado a juzgar la causa o litigio no vela por los procedimientos gubernativos seguidos en la designación. Su finalidad es más modesta, y más importante: asegurar la independencia e imparcialidad de los Jueces que forman la Sala de Justicia, evitando que se mantenga el Tribunal, pero que se alteren arbitrariamente sus componentes» (SSTC 238/1998, de 15 Dic., FJ 5; 162/2000, de 12 Jun., FJ 2; AATC 419/1990, 420/1990, y 421/1990, todos de 28 Nov).

En su virtud, el Fiscal INTERESA se tenga por interpuesto RECURSO DE ALZADA contra el acuerdo gubernativo incorporado a la providencia de fecha 11 de julio de 2003, dictada en el marco formal del Rollo de Sala 19/03, acordando la suspensión del acto de deliberación fijado para el próximo día 14 de julio a las diez horas, dejando sin efecto la designación de los Magistrados D. Manuel Díaz de Rábago Villar, D. Enrique Torres López de Lacalle y Dña. María Abelleira Rodríguez, al no constar que esas designaciones se han verificado conforme al turno preestablecido.

Al propio tiempo se interesa se declare que el llamamiento a realizar por el órgano de Gobierno -Presidente del TSJ-, ha de ajustarse a las previsiones legales definidas en los artículos 262, 198 y 199 de la LOPJ, atendiendo al turno establecido y aprobado por la Sala de Gobierno a propuesta de dicho Presidente para completar Sala, debiendo ser preferidos los Magistrados que se encuentren libres de señalamientos, y entre éstos, los más modernos.

6. Por diligencia de ordenación del mismo día – 12 de julio de 2003 - se acuerda registrar el escrito de impugnación reproducido en el antecedente que precede como recurso de alzada nº 152/03; formar el expediente de recurso, al que se incorporaron cuantas actuaciones precedieron al Acuerdo impugnado; dar cuenta al Excmo. Sr. Secretario General



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
SECCIÓN DE RECURSOS

del Consejo General del Poder Judicial de la iniciación del expediente de recurso, a fin de que interesase de la Comisión Permanente del Consejo la designación de Ponente; y, a la vista de lo solicitado en el escrito de interposición, formar la correspondiente pieza separada de suspensión de la resolución recurrida.

7. La Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, en su reunión del día 14 de julio de 2003, acuerda designar Ponente en el presente recurso de alzada al Excmo. Sr. D. Agustín Azparren Lucas.

En la misma reunión, y actuando por razones de urgencia (artículo 57 del Reglamento 1/1986, de 22 de abril, de Organización y Funcionamiento del Consejo general del Poder Judicial), la Comisión Permanente dicta Acuerdo en la pieza separada de suspensión, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

“PRIMERO.- Decretar la suspensión cautelar del acuerdo de fecha 11 de julio de 2003, del Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, por el que dispone el llamamiento de los Sres. Magistrados D. Manuel Díaz de Rábago Villar, D. Enrique Torres López de Lacalle, y Dña. María Abelleira Rodríguez para la constitución de la Sala de discordia prevista en el artículo 262.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

SEGUNDO.- Elevar el presente acuerdo al Pleno del Consejo General del Poder Judicial, de conformidad con lo previsto en el artículo 57 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del propio Consejo, a efectos de ratificación, en la primera sesión ordinaria que celebre.

TERCERO.- A fin de resolver sobre el fondo del asunto, procede recabar del Sr. Secretario de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, certificación comprensiva de los siguientes extremos:

1º.- El acuerdo adoptado por la Sala de gobierno del mencionado Tribunal Superior de Justicia, en el que se establezca, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 152.1.2º, en relación con el 198, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el turno al que habrá de ajustarse, en su caso, la composición de la Sala a la que se refiere el artículo 262.2 de la misma Ley Orgánica.

2º.- El acuerdo adoptado por la Sala de Gobierno del mencionado Tribunal Superior de Justicia, en el que se establezca, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 152.1.4, en relación con el 199 de la misma Ley Orgánica el turno con arreglo al cual habrá de completarse la Sala de lo Civil y Penal en el supuesto de que no existieren Magistrados suficientes para constituir dicha Sala.

3º.- Certificación de los acuerdos de la misma Sala de Gobierno mediante los cuales se hayan ido produciendo llamamientos de Magistrados de otras Salas del Tribunal Superior



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
SECCIÓN DE RECURSOS

de Justicia distinta a la de lo Civil y Penal para la concurrencia a ésta última en el caso de haberse producido el supuesto de hecho establecido en el párrafo segundo del artículo 262, o el supuesto de hecho previsto en el artículo 199 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Y ello con referencia cronológica hasta la actualidad.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 114.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, requerir al Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco el informe a que se refiere tal precepto.

QUINTO.- Habida cuenta del interés público que subyace en la necesidad de resolver sobre el fondo del asunto en el tiempo más breve posible, a tenor de lo dispuesto en el artículo 50.1 de la citada Ley, se declara la tramitación de urgencia de este procedimiento, reduciéndose al plazo de cinco días el que dispone el Sr. Presidente para la emisión del informe recabado en el número anterior.

Notifíquese al Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, así como al Excmo. Sr. Fiscal General del Estado”.

8. El día 16 de julio de 2003 tiene entrada en el Consejo General del Poder Judicial el informe emitido por el Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en cumplimiento de lo previsto en el artículo 114 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, informe que es del siguiente tenor:

“1. Al no haberse dado mayoría ni obtenido acuerdo en la votación relativa a la admisión a trámite de las querellas que, por supuestos delitos de desobediencia, han interpuesto respectivamente el Sindicato de Funcionarios “Manos Limpias” y el Ministerio Fiscal, contra el Excmo. Sr. D. Juan María Atutxa Mendiola, Presidente del Parlamento Vasco y otros miembros de la misma Cámara, se ha procedido a tenor del artículo 262.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. La nueva votación que, para dirimir la disidencia surgida, era preciso celebrar, debía producirse en el seno de la propia Sala de lo Civil y Penal, dotada, en esta especial circunstancia, de la composición que el artículo 262.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece, sin destituir la nunca de la identidad y la naturaleza que, como Sala de lo Civil y Penal, le siguen caracterizando.

3. La instrumentación de este episodio jurisdiccional deriva de actos procesales, el primero y básico de los cuales consiste en la iniciativa que el artículo 263.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial encomienda al Presidente de la Sala, cuando le atribuye las funciones – jurisdiccionales e internas al procedimiento – de señalar la votación, destinada a



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
SECCIÓN DE RECURSOS

disolver las divergencias habidas, y efectuar las designaciones oportunas.

4. A ese fin, se ha dictado la Providencia de 11 de julio de 2003, recaída, con alcance jurisdiccional, en el curso del trámite de admisión de las querellas y en virtud de la cual, a falta de acuerdo sobre la cuestión principal debatida, el Presidente del Tribunal ha resuelto sobre el señalamiento de la votación subsiguiente y las designaciones que era oportuno realizar.

5. Al decidir así, se ha entendido que se está en uno más de los supuestos que exigen completar la formación de la Sala de lo Civil y Penal, en su especial versión de sala de Discordia, pero no como órgano de naturaleza y estructuras distintas.

6. La peculiaridad concurrente consiste en que el artículo 263.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no atribuye a la sala de Gobierno las designaciones referidas, sino que las confía al Presidente de la sala de Discordia, quien ha de cumplir dicho encargo en régimen exclusivamente jurisdiccional.

7. El criterio para llevar a cabo esas designaciones se ha aplicado con la conformidad y aquiescencia de los cuatro Magistrados que, aunque divididos en cuanto a los aspectos enjuiciables, han asentido unánimemente a que la Sala se complete en los términos que refleja la Providencia de 11 de julio de 2003.

8. Así las cosas y a la vista de las precedentes ocasiones en que la Sala de lo Civil y Penal se ha completado, resultaba que – una vez consumidos los turnos computables a partir del Magistrado más moderno de la relación preconstituida al efecto – dos de los tres Magistrados restantes a quienes debía convocarse – según el orden de llamamiento que discurría desde el más moderno en adelante – eran el Ilmo. Sr. D. Manuel Díaz de Rábago y Villar (nº 510 del escalafón de la Carrera Judicial) y el Ilmo. Sr. D. Enrique Torres y López de Lacalle (nº 1 del escalafón de la Carrera Judicial).

9. Ninguno de estos dos Magistrados ha sido llamado hasta el momento para completar la formación de la Sala de lo Civil y Penal.

10. Cae de su peso que, ante el automatismo de esta predeterminación, ningún ingrediente de arbitrariedad se ha mezclado en las operaciones de designación, amén de que para nada se ha tenido en cuenta el dato coincidente de que ambos Magistrados presidan respectivamente la Sala de lo Social y la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal.

11. Al ser imprescindible reclutar un tercer Magistrado, el agotamiento de la lista con el nombramiento de los Ilmos. Sres. Díaz de Rábago y Villar, y Torres y López de Lacalle, Magistrados más antiguos, consumía dicha relación y obligaba a recomenzar con el llamamiento del que, como más moderno, ha resultado ser la Ilma. Sra. D^a. María Abelleira Rodríguez (nº 3.170 del escalafón de la Carrera Judicial), quien figura en cabeza de la lista



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
SECCIÓN DE RECURSOS

utilizada.

12. Las anteriores reflexiones derivan de los siguientes presupuestos, en que el presente informe está inspirado:

a) La Providencia de 11 de julio de 2003 constituye un acto procesal de carácter inequívocamente jurisdiccional, pues basta la lectura del artículo 263.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para advertir que el legislador residencia en el Presidente de la sala de Discordia la autoría de las decisiones relativas al señalamiento de la deliberación y la elección de los Magistrados elegibles.

b) El Ministerio Fiscal no puede conferir a un acto procesal el carácter de acto gubernativo y llevar a cabo, contra la naturaleza de las cosas y la calificación jurídica del primero, una transfiguración que le legitime activamente para recurrir en alzada, ante el Consejo General del Poder Judicial, una decisión que debió impugnar, en vía jurisdiccional, mediante un recurso ordinario y no devolutivo.

c) De aceptarse las anteriores consideraciones y estarse a lo que significan, parece que el Consejo General del Poder Judicial no sería competente para conocer en vía gubernativa de las incidencias y episodios jurisdiccionales que, pormenorizadamente conocidos, son aquí objeto de consideración, de suerte que no podría suspender cautelarmente la providencia de 11 de julio de 2003, ni la constitución de la Sala de Discordia, ni resolver acerca de la composición que le atribuyó el Magistrado llamado a presidirla”.

Con el referido informe se acompañan igualmente certificaciones expedidas por el Sr. Secretario de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de los Acuerdos de la Sala de Gobierno del citado Tribunal Superior de fechas 20 de julio de 2001, 5 de diciembre de 2001, 21 de diciembre de 2001, 22 de mayo de 2002, 21 de junio de 2002 y 21 de octubre de 2002, todos ellos relativos al llamamiento de Magistrados de Magistrados de otras Salas con el fin de completar la Sala de lo Civil y Penal y adoptados en virtud de la previsión recogida en el artículo 199 de la LOPJ.

9.- En fecha 17 de julio de 2.003 se recibió -vía fax- escrito del Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el que manifiesta lo siguiente:

“1. El Ilmo. Sr. D. Manuel Díaz de Rábago y Villar se hallaba disfrutando, el 21 de octubre de 2.002, de una licencia retribuida para asuntos propios.

2. El Ilmo. Sr. D. Enrique Torres y López de Lacalle se hallaba disfrutando, el 21 de octubre de 2.002, del permiso anual de vacaciones.

3. Dicha circunstancia obstaba entonces al llamamiento de cualquiera de ellos y dio lugar a que la Sala de Gobierno reabriese la lista y designase a la Ilma. Sra. D^a María



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

SECCIÓN DE RECURSOS

Abelleira Rodríguez, Magistrada de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal, que encabezaba dicha relación.

4. Alguna interposición de llamamientos que pueden advertirse en el Acuerdo nº 16 de los adoptados en la reunión de la Comisión de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 21 de octubre de 2002, se debe a que el Magistrado llamado lo fue para el mismo asunto en que anteriormente había intervenido.

5. A causa de ser los únicos que no habían sido designados y cerraban la relación preconstituida, procedía que, en el presente caso, el Presidente nombrase a los Sres. Díaz de Rábago y Villar, y Torres y López de Lacalle para completar la formación de la Sala de Discordia, lo mismo que, si en vez de este especial supuesto, se tratase de un episodio más de integración suplementaria de la Sala de lo Civil y Penal.

6. Teniendo en cuenta que las Ilmas. Sras. Magistradas D^a M^a del Carmen Pérez Sibón y D^a M^a José Hernández Vitoria habían sido llamadas en dos ocasiones para completar la formación de dicha Sala, la designación de la Ilma. Sra. D^a María Abelleira Rodríguez –a la que había convocado una sola vez- tuvo por objeto reequilibrar el número de las intervenciones que, a dicho fin, correspondían.

7. Todos los llamamientos anteriores al que ahora se debate, provienen de sendos Acuerdos de la Comisión de la Sala de Gobierno, sin que nada se haya objetado a su regularidad en cada una de las ocasiones que los hayan exigido”.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Constituye el objeto del presente recurso de alzada - conforme resulta del escrito de su interposición – el Acuerdo del Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 11 de julio de 2003 (reproducido en el antecedente cuarto), en el particular relativo al llamamiento de los tres Magistrados que en el mismo se relacionan a fin de integrar la denominada Sala de Discordia, toda vez que la procedencia de constituir la referida Sala en atención a las circunstancias objetivas concurrentes en ningún momento es discutida por el recurrente.

Segundo.- Naturaleza jurídica del acto impugnado.

Comparte el Pleno del Consejo General del Poder Judicial las aseveraciones que se recogen en el escrito de recurso relativas al carácter gubernativo de la resolución que se



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
SECCIÓN DE RECURSOS

impugna, aun cuando la misma hubiese revestido la forma de providencia, carácter administrativo o gubernativo que implícitamente vino a ser reconocido por la Comisión Permanente en el momento de dictar el Acuerdo de 14 de julio de 2003 reseñado en el antecedente séptimo y adoptado en la pieza de suspensión del recurso que nos ocupa, toda vez que resulta claro a sensu contrario y en todo caso por exclusión que no cabe suspender cautelarmente y en vía administrativa una resolución que tuviese naturaleza jurisdiccional.

En el *iter* decisorio para constituir una Sala de Discordia pueden apreciarse tres momentos. El primero corresponde al establecimiento de los criterios por los que habrá de regirse el llamamiento que, conforme a las normas legales, corresponde señalar a la Sala de Gobierno. Así lo determina el artículo 202.2, in fine, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. El segundo se sitúa en el instante en que se produce la discordia, y se articula con la consulta por el Presidente de la Sala de Justicia donde surge el empate, a la Sala de Gobierno para conocer qué Magistrados del turno preestablecido han de ser llamados para la formación de la Sala de Discordia. Una vez que se completa esta consulta llegaremos, por último, a la materialización automática de la designación de los concretos Magistrados a integrar en la nueva Sala. Este último momento se formaliza a través de providencia en el proceso.

De estos tres momentos, los dos primeros revisten carácter inequívocamente gubernativo, y tan sólo la plasmación automática se instrumenta en resolución procesal, participando por tanto de naturaleza jurisdiccional.

En el presente recurso queda claro que en la misma providencia de fecha 11 de julio (recurrida), el Presidente de la Sala de lo Civil y Penal, actuando como Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, integró los tres momentos como único.

Un argumento añadido resulta de ineludible expresión: así lo ha entendido la propia Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en todas y cada una de las decisiones adoptadas en torno al llamamiento de Magistrados de otras Salas del mismo Tribunal Superior distintas de la de lo Civil y Penal para completar ésta. Así lo ha entendido el propio Presidente, actuando como presidente del Tribunal Superior de Justicia –y no como de la Sala de lo Civil y Penal- en el acuerdo de 17 de diciembre de 2001, adoptado por él por razones de urgencia con arreglo a la competencia que le atribuye el artículo 160. 7 de la invocada Ley Orgánica.

La naturaleza gubernativa también se aprecia en el llamamiento de un Magistrado de una determinada Sala a fin de completar otra Sala previsto en el artículo 199 de la LOPJ, naturaleza gubernativa que ha motivado que el Pleno del Consejo General del Poder Judicial haya conocido de los recursos de alzada interpuestos contra dichos llamamientos; cabe citar en este sentido el Acuerdo Plenario de 9 de enero de 2001, dictado en el recurso de alzada



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
SECCIÓN DE RECURSOS

nº 153/01, interpuesto precisamente contra un Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco relativo al llamamiento de un Magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del citado Tribunal Superior a su Sala de lo Civil y Penal decidido en virtud de la previsión recogida en el artículo 199 de la LOPJ.

Pues bien: la Providencia recurrida, de 11 de julio de 2003, no se limita a hacer tales designaciones sino que además constituye un acto de determinación de las reglas para efectuar el concreto llamamiento de los Magistrados, como se desprende no sólo de su propio texto sino también de los informes del Presidente del TSJ del País Vasco, actos que inequívocamente tienen naturaleza gubernativa. Así, la providencia se remite al *turno preexistente*, explicándose en el informe del Sr. Zorrilla de 16 de julio de 2003 (punto 5) que “se ha entendido que se está en uno de los supuestos que exigen completar la formación de la Sala de lo Civil y Penal, en su especial versión de Sala de discordia, pero no como un órgano de naturaleza y estructura distintas”. Tal afirmación viene a confirmar que la citada providencia no se limitó a la designación de Magistrados sino al establecimiento de las normas por las que había de regirse el llamamiento de Magistrados para constituir la Sala de discordia. Ante la ausencia de acuerdo en tal sentido de la Sala de Gobierno, el Presidente tomó la decisión gubernativa, ínsita en la providencia, de aplicar a la formación de la Sala de discordia el turno preestablecido para los supuestos ordinarios previstos para completar Sala, conforme había establecido la Comisión Permanente de este Consejo en el acuerdo de 10 de julio de 2001.

En consecuencia, la providencia discutida contenía normas gubernativas, que tan solo podía dictar el Presidente del Tribunal Superior en virtud de las facultades concedidas por el artículo 160. 7 de la LOPJ, por razones de urgencia y dando cuenta en la primera reunión de la Sala de Gobierno, y por lo que interesa en este fundamento, es evidente que el Consejo General del Poder Judicial resulta competente para conocer de la impugnación de tales acuerdos gubernativos.

Tercero.- Sobre la incompetencia del órgano.

Se alega en el escrito de recurso como primer motivo de oposición al Acuerdo impugnado que el mismo ha sido dictado por órgano manifiestamente incompetente – el Presidente de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco – toda vez que dicha resolución debió ser adoptada – según sostiene el recurrente - por el Presidente del referido Tribunal Superior de Justicia, aseveración que supone implícitamente apreciar en el mencionado Acuerdo la causa de nulidad absoluta o de pleno derecho



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

SECCIÓN DE RECURSOS

contemplada en el artículo 62.1. b) de la Ley 30 /1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero), que dispone que *“los actos de las Administraciones públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes: b) los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio”*.

En los supuestos establecidos en el artículo 262 de la Ley Orgánica del Poder Judicial confluye una clara competencia gubernativa de determinación de los criterios objetivos con arreglo a los cuales verificar las designaciones sobre las cuales se ha de componer la Sala de Discordia. Y una competencia que corresponde a quien deba presidirla para contrastar que concurre el presupuesto de hecho (la discordia) y materializar las designaciones que procedan. Esta dualidad permite también afirmar que conceptualmente serían competentes dos órganos distintos (Presidente de la Sala y Sala de Gobierno y/o Presidente del Tribunal Superior) en virtud de la aplicación de lo dispuesto en los artículos 152.1.2 y 4, y 160.7 y 10 de la Ley Orgánica.

Acontece sin embargo que en el concreto supuesto que nos ocupa la disidencia que justifica la constitución de la Sala de Discordia se produce en la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y en la que uno de los disidentes lo es el Presidente del Tribunal Superior de Justicia, quien, por razón del cargo, preside la mentada Sala de lo Civil y Penal (artículos 72.2 de la LOPJ y 13.2 de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial) y que, por razón de su jerarquía orgánica, habrá de presidir la propia Sala de Discordia.

Además, se llegaría fácilmente a la conclusión – en aras del principio de conservación de los actos recogido en el artículo 66 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común - de que la resolución impugnada habría sido dictada por el Excmo. Sr. D. Manuel María Zorrilla Ruiz en el ejercicio de la competencia prevista en el artículo 263.1 de la LOPJ y, en todo caso, en su doble condición de Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y de su Sala de lo Civil y Penal, no concurriendo por tanto la incompetencia que, como vicio de nulidad, es alegada por el recurrente.

De todos modos, lo que se considera esencial, básico y por lo tanto nuclear en la presente cuestión, es la impugnación procedimental orgánica que se sostiene en el recurso, y de lo que se ocuparán los fundamentos siguientes.

Cuarto.- De la Sala de Discordia.

Dispone el artículo 262 de la Ley Orgánica del Poder Judicial lo que sigue:



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

SECCIÓN DE RECURSOS

“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”.

Como ya se indicó en la resolución de la Pieza Separada de Suspensión de este Recurso, nos encontramos ante la regulación de un mecanismo destinado a solventar una situación de imposibilidad inicial de resolución de un asunto sometido a conocimiento jurisdiccional colegiado, debido a la existencia de igual número de pareceres discrepantes tanto a favor como en contra de una de las varias posibles soluciones. Con objeto de alcanzar una resolución, haciendo de este modo realidad el derecho fundamental de la tutela efectiva previsto en el artículo 24 de la Constitución, la invocada Ley Orgánica dispone la integración en la Sala de un número adicional de Magistrados, de forma que se alcance impar composición, y pueda, de esta forma y previa deliberación del asunto, producirse una resolución que no tropezará de nuevo con aritméticas de empate.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 263 del mismo texto legal: *“1. El que deba presidir la Sala de discordia hará el señalamiento de las vistas de discordia y designaciones oportunas”.* Ahora bien la composición de esta nueva Sala ha de obedecer a criterios reglados, sucesivos y de obligada observancia con el fin de evitar cualquier atisbo de sospecha, que pudiera derivarse de la pura indeterminación.

De la simple lectura del citado artículo 262 se colige que dicho precepto no contempla preferencia alguna respecto de los Magistrados de las otras Salas que deban incorporarse a la Sala de Discordia, a salvo de la preferencia a favor de aquellos que pertenezcan al mismo orden jurisdiccional en que acontezca la disidencia, que no es de aplicación al concreto supuesto analizado; es más, aún en el hipotético caso de que pudiese operar la preferencia a favor de los Magistrados del mismo orden jurisdiccional, lo cierto es que el referido artículo no contempla a su vez criterios de preferencia a aplicar entre los citados Magistrados pertenecientes al mismo orden jurisdiccional.

Consecuentemente, la inicial indeterminación ha de superarse mediante el establecimiento de una serie de criterios objetivos que resuelvan la concurrencia de los Magistrados a quien deba corresponder en el caso concreto, lo que compete a las Salas de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
SECCIÓN DE RECURSOS

Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 152.1, números 2º y 3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial. A partir de estos criterios quien deba presidir la Sala de Discordia tendrá que disponer las designaciones que le obliga a efectuar el artículo 263; es decir, siguiendo un turno preestablecido. Valga como ejemplo de la posibilidad de establecer criterios propios el Acuerdo de la Sala de Gobierno de la Audiencia Nacional, de fecha 6 de febrero de 2001, en virtud del cual se aprobaron los criterios objetivos para la formación de la Sala de Discordia prevista en el artículo 262.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En dicho acuerdo se resalta el criterio de la antigüedad escalafonal como la regla más objetiva para determinar los turnos de sustituciones.

En el presente supuesto se constata que la formación de la Sala de Discordia pretendió obedecer a un “turno preexistente”, pero sin que existiera acuerdo explícito de la Sala de Gobierno determinando este turno para la concreta formación de aquella Sala. Esta carencia llevó al Presidente de la Sala de lo Civil y Penal, actuando como Presidente del Tribunal Superior –y en ejercicio de las funciones que le reconoce el artículo 160.7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial- a decidir los llamamientos según el criterio de la antigüedad inversa, que adicionó sin embargo con otros criterios complementarios.

Con fundamento en las consideraciones expuestas, entiende el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, en el mismo sentido que lo entiende el Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia en su informe reproducido en el Antecedente Octavo, que a falta de concreto Acuerdo adoptado por la Sala de Gobierno en virtud de la competencia que le viene reconocida por los artículos 152.1.4º de la LOPJ y 4.d) del Reglamento 1/2000, de 26 de julio, de Órganos de Gobierno de los Tribunales estableciendo un concreto y específico turno de llamamiento de los Magistrados a que se refiere el último inciso del artículo 262.2 de la LOPJ, a fin de constituir, cuando proceda, la Sala de Discordia puede ser aplicado el criterio de antigüedad inversa, establecido por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

Todo lo expuesto responde al respeto y cumplimiento nada menos que de un derecho fundamental: el contemplado en el artículo 24.2 de la Constitución, del Juez ordinario predeterminado por la Ley, cuyo contenido ha sido objeto de tratamiento reiterado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que en multitud de Sentencias, muchas de las cuales han sido citadas en el recurso planteado por la Fiscalía General del Estado, ha consagrado la doctrina de que *“el derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la ley, que se recoge en el art. 24.2 CE, exige, en primer término y en lo que ahora interesa, que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
SECCIÓN DE RECURSOS

proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional. En este sentido el Tribunal Constitucional ha declarado, tras haber afirmado que la referencia del art. 24.2 CE a la ley exige que el vehículo normativo para determinar el Juez del caso sea la Ley en sentido estricto, que la predeterminación legal del Juez significa que la Ley, con generalidad y anterioridad al caso, ha de contener los criterios de determinación competencial cuya aplicación a cada supuesto litigioso permita determinar cuál es el Juzgado o Tribunal llamado a conocer de la causa.” (Sentencia nº 68/2001, del Pleno del Tribunal constitucional, de 17 de marzo de 2001, ponente: Vives Antón; fundamento jurídico segundo)

La salvaguarda de este derecho es de importancia nuclear en la cuestión a que responde la presente resolución.

Quinto.- Observancia del procedimiento legalmente establecido.

Sostiene el Excmo. Sr. Fiscal General del Estado en su escrito de recurso que la resolución contra la que se alza ha prescindido del procedimiento legalmente establecido, al haber designado a los Magistrados que habían de integrarse en la Sala de lo Civil y Penal – como Sala de Discordia – sin sujetarse al turno a que se refiere el artículo 199 de la LOPJ, alegato que supone implícitamente sostener que el acuerdo recurrido está incurso en la causa de nulidad absoluta contemplada en el apartado e) del antes citado artículo 62.1 de la Ley 30/1992, que determina que *“los actos de las Administraciones públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes: e) los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados”*.

La aplicación del precepto transcrito al concreto supuesto a que se refiere el presente recurso obliga tener en cuenta que la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco está integrada – además de por su Presidente (Presidente del Tribunal Superior) – por cuatro plazas de Magistrado, todas ellas constituidas (Anexo IV de la Ley 38/1998, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial), si bien una de ellas no está servida en la actualidad por su titular, al encontrarse de baja por enfermedad el Magistrado D. José María Satrustegui Martínez, lo que supone en la práctica que los integrantes de la Sala susceptibles de actuar son el Presidente del Tribunal Superior de Justicia – como Presidente de la Sala – y tres Magistrados, que son los que precisamente han actuado en el trámite de admisión de las querellas acumuladas reseñadas en el antecedente primero, con el resultado de igualdad numérica de posiciones a favor y en



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
SECCIÓN DE RECURSOS

contra.

Habiendo surgido por tanto una circunstancia objetiva para la constitución de la denominada Sala de Discordia, y siendo par (cuatro) el número de Magistrados discordantes, procede integrar la Sala de lo Civil y Penal con tres Magistrados más y en la forma establecida en el mentado artículo 262 de la LOPJ, esto es, por el Presidente de la Sala (lo que no es posible al ser uno de los Magistrados discordantes), por los demás Magistrados de la Sala que no hubiesen actuado (lo que tampoco es posible, en cuanto que los Magistrados discordantes lo fueron la totalidad de los integrantes de la Sala que podían intervenir), por el Presidente de la Audiencia (lo que tampoco es posible, al no producirse la discordia en una Audiencia Provincial, a lo que habría que añadir en todo caso que en el ámbito territorial del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco existen tres Audiencias Provinciales y, por tanto, tres Presidentes de Audiencia, no contemplando en estos casos el artículo 262 de la LOPJ preferencia alguna al respecto), y por los Magistrados de las demás Salas, *“con preferencia de los del mismo orden jurisdiccional”*, en el bien entendido sin embargo que al producirse la disidencia en el seno de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco actuando – por razón de la materia – como Sala de lo Penal, resulta imposible de aplicar la preferencia a favor de los Magistrados de las demás Salas *“del mismo orden jurisdiccional”*, preferencia que sí tendría razón de ser si la disidencia se hubiese producido en su caso en una Sección especializada (civil o penal) de una Audiencia Provincial, en cuyo caso habrían de ser llamados a la Sala de Discordia los Magistrados de otras Secciones de la misma Audiencia especializadas en el mismo orden jurisdiccional que aquella en la que se produce la disidencia. Es más, cabe concluir al respecto que cuando la disidencia se produce en cualquiera de las Salas (de lo Civil y Penal, de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social) de un Tribunal Superior de Justicia, resulta materialmente imposible aplicar al llamamiento de los Magistrados de las demás Salas la preferencia de aquellos que pertenezcan *“al mismo orden jurisdiccional”*, al producirse precisamente la disidencia susceptible de ser solventada a través de la denominada Sala de Discordia en otra Sala y, por tanto, en otro orden jurisdiccional.

Las consideraciones expuestas conducen por tanto de manera inevitable a la conclusión de que en el concreto supuesto a que se refiere el presente recurso de alzada, concurriendo una circunstancia objetiva que obliga a constituir la tan repetida Sala de Discordia y que el número de Magistrados discordantes es par, dicha Sala deba constituirse mediante la incorporación a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de tres Magistrados de las otras Salas (de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social) y sin operar la imposible preferencia a favor de aquellos Magistrados que pertenezcan al mismo orden jurisdiccional.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
SECCIÓN DE RECURSOS

Pues bien, del examen de las certificaciones expedidas por la Sra. Secretaria de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, relacionadas en el antecedente octavo, comprensivas de los Acuerdos de la Sala de Gobierno del citado Tribunal Superior de Justicia relativos al llamamiento de Magistrados de otras Salas con el fin de completar la Sala de lo Civil y Penal, se observa que se ha seguido el turno previsto por la Sala de Gobierno, partiendo del más moderno al más antiguo, excepto en el llamamiento de los tres Magistrados, efectuado por la providencia impugnada. Así, y examinando los acuerdos recogidos en la certificación de la Sra. Secretaria de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia, resulta lo siguiente:

- los primeros nombramientos adoptados el 5 de diciembre de 2001, 21 de diciembre de 2001 y 22 de mayo de 2002, recayeron respectivamente en los magistrados con número de escalafón 2726, 2570 y 2284, que eran por ese orden los tres más modernos, ya que en ese momento no estaban destinados en el País Vasco los magistrados, actualmente más modernos, con número de escalafón 3170 y 3073.
- con fecha 31 de mayo de 2002 se designó a los magistrados con número de escalafón 2107, 1925, 1563 y 1472.
- en la reunión celebrada el 10 de junio de 2002, la Sala de Gobierno, procedió a nombrar a los Magistrados con número escalafonal 1438, 1159 y 1138.
- el 21 de junio de 2002 fueron nombrados los magistrados con números de escalafón 1042, 817, 816, 616, 551 y 543.
- en la reunión de 21 de octubre de 2002, se nombra, sin seguir el turno preestablecido, al magistrado con número 1472, por la razón justificada de haber sido ya designado con anterioridad para el mismo asunto, designándose en dicha reunión a los magistrados con números de escalafón 103, 3170, 2586, 2299, 2107, siguiéndose el orden inverso de antigüedad, excepto a Presidentes de las respectivas Salas con números 510 y 1, porque según explica el Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en su informe de 17 de julio de 2003, ambos se encontraban en ese momento disfrutando de licencia y permiso respectivamente.
- Por último en el llamamiento efectuado por la providencia impugnada de 11 de julio de 2003, se designa a los magistrados números 510, 1, y 3170.

De las certificaciones recibidas se puede observar como los nombramientos efectuados por la Sala de Gobierno han seguido un orden inverso a la antigüedad, conforme al criterio establecido por la propia Sala, sin embargo, los nombramientos efectuados por el Presidente en la providencia de 11 de julio de 2003, se apartan del citado orden



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
SECCIÓN DE RECURSOS

preestablecido, atendiendo, según manifiesta en sus informes de 16 y 17 de julio, a otros criterios distintos.

En el informe de 16 de julio (punto 8) dice el Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que *“a la vista de las precedentes ocasiones en que la Sala de lo Civil y Penal se ha completado, resultaba que – una vez consumidos los turnos computables a partir del Magistrado más moderno de la relación preconstituida al efecto – dos de los tres Magistrados restantes a quienes debía convocarse – según el orden de llamamiento que discurría desde el más moderno en adelante – eran el Ilmo. Sr. D. Manuel Díaz de Rábago y Villar (nº 510 del escalafón de la Carrera Judicial) y el Ilmo. Sr. D. Enrique Torres y López de Lacalle (nº 1 del escalafón de la Carrera Judicial). Añadiendo respecto a la magistrada con número de escalafón 3170: “Al ser imprescindible reclutar un tercer Magistrado, el agotamiento de la lista con el nombramiento de los Ilmos. Sres. Díaz de Rábago y Villar, y Torres y López de Lacalle, Magistrados más antiguos, consumía dicha relación y obligaba a recomenzar con el llamamiento del que, como más moderno, ha resultado ser la Ilma. Sra. D^a. María Abelleira Rodríguez (nº 3.170 del escalafón de la Carrera Judicial), quien figura en cabeza de la lista utilizada.*

La explicación aportada parece dar a entender que se siguió el orden preestablecido, correspondiéndole a los números de escalafón 510 y 1 y a continuación al agotarse la lista por el más antiguo se inició nuevamente por la más moderna.

Esta explicación, sin embargo, se contradice con la que se recoge en el informe de 17 de julio, donde el Sr. Zorrilla Ruiz, después de expresar la razón por la que no fueron llamados los Presidentes de Sala con números de escalafón 510 y 1, el día 21 de octubre, cuando les hubiera correspondido, manifiesta respecto a los dos Presidentes lo siguiente: *“A causa de ser los únicos que no habían sido designados y cerraban la relación preconstituida, procedía que, en el presente caso, el Presidente nombrase a los Sres. Díaz de Rábago y Villar, y Torres y López de Lacalle para completar la formación de la Sala de Discordia, lo mismo que, si en vez de este especial supuesto, se tratase de un episodio más de integración suplementaria de la Sala de lo Civil y Penal. Añadiendo en el siguiente punto del informe que Teniendo en cuenta que las Ilmas. Sras. Magistradas D^a M^a del Carmen Pérez Sibón y D^a M^a José Hernández Vitoria habían sido llamadas en dos ocasiones para completar la formación de dicha Sala, la designación de la Ilma. Sra. D^a María Abelleira Rodríguez –a la que había convocado una sola vez- tuvo por objeto reequilibrar el número de las intervenciones que, a dicho fin, correspondían.*

Las explicaciones dadas por el Presidente del TSJ del País Vasco en sus informes, aparte de resultar contradictorias, introducen unos criterios complementarios de establecimiento del turno, que se apartan del acordado por la Sala de Gobierno y son



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
SECCIÓN DE RECURSOS

distintos del que se estaba siguiendo en los anteriores nombramientos para completar la Sala de lo Civil y Penal, que en orden inverso a la antigüedad, terminaban el 21 de octubre en la magistrado con número de escalafón 2107. Tales criterios complementarios se basan en la *recuperación* de los dos magistrados que no habían sido designados en su momento, (sin que además se siguiera el mismo criterio con otros dos magistrados preteridos cuando les tocaba consumir turno, como los magistrados con números 1944 y 897) y en el sistema del *reequilibrio* de llamamientos y que encierran una indeterminación tal que, aparte de no encontrar en modo alguno soporte legal, no resultan compatibles con los criterios objetivos y automáticos en que debe basarse la formación de salas y el orden de los llamamientos, en cuanto afectan al derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la ley que establece el artículo 24. 2 de la Constitución.

Las circunstancias descritas permiten deducir que la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco siempre entendió – correctamente, a juicio de este Consejo General – y así lo aplicó, la existencia de un turno específico con arreglo al cual realizar las designaciones de quienes habían de concurrir a la Sala de lo Civil y Penal desde otras Salas del mismo Tribunal Superior, acogiéndose a los criterios objetivos establecidos en el artículo 199 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: desde el acuerdo de la Sala de Gobierno de 23 de diciembre de 1993 por el cual se estableció el turno para la composición y funcionamiento de la Sala de lo Civil y Penal, en el que se hacía referencia a lo dispuesto en los artículos 198 y 199 de la citada Ley orgánica, recogiendo criterios objetivos tales como el turno inverso a la antigüedad de los Magistrados y el carácter rotatorio y sucesivo de los llamamientos.

Este proceder objetivo se mantuvo hasta el acuerdo de la Sala de Gobierno de 21 de octubre de 2002, quebrándose en la designación de magistrados por la providencia de 11 de julio de 2003.

Siendo esto así, el Sr. Presidente procedió a realizar la designación sin ajustarse al orden legalmente establecido, dejando de llamar el día 11 de julio de 2003 a Magistrados a quienes objetivamente hubiera correspondido la concurrencia a dicha Sala, y disponiendo, por el contrario, el llamamiento de otros integrantes a quienes no correspondía.

Sexto.- Las consideraciones expuestas en los fundamentos de derecho que preceden conducen a la estimación del presente recurso de alzada en los términos que se expondrán, con la consiguiente revocación del Acuerdo impugnado y con las consecuencias que se fijan en la parte dispositiva de este Acuerdo.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
SECCIÓN DE RECURSOS

En su virtud, el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, en su reunión del día 23 de julio de 2003,

ACUERDA: ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso de alzada nº **152/03** interpuesto por el **Excmo. Sr. FISCAL GENERAL DEL ESTADO** contra el Acuerdo del Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, ínsito en la Providencia que como Presidente de la Sala de lo Civil y Penal del mismo Tribunal Superior dictó con fecha 11 de julio de 2003, en los rollos acumulados núms. 19/03 y 21/03 de la expresada Sala de lo Civil y Penal, Acuerdo que se anula y revoca, en cuanto a la aplicación de los criterios complementarios analizados en el fundamento jurídico quinto de esta resolución, que no satisfacen las exigencias constitucionales de objetividad y predeterminación.

Notifíquese el presente Acuerdo a los recurrentes haciéndoles saber que contra el mismo cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

Comuníquese este Acuerdo al Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y a su Sala de Gobierno.

EL LETRADO-JEFE SECCION DE RECURSOS

Fdo. Pedro Lescure Ceñal

CONFORME, Elévese al Pleno

Fdo. El Vocal Ponente
Agustín Azparren Lucas