|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 31/2023 |
| Fecha | de 7 de febrero de 2023 |
| Sala | Pleno |
| Magistrados | Don Cándido Conde-Pumpido Tourón, doña Inmaculada Montalbán Huertas, doña María Luisa Balaguer Callejón, don Ramón Sáez Valcárcel, don Enrique Arnaldo Alcubilla, doña Concepción Espejel Jorquera, doña María Luisa Segoviano Astaburuaga, don César Tolosa Tribiño, don Juan Carlos Campo Moreno y doña Laura Díez Bueso. |
| Núm. de registro | 3939-2022 |
| Asunto | Recurso de amparo 3939-2022 |
| Fallo | No admitir a trámite la recusación del magistrado don Ricardo Enríquez Sancho, promovida en el recurso de amparo núm. 3939-2022 por los ayuntamientos de El Gordo y Berrocalejo. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. Mediante escrito registrado en este tribunal el 2 junio de 2022 la representación procesal de los ayuntamientos de El Gordo y Berrocalejo interpuso recurso de amparo contra el auto de 6 de mayo de 2021 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, por el que se admite a trámite el recurso de casación núm. 7128-2020; contra la sentencia 162/2022, de 9 de febrero, dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en el recurso de casación núm. 7128-2020; y contra el auto de 8 de abril de 2022 que inadmite a trámite los incidentes de nulidad de actuaciones promovidos frente a dicha sentencia.

En la demanda de amparo los recurrentes solicitan que se declare la nulidad de las resoluciones judiciales impugnadas por violación de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.l CE) desde una doble perspectiva: por infracción del derecho al juez predeterminado e imparcial y por exceso de jurisdicción e incongruencia en la admisión y resolución del recurso de casación.

2. El Pleno, a propuesta del presidente del Tribunal, recabó para sí el conocimiento del presente recurso de amparo, de conformidad con lo previsto en el art. 10.1 n) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) y dictó el ATC 152/2022, de 16 de noviembre, por el que se acordó: (i) admitir a trámite el recurso apreciando que concurre en el mismo una especial trascendencia constitucional (art. 50.l LOTC) porque puede dar ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna [STC 155/2009, FJ 2 b)], y porque plantea una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica [STC 1 55/2009, FJ 2 g)]; (ii) en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTC requerir atentamente a la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, para que, en plazo que no exceda de diez días, remita certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al recurso de casación núm. 7128-2020, debiendo asimismo emplazar a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto a la parte recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días puedan comparecer, si lo desean, en el presente recurso de amparo y (iii) formar pieza separada de suspensión, en la que se acordará lo procedente.

El citado auto viene acompañado de tres votos particulares. El primero de ellos, de 16 de noviembre de 2022, suscrito por el magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos y la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón. El segundo, de 17 de noviembre de 2022, formulado por el magistrado don Ricardo Enríquez Sancho. Y el tercero, también de 17 de noviembre de 2022, formulado conjuntamente por el magistrado Ramón Sáez Valcárcel y la magistrada Inmaculada Montalbán Huertas.

3. Mediante escrito registrado el día 28 de diciembre de 2022, la representación procesal de los ayuntamientos de El Gordo y Berrocalejo promovió la recusación del magistrado don Ricardo Enríquez Sancho, pretensión que funda en la causa prevista en el apartado 11 del art. 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). Tras una breve referencia al ATC 152/2022, a los votos particulares que lo acompañan, así como al cumplimiento de los requisitos formales para promover la recusación, articula las siguientes alegaciones para fundamentar su pretensión.

a) Argumenta que el ATC 152/2022 razona suficientemente la procedencia de la admisión del recurso amparo y que los votos discrepantes con dicha decisión se basaron en que debió haberse razonado de forma más minuciosa y detallada la decisión (voto particular del magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos y doña María Luisa Balaguer Callejón) y en que el asunto planteado carece de especial trascendencia constitucional (voto particular conjunto del magistrado don Ramón Sáez Valcárcel y la magistrada doña Inmaculada Montalbán Huertas). Los promotores de la recusación consideran que el voto particular formulado por el magistrado don Ricardo Enríquez Sancho es diferente a los anteriores en la medida en que emite un pronunciamiento anticipado y expreso sobre el fondo del recurso, “constituyendo en este trámite previo de admisión, un auténtico (y muy prematuro) prejuicio desestimatorio”.

b) Sostiene la concurrencia de la causa de recusación prevista en el apartado 11 del art. 219 LOPJ y la pérdida de la imparcialidad judicial del magistrado don Ricardo Enríquez Sancho, en base a los siguientes elementos:

(i)Atendiendo al tenor literal de los votos particulares, los formulados por los magistrados señor Xiol Ríos y señora Balaguer Callejón y por los magistrados señor Sáez Valcárcel y señora Montalbán Huertas, lo son “al auto dictado en el recurso avocado núm. 3932-2022” y “al auto dictado en el recurso de amparo núm. 3932-2022” respectivamente. Sin embargo, el voto particular suscrito por el magistrado señor Enríquez Sancho lo es “al recurso de amparo núm. 3939-2022”.

(ii) En relación con una de las quejas vertidas en el recurso de amparo, el voto declara que está afectada de “un óbice procesal que impide su examen de fondo”. En el ordinal 1 (que titula “óbice procesal respecto de la queja de falta de imparcialidad de dos de los magistrados firmantes de la STS 162/2022”) cita en ocho ocasiones a la magistrada doña Inés Huerta Garicano y la queja formulada contra ella por falta de imparcialidad al haber sido ponente en el auto de admisión del recurso de casación núm. 7128-2020 y, posteriormente, haber formado parte de la Sección que dictó la STS 162/2022. Sin embargo, según alegan los recusantes, las anteriores afirmaciones son erróneas, ya que únicamente se alegó en la demanda de amparo la vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley —no la garantía de imparcialidad— debido a que dicha magistrada no formaba parte, oficial y públicamente, de la composición de la “Sala Quinta que dictó la STS 162/2022”.

Los promotores de la recusación afirman que alegaron la vulneración del derecho al juez imparcial como consecuencia de la participación del magistrado don Wenceslao Olea Godoy en el dictado de la sentencia impugnada; pero no solamente por haber sido el ponente de la sentencia de 9 de marzo —como se afirma en el voto particular formulado por el magistrado don Ricardo Enríquez Sancho—, sino también por haber sido ponente en resoluciones sobre medidas cautelares así como de los autos de 13 y 20 de enero de 2012 que acuerdan la ejecución provisional de las sentencias dictadas en 2011.

Con base en los anteriores razonamientos, consideran que el voto particular suscrito por el magistrado don Ricardo Enríquez Sancho, además de incurrir en errores y confusiones —motivadas seguramente porque en el auto al que se acompaña el citado voto particular se decidió también la admisión a trámite de otro recurso de amparo— realiza un esfuerzo argumentativo tendente a poner de relieve la falta de agotamiento de la vía judicial previa así como la extemporaneidad de la queja planteada en el amparo respecto a la vulneración del derecho a la imparcialidad del órgano judicial. Tal forma de razonar, según afirman los promotores de la recusación “puede inducir a pensar que el magistrado señor Enríquez Sancho tiene y ha anticipado su juicio sobre la decisión de este recurso de amparo, produciendo ‘temores justificados sobre la falta de imparcialidad’ del referido magistrado”.

(iii) Con el fin de fundar que concurre la causa de recusación se argumenta que el magistrado señor Enríquez Sancho, al formular el voto particular al ATC 152/2022, “olvida que está discrepando de la admisión de un recurso de amparo”, ya que se refiere en varias ocasiones al fondo del asunto planteado, entre otras, las siguientes: en la pág. 1 está escrito que la demanda está afectada de un óbice procesal que impide su examen de fondo; en la pág. 8 se afirma que “[e]n cuanto al fondo, no concurren los motivos de parcialidad alegados”; y en la pág. 10, apartado D), se afirma que [e]sa doctrina, ya en cuanto al fondo, nos lleva al análisis de las características de esos dos procesos sucesivos para determinar si concurren los presupuestos que hubieran representado un obstáculo a la intervención de los magistrados […]. El resultado, se anticipa, es negativo”. Más adelante, se afirma en el voto que, en efecto, hay conexión entre las sentencias y los autos dictados en el año 2011 por el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura y añade “una cosa es que exista conexión y otra muy distinta que esa conexión sea tan intensa que el juicio emitido en aquellas dos primeras sentencias de instancia prejuzgue el que debe emitirse en la segunda de casación sobre un incidente de ejecución”; v) concluye argumentando, no frente a una inadmisión de un recurso de amparo, sino en correspondencia con un fallo desestimatorio, lo siguiente: “[N]o cabe presumir prejuicio alguno en el citado magistrado a la hora de resolver sobre el recurso formulado contra los indicados autos de ejecución del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura”. El voto también descarta la lesión de otros derechos fundamentales alegados en la demanda de amparo, olvidando de nuevo, según la representación de los citados ayuntamientos, que dicho enjuiciamiento no es el que corresponde a la fase de admisión del amparo, sino a su resolución sobre el fondo. Así, en el voto particular se rechaza que “la sentencia recurrida en amparo haya incurrido en incongruencia extra petita” y su párrafo final concluye que “[n]o solo la consecuencia a que ha llegado el Tribunal Supremo no es irrazonable, sino que lo irrazonable sería decir que la mitad de la isla puede seguir tal como está, pero la otra mitad no, perpetuando un perjuicio medioambiental que, sin argumento apreciable alguno, considera la parte recurrente susceptible de fragmentación”. Extremo este que, según los proponentes de la recusación, abunda aún más en la falta de imparcialidad, causa 11 del art. 219 LOPJ”.

c) Por último, en el escrito se alude al derecho al juez imparcial (art. 24.2 CE), a la doctrina de este tribunal y a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el contenido de dicho derecho. Por lo que se refiere a la primera, cita, entre otras, las SSTC 145/1988 y 36/2008. Afirma que dicho derecho exige la imparcialidad del órgano jurisdiccional no solo desde la perspectiva subjetiva, sino que dicha garantía quiebra cuando el juez que ha de enjuiciar y fallar ha tenido una previa intervención en el desarrollo del proceso, prejuzgando sobre el fondo. Según el representante de los citados ayuntamientos es esta última vertiente, la objetiva, la que justifica la recusación del magistrado don Ricardo Enríquez Sancho ya que ha prejuzgado anticipadamente su parecer en sentido desestimatorio.

Por lo que respecta a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se afirma que lo determinante para enjuiciar si se ha vulnerado el art. 6 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH) es saber si los temores del interesado sobre la falta de imparcialidad del juez pueden considerarse objetivamente justificados [SSTEDH de 26 de octubre de 1984, asunto De Cubber c. Bélgica, y de 6 de noviembre de 2018, asunto Otegi Mondragón y otros c. España, entre otras]. El escrito concluye afirmando que el hecho de que el magistrado señor Ricardo Enríquez Sancho haya anticipado su juicio sobre el fondo a un momento previo, concretamente a la fase de admisibilidad de la demanda de amparo, suscita en la parte que interesa la recusación temores justificados objetivamente de falta de imparcialidad del mencionado magistrado, lo que debe conducir a su recusación.

4. Por providencia de 24 de enero de 2023, el Pleno acordó unir el escrito presentado por la representación de los citados ayuntamientos mediante el que formula incidente de recusación respecto del magistrado Excmo. señor don Ricardo Enríquez Sancho, acordando designar ponente del incidente a la magistrada Excma. señora doña Inmaculada Montalbán Huertas, a la que por turno corresponde, para que proponga al Pleno la resolución que proceda.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. Causa de recusación alegada

La representación de los ayuntamientos de El Gordo y Berrocalejo promueven la recusación del magistrado de este tribunal, don Ricardo Enríquez Sancho, en base a la causa prevista en el apartado 11 del art. 219 LOPJ; esto es, “[h]aber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia”. Argumentan al efecto que el magistrado se ha pronunciado de forma anticipada sobre el fondo del asunto, en el voto particular formulado en contra de la admisión a trámite el recurso de amparo núm. 3939-2022, acordada por el ATC 152/2022, de 16 de noviembre.

2. Consideraciones previas

Respecto de la recusación de los magistrados de este tribunal, “hemos reiterado que el art. 165 CE remite a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) la regulación, entre otros extremos, del funcionamiento de este tribunal y del estatuto de sus miembros. Por su parte, el art. 22 LOTC dispone que sus magistrados ejercerán su función de acuerdo, entre otros principios, con el de imparcialidad, a cuyo aseguramiento obedecen precisamente las causas de recusación y abstención. A diferencia de lo que acontece en otros ordenamientos, nuestra Ley Orgánica no regula por sí misma las causas de recusación de los magistrados del Tribunal, sino que se remite a las que son aplicables a los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria. En efecto, esta previsión del art. 80 LOTC se contiene, a falta de una regulación expresa, en la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y en la Ley de enjuiciamiento civil (LEC). Así pues, y en virtud, a su vez, de la remisión del art. 99.2 LEC a la Ley Orgánica del Poder Judicial, las causas de abstención y de recusación de los magistrados del Tribunal Constitucional son, en la actualidad, las enumeradas en el art. 219 LOPJ, en la redacción establecida por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre” (ATC 202/2014, de 22 de julio, FJ 3).

El Tribunal ha admitido la posibilidad de denegar la tramitación del incidente de recusación cuando razones procesales o de fondo así lo exijan. El rechazo a limine de una recusación puede producirse, desde luego, como consecuencia de su defectuoso planteamiento procesal; pero también en atención al momento en que se suscita, su reiteración, las circunstancias que la rodean, su planteamiento o las argumentaciones que la fundamentan, como también cuando es formulada con manifiesto abuso de derecho o entrañan fraude de ley o procesal ex art. 11.2 LOPJ (por todos, ATC 156/2022, de 16 de noviembre, FJ 2).

El objeto de nuestro enjuiciamiento en esta pieza separada de recusación debe quedar constreñido a garantizar el derecho fundamental al juez imparcial (art. 24.2 CE). Buena parte de las alegaciones de los promotores de la recusación tratan de poner de relieve el carácter errado de las razones expresadas en el citado voto particular para descartar la verosimilitud de la lesión de los derechos aducidos en la demanda de amparo. Sin embargo, los supuestos o hipotéticos errores argumentales no pueden ser examinados a través de esta pieza separada, cuyo objeto no es analizar el supuesto desacierto de las razones expresadas en el voto, sino si su misma expresión hace incurrir al magistrado en la causa de recusación invocada.

3. Inadmisión a limine de la recusación por razones de fondo. El juicio de admisibilidad del amparo depende, entre otras condiciones, de la verosimilitud de la lesión alegada en la demanda

El apartado 11 del art. 219 LOPJ recoge como causa de abstención y recusación “[h]aber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia”. Es patente que ninguno de los presupuestos recogidos en el mencionado precepto concurre en este caso; pues no estamos ante un procedimiento penal en el que haya habido fase de instrucción alguna, ni el proceso del recurso de amparo está configurado en diversas instancias. Resulta evidente, por tanto, el carácter manifiestamente infundado de la concreta causa de recusación alegada.

Además, es la propia naturaleza y regulación del recurso de amparo la que nos obliga a inadmitir a trámite la pretensión de los promotores de la recusación. En su escrito alegan que en el trámite de admisibilidad del recurso de amparo no pueden resolverse cuestiones relacionadas con el fondo del asunto. Sin embargo este tribunal —superior intérprete de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional— ha declarado reiteradamente que en el trámite de admisión del recurso de amparo debe examinarse el carácter verosímil o aparente de la hipotética lesión del derecho fundamental alegada en la demanda de amparo (AATC 272/2009, de 26 de noviembre, FJ 1; 30/2017, de 27 de febrero, FJ 3; 32/2017, de 27 de febrero, FFJJ 3 y 6, y 119/2018, de 13 de noviembre, entre muchos otros). Por ello, cuando los magistrados y magistradas constitucionales se pronuncian sobre la admisibilidad o no de un recurso de amparo determinan, entre otros extremos, si la lesión del derecho aducida en la demanda de amparo es descartable o no ab initio; ya sea para decidir su admisión —como ha sucedido con el presente recurso de amparo— o su inadmisión, como se acordó, entre otros muchos, en los AATC 155/2016, de 20 de septiembre; 30/2017, de 27 de febrero, y 80/2021, de 15 de septiembre.

Esta exigencia de pronunciarse sobre la verosimilitud de la lesión en el trámite de admisión del recurso de amparo no constituye, en modo alguno, una novedad derivada de la regulación del recurso de amparo tras la aprobación de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo. El art. 50.2 b) LOTC, en su redacción originaria, ya “preveía la inadmisibilidad del recurso de amparo ‘si la demanda carece manifiestamente de contenido que justifique una decisión por parte del Tribunal Constitucional’, y nuestra doctrina pronto interpretó que la voluntad del legislador orgánico era evitar el desarrollo total del procedimiento y el pronunciamiento de una resolución en forma de sentencia cuando, ya en el momento inicial, se percibía con ‘claridad meridiana’ que ‘la misma en ningún caso podría ser estimatoria’ (ATC 52/1980, de 15 de octubre, FJ 2); es decir, cuando ya en el inicio del procedimiento podía excluirse cualquier apariencia de lesión” (ATC 272/2009, de 26 de noviembre, FJ 1).

La necesidad de descartar ab initio la existencia de lesión de los derechos invocados en la demanda no responde a una práctica exclusiva de este tribunal, sino que está en la naturaleza de las cosas y por ello está también plenamente asentada en otros tribunales de nuestro entorno, particularmente en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que exige para que la demanda pueda ser tramitada que la queja ante él planteada sea defendible, esto es, que no pueda descartarse la apariencia de lesión.

En definitiva, las razones expresadas en el voto particular formulado por el magistrado don Ricardo Enríquez Sancho al ATC 152/2022 para descartar el carácter verosímil de la lesión de los derechos fundamentales alegados en la demanda de amparo, al responder a una obligación en el ejercicio de la función de nuestra jurisdicción de amparo, no constituyen sino la manifestación de su particular criterio en orden a la apariencia inicial o verisimilitud de la infracción del derecho denunciado en la queja constitucional formulada en la demanda, criterio con idéntico fundamento, aunque de signo contrario, al expresado por los magistrados que decidieron la admisión a trámite y que como es de todo punto obvio, no podrían ser, a su vez, recusados por esa apreciación preliminar. Unas consideraciones y otras, importa subrayar, quedan condicionadas a lo que resulte de la tramitación plena del procedimiento y, en particular, a la deliberación colegiada que en su momento tendrá lugar.

Por lo expuesto, el Pleno

ACUERDA

No admitir a trámite la recusación del magistrado don Ricardo Enríquez Sancho, promovida en el recurso de amparo núm. 3939-2022 por los ayuntamientos de El Gordo y Berrocalejo.

Madrid, a siete de febrero de dos mil veintitrés.