

**AL ILMO. MAGISTRADO DE LA ILMA. AUDIENCIA
PROVINCIAL DE BARCELONA QUE POR TURNO LE
CORRESPONDA LA INSTRUCCIÓN DEL PRESENTE INCIDENTE
DE RECUSACIÓN**

Motivo de recusación.

El incidente de recusación se sustenta en la posible vulneración de una imparcialidad objetiva, es decir, la referida al objeto del proceso, por la que se asegura que el Juez se acerca al thema decidendi sin haber tomado postura en relación con él¹, invocando a ese fin la causa nº 10 del art. 219 LOPJ: "Tener interés directo o indirecto en el pleito o causa"².

Sustenta dicho encaje jurídico la recusante en que "*las opiniones vertidas a lo largo del procedimiento por el magistrado recusado suponen una toma de postura en relación con aquél que determinan la pérdida de la imparcialidad. (sic)*"

Entendiendo la recusante que; son determinantes las manifestaciones públicas que realicé el pasado 5 de marzo de 2020 en una conferencia organizada por el Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona, en las que participé como ponente.

¹ ATS de 25 de febrero de 2015, Sala Especial del artículo 61 LOPJ, en la medida en que señala «por lo que se refiere a la solicitud de que se aprecie una causa supralegal de recusación, fundada en la doctrina del TEDH relativa a la imparcialidad objetiva que exige que el Juez se acerque al objeto del proceso sin haber tomado postura respecto del mismo, ha de insistirse... en que razones de seguridad jurídica y de respeto al derecho constitucional al juez ordinario predeterminado por la ley, imponen la necesidad de limitar las recusaciones a las causas legalmente establecidas en la ley, sin que quepa admitir una recusación sin causa» ATS nº 59/2018

² De interpretación estricta, Auto TS sala C-A pleno 25/02/19. STC 145/1998, 162/1999 y 69/2001. La razón es que, de lo contrario, la conformación del órgano jurisdiccional quedaría a la libre disposición de los litigantes, que tendrían un resquicio para buscar juzgadores a su medida, por no mencionar que ello podría representar una excusa para jueces o magistrados deseosos de apartarse de asuntos incómodos. Y todo ello determinaría como es obvio, una quiebra del principio de predeterminación legal del juez o tribunal, arts. 24 y 117 de la Constitución, que se encuentra en el núcleo del Estado de derecho». ATC 180/2013, de 17 de septiembre, FJ 5º, determina que: «Por "interés directo o indirecto" ha de entenderse aquello que proporciona al Magistrado una ventaja o beneficio o le evita una carga o perjuicio, para sí o para sus allegados. Ha de tratarse de un interés singularizado en relación con el concreto proceso en que se plantee la recusación (ATC 26/2007, de 5 de febrero, FJ 7) y actual, esto es, concurrente en el momento en que se promueve el apartamiento del Magistrado mediante su recusación». Pues bien, el recusante concreta ese interés indirecto del Magistrado recusado "en que su criterio tesis y planteamiento respecto del conflicto jurídico planteado (correcta o incorrecta aplicación del artículo 155 CE) sea el que finalmente haya suyo la Sala en la resuelva el presente recurso»

Al criterio del juzgador la recusación no puede ser acogida por los siguientes motivos.

DE LAS DUDAS EXPUESTAS PÚBLICAMENTE A LOS EFECTOS DE ENTRAR EN UN DEBATE PÚBLICO Y TRANSPARENTE. EXPOSICIÓN RAZONADA Y PRUDENTE EN MATERIA DE CONSUMO (Art. 51 de la CE y art. 169.1 del TFUE)

Tal y como se recoge en el escrito de recusación, en aquella conferencia³ organizada por el Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona, se afrontó, como no puede ser de otra manera, exponiendo de manera abierta la interpretación de la sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2020, que afecta a los consumidores y a las cláusulas predispuestas que incorporan los índices IRPH CAJAS, y se comenzó la conferencia con las siguientes palabras tomadas del escrito de recusación:

“...y todo lo que diga, como siempre me gusta decir, lo someto a mejor consideración y no me creo con ninguna verdad ni me creo que tengo yo más argumentos o más razones que otras personas que me puedan convencer de lo contrario... ”

“... además tengo el juicio sub iudice debo ser prudente en ese sentido y lo soy, estoy abierto a argumentos que me puedan hacer ver lo contrario, por supuesto está siempre sometido mi criterio a mejor consideración”.

Y lo dije en la firme convicción de que pudiera ser así, como así aconteció, y que además puedo demostrar⁴.

³ Auto de 7 de febrero de 2018 del propio Pleno de la Sala de lo Contencioso Administrativo, FJ 8º, en el que se señala: «las actividades de carácter científico, académico o docente, plasmadas en la enseñanza y la impartición de conferencias, cursos y seminarios en instituciones públicas y/o privadas, así como la participación en publicaciones jurídicas, no merecen en principio, como tales, reproche alguno siempre y cuando el miembro de la Carrera Judicial que las lleva a cabo lo haga dentro del marco habilitado por la normativa de compatibilidades (de hecho, tales actividades extrajudiciales son prácticamente las únicas compatibles con el ejercicio activo de la función jurisdiccional, y aun así con rigurosas limitaciones) ». ATS nº 59/2018

⁴ ATC 18/2006, de 24 de enero, FJ 5º, que declara: «el trabajo académico, cuando merece tal calificativo —como lo merece el trabajo analizado—, se caracteriza por suponer la participación en una discusión racional desde una perspectiva que se somete a debate y consideración de la comunidad científica. Por

Es cierto que afirmé que todos los IRPH CAJAS incorporados a los préstamos hipotecarios como condiciones generales son nulos por no cumplir los criterios de exigencia de transparencia que venían impuestos por la sentencia del TJUE. Esa era mi lectura, dos días después de la sentencia, y efectivamente, lo dije de manera clara y transparente pero también abierto a dejarme convencer.

Lo que no puede pretender la recusante es pasar de aquella afirmación al subjetivismo de interpretar mis palabras, afirmando *"puesto que, aunque, al menos teóricamente, pudiera ser convencido de lo contrario, la contundencia y seguridad con la que expresa su posición es demostrativa de que eso no va a ocurrir (sic)"*

Y ello porque en mi profesión y en mi vida, siempre me acompaña la duda que surge de confrontar diversas opiniones y así evidenciar mi criterio, lo que asegura un plano de respeto con relación a los demás, con independencia de defender, lo más seguro posible, mis convicciones.

En esta ocasión, por coincidencia causal y temporal, existe un hecho objetivo antecedente al incidente de recusación que demuestra mis palabras.

Si bien es cierto que en aquella fecha no tenía dudas acerca de la exigencia de transparencia que nos reclama la Unión Europea en cuanto a la comercialización e incorporación de este índice de referencia, y que dada su complejidad no se cumplía ni en parámetros objetivos ni subjetivos en ninguno de los préstamos con garantía hipotecaria formalizados, evidentemente por mi conocimiento, ocurre que criterios superiores y posteriores - hechos notorios-, han utilizado diferentes argumentos para evidenciar mi claridad de exposición y la interpretación de la exigencia de transparencia que nos da el TJUE.

Y tanto es así, que antes, insisto, del incidente de recusación, 4 de junio de 2020, di traslado por providencia a las partes a los efectos de dar cumplimiento al principio de audiencia y conocer sus alegaciones en relación a las repreguntas que se pudieran plantear al TJUE, no solo en relación a las consecuencias, sobre las que siempre he tenido dudas, sino ahora, y a consecuencia de lo antedicho, también en relación al cumplimiento de la exigencia de transparencia en estos índices de referencia, es decir, efectivamente hay un cambio de criterio de lo

ello, nunca es definitivo en sus conclusiones ya que implícitamente admite posiciones en contra y queda abierto a su modificación ante argumentos más razonables o mejor justificados. Tal naturaleza abierta, e intelectualmente sometida a debate, no sólo no choca, sino que entronca con el fundamento mismo de la idea de imparcialidad» ATS nº 59/2018.

expresado en la conferencia del 5 de marzo y lo constato posteriormente en la providencia de fecha 11 de mayo de 2020.

*“Una vez recibida y analizada la STJUE de 3 de marzo de 2020 asunto C-125/18, y las declaraciones efectuadas a modo de conclusiones en dicha sentencia, se entiende por el juzgador que la información ofrecida no es suficiente para resolver el asunto que fue causa de las cuestiones remitidas, y, en concreto, **se siguen suscitando dudas en cuanto a la interpretación del alcance del control de transparencia y de las consecuencias en su caso aplicables** de resultar insuficiente la información facilitada al consumidor, conclusiones o declaraciones 3 y 4 de la sentencia, Directiva 93/13, artículo 4, apartado 2, y 5 y artículo 6, apartado 1, y 7, apartado 1, por lo que en conformidad al artículo 104.2 de la versión consolidada del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de 25 de septiembre de 2012, reconsidero el sometimiento de nuevas peticiones concretas.*

A tal fin, y previo en su caso a la resolución que se dicte, se da traslado por el plazo común de 10 días a las partes a los efectos que informen tanto de su pertinencia como en su caso, formulen propuestas de repreguntas concretas en relación a lo expuesto.”

Por lo que aquellas palabras no pueden caer en una mera cláusula de estilo, que nunca lo fue, sino que además ahora se ven corroboradas por la evolución en mi criterio.

Es en este contexto de transparencia y de sometimiento del criterio a mejor consideración es donde se efectúan mis declaraciones⁵, advirtiendo que antes de la sentencia del pleno del TS de 14 de diciembre había dictado varias sentencias, todas en el mismo sentido, entendiendo que la cláusula que incorpora el IRPH CAJAS al préstamo hipotecario no superaba en ningún caso el control de transparencia, surgiendo mis primeras dudas justamente a consecuencia de dicha sentencia y de los votos particulares que la evidencian, lo que conllevó la cuestión prejudicial 125/18 y las posibles repreguntas a consecuencia tanto de la propia sentencia del TJUE como de las interpretaciones tan dispares que se otorgan en el panorama judicial⁶, y ello atendiendo a la obligación que tienen los poderes públicos, por mandamiento

⁵ ATC 81/2008, de 12 de marzo, en su FJ 7º: «Desde la óptica constitucional, para que en garantía de la imparcialidad un Juez o Magistrado pueda ser apartado del conocimiento de un asunto concreto es siempre preciso que existan dudas objetivamente justificadas; es decir, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos que hagan posible afirmar fundadamente que el Juez o Magistrado no es ajeno a la causa o permitan temer que, por cualquier relación con el caso concreto, no va a utilizar como criterio de juicio el previsto en la Ley, sino otras consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico».

⁶ <https://www.asufin.com/2020/06/irph-dos-nuevas-sentencias-suman-ya-15-a-favor-del-consumidor/>

constitucional, de garantizar la defensa de los consumidores y usuarios protegiendo los legítimos intereses económicos de los mismos, artículo 51 de la CE, y también por mandamiento europeo, al ser una competencia compartida, artículo 4.2 f) y 169.1 del TFUE. Materia por tanto de orden público, cuyo alcance nos la da la jurisprudencia vinculante del TJUE, facultando a los jueces en su tarea de juzgar, para que puedan actuar de oficio en defensa del interés público de los consumidores con el fin de reestablecer el equilibrio existente entre el profesional y el consumidor.

Si bien lo dicho hasta ahora lo es en un plano personal y entiendo que ya desarticula la motivación del incidente de recusación⁷, es inevitable hacer también mención de la trascendencia del siguiente motivo:

**EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE
LOS JUECES EN EJERCICIO DE SU CARGO, art. 20.1.a) de la CE,
EXPRESADO DE MANERA PRUDENTE, CONSTITUYE UN VALOR DE
TRANSPARENCIA⁸**

Una vez calificada la actuación de prudente, por remisión a lo antedicho, entiendo que la gravedad de la admisión de la recusación lo sería porque cercioraría el derecho fundamental a la libertad de expresión de los jueces en ejercicio de su cargo, ejercido de manera prudente, derecho capital en los tiempos actuales. Y dicha limitación en este caso provocaría una cascada de pérdida de derechos, fundamentalmente al juez predeterminado legalmente y a

⁷ ATS de 19 de junio de 2009, Sala Tercera del Tribunal, Sección 5ª, FJ 3º, en la medida que asegura que «la mera formulación de opiniones propias en un foro de estudio y debate técnico-jurídico, como es el caso de un curso de formación de jueces y magistrados, no constituye causa para que quien las haya expresado deba por ello quedar apartado del conocimiento de un litigio en el que se susciten cuestiones jurídicas relacionadas con las allí abordadas. Para que procediese tal apartamiento, y, en definitiva, el acogimiento de la causa de recusación prevista en el artículo 219.10ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sería necesario que concurriesen circunstancias que denoten la vinculación específica de aquellas opiniones con el concreto proceso jurisdiccional; pues sólo entonces cabría entender que la opinión manifestada por el Magistrado alberga una auténtica toma de partido sobre el objeto del proceso que podría justificar la sospecha de un interés directo o indirecto en el mismo». ATS nº 59/2018

⁸ Art. 1.1 sobre principios generales de la Carta Europea sobre el Estatuto del Juez del Consejo de Europa: «El estatuto de los Jueces pretende asegurar la competencia, independencia e imparcialidad que cada individuo espera legítimamente de los tribunales y de cada juez al que le confía la protección de sus derechos». Art. 4 de la Carta Europea sobre el Estatuto del Juez: «Los jueces podrán llevar a cabo libremente actividades ajenas a su mandato, incluyendo las que son expresión de sus derechos como ciudadanos [...] Los jueces deben abstenerse de cualquier conducta, acción o expresión susceptible de afectar de un modo efectivo a la confianza en su independencia e imparcialidad»

la independencia judicial. Además su admisión conllevaría el apartar de procedimientos a numerosos compañeros, sobre todo en la materia que nos ocupa de consumo.

Las manifestaciones se realizan en un entorno jurídico, con la intención de exponer con la prudencia descrita de manera pública y transparente la opinión en relación a una sentencia del TJUE, con la finalidad de informar a todos los que pudieran verse afectados, *V. la STEDH de 26 de febrero de 2009, caso Kudeshkina contra Rusia (JUR 2009\86101)*, y, en una materia como es la de consumo, que obliga a una actuación activa por parte de los poderes públicos, en este caso por parte del juez.

En supuestos, de mayor trascendencia en cuanto a las declaraciones que pudieran comprometer la imparcialidad del juzgador, o lo que se denomina el principio de neutralidad política, el TEDH, siempre se posiciona en pro del derecho a la libertad de expresión de los jueces, *V. la STEDH de 28 de octubre de 1999, caso Wille contra Liechtenstein (TEDH 1999\49)*, y *la STEDH de 23 de junio de 2016, caso Baka contra Hungría (JUR 2016\190367)*.

En definitiva, las declaraciones que fundamentan el incidente de recusación entiendo que son prudentes y bajo el principio de la duda que asegura su confrontación, no pudiendo admitirse el presente incidente de recusación lo que supondría una vulneración del derecho fundamental a la libertad de expresión de los jueces ejercido de manera prudente y, consiguientemente, al juez predeterminado legalmente y a la independencia judicial.

Por lo que solicito que se proceda a desestimar la recusación formulada por Bankia S.A.

En Barcelona a 16 de junio de 2020

Francisco González de Audicana Zorraquino
Magistrado titular de Primera Instancia número 38 de Barcelona