Roj: **STS 3382/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:3382**

Id Cendoj: **28079130052020100261**
Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**
Sede: **Madrid**
Sección: **5**
Fecha: **22/10/2020**
Nº de Recurso: **412/2019**
Nº de Resolución: **1387/2020**
Procedimiento: **Recurso ordinario**
Ponente: **INES MARIA HUERTA GARICANO**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1.387/2020

Fecha de sentencia: 22/10/2020

Tipo de procedimiento: REC.ORDINARIO(c/a)

Número del procedimiento: 412/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 20/10/2020

Ponente: Excma. Sra. D.ª Inés Huerta Garicano

Procedencia: CONSEJO MINISTROS

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

Transcrito por:

Nota:

REC.ORDINARIO(c/a) núm.: 412/2019

Ponente: Excma. Sra. D.ª Inés Huerta Garicano

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1387/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Segundo Menéndez Pérez, presidente

D. Rafael Fernández Valverde

D. Octavio Juan Herrero Pina

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

Dª. Inés Huerta Garicano

D. Francisco Javier Borrego Borrego

Dª. Ángeles Huet de Sande

En Madrid, a 22 de octubre de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso-administrativo número 412/2019, interpuesto -en escrito presentado el 15 de noviembre del pasado 2019- por D. Guillermo , representado por el procurador D. Marcos-Juan García Calleja y con la asistencia letrada de D. Manuel González Peeters, contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de octubre del mismo año, denegatorio de su solicitud de indulto total, o, subsidiariamente, parcial de la pena impuesta en Sentencia (firme) de la Audiencia Nacional de 27 de julio de 2016.

Compareció, como parte recurrida, la Administración General del Estado, representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, y, el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excma. Sra. D.ª Inés Huerta Garicano.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto recurso contencioso-administrativo contra el precitado Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de octubre de 2019, incoado y remitido el expediente administrativo, se confirió traslado a la recurrente para que formalizara demanda, lo que verificó mediante escrito, presentado el pasado día 3 de enero, en cuyo Suplico se instaba la anulación del acuerdo y se proceda a la concesión del indulto del resto de la pena de privación de libertad que le resta por cumplir.

La pretensión se fundamentaba: a) Falta de motivación; b) La decisión no pudo ser adoptada al estar el Gobierno en funciones.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal contestaron la demanda en sendos escritos en los que postulaban la desestimación del recurso, con condena en costas a la parte actora.

TERCERO.- No habiéndose recibido el pleito a prueba, y evacuado el trámite de conclusiones por las tres partes, se declaró el procedimiento concluso y pendiente de señalamiento.

CUARTO.- Para deliberación, votación y fallo, se señaló la audiencia del día 20 de octubre de 2020, teniendo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como antecedentes fácticos constan los siguientes: 1) D. Guillermo , fue condenado en sentencia firme de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 27 de julio de 2016 (confirmada en casación en este particular), por un delito contra la Hacienda Pública a la pena de 2 años y 3 meses de prisión y multa de 1.137.948,73 €; **2)** En escrito presentado el 2 de enero de 2018, solicitó indulto total o parcial, que fue informado desfavorablemente, y, posteriormente, denegado.

SEGUNDO.- Como hemos dicho reiteradamente, el indulto (derogación singular del principio de ejecutividad de las sentencias penales firmes, arts. 117.3 y 118 CE, cuya ejecución compete a los Juzgados y Tribunales), es el resultado del ejercicio del derecho de gracia (*"prerrogativa de gracia",* art. 87.3 CE, o, *"prerrogativa real de gracia",* art. 102.3 CE), otorgada al Rey - art. 62.i) CE-, que ha de ejercerla " *con arreglo a la ley",* es decir con arreglo a lo que dispone la Ley de 18 de junio de 1870, por la que se establecen las reglas para el ejercicio del derecho de gracia de indulto, modificada en parte, tras la entrada en vigor de la Constitución, por la Ley 1/1988, de 14 de enero.

Ahora bien, como ya se dijo en sentencia del Pleno de 2 de diciembre de 2005 (Rº 161/04), en razón de los principios que informan nuestra Monarquía parlamentaria, dicha potestad no es ejercida materialmente por el Jefe del Estado, sino por el Gobierno, tal como dispone el art. 30 de la Ley de 1870: "La concesión de los indultos, cualquiera que sea su clase, se hará en Real Decreto, que se insertará en el "Boletín Oficial del Estado"".

Es, pues, un acto del Gobierno que se exterioriza a través de un Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, firmado por el Rey, con el refrendo del Ministro de Justicia y constituye una categoría de acto distinta del acto administrativo, ya que constituye una facultad potestativa **no susceptible de ser combatida en sede jurisdiccional, salvo cuando se incumplan los trámites establecidos para su adopción**. Su concesión o denegación es un acto que no está sujeto a Derecho Administrativo (STS de 11 de diciembre de 2012), por tanto, no le son aplicables los mandatos de las Leyes 39 y 40/15, debiendo, única y exclusivamente, ajustarse a las exigencias de la Ley de 1870, reguladora del Indulto, sin que, en todo caso, sea totalmente inmune a la revisión jurisdiccional.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

Según constante jurisprudencia, anterior a la Sentencia del Pleno de 20 de noviembre de 2013 (a título de ejemplo Sentencia de 20 de febrero de 2012, Rº 165/12), tal revisión (ya se trate de la concesión de indulto, o, de su denegación) quedaba circunscrita a los límites y elementos reglados que, para el ejercicio de este derecho de gracia, establece la referida Ley de 1870: unos de naturaleza procedimental y otros de extensión de la gracia.

Existe un abundante acervo jurisprudencial en orden al alcance de la revisión jurisdiccional de las decisiones de indulto, de las que sólo cinco se pronuncian sobre Acuerdos de concesión de indulto (Rº 166/2001, 26/2006, 68/2009, 165/2012 y 13/2013), siendo el resto, pronunciamientos sobre Acuerdos denegatorios.

Dicha doctrina puede condensarse en los siguientes parámetros: 1) El control no puede afectar a los defectos de motivación; 2) Sólo alcanza a los elementos reglados del procedimiento (incluidos los informes preceptivos y **no vinculantes** a los que alude la Ley de Indulto); 3) No se extiende a la valoración de los requisitos de carácter sustantivo.

La Sentencia del Pleno de 20 de noviembre de 2013 - **no aplicable al supuesto de autos**, dado que aquí se está enjuiciando la denegación de una petición de indulto- introduce, por vez primera (no obstante la dicción literal del art. 30 de la Ley de 1870 en su vigente redacción, que eliminó la exigencia de motivación de los Reales Decretos de concesión de indulto. Nunca se exigió para los Acuerdos de denegación), un elemento reglado de control que consiste en la necesidad de *"especificar las razones de justicia, equidad o utilidad pública"* que justifican el indulto, " *control meramente externo, que debe limitarse a la comprobación de si el Acuerdo de indulto cuenta con soporte fáctico suficiente - **cuyo contenido no podemos revisar**- para, en un proceso de lógica jurídica, soportar las razones exigidas por el legislador, pudiendo, pues, examinarse si en ese proceso se ha incurrido en error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad"* .

En definitiva, dicho control **del ejercicio positivo de la potestad de indulto** se limita a verificar si el Acuerdo de indulto obedece a razones de *"justicia, equidad y utilidad pública"*, a las que se subordina su concesión .

El Gobierno será libre para elegir y valorar las muy variadas razones de *"justicia, equidad y utilidad pública"*, que, en cada caso y la vista de sus concretas circunstancias, le llevan a otorgar el indulto -sobre las que no cabe control jurisdiccional de clase alguna-, pero que han de guardar la necesaria coherencia con los hechos que constituyen su soporte fáctico, y esto si puede ser comprobado por el órgano jurisdiccional a fin de descartar todo atisbo de arbitrariedad, proscrita por el art. 9.3 CE.

TERCERO.- Exigencia que, desde luego, no es predicable de los Acuerdos de denegación de indulto, como hemos tenido ocasión de manifestar en nuestras sentencias, dictadas con posterioridad a la referida sentencia del Pleno, porque las denegaciones de indulto no se oponen al principio de ejecutividad de las sentencias firmes, que, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 117 y 118 CE, corresponde garantizar a los Juzgados y Tribunales. "En otras palabras - decíamos en dichas Sentencias- no existe un derecho subjetivo al indulto, sino tan solo a solicitarlo y a que se tramite en su caso por el procedimiento legalmente establecido, y resuelva sin arbitrariedad".

Si la motivación nunca ha sido exigida para las denegaciones de indulto, y, según constante jurisprudencia, la valoración que el Gobierno haya realizado de los "requisitos de carácter sustantivo" no es susceptible de revisión jurisdiccional, es claro que la falta de motivación del acuerdo recurrido nunca será causa de anulación, ni, desde luego, habrá infringido los principios relacionados en el art. 3 de la Ley 40/15, por la sencilla razón de que, como más arriba decíamos, es un acto que no está sujeto a Derecho Administrativo (STS de 11 de diciembre de 2012), y, por tanto, no le son aplicables los mandatos de la Ley 40/15, debiendo ajustarse a las exigencias de la Ley de 1870, reguladora del Indulto.

CUARTO.- La segunda alegación impugnatoria, relativa a que los gobiernos en funciones carecen de la imprescindible habilitación para decisiones en materia de indulto, fue ya ampliamente resuelta en la citada sentencia del Pleno de 2 de diciembre de 2005, cuyos razonamientos esenciales reproducimos:

"La cuestión aquí debatida afecta a uno de los elementos reglados del acuerdo recurrido: la competencia del Gobierno en funciones..... El problema surge porque el artículo 21 de la Ley 50/1997, que regula, precisamente, el Gobierno en funciones, dice que estará sometido a las limitaciones establecidas por ese texto legal y que "limitará su gestión al despacho ordinario de los asuntos públicos, absteniéndose de adoptar, salvo casos de urgencia debidamente acreditados o por razones de interés general cuya acreditación expresa así lo justifique, cualesquiera otras medidas". Así, pues, como aquí no se ha planteado la urgencia, ni tampoco la presencia del interés general al que se refiere el artículo 21.3 de aquélla Ley, se trata de saber en qué consiste ese despacho ordinario de los asuntos públicos que se presenta como el contenido natural de las funciones del Gobierno cesante y qué relación guarda con él el ejercicio de la facultad de indulto.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

QUINTO.- La respuesta a la primera cuestión exige tener presente lo que nos dice la Constitución del Gobierno en funciones.....el texto fundamental aborda este particular extremo en el artículo 101. Por un lado, para precisar cuándo cesa el Gobierno y, por el otro, para imponer al cesante que continúe en funciones hasta la toma de posesión del siguiente.

Debemos empezar por esta última previsión porque nos sitúa ante una exigencia constitucional bien explícita: el Gobierno cesante debe seguir gobernando hasta que sea sustituido efectivamente por el nuevo. La Constitución es tajante, ordena al Gobierno que continúe ejerciendo sus funciones tras su cese y no excluye expresamente ninguna de entre las que quiere que sigan siendo ejercidas.....el hecho de que no se establezcan constitucionalmente límites explícitos a la actuación del Gobierno en funciones no quiere decir que no existan pues la propia naturaleza de esta figura, cesante y transitoria, conlleva su falta de aptitud para ejercer la plenitud de las atribuciones gubernamentales. Sin embargo, el silencio del artículo 101 del texto fundamental sobre las eventuales restricciones del cometido del Gobierno en funciones después de haber impuesto su existencia e, incluso, el hecho de que no se remita a tal efecto a la Ley, a diferencia de lo que hace en otras hipótesis, nos han de advertir sobre el sumo cuidado con el que ha de afrontarse la tarea de definir qué es lo que no puede hacer.

SEXTO.- De la regulación constitucional cabe extraer otros datos..... Tal es el caso de su duración en el tiempo. Son varios los supuestos que determinan el cese del Gobierno según el artículo 101.1 de la Constitución: la celebración de elecciones generales, la pérdida de la confianza parlamentaria en los casos previstos por la Constitución, la dimisión y el fallecimiento de su Presidente. El interregno que se abre como consecuencia de la verificación de estas circunstancias solamente será breve, en principio, cuando prospere una moción de censura porque su aprobación, al mismo tiempo que supone la retirada de la confianza a un Presidente del Gobierno, comporta la investidura del que figuraba como candidato alternativo en ella, de manera que en pocos días puede producirse la toma de posesión del nuevo Gobierno.

En cambio, en las demás hipótesis, la interinidad que producen puede extenderse a lo largo de varias semanas e, incluso, de varios meses.....En consecuencia, el Gobierno puede permanecer en funciones un período de tiempo significativo.

SÉPTIMO.-..... Obvio es decir que, cualquiera que sea la circunstancia que conlleve el cese del Gobierno y su entrada en funciones, permanece en toda su extensión e intensidad el control judicial de su actuación.

OCTAVO.- La Constitución, ciertamente, no establece de modo expreso límites o restricciones a la actuación del Gobierno en funciones. No obstante, nos facilita el criterio para distinguir cuáles son los confines dentro de los que debe moverse..... El criterio al que nos referimos es el que resulta de la función constitucional del Gobierno. De la que ha de desempeñar el que está en plenitud de sus facultades tras haber completado el proceso de su formación. Esa función no es otra que la dirección de la política interior y exterior y, en estrecha relación con ella, la defensa del Estado. Esos son los cometidos con los que el artículo 97 de la Constitución singulariza la función gubernamental y para cuya realización atribuye al órgano Gobierno la dirección de la Administración Civil y Militar y le encomienda la función ejecutiva y la potestad reglamentaria..... Así, gobernar para la Constitución, es dirigir el país a partir de las orientaciones definidas por el Presidente del Gobierno (artículo 98.2 de la Constitución) con el apoyo de la mayoría parlamentaria formada democráticamente por los españoles.

Pues bien, si esto es lo que debe hacer el Gobierno que se forma, es, al mismo tiempo, lo que no puede hacer el Gobierno en funciones porque el cese ha interrumpido la relación de confianza que le habilita para ejercer tal dirección y le ha convertido en un órgano cuya composición debe variar necesariamente en el curso de un proceso constitucionalmente regulado, de una duración necesariamente limitada en el tiempo, del que surgirá una nueva relación de confianza y un nuevo Gobierno.

Así, pues, el Gobierno en funciones ha de continuar ejerciendo sus tareas sin introducir nuevas directrices políticas ni, desde luego, condicionar, comprometer o impedir las que deba trazar el que lo sustituya. El cese priva a este Gobierno de la capacidad de dirección de la política interior y exterior a través de cualquiera de los actos válidos a ese fin, de manera que será preciso examinar, caso por caso, cuando surja controversia al respecto, si el discutido tiene o no esa idoneidad en función de la decisión de que se trate, de sus consecuencias y de las circunstancias en que se deba tomar.

NOVENO.-..... De cuanto acabamos de decir en el fundamento anterior se deduce que ese despacho no es el que no comporta valoraciones políticas o no implica ejercicio de la discrecionalidad. Tampoco el que versa sobre decisiones no legislativas, sino el que no se traduce en actos de orientación política..... Por lo demás, situados en esta perspectiva, es posible apreciar que el mismo legislador asume esa interpretación porque en el apartado quinto del artículo 21 se preocupa por prohibir al Gobierno en funciones aprobar el proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado (a) y presentar proyectos de ley al Congreso de los

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

Diputados o, en su caso, al Senado (b). Es decir, la Ley prohíbe al Gobierno en funciones utilizar los principales instrumentos de orientación política, pues los Presupuestos Generales del Estado no son sino la traducción en términos de ingresos y gastos de la dirección política que el Gobierno quiere llevar a la práctica en el ejercicio de que se trate. Y las leyes que, según el Preámbulo de la Constitución, son la expresión de la voluntad popular y proceden casi exclusivamente de la iniciativa gubernamental, introducen en el ordenamiento jurídico las normas que responden a las orientaciones que prevalecen en el electorado y, por tanto, en las Cortes Generales. Por eso, son uno de los cauces típicos de expresión de la orientación política decidida por el Gobierno y asumida por las Cortes Generales.

A parecidos resultados conduce, por lo demás, el apartado sexto de este artículo 21 de la Ley 50/1997, que deja en suspenso las delegaciones legislativas mientras el Gobierno esté en funciones por haberse celebrado elecciones generales..... Circunstancia esta que refuerza las consideraciones antes realizadas sobre la necesidad de examinar caso por caso y asunto por asunto los que han de considerarse incluidos en el despacho ordinario y los que, por quedar fuera de él, no pueden ser abordados por el Gobierno en funciones de no existir urgencia o demandarlo el interés general contemplado en el artículo 21.3 de este texto legal.....

En definitiva, el despacho ordinario de los asuntos públicos comprende todos aquellos cuya resolución no implique el establecimiento de nuevas orientaciones políticas ni signifique condicionamiento, compromiso o impedimento para las que deba fijar el nuevo Gobierno. Y esa cualidad que excluye a un asunto del despacho ordinario ha de apreciarse, caso por caso, atendiendo a su naturaleza, a las consecuencias de la decisión a adoptar y al concreto contexto en que deba producirse.

DÉCIMO.-....., debemos examinar si la denegación del indulto solicitado..... es un acto que puede considerarse incluido o no en el despacho ordinario de los asuntos públicos tal como lo hemos acotado.....

El indulto está previsto en el artículo 62 i) de la Constitución que lo incluye entre las atribuciones del Rey. No obstante, de acuerdo con los principios que informan la Monarquía parlamentaria, esa potestad no es ejercida materialmente por el Jefe del Estado, sino por el Gobierno que es a quien la Ley a la que se remite ese precepto encomienda adoptar la decisión correspondiente. El ejercicio del derecho de gracia es, pues, una facultad sustancialmente gubernamental. Pero el texto fundamental añade otra previsión de especial importancia: la prohibición expresa de que el legislador autorice los indultos generales. Así, pues, es claro que su significación, en principio, tiene un carácter particular y concreto.

La regulación legal del indulto está recogida en la Ley de 18 de junio de 1870, modificada por la Ley 1/1988, de 14 de enero..... Por tanto, el indulto comporta una decisión circunscrita a un supuesto específico: el del reo al que se refiere, ya lo haya solicitado él o sean otros quienes lo hayan pedido en su nombre.....

El acuerdo del Consejo de Ministros que resuelve una solicitud de indulto no es, en principio, dadas las características con las que está concebido en nuestro ordenamiento jurídico, un acto idóneo para trazar la dirección política que la Constitución asigna al Gobierno. Es verdad que puede responder a una determinada política criminal, la seguida por el que lo dicta, pero no tiene la entidad de los actos de orientación política que la Ley 50/1997 excluye expresamente del concepto de despacho ordinario de asuntos públicos.....

UNDÉCIMO.- En efecto, el acuerdo del Consejo de Ministros de ..... denegó la solicitud de indulto..... Eso significa, por un lado, que dejó inalterados los efectos de la Sentencia firme ..... que condenó al recurrente. Por otro lado, que no ha mermado las facultades del nuevo Gobierno que puede resolver lo que considere procedente sobre ese indulto si, en virtud de las normas legales que lo regulan, vuelve a ser sometido a su consideración.

Además, no se pronunció dicho acuerdo sobre la solicitud del Sr....., sino que también lo hizo, siempre en el mismo sentido denegatorio, sobre las de otros ciento cuarenta y ocho penados,..... Eso significa, no sólo que resolver sobre peticiones de indulto forma parte de la actividad normal del Consejo de Ministros, ya que los expedientes de indulto son numerosos, sino que difícilmente cabe distinguir en ese conjunto de decisiones denegatorias una actividad de orientación política como la que hemos dicho que nuestro ordenamiento jurídico excluye de la noción de despacho ordinario de los asuntos públicos.....".

QUINTO.- Los razonamientos precedentes llevan a la desestimación del recurso, y, conforme, al art. 139.1 LJCA, se condena en costas a la parte actora, cuyo límite cuantitativo máximo, por todos los conceptos, se fija, ponderadamente y en atención a las concretas circunstancias, en la cantidad de **4.000 €**.

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

Desestimar el recurso contencioso-administrativo número 412/2019, interpuesto -en escrito presentado el 15 de noviembre del pasado 2019- por D. Guillermo , representado por el procurador D. Marcos-Juan García Calleja y con la asistencia letrada de D. Manuel González Peeters, contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de octubre del mismo año, denegatorio de su solicitud de indulto total, o, subsidiariamente, parcial de la pena impuesta en Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de julio de 2016. **Con condena en costas en los términos precisados en el precedente Fundamento de Derecho quinto.**

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Segundo Menéndez Pérez D. Rafael Fernández Valverde D. Octavio Juan Herrero Pina

D. Wenceslao Olea Godoy Dª. Inés Huerta Garicano D. Francisco Javier Borrego Borrego

Dª. Ángeles Huet de Sande

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Excma. Sra. Magistrada Ponente Dña. **Inés Huerta Garicano**, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ