

REC.ORDINARIO(c/a) Num.: 165/2012

Votación: 12/02/2013

Ponente Excmo. Sr. D.: Carlos Lesmes Serrano

Secretaría Sr./Sra.: Ilmo. Sr. D. Gonzalo Núñez Ispa

S E N T E N C I A

**TRIBUNAL SUPREMO.
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN: SEXTA**

Excmos. Sres.:

Presidente:

D. José Manuel Sieira Míguez

Magistrados:

D. Octavio Juan Herrero Pina

D. Luis María Díez-Picazo Giménez

D. Juan Carlos Trillo Alonso

D. Carlos Lesmes Serrano

D. José María del Riego Valledor

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

D. Diego Córdoba Castroverde

En la Villa de Madrid, a veinte de Febrero de dos mil trece.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Sexta por los Excmos. Srs. Magistrados arriba anotados, el recurso contencioso-administrativo

número 002/165/12, interpuesto por la Procuradora D^a Esperanza Azpeitia Calvín en nombre y representación de D. LUIS FERNANDO ROMERO GARCÍA, D. JOSÉ IGNACIO ROMERO GARCÍA y D. PEDRO MARÍA OLABARRÍA DELCLAUX, contra el Real Decreto 1753/2011, de 25 de noviembre, por el que se indulta a D. MIGUEL ÁNGEL CALAMA TEIXEIRA y contra el Real Decreto 1761/2011, de 25 de noviembre, por el que se indulta a D. ALFREDO SÁENZ ABAD. Se han personado, como partes recurridas, LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el ABOGADO DEL ESTADO, el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de D. MIGUEL ÁNGEL CALAMA TEIXEIRA y el Procurador D. Alberto Hidalgo Martínez, en nombre y representación de D. ALFREDO SÁENZ ABAD .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora D^a Esperanza Azpeitia Calvín en nombre y representación de D. LUIS FERNANDO ROMERO GARCÍA, D. JOSÉ IGNACIO ROMERO GARCÍA y D. PEDRO MARÍA OLABARRÍA DELCLAUX, mediante escrito de fecha de presentación 6 de febrero de 2012, interpuso recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 1753/2011, de 25 de noviembre, por el que se indulta a D. MIGUEL ÁNGEL CALAMA TEIXEIRA y contra el Real Decreto 1761/2011, de 25 de noviembre, por el que se indulta a D. ALFREDO SÁENZ ABAD.

SEGUNDO.- Admitido a trámite el recurso, por Diligencia de Ordenación de fecha 10 de febrero de 2012, se requirió a la Administración demandada la remisión del expediente administrativo, ordenándole que practicara los emplazamientos previstos en el artículo 49 de la LJCA.

TERCERO.- En el momento procesal oportuno la parte actora formalizó la demanda mediante escrito presentado el 16 de abril de 2012, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminó suplicando a la Sala:

"Primero.- Tenga por deducida la misma en tiempo y forma, en el recurso contencioso-administrativo contra los Reales Decretos 1753/2011, de 25 de noviembre, por el que se indulta a don Miguel Ángel Calama Teixeira y 1761/2011, de 25 de noviembre, por el que se indulta a don Alfredo Sáenz Abad, y que, previa su tramitación legal,

Segundo.- Dicte en su día sentencia estimando el recurso contencioso-administrativo y DECLARE NO SER CONFORMES A DERECHO Y NULOS, por consiguiente, aquellos Reales Decretos en la parte del exceso impugnada: "dejar sin efecto cualesquiera otras consecuencias jurídicas o efectos derivados de las sentencias, incluido cualquier impedimento para ejercer la actividad bancaria", por las causas invocadas."

Por medio de Otrosí Digo, solicita se impongan las costas del procedimiento a la Administración demandada.

Por medio de Otrosí II Digo, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley Jurisdiccional, solicita el recibimiento a prueba sobre el punto de hecho " *inexistencia de Reales Decretos de concesión de indulto en los que se exima a los indultados de la aplicación de normativa administrativa referida a su actividad profesional* ", solicitando a tal efecto la práctica de documental consistente en certificación del Subsecretario de Justicia o autoridad competente del Ministerio de Justicia sobre el número de indultos concedidos desde noviembre de 1975 hasta noviembre de 2011, con expresión de en cuantos de dichos Reales Decretos se han recogido indicaciones, acuerdos o directrices a órganos administrativos referentes a la no exigibilidad de los requisitos para ejercer la actividad profesional del indultado y, en particular, relacionados con el requisito de "ostentar irreprochable honorabilidad".

Por medio de Otrosí IV Digo, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley de la Jurisdicción, solicita se confiera el trámite de conclusiones.

CUARTO.- Conferido traslado al Sr. Abogado del Estado para contestar la demanda, con carácter previo, y dentro del plazo establecido en el artículo 58.1 LJCA, alegó la inadmisibilidad del recurso por falta de legitimación activa. De dicha alegación se dio traslado a las otras partes personadas para alegaciones, y evacuado el trámite, la Sala mediante Auto de 12 de junio de 2012 acordó la desestimación de la alegación previa de inadmisión, así como la continuación de la tramitación del recurso, ordenando se contestara la demanda en el plazo que restaba.

QUINTO.- El Abogado del Estado, en representación y defensa de la Administración General del Estado, contestó a la demanda mediante escrito presentado el 25 de julio de 2012, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó oportunos, terminó suplicando a la Sala *"...dicte sentencia por la que sea declarado inadmisibile o, en su defecto y subsidiariamente, sea desestimado el recurso interpuesto por D. Luis Fernando Romero García y otros contra los Reales Decretos 1753 y 1761/2011, de 25 de noviembre, al ser los mismos plenamente conformes a Derecho"*.

Por Otrosí Dice, se opone al recibimiento de los autos a prueba.

SEXTO.- El Procurador D. Alberto Hidalgo Martínez, en nombre y representación de D. Alfredo Sáenz Abad, contestó a la demanda mediante escrito presentado el 4 de octubre de 2012, en el que, tras alegar los hechos y fundamentos jurídicos que estimó oportunos, terminó suplicando a la Sala *"...dicte sentencia por la que: i) inadmita el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Real Decreto 1761/2011, de 25 de noviembre, por el que se indulta a mi representado; o de forma subsidiaria, ii) desestime en su integridad el recurso contencioso-administrativo, iii) en ambos casos, con imposición de costas a la parte recurrente"*.

Por medio de Primer Otrosí Digo, y al amparo del artículo 60 de la LJCA, interesa el recibimiento a prueba del procedimiento que habrá de versar sobre el indulto concedido por el Gobierno a D. Francisco Javier Gómez de Liaño, proponiendo la documental obrante al expediente administrativo y la que se adjunta al propio escrito de contestación a la demanda.

Por Segundo Otrosí Digo, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 62 de la LJCA, interesa el trámite de conclusiones.

Por medio de Tercer Otrosí Digo, establece la cuantía del presente recurso en indeterminada, por no ser evaluable económicamente la pretensión ejercitada.

SÉPTIMO.- El Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de D. Miguel Ángel Calama Teixeira, contestó la demanda mediante escrito presentado el 4 de octubre de 2012, en el que, tras la alegación de hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando a la Sala, *"...dicte Sentencia por la que sea declarado inadmisibile el presente recurso o, en su defecto y subsidiariamente, sea desestimado por ajustarse el Real Decreto 1761/11 de 25 de noviembre plenamente al ordenamiento constitucional y jurídico"*.

Por medio de Primer Otrosí Digo, y al amparo de los artículos 40.1 y 42.2 de la Ley Jurisdiccional, estima que la cuantía del recurso es indeterminada.

Por medio de Segundo Otrosí Digo, y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 62 LJCA, interesa el trámite de conclusiones.

OCTAVO.- Mediante providencia de fecha 5 de octubre de 2012, la Sala tuvo por contestada la demanda y por hechas las manifestaciones contenida en los otrosíes, así como por fijada la cuantía del recurso como indeterminada. Por Auto de 19 de octubre de 2012, la Sala acordó no haber lugar al recibimiento a prueba del presente proceso, por no constituir propiamente prueba documental la propuesta por la recurrente y no considerar necesario la apertura del periodo probatorio para la propuesta por la codemandada, ordenándose la unión a los autos de documentación obrante al expediente administrativo, así como la aportada por las partes con sus respectivos escritos de contestación a la demanda.

NOVENO.- Mediante Diligencia de Ordenación de 21 de noviembre de 2012, la Sala confirió a las partes por su orden el trámite de conclusiones, de conformidad con el artículo 64 LRJCA, y evacuado el trámite, mediante providencia de 8 de enero de 2013, fueron declarados los autos conclusos, quedando pendientes de señalamiento para votación y fallo.

DÉCIMO.- Cumplidas las prescripciones legales se señaló para votación y fallo la audiencia del día 12 de febrero de 2013, fecha en la

que el expresado trámite tuvo lugar con observancia en su tramitación de las reglas establecidas por la Ley.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **CARLOS LESMES SERRANO**, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se dirige el recurso contencioso-administrativo contra los Reales Decretos 1753/2011, de 25 de noviembre, y 1761/2011, también de 25 de noviembre, publicados en el Boletín Oficial del Estado de 10 de diciembre de 2011, por los que se indulta, respectivamente, a don Miguel Ángel Calama Teixeira y a don Alfredo Sáenz Abad. En dichos indultos se conmutaba a ambos 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, penas a las que habían sido condenados, dejando subsistente la otra pena de multa.

Además, en los Reales Decretos se añadía un inciso final del tenor literal siguiente:

"...y quedando sin efecto cualesquiera 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."

Se precisa en el escrito de interposición del recurso, presentado por la representación procesal de don Luis Fernando Romero García, don José Ignacio Romero García y don Pedro María Olabarría Delclaux, que lo que se impugna no es el indulto en sí, sino ese inciso final que se incluye en su parte dispositiva.

También se encargan los recurrentes de destacar en este escrito, a los efectos de su legitimación, que han sido víctimas del delito por el que dictó condena la sección tercera de la Audiencia Provincial de

Barcelona, casada en parte por la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo, sentencias por las que se han impuesto las penas que ahora, con los indultos, han sido parcialmente condonadas.

Sobre los extremos apuntados -legalidad del inciso final de los Reales Decretos y legitimación de los recurrentes- gira el debate procesal planteado por las partes.

Para terminar con este apunte inicial también es necesario reseñar en este primer fundamento que la finalidad del referido inciso, según reconocen todas las partes intervinientes en el proceso, es evitar la aplicación a los señores Calama Teixeira y Sáenz Abad del impedimento que para el ejercicio de la actividad bancaria se contempla en el Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio, sobre Creación de Bancos, actividad transfronteriza y otras cuestiones relativas al régimen jurídico de las entidades de crédito.

Efectivamente, el art. 2.1.f) de dicha norma reglamentaria establece como requisito para ejercer la actividad bancaria el contar con un consejo de administración integrado por personas que sean de reconocida honorabilidad comercial y profesional. Y el apartado 2 del precepto precisa y añade que concurre honorabilidad comercial y profesional en quienes hayan venido observando una trayectoria personal de respeto a las Leyes mercantiles u otras que regulan la actividad económica y la vida de los negocios, así como a las buenas prácticas comerciales, financieras y bancarias, entendiéndose que, en todo caso, carecen de tal honorabilidad quienes, en España o en el extranjero, tengan antecedentes penales por delitos dolosos, estén inhabilitados para ejercer cargos públicos o de administración o dirección de entidades financieras o estén inhabilitados conforme a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, mientras no haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso y los quebrados y concursados no rehabilitados en procedimientos concursales anteriores a la entrada en vigor de la referida Ley.

La incidencia del inciso final de los Reales Decretos de indulto en los antecedentes penales y, consecuentemente, en el requisito de

honorabilidad para el ejercicio de la actividad bancaria es crucial para la comprensión y decisión de este pleito.

SEGUNDO.- Antes de comenzar con el análisis de las alegaciones de las partes y para un mejor entendimiento del asunto litigioso estamos obligados a recoger algunos de sus antecedentes más relevantes.

1.- Por Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2011 se condenó a los acusados don Alfredo Sáenz Abad, don Miguel Ángel Calama Texeira y don Rafael Jiménez de Parga y Cabrera, como autores de un delito de acusación falsa del art. 325.1º del CP derogado (art. 456.1.1º del actual), con la concurrencia de la circunstancia atenuante analógica por dilaciones indebidas, como muy cualificada, a las penas de 3 meses de arresto mayor, con la accesoria de suspensión de profesiones y oficios relacionados con el desempeño de cargos de dirección, públicos o privados, vinculados con entidades bancarias, crediticias o financieras a los acusados don Alfredo Sáenz Abad y don Miguel Ángel Calama Texeira, y respecto de la profesión de abogado para el acusado don Rafael Jiménez de Parga y Cabrera, todas ellas durante el tiempo de la condena; y multa de 400 euros a cada uno, con arresto sustitutorio en caso de impago de un día por cada diez euros; y manteniéndose por el Tribunal Supremo los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia, entre ellos la indemnización fijada en concepto de responsabilidad civil. Se declaró la responsabilidad civil subsidiaria de la entidad BANESTO.

2.- En el mes de marzo de 2011, tanto el señor Calama Teixeira como Sáenz Abad dirigieron al Ministerio de Justicia sendos escritos, solicitando el primero el indulto total de las penas impuestas y el segundo, en primer término, el indulto total y, en su defecto, el indulto parcial de la pena 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. También solicitaron ambos que se dejaran sin efecto las consecuencias administrativas que se derivaban de la condena penal, particularmente las previstas en el Real Decreto 1245/1995, que les impedían continuar

desempeñando profesiones u oficios relacionados con el desempeño de cargos de dirección, públicos o privados, vinculados con entidades bancarias, crediticias o financieras.

3.- En el expediente de indulto, el Ministerio Fiscal informó en el sentido de comprender los motivos de la solicitud en punto a la pena accesoria, por lo que no se opuso al indulto parcial solamente en relación con la pena accesoria y no con las principales de privación de libertad y multa, considerando que concurrían los requisitos necesarios para el indulto parcial.

4.- La Audiencia Provincial de Barcelona, en Auto de 2 de septiembre de 2011, y ante la solicitud de suspensión de ejecución de las penas por petición de indulto, así como la no anotación en el Registro Central de Penados y Rebeldes de la condena dictada por el Tribunal Supremo mientras dicho indulto se tramitaba y resolvía, decidió suspender la ejecución de las penas impuestas pero desestimó la petición de que no se anotaran los antecedentes penales, ordenando remitir las correspondientes Notas de Condena al Registro Central de Penados y Rebeldes.

5.- La Sala Segunda de este Tribunal Supremo, mediante exposición razonada de 20 de octubre de 2011, indicó al Ministro de Justicia que no apreciaba la concurrencia de razones de justicia o equidad para la concesión del indulto que se solicitaba, informando desfavorablemente dicha petición.

TERCERO. Comienza la demanda acotando el objeto de impugnación, como ya se hizo en el escrito de interposición del recurso, distinguiendo entre lo que considera el contenido esencial y propio del indulto -la condonación de las penas- y la parte que excede de ese contenido esencial, que califica de acto separable de la gracia y estima contrario a diversos preceptos constitucionales, amén de lesivo a los intereses de los recurrentes.

A juicio de esta parte, el Consejo de Ministros al acordar el indulto parcial sólo podía, en aplicación de los arts. 6 y 7 de la Ley de Indulto,

indultar la pena accesoria que por su naturaleza va ligada a la pena principal, pero nada más. En este sentido advierte que lo que considera exceso de los Reales Decretos de indulto tiene por finalidad impedir que se aplique el Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio, sobre Creación de Bancos, actividad transfronteriza y otras cuestiones relativas al régimen jurídico de las entidades de crédito, cuyo art. 2.f) exige una serie de requisitos para ostentar cargos de dirección en las entidades bancarias, entre otros *"ser de reconocida honorabilidad comercial y profesional"*, entendiéndose, en todo caso, que carecen de tal honorabilidad para dichos cargos y responsabilidades, según dispone el apartado 2 de dicho art. 2 del RD 1245/1995, *"quienes en España o en el extranjero, tengan antecedentes penales por delitos dolosos"*(con independencia que hayan sido indultados), como así consta en el Registro Central de Penados y Rebeldes, donde dicha condena figura inscrita. De esta manera, los Reales Decretos de indulto impugnados al *"dejar sin efecto cualesquiera otras consecuencias jurídicas o efectos derivados de las sentencias, incluido cualquier impedimento para ejercitar la actividad bancaria"*, no están indultando la pena accesoria, sino que están acordando unos efectos administrativos no previstos en la Ley de Indulto y, por tanto, contrarios a la misma, en la medida en que el Gobierno está ejercitando unas competencias de las que carece. Habría así una primera causa de nulidad de pleno derecho, ex art. 62 de la ley procedimental, por haberse dictado el exceso por órgano manifiestamente competente.

Un segundo motivo de nulidad recogido en la demanda es la existencia de un fraude de ley. En desarrollo de este motivo se indica que el Consejo de Ministros se ha aprovechado de la prerrogativa de gracia, cuya finalidad es excepcionalísima y acotada en la Ley de Indulto, para impedir que el Banco de España lleve a cabo su mandato regulador e inspector del cumplimiento normativo de los requisitos que han de ostentar quienes ocupan cargos de administración o dirección relacionados con la actividad bancaria, que no permite que personas condenadas por delitos dolosos puedan ostentarlos por falta evidente del requisito de *"reconocida honorabilidad comercial y profesional"* en los términos del art. 2 del Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio.

La ausencia de motivación, en la parte del exceso, es el tercer y último motivo de nulidad que invoca la parte recurrente. En su desarrollo

hace referencia a los informes y dictámenes realizados con carácter previo al indulto y que pudieran servir de justificación de su concesión, sin que en ninguno de ellos se hiciera referencia alguna a dejar sin efecto otras consecuencias distintas que la condonación de la pena impuesta. Reflexiona también la parte, con carácter general, sobre la necesidad de que los indultos hayan de motivarse por tratarse de actos de los poderes públicos excepcionales pero insertos en el marco del Estado de Derecho, y muy especialmente cuando se aprovecha la concesión del indulto para impedir la aplicación de la normativa sectorial administrativa sin que exista ningún precedente semejante. Culmina su razonamiento señalando que se ha incurrido en desviación de poder.

Como conclusión se pide la nulidad de la parte de exceso de los Reales Decretos por ser arbitrarios y contrarios a derecho con incidencia en los arts. 9 (seguridad jurídica), 14 (derecho de igualdad), 24 (tutela judicial efectiva), 106 (control de la legalidad de la actuación administrativa), y 117 (potestad jurisdiccional en la ejecución de lo juzgado), todos ellos de la Constitución Española.

CUARTO.- El señor Abogado del Estado propone en primer lugar la inadmisibilidad del recurso al haber sido interpuesto por persona no legitimada, por no afectar los Reales Decretos impugnados a la esfera personal ni patrimonial de los recurrentes. Califica, además, de mala fe la pretensión anulatoria ejercitada en la demanda y sostiene que en este asunto no hay más interesado que los indultados.

Sobre el fondo del asunto, recuerda el aforismo de que quien puede lo más, puede lo menos, resolviéndose así, según el representante de la Administración, los problemas competenciales que plantea la actora, en tanto que el fraude de ley que se denuncia no merece mayor atención salvo para tildar de *escandaloso* el recurso que se contesta. En cuanto a la motivación, sostiene que los indultos, aún siendo actos discrecionales, ejercitan la prerrogativa real de gracia (art. 62.i CE) y no están sometidos al régimen de la Ley 30/1992, siendo sólo controlables los actos formales de tramitación, con cita de la sentencia de esta Sala de 7 de mayo de 2010 (Rec. 68/2009).

Concluye negando que exista quiebra del principio de igualdad por falta de un parámetro adecuado de comparación y afirmando que, indultada la pena principal y la accesoria, el indulto ha de extenderse a las consecuencias administrativas inherentes a la condena penal.

QUINTO. Don Miguel Angel Calama Teixeira plantea también en su escrito de contestación a la demanda la inadmisibilidad del recurso por constituir los Reales Decretos de indulto actos del Gobierno por los que se ejerce la prerrogativa de gracia y, por tanto, exentos del control judicial en lo relativo al núcleo definitorio de la decisión, a tenor de lo establecido en los arts. 2 y 69.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. En consecuencia, la conmutación de las penas y la supresión de las consecuencias jurídicas o efectos derivados de la sentencia integran la parte esencial y dispositiva del indulto, de tal modo que ambas determinaciones resultan amparadas por la Ley de 1870, que faculta al Gobierno no sólo para conmutar, total o parcialmente las penas (arts. 1, 4 y 6), sino también para adoptar aquellas otras determinaciones y condiciones que estime convenientes en el ejercicio de la prerrogativa de gracia (arts. 13.2, 16 y 18), siempre que no estén prohibidas por la Ley.

Añade este escrito que no se ha producido la derogación singular del Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio, sobre el Régimen Jurídico de las Entidades de Crédito, por cuanto el objeto del Real Decreto de indulto no es excepcionar dicha norma sino impedir la aplicación de los efectos de los antecedentes penales haciendo desaparecer como consecuencia jurídica la presunta falta de honorabilidad como impedimento para el ejercicio de la actividad bancaria. Tampoco puede hablarse de inderogabilidad singular de los Reglamentos al no tratarse el Real Decreto recurrido de un acto administrativo del Consejo de Ministros, sino de un acto político del Gobierno.

Insiste esta parte en el hecho de que cuando la Ley reguladora del Indulto quiere dejar fuera de los efectos de la gracia determinados extremos lo dice expresamente, sin que ninguna norma impida que deje sin efecto la inscripción de la sentencia en el Registro Central de Penados y Rebeldes.

Considera, además, que existen en este caso razones de justicia y de proporcionalidad que justifican el alcance del indulto. Ello es así porque de mantenerse los efectos de la inscripción de la sentencia en el Registro Central de Penados y Rebeldes conllevaría una privación de derechos de gravedad sustancialmente muy superior a la propia pena accesoria de suspensión de profesión u oficio impuesta por la sentencia de este Tribunal Supremo.

Rechaza también esta parte las consideraciones de la actora sobre los actos separables referidas al Real Decreto de indulto, pues éste es todo él un acto del Gobierno no sujeto a fiscalización.

Finalmente, sobre el fraude de ley recuerda que es un instituto propio del derecho privado y sobre la exigencia de motivación señala que este requisito es propio de la actuación administrativa y no de los actos políticos.

SEXTO.- El segundo codemandado, el señor don Alfredo Sáenz Abad, asimismo propone la inadmisión del recurso por no ser fiscalizable por esta jurisdicción la prerrogativa de gracia ejercida por el Gobierno de la Nación mediante el Real Decreto impugnado, pues no se trata de la actuación de una Administración Pública sujeta al Derecho Administrativo sino de un acto político, y por carecer los recurrentes de legitimación activa pues de triunfar su pretensión ninguna incidencia tendrá en su esfera jurídica o de intereses ya que la impugnación está exclusivamente referida al inciso final del indulto, sin que el interés por legalidad pueda constituir el sustrato jurídico de la legitimación.

Sobre el fondo afirma que el inciso final del Real Decreto impugnado llena materialmente de contenido al dejar sin efectos las consecuencias que la normativa extrapenal, como el RD 1245/1995, anuda a las penas impuestas que han sido conmutadas. Ello es así porque la Ley de Indulto no fija límites en cuanto a hacer desaparecer las consecuencias de las penas, aunque resulten de una normativa extrapenal. Si no se hiciera así, la prerrogativa de gracia se vería materialmente privada de contenido, pues el indulto de la pena de

suspensión de profesión u oficio debe permitir el ejercicio de todos los derechos dimanantes de los mismos, pues de otro modo el indulto sería absolutamente inútil y no produciría ningún efecto favorable en la esfera jurídica del indultado. En sustento de estos argumentos trae a colación la doctrina sentada por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción en su sentencia de 13 de junio de 2001 y las previsiones contenidas en el RD 33/1986, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado que prevé los indultos de sanciones disciplinarias.

En parecidos términos al anterior codemandado, insiste el señor Sáenz Abad en el hecho de que ni el texto constitucional, ni tampoco la propia Ley de Indulto, contienen previsión alguna que limite o restrinja la potestad del Gobierno de remitir, modular o conmutar las penas con todas sus consecuencias, entre ellas las resultantes de la normativa extrapenal. Adicionalmente, el art. 18 de la LOPJ sustenta las anteriores afirmaciones pues después de recoger el principio general de ejecución de las sentencias en sus propios términos dispone que ese principio se *entiende sin perjuicio del derecho de gracia*.

Para esta parte no cabe que una norma reglamentaria, como el RD 1245/1995, limite los efectos de una potestad constitucional del Gobierno de la Nación que permite excepcionar los efectos de la ley penal.

Niega, finalmente, que se haya producido una lesión de los principios de igualdad y de seguridad jurídica, o que se haya producido una actuación en fraude de ley, no siendo exigible la motivación al acto de indulto por no ser un acto administrativo.

SÉPTIMO.- El Sr. Abogado del Estado y las dos partes codemandadas proponen conjuntamente como causa de inadmisibilidad la falta de legitimación activa de los recurrentes, fundada esta causa en la consideración de que los Reales Decretos de indulto impugnados no inciden en la esfera de intereses de aquellos, ni en la personal ni en la patrimonial. Se añade a este argumento que el derecho o interés lesionado que confiere legitimación en vía penal al ofendido se ve

satisfecho con la sentencia condenatoria, que supone la aplicación de las consecuencias previstas por la Ley Penal para cada tipo de conducta y agota el resarcimiento moral del ofendido por el delito, sin que el deseo de apartar a una persona de su actividad profesional tenga nada que ver con el bien jurídico protegido por la norma penal.

En el orden contencioso-administrativo la legitimación activa se deduce, según una consolidada jurisprudencia de este Tribunal, en consideración a la titularidad de un derecho o interés legítimo que suponga una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de suerte que, de estimarse ésta, se produzca un efecto positivo o beneficio o la eliminación de un efecto negativo o perjuicio que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial. Esta ventaja ha de ser concreta y efectiva.

El criterio de delimitación de la legitimación fundado en la existencia de un derecho o interés legítimo (art. 19.1.a LJCA 1998), como superador del inicial interés directo (art. 28 LJCA 1956) en el orden contencioso-administrativo, ha sido reiteradamente declarado por el Tribunal Constitucional (entre otras SSTC 60/2001, de 29 de enero, 203/2002, de 28 de octubre, y 10/2003, de 20 de enero).

Así la STC 52/2007, de 12 de marzo, FJ 3, nos recuerda que en relación al orden contencioso-administrativo, "el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético). Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta. O, lo que es lo mismo, el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (SSTC 252/2000, de 30 de octubre, FJ 3, 173/2004, de 18 de octubre, FJ 3, y 73/2006, de 13 de marzo, FJ 4).

El principio *pro actione*, expresión del derecho a la tutela judicial efectiva, impone a este Tribunal interpretar con amplitud la fórmula del art. 19.1.a) de la Ley de la Jurisdicción, sin que ello suponga, desde luego, una relativización o devaluación de los presupuestos o requisitos procesales exigidos por la Ley de la Jurisdicción.

La inadmisibilidad por falta de legitimación de los recurrentes fue planteada, como alegación previa, por el Sr. Abogado del Estado y mereció contestación en nuestro Auto de 12 de junio de 2012, en el que se expresaron como razones que justificaban la legitimación la de que los recurrentes habían sido víctimas del delito por el que los señores Sáenz Abad y Calama Teixeira han sido indultados, habiendo intervenido como acusación particular en el proceso penal seguido por aquellos hechos, así como su participación, en trámite de audiencia, en el procedimiento seguido para la concesión de indulto, por preverlo así la propia Ley de 18 de junio de 1870. Es decir, considerábamos que si los recurrentes han sido parte en el proceso penal, por su voluntad y por autorizarlo así la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y fueron intervinientes en el procedimiento administrativo preparatorio del ejercicio de la prerrogativa de gracia, por quererlo también su ley reguladora y haber sido incorporados al expediente con este fin, no es posible negarles ahora su aptitud para este proceso, tan estrechamente vinculado a los anteriores en su génesis y justificación, pues tan concernidos están aquí sus intereses como lo estuvieron en el proceso penal y en el procedimiento administrativo seguido en el Ministerio de Justicia.

También se dice por el representante el señor Sáenz Abad que la legitimación del ofendido (el interés) se vio satisfecha con la condena penal, que le resarcó moralmente por el delito, sin que el mero interés por la legalidad pueda justificar la legitimación.

Esa disociación que se predica de la condena penal y el indulto no es correcta. El indulto, y su extensión, sólo se justifica en la previa condena penal, de suerte que sin condena no puede haber indulto, como se encarga de recordar el art. 2 de la ley reguladora de la gracia. Si la víctima tiene interés en la condena también lo tiene en el perdón y en su contenido, pues si aquella satisface moralmente un interés personal que

justifica la legitimación y así lo reconoce la Ley, el perdón no puede dejar de producir ese mismo efecto procesal por la razón contraria.

Se puede argüir que la víctima no puede impedir el indulto, pues esta prerrogativa pertenece a la categoría de los actos graciabiles cuya concesión o denegación es libérrima para el poder público titular de la misma. Siendo esto así, lo que no es ajeno a la víctima es que, ya que ha de aceptar el perdón público, éste se ajuste a lo previsto en la Ley y no se extienda más allá de los límites que ésta impone, pues si se concede la gracia extramuros de la Ley, ese interés que justificó su presencia en el proceso penal sería completamente burlado. Precisamente esta es la ventaja o utilidad jurídica potencial que justifica su presencia en este proceso y no tanto la voluntad de que se respete la ley o de que se aparte de su actividad profesional a determinadas personas, como sostiene la codemandada. No obstante, esta última consideración tampoco es ajena a la legitimación en nuestro caso. El delito de acusación falsa por el que los indultados fueron condenados, y del que los recurrentes fueron víctimas, se realizó -como se establece en los hechos probados de las sentencias a los que nosotros nos atenemos- en el ejercicio de una determinada actividad profesional, la bancaria, de donde resulta que no es ilegítimo que quien lo sufrió pretenda mantener apartados de dicha actividad a los indultados.

Observadas conjuntamente las anteriores consideraciones desde esa atalaya que es el principio *pro actione*, no podemos negar la aptitud de los demandantes para participar en este proceso, superándose el requisito necesario de la legitimación para que este Tribunal Supremo pueda examinar el fondo del litigio.

Debemos pues rechazar la decisión *a limine* que se postula, por rigorista y por cuanto revela una clara desproporción entre los fines que esta causa de inadmisión trata de preservar y el interés que habría de ser sacrificado de aquellos que fueron víctimas de un delito cuyos efectos han sido eliminados por el perdón.

OCTAVO.- Proponen los dos codemandados una segunda causa de inadmisibilidad del recurso, la del art. 69.c) de la Ley de la

Jurisdicción, por considerar que, al tratarse el indulto de un acto político, no está sujeto al control de esta jurisdicción. En este sentido, el señor Calama Teixeira nos recuerda nuestra jurisprudencia en la que se señala que esta acción del Gobierno no está sometida al control judicial fuera de los aspectos reglados (SSTS de 17 de febrero de 2010, 7 de mayo de 2010 o 24 de septiembre de 2010), incluso considera, con cita del auto de 31 de enero de 2000, que está limitada a los aspectos puramente procedimentales de cumplimiento de los trámites establecidos para su adopción. Y así, afirma que la supresión de las consecuencias jurídicas o efectos derivados de la sentencia constituye una determinación del acto de gracia que no sólo se integra en el núcleo esencial del indulto sino que además no está prohibida por la Ley y, por consiguiente, deviene inimpugnable al igual que la conmutación de las penas.

Abunda en estas consideraciones la representación procesal del señor Sáenz Abad para quien el ámbito objetivo de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se extiende a la actuación de las Administraciones Públicas sujeta al Derecho Administrativo y la actuación del Gobierno contra la que se dirige el presente recurso no pertenece a ese ámbito objetivo, dando a entender, aún sin manifestarlo expresamente, que en materia de indulto el Gobierno funciona como un poder *a legibus solutus*, desligado de las leyes, y, como tal, exento de control alguno.

Esta causa de inadmisibilidad está estrechamente entrelazada con la cuestión de fondo, que abordaremos más adelante, por lo que sin perjuicio de contestarla ahora los argumentos que exponemos se completan con las consideraciones que se recogen en los próximos fundamentos.

Las partes codemandadas, con su planteamiento, confunden el hecho de que la decisión graciable, en cuanto a su adopción, no esté sujeta a mandato legal alguno, siendo de plena disposición para el Gobierno la concesión o denegación del indulto, con el hecho de que se trate, por ese motivo, de una prerrogativa inmune a todo control. El indulto no es indiferente a la Ley, muy al contrario es un *quid aliud* respecto de la Ley, y, por tanto, no puede ser ajeno a la fiscalización de los Tribunales, pues en un Estado constitucional como el nuestro, que se

proclama de Derecho, no se puede admitir un poder público que en el ejercicio de sus potestades esté dispensado y sustraído a cualesquiera restricciones que pudieran derivar de la interpretación de la Ley por los Tribunales.

Ciertamente la prerrogativa de indulto, a diferencia de las potestades administrativas, no es un poder fiduciario cuyo único fin legítimo sea satisfacer un interés público legalmente predeterminado, pero esa sustantiva diferencia con la potestad administrativa y con sus singulares mecanismos de control, como la desviación de poder, no empece para que el ordenamiento también regule aspectos esenciales del ejercicio de esta potestad graciable que operan como límites infranqueables para el Gobierno. Queremos decir con ello que el control judicial respecto de los actos del Gobierno no queda limitado al ejercicio de sus potestades administrativas, sino que también se extiende a otros actos de poder procedentes del Ejecutivo, en la medida en que están sujetos a la Ley, aunque no se cumpla con ellos una función administrativa.

Por ello, los indultos son susceptibles de control jurisdiccional en cuanto a los límites y requisitos que deriven directamente de la Constitución o de la Ley, pese a que se trate de actos del Gobierno incluidos entre los denominados tradicionalmente actos políticos, sin que ello signifique que la fiscalización sea *in integrum* y sin límite de ningún género, pues esta posición resultaría contraria también a la Constitución. El propio Tribunal Constitucional ha señalado que la decisión (conceder o no conceder) no es fiscalizable sustancialmente por parte de los órganos jurisdiccionales, incluido el Tribunal Constitucional (ATC 360/1990, FJ 5).

En definitiva, como se afirmó en la sentencia de Pleno de esta Sala de 2 de diciembre de 2005 (Rec. 161/2004), los actos del Gobierno están sujetos a la Constitución y a la ley según nos dice el artículo 97 del texto fundamental, concretando respecto de este órgano el mandato general del artículo 9.1, y los Tribunales, prescribe su artículo 106.1, controlan la legalidad de la actuación administrativa, lo cual guarda estrecha conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1, también de la Constitución. Por eso, la Ley de la Jurisdicción, a la que se remite en este punto el artículo 26.3 de la Ley

50/1997, del Gobierno, dispone en su artículo 2 a), que este orden jurisdiccional conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con "la protección jurisdiccional de derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuera la naturaleza de dichos actos". Precepto legal este último que recoge la jurisprudencia sentada por la Sala Tercera bajo la vigencia de la Ley de la Jurisdicción de 1956 y que encuentra su más completa expresión en las Sentencias de su Pleno de 4 de abril de 1997 (recursos 602, 634, 726, todos de 1996) conforme a las cuales los Tribunales de lo Contencioso Administrativo han de asumir aquél control, incluso frente a los actos gubernamentales de dirección política, cuando el legislador haya definido mediante conceptos judicialmente asequibles los límites o requisitos previos a los que deben sujetarse para comprobar si el Gobierno ha respetado aquellos y cumplido estos al tomar la decisión de que se trate.

Pues bien, nuestra jurisprudencia ha señalado reiteradas veces, en relación con esta concreta materia, que la fiscalización que nos compete abarca los elementos reglados de la gracia. Así, aún cuando el Gobierno puede decidir a quién perdona y a quién no y si perdona la totalidad o solo parte de la pena, e incluso imponer condiciones para la condonación, lo cierto es que lo que se puede perdonar, el contenido material del indulto, lo marca la Ley y este elemento reglado es el que abre la puerta al control de la jurisdicción.

Otra cosa es que la puntual decisión adoptada en los Reales Decretos impugnados, el ejercicio concreto de la prerrogativa que aquí se ha hecho, pueda ser controlable, pues, según se afirma, lo acordado forma parte del núcleo esencial de la gracia en el que la libertad del Gobierno es máxima, pero este planteamiento afecta al fondo del asunto litigioso y no puede ser obviado liminarmente.

La segunda causa de inadmisibilidad debe rechazarse.

NOVENO.- Fijados los términos del debate procesal en los anteriores fundamentos y despejados los obstáculos procesales, debemos adentrarnos en la cuestión nuclear del recurso, que no es otra que la determinación del alcance de la prerrogativa de gracia de indulto particular y los límites que afectan al Gobierno en el ejercicio de la misma en nuestro particular caso, pues la extralimitación en el ejercicio del derecho de gracia constituye el primero y principal motivo de impugnación de los Reales Decretos.

La principal mención constitucional del indulto se encuentra recogida en el art. 62.i de la CE, ubicado en el Tit. II, de la Corona, precepto que lo configura como atribución formal del Rey, con el refrendo del ministro responsable, de acuerdo con el art. 64 CE.

Por su parte, el art. 102.3 CE establece que la prerrogativa real de gracia no será aplicable a los casos de responsabilidad criminal de los miembros del Gobierno y el art. 87.3 CE excluye de la iniciativa legislativa popular el derecho de gracia.

Complementa esta regulación constitucional la Ley Provisional de 18 de junio de 1870 que establece reglas para el ejercicio del derecho de gracia de indulto, norma que fue modificada parcialmente por la Ley 1/1988, de 14 de enero.

De estos preceptos se deduce que el indulto particular es un acto del Gobierno que se exterioriza por un Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, firmado por el Rey, con el refrendo del Ministro de Justicia.

Del marco normativo expuesto dos preceptos destacan para la decisión de nuestro caso: el art. 62.i) de la Constitución y el art. 1º de la Ley de 1870.

El art. 62.i) dice que corresponde al Rey: *i) Ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales, en tanto que el art. 1º de la Ley de Indulto establece: Los reos de toda clase de delitos podrán ser indultados, con arreglo a las disposiciones de esta Ley, de toda o parte de la pena en que por aquéllos hubiesen incurrido.*

Así, según nuestra Constitución el derecho de gracia se ejerce *con arreglo a la ley* y la Ley señala que el indulto se extiende a *toda o parte de la pena* en que hubiesen incurrido los reos de toda clase de delitos, pero a nada más.

Este sencillo planteamiento discursivo, basado en estas dos normas, permite resolver nuestro asunto litigioso. La Constitución quiere que esta prerrogativa excepcional sólo pueda ejercerse dentro de un determinado marco legal y el que tenemos establecido (la Ley de 1870), en relación con las condenas por delito, no permite más indulto que el de la pena.

Llevar más allá la extensión de la gracia no sólo contraviene la ley que la ordena sino la propia Constitución. La prerrogativa de indulto supone una intromisión del poder ejecutivo en los resultados de un proceso penal, seguido con todas las garantías y en el que se ha impuesto por los Tribunales la consecuencia (pena) prevista en la Ley para quien ha cometido un delito. La gracia del indulto, aún justificada su existencia en el intento de consecución de la justicia material del caso concreto inspirado en el valor justicia (art. 1 CE), es una prerrogativa excepcional que sólo puede insertarse como institución en el seno del Estado constitucional, que se afirma como Estado de Derecho, sujetándose al principio de legalidad, con lo que ello supone de límite pero también de presupuesto habilitante. Así lo ha querido la Constitución de 1978, y así lo han querido todas las constituciones anteriores desde la de 1812, al incorporar todas ellas el mandato de que el indulto se otorgue siempre con arreglo a la Ley.

Bastaría con lo expuesto para estimar el recurso al haber incurrido el Gobierno en un claro *ultra vires* en relación con el apoderamiento recibido de la Ley. No obstante ello, los esforzados escritos de los codemandados, que pretenden sentar la conclusión contraria, merecen una respuesta más pormenorizada.

DÉCIMO.- El representante procesal del señor Calama Teixeira argumenta que la supresión de las consecuencias jurídicas o efectos

derivados de la sentencia integran la parte esencial y dispositiva del indulto, estando amparadas ambas determinaciones en la Ley, citando a modo de ejemplo los arts. 13.2, 16 y 18, siempre que no estén prohibidas en la Ley.

Viene a sostener esta parte la existencia de un apoderamiento genérico, a modo de *favor libertatis* en el ejercicio de la potestad, a favor del Gobierno, en lo que se refiere a la fijación del contenido del indulto, al punto de que la gracia puede extenderse a voluntad del ejecutivo a todo aquello que no esté prohibido y siempre que de una u otra manera sea consecuencia de la condena penal.

No compartimos este planteamiento.

Por una parte, porque a diferencia de otro tipo de actos políticos, especialmente aquellos que son propios del Gobierno en su función de dirección política del Estado, en los que la Ley no prefigura normalmente ni su extensión ni su contenido y sólo la Constitución les da cobertura, el indulto es esencialmente un producto jurídico que se justifica en virtud de una atribución normativa precedente que sirve para condicionar la extensión y límites de su ejercicio, aunque lo sea con un amplísimo margen de libre decisión. Son la Constitución y la Ley las que proporcionan el atributo de la clemencia al Gobierno y es esta última la que fija hasta donde su ejercicio puede producir efectos jurídicos en un sentido positivo. Precisamente estos condicionantes jurídicos de la prerrogativa son los que autorizan la fiscalización del poder judicial, y concretamente de esta jurisdicción, como antes hemos señalado.

En segundo lugar, porque no es cierto que sea aplicable en materia de indulto la máxima *permissum videtur in omne quod not prohibitum*, pues tal principio, que autoriza a hacer lo que no está expresamente prohibido, haría imposible que la gracia se conceda *con arreglo a la ley*, esto es de conformidad con sus disposiciones, y por tanto perdonando sólo aquello que la ley permite perdonar. No hay en esta materia espacios francos o libres de la Ley en los que el Gobierno pueda actuar *a legibus solutus*, con un poder ajurídico, pues debe hacerlo siempre *con arreglo a la ley* como manda la Constitución, de suerte que si se produce un desajuste o disconformidad, como sucede cuando el

contenido de la gracia excede el ámbito marcado taxativamente en la Ley de Indulto, se incurre en infracción del ordenamiento jurídico, al no admitir nuestra Constitución poderes inmunes al Derecho (art. 9.1 CE). No queremos decir con ello que un ejercicio adecuado de la clemencia, con los importantes márgenes de libertad, no fiscalizables, de que dispone el Gobierno, contradiga el Estado de Derecho, pues su uso -y esta es su justificación- permite compatibilizar las exigencias de la justicia formal con las de la justicia material, como se afirmó en el Auto del Tribunal Constitucional 360/1990, pero ello no nos debe llevar a olvidar que el derecho de gracia, como ya hemos dicho en el anterior fundamento, es una potestad extraordinaria de intervención de un poder estatal, el Ejecutivo, en el ámbito de competencia de otro, el Judicial, de manera que, una vez constitucionalmente admitida la prerrogativa por la razón indicada, su uso ha de estar rodeado de cautelas y límites, con objeto de procurar la menor perturbación posible para el orden jurídico, marcando así una diferencia sustancial entre la prerrogativa de gracia aceptada en el Estado constitucional con la *indulgentia principis* propia de la Roma imperial o de las Monarquías absolutas, cuyo ejercicio y extensión no respondía a más voluntad que la de su titular.

La parte, en apoyo de su tesis de que la prerrogativa no tiene más límites que los explícitos, trae a colación diversos preceptos de la Ley de Indulto, de los que, supuestamente, deduce la existencia de apoderamientos implícitos dirigidos al Gobierno, que permiten condonar consecuencias distintas de la pena o penas impuestas. Sin embargo, de esos preceptos no puede extraerse semejante consecuencia. El art. 13.2 ordena que la conmutación de la pena principal, se extiende también a sus accesorias, según las prescripciones del Código; en el art. 16 se permite la imposición de condiciones al penado en la concesión de la gracia que la justicia, la equidad o la utilidad pública aconsejen; y en el art. 18 se declara irrevocable el indulto con arreglo a las cláusulas con que hubiere sido otorgado. Ninguno de estos textos, rectamente interpretado, autoriza al Gobierno a condonar cosa distinta que la pena o penas impuestas.

También se invoca por el representante del señor Sáenz Abad el art. 18.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial como oposición a la postura de los recurrentes. Este precepto establece que las sentencias se

ejecutarán en sus propios términos con la matización de ese apartado tercero que señala que ello *se entiende sin perjuicio del derecho de gracia, cuyo ejercicio, de acuerdo con la Constitución y las leyes, corresponde al Rey.*

De esta norma tampoco puede extraerse la consecuencia pretendida por la parte de que existe un apoderamiento implícito a favor del Gobierno que le permite condonar otros efectos distintos a la pena, pues también aquí se recuerda que el ejercicio del derecho de gracia, que puede excepcionar la ejecución total o parcial de las penas impuestas por sentencias firmes dictadas en los procesos penales, debe hacerse *de acuerdo con la Constitución y las leyes*, lo que marca indeleblemente el presupuesto y la medida de la decisión.

Del mismo modo, la cita de normas reglamentarias que autorizan al poder público a condonar sanciones disciplinarias no sirve tampoco para extraer ese principio general que se postula, justificativo de una ilimitada prerrogativa del perdón, pues siempre es necesario, como la propia cita certifica, que una norma jurídica lo autorice. Además de ello, no estamos aquí en presencia de una sanción disciplinaria.

UNDÉCIMO.- También se aduce por el señor Calama Teixeira que no se ha producido una derogación singular del Real Decreto 1245/1995, sobre el Régimen Jurídico de las Entidades de Crédito, que prohíbe la actividad bancaria a quienes tuvieren antecedentes penales, por cuanto la finalidad del Real Decreto de indulto no es excepcionar dicha norma sino impedir la aplicación de los efectos de los antecedentes penales. Viene a sostenerse que en virtud del inciso final de los indultos los antecedentes penales dejan de existir en la realidad jurídica, pues sólo con esa consecuencia será posible que desaparezca el impedimento para ejercer la actividad bancaria.

Es evidente que el inciso final de los Reales Decretos de indulto impugnados solo puede ser entendido de dos maneras: O bien que elimina los antecedentes penales de los indultados para evitar las consecuencias administrativas previstas en la normativa bancaria; o bien que, sin eliminarlos, excepciona singularmente a los indultados del

requisito de honorabilidad establecido en el RD 1245/1995, requisito del que carece el que tiene antecedentes penales. Veamos si es posible alguna de estas situaciones.

La condena penal determina la inscripción en un registro administrativo -el Registro Central de Penados y Rebeldes- de la comisión del delito y de la pena impuesta. En este registro se inscriben las resoluciones firmes por la comisión de un delito o falta que impongan penas o medidas de seguridad, dictadas por los Juzgados o Tribunales del orden jurisdiccional penal. Se anota en él, entre otros extremos, la fecha de la sentencia que imponga la pena o medida de seguridad, la fecha de la firmeza, órgano judicial sentenciador, el delito o delitos por los que se condena, la pena o medida de seguridad impuesta y su duración, la fecha de la comisión del delito, el grado de participación del condenado, la responsabilidad civil, etc...

La inscripción de los antecedentes penales es un efecto administrativo de la condena penal y sirve de apoyo fundamentalmente a la Administración de Justicia, como factor de individualización de las penas en los procesos penales y de adopción de medidas cautelares. Así, entre otros extremos, es relevante para la apreciación de la agravante de reincidencia (art. 22.8ª del CP), como elemento de valoración para acordar la prisión provisional (art. 503 LECrim), para individualizar la pena (art. 66 del Código Penal), o para la concesión de la remisión condicional (art. 81 del Código Penal), entre otros supuestos. También su ausencia se constituye en un requisito para el acceso a determinadas funciones públicas, como el ingreso en la Carrera Judicial (art. 303 de la LOPJ), para obtener determinadas autorizaciones administrativas, como la licencia de armas (Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas), o como requisito para ejercer determinadas actividades para las que es exigible una especial honorabilidad, como es la actividad bancaria (art. 2.2. del RD 1245/1995).

La eliminación de los antecedentes penales, fuera de los supuestos previstos en la Ley, privaría de eficacia a todas esas normas que, a título de ejemplo, hemos enumerado, y supondría dejar tácitamente sin efecto determinados preceptos legales, como el art. 245

de la LECrim, que obliga a la anotación de los antecedentes penales, o el art. 136 del Código Penal, que desvincula la extinción de la responsabilidad criminal de la existencia de antecedentes, al establecer como única razón de su cancelación el transcurso del tiempo.

Además, la eliminación de los antecedentes penales, vía indulto, supondría la eliminación del registro administrativo del delito y de la propia condena penal, contraviniendo también aquí un mandato del Código Penal que sólo prevé la cancelación de los antecedentes por el transcurso del tiempo, e incluso una contravención de la propia Ley de Indulto, que excluye expresamente del perdón determinadas consecuencias de la condena penal que deben constar en el Registro como son la responsabilidad civil o la condena en costas.

Es obvio que un acto del Gobierno, como es el indulto, por muy acto político que sea, no puede excepcionar la aplicación de estas leyes, haciendo desaparecer el rastro administrativo de la condena sin que hayan transcurrido los plazos legales de cancelación.

Tan cierto es lo que estamos diciendo que, habiéndose intentado durante la tramitación del expediente de los indultos que no se produjera la anotación de la condena en el Registro Central de Penados y Rebeldes, dicha anotación se produjo, como se deduce del Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de septiembre de 2011, en el que claramente se exponen además las razones que impedían acceder a lo solicitado.

No es admisible pues, por contravenir el ordenamiento jurídico, que a través del indulto se eliminen los antecedentes penales. Luego veremos si se pueden eliminar, en casos concretos, los efectos derivados de tener antecedentes penales.

DUODÉCIMO.- En línea con la anterior argumentación del señor Calama Teixeira, la representación procesal del señor Sáenz Abad trae a colación la sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 13 de junio de 2001, dictada a propósito del Real Decreto 2392/2000, de 1 de diciembre, por el que se vino a indultar a don Francisco Javier Gómez de

Liaño la pena de inhabilitación especial, "*con todas las consecuencias, lo que supone su reintegro a la Carrera Judicial*". Para esta parte, el indulto al señor Gómez de Liaño fue más allá de la condonación de la pena, al ser *con todas sus consecuencias*, y el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, al resolver el conflicto planteado en relación con la ejecución de dicho indulto entre la Sala Segunda de este Tribunal Supremo y el Ministerio de Justicia, se pronunció señalando que "*la competencia sobre el alcance del indulto otorgado a don Francisco Javier Gómez de Liaño, en relación con la pena ejecutada, corresponde al Gobierno*." Para esta representación, con fundamento en esta sentencia, no cabe duda de que la prerrogativa de gracia puede extenderse a "*todas las consecuencias*" anudadas a las penas a las que se extiende, para lo cual el Gobierno es el único órgano constitucionalmente competente.

Sobre esta afirmación apodíctica hemos de precisar, como ya hicimos con un cierto detalle en el anterior fundamento, que los antecedentes penales no son una consecuencia anudada a la pena, sino a la condena penal, a la sentencia, resolución que no se limita a imponer una pena sino que también declara la existencia de un delito y la participación que en él ha tenido el condenado, además de otros pronunciamientos como la responsabilidad civil o las costas. Por tanto, aunque el Gobierno pueda determinar el alcance del indulto respecto de la pena, cuestión que no suscita duda, no puede hacerlo extensivo, por las razones antes dichas, a otros efectos derivados de la sentencia, salvo que estuviera expresamente autorizado, que no lo está.

El conflicto que se suscitó en aquel caso, que se nos quiere poner de ejemplo de lo contrario de lo hasta aquí razonado, fue entre el Gobierno (Ministerio de Justicia) y la Sala Segunda de este Tribunal Supremo, como consecuencia de que esta última consideraba que a ella correspondía fijar el alcance del indulto en relación con la pena de inhabilitación especial que había sido impuesta y que la Sala Segunda consideraba ya cumplida. El Gobierno, por su parte, negaba que la potestad de indulto fuera compartida entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, y, aún más, negaba que este último pudiera dejar de aplicarlo cuando lo estimase conveniente por razones de legalidad.

El Tribunal de Conflictos de Jurisdicción en esta sentencia hizo los siguientes pronunciamientos de interés:

a) La concesión de indultos, no generales, es facultad reservada al Monarca, y su plasmación formal se efectúa a través de Real Decreto acordado por Consejo de Ministros, a propuesta de Justicia, cuyo control puede ejercitarse a través de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, con el alcance prevenido en los arts. 1 y 2.a) de la Ley 29/1998 (FJ 3).

b) Ese genérico control, que deriva del principio de legalidad recogido en la Constitución Española con carácter general -art. 9.3- ha de ejercitarse con arreglo a lo previsto en dicha jurisdicción especializada, sin que el punto de fricción del conflicto se refiera a esta posibilidad de control (FJ 3).

c) El conflicto se concreta en las potestades específicas que pueden corresponder al Tribunal de lo criminal con respecto a la aplicación del RD de indulto, si ese Tribunal estima que su contenido se opone a una norma legal de rango superior, en la que se establecen las reglas para el otorgamiento del mismo (FJ 3).

d) En cuanto a las consecuencias jurídico-administrativas del indulto, particularmente la existencia de antecedentes penales y su incidencia en el reingreso en la Carrera Judicial, es una materia que no corresponde al Gobierno ni al Tribunal sentenciador, sino al Consejo General del Poder Judicial cuya decisión al respecto será susceptible de impugnación jurisdiccional (FJ 6).

Y en el fallo se dijo:

Declaramos que la competencia sobre el alcance del indulto otorgado a don Francisco Javier Gómez de Liaño, en relación con la pena ejecutada, corresponde al Gobierno, debiendo deferirse las cuestiones relativas a su reintegro a la Carrera Judicial al Consejo General del Poder Judicial, que procederá en consecuencia en el ejercicio de sus competencias.

Pues bien, ninguna de las apreciaciones del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción entra en contradicción con lo razonado en esta sentencia, muy al contrario coinciden plenamente con lo que aquí se dice, y en cuanto al fallo se limita a declarar la competencia del Gobierno para

determinar alcance del indulto en relación con la pena pero no sobre las consecuencias jurídico-administrativas que se derivan de la condena, pronunciamiento que no le corresponde.

Esta alegación carece de consistencia.

DÉCIMO TERCERO.- Como advertimos en el primer fundamento de esta sentencia, una consecuencia jurídico-administrativa de la existencia de antecedentes penales es que una norma reglamentaria -el RD 1245/1995- presume que quien los tiene carece del requisito de honorabilidad previsto en dicha norma para el ejercicio de la actividad bancaria.

La finalidad perseguida por los indultados al solicitar el indulto, y del propio Gobierno al concederlo con la inclusión del inciso final en los Reales Decretos, era obtener, o procurar, la dispensa del impedimento de falta de honorabilidad, bien porque considerasen que como consecuencia del indulto se eliminaban los antecedentes penales cuya existencia es determinante de dicho impedimento, bien porque entendieran que a través de la gracia se podía eximir a los señores Calama Teixeira y Sáenz Abad de cumplir con el requisito de honorabilidad aunque tuvieran antecedentes penales por delito doloso.

Como los antecedentes penales no pueden ser cancelados por el indulto, según hemos razonado anteriormente, nos queda por juzgar, en relación con el primer motivo de impugnación de los recurrentes, la posibilidad de que el Gobierno extienda la gracia a la dispensa singular de un requisito contemplado en una norma de carácter general.

La defensa del señor Calama Teixeira acierta al poner el acento de sus alegaciones en el instituto de la inderogabilidad de los reglamentos por actos singulares, pues precisamente de eso se trata: si lo pretendido por ellos y lo acordado por el Gobierno supone una derogación singular de los arts. 2.1.f) y 2.2 del RD 1245/1995, y si lo supone, si tal derogación puede acordarse en un Real Decreto de indulto.

Antes de dar respuesta a estos interrogantes, recordemos lo que dice ese precepto reglamentario:

*"Concurre honorabilidad comercial y profesional en quienes hayan venido observando una trayectoria personal de respeto a las Leyes mercantiles u otras que regulan la actividad económica y la vida de los negocios, así como a las buenas prácticas comerciales, financieras y bancarias. En todo caso, **se entenderá que carecen de tal honorabilidad quienes**, en España o en el extranjero, **tengan antecedentes penales por delitos dolosos**, estén inhabilitados para ejercer cargos públicos o de administración o dirección de entidades financieras o estén inhabilitados conforme a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, mientras no haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso y los quebrados y concursados no rehabilitados en procedimientos concursales anteriores a la entrada en vigor de la referida Ley."*

El señor Abogado del Estado y el otro codemandado, sin hacer expresa referencia al instituto de la inderogabilidad singular de los reglamentos, dedican gran parte de sus exposiciones a justificar que el Gobierno sí puede extender el indulto a la dispensa de ese requisito de honorabilidad consistente en carecer de antecedentes penales. En este sentido, se afirma que la finalidad del indulto solo se satisface si, mediante la prerrogativa de gracia, se permite al condenado el ejercicio de derechos de los que se habría visto privado por virtud de la pena impuesta, pues solo de esa manera se pueden compatibilizar las exigencias de la justicia formal con las de la justicia material del caso. Como la pena accesoria de suspensión de profesión u oficio relacionado con el desempeño de cargos de dirección, públicos o privados, vinculados con entidades bancarias, crediticias o financieras ha sido perdonada, se razona que no debería subsistir ningún impedimento para que se extienda a la consecuencia administrativa, cuyo contenido material es coincidente con el de la pena, llenando materialmente de contenido la decisión adoptada por el Gobierno, conforme a la concreta petición de indulto que fue cursada por los condenados.

Que el contenido de la pena y el requisito de honorabilidad no son la misma cosa lo demuestra el hecho de que fuera necesario solicitar expresamente la extensión del indulto a la consecuencia jurídico-administrativa que de la existencia de los antecedentes penales por delito doloso se hace derivar en el RD 1245/1995. Se quería algo más que el simple perdón de la pena accesoria de suspensión, se pretendía la

eliminación de cualquier obstáculo o impedimento en el ejercicio de la actividad bancaria derivado de la existencia de una condena penal.

Además, la honorabilidad, como cualidad moral exigible para el ejercicio de la actividad bancaria, no se vincula en la norma administrativa a la existencia de una pena determinada, sino a carecer de antecedentes penales, o lo que es lo mismo, a no haber sido condenado por la comisión de un delito doloso, ya sea en España o en el extranjero.

Se insiste argumentalmente en que si el Gobierno puede lo más - condonar la pena- también puede lo menos dispensar del requisito de honorabilidad vinculado a la carencia de los antecedentes penales. Pero la invocación del principio *a maiore ad minus* en nuestro caso es falaz, puesto que la pena accesoria de suspensión y el impedimento de falta de honorabilidad para el ejercicio de la actividad bancaria son cosas distintas.

Así las cosas, debemos abordar la cuestión de la derogación por acto singular, a través de un ejercicio concreto de la prerrogativa de indulto, del RD 1245/1995, en el punto relativo al impedimento para el ejercicio de la actividad bancaria, pues resulta crucial para resolver definitivamente el pleito.

Como es sabido, el Gobierno puede derogar o modificar un Reglamento por vía general en virtud de la potestad reglamentaria reconocida en el art. 97 de la Constitución. Esta potestad formal le autoriza, con respeto al principio de jerarquía normativa, a modificar el ordenamiento jurídico, introduciendo, cambiando o dejando sin efecto prescripciones reglamentarias. En este sentido, el Gobierno, haciendo uso de esa potestad, puede disponer la derogación general de un Reglamento o su modificación, si lo considera necesario, atemperando su contenido a aquellas circunstancias que así lo exijan o en el caso de novedosos mandatos legales que deba ejecutar. Lo que no puede hacer es excepcionar, para personas concretas, un mandato general contenido en una norma reglamentaria, pues el Gobierno está también obligado a respetar las normas, incluso aquellas que nacen de su propia potestad normativa, en la medida en que también él es sujeto destinatario de sus mandatos, por razón de que una vez que las normas son aprobadas

pasan a formar parte del ordenamiento jurídico al que el Gobierno también se debe, y así nos lo recuerda el art. 9.1 CE al señalar que los poderes públicos, cualesquiera que estos sean, están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

Esta prohibición de la posibilidad de derogación de los Reglamentos por actos singulares, que confirma el principio de legalidad que ha de regir toda la actuación del Gobierno y la Administración, se concreta en diversas normas sectoriales de nuestro ordenamiento jurídico, como es el art. 11.2 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, aunque, con proyección general para todas las Administraciones Públicas, se recoge en el art. 52.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que ordena que las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquéllas tengan igual o superior rango a éstas.

La Ley del Gobierno (Ley 50/1997, de 27 de noviembre), norma que tiene como destinatario de sus mandatos al que, según palabras de la propia Exposición de Motivos, es el "*supremo órgano de dirección de la política interior y exterior del Reino de España*", va más allá que la propia Ley 30/1992, al no limitarse a recoger la prohibición de la derogación singular, sino que directamente declara nulos, en su art. 23.4, aquellos actos administrativos que vulneren lo establecido en un Reglamento, aunque hayan sido dictadas por órganos de igual o superior jerarquía que el que lo haya aprobado.

Esta Ley, que no pretende regular el régimen jurídico de la Administración del Estado sino del Gobierno, en cuanto órgano político por excelencia, ha querido expresar con ese mandato que, pese a esa categorización política stricto sensu, tampoco el Gobierno está autorizado a dispensar a personas singulares del cumplimiento de las leyes..

Llegados a este punto, debemos declarar que los incisos finales de los Reales Decretos 1753/2011 y 1761/2011, ambos de 25 de noviembre, constituyen una dispensa singular del impedimento de falta

de honorabilidad para el ejercicio de la actividad bancaria derivado de la existencia de antecedentes penales no cancelados por delito doloso, respecto de los señores don Miguel Angel Calama Teixeira y don Alfredo Sáenz Abad, impedimento que está previsto con carácter general en el art. 2.1.f) del Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio, sobre Creación de Bancos, actividad transfronteriza y otras cuestiones relativas al régimen jurídico de las entidades de crédito.

Así, el Gobierno, a través de la prerrogativa de gracia, configurada en la Ley de Indulto de 1870 como potestad de resolución material ordenada exclusivamente a la condonación total o parcial de las penas, ha derogado o dejado sin efecto, para dos casos concretos, una norma reglamentaria, excepcionando singularmente su aplicación, lo que supone incurrir en la prohibición contenida en el art. 23.4 de la Ley del Gobierno y constituye una clara extralimitación del poder conferido por la Ley de Indulto al Gobierno, siendo ambas circunstancias determinantes de la nulidad de pleno derecho de los referidos incisos.

Declarada la nulidad por las razones indicadas, no resulta necesario analizar el resto de los motivos de impugnación (fraude de ley y falta de motivación).

El recurso contencioso-administrativo debe ser estimado.

DÉCIMO CUARTO.- No se aprecia temeridad o mala fe en ninguno de los litigantes a los efectos previstos en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción en materia de costas procesales.

F A L L A M O S

PRIMERO.- Rechazar las causas de inadmisibilidad propuestas por el Abogado del Estado y por la representación de los señores Calama Teixeira y Sáenz Abad.

SEGUNDO.- Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto en representación de D. LUIS FERNANDO ROMERO

GARCÍA, D. JOSÉ IGNACIO ROMERO GARCÍA y D. PEDRO MARÍA OLABARRÍA DELCLAUX, contra el Real Decreto 1753/2011, de 25 de noviembre, por el que se indulta a D. MIGUEL ÁNGEL CALAMA TEIXEIRA y contra el Real Decreto 1761/2011, de 25 de noviembre, por el que se indulta a D. ALFREDO SÁENZ ABAD.

TERCERO.- Declarar la nulidad de los incisos finales de los referidos Reales Decretos referidos, en la parte del texto que dice: "... y *quedando sin efecto cualesquiera otras consecuencias jurídicas o efectos derivados de la sentencia, incluido cualquier impedimento para ejercer la actividad bancaria...*"

CUARTO.- No procede imponer las costas de este proceso a ninguno de los litigantes.

Así, por esta sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. **Carlos Lesmes Serrano**, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Secretario, certifico.