|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 270/1993 |
| Fecha | de 19 de agosto de 1993 |
| Sala | Sección de Vacaciones |
| Magistrados | Don Luis López Guerra, don Pedro Cruz Villalón y don Carles Viver Pi-Sunyer. |
| Núm. de registro | 384-1993 |
| Asunto | Recurso de amparo 384/1993 |
| Fallo | Por todo lo expuesto, la Sala acuerda la suspensión de la ejecución de la Sentencia pronunciada por la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Madrid el 21 de diciembre de 1992, en apelación del juicio oral 532/1990 proveniente del Juzgado delo Penal núm. 22 de la misma ciudad, tanto en lo relativo a la pena privativa de libertad, como a sus accesorias y a la multa impuesta en aquélla.No ha lugar, sin embargo, a suspender la ejecución de dicha Sentencia respecto del pago de las indemnizaciones y costas impuestas. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. Por escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el 12 de febrero de 1991, procedente del Juzgado de Guardia, donde tuvo entrada el día 10 anterior, don Francisco Javier Rodríguez Tadey Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de don Manuel Rodríguez Villarejo, formula recurso de amparo contra la Sentencia pronunciada el día 21 de diciembre de 1992 por la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Madrid que con estimación del recurso de apelación interpuesto por el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal, revocó la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 22 de la misma ciudad y condenó al demandante como autor de un delito fiscal.

2. El recurso tiene su origen en los siguientes antecedentes de hecho:

a) La compañía aseguradora "Nueva Mutua", de la que el demandante era presidente, satisfizo en el año 1984 a sus empleados, profesionales, agentes libres de seguros y miembros del Consejo de Administración, retribuciones que por constituir rendimiento de trabajo personal debieron ser objeto de retención según las normas del I.R.P.F. Sin embargo, en las declaraciones relativas a dicho impuesto y del de sociedades, no incluyó tales retribuciones, ni practicó retención alguna sobre ellas resultando una deuda tributaria no ingresada de 32.128.230 de pesetas.

b) Seguido procedimiento penal abreviado por tales hechos, el Juzgado de lo Penal pronunció sentencia que absolvió del delito que le había sido imputado al recurrente por el Abogado del Estado y por el Ministerio Fiscal.

c) Recurrida en apelación dicha resolución absolutoria por las partes acusadoras, la Audiencia Provincial manteniendo los hechos probados declarados en instancia, y advirtiendo que su discordancia con la resolución recurrida era puramente jurídica, revocó la misma y condenó al demandante como autor de un delito fiscal previsto y penado en la anterior redacción del art. 319 del Código Penal a una pena de un año de prisión menor, accesorias, multa de 33.000.000 de ptas., con arresto sustitutorio en caso de impago, costas e indemnización de 32.128.230 ptas. a la Hacienda Pública, de las que responderá subsidiariamente la entidad "Corporación de Seguros" (antigua "Nueva Mutua").

3. La demanda señala que la interpretación realizada por el tribunal de apelación ha vulnerado los derechos del demandante reconocidos en los arts. 25.1 y 24.1 de la Constitución.

En cuanto al primero, afirma que el recurrente ha sido condenado con una interpretación que infringe el requisito de predeterminación normativa de las sanciones previas. Es evidente que a tenor de lo preceptuado en el anterior 319 del Código Penal la conducta del retenedor no está tipificada como constitutiva de delito, pues no puede ser actor del mismo al no ser obligado tributario. En este sentido la Circular 2/1988 de la Fiscalía del Tribunal Supremo señala que la figura por la que ha sido condenado el recurrente sólo puede ser cometida de manera dolosa y no por imprudencia, y por ello la conducta basada en la defectuosa información facilitada a la Hacienda Pública o cualquier otra negligencia no es constitutiva de delito. El delito, por tanto, no puede ser cometido por omisión y al retenedor no puede condenársele por hechos que no conoce que se estaban ejecutando ni de los que se ha beneficiado. A su parecer la legislación tributaria no puede servir de base para entender que el retenedor es un sustituto del contribuyente, ya que las cantidades que vienen obligado a retener y posteriormente a ingresar no son cuota tributaria sino entrega a cuenta.

Con relación a la vulneración del art. 24.1 de la Constitución afirma que ha sido infringido desde el momento en que la Audiencia ha condenado al actor sin fundamentación alguna pues la figura del retenedor nunca puede ser constitutiva de un delito fiscal. Resulta que el demandante no se ha beneficiado en su patrimonio de las cantidades retenidas, y que la apreciación de haberse realizado una acción defraudatoria constituye una presunción tributaria que vulnera el principio de tutela judicial al condenársele por hechos no especificados ni tipificados por la ley penal.

Termina pidiendo que se admita la demanda y se declare la nulidad de la Sentencia de apelación, así como que mientras tanto se suspenda la ejecución de la misma.

4. Por providencia de 14 de junio de 1993, la Sección Tercera de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional acordó, de conformidad con lo dispuesto en el art. 50.3 LOTC, conceder al demandante de amparo y al Ministerio Fiscal el plazo común de diez días para que formulasen, con las aportaciones documentales que procedan, las alegaciones que estimaran pertinentes en relación con la carencia manifiesta de contenido constitucional de la demanda [art. 50.1 c) LOTC].

5. Evacuado dicho trámite, la Sección, mediante providencia de 19 de julio de 1993 acordó admitir a trámite la demanda de amparo y, por providencia de la misma fecha, formar la oportuna pieza separada para la tramitación del incidente de suspensión. Así mismo, conforme determina el art. 56 LOTC, conceder un plazo común de tres días a la parte recurrente y al Ministerio Fiscal para que alegasen lo que estimaran pertinente sobre dicha suspensión.

6. El actor, en su escrito presentado el 30 de julio de 1993, alega que, de no acordarse la suspensión de la ejecución de la Sentencia, se le causarían en sus derechos personales y patrimoniales unas consecuencias irreparables. En la actualidad, indica que se ha acordado el embargo de sus bienes y procedido a la anotación preventiva del mismo en el Registro de la Propiedad. Por estas razones, de no accederse a la suspensión, el amparo de la garantía constitucional que pretende defender quedaría sin sentido, con los perjuicios que se le ocasionarían, razón por la cual reitera su petición de suspensión.

7. El Ministerio Fiscal, por su parte, en escrito registrado en la misma fecha, tras recordar la doctrina general sentada por este Tribunal en materia de suspensión de la ejecución de Sentencias recaídas en amparo, estima aplicable al caso lo declarado en el ATC de 27 de mayo de 1993 (recurso de amparo 663/1993). A este particular considera que debe procederse a la suspensión de la pena privativa de libertad y accesorias impuestas en la Sentencia. Igualmente, en cuanto a la multa, dada su cuantía, considera que existen razones excepcionales que hacen presumir perjuicios irreparables caso de ejecutarse, por lo que parece prudente acceder también a su suspensión adoptando las medidas cautelares necesarias para asegurar la ejecución posterior, en su caso.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. El art. 56.1 de la LOTC establece que la Sala que conozca de un recurso de amparo suspenderá, de oficio o a instancia de parte, la ejecución del acto de los poderes públicos por razón del cual se reclame el amparo constitucional, cuando la ejecución del mismo haga perder al amparo su finalidad; no obstante lo cual, podrá negarse la suspensión cuando de ésta pueda seguirse perturbación grave de los intereses generales o de los derechos fundamentales o libertades públicas de un tercero.

2. El criterio sustentado en el art. 56 LOTC permite decretar la suspensión provisional de la ejecución de la pena privativa de libertad en tanto el presente recurso sea resuelto ya que, de lo contrario, si se otorgase en su día el amparo, éste perderla su finalidad pues el actor habría cumplido para entonces parte de la pena privativa de libertad y el perjuicio podría resultar irreparable (AATC 98/1983, 179/1984, 574/1975 y 116/1990, entre otros muchos).

Las penas accesorias de suspensión de cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo que dure la condena deben quedar también suspendidas, al seguir la misma suerte que la pena principal a la que acompañan (AATC 144/1984 y de 5 de septiembre de 1991 en recurso de amparo 1109/1991).

3. En los supuestos de resoluciones con efectos meramente económicos la doctrina general de este Tribunal es, en efecto, que la ejecución de las mismas no causa, en principio, un perjuicio irreparable, puesto que su reparación ulterior, en caso de ser estimado el recurso de amparo, no sería imposible.

Ahora bien, también tiene declarado este Tribunal que en aquellos supuestos en que el pago acarrea perjuicios patrimoniales de carácter irreparable, o difícilmente reparable, de tal manera que los fines del recurso de amparo quedarían comprometidos, por excepción, es procedente adoptar las medidas cautelares que eviten tal consecuencia.

En el caso presente, la cuantía de la multa -33.000.000 de ptas- , y el arresto sustitutorio con que se conmina su impago permite considerar, como hace el Ministerio Fiscal, que nos encontramos ante uno de los supuestos excepcionales en los que existen razones para presumir perjuicios irreparables al accionante de amparo, en el caso de ejecutarse la Sentencia y luego estimarse su demanda, (AATC 591/1990, de 16 de marzo de 1992, en recurso de amparo 864/1991 y de 22 de junio de 1992 en recurso de amparo 864/1992) por lo que parece prudente acceder a la suspensión.

4. Con respecto a las costas procesales y al pago de las indemnizaciones, en cuanto que suponen así mismo el pago de una cantidad de dinero, su ejecución no provoca en principio un perjuicio que pueda hacer inútil el presente recurso de amparo. Con relación a estas últimas tampoco el Ministerio Fiscal formula alegación al respecto. Pues bien, en virtud del interés general y de la necesidad de evitar perjuicios a la Hacienda Pública, beneficiaria de las indemnizaciones acordadas, se hace procedente no suspender el abono de éstas pues tratándose del pago de una cantidad de dinero al Tesoro no es de prever que, en la hipótesis de prosperabilidad de este recurso de amparo, no hayan de ser devueltas las cantidades que constituyen su objeto.

ACUERDA

Por todo lo expuesto, la Sala acuerda la suspensión de la ejecución de la Sentencia pronunciada por la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Madrid el 21 de diciembre de 1992, en apelación del juicio oral 532/1990 proveniente del Juzgado de

lo Penal núm. 22 de la misma ciudad, tanto en lo relativo a la pena privativa de libertad, como a sus accesorias y a la multa impuesta en aquélla.

No ha lugar, sin embargo, a suspender la ejecución de dicha Sentencia respecto del pago de las indemnizaciones y costas impuestas.

Madrid, diecinueve de agosto de mil novecientos noventa y tres.