

Audiencia Nacional Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, S 4-4-2002, rec.11/2002.

RESUMEN

La AN estima el recurso de apelación propugnado contra la Sentencia dictada por el Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo sobre suspensión de funciones por el ejercicio de actividades incompatibles con el desempeño de las funciones públicas. Determina al respecto que ha existido una extensa y abundante actividad probatoria de cargo suficiente para deducir la responsabilidad, al haber quedado acreditado que se realizaba una actividad privada de venta de productos de perfumería, sin que se requiera la prueba plena del ejercicio real de las funciones de delegado comercial y sin que tampoco obste a dicha destrucción de la presunción de inocencia del actor el hecho de que el mismo desempeñara de manera sobresaliente las funciones propias de policía nacional.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Central núm. 9 dictó sentencia con fecha de 23 de noviembre de 2001, cuyo Fallo es del siguiente tenor literal: "Que estimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por D. José contra la Resolución de 6 de mayo de 1996, por la que se imponía al actor sanción de suspensión de funciones por tres años, debo anular dicha sanción por no ser ajustada a derecho, condenando a la Administración demandada estar, pasar por tal declaración, así como que abone al actor los haberes dejados de percibir con motivo de la sanción impuesta, sin hacer pronunciamiento en cuanto a las costas."

SEGUNDO.- Mediante escrito de 17 de diciembre de 2001, el Abogado del Estado ha interpuesto el oportuno recurso de apelación, cuya fundamentación sigue de forma correlativa la fundamentación dada en la sentencia.

TERCERO.- Concedido traslado a la representación de D. José, presentó escrito oponiéndose a la apelación con fecha de 11 de enero de 2002, en el que mantiene que el recurso interpuesto no desvirtúa los argumentos de la sentencia para pasar seguidamente a rebatir los argumentos de la apelación. Solicita se dicte sentencia por la que se desestime el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo contencioso administrativo, con confirmación de ésta [...]

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS

PRIMERO.- El representante de la Administración pretende en este recurso de apelación la revocación de la sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo número 9, que estima el recurso interpuesto por el actor contra la Resolución de 6-5-1996 del Ministro de Justicia e Interior (por la que se imponía la sanción de suspensión de funciones por tiempo de tres años prevista en el artículo 28.1.1.b) de la Ley Orgánica 2/1986 de 13 de marzo EDL1986/9720 , por comisión de falta muy grave tipificada en el art. 27.3.h) de la misma EDL1986/9720 bajo el concepto de "El ejercicio de actividades públicas o privadas incompatibles con el

desempeño de sus funciones"), y en consecuencia declara no ajustada a Derecho la referida sanción.

Tal sentencia apelada, como hechos probados, que no han sido rebatidos por ninguna de las partes, declara en su fundamento jurídico segundo los siguientes:

"El actor, D. José, los días 19 y 20 de julio de 1994 atendió a los supuestos clientes de la empresa, que eran funcionarios de la Unidad de Asuntos Internos en la empresa "A., S.A.", sita en la calle ..., número ..., haciendo demostración de varios productos comercializados por la empresa, explicándoles el porcentaje de beneficio que podrán obtener con la venta de tales productos, entregándoles tarjetas de visitas de "A., S.A.", en las que el demandante aparecía como Delegado Comercial de la misma.

La esposa del actor, D^a Elena, trabajadora autónoma por cuenta ajena en el ramo de Perfumería y Cosmética durante los años 1992,1993 y 1994, prestaba sus servicios para la empresa no constando que lo hiciera como trabajadora autónoma o por cuenta ajena, como Delegada Comercial.

El día 19-07-94, el Inspector de la UAI número ..., siendo las 11.15 horas, visitó las oficinas de la citada entidad "A., S.A.", haciéndose pasar por un particular interesado en productos de droguería es atendido por una empleada D^a Emilia. Esta manifestó que solo vendían al mayor y que, por tanto, los compradores debían ponerse en contacto con el delegado comercial D. José. Cuando el aparente cliente pregunta a la empleada de que manera puede hablar con D. José, en relación al negocio que le ocupa, D^a Emilia, le entrega una tarjeta de "A., S.A. ", en la cual escribe el nombre de D. José y el teléfono "...".Este teléfono, corresponde al domicilio particular de D. José, paseo ..., núm. ... de la Ciudad Condal.

El recurrente, en la mañana del día19, se encontraba de servicio.

A las 17.45 horas del mismo 19 de julio, el Inspector de la UAI número ... efectúa una llamada de comprobación al citado teléfono ... Responde una voz de mujer que se identificaba como D^a Elena, esposa de D. José, preguntando por este último, la señora manifiesta que su marido: "ha estado aquí, pero ya se ha ido a la oficina" y lo remite al teléfono ... Tal teléfono, pertenece a la delegación de "A., S.A."

A continuación, el Inspector de la UAI número ... realiza una segunda llamada al teléfono facilitado (...) y pregunta por D. José. Recibe la llamada una mujer que pasa la comunicación a D. José. El actuante de la UAI continúa desempeñando su papel de comprador y explica que desea concertar una visita para tratar de un presupuesto de pedido de perfumería. D. José accede a esa reunión que queda fijada para las 11.00 horas del día siguiente.

Llegadas las 11.00 horas del 20-07-94, los miembros de la UAI números ...7 y ...5 acuden a la entrevista concertada con D. José Lombardo Pérez en los locales de "A., S.A." de la calle ..., núm. ... Nada más llegar son atendidos por otro empleado que indica a los Policías el sitio exacto de trabajo de D. José. Cuando los intervinientes de la UAI hacen acto de presencia D. José está dentro de un despacho individual.

Los miembros de la UAI, relatan su interés en los productos de perfumería que comercializa la empresa.

D. José expresó los precios y características de los artículos que distribuyen en el mercado y los beneficios que obtienen de sus clientes. Asimismo, detalla que su sistema de ventas es el conocido como "piramidal" y muestra un amplio mapa ampliado del sureste español en el que está marcado con chinchetas de la ruta que piensa realizar durante el mes de agosto por la provincias de Murcia, Granada y Sevilla donde, tienen vendedores de los productos que ofrece.

Durante la entrevista, D. José entrega a la pareja de la UAI un impreso con los nombres de treinta géneros de perfumería y sus respectivos precios según modalidades, envases y variedades. En este impreso D. José anota las cantidades de "1000", "850", "700" junto a los precios de "vaporizador 100 ml", de varios perfumes, aclarando que estos son los beneficios a sacar por cada envase más el papel o descuento sobre el total de ventas mensuales.

Por último, cuando D. José despidió a quienes creía dos futuros clientes les entregó dos tarjetas de visita en las que se lee: "A., S.A.", D. José, Delegado Comercial, paseo ..., núm. ... Barcelona, Tel. ..., calle ..., núm. ... Barcelona, Tel. Secretaria: ... Tel. Ventas: ... y Fax: ..." La delegación comercial del Paseo ... es el domicilio particular del delegado comercial D. José."

SEGUNDO.- En el escrito de interposición del recurso de apelación considera el Abogado del Estado que a tenor de los artículos 5.4 y 6.7 de la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Jurisprudencia dictada al efecto, el régimen de incompatibilidad de los funcionarios de tal cuerpo es diferente del resto de los funcionarios, sin duda más riguroso, por lo que los razonamientos del Juez tendrían sentido si estuviéramos ante otro funcionario al que resultara aplicable la normativa común de incompatibilidades, pero no cuando se trata de un policía. Resulta inaceptable jurídicamente que se intente exculpar al sancionado porque no se demuestra que ejercía efectivamente el cargo de Director Comercial de la empresa de su esposa, pues se trata de un cargo no susceptible de ser inscrito en el Registro Mercantil, sino de un cargo no orgánico del que el sancionado hace gala mostrando tarjetas de presentación con su nombre, con dirección coincidente con la de su domicilio personal, dado que el ilícito administrativo no consiste en ejercer funciones del cargo concreto y con carácter habitual, sino en realizar la actividad privada con o sin cargo concreto, con o sin tarjeta de visita, ya que es obvio que quien encarga unas tarjetas atribuyéndose una representación de una empresa o de un negocio lo hace con vocación de continuidad. Habría que recordar al Juzgador, concluye el Abogado del Estado, que cuando existe una prohibición para el ejercicio de una actividad se infringe tal norma cuando se vulnera poco o mucho, si la propia norma no permite la distinción, sin distinguir tampoco entre autoría directa o colaboración, principal o accesoria, necesaria o no para imputar una responsabilidad administrativa. La parte actora se opone al recurso de apelación en base a las siguientes consideraciones:

- 1.- Inexistencia de prueba sobre la comisión de una infracción muy grave (ejercicio de actividades públicas o privadas incompatibles con el desempeño de funciones). Provocación de agentes.
- 2.- Las actividades derivadas de la administración del patrimonio personal o familiar están excluidas del régimen de incompatibilidades.
- 3.- Devolución de haberse puesto que D. José estuvo suspendido cautelarmente durante unos meses en que dejó de percibir haberes.
- 4.- Total desestimación del recurso. Imposición de costas a la Administración.

La sentencia de instancia considera, en síntesis, que el derecho a la presunción de inocencia del actor (ahora apelado) no ha sido desvirtuado por la prueba practicada por la Administración por cuanto los hechos se produjeron en una entrevista provocada de la que no se presume que de forma habitual se dedicara aquél al ejercicio de Delegado Comercial, faltando en la investigación el requisito fundamental del ejercicio real de tales funciones de Delegado Comercial, no apareciendo en ningún caso nombres de clientes, ni que el repetido demandante hubiera realizado gestiones comerciales. El

hecho de colaborar o ayudar a su mujer, continua tal sentencia, no significa que ejerza una actividad privada incompatible con su función de Policía Nacional, sin que por otro lado conste que obtuviera remuneración alguna por ello, y sin que en ningún momento se haya resentido el servicio ni causado perjuicio alguno a la actividad policial.

TERCERO.- Por lo que se refiere en concreto al derecho a la presunción de inocencia, constitucionalmente garantizado en el artículo 24.2 de la Constitución, tiene declarado el Tribunal Constitucional que es éste un principio esencial en materia de procedimiento que opera también en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora (SSTC 73/1985 y 1/1987), añadiendo en STC 120/1994 que "la presunción de inocencia sólo se destruye cuando un Tribunal independiente, imparcial y establecido por la Ley declara la culpabilidad de una persona tras un proceso celebrado con todas las garantías, al cual se aporte una suficiente prueba de cargo", y que de "entre las múltiples facetas de ese concepto poliédrico... hay una procesal, que consiste en desplazar el "onus probandi" con otros efectos añadidos. En tal sentido hemos dicho ya que la presunción de inocencia comporta en el orden penal "stricto sensu" cuatro exigencias que enumera nuestra STC 76/1990 y recoge la 138/1992, de las cuales sólo dos, la primera y la última, son útiles aquí y ahora, con las necesarias adaptaciones ""mutatis mutandi"s" por la distinta titularidad de la potestad sancionadora. Efectivamente, en ella la carga de probar los hechos constitutivos de cada infracción corresponde ineludiblemente a la Administración Pública actuante, sin que sea exigible al inculpado una "probatio diabólica" de los hechos negativos. Por otra parte, la valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad exclusiva del juzgador, que éste ejerce libremente con la sola carga de razonar el resultado de dicha operación (STC 76/1990). En definitiva, la existencia de un acervo probatorio suficiente, cuyas piezas particulares han de ser obtenidas sin el deterioro de los derechos fundamentales del inculpado y su libre valoración por el Juez son las ideas básicas para salvaguardar esta presunción constitucional y están explícitas o latentes en la copiosa doctrina de este Tribunal al respecto."

Se trata en definitiva de resolver en la presente litis si la actividad llevada a cabo por el actor, que se recoge prolijamente en la declaración de hechos probados del fundamento de derecho segundo de la resolución impugnada, puede ser calificada jurídicamente como constitutiva de la falta muy grave tipificada en el art. 27.3.h) de la LO 2/86 de 13 de marzo, en cuanto manifestación práctica de "el ejercicio de actividades públicas o privadas incompatibles con el desempeño de sus funciones." Para ello es muy importante poner de manifiesto que D. José es Policía del Cuerpo Nacional de Policía y que para tales miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado el artículo 6.7 de la Ley Orgánica 2/1986 de 13 de marzo establece que "la pertenencia a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad es causa de incompatibilidad para el desempeño de cualquier actividad pública o privada, salvo aquellas actividades exceptuadas de la legislación de incompatibilidades." Y en el mismo sentido el artículo 5.4 de dicha Ley Orgánica señala que los referidos funcionarios de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad deben llevar a cabo sus funciones con total dedicación.

En los hechos probados de la sentencia apelada, sin embargo, se declara expresamente que D. José, los días 19 y 20 de julio de 1994 atendió a los supuestos clientes de la empresa, haciendo demostración de varios productos comercializados por la misma, explicándoles el porcentaje de beneficio que podían obtener con la venta de tales productos y entregándoles tarjetas de visita "A., S.A." en las que el demandante

aparecía como Delegado Comercial. Que una empleada de la empresa, a través de conversación telefónica "manifestó que sólo vendían al mayor y que, por tanto, los compradores debían de ponerse en contacto con el delegado comercial D. José" que el 20-7-94 los miembros de la UAI acuden a la entrevista concertado con D. José en los locales de "A., S.A." y nada más llegar son atendidos por otro empleado que indica a los policías el sitio exacto de trabajo de D. José. Cuando los intervinientes de la UAI hacen acto de presencia D. José esta dentro de su despacho individual... (que éste) expresó los precios y características de los artículos que distribuyen en el mercado y los beneficios que obtienen de sus clientes. Asimismo detalla el sistema de ventas como el conocido "piramidal" y muestra un amplio mapa ampliado del sureste español en el que esta marcado con chinchetas de la ruta que piensa realizar durante el mes de agosto por las provincias de Murcia, Granada y Sevilla donde tienen vendedores de los productos que ofrece. Durante la entrevista D. José entrega a la pareja de la UAI un impreso con los nombres de treinta géneros de perfumería y sus respectivos precios según modalidades, envases y variedades... Por último D. José despidió a quienes creía dos futuros clientes y les entregó dos tarjetas de visita en las que se lee "A., S.A." D. José, Delegado Comercial... (en las que figura) el domicilio particular del mismo.

Así pues, y dada la contundencia de dichos hechos probados **queda claro, a juicio de esta Sala, que el demandante realizaba la actividad privada de venta de los productos de perfumería de la empresa "A., S.A.", con continuidad y con pleno conocimiento de dicha actividad, habiéndose producido una prueba eficaz para determinar la responsabilidad del actor y destruir la presunción "iuris tantum" de inocencia que estable el art. 24.2 de la Constitución, actividad probatoria que a juicio de la Sala ha sido apreciada y valorada adecuadamente por la autoridad administrativa autora del acto impugnado, pero no así por la sentencia de instancia ahora apelada.**

En efecto, ha existido una extensa y abundante actividad probatoria de cargo suficiente para deducir la responsabilidad de D. José, al haber quedado acreditado que tal demandante realizaba una actividad privada de venta de productos de perfumería, sin que se requiera, como exige la sentencia de instancia, la prueba plena del ejercicio real de las funciones de Delegado Comercial y sin que tampoco obste a dicha destrucción de la presunción de inocencia del actor el hecho de que el mismo desempeñara de manera sobresaliente las funciones propias de Policía Nacional. En consecuencia, **el recurso de apelación ha de ser estimado con la consiguiente revocación de la sentencia de instancia y confirmación de la resolución del Ministerio del Interior de 6 de mayo de 1996 [...]**

FALLO

Que debemos estimar y estimamos el presente recurso de apelación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de 23 de noviembre de 2001 dictada por el Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo número 9, sentencia que revocamos, **y en consecuencia confirmamos la sanción de suspensión de funciones por tiempo de tres años por comisión de falta muy grave impuesta a D. José en resolución del Ministerio de Justicia e Interior [...]**