

Roj: ATS 5339/2014
Id Cendoj: 28079110012014201680
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 3053/2012
Nº de Resolución:
Procedimiento: Casación
Ponente: IGNACIO SANCHO GARGALLO
Tipo de Resolución: Auto

AUTO

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Junio de dos mil catorce.

I. HECHOS

PRIMERO.- 1.- La representación procesal de la entidad mercantil BNP Paribas España, S.A, presentó el día 5 de noviembre de 2012 escrito de interposición de recurso de casación contra la sentencia dictada, con fecha 23 de julio de 2012, por la Audiencia Provincial de Bizkaia, Sección 3ª, en el recurso de apelación nº 131/2012, dimanante del juicio ordinario nº 954/2009 del Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Bilbao.

SEGUNDO.- Previos los trámites procedentes, esta Sala por auto de 18 de junio de 2014 acordó la admisión del recurso, formulándose oposición al mismo por la representación procesal de la parte recurrida, Dª Rafaela, que presentó escrito el 17 de julio de 2013.

TERCERO.- Por providencia de 11 de junio de 2014 se acordó el señalamiento de día hora para la votación y fallo de los recursos por el Pleno de la Sala, fijándose el 15 de julio de 2014, a las 10.00 horas.

CUARTO.- El Excmo. Sr. magistrado de esta Sala, D. Vicente, ha dirigido escrito motivado al presidente de esta Sala, el 18 de junio de 2014, solicitando que se someta al Pleno de la Sala la posible concurrencia de una circunstancia que podría afectar a la apariencia de imparcialidad, que en conciencia lleva a dicho magistrado a solicitar su abstención, y que según ha sido descrita por el magistrado indicado, es la siguiente:

«[...] en mis últimos dieciocho meses anteriores a mi incorporación como magistrado de esta Sala, mi función en "la Caixa" (actualmente Caixabank, S.A.) fue precisamente mediar sobre este tema en particular, sobre las participaciones preferentes, tratando de paliar los efectos negativos que tales productos, "complejos y de riesgo", habían producido entre una clientela, la conocida en términos Mifid "minorista", a la que nunca debía haberse comercializado. Fui, pues, testigo y partícipe directo en esta concreta materia tanto en su fase originaria, la confección y negociación de los Folletos de las Emisiones ante la CNMV, como en la fase de comercialización entre la clientela, preparando la documentación correspondiente. Mi participación en el Pleno podría merecer una repulsa en los medios de comunicación sobre falta de objetividad de alguno de los miembros de la Sala Primera, que son y deben seguir siendo impolutos, sin sombra de sospecha, como hasta ahora, y no creo que deba correr este riesgo por mi asistencia, debiendo preservarse la apariencia formal de imparcialidad en el ejercicio de la función jurisdiccional".

»Por consiguiente, y aunque no me cabe la más mínima duda acerca del asunto que va a someterse en el próximo Pleno, -que tengo estudiado y formada opinión-, creo que mi abstención, pese a que no tiene un encaje claro en los supuestos taxativamente previstos en la LOPJ, teniendo en cuenta la doctrina sentada por nuestro Tribunal Constitucional (SSTC nº 162/1999, de 27 de septiembre y 69/2001, de 17 de marzo) que toma del Tribunal de Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 1 de octubre de 1982 (asunto Piersack) y más recientemente ATS (Sala 61) de 16 de enero de 2006, sobre *causas objetivas de imparcialidad* que aconseja la abstención, me debo en conciencia acoger a ella, por el bien de esta Sala».

QUINTO.- Por providencia de 18 de junio de 2014 se acordó unir la indicada comunicación de abstención del magistrado Excmo. Sr. Vicente, designar nuevo magistrado ponente al Excmo. Sr. D. **Ignacio Sancho Gargallo** y suspender la tramitación del recurso en tanto se resuelve sobre la abstención formulada.

II. RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- *Relación de antecedentes.*

Son datos incuestionables para decidir sobre la justificación de la abstención formulada los siguientes:

1.º El Excmo. Sr. D. Vicente , como magistrado de esta Sala, ha sido convocado para el Pleno de esta Sala señalado el día 15 de julio de 2014, para la decisión del recurso de casación nº 3053/2012.

2.º Que la materia objeto de análisis en los citados recursos versa sobre cuestiones relacionadas con la adquisición de participaciones preferentes.

3.º El Excmo. Sr. D. Vicente ha dirigido escrito al Excmo. Sr. presidente de esta Sala a fin de someter a deliberación la posible concurrencia en el mismo de una circunstancia que podría afectar a la apariencia de imparcialidad, consistente en haber intervenido, en los últimos dieciocho meses anteriores a su reciente nombramiento como magistrado de esta Sala, en las mediaciones efectuadas por una entidad bancaria sobre las participaciones preferentes, lo que, según se expone por el citado magistrado, aunque no configura una de las causas de abstención tipificadas en el artículo 219 LOPJ , puede ser utilizada de forma interesada para poner en duda la imparcialidad de este magistrado.

SEGUNDO.- *El derecho al juez imparcial.*

A) El derecho a un juez imparcial es uno de los contenidos básicos del artículo 24 CE . La imparcialidad y la objetividad de un tribunal aparecen como el requisito básico de todo el proceso derivado de actuar únicamente sometido al imperio de la Ley (artículo 117 CE), como nota característica de la función jurisdiccional.

Así lo ha declarado reiterada jurisprudencia constitucional que distingue la imparcialidad subjetiva, que garantiza que el juez no ha tenido relaciones indebidas con las partes, y una imparcialidad objetiva, referida al objeto del proceso, que asegura que el juez se acerca al tema controvertido sin haber tomado postura en relación con él (SSTC 145/1988, de 12 de junio , cuya doctrina se reitera en las SSTC 156/2002, de 23 de julio , 38/2003, de 27 de febrero , 85/2003, de 8 de mayo ; SSTEDH de 20 de mayo de 1998, caso Gautrin y otros, 16 de septiembre de 1999, caso Buscemi).

También ha destacado el Tribunal Constitucional y la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos el carácter restrictivo, basado en datos objetivos, que debe presidir el análisis de la concurrencia de las causas de abstención y recusación, con la finalidad de que no sirva para eludir el derecho al juez predeterminado por la Ley (SSTC 170/1993, 27 de mayo ; 162/1999, 27 de septiembre ; 60/2008, 26 de mayo).

Pero también destaca esa doctrina la importancia que tiene en este ámbito la apariencia de imparcialidad.

B) La relevancia de la apariencia de imparcialidad está justificada porque lo que está en juego es la confianza que en una sociedad democrática los Tribunales deben inspirar a los ciudadanos. De forma que es posible que, aun no estando ante una causa expresamente tipificada en el artículo 219 LOPJ como de abstención o recusación, estemos ante una situación de apariencia de una falta de imparcialidad objetiva muy similar a la que informa las causas contempladas en el citado artículo 219 LOPJ .

Así lo ha considerado este Tribunal Supremo en varias ocasiones. En los AATS, Sala del Artículo 61 de la LOPJ , de 3 de diciembre de 2002 y 2 de marzo de 2005, se tuvo en cuenta esa situación indiciaria de falta de imparcialidad objetiva.

Como se declaró en dichos autos, la doctrina del Tribunal Constitucional y los Textos internacionales (el artículo 6.1 del Convenio para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de Roma, de 4 de noviembre de 1950, ratificado por España a través del Instrumento de fecha 26 de septiembre de 1979; el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos , de 10 de diciembre de 1948, el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos , de 19 de diciembre de 1966), exigen garantizar la confianza de los ciudadanos en su Administración de Justicia, a través del principio de imparcialidad objetiva y aparente.

El TEDH se ha pronunciado en este sentido y ha declarado, en relación a la existencia de indicios de apariencia de parcialidad (SSTEDH de 24 de mayo de 1989, caso Hauschildt , y de 7 de junio de 2001, caso Kress) que *la théorie des apparences doit aussi entrer en jeu* " [la teoría de las apariencias entra en juego]. Más recientemente, en el mismo sentido, el TEDH establece que *in this respect, even appearances may be of a certain importance or, in other words, justice must not only be done, it must also be seen to be done* [A

este respecto, las apariencias pueden tener una cierta importancia o en otras palabras, la justicia no solo se debe hacer, sino que debe parecer que se hace].

TERCERO.- *Procedencia de la abstención.*

La aplicación de esta doctrina al supuesto de una abstención como la ahora analizada, en la que el propio magistrado, pese a ser consciente de la persistencia de su imparcialidad real para intervenir en aquel, a fin de preservar la apariencia formal de imparcialidad en el ejercicio de la función jurisdiccional y de evitar cualquier sombra de duda sobre la misma decide someter a la decisión de la Sala la conveniencia de que sea apartado del caso, supone que debe otorgarse virtualidad a la causa de abstención invocada.

La intervención del magistrado Sr. Vicente en fechas cercanas en el tiempo, en asuntos de una entidad bancaria relacionados directamente con el tema que será objeto de análisis para la decisión de los recursos señalados para el Pleno del próximo 9 de mayo, puede hacer surgir una apariencia de falta de imparcialidad objetiva muy similar a la que informa la causa de abstención 13.^a del artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, consistente en haber ocupado cargo público, desempeñado empleo o ejercido profesión con ocasión de los cuales haya participado directa o indirectamente en el asunto objeto del pleito o causa o en otro relacionado con el mismo

Por lo expuesto se estima justificada la abstención formulada por el Excmo. Sr. magistrado D. Vicente, lo que en cumplimiento del artículo 222 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, deberá ser comunicado a las partes personadas en este proceso.

CUARTO.- Resuelta la presente incidencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 221.5 LOPJ procede dejar sin efecto la suspensión del recurso acordada en providencia de 18 de junio de 2014 y estar al señalamiento del Pleno inicialmente previsto en la providencia de 11 de junio de 2014, que tendrá lugar el 15 de julio de 2014 a las 10 horas, del que será magistrado ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.

QUINTO.- En cumplimiento de lo previsto en el artículo 208.4 LEC procede declarar que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 221.4 LOPJ, contra este auto no cabe recurso.

En atención a lo expuesto y vistos los artículos de general aplicación.

III. PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA

1º.- Estimar justificada la abstención formulada por el Excmo. Sr. magistrado D. Vicente .

2º. - Tener por apartado definitivamente de este proceso al Excmo. Sr. magistrado D. Vicente .

3º.- Alzar la suspensión del presente recurso y señalar para su deliberación y fallo por el Pleno de la Sala el día 15 de julio de 2014 a las 10 horas, del que será magistrado ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.

Notifíquese este Auto a las partes personadas.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.