|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 21/2008 |
| Fecha | de 22 de enero de 2008 |
| Sala | Pleno |
| Magistrados | Doña María Emilia Casas Baamonde, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Roberto García-Calvo y Montiel, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez y don Manuel Aragón Reyes. |
| Núm. de registro | 9545-2006 |
| Asunto | Cuestión de inconstitucionalidad 9545-2006 |
| Fallo | No estimar justificada la abstención del Magistrado don Eugeni Gay Montalvo en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 9545-2006. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. Registrada con el núm. 9545-2006, se sigue ante este Tribunal Constitucional la presente cuestión de inconstitucionalidad, suscitada en relación con el apartado a) del número dos del art. 3º.4 del Real Decreto-ley 16/1977, de 25 de febrero, en la redacción dada por los arts. 38.2.1 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, 67.2 de la Ley 12/1996, de 30 de diciembre, y 73.5 de la Ley 65/1997, de 30 de diciembre, por posible vulneración de los arts. 1.1, 9.3, 14, 31.1, 33, 38, 40.1 y 130.1 de la Constitución. La cuestión ha sido planteada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, mediante Auto de 31 de julio de 2006, recaído en el recurso núm. 1221-2002.

2. Mediante escrito fechado el 12 de diciembre de 2007 el Magistrado don Eugeni Gay Montalvo, comunicó al Pleno a los efectos oportunos que, de conformidad con lo previsto en el art. 80 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y en relación con las causas 6ª, 13ª y 16ª del art. 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), se abstenía de intervenir en la presente cuestión de inconstitucionalidad, toda vez que en su día fue “abogado, asesor y letrado de diversas empresas que desarrollaban su actividad en las máquinas de juego automáticas denominadas de tipo “B”, en asuntos idénticos y similares al aquí planteado”.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. Como ya señaláramos en nuestro ATC 456/2006, de 14 de diciembre, FJ 1, aunque este Tribunal mantiene estrictamente el principio de imparcialidad al que le obligan la Constitución y el art. 22 de su Ley Orgánica, y desearía atender los escrúpulos de sus miembros, debe atenerse a razones objetivas al apreciar las causas de abstención y recusación. No debe olvidarse que el deber de imparcialidad de los Magistrados nunca debe ir en detrimento del derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE) ni perjudicar el ejercicio de la jurisdicción constitucional. No cabe olvidar tampoco, como hemos señalado en el ATC 383/2006, de 2 de noviembre, FJ 3, que, “en la medida en que las causas de abstención o recusación permiten apartar del caso al juez predeterminado por la ley, la interpretación de su ámbito ha de ser restrictiva y vinculada al contenido del derecho a un juez imparcial (STC 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 8), interpretación restrictiva que se impone más aún respecto de un órgano, como es el Tribunal Constitucional, cuyos miembros no pueden ser objeto de sustitución (ATC 80/2005, de 17 de febrero)”. Por ello, la ley, que define las causas tasadas de abstención o recusación procurando un equilibrio entre estos distintos intereses constitucionales, no permite al Tribunal Constitucional que estime justificada la abstención en este caso, toda vez que la circunstancia alegada por el Magistrado don Eugeni Gay Montalvo no puede encontrar acomodo en ninguna de las causas contempladas en el art. 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ).

2. En efecto, el hecho de que el Magistrado don Eugeni Gay Montalvo haya asumido en el pasado el asesoramiento y la defensa de los intereses de diversas empresas que desarrollaban su actividad en las máquinas de juego automáticas denominadas de tipo “B”, “en asuntos idénticos y similares al aquí planteado”, no puede traducirse en su inidoneidad para enjuiciar la cuestión debatida en este proceso constitucional, derivado de un procedimiento judicial en el que el Magistrado don Eugeni Gay Montalvo no ha intervenido como Letrado antes de acceder al cargo de Magistrado del Tribunal Constitucional. No concurre pues, en este caso, la causa 6ª del citado art. 219 LOPJ, pues no ha sido el Magistrado “defensor o representante de alguna de las partes” ni ha “emitido dictamen sobre el pleito o causa como letrado”. Tampoco resulta de aplicación la causa 13ª del mismo precepto legal, pues el Magistrado no ha participado directa o indirectamente en el asunto objeto del pleito relacionado con la presente cuestión de inconstitucionalidad. De igual modo ha de excluirse que resulte aplicable la causa 16ª, pues la circunstancia invocada por el Magistrado don Eugeni Gay Montalvo no supone que haya ocupado “cargo público o administrativo con ocasión del cual haya podido tener conocimiento del litigio y formar criterio en detrimento de la debida imparcialidad”.

Por otro lado, de admitirse que pudiera ser causa de abstención y recusación una relación como aquélla a la que hace referencia el escrito de abstención, la consecuencia, como hemos señalado en ATC 380/2006, de 24 de octubre, FJ único, sería hacer imposible el acceso a la magistratura constitucional de juristas que hayan acreditado como Abogados la reconocida competencia profesional exigida por el art. 159.2 CE, pues será, por principio, muy difícil que dicha competencia no se haya aquilatado con su implicación profesional en los más diversos sectores del ordenamiento, para cuya defensa desde este Tribunal quedarían inhabilitados de admitirse que precisamente esa experiencia profesional se traduce en un prejuicio excluyente de toda imparcialidad.

No existe, en suma, riesgo para la imparcialidad del Magistrado don Eugeni Gay Montalvo por su intervención en la presente cuestión de inconstitucionalidad. Por el contrario, “existe un interés constitucional prevalente en mantener, salvo que resulte imposible, la composición del Pleno de este Tribunal en los términos establecidos directa y categóricamente por la propia Constitución, en su art. 159” (AATC 456/2006, de 14 de diciembre, FJ 2, y ATC 289/2007, de 19 de junio, FJ 2).

En consecuencia, el Pleno

ACUERDA

No estimar justificada la abstención del Magistrado don Eugeni Gay Montalvo en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 9545-2006.

Madrid, a veintidós de enero de dos mil ocho.

### Votos

1. Voto particular que formula el Magistrado don Javier Delgado Barrio respecto del Auto de de de 2008 dictado en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 9545-2006

Con el respeto que siempre me merece la opinión de mis compañeros, creo procedente formular este Voto particular para manifestar mi discrepancia del acuerdo de la mayoría.

El art. 219.13ª LOPJ, en relación con el art. 80 LOTC, establece como causa de abstención “haber ...ejercido profesión” con ocasión de la cual “haya participado directa o indirectamente en el asunto objeto del pleito o causa o en otro relacionado con el mismo”. Creo que dentro del concepto legal de asunto “relacionado” con el “objeto del pleito” hay que incluir aquellos casos en los que el Abogado ha ejercido su profesión en asuntos idénticos, aunque sea con diferentes partes, al que es objeto del proceso, pues ello implica, evidentemente, una participación indirecta en éste.

Es así que el Magistrado que se abstiene había ejercido su profesión de Abogado en asuntos idénticos al que aquí se debate,

Ergo hubiera debido estimarse justificada la abstención que rechaza el Auto del que discrepo.

Y este es mi parecer, del que dejo constancia con el máximo respeto a mis compañeros.

Madrid, a veintidós de enero de dos mil ocho.

2. Voto particular que formula el Magistrado don Ramón Rodriguez Arribas, en el Auto dictado en la cuestión de inconstitucionalidad núm.9545-2006. Sobre la abstención formulada por el Excmo. Sr. Magistrado don Eugeni Gay Montalvo

Haciendo uso de la facultad atribuida a los Magistrados del Tribunal Constitucional por el apartado 2 del art. 90 LOTC expreso en este voto particular y con pleno respeto a la opinión de la mayoría, mi discrepancia , que fundo en la siguiente consideración:

Unica: Nuestro compañero Excmo. Sr. don Eugeni Gay Montalvo, formuló su abstención manifestando que había sido “abogado, asesor y letrado de diversas empresas que desarrollaban su actividad en las máquinas de juego automáticas denominadas del tipo B, en asuntos indénticos y similares al aquí planteado” invocando, entre otras, la causa 13ª Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), aplicable por la remisión del art. 80 LOTC, que considera incurso en abstención o recusación al Juez que ejerciendo una profesión “ haya participado directa o indirectamente en el asunto objeto del pleito o causa o en otro relacionado con el mismo”, resultando evidente para mí, con reiteración del respeto que me merece la opinión contraria, que quien ha ejercido profesionalmente las funciones de “abogado, asesor y letrado” de empresas que se dedicaban a la explotación de maquinas de juego automáticas del tipo B, en relación con los problemas de su tributación en la Tasa de juego, ha incurrido, no en un solo concepto si no en tres, en la causa de abstención descrita e invocada y por lo tanto debió declararse la procedencia de la misma.

Madrid, a veintidós de enero de dos mil ocho

3. Voto particular que formula el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez al Auto del Pleno de 23 de enero de 2008, dictado en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 9545-2006

1. Considero que el Auto aprobado, que acuerda no estimar justificada la abstención del Excmo. Sr. Magistrado don Eugenio Gay Montalvo, no pondera adecuadamente las singulares circunstancias que concurren en el presente caso, que, a mi juicio, debieron llevar a estimar como justificada su abstención.

El Magistrado don Eugenio Gay Montalvo manifiesta en su escrito que ha sido “abogado, asesor y letrado de diversas empresas que desarrollaban su actividad en las máquinas de juego automáticas denominadas de tipo B, en asuntos idénticos y similares al aquí planteado”.

Como es sabido, la actividad del juego desarrollada a través de máquinas recreativas del tipo B está sometida a una específica normativa tributaria en cuya interpretación se han producido reiteradas discrepancias entre la Administración tributaria y las sociedades mercantiles dedicadas a esa actividad. Si tenemos en cuenta el limitado número de empresas o sociedades explotadoras de esa modalidad del juego y, al tiempo, la considerable importancia económica de tal actividad, se comprenderá en seguida que quien manifiesta haber sido “abogado, asesor y letrado” de diversas empresas que la desarrollan y que como tal ha defendido sus intereses “en asuntos idénticos y similares al aquí planteado”, debe abstenerse de juzgar sobre la cuestión.

2. Añadidamente diré que no creo que deba minusvalorarse el criterio del propio Magistrado que reflexivamente adopta su decisión de abstenerse en el conocimiento de un asunto, por considerar, él mismo, que pueda estar comprometida su imparcialidad o que pueda resultar menoscabada la necesaria apariencia de imparcialidad; la suya propia y, por ello, la del Tribunal mismo.

Recientemente -ATC 387/2007, de 16 de octubre- hemos estimado como justificadas las abstenciones de la Presidenta y del Vicepresidente del Tribunal en el recurso de inconstitucionalidad núm. 6729-2007, y hemos dicho que aunque los motivos legales de abstención y recusación son los mismos, hay “una diferencia relevante entre ellas, cual es que mientras en la abstención la iniciativa es del propio Magistrado, en la recusación corresponde a una de las partes procesales” y que “en el caso de la abstenciones se trata de decisiones adoptadas por Magistrados, respecto de los que no es discernible ningún interés personal, ni imaginable siquiera ninguna posible sospecha de intento de alterar la composición del Tribunal o de impedir su normal funcionamiento, a diferencia de lo que podrá quizás suceder con la recusación”. Por ello, añadimos entonces, “[e]s procedente empero destacar la naturalidad con la que el Pleno se limita a declarar justificadas las abstenciones, aceptando, sin ningún cuestionamiento crítico, la realidad de los hechos argüidos por los Magistrados abstenidos, limitándose a constatar la aplicabilidad a los mismos de los motivos legales invocados en cada caso, en términos de un hacer jurisdiccional claramente diferenciado del seguido en casos de recusaciones”. Y hemos reconocido “la sensibilidad demostrada por los Magistrados abstenidos respecto a la importancia que tiene siempre la apariencia de imparcialidad” recordando “la especial trascendencia que a la misma atribuyen, tanto nuestra jurisprudencia, como la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) porque lo que está en juego es la confianza que los Tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática”.

En efecto, nuestro legislador ha optado por un modelo de Juez constitucional rodeado de la apariencia de imparcialidad, no sólo en la realidad de su desconexión con las partes y con el objeto del proceso, sino también en su imagen, eliminando cualquier sombra al respecto cuando existan elementos objetivos que puedan justificar una apariencia de parcialidad. El Juez imparcial no es sólo un derecho fundamental de las partes de un litigio, es también una garantía institucional de un Estado de Derecho establecida en beneficio de todos los ciudadanos y de la imagen de la Justicia, como pilar de la democracia (ATC 26/2007, de 5 de febrero).

El valor de la imparcialidad o de la imagen que de su imparcialidad proyecta el Tribunal hacia la sociedad, no es cuestión menor. Me parece claro que en un eventual conflicto entre la composición del Tribunal y el respeto a la garantía de su imparcialidad, debe prevalecer esta última, no ya porque así deba ser en cualquier Estado de Derecho, sino porque así lo ha querido expresamente el legislador. La participación de todos los miembros que integran este Tribunal en los procesos constitucionales no es un objetivo que deba excluir la apreciación de una causa de abstención, como lo evidencia la previsión misma de la posibilidad de constitución del Pleno, de las Salas y de las Secciones de este Tribunal sin la totalidad de sus componentes, sino con el quórum de presencia que resulta del art. 14 LOTC. Y el mandato del art. 22 LOTC de que los Magistrados ejerzan su función de acuerdo con el principio de imparcialidad, no contiene salvedad respecto de los procesos objetivos de control de constitucionalidad ni de ninguno de los procesos de que conoce este Tribunal (ATC 226/2002, de 20 de noviembre, FJ 3).

Madrid, a veintitrés de enero de dos mil ocho.