

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 1998

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 1086/1995
Ponente: D. Santiago Soldevila Fragoso
Acto recurrido: Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 25 de septiembre de 1995.
Fallo: Estimatorio

Madrid, a 10 de septiembre de mil novecientos y noventa y ocho.

Visto, en nombre de Su Majestad el Rey, por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, el recurso nº 1086\95, seguido a instancia de Don P.J.N.S., representado por el Procurador Dña. M.B.F.M., asistido por el letrado Don O.L., contra la Administración del Estado, sobre Orden del Excmo. Sr. Ministro de Economía y Hacienda de 25 de septiembre de 1995, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado.

El recurso versó sobre la impugnación de la sanción impuesta, la cuantía se fijó en 5 millones de pts. e intervino como ponente el Magistrado D. Santiago Soldevila Fragoso.

La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En virtud de la Orden del Excmo. Sr. Ministro de Hacienda de 25 de septiembre de 1995, se impuso al recurrente una sanción de multa de 5 millones de pts. como autor de falta muy grave prevista en el art. 99 e) de la Ley 24\88 de 28 de julio del Mercado de Valores, como consecuencia de su gestión como Consejero-Delegado de "C., S.V.B., S.A."

En la O.M. impugnada se declaró probada la comisión de las siguientes irregularidades, en el período 1 de enero de 1992 a 8 de octubre de 1993:

a) Las que presentan un impacto en la situación patrimonial de la entidad, al no contabilizar operaciones conforme a la realidad de las mismas.

- generación de deudores ficticios.
- disminución ficticia de pérdidas
- ocultamiento ficticio de gastos e ingresos.

b) Las que impiden o dificultan gravemente el estudio de la contabilidad, dificultando el análisis de la contabilidad y no siendo posible conocer la naturaleza de las operaciones realizadas.

- *salidas de fondos sin justificación documental que acredite la identidad del perceptor.
- *traspasos carentes de justificación.
- *inexistencia de numeración secuencial de los recibos de pago a clientes.

La Sociedad fue declarada en quiebra necesaria por el Juzgado de Primera Instancia núm. 36 de los de Madrid, que revocó su decisión mediante resolución de 23 de febrero de 1994, pendiente a su vez de recurso.

La declaración de quiebra tuvo su origen en una reclamación no atendida por importe de 629 millones de pts.

La Sociedad, a raíz de estos acontecimientos, solicitó y obtuvo la renuncia a la condición de miembro de la Bolsa de Madrid, presentando en el ejercicio de 1993 unas pérdidas por importe de 485 millones de pts. que unidas a los resultados negativos de ejercicios anteriores, suponen un total de 530 millones de pts. según indica la auditoría correspondiente al ejercicio de 1993.

SEGUNDO.- Por la representación del actor se interpuso recurso Contencioso-Administrativo el 30 de noviembre de 1995, formalizando demanda el 16 de mayo de 1996, para lo que había sido requerido el 19 de abril anterior, con la súplica de que se dictara sentencia declarando la nulidad del acto recurrido por no ser conforme a derecho. La fundamentación jurídica de la demanda se basó en las siguientes consideraciones:

a) Vulneración del derecho de defensa, art. 24 CE:

- Se denegó la prueba solicitada en la tramitación del expediente sancionador, con infracción del art. 137.4 de la Ley 30\1992.
- Infracción del art. 81.2 de la Ley 30\1992, al no habersele dado traslado durante la tramitación del expediente administrativo del informe que la Compañía "LAES" realizó sobre la situación financiera de la Sociedad sancionada.

b) Vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

- El documento elaborado por "LAES" (en adelante Borrador), no puede servir como fundamento probatorio para la imposición de la sanción, pues aparte de las razones expuestas, carece de firma, se autodenomina "Borrador incompleto sujeto a cambios", y está sin fechar.
- Los años 1991, 1992, y 1993 la empresa fue auditada siguiendo las técnicas que se señalan en la Ley 19/1988 sin que se apreciara ninguna anomalía.

TERCERO.- La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia desestimando el recurso y declarando ajustada a derecho la resolución recurrida.

Para sostener esta pretensión se alegó lo siguiente:

- a) Extemporaneidad de la demanda, que fue presentada en sede judicial el 17 de mayo de 1996 a pesar de haber sido requerida para formularla el 19 de abril anterior. se presentó por tanto un día fuera de plazo (art. 67 LJCA).
- b) El recurrente reconoció implícitamente los hechos por los que fue sancionado, limitándose la demanda a alegar la infracción de sus derechos constitucionales en el procedimiento sancionador, lo que no ocurrió pues tuvo conocimiento del mismo en todo momento y no se le causó indefensión.
- c) En el presente proceso no se está discutiendo la bondad de la auditoría realizada por la empresa "LAES", que no es la única prueba sobre unos hechos reconocidos por los propios intervinientes, sino la participación del recurrente en los referidos hechos que se le imputan, cuestión sobre la que nada dice.
- d) No ha existido indebida denegación de medios de prueba por cuanto los documentos sobre los que versaba existían y debía haberlos aportado el mismo recurrente.

CUARTO.- Mediante auto de 30 de noviembre de 1996 se acordó recibir el procedimiento a prueba, declarándose pertinente la pericial, documental y testifical propuestas, que se practicaron con el resultado que consta en las actuaciones.

El 17 de marzo de 1998 se dictó providencia por la que se acordó, en sustitución del trámite de audiencia, requerir a las partes para que aportaran sus conclusiones.

QUINTO.- Señalado el día 9 de septiembre de 1998 para la votación y fallo, ésta tuvo lugar en la reunión del Tribunal señalada al efecto.

SEXTO.- Aparecen observadas las formalidades de tramitación que son las del procedimiento ordinario.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se impugna en el presente procedimiento la sanción impuesta al recurrente, Consejero-Delegado de la Sociedad de Valores y Bolsa "C., S.A." por la O.M de 25 de septiembre de 1995, como autor de una falta muy grave prevista en el art. 99 e) de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores.

La demanda se fundamenta en la infracción, imputada el acto impugnado, del art. 24.2 CE en su manifestación del derecho a la presunción de inocencia y a la defensa.

El art. 99 e) citado dice que constituyen infracciones muy graves *"El carecer las sociedades citadas en el art. 86 de esta Ley (Sociedades y Agencias de Valores, art. 86 y 84.1.c), de la contabilidad y registros legalmente exigidos o llevarlos con vicios o irregularidades esenciales que*

impidan conocer la situación patrimonial y financiera de la entidad, o en su caso, de las operaciones que ejecuten o en que medien".

SEGUNDO.- Con carácter previo al análisis de los motivos de recurso, procede examinar la causa de inadmisión alegada por el Abogado del Estado, por supuesta extemporaneidad de la demanda.

La defensa del Estado centró su alegación en un estampillado que figura al pie de la demanda en el que se indica que ésta tuvo su entrada en la sede de esta Audiencia el día 17 de mayo de 1996, esto es, un día después del plazo máximo conferido para su presentación, pero no tiene en cuenta que en la primera hoja de la citada demanda figura otro estampillado en el que se indica que fue presentada en el Juzgado de Guardia de Madrid antes de las 24 h del día anterior, por lo tanto en plazo hábil. Así las cosas resulta indiferente la fecha en la que tuvo entrada la demanda en la Secretaría de esta Sección, pues el dato relevante es el de su presentación ante el órgano judicial adecuado en plazo hábil y no cabe duda de que el Juzgado de Guardia del lugar donde tiene su sede el órgano destinatario del escrito lo es (STC 302/1994, 341/1993, Pleno).

Por otra parte, ante la insuficiente y precaria regulación de esta cuestión en nuestra legislación, fenómeno que se analiza con detalle en la citada STC 302/1994, es criterio de esta Sección que la presentación de los documentos realizada en el último día de plazo hábil en el Juzgado de Guardia de la sede del órgano es válida, tanto para la demanda, como para los otros escritos que pudieran presentarse en el curso de la tramitación del procedimiento, pues en ambos casos concurren las mismas circunstancias de necesidad.

TERCERO.- Se analizan separadamente las distintas infracciones con supuesta relevancia constitucional y que son objeto de denuncia, recordando que tras la STC 18/1981 las garantías contenidas en el art. 24 CE son aplicables al procedimiento administrativo sancionador:

a) Vulneración del derecho de defensa, art. 24 CE:

* Denegación indebida de prueba:

La doctrina constitucional sobre este derecho se resume en la STC 1\1996, que en lo esencial estima que, para vulnerar el art. 24 CE, la denegación de prueba debe referirse a medios idóneos, propuestos en tiempo y forma, que además sean relevantes a los efectos del fallo, de tal modo que precisamente su inadmisión, puesta en relación con la fundamentación de la resolución, evidencie el sufrimiento de una indefensión material a la parte. En el presente caso, la petición de prueba se cifraba en la incorporación al expediente sancionador de una serie de documentos, concretamente auditorías correspondientes a los ejercicios de 1991, 1992 y 1993.

Esta Sección estima correcta la denegación de prueba respecto de los dos primeros ejercicios, pues como señala la O.M impugnada (pág. 10), si esos documentos no se

incorporaron al expediente, estando como estaban al alcance del recurrente, se debe única y exclusivamente a su falta de diligencia. No ocurre lo mismo respecto de la petición de aportación de la auditoría correspondiente al ejercicio de 1993, pues como expresamente se reconoce en la propia O.M.(pág. 10), "la misma (auditoría) no había sido incorporada a los Registros de la Comisión en la fecha en que se denegó con carácter general la incorporación de auditorías". Es precisamente el acceso a este Registro lo que permite justificar la correcta denegación de la petición de las auditorías correspondientes a los ejercicios de 1991 y 1992, pues dicha publicidad garantiza a cualquier interesado hacer efectivo su derecho y deber de aportar al procedimiento los documentos de que intente valerse, razón por la que "sensu contrario" es incorrecta la denegación acordada. Por otra parte no resulta de recibo la justificación que para denegar la prueba se ofrece en la citada O.M., ya que la privación de ese medio de defensa no se puede justificar por razones de "economía procesal", ni por referirse a un período de tiempo distinto, lo que no es cierto ya que el período en el que supuestamente se cometieron las irregularidades abarca hasta el mes de octubre de 1993, ni tampoco por utilizar medios de análisis distintos de los empleados en el "Borrador" que sirvió de base para la imposición de la sanción, pues en cualquier caso se utilizaron las técnicas de auditoría legalmente previstas, lo que dota al documento de idoneidad suficiente para ser tenido como medio probatorio.

Que la falta de práctica de la prueba pudo ser relevante a los efectos de la decisión tomada, es indudable, pues a la vista de que en la citada auditoría, realizada supuestamente por la misma empresa que realizó el "Borrador", se aborda la situación de la Sociedad en el año 1993 significando que debido a la situación de incertidumbre jurídica que pesa sobre la misma no es posible expresar una opinión sobre las cuentas anuales del referido año (esta afirmación se hace el 24 de julio de 1994, cuando el expediente administrativo estaba ya iniciado). Contrastados los dos informes, el acto sancionador debería explicar, además de la específica técnica de análisis usada en cada caso y sus diferencias, por qué se decanta por uno u otro documento, teniendo en cuenta que en el punto 15 de la auditoría se subraya que los motivos que originaron la difícil situación de "C.," derivan de las irregularidades contables detectadas en el seno de otra empresa distinta, que operaba en el mercado financiero a través de "C.,".

En atención a lo expuesto, entendemos que ha existido la infracción denunciada.

*Falta de traslado de los documentos obrantes en el expediente:

No puede prosperar la queja de la recurrente en este extremo, pues como detalladamente expone tanto la O.M. (F.Dº 2), como el Abogado del Estado, desde el principio tuvo conocimiento de la apertura del expediente, pudo personarse en él y exigir la vista de todo lo actuado, sin que conste que ejercitara este derecho (art. 35.a) Ley 30\1992) ni que, obviamente se denegara esta petición. En definitiva la indefensión alegada, en todo caso, debería calificarse como de puramente formal. Y por tanto insuficiente para vulnerar el art. 24 CE (STC 100/1994).

b) Vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Expresamente se indica en la O.M., Pág. 2 y 10 fj 2 fine, que en un informe emitido por la empresa de auditores "LAES" (la misma que venía realizando las auditorías desde 1991 a la Sociedad "C."), evidencia que durante el período 1 de enero de 1992 a 8 de octubre de 1993 se han cometido graves irregularidades contables en la gestión de la Sociedad "C.", justificativas de la imposición de la sanción recurrida. Este informe, como se indica en la O.M. ha servido de base para el expediente sancionador.

Desde el punto de vista de las garantías procesales que se reconocen en el art. 24 CE nada resulta mas razonable para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia, que el encargo a una empresa de auditoría, reconocida y solvente, de una exhaustiva investigación específica sobre la gestión y llevanza de la contabilidad en un período determinado. Sin embargo, si se pretende que dicha actividad probatoria tenga el poder suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, por constituir "prueba de cargo" o "suficiente" (STC 31/1981, 41/1990), es preciso que se realice en el marco de una serie de garantías que, entre otras, se enuncian en la STC 102/1994. No resiste el mas mínimo análisis como prueba de cargo un documento, que no consta quién ni en qué condiciones fue encargado, ni está fechado ni firmado, y que se autodenomina como "Borrador para la revisión sujeto a posibles cambios", lo que evidencia su indudable provisionalidad. Obviamente la posibilidad admitida, de que el "Borrador" sea susceptible de variaciones no implica que sus afirmaciones sean falsas, lo que no se cuestiona, pero tampoco permiten afirmar que sean verdaderas y definitivas, obligación que ineludiblemente debía asumir, y con toda precisión, la resolución sancionadora. Por otra parte no deja de ser sorprendente, a la vista de dicho informe y de quien lo realiza, una redacción tan aséptica como la que se hace en la Auditoría anual de 1993 respecto de los motivos de la crisis de "C.,"(punto 15 del Informe de auditoría).

Finalmente no puede fundarse exclusivamente todo el peso de la prueba en las declaraciones de otros coimputados, como se hace en la resolución sancionadora. Sobre esta cuestión resulta procedente la cita de la mas reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 115/1998, fj 5, que ratifica la doctrina sentada en las SSTC 153/1997 y 49/1998). Se afirma en las citadas resoluciones que a diferencia del testigo, el coimputado no tiene obligación de decir la verdad, pues puede callar total o parcialmente o incluso mentir (STEDH; caso Funke v. Francia 1993), en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable; en estas circunstancias *"la declaración inculpativa del coimputado carece de consistencia plena como prueba inculpativa cuando siendo única, como aquí ocurre, no resulta mínimamente corroborada por otras pruebas en contra"*. A este razonamiento pueden añadirse otras consideraciones, sin duda relevantes, y que terminan de perfilar la singular posición procesal del coimputado-acusador. Así, desde una óptica estrictamente procesal, el imputado puede oponer tacha a la llamada de los testigos presentados por la acusación, pero ese mecanismo no puede ser utilizado para impedir o cuestionar la declaración de otro coimputado que realiza la misma actividad inculpativa. Por otra parte, contemplada la situación desde el punto de vista del Derecho Penal, resulta que el coimputado puede incluso mentir en su declaración, mientras que tanto el denunciante como el testigo, declaran con obligación de decir verdad bajo la amenaza de cometer un delito en caso contrario.

CUARTO.- En atención a lo expuesto procede dictar Sentencia estimatoria del recurso, por haber infringido la O.M. impugnada el art. 24 CE en su manifestación de indebida denegación de prueba e infracción del derecho a la presunción de inocencia.

La actividad probatoria desplegada por la Administración para desvirtuar la presunción de inocencia resulta a todas luces insuficiente, ya que la prueba básica aportada, "Borrador" elaborado por una empresa auditora, carece de los mas elementales requisitos de fiabilidad que resultan exigibles, mientras que la simple declaración de otros coimputados, sin otro apoyo probatorio válido, no puede servir para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia.

Esta decisión no es incompatible con lo resuelto por esta Sección en la Sentencia de 14 de mayo pasado (rec. núm: 1117/1995, interpuesto en relación con la misma O.M. objeto de recurso, por los otros sancionados ("C., S.V.B., S.A.", y Don A.P.B, Presidente de su Consejo de Administración). En aquella Sentencia (FJ 2), los recurrentes no cuestionaron las irregularidades contables detalladas en el pliego de cargos y propuesta de resolución que constituyen la infracción descrita en el art. 99 e) LMV, sino que fundaron su defensa en su falta de culpabilidad y desconocimiento de los hechos. Se trata, en consecuencia, de alegaciones distintas y de la resolución de problemas jurídicos de distinta índole en uno y otro caso, sin que el derecho a la presunción de inocencia del recurrente en este proceso pueda verse menoscabado por la circunstancia de que en otra resolución, dictada en un procedimiento en el que no fue parte, se declaran probados unos determinados hechos. En este sentido, aunque es cierto que el Tribunal Constitucional desde la STC 77/1983 ha venido manifestando que "unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir ante los órganos del Estado", también lo es que el mismo Tribunal en constantes resoluciones (SSTC 31/1995 y 30/1996), ha relativizado y minimizado el alcance de la anterior afirmación, que en modo alguno puede servir de fundamento para anular de raíz y sin la menor garantía para el imputado, un derecho fundamental básico en nuestro derecho sancionador como es el de la presunción de inocencia.

QUINTO.- No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el art. 131 de la LJCA.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, venimos a pronunciar el siguiente

FALLO

Estimamos el recurso interpuesto y, en consecuencia, dejamos sin efecto la Orden dictada por el Excmo Sr. Ministro de Economía y Hacienda el 25 de septiembre de 1995 por la que se imponía al recurrente una sanción de multa como autor de una falta muy grave prevista en el art. 99 e) de la Ley 24/1998 del Mercado de Valores.

No ha lugar a una expresa imposición de costas a las partes litigantes.

Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos