|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 219/2003 |
| Fecha | de 30 de junio de 2003 |
| Sala | Sala Segunda |
| Magistrados | Don Tomás Salvador Vives Antón, don Pablo Cachón Villar, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Guillermo Jiménez Sánchez, doña Elisa Pérez Vera y don Eugeni Gay Montalvo. |
| Núm. de registro | 5388-2002 |
| Asunto | Recurso de amparo 5388-2002 |
| Fallo | 1º. Conceder la suspensión solicitada de la ejecución de la pena privativa de libertad, así como de la accesoria de privación del derecho de sufragio durante el tiempo de la condena y del arresto sustitutorio en caso de impago de la pena de multa.2º. Denegar la suspensión respecto de la pena de multa. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal con fecha de 24 de septiembre de 2002, el Procurador de los Tribunales don Eduardo Morales Price, en nombre y representación de don Carlos Folchi Bonafonte, interpuso recurso de amparo contra la Sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de julio de 2002, por la que se estimaba parcialmente el recurso de apelación presentado por el Ministerio Fiscal y por el Abogado del Estado, en representación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, contra la Sentencia absolutoria dictada en instancia por el Juzgado de lo Penal núm. 14 de Barcelona con fecha de 16 de enero de 2002, y, en consecuencia, se condenaba al demandante de amparo a las penas de un año de prisión, con sus correspondientes accesorias, y multa por importe de 134.206,57 euros, con responsabilidad subsidiaria por tiempo de un mes en caso de impago, así como a satisfacer a la Hacienda Pública esa misma cantidad en concepto de indemnización. En la demanda de amparo se solicitaba, por otrosí digo, la suspensión de la pena impuesta hasta tanto no se resuelva el presente recurso de amparo, dado que, habida cuenta de su corta extensión, la no suspensión de la misma haría perder al recurso su finalidad produciendo al demandante de amparo un perjuicio irreparable.

2. La demanda de amparo se basa, esencialmente, en los siguientes hechos:

a) El demandante de amparo fue absuelto en instancia, por Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 14 de Barcelona de 16 de enero de 2002, del delito contra la Hacienda Pública que se le imputaba (art. 349 CP 1973) por considerar el órgano judicial que no había quedado acreditada la realización por el Sr. Folchi de una actividad contractual simulada al adquirir el 90 por 100 de la entidad Cajun S.A. siendo consciente de que las pérdidas sufridas por dicha sociedad en años anteriores habrían de compensarse con los beneficios que resultasen de dicha operación mercantil.

b) Presentado recurso de apelación contra la anterior resolución por el Ministerio Fiscal y por el Abogado del Estado en representación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, fue estimado por Sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de julio de 2002, notificada a la representación del demandante de amparo el 2 de septiembre de ese mismo año, condenándose en consecuencia al Sr. Folchi, como autor y cooperador necesario de un delito contra la Hacienda pública, a la pena de un año de prisión menor, con suspensión del derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, así como a una pena de multa por importe de 134.206,57 euros, con responsabilidad subsidiaria por tiempo de un mes en caso de impago, y a satisfacer a la Hacienda pública esa misma cantidad en concepto de indemnización. El fundamento de dicha condena fue la estimación, por parte de la Sala, de que la suscripción de acciones de la entidad Cajun por parte del Sr. Folchi no tenía objetivos mercantiles ni empresariales sino que se produjo, de común acuerdo con los otros dos procesados, para eludir el pago de la cuota que en concepto de IRPF debían devengar por motivo de los beneficios obtenidos a raíz de la venta de las acciones de Cajun a una sociedad francesa.

c) Se alega en la demanda que la Sentencia dictada en sede de apelación ha vulnerado los derechos del demandante de amparo a la legalidad penal y a la tutela judicial efectiva sin indefensión, respectivamente reconocidos en los arts. 25.1 y 24.1 CE.

La pretendida vulneración del derecho a la legalidad en materia penal se considera cometida por haber estimado el órgano judicial de apelación que la utilización por el demandante de amparo de un fraude de ley tributario como mecanismo para eludir un tributo era subsumible en el tipo penal contenido en el art. 349 del Código penal de 1973; interpretación que el demandante de amparo no entiende posible por estar dicho fraude específicamente regulado en la legislación tributaria por las previsiones contenidas en el Real Decreto 1919/1979 (anterior a los hechos) y, posteriormente, por el art. 24 de la Ley general tributaria (Ley 25/1995) en cuya normativa el legislador ha optado por tratar los supuestos de fraude de ley tributaria como no sancionables (art. 62 Real Decreto 1919/1979 y art. 24 Ley 25/1995). Se alega, además, que la interpretación judicial en cuestión no sigue las pautas de un razonamiento lógico dado que, después de haber negado que existiera en el caso de autos un negocio simulado, cifra la presencia del elemento típico integrado por el verbo "defraudar" en la "ocultación maliciosa de la auténtica base imponible", cuando la realidad es que, tal y como se desprendería de la lectura de las actuaciones, no ha existido ocultación alguna de datos por ninguno de los condenados sino que, por el contrario, todas las operaciones realizadas por ellos se habrían llevado a cabo en forma absolutamente transparente.

Por lo que se refiere a la pretendida vulneración del derecho del actor a la tutela judicial efectiva sin indefensión, se hace constar en la demanda que la acusación formulada contra él lo fue a título de partícipe en un negocio simulado (supuesto que, a diferencia del fraude de ley, sí es administrativamente sancionable), no planteándose en el recurso de apelación presentado por el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado la posibilidad de que los hechos que se le imputaban fuesen constitutivos de un fraude de ley. En consecuencia, la condena del demandante en apelación a este último título supondría una patente infracción del principio acusatorio productora de indefensión, ya que únicamente habría podido defenderse contradictoriamente frente a la acusación de simulación de negocio pero no frente a la de fraude de ley tributaria y, menos aún, habría podido debatir la inclusión de dicho fraude en los márgenes del tipo penal que finalmente le fue aplicado.

3. Por providencia de 29 de mayo de 2003, la Sala Segunda acordó admitir a trámite la presente demanda de amparo así como formar la correspondiente pieza separada de suspensión de conformidad con lo solicitado por la parte actora. Por otra providencia de esa misma fecha, la Sala acordó, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 LOTC, conceder un plazo común de tres días al Ministerio Fiscal y al demandante de amparo para que, dentro de dicho término, alegaran cuanto estimasen procedente en relación con la petición de suspensión interesada.

4. El Ministerio Fiscal evacuó el trámite de alegaciones mediante escrito registrado en este Tribunal con fecha de 5 de junio de 2003 en el que, de conformidad con la reiterada doctrina dictada al respecto por este Tribunal, consideraba procedente la suspensión, exclusivamente, de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta al demandante de amparo, no debiendo alcanzar tal efecto al resto de los pronunciamientos contenidos en la sentencia dado que, al ser de contenido económico, su no suspensión no ocasionaría perjuicios de imposible reparación.

5. La representación del recurrente, por su parte, evacuó idéntico trámite mediante escrito de esa misma fecha en el que insistía en su anterior alegación acerca de que la no concesión de la suspensión de la pena solicitada haría perder al amparo su legítima finalidad, a la par que ocasionaría al demandante un perjuicio irreparable caso de estimarse su petición de amparo. Perjuicio que no sólo se produciría de no suspenderse la pena privativa de libertad, dada su corta duración, sino también de no procederse a suspender la pena de multa por importe de 134.206,57 euros, así como la responsabilidad civil de igual cuantía, dado que, al carecer de efectivo suficiente para hacer frente a las mismas, tendría que subastar los bienes puestos a disposición del Juzgado para cubrir tan sólo una parte de dichas cantidades, lo que le ocasionaría una pérdida irremediable del patrimonio realizado en pública subasta; sin olvidar que la pena de multa lleva aparejada una pena sustitutoria de arresto de un mes de duración en caso de impago, por lo que, de ejecutarse, el amparo, caso de concederse, habría quedado privado de finalidad también por esa causa.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 56.1 LOTC, la Sala que conozca de un recurso de amparo acordará la suspensión de la ejecución del acto de los poderes públicos por razón del cual se reclame el amparo cuando dicha ejecución, caso de llevarse a cabo, "hubiere de causar un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad". Por su parte, el inciso segundo de dicho precepto establece sendos límites a esa facultad de lo que resulta la improcedencia de la suspensión cuando de ella pueda seguirse "perturbación grave de los intereses generales o de los derechos fundamentales o libertades públicas de un tercero".

En la interpretación de dicho precepto, este Tribunal viene haciendo hincapié en el hecho de que, cuando el amparo constitucional se solicita respecto de resoluciones judiciales firmes, la suspensión de su ejecución entraña siempre en sí misma una perturbación de la función jurisdiccional, que comprende la potestad de hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE), a la vez que afecta al derecho a la tutela judicial efectiva de las demás partes procesales, quienes se ven privadas de la efectividad del pronunciamiento favorable a sus pretensiones. Consecuentemente, la regla general debe ser la improcedencia de la suspensión, que se configura así como una medida provisional de carácter excepcional y de aplicación restrictiva (por todos, AATC 2/2001, de 15 de enero; 45/2001, de 26 de febrero; 64/2001, de 26 de marzo; 78/2001, de 2 de abril, y 83/2001, de 23 de abril). Por ello la adopción de esta medida cautelar resulta pertinente sólo cuando la ejecución del fallo cause al solicitante de amparo un perjuicio irreparable en los derechos fundamentales invocados en el proceso constitucional, debiendo entenderse por perjuicio irreparable aquel que provoque que el restablecimiento del recurrente en los derechos fundamentales cuya vulneración denuncia sea tardío e impida definitivamente que la restauración sea efectiva (entre otros muchos, AATC 243/2000, de 16 de octubre; 251/2000, de 30 de octubre; 63/2001, de 26 de marzo, y 170/2001, de 22 de junio).

Por otra parte, este Tribunal ha establecido el criterio de que la ejecución de las resoluciones judiciales cuyos efectos son fundamentalmente patrimoniales o de contenido económico ni causa un perjuicio irreparable al obligado al pago ni puede hacer perder al amparo su finalidad al ser posible la restitución íntegra de lo ejecutado, por lo que no resulta procedente acordar la suspensión (por todos, ATC 159/2001, de 18 de junio, FJ 2 y las resoluciones allí citadas), máxime si el recurrente no aduce razón alguna que justifique la procedencia de la suspensión en su caso concreto por los irreparables perjuicios que pudiera acarrearle la imposibilidad material de atender al pago, frustrando así la finalidad del amparo impetrado (por todos, ATC 249/2000, de 30 de octubre, FJ 2 y resoluciones allí citadas).

Más en concreto, en cuanto a la ejecución de las Sentencias penales que condenan al pago de una multa, nuestra doctrina viene señalando (como se recuerda en los AATC 135/1999, de 31 de mayo, FJ 3, 83/2001, de 23 de abril, FJ 2 y 261/2001, de 15 de octubre, FJ 4) que la ejecución del pago de la multa no lleva consigo, como regla, la producción de perjuicios irreparables para el condenado a su cumplimiento, de tal manera que la ejecución de la Sentencia firme respecto de tales pronunciamientos de contenido económico no determina la pérdida de la finalidad del amparo promovido, dado que cabe la íntegra restitución de lo que fue objeto de ejecución o cumplimiento, en el caso de una eventual estimación del recurso de amparo que así lo ordenase.

2. La aplicación de la doctrina general reseñada al caso presente conduce a acordar la suspensión de la condena impuesta al recurrente en lo relativo a la pena privativa de libertad dado que, de no suspenderse, podría ocasionársele un perjuicio irreparable toda vez que, como ya hemos declarado en anteriores ocasiones (por todas: AATC 269/1998, de 26 de noviembre y 84/2002, de 20 de mayo), estando comprendida la duración de la condena a pena de prisión dentro de la posible duración de la tramitación del presente recurso, previsiblemente dicha pena privativa de libertad estaría a punto de cumplirse -o se habría cumplido ya en su totalidad- en dicho momento, lo que hace que, conforme también declarábamos en las ocasiones anteriormente mencionadas, los intereses generales asociados a la ejecución de toda Sentencia penal en lo que a privación de libertad se refiere se encuentren, en este caso, muy debilitados. La suspensión de la pena privativa de libertad conlleva asimismo la de la pena accesoria de suspensión del derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, por seguir dicha pena la suerte de la principal a la que acompaña y no apreciarse que la suspensión de su ejecución pueda afectar a los derechos de terceros (AATC 131/2001, de 22 de mayo y 151/2001, de 18 de junio, entre otros muchos).

En aplicación de esa misma doctrina, no procede la suspensión de la pena de multa en lo atinente a los pronunciamientos de carácter patrimonial, pero sí que debe acordarse, por el contrario, la suspensión del arresto sustitutorio en caso de impago de la multa ya que, si bien se trata de una eventualidad futura, razones de economía procesal nos han llevado en ocasiones precedentes a acordar su suspensión junto con la de la condena a pena privativa de libertad (AATC 159/2001, de 18 de junio, entre otros muchos).

En virtud de todo lo expuesto, la Sala

ACUERDA

1º. Conceder la suspensión solicitada de la ejecución de la pena privativa de libertad, así como de la accesoria de privación del derecho de sufragio durante el tiempo de la condena y del arresto sustitutorio en caso de impago de la pena de multa.

2º. Denegar la suspensión respecto de la pena de multa.

Madrid, a treinta de junio de dos mil tres.