

VOTO PARTICULAR que formulan, al amparo de lo dispuesto en el artículo 260.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los Magistrados Ilmos. Sres. D. José Daniel Sanz Heredero, D. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez, D^a Sandra González de Lara Mingo y D^a. Fátima Blanca de la Cruz Mera, en relación con el Auto de la Sala de fecha 13 de enero de 2013, recaída en el recurso contencioso-administrativo número 1.105/2013.

Debemos expresar por lo que a continuación exponemos nuestra respetuosa discrepancia con la decisión mayoritaria del pleno de la Sala, que acuerda *“devolver los asuntos a la Sección Tercera y a la Sección Octava para la resolución de los recursos de reposición pendientes, así como la adopción de las decisiones que correspondan sobre las demás cuestiones planteadas en cada uno de los recursos contencioso-administrativos”*.

PRIMERO.- Consideraciones previas.

Para una mejor comprensión del sentido de nuestra discrepancia en relación con la opinión mayoritaria, que respetamos profundamente, con carácter previo a la necesaria exposición de los argumentos que a continuación abordaremos, consideramos preciso dejar sentados los siguientes ítems procesales:

a) Con fecha 11 de octubre de 2013, el Ilmo. Presidente de la Sala dicta el siguiente Acuerdo: *“Existiendo en diferentes Secciones de la Sala distintos recursos que tienen por objeto la impugnación de la resolución de 30 de abril de 2013 de la Viceconsejería de Asistencia Sanitaria de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid (BOCM de 7 de Mayo de 2013), -- por la que se hizo pública la convocatoria para la licitación del contrato de servicios denominado “Gestión por concesión del servicio público de la atención sanitaria especializada correspondiente a los hospitales universitarios “Infanta Sofía”, “Infanta Leonor”, “Infanta Cristina”, “ del Henares”, “del Sureste” y “del Tajo”-- y de las resoluciones posteriores que de aquella traen causa, habiéndose dictado resoluciones por, al menos, las Secciones 3^a y 8^a en los recursos 787/2013 y 1105/2013, respectivamente, que resultan o puedan resultar contradictorias, procede y así lo ACUERDO, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 197 LOPJ, llamar para formar Sala a todos los Magistrados que componen la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, pues así lo estimo necesario para la Administración de Justicia.*

Extiéndase este llamamiento a todos los recursos existentes en la Sala con el mismo objeto, cualquiera que sea su trámite procesal, a cuyo fin dirijase comunicación a los Secretarios Judiciales adscritos a las diferentes Secciones para que informen a esta Presidencia, en el plazo de un día sobre todos los recursos, de cualquier naturaleza, que estén en tramitación en las diferentes Secciones.

A partir de la fecha de este Acuerdo, en todos los procedimientos, para el despacho ordinario la Sala se compondrá del Presidente de la Sala, el Presidente de la Sección correspondiente y el Ponente que ya viniera establecido en la Sección de origen.

Para el resto de las resoluciones resolutorias de todos los recursos e incidentes que estén planteados o pudieran surgir en estos procesos y el dictado de las sentencias, la decisión corresponderá al Pleno de la Sala.

Dese traslado del presente Acuerdo a la Secretaria Judicial de la Sala para que proceda a su comunicación a los Presidentes de las Secciones 3ª y 8ª, así como a todos los Secretarios Judiciales de la Sala, quienes en los diferentes procesos, notificaran este acuerdo a todas las partes personadas.”

b) En el recurso núm. 674/2013, por la parte recurrente se formuló recusación contra el Presidente de la Sala, que fue desestimada por la Sala de recusaciones del artículo 77 de la LOPJ mediante Auto de fecha 10 de diciembre de 2013.

c) En el recurso núm. 787/2013, tramitado ante la Sección Tercera, se interpuso por la recurrente AFEM recurso de reposición contra el expresado acuerdo Presidente de 11 de octubre de 2013, que fue desestimado por Auto dictado por el Ilmo. Presidente de la Sala en fecha 19 de diciembre de 2013.

SEGUNDO.- Naturaleza y consecuencias jurídicas del Acuerdo dictado al amparo del artículo 197 de la LOPJ.

Hoy constituye opinión pacífica, expresada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 207/2000 y en las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2010 (rec. 465/2008), 26 de febrero de 2007 (rec. 22/2007) y 12 de noviembre de 2003 (rec. 187/2003), así como en el Auto del mismo Alto Tribunal de 26 de febrero de 2008 (rec. 22/2007), que el acto por el que el Presidente de la Sala llama a todos los componentes a

resolver un asunto, en uso de la potestad que le concede el artículo 197 de la LOPJ, es un *“acto jurisdiccional”*.

La determinación del número de Magistrados de una Sala que han de concurrir o quorum exigido para la válida adopción de las correspondientes resoluciones viene establecida en normas de carácter procesal, como es el caso de los artículos 15 y 16 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, a los que remite el artículo 196 de la LOPJ (*“En los casos en que la ley no disponga otra cosa bastarán tres Magistrados para formar Sala”*), que en lo que atañe a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia dispone que *“cuando el número de sus miembros exceda de cinco, actuarán divididas en Secciones, cuyo Presidente será el que lo fuere de la Sala o el Magistrado más antiguo de los que integren la Sección”*, añadiendo que *“Para la vista o deliberación y fallo, y despacho ordinario, será suficiente la concurrencia del que presida y dos Magistrados”*.

Por su parte, el artículo 197 de la LOPJ (*“Ello no obstante, podrán ser llamados, para formar Sala, todos los Magistrados que la componen, aunque la ley no lo exija, cuando el Presidente, o la mayoría de aquéllos, lo estime necesario para la administración de justicia”*), aun con características propias, *“contempla una modalidad de llamamiento a formar Sala”*, cuando se den las circunstancias previstas en el mismo, propiciando el llamamiento de todos los componentes de la Sala. A diferencia de las demás previsiones, el llamamiento de todos los miembros de la Sala se supedita: objetivamente, a la necesidad para la administración de Justicia y, subjetivamente, a la apreciación de dicha necesidad por el Presidente o la Mayoría de los Magistrados de la Sala.

Se trata por tanto, como ponen de relieve las resoluciones del Tribunal Supremo anteriormente mencionadas, de reglas procesales que disciplinan la válida constitución de los órganos jurisdiccionales colegiados para cada acto procesal, que atañen a la ordenación y desarrollo de un concreto proceso y la adecuada conformación de los elementos subjetivos del mismo y que se plasma en la correspondiente resolución jurisdiccional, que ha de darse a conocer convenientemente a las partes, *“al objeto de que puedan reaccionar si estiman concurrentes causas de recusación o haciendo valer cualquier ilegalidad mediante la articulación de los recursos procesales ordinarios o extraordinarios”*.

El llamamiento a todos los Magistrados efectuado al amparo del citado artículo 197 de la LOPJ no excluye la necesidad de motivar la decisión, del Presidente de la Sala, o de la mayoría de los Magistrados, *“justificando así que el llamamiento a todos los Magistrados es necesario para el funcionamiento de la Administración de Justicia”*.

Por último, resulta trascendental poner de relieve que el llamamiento a todos los Magistrados de la Sala efectuado al amparo del artículo 197 de la LOPJ supone *“una avocación de la competencia, que ante la falta de previsión de secciones orgánicas, siempre ha correspondido al pleno de la Sala”*. En consecuencia, cuando se llama a todos los Magistrados de la Sala a resolver un asunto, *“no se hurta la competencia a la sección funcional que debería conocer de la misma según las normas de reparto, sino que se recupera o avoca la competencia que nunca había perdido el pleno de la Sala”*.

TERCERO.- Firmeza y autoridad de cosa juzgada del Acuerdo de avocación al Pleno de la Sala.

En el caso concreto que nos ocupa, pese a que en el Auto dictado por el pleno de la Sala se deja sentada la competencia del Presidente de la Sala para avocar al Pleno los asuntos reseñados en su Acuerdo de fecha 11 de octubre de 2013, *“que no está en cuestión”*, según se dice en el último párrafo del razonamiento jurídico primero, considera, sin embargo, *“como órgano jurisdiccional de pleno conocimiento ... que los presupuestos sobre los que se sustenta la acordada avocación al Pleno (existencia de resoluciones contradictorias entre las Secciones Tercera y Octava) no concurren objetivamente”*, por lo que *“se estima procedente devolver el conocimiento de los asuntos a las Secciones Tercera y Octava de su procedencia”*.

Pues bien, salvo en el recurso contencioso-administrativo núm. 787/2013 (al que con posterioridad nos referiremos), en todos los demás recursos contenciosos no se ha planteado, por ninguna de las partes en ellos personadas, recurso alguno contra el Acuerdo del Ilmo. Presidente de la Sala avocando al pleno de la Sala su conocimiento.

Por lo tanto, dicho Acuerdo, frente a las partes intervinientes en dichos recursos, adquirió la condición de firmeza, conforme previene el artículo 207.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (*“Son resoluciones firmes aquéllas contra las que no cabe recurso alguno bien por no preverlo la ley, bien porque, estando previsto, ha transcurrido el plazo legalmente fijado sin que ninguna de las partes lo haya presentado”*), por lo que, conforme

previene el artículo 207.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, *“el tribunal del proceso en que hayan recaído deberá estar en todo caso a lo dispuesto en ellas”*. Igualmente, el párrafo cuarto del expresado artículo 207 dispone que *“Transcurridos los plazos previstos para recurrir una resolución sin haberla impugnado, quedará firme y pasada en autoridad de cosa juzgada, debiendo el tribunal del proceso en que recaiga estar en todo caso a lo dispuesto en ella”* (artículo 207.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Pese a los efectos propios derivados de la firmeza del Acuerdo del Ilmo. Presidente de Sala, adquiriendo la autoridad de cosa juzgada y vinculando su contenido, no solo a las partes personadas, sino también al pleno de la Sala, como Tribunal conocedor de los distintos recursos, el Auto del pleno de la Sala, acordando la devolución de los distintos asuntos a las Secciones Tercera y Octava provoca, aunque no se diga ni se refleje en el mismo, como consecuencia jurídica inevitable la pérdida de la eficacia jurídica del Acuerdo de avocación al pleno de la Sala, desconociendo los efectos propios y derivados de la firmeza de una resolución jurisdiccional, y ello sin se haya seguido procedimiento alguno, lo que a su vez supone, a juicio de los firmantes del presente voto particular, infracción de los 238 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 225 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En efecto, como es bien sabido, la *“nulidad de pleno derecho, en todo caso, y los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión, se harán valer por medio de los recursos establecidos en la ley contra la resolución de que se trate”* (artículo 227.1 LEC), recursos aquí inexistentes (dejando a salvo el recurso núm. 787/2013), como ya hemos dicho. Sin perjuicio de ello, *“el tribunal podrá, de oficio o a instancia de parte, antes de que hubiere recaído resolución que ponga fin al proceso, y siempre que no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular”* (artículo 227.2 LEC).

Esto es, en defecto o ausencia de recurso contra una resolución judicial, el Tribunal puede, de oficio o a instancia de parte, declarar la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular. Dicha posibilidad debe entenderse condicionada, en lógica correspondencia con el artículo 227.1 LEC, a la concurrencia de alguno de los supuestos legalmente contemplados como de nulidad de pleno derecho (reseñados en el artículo 225 LEC), o en supuesto de defecto de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de

los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión y siempre que no proceda su subsanación.

Pero además, aun estimando el Tribunal que concurre alguno de los antedichos supuestos, le está vedado la declaración de plano de nulidad del correspondiente acto procesal, debiendo, con anterioridad a dicha declaración, dar ocasión a las partes intervinientes del proceso para que se pronuncien sobre la eventual irregularidad advertida.

Pues bien, como ya hemos dicho, en el caso concreto, no solo se priva de la eficacia jurídica inherente a toda resolución judicial firme al Acuerdo del Presidente de la Sala avocando el conocimiento de los asuntos al pleno de la Sala, sino que además se efectúa sin declaración alguna de su nulidad (previamente condicionada, como hemos dicho, a la concurrencia de alguno de los supuestos legalmente previsto para ello), sino que además aquella privación de eficacia (sólo posible, recalamos, como consecuencia de la resolución de un recurso jurisdiccional que así lo acordase, o mediante la declaración de nulidad de oficio por el tribunal) se efectúa sin que, con carácter previo, se haya dado oportunidad a las partes intervinientes en el proceso para que se pronunciasen sobre la eventual concurrencia de uno o varios supuestos que posibilitase la pérdida de eficacia del Acuerdo de avocación.

La omisión de tales capitales requisitos supone que el acuerdo de devolver los asuntos a las Secciones de origen (de facto una desavocación, "*figura jurídica*" no prevista en la LOPJ) adoptado por el pleno de la Sala se ha efectuado prescindiendo de las formas esenciales del procedimiento, causando por ello evidente indefensión a las partes personadas en el mismo, supuesto que aparece contemplado en el artículo 238.3º LOPJ como causa de nulidad de pleno derecho del correspondiente acto procesal.

Y a igual conclusión se llega respecto del recurso núm. 787/2013 por cuanto que, si bien la parte actora del mismo reaccionó frente al Acuerdo de avocación del Presidente de la Sala mediante la interposición de un recurso de alzada ante el Consejo General del Poder Judicial y de un recurso de reposición jurisdiccional, el primero fue inadmitido y el segundo desestimado por Auto dictado por el Presidente de la Sala en fecha 17 de diciembre de 2013, por lo que, sin perjuicio de que la parte recurrente pudiese hacer valer las eventuales irregularidades procedimentales por ella advertidas en el momento de interposición de recurso de casación contra la resolución judicial que ponga fin a la instancia (artículo 454 de la LEC), lo cierto es que también aquí el pleno de la Sala, como Tribunal concedor del

recurso avocado, quedaba vinculado a lo acordado y decidido tanto en el Acuerdo de avocación como en el Auto resolutorio del recurso de reposición, por lo que los mismos, su eficacia jurídica y procesal, sólo podía dejarse sin efecto a través del mecanismo de la declaración de oficio de nulidad de pleno derecho, tal como hemos expuesto con anterioridad, por lo que la adopción del acuerdo de devolución de dicho asunto a la Sección Tercera, en la forma que se ha efectuado, incurre en igual causa de nulidad de pleno derecho que el resto de los recursos contenciosos devueltos.

De todo cuanto queda expuesto, y a modo de conclusión, a juicio de los firmantes del presente voto particular, la devolución de los asuntos a las Secciones de origen sólo se podría haber adoptado, en su caso, previa audiencia de las partes personadas en los procedimientos y por alguno de los supuestos tasados legalmente y que han quedado expuestos con anterioridad.

CUARTO.- Competencia del Pleno de la Sala para el conocimiento y resolución de los recursos de reposición interpuestos formulados contra diversas resoluciones dictadas en los recursos contenciosos núms. 674/2013 y 787/2013 de la Sección Tercera y núm. 1.105/2013 de la Sección Octava.

Con referencia al conocimiento y resolución de los recursos de reposición interpuestos formulados contra diversas resoluciones dictadas en los recursos contenciosos núms. 674/2013 y 787/2013 de la Sección Tercera y núm. 1.105/2013 de la Sección Octava, el Auto adoptado por la Sala, en su razonamiento jurídico segundo, expresa que sin que se ignore ni se ponga en cuestión el argumento de que el pleno de la Sala resulta ser el Juez ordinario para el conocimiento de todos los asuntos en atención a la naturaleza funcional de las Secciones, llega a la conclusión, sin embargo, que *“parece más ajustado al texto y finalidad del artículo 451.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que sea la misma Sección que desde el principio está actuando con competencia funcional, según las normas de reparto vigentes en la Sala, la que resuelva el correspondiente recurso de reposición interpuesto ante la propia Sección, ya que mantener lo contrario supondría convertir en devolutivo un recurso de naturaleza horizontal”*.

Pues bien, a nuestro juicio, y con el más absoluto respeto que nos merece la mayoría, creemos que el razonamiento expuesto no tiene en cuenta (aun cuando se dice no ignorar) que, como hemos expresado en el punto segundo de los razonamientos del presente,

constituye doctrina consolidada de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que cuando se avoca un asunto al conocimiento del pleno de la Sala no se hurta competencia alguna a la Sección funcional que estaba conociendo del mismo según las normas de reparto “*sino que se recupera o avoca la competencia que nunca había perdido el pleno de la Sala*”; y si ello es así, cuando el conocimiento y resolución de un recurso de reposición se avoca al pleno de la Sala, por acuerdo o resolución jurisdiccional que no se ha dejado sin efecto a través de los oportunos mecanismos procesales previstos legalmente para ello, y en la medida en que ello supone el conocimiento del asunto por el órgano originariamente competente para ello (competencia que nunca perdió), es claro que ello no significa ni supone convertir un recurso no devolutivo, como se caracteriza al de reposición, en devolutivo, tal como aprecia la mayoría. Sencillamente, como expresa la doctrina jurisprudencial, estamos en presencia de un supuesto de avocación de la competencia por el órgano jurisdiccional que siempre fue competente, sin que tal avocación suponga o convierta al pleno de la Sala en un órgano jerárquicamente superior ni por supuesto distinto al de la Sección funcional que hasta entonces conoció el asunto, pues ambos constituyen el mismo órgano.

En conclusión: el pleno de la Sala resultaba competente para el conocimiento y resolución de todas las cuestiones e incidencias planteadas en los recursos contenciosos avocados, incluidos los recursos de reposición formulados y planteados contra determinadas resoluciones de las Salas.

En todo caso, la “*desavocación*” de facto llevada a cabo por el pleno en el Auto del que discrepamos, producida para el conocimiento y resolución de los antedichos recurso de reposición se ha efectuado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente previsto al haberse efectuado sin audiencia previa de las partes personadas, tal como concluíamos en el punto anterior de la presente fundamentación jurídica.