



Roj: **STS 5651/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:5651**

Id Cendoj: **28079130072013100433**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **25/11/2013**

Nº de Recurso: **931/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **VICENTE CONDE MARTIN DE HIJAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AS 381/2012,**
STS 5651/2013

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Noviembre de dos mil trece.

Visto por la Sala Tercera (Sección Séptima) del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados Excmos. Sres. anotados al margen, el recurso de casación número 931/2012, que pende ante ella de resolución, interpuesto por el Procurador Don José Manuel Villasante García, en nombre y representación de Don Modesto , contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de fecha 30 de enero de 2012, dictada en el recurso contencioso-administrativo nº 18/2010 .

Ha sido parte recurrida el Principado de Asturias representado por Letrado de su **servicio** jurídico.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida, dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de fecha 30 de enero de 2012 , contiene una parte dispositiva del siguiente tenor literal:

*«En atención a lo expuesto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal Superior de Justicia de Asturias ha decidido: Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por don José Manuel Tahoces Blanco, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de don Modesto , contra acuerdo del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias adoptado en su reunión de fecha 18 de noviembre de 2009, siendo parte demandada el Principado de Asturias, asistido por el Letrado de su **Servicio** Jurídico, acuerdo que se confirma por estimarse ajustada a derecho la sanción impuesta. Sin hacer especial condena en costas»*

Dicha sentencia precisa en su fundamento de derecho Primero la resolución objeto de recurso contencioso-administrativo y las tesis respectivas de recurrente y Administración recurrida. La fundamentación clave a los efectos del actual recurso de casación se contiene en los Fundamentos de Derecho Segundo y Tercero que son del tenor literal siguiente:

*« **SEGUNDO.-** Resulta de lo actuado que si bien se dispuso por resolución de la Consejera de Cultura y Turismo de fecha 10 de octubre de 2008 el cese del recurrente, su efectividad no tuvo lugar hasta el 31 de octubre siguiente, en que fue publicado dicho cese en el BOPA nº 254 de esa fecha y que es cuando se formalizó el mismo (doc. 3 y 4 de la contestación a la demanda), por lo que a la fecha de incoación del expediente disciplinario, por resolución de 20 de octubre de 2008, el recurrente todavía desempeñaba el puesto de Jefe de **Servicio** de la Unidad Técnica de Arquitectura de la Agencia para el Desarrollo de Proyectos Culturales, dependiente de la Consejería de Cultura y Turismo del Principado de Asturias, y se encontraba en situación de excedencia por interés particular en su Administración de origen, la Mancomunidad del Valle del Nalón, por lo que no será el invocado régimen disciplinario previsto en el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril , por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, el aplicable, sino*



el indicado por la resolución impugnada, no pudiendo cuestionarse la competencia del Principado de Asturias para ejercer en el presente caso la potestad disciplinaria respecto de un funcionario procedente en su día de otra Administración pero con destino actual definitivo en la del Principado de Asturias, y residenciándose la misma en el supuesto contemplado en su Consejo de Gobierno, al tratarse de un expediente disciplinario de personal funcionario con propuesta de sanción de separación del **servicio**, conforme dispone el artículo 14.2 i) de la Ley 3/1985. Razones que llevan a la desestimación del primer argumento impugnatorio alegado.

TERCERO.- Igual suerte desestimatoria merece la pretendida nulidad invocada por caducidad y prescripción, ya que tratándose en el presente caso de una falta continuada, en cuanto el recurrente mantuvo una situación de incompatibilidad durante el tiempo en que prestó **servicios** para la Administración del Principado de Asturias, desde el 21 de junio de 2002 al 31 de octubre de 2008, en modo alguno se ha producido la prescripción de la falta por el transcurso de tres años, plazo previsto a tal efecto para las infracciones muy graves en el artículo 97 de la Ley 7/2007; y por lo que al retraso en resolver se refiere, no puede dar lugar al instituto de la caducidad según reiterada doctrina jurisprudencial, sino a lo más a la responsabilidad del funcionario causante de la demora, que en el presente caso no ha existido, pues obra al folio 207 y siguientes del expediente resolución administrativa de ampliación de plazo de tramitación del mismo en la que se motivan las razones que llevaron a la imposibilidad de resolución del expediente en el plazo de doce meses.»

SEGUNDO.- El Procurador Don José Manuel Tahoces Blanco, mediante escrito presentado el 9 de febrero de 2012, preparó recurso de casación contra la referida Sentencia, que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias tuvo por preparado por diligencia de ordenación de 17 de febrero de 2012, acordando la remisión de las actuaciones a esta Sala y el emplazamiento a las partes.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones, por el Procurador Don José Manuel Villasante García se presentó escrito el 9 de abril de 2012 en el que, después de formular sus motivos, terminó suplicando a la Sala que *«que teniendo por interpuesto recurso de casación, se case y anule la sentencia dictada por el TSJ de Asturias de 30 de enero de 2012 al haber cometido las infracciones legales y de la jurisprudencia reseñadas, declarando la nulidad del acuerdo del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias de 18 de Noviembre de 2011 por el que se impuso a mi representado, la pena máxime posible a un funcionario»* .

CUARTO.- Por providencia de 9 de mayo de 2012 se acordó oír a las partes sobre la posible concurrencia de causa de inadmisión en los motivos segundo y tercero de la demanda, trámite que verificaron ambas partes con la presentación de sendos escritos de alegaciones que obran unidos a las actuaciones.

La Sala dictó Auto el 7 de febrero de 2013, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

«Declarar la inadmisión a trámite de los motivos segundo y tercero del recurso de casación interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don José Manuel Villasante García, en nombre y representación de Don Modesto, contra la Sentencia 66/2012, de 30 de enero de 2012, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en el recurso número 18/2010; así como la admisión de los motivos primero y cuarto del expresado recurso; y para su sustanciación, remítanse las actuaciones a la Sección Séptima de este Tribunal, de conformidad con las reglas de reparto de asuntos.»

Por Diligencia de ordenación de 12 de abril de 2013 se acordó dar traslado al Letrado del **Servicio** Jurídico del Principado de Asturias para que formalizara su oposición, trámite que verificó con la presentación de escrito el día 31 de mayo de 2013.

QUINTO.- Por providencia de 30 de septiembre de 2013 para la votación y fallo del presente recurso se señaló la audiencia del día 20 de noviembre de 2013, en cuyo acto tuvo lugar su celebración, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Conde Martín de Hijas, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como se ha dicho en el Antecedente primero, en el actual recurso de casación se impugna la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de fecha 30 de enero de 2012, dictada en el recurso contencioso-administrativo nº 18/2010, que desestimó el recurso interpuesto por Don Modesto contra la resolución que le sancionó con la sanción de separación de **servicio** por una falta muy grave de incumplimiento de la norma sobre incompatibilidades prevista en el art. 95.2.nn) de Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público en el art. 91.h) de la Ley 13/1995, de 26 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública de la Administración del Principado de Asturias.



El recurso de casación se formulaba sobre la base de cuatro motivos, de los que el motivo segundo y tercero fueron inadmitidos por Auto de la Sección Primera de esta Sala de 7 de febrero de 2013, en el que sólo se admitieron los motivos primero y cuarto, en los que por tanto debemos centrar exclusivamente nuestro análisis. De dichos dos motivos el primer motivo de casación se formula al amparo del art. 88.1.d) de LRJCA por infracción del art. 44.2 en relación con el 42.2 de la Ley 30/1992, al haber incurrido el expediente en caducidad, y el cuarto, asimismo formulado al amparo del art. 88.1.d) de la ley de la jurisdicción, por infracción del art. 57 de la Ley 30/1992. Por su parte el Principado de Asturias se opone a dichos dos motivos en los términos en que mas adelante detallamos.

SEGUNDO.- En el análisis de los dos motivos referidos, dada la radicalidad del cuarto, invertiremos el orden propuesto por la parte recurrente comenzando por dicho motivo cuarto, cuya estimación, que ya se adelanta, hace innecesario entrar en el análisis del motivo primero.

Hecha esta observación, el desarrollo argumental de dicho motivo cuarto se limita prácticamente a la afirmación de que: *«Señala el art. 57.1 de la citada Ley, que los actos administrativos producirán efectos desde la fecha en que se dictan, salvo que en ellos se disponga otra cosa. La resolución de 10 de octubre tan sólo decía al respecto que se publicarían pero a efectos puramente informativos, por lo que desde esa fecha (o la siguiente por aplicación del aforismo (dies a quo non computatur a termino), surtió plenos efectos y por ello apelar a la fecha de publicación en el BOPA tal y como hace la sentencia cuestionada en su f. de derecho segundo, no nos parece aceptable.»*

El Principado de Asturias se opone a dicho motivo argumentando en los siguientes términos:

«En tal sentido debe asimismo rechazarse este motivo visto el Fundamento de Derecho Segundo de la Sentencia recurrida, pues resulta de lo actuado que si bien se dispuso por resolución de la Consejera de Cultura y Turismo de fecha 10 de octubre de 2008 el cese del recurrente, su efectividad no tuvo lugar hasta el 31 de octubre siguiente en que fue publicado dicho cese en BOPA nº 254 de esa fecha y que es cuando se formalizó el mismo (doc. 3 y 4 de la contestación a la demanda), por lo que a la fecha de incoación del expediente disciplinario, por resolución de 20 de octubre de 2008, el recurrente todavía desempeñaba el puesto de Jefe del Servicio de la Unidad Técnica de Arquitectura de la Agencia para el Desarrollo de Proyectos Culturales...no pudiendo cuestionarse la competencia del Principado de Asturias para ejercer en el presente caso la potestad disciplinaria respecto de un funcionario perteneciente en su día a otra Administración pero con destino actual definitivo en la del Principado de Asturias.

Confunde el recurrente la fecha de la Resolución de la Consejería de Cultura y Turismo por la que se dispone su cese -10 de octubre de 2008- con la de su eficacia. Conforme a lo previsto en el artículo 57.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y, tal y como se deriva del propio contenido de la Resolución por la que se dispone su cese en su resuelto segundo, su eficacia está supeditada a su publicación, la cual se formaliza en el BOPA del 31 de octubre de 2008».

TERCERO.- Expuestos los términos de debate, y como ya se ha anticipado, se impone la estimación del motivo del art. 57.1 de la Ley 30/1992, que, como dice el recurrente, es inequívoco en cuanto al señalamiento de la fecha de producción de efectos de los actos administrativos, que es *"desde la fecha en que se dicten salvo que en ellos se disponga otra cosa"*

El apartado segundo de dicho artículo dispone que *"la eficacia quedará demorada cuando así lo exija el contenido del acto u esté supeditada a su motivación, publicación o..."*. No está establecido en este apartado segundo con carácter general que la fecha de la producción de efectos, establecida en el apartado anterior del precepto, deba desplazarse a la de notificación o publicación. Si ello fuera así, el apartado primero carecería de sentido, habida cuenta que, con carácter general, si tal fuera la interpretación del apartado segundo la producción de efectos de los actos de la Administración se produciría, no desde la fecha en que se dicten, como dice dicho apartado primero, sino desde la fecha en que se notifiquen o publiquen. La interpretación sistemática del sentido de dichos dos apartados del art. 57 de la Ley 30/1992 debe llevar a la consecuencia de que la demora de los efectos, supeditándola a su notificación o publicación, debe tener su base bien en una norma que así lo establezca para el caso de que se trate, bien en el propio sentido del acto notificado.

En el caso actual la renuncia al puesto es un acto de decisión unilateral del sujeto respecto al que la aceptación por la Administración no está supeditada a ninguna consideración de posible limitación por parte de la Administración. Al respecto debe tenerse en cuenta (y al hacerlo nos movemos en el margen que nos otorga el principio *iura novit curia*) lo dispuesto en el art. 63.a) y 64 de la Ley 7/2007 del Estatuto Básico del Empleado Público. En el art. 64 se establece de modo terminante:

«1.- La renuncia voluntaria de la condición de funcionario habrá de ser manifestada por escrito y será aceptada expresamente por la Administración salvo lo dispuesto en el apartado siguiente.



2.- *No podrá ser aceptada la renuncia cuando el funcionario esté sujeto a expediente disciplinario o haya sido dictado en su contra auto de procesamiento o de apertura de juicio oral por la comisión de algún delito» .*

En el caso actual, cuando el recurrente formuló su renuncia no se había incoado aún expediente disciplinario, por lo que no se hallaba incluido en el ámbito del apartado segundo del artículo precitado, sino en el del primero. La consecuencia de lo dispuesto en este precepto, coordinada con lo que hemos razonado respecto a los art. 57.1 y 2 de la Ley 30/1992 , no puede ofrecer duda de que el efecto del cese del recurrente en el **servicio** a la Administración de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias se produjo el 10 de octubre de 2008; esto es, antes de que el expediente disciplinario se hubiese iniciado.

La estimación del motivo conduce sin más a la del recurso y anulación de la sentencia recurrida, sin que por la radicalidad de dicho motivo sea preciso entrar a decidir sobre el motivo primero.

CUARTO.- La estimación del recurso de casación, conforme a lo dispuesto en el art. 93.2.d) de la Ley de la jurisdicción , nos obliga a entrar a resolver en los términos en que está planteado el debate.

En la demanda del recurso contencioso-administrativo, en esencia, se mantenía en el relato de hecho que el demandante fue funcionario del Principado de Asturias hasta que por resolución de 10 de octubre de 2008 de la Consejería de Cultura y Turismo se dispone el cese en dicho puesto (Hechos 1º y 2º) y que desde el inicio del procedimiento sancionador el demandante sostuvo la incompetencia del Administración del Principado de Asturias para instruir el expediente sancionador pues había cesado en su puesto con fecha 10 de octubre de 2008; es decir, 10 días antes de la decisión administrativa de incoar el expediente sancionadora (Hecho 3º). Y en relación con tal planteamiento fáctico en los fundamentos jurídicos materiales, en el primero, se alega la nulidad del acuerdo impugnado por incompetencia de la administración del Principado de Asturias, planteamiento que desarrolla en línea con el planteamiento fáctico antes indicado en dicho Fundamento de derecho.

Pues bien, los propios razonamientos expuestos para la estimación del recurso de casación sobre la base de que el cese del funcionario recurrente en el puesto que ocupaba se produjo, según lo dispuesto en el art. 57.1 de la Ley 30/1992 , el día 10 de octubre de 2008 lleva a la consecuencia de que, según mantiene el demandante en el fundamento material de su demanda al que antes nos hemos referido, dado lo dispuesto en el art. 94 de la Ley 7/2007 y en la Ley 3/1985 del Principado de Asturias, art. 55, el demandante, al haber cesado en el servio de la Administración de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias en 10 de octubre de 2008, no podía ser objeto de un expediente disciplinario, incoado por dicha Comunidad Autónoma, pues no era ya personal a su **servicio**, produciéndose así la vulneración del precitado artículo 94 Ley 7/2007 , que vicia de nulidad, conforme a lo dispuesto en el art. 63 de la Ley 30/1992 , la resolución sancionadora.

Se impone así la estimación del recurso contencioso-administrativo en los términos fijados en el suplico de su demanda.

SEXTO.- En cuanto a costas, y conforme a lo dispuesto en art. 139.1 y 2 de la LRJCA , no ha lugar a su imposición, ni en cuanto a las del recurso de casación, ni a las de la instancia, habida cuenta de la fecha de interposición del recurso contencioso- administrativo, anterior a la modificación del apartado 1 primero del art. 139 por la Ley 37/2011 , no apreciándose en ninguna de las partes mala fe o temeridad.

FALLAMOS

1º).- Que debemos estimar, y estimamos, el recurso de casación interpuesto por el por Don Modesto , contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de fecha 30 de enero de 2012, dictada en el recurso contencioso-administrativo nº 18/2010 , que revocamos, dejándola sin efecto.

2º) Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Don Modesto contra la resolución que le sancionó con la sanción de separación de **servicio** por una falta muy grave de incumplimiento de la norma sobre incompatibilidades prevista en el art. 95.2.nn) de Ley 7/2007 de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público en el art. 91.h) de la Ley 13/1995, de 26 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública de la Administración del Principado de Asturias , que anulamos dejándolo sin efecto.

3º) No a lugar a imposición de costas ni respecto a este recurso de casación ni respecto a las de la instancia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal, el mismo día de su fecha, lo que certifico.