

Voto particular que formula el magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos a la sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad número 2860-2018.

Con el máximo respeto a la opinión mayoritaria de mis compañeros del Tribunal en la que se sustenta la sentencia, manifiesto mi discrepancia con parte de su fundamentación jurídica y con el fallo, que, en mi opinión, hubiera debido ser estimatorio.

A mi juicio, los apartados segundo y tercero del art. 86.3 LJCA vulneran la reserva de ley orgánica que establece el art. 122.1 CE. Mi discrepancia con la mayoría no se refiere al alcance de la reserva de ley orgánica que establece este precepto constitucional. Esta reserva exige, como ha sostenido la jurisprudencia de este Tribunal y reitera ahora la sentencia, que la única norma que puede crear en abstracto los órganos judiciales sea la Ley Orgánica del Poder Judicial. Por ello, para apreciar si las secciones a las que se refiere la norma cuestionada respetan o no esta reserva de ley es preciso, primero, determinar si son órganos judiciales nuevos o si son meras divisiones funcionales de un órgano judicial ya existente.

La mayoría considera que las secciones a las que se refiere el art. 86.3 LJCA no son órganos judiciales nuevos, sino que son “una variedad de las Secciones ‘funcionales’ que contempla la Ley Orgánica del Poder Judicial”. Por ello entiende que la creación de estas secciones por ley ordinaria no vulnera el art. 122.1 CE. A mi juicio, sin embargo, estas secciones no son funcionales, sino orgánicas y, por tanto, al ser nuevos órganos judiciales, de acuerdo con lo establecido en el citado art. 122.1 CE, solo podía constituir las la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Los argumentos en los que la opinión mayoritaria fundamenta el carácter funcional y no orgánico de estas secciones no me parecen convincentes. Para fundamentar este carácter la mayoría parte de señalar que las secciones están ampliamente reguladas en la Ley Orgánica del Poder Judicial como división funcional de las salas en las que se integra cada uno de los órganos judiciales de carácter colegiado. A mi juicio, sin embargo, a efectos de determinar la naturaleza jurídica de las secciones previstas en el art. 86.3 LJCA, resulta irrelevante que la Ley Orgánica del Poder Judicial regule las secciones funcionales en la que se dividen los órganos judiciales. Esta norma contiene esta regulación porque, en virtud de lo dispuesto en el art. 122.1 CE, le corresponde establecer «el diseño básico de la organización judicial o “la configuración definitiva” de los Tribunales de justicia» (STC 254/1994, de 15 de

septiembre, FJ 4 B, entre otras). Pero de ahí no cabe deducir que la única sección que puede existir sea la funcional, como parece derivarse de la argumentación de la sentencia. La posibilidad de crear secciones orgánicas no se encuentra excluida por esta regulación. Ahora bien, este tipo de secciones, al ser órganos judiciales nuevos, por exigencias del citado art. 122.1 CE, tienen que estar previstos en la Ley Orgánica del poder Judicial.

La naturaleza jurídica de las secciones que regula el art. 86.3 LJCA no depende de su denominación (el mismo problema constitucional se plantearía si el legislador las hubiera llamado “sala”), sino de si constituyen un nuevo órgano judicial o de si son parte de uno ya existente. Para resolver esta cuestión la mayoría toma en consideración el modo en el que art. 86.3 LJCA regula estas secciones y descarta su carácter orgánico por dos motivos: (i) porque su composición “no ha sido establecida de forma reglada”, sino que se determina con arreglo a criterios internos de reparto similares a los que se utilizan en las secciones funcionales para determinar tanto su composición como los asuntos de los que deben conocer; (ii) porque estas secciones están integradas “por magistrados del mismo orden jurisdiccional y, generalmente, de la misma Sala o, excepcionalmente, si no son de la misma Sala, de Salas del mismo orden jurisdiccional y la misma clase”.

Se señala, además, que la regulación de la composición de las secciones presenta “una notable continuidad” con la regulación de las secciones que, según establecía la LJCA en su redacción anterior, correspondía resolver los recursos de casación autonómica en interés de ley y en unificación de doctrina.

Estas razones no justifican, a mi juicio, que las secciones que prevé el art. 86.3 LJCA no sean nuevos órganos judiciales. La similitud de la norma cuestionada con la derogados arts. 99.3 y 101.3 LJCA, no constituye, en mi opinión, un argumento que pueda fundamentar que la sección que prevé la norma que ahora se enjuicia tenga carácter funcional; lo único que pone de manifiesto es que la regulación anterior podía incurrir en la misma infracción constitucional.

Asimismo, considero que no puede descartarse el carácter orgánico de estas secciones porque, como entiende la mayoría, su composición “no ha sido establecida de forma reglada”. Este argumento quiebra, entre otros motivos, porque la premisa de la que parte no es correcta. La composición de esta sección la determina la ley, pues es esta norma la que establece los magistrados que la componen. La ley no otorga a las salas de gobierno de los tribunales

superiores de justicia la potestad discrecional de designar los magistrados que integran las secciones a las que corresponde resolver el recurso de casación autonómico; lo único que le impone es el deber de establecer para cada año judicial el *turno* con arreglo al cual los magistrados de la sala o salas de lo contencioso-administrativo y, en su caso, los presidentes de sección ocupan estos puestos. En todo caso, la mayoría no explica por qué el carácter funcional de una sección deriva de la circunstancia de que la norma que las crea establezca de forma reglada su composición.

Tampoco estoy de acuerdo en que estas secciones tengan carácter funcional porque estén formadas por magistrados del mismo orden jurisdiccional. Lo determinante, a mi juicio, para atribuirle este carácter es que se compongan de magistrados que pertenezcan al mismo órgano judicial. Esta circunstancia no concurre en este caso, pues en aquellos tribunales superiores de justicia en los que exista más de una sala de lo de lo contencioso-administrativo las secciones a las que se refiere el art. 86.3 LJCA están compuestas por magistrados de las distintas salas de lo contencioso-administrativo y, por tanto, de órganos judiciales diferentes. Este es, precisamente, uno de los motivos por los que considero que la sección que crea el art. 86.3 LJCA es un órgano judicial nuevo. Estas secciones no pueden ser una mera división funcional de un órgano judicial ya existente si los magistrados que las componen proceden de diversos órganos judiciales. La mayoría considera que esta es una cuestión formal que no tiene excesiva importancia. A mi juicio, en cambio, es el elemento esencial para resolverla, pues evidencia que estas secciones no son una división a efectos meramente funcionales de un órgano ya existente, pues para ello sería necesario que estas secciones se integraran en único órgano y este órgano no existe en los tribunales superiores de justicia en los que hay más de una sala de lo contencioso-administrativo.

El carácter orgánico de estas secciones reside también en el hecho de que es la ley la que determina tanto su composición como sus competencias. La ley les atribuye una competencia propia y distinta de las que tiene la sala de lo contencioso-administrativo, pues de acuerdo con lo dispuesto en la LJCA la competencia para resolver este tipo de recursos corresponde específicamente a estas secciones no a la sala de lo contencioso-administrativo. Buena prueba de ello es que en los tribunales superiores de justicia que tengan más de una sala de lo contencioso-administrativo ninguna de las salas podrá avocar para sí el conocimiento de este tipo de recursos, ya que lo que se pretende con esta nueva sección es crear un nuevo

órgano que pueda unificar la jurisprudencia creada por las distintas salas. Solo de esta forma cobra sentido la creación de esta sección.

Por todo ello, considero que las secciones a la que se refiere el art. 86.3 LJCA son órganos judiciales distintos de las salas de lo contencioso-administrativo y por esta razón entiendo que de acuerdo con lo previsto en el art. 122.1 CE estas secciones solo podían haberlas constituido la Ley Orgánica del Poder Judicial, al ser esta ley la única que, en abstracto, puede constituir este órgano. Esta es, además, la consecuencia que se deriva de la jurisprudencia constitucional, como se ha indicado.

Por último, quiero poner de relieve que, aun en el supuesto de que estas secciones fueran funcionales, como sostiene la mayoría, no por ello los apartados 2 y 3 del art. 86.3 LJCA serían acordes con lo dispuesto en el art. 122.1 CE. La norma cuestionada configura estas secciones de modo distinto a como la Ley Orgánica del Poder Judicial regula las secciones funcionales. Según establece el art. 198 LOPJ corresponde al presidente de la sala, de acuerdo con los criterios establecidos por la sala de Gobierno, determinar su composición (198 LOPJ). Y el art. 152 LOPJ atribuye a la sala de gobierno aprobar las normas de reparto de asuntos entre las distintas secciones (art. 152 LOPJ). Por ello, aunque las secciones previstas en el art. 86.3 LJCA fueran funcionales –que, en mi opinión, no lo son–, el modo en el que las regula esta norma –establece su composición y les atribuye la competencia específica de resolver los recursos de casación autonómica– contravendría la ordenación que, con carácter general, efectúa la Ley Orgánica del Poder Judicial, lo que determinaría la vulneración del art. 122.1 CE al incidir en el ámbito que este precepto reserva a la referida ley orgánica.

Madrid, a veintinueve de noviembre de dos mil dieciocho.