



Roj: **STSJ NA 512/2016 - ECLI: ES:TSJNA:2016:512**

Id Cendoj: **31201330012016100180**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Pamplona/Iruña**

Sección: **1**

Fecha: **02/06/2016**

Nº de Recurso: **127/2015**

Nº de Resolución: **262/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **RAQUEL HERMELA REYES MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA N° 000262/2016

ILTMOS. SRES.:

PRESIDENTE,

D. ANTONIO RUBIO PÉREZ

MAGISTRADOS,

DÑA. RAQUEL H. REYES MARTÍNEZ

DÑA. MERCEDES MARTÍN OLIVERA

En Pamplona/Iruña, a dos de junio de dos mil dieciséis.

Vistos por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, constituida por los Ilustrísimos Señores Magistrados expresados, los autos del **Recurso nº 127/2015** promovido contra el Acuerdo de Gobierno de Navarra de fecha 4 de febrero de 2015, por el que se impone al demandante la sanción de separación del servicio por la comisión de una falta disciplinaria muy grave. Siendo en ello partes: como **recurrente D. Nemesio** representado por la Procuradora de los Tribunales D^a. Ana Imirizaldu Pandilla y dirigido por el Letrado D. Juan Ignacio Barcos Pérez; y, como **demandada, LA COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA**, representada y defendida por el Asesor Jurídico-Letrado de la Comunidad Foral de Navarra.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Interpuesto el recurso contencioso-administrativo y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito de 11 de junio de 2015 en la que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando que se dictase sentencia por la que se estime el recurso y se declaren nulos de pleno derecho el acuerdo recurrido o, subsidiariamente, se declare la anulación de la sanción impuesta, revocando el acuerdo recurrido.

SEGUNDO .- Efectuado el traslado correspondiente, por escrito presentado el 15 de julio de 2015, se opuso a la demanda la Administración demandada solicitando que se desestime íntegramente el recurso, por adecuarse al Ordenamiento Jurídico los actos administrativos impugnados. Con expresa condena en costas de la parte actora del mismo.

TERCERO .- Solicitado el recibimiento a prueba, se practicó la propuesta y admitida con el resultado que consta en autos; y, evacuado el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo que tuvo lugar el día 2 de junio de 2016.

Es ponente la Il^{ta}. Sra. Magistrada RAQUEL H. REYES MARTÍNEZ, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO .- Resolución recurrida y alegaciones de las partes.**

Es objeto del presente recurso contencioso-administrativo el Acuerdo de Gobierno de Navarra de fecha 4 de febrero de 2015 por el que se impone al demandante la sanción de separación del servicio por la comisión de una falta disciplinaria muy grave.

La parte actora alega, en síntesis, los siguientes motivos de impugnación:

1º.- Nulidad de pleno derecho del acuerdo recurrido por agravamiento de la sanción incluida en la propuesta de resolución, que pasó de suspensión de funciones de tres años a separación del servicio sin haberle dado un nuevo trámite de audiencia antes de resolver por parte del Gobierno de Navarra, habiéndole causado indefensión.

2º.- Vulneración del principio de proporcionalidad de la sanción que resulta desproporcionada a los hechos imputados y carece de justificación, toda vez que la ausencia del demandante se solventó con la contratación de una nueva profesora, sin mayor coste económico para la Administración, ni perturbación del curso escolar y tampoco se acredita en el expediente que haya habido un perjuicio grave a la ciudadanía. No puede considerarse como agravante el propio hecho que constituye la falta, que ya ha sido tenida en cuenta para incluirse entre las faltas muy graves.

La defensa de la Administración alega, en resumen, que no se causa indefensión al demandante por la omisión del trámite de audiencia y la discordancia entre la propuesta de resolución, en la que se proponía una suspensión de tres años, y el Acuerdo del Gobierno de Navarra, en el que se le impone la sanción de separación del servicio. Considera que no es aplicable al caso la STS invocada de contrario. En este caso, todos los datos tenidos en cuenta por el Gobierno de Navarra ya figuran en la propuesta de resolución, no se altera el relato fáctico ni la calificación jurídica de la infracción. No existe indefensión alguna, vista la actitud absolutamente abstencionista del expedientado durante toda la tramitación del expediente disciplinario, además de haberse notificado en todo momento la posibilidad de imponer la sanción de separación de servicio, que ha sido la finalmente impuesta por el órgano sancionador competente, cuya resolución resulta correcta y debidamente motivada.

Tampoco se vulnera el principio de proporcionalidad, teniendo en cuenta que la falta cometida por el demandante es la más grave que puede cometer un funcionario, puesto que supone el incumplimiento del deber inicial y más básico de la relación funcional, cual es la prestación del servicio por un tiempo muy superior al de un mes y, además, se produce la perturbación grave del servicio y perjuicios para la Administración que se ponen de manifiesto por el hecho de que el alumnado ha debido sufrir el cambio de profesorado para todo el resto del curso con la consiguiente falta de continuidad y estabilidad en la prestación del servicio educativo; invocando también SSTS en este punto.

SEGUNDO.- Sobre la determinación de los hechos relevantes para enjuiciar el recurso contencioso-administrativo.

Para resolver adecuadamente las cuestiones planteadas en presente recurso contencioso administrativo debe destacarse los siguientes hechos probados que se desprenden de la documental obrante en el procedimiento y en el expediente administrativo:

1º.- Por Resolución 784/2014, de 1 de abril, de la Directora del Servicio de Recursos Humanos del Departamento de Educación, se incoa expediente disciplinario a D. Nemesio por la presunta comisión de una falta disciplinaria muy grave consistente en el abandono del servicio, entendiéndose por tal la ausencia continuada e injustificada al trabajo durante más de un mes, habiéndose ausentado el recurrente desde el 24 de febrero de 2014 de su puesto de trabajo en el Centro Rural Agrupado Ikastexe Publikoa de Urdax-Zugarramurdi, sin presentar baja por incapacidad laboral tipificada en el artículo 64.c) del Texto Refundido del Estatuto del Personal al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra, aprobado por Decreto Foral Legislativo 251/1993, de 30 de agosto.

2º.- Con fecha 28 de julio de 2014 se comunica el Pliego de Cargos al demandante mediante notificación en su domicilio, sin que formulara alegaciones en el plazo que le fue conferido.

3º.- El día 25 de noviembre de 2014, el Instructor presentó Propuesta de Resolución del expediente disciplinario, en la que considera que procede imponer la sanción de suspensión de empleo y sueldo durante un período de tres años al demandante. Se notificó al recurrente el día 10 de diciembre de 2014, sin que efectuara alegación alguna.

4º.- Del expediente se dio vista a la Presidenta de la Comisión de Personal Docente no Universitario, sin que emitiera ningún informe.



5º.- Mediante Acuerdo del Gobierno de Navarra, de 4 de febrero de 2013, se resuelve el expediente disciplinario imponiendo al demandante la sanción de separación del servicio por la comisión de

una falta disciplinaria muy grave, de "abandono del servicio, entendiéndose por tal la ausencia continuada e injustificada al trabajo durante más de un mes", tipificada en el art. 64,c) del Texto Refundido del Estatuto del personal al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra, que ahora se recurre.

TERCERO.- Sobre la nulidad de la resolución recurrida por vulneración del derecho de defensa al omitir el trámite de audiencia por el agravamiento de la sanción incluida en la propuesta de resolución.

En cuanto a la alegada nulidad del procedimiento por omisión del trámite de audiencia al interesado por el agravamiento de la sanción incluida en la propuesta de resolución, que pasó de suspensión de funciones de tres años a separación del servicio, conviene reseñar la doctrina del Tribunal Supremo contenida en la STS de 21 de octubre de 2014 Recurso: 336/2013 (ROJ: STS 4127/2014) en la que se dice: *"El problema planteado, hablando ya en el terreno de los principios, es el de si en los expedientes administrativos sancionadores la Administración puede, sin dar audiencia al expedientado, imponer finalmente mayor sanción que la anunciada en la propuesta de resolución.*

Sobre este problema se han pronunciado tanto el Tribunal Constitucional como este Tribunal Supremo, con pronunciamientos que, apegados lógicamente a los datos de cada caso concreto, no revelan de forma clara una conclusión única y general.

A) El Tribunal Constitucional ha tratado de esta cuestión, entre otras, en sentencias 29/1989, de 6 de Febrero ; 98/1989, de 1 de Junio ; 145/1993, de 26 de Abril ; 160/1994, de 23 de Mayo ; 117/2002, de 20 de Mayo ; 356/2003, de 10 de Noviembre (auto); 55/2006, de 27 de Febrero y 169/2012, de 1 de Octubre .

Aparte de la conocida conclusión de que los principios esenciales del artículo 24 de la Constitución son trasladables al ámbito de la potestad sancionadora de la Administración, pero con ciertos matices, (derivados sobre todo del hecho de que el procedimiento sancionador administrativo no conoce una diferenciación tajante entre instrucción, acusación y decisión), se deduce de esa doctrina constitucional que, sin previa audiencia sobre la cuestión, no puede producirse sanción por hechos o perspectivas jurídicas que de hecho no hayan sido o no hayan podido ser plenamente debatidas, lo que significa:

1º.- Que la resolución sancionadora no puede alterar, sin previa audiencia del expedientado, el relato fáctico contenido en la propuesta de resolución.

2º.- Que tampoco puede alterarse en la resolución sancionadora, sin previa audiencia, la calificación jurídica de la infracción.

3º.- Que no es incompatible con el derecho de defensa la imposición de una sanción, sin previa audiencia, distinta de la contemplada en la propuesta de resolución, siempre que no se altere la calificación jurídica del hecho imputado y la sanción se encuentre dentro de los márgenes correspondientes al tipo sancionador.

B) También este Tribunal Supremo ha estudiado repetidamente el problema que nos ocupa, por ejemplo en sentencias, entre otras, de 19 de Junio de 1993 (recurso nº 2702/1988); 21 de Abril de 1997 (recurso nº 191/1994); 19 de Noviembre de 1997 (recurso nº 536/1994); 3 de Marzo de 1998 (recurso nº 606/1994); 23 de Septiembre de 1998 (recurso nº 467/1994); 30 de Diciembre de 2002 (recurso nº 595/2000); 3 de Noviembre de 2003 (recurso nº 4896/2000); 2 de Marzo de 2009 (recurso nº 564/2007); 2 de Noviembre de 2009 (recurso nº 611/2007); 14 de Diciembre de 2011 (recurso nº 232/2011); 18 de Junio de 2013 (recurso nº 380/2012); 30 de Octubre de 2013 (recurso nº 2184/2012) y 21 de Mayo de 2014 (recurso nº 492/2013).

De este cuerpo de doctrina extraemos las siguientes conclusiones:

1ª.- La imposición de una sanción más grave que la anunciada en la propuesta de resolución exige nuevo trámite de audiencia si ello deriva de hechos distintos a los contenidos en la propuesta o si es consecuencia de una modificación de la calificación jurídica de los mismos.

2ª.- Tampoco puede imponerse sanción más grave sin previa audiencia, si ello es consecuencia del rechazo de circunstancias modificativas que hubieren sido tenidas en cuenta en la propuesta de resolución. (En concreto, las citadas sentencias del Tribunal Supremo de 30 de Octubre de 2013 -recurso nº 2184/2012 - y 21 de Mayo de 2014 -recurso nº 492/2013 -, se refieren a una causa de atenuación de la responsabilidad, regulada en el artículo 66 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia , que fue apreciada en la propuesta de resolución y rechazada, sin audiencia previa, en la resolución sancionadora).

3ª.- La jurisprudencia no es uniforme a la hora de determinar si es necesaria una repetición de la trámite de audiencia cuando la resolución sancionadora asume los hechos tal como los refirió el instructor en su propuesta y tampoco varía su calificación jurídica, apartándose de la propuesta únicamente en la determinación del exacto



importe de la sanción dentro del abanico o intervalo correspondiente a esa calificación jurídica. No obstante, parece que la jurisprudencia más reciente se inclina por exigir también en estos casos un nuevo trámite de audiencia.

(...) No se trata, en consecuencia, de que la agravación de la pena no pueda hacerse sin motivarla, sino de que no puede hacerse sin previa audiencia, aunque se motive.

El Tribunal Supremo concluye: *"la necesidad de dar audiencia al interesado si el órgano decisor pretende imponer una sanción más grave que la contenida en la propuesta de resolución, tiene a su favor las siguientes razones:*

1ª.- En primer lugar, es más favorable para la efectividad del derecho fundamental de defensa.

2ª.- En segundo lugar, el cumplimiento de un nuevo trámite de audiencia no retrasa irrazonablemente la conclusión del procedimiento sancionador.

3ª.- En tercer lugar, si, como sabemos, el artículo 135 de la Ley 30/92 exige la notificación al presunto responsable de los hechos, de su calificación jurídica y de las sanciones que, en su caso se le pudieran imponer, no parece lógico que siendo estas últimas las que realmente más interesan a los expedientados, se exija la previa audiencia cuando se varían los hechos, o se varía la calificación jurídica, pero no se exija cuando se varía "in pejus" la sanción anunciada.

4ª.- Finalmente, esta es la solución más adecuada para una defensa efectiva del principio de proporcionalidad. En efecto, según el artículo 20 del Reglamento 1398/1993, de 4 de Agosto, para el ejercicio de la potestad sancionadora, la propuesta de resolución ha de contener necesariamente la concreta y específica sanción que el Instructor considera adecuada a los hechos apreciados y a su calificación jurídica, y ninguna duda cabe de que será sólo a la vista de esa concreta propuesta de sanción cuando el expedientado pueda alegar sobre su necesaria proporcionalidad. Y si luego se permite que esa concreta sanción se agrave por la autoridad sancionadora sin nueva audiencia, la anterior defensa del interesado en lo que afectaba a la proporcionalidad de la sanción quedaría reducida a una pura entelequia; resultado que se agrava a la vista de que, aunque no se modifique la calificación jurídica, la sanción puede variar ostensiblemente, pues las normas sancionadoras suelen establecer abanicos muy amplios en la previsión de las sanciones.

Por todas las razones dichas, el Alto Tribunal no anula la resolución sancionadora, sino que señala como sanción conforme a Derecho la contenida en la propuesta de resolución, frente a la que el interesado sí que tuvo oportunidad de ser oído.

Esta doctrina ha sido aplicada ya por esta Sala en la sentencia de 25 de febrero de 2016, Rec. 195/2014 a propósito de la sanción impuesta a un docente y también resulta aplicable en este caso.

Así, aplicando la doctrina expuesta, cabe concluir que al haber incrementado la Administración la sanción respecto a la contenida en la propuesta de resolución sin haber dado previa audiencia al demandante, ha infringido su derecho de defensa. Ahora bien, esta infracción no determina la nulidad de la resolución recurrida, como pretende el recurrente; sino la reducción de la sanción a tres años de suspensión de funciones, con la que, además, se había aquietado el demandante, tal y como recoge en su demanda.

La estimación de este motivo de impugnación, releva a la Sala de analizar la alegada vulneración del principio de proporcionalidad de la sanción impuesta finalmente por la Administración, habiendo considerado el recurrente en su demanda que la sanción propuesta por el instructor resulta proporcionada, puesto que se aquietaba a la misma.

En definitiva, por todo lo expuesto, procede estimar parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto, al no ser la resolución recurrida totalmente conforme al Ordenamiento Jurídico, reduciendo la sanción impuesta a D. Nemesio a la suspensión funciones durante tres años por la comisión de la falta disciplinaria muy grave de "abandono del servicio, entendiéndose por tal la ausencia continuada e injustificada al trabajo durante más de un mes", tipificada en el art. 64,c) del Texto Refundido del

Estatuto del personal al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra.

CUARTO.- Costas Procesales.

Conforme a lo dispuesto en el art. 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativo no procede efectuar expresa imposición de las costas causadas imponer a la parte actora las costas causadas en este procedimiento a ninguna las partes, dada la estimación parcial de la demanda.

En nombre de Su Majestad El Rey y en el ejercicio de la potestad de juzgar que emanada del Pueblo Español nos confiere la Constitución, el Tribunal Superior de Justicia de Navarra ha adoptado el siguiente

**FALLO**

Que debemos estimar como estimamos parcialmente el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D^a. Ana Imrizaldu Pandilla, en nombre y representación de D. Nemesio contra el Acuerdo de Gobierno de Navarra de fecha 4 de febrero de 2015, por el que se impone al demandante la sanción de separación del servicio por la comisión de una falta disciplinaria muy grave, declarando que la resolución recurrida no es totalmente conforme al Ordenamiento Jurídico, reduciendo la sanción impuesta a D. Nemesio a la suspensión funciones durante tres años por la comisión de la falta disciplinaria muy grave de abandono del servicio, entendiéndose por tal la ausencia continuada e injustificada al trabajo durante más de un mes. Todo ello, sin efectuar expresa imposición de las costas causadas a ninguna las partes.

Notifíquese esta resolución conforme dispone el artículo 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , expresando que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, recurso que habrá de prepararse ante esta Sala del Tribunal Superior de Justicia de Navarra en el plazo de diez días siguientes a la notificación de esta sentencia.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación a los autos, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

ANTONIO RUBIO PÉREZ.- RAQUEL H. REYES MARTÍNEZ.- M^a MERCEDES MARTÍN OLIVERA.- Rubricados. Doy fe. Fabiola Llorente Llorente.- Rubricado.-

DILIGENCIA : En Pamplona, a 6 de junio de 2016. La extendiendo yo, la Letrada de la Administración de Justicia Fabiola Llorente Llorente, para hacer constar que en el día de la fecha, me ha sido entregada la precedente resolución debidamente firmada para su notificación a las partes y publicidad establecida legalmente, uniendo a los autos certificación literal de la misma y archivando el original. Doy fe. Fabiola Llorente Llorente.- Rubricado.-

Y para su unión a las actuaciones, expido y firmo el presente en Pamplona, a 6 de junio de 2016. Doy fe.

LA LETRADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA