

Roj: ATS 3232/2012
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 885/2011
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 28/03/2012
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: AGUSTIN PUENTE PRIETO
Tipo de Resolución: Auto

Resumen:

Solicitud de suspensión cautelar.

Encabezamiento

AUTO

En la Villa de Madrid, a veintiocho de marzo de dos mil doce.

HECHOS

UNICO.- En escrito de 28 de diciembre de 2011, D^a Pilar Pérez Calvo, Procuradora de los Tribunales en representación de D. Jose Ramón , interpone recurso contencioso administrativo contra el Real Decreto 1761/2011, de 25 de noviembre, por el que se indulta a D. Alonso .

Por medio de otrosí se interesó en dicho escrito de interposición la suspensión de la ejecutividad del citado Real Decreto, de cuya pretensión se dio traslado a la representación del Estado, así como a la del indultado D. Alonso , habiendo formulado el Sr. Abogado del Estado oposición a dicha petición de suspensión, con expresa petición de la declaración de inadmisibilidad de la solicitud formulada por la actora, interesando la representación de D. Alonso la desestimación de dicha petición o, subsidiariamente, para el caso de acordarla, se imponga al recurrente la obligación de prestar una caución previa por importe, como mínimo, igual a las retribuciones que, para lo que resta del año 2012, corresponda a D. Alonso por todos los conceptos como Consejero Delegado del Banco Santander.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Agustin Puente Prieto,
Magistrado de Sala

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Se interesa por la representación procesal del recurrente la suspensión del Real Decreto 1761/2011, de 25 de noviembre, por el que se indulta a D. Alonso . El citado Real Decreto es del siguiente tenor literal:

<<Visto el expediente de indulto de don Alonso , condenado por la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo, en sentencia de 24 de febrero de 2011, resolutoria del recurso de casación interpuesto contra otra de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección tercera, como autor de un delito de acusación falsa, con la concurrencia de la atenuante analógica por dilaciones indebidas, a la pena de tres meses de arresto mayor, con la accesoria de suspensión de profesiones u oficios relacionados con el desempeño de cargos de dirección, públicos o privados, vinculados con entidades bancarias, crediticias o financieras y multa de 400 euros, por hechos cometidos en el año 1994 en el que se han considerado los informes del tribunal sentenciador y del Ministerio Fiscal, a propuesta del Ministro de Justicia y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 25 de noviembre de 2011.

Vengo en conmutar a don Alonso la pena de arresto mayor y la accesoria de suspensión de profesiones u oficios relacionados con el desempeño de cargos de dirección, públicos o privados, vinculados con entidades bancarias, crediticias o financieras impuestas por la de multa en la cuantía máxima prevista en el artículo 74 del Código Penal de 1973, en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 3/1989, dejando subsistente la otra pena de multa y quedando sin efecto cualquiera otras consecuencias jurídicas o efectos derivados de la sentencia, incluido cualquier impedimento para ejercer la actividad bancaria, a condición de que no vuelva a cometer delito doloso en el plazo de cuatro años desde la publicación del presente real decreto.>>

SEGUNDO.- Antes de entrar en el concreto examen de las alegaciones formuladas por las partes en esta pieza separada de suspensión del acuerdo recurrido, y como declaramos también en el Auto de 20 de julio de 2009 (recurso 69/2009), es necesario recordar que esta Sala, al examinar el alcance del artículo 130 de la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, ha señalado en reiteradas ocasiones -Autos de 2 de noviembre de 2.000, 29 de enero de 2.002, 31 de octubre de 2.002, 16 de mayo de 2.003, entre otros- que el criterio elegido en dicho artículo para decidir sobre la suspensión cautelar del acto o de la disposición impugnada es que su ejecución pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso, exigencia de aseguramiento del proceso que viene a representar lo que en la doctrina se ha denominado "periculum in mora"; esto es, que, de ejecutarse el acto o la disposición, se crearían situaciones jurídicas irreversibles haciendo ineficaz la sentencia que se dicte e imposibilitando el cumplimiento de la misma en sus propios términos, con merma del principio de identidad en el caso de estimarse el recurso. Ello es así por cuanto que la medida cautelar tiene por objeto preservar el resultado del proceso de tal manera que una ejecución anticipada del acto o disposición impugnado no frustre la efectividad de la tutela judicial.

Recordaba el Auto de 28 de abril de 2.006, que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en el mismo sentido, ha expresado en Auto de 26 de junio de 2.003 que debe determinarse si la anulación, en su caso, de la decisión controvertida por el Juez que conoce el fondo permitiría invertir la situación provocada por su ejecución inmediata y, al contrario, si la suspensión de la ejecución de dicha decisión podría entorpecer la plena eficacia de ésta en el supuesto de que se estimara el recurso.

Y la apreciación de este requisito, según se desprende de lo establecido en el párrafo inicial del citado artículo 130, ha de

efectuarse mediante una adecuada valoración de los intereses en conflicto, ponderando, como expresa la exposición de motivos de la Ley Reguladora de la Jurisdicción, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión, con mayor o menor amplitud, según el grado en que el interés público esté en juego.

Es preciso, por tanto, ponderar circunstancialmente, como exige el artículo 130.2 de la Ley, el carácter irreparable o de difícil reparación de los perjuicios derivados de la demora, atendiendo a las singularidades del caso, ya que, como ha declarado esta Sala, cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son mínimas, bastarán perjuicios de esta entidad para provocar la suspensión y, por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución.

Por otro lado, y con respecto a la apariencia de buen derecho (el "fumus boni iuris"), el Auto de esta Sala de 11 de octubre de 2.005 ha puesto de relieve que la jurisprudencia de este Tribunal realizó una nueva exégesis del artículo 122 del anterior Ley Jurisdiccional para acomodarlo al artículo 24 de la Constitución, sobre la base de entender el derecho a la tutela cautelar como una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, admitiendo la apariencia de buen derecho como elemento integrador del repetido artículo 122 a efectos de otorgar la tutela cautelar. Y recuerda ese Auto que la misma jurisprudencia ha subrayado que la doctrina de la apariencia de buen derecho, tan difundida como necesitada de prudente aplicación, ha de tenerse en cuenta, sobre todo, cuando se solicita la nulidad de actos dictados en cumplimiento de normas declaradas previamente nulas de pleno derecho, o cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente. Pero declara inaplicable dicha doctrina, en principio, cuando se predica la nulidad de un acto administrativo en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión en el proceso principal, y ello en aras de evitar ese perjuicio de la cuestión de fondo. En línea con lo anterior, se ha matizado la aplicación de la apariencia del buen derecho siguiendo una dirección paralela a la observada respecto de las alegaciones de nulidad de pleno derecho, exigiendo que la apariencia de buen derecho sea clara y manifiesta, y resaltando que debe ser apreciada sin necesidad de profundizar en el fondo del asunto.

La apariencia de buen derecho, pues, y al margen de que sólo pueda ser un factor importante para dilucidar la prevalencia del interés que podría dar lugar a la procedencia de la suspensión en algún supuesto concreto, pero siempre que concurrieran la existencia de daños o perjuicios de las características apuntadas, debidamente acreditadas por quien solicite la suspensión, requiere, según reiterada jurisprudencia, una prudente aplicación, lo que significa que, en general, sólo quepa considerar su alegación como argumento de la procedencia de la suspensión cuando el acto impugnado haya recaído en cumplimiento de ejecución de una norma o disposición general previamente declarada nula, o cuando se impugnan actos idénticos a otros que ya fueron jurisdiccionalmente anulados, puesto que, en definitiva, cuando se postula la nulidad en virtud de causas que han de ser por primera vez objeto de valoración o decisión en el proceso principal, lo que se pretende es que no se prejuzgue la cuestión de fondo, con infracción del artículo 24 de la Constitución que reconoce el derecho del proceso con todas las garantías de contradicción y prueba, al no ser el incidente de suspensión cauce procesal idóneo para decidir la cuestión objeto del litigio; argumento extensible al supuesto en que se invoque la nulidad de pleno

derecho del acto o disposición, que, además, ha de ser ostensible, manifiesta y evidente.

TERCERO.- Con carácter previo ha de rechazarse la alegación de inadmisión de la petición de suspensión formulada por el Sr. Abogado del Estado, ya que no cabe juzgar anticipadamente en vía de inadmisión la existencia o no de legitimación por parte del recurrente que impetra en vía cautelar la suspensión de ejecución, por cuanto la existencia o no de interés legitimador de su recurso será cuestión a examinar en el ámbito de los autos principales, sin que pueda realizarse una evaluación provisional en la pieza separada de medidas cautelares, al no constituir ésta la vía adecuada para enjuiciar una auténtica cuestión de fondo y todo ello con independencia de que la existencia o no de perjuicios acreditados para el recurrente pueda ser tomada en consideración como justificantes, al contraponerlos al interés general, de su petición de suspensión.

Asi parece haberlo entendido el propio afectado por la medida de indulto que en su escrito de oposición a la suspensión cautelar acepta que la cuestión de la legitimación ha de ser examinada como cuestión de fondo en los autos principales, sin perjuicio de que aduzca la falta de invocación por parte del recurrente de un sólo derecho o interés legítimo que justifique la petición de suspensión.

CUARTO.- Aduce el recurrente en justificación de su pretensión suspensiva, que el acto impugnado en la literalidad de su texto evidencia su propia ilegalidad manifiesta, entendiendo que el Gobierno en el Real Decreto impugnado no se ha limitado a indultar el delito y sus penas accesorias, sino que lo que hizo mediante el Real Decreto que aquí se impugna fue dejar exento al favorecido por la medida de gracia de la aplicación de una norma de carácter administrativo que ni siquiera tiene carácter sancionador.

Por otro lado, alega el recurrente para justificar la existencia del perjuicio derivado de la inmediata ejecución del Real Decreto recurrido que <<es de temer que el proceso que ahora se inicia pueda sufrir retrasos susceptibles de hacer ilusoria una sentencia estimatoria de las pretensiones anulatorias de mi mandante relativas al supuesto "indulto" otorgado que es aquí objeto de impugnación>>.

En realidad no aduce el recurrente razón ninguna que justifique el perjuicio que a su esfera patrimonial ocasiona el Real Decreto recurrido, como pone de manifiesto la parte afectada por el mismo, sin que tenga eficacia alguna la mera posibilidad de un retraso en la tramitación del presente recurso, sin más alegación justificativa del daño que para el mismo supondría la ejecutividad del indulto, respecto del cual exclusivamente se aduce lo que el recurrente afirma que constituye una literal y manifiesta ilegalidad, cuestión ésta que evidentemente no puede ser enjuiciada en el restringido ámbito de la tramitación de esta medida cautelar de suspensión, por cuanto la concesión de la misma en estas circunstancias supondría resolver anticipadamente la cuestión de fondo, desvirtuando así dicha medida cautelar, convirtiendo a la tutela judicial en una auténtica anticipación del pronunciamiento que, en definitiva, ha de resolverse en los autos principales cuando, con pleno desarrollo del debate, el Tribunal pueda decidir acerca de la invocada apariencia de buen derecho que el recurrente invoca.

En definitiva, no concurren los requisitos necesarios según la doctrina de esta Sala para la adopción de la medida cautelar de suspensión que procede desestimar.

LA SALA ACUERDA:

No ha lugar a la suspensión interesada por la representación procesal de D. Jose Ramón contra el Real Decreto 1761/2011, de 25 de noviembre, por el que se indulta a D. Alonso .

Lo mandó la Sala y firman los Magistrados Excmos. Sres. al inicio designados