



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 0 6 / 2 0 1 0

(Sección 1ª)

La Laguna, a 14 de abril de 2010.

Dictamen solicitado por el Excmo. y Mgfc. Sr. Rector de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la revisión de oficio, a instancia de D.R., por la que se le impuso una sanción disciplinaria de cuatro meses de suspensión de empleo y sueldo, así como del Acuerdo de la Comisión Académica de la Universidad, de 27 de septiembre de 2006, por la que se suspendió su solicitud de transformación de profesor asociado a tiempo completo a profesor asociado doctor (EXP. 140/2010 RO)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Rector de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de revisión de oficio iniciado a instancia de interesado para declarar la nulidad de la Resolución de 4 de enero de 2006, por la que se le impuso una sanción disciplinaria de cuatro meses de suspensión de empleo y sueldo, así como del Acuerdo de la Comisión Académica de la Universidad de 27 de septiembre de 2006, por la que se suspendió su solicitud de transformación de su contrato de profesor asociado a tiempo completo a profesor contratado doctor.

La legitimación del Rector para solicitar el Dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para emitirlo resultan de los arts. 11.1.D.b) y 12.3 de la Ley 5/2002, del Consejo Consultivo en relación el primer precepto con el art. 102.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

* **PONENTE:** Sr. Bosch Benítez.

II

Los antecedentes que han dado origen al presente procedimiento son los siguientes:

1. Mediante Resolución del Rectorado de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria de 4 de enero de 2006 se impuso a D.R., profesor de la Facultad de Traducción e Interpretación, una sanción disciplinaria de cuatro meses de suspensión de empleo y sueldo, como autor de la infracción grave prevista en el art. 7.e) del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado y de una infracción muy grave prevista en el art. 6.m) del citado Reglamento.

Las conductas por las que fue sancionado consistieron, de acuerdo con la señalada Resolución, en el incumplimiento del plan docente de la Facultad al alterar el horario de determinadas clases y en la grabación sin autorización de la sesión de la Junta de Facultad celebrada el 5 de marzo de 2005. Estos actos se consideraron constitutivos, respectivamente, de la infracción de grave desconsideración con los superiores, compañeros o subordinados [art. 7.e)] y de la infracción muy grave de limitar la libre expresión de pensamiento, ideas y opiniones [art. 6.m)].

2. Contra la indicada sanción, el interesado promovió procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales, que se tramitó ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Las Palmas de Gran Canaria, el cual acordó como medida cautelar la suspensión de la ejecutividad de la sanción cuando habían transcurrido dos meses y medio de su cumplimiento.

El citado procedimiento terminó por Sentencia de 30 de marzo de 2007, que inadmitió el recurso por extemporáneo.

Interpuesto el correspondiente recurso, se resolvió por Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 26 de octubre de 2007, que confirmó íntegramente la Sentencia de instancia.

3. El 13 de septiembre de 2006, D.R. presentó una solicitud de transformación contractual de su contrato de profesor asociado a tiempo completo a profesor contratado doctor, acogándose a la disposición transitoria quinta de la Ley Orgánica de Universidades y disposición transitoria tercera del Decreto autonómico 140/2002.

En relación con esta solicitud, la Comisión Académica Delegada del Consejo de Gobierno de la Universidad, en sesión de 27 de septiembre de 2006 consideró, según los términos literales de la certificación que consta en el expediente, que "de acuerdo al expediente abierto (...) un profesor con dichos antecedentes no debe ser

contratado de forma indefinida, no obstante y hasta que se resuelva el contencioso administrativo interpuesto por el profesor D.R. contra el expediente sancionador, acuerda solicitar informe al Servicio de Inspección de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria y posponer, hasta que se resuelva el contencioso antes mencionado, cualquier acuerdo sobre la transformación contractual del profesor D.R.”.

Este Acuerdo fue notificado al interesado mediante oficio de la Vicerrectora de Ordenación Académica y Profesorado de 17 de octubre de 2006.

Contra este oficio, que el interesado calificó de Acuerdo, fue presentado recurso de alzada ante el Rector, que fue inadmitido por Resolución de 1 de febrero de 2007 por dirigirse contra un acto de trámite no cualificado, tanto en lo que se refiere al oficio de la Vicerrectora como al Acuerdo adoptado por la Comisión Académica.

Se interpone seguidamente contra esta Resolución recurso contencioso-administrativo. La celebración de la vista correspondiente al procedimiento abreviado quedó suspendida a solicitud del actor debido a la pendencia del recurso relativo a la sanción disciplinaria, con apercibimiento de que si transcurrido el plazo de sesenta días ninguna de las partes realizase alegación alguna se procedería al archivo del procedimiento sin más trámite. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 finalmente dictó Auto de 15 de octubre de 2008 ordenando el archivo de las actuaciones, sin que se haya presentado recurso alguno contra esta resolución.

III

1. El 19 de febrero de 2010 el interesado presenta escrito en el Registro General de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria en el que solicita la anulación del Acuerdo de la Comisión Académica de 27 de septiembre de 2006, por la que se suspendió su solicitud de transformación de contrato, así como de la Resolución por la que se le impuso la sanción disciplinaria.

Su solicitud se ampara en el art. 105.1 en relación con el art. 62 LRJAP-PAC, entendiéndose que la sanción impuesta es nula de pleno derecho al infringir las bases del derecho sancionador, ya que no hay sanción sin conducta sancionable tipificada como tal, de acuerdo con lo previsto en el art. 24 de la Constitución.

Para el interesado resulta patente, de acuerdo con los términos de su escrito, que los supuestos fácticos por los que fue sancionado no son subsumibles en las infracciones alegadas ni en ninguna otra conducta tipificada como tal.

Señala a estos efectos que “una grabación sin autorización” no comporta una actuación lesiva a la libre expresión, salvo en los supuestos que la grabación no estuviera autorizada y pese a ello se imponga y tenga efectos disuasorios o coactivos para el ejercicio de los derechos fundamentales que se dicen afectados. Niega además la existencia de material probatorio ni de declaraciones que fundamenten el supuesto de una grabación.

Por lo que se refiere a la pretensión de modificar el plan docente, indica que ni es un acto consumado ni se adivina la desconsideración que supone para los compañeros y superiores.

2. En el expediente se ha suscitado con carácter previo la cuestión del procedimiento a seguir para resolver la solicitud presentada, toda vez que, si como se ha señalado, el interesado solicita la anulación de los actos administrativos citados, lo hace con base en los arts. 62 y 105.1 LRJAP-PAC.

Esta justificación no es adecuada, aun cuando en efecto proceda tramitar la revisión. Así, ciertamente ha de convenirse en que, a pesar de la cita del art. 105.1 LRJAP-PAC, sin duda errónea, del escrito del interesado se deduce el verdadero carácter de su solicitud, ejerciéndose la acción de nulidad respecto de los actos administrativos señalados, citándose a este fin determinadamente el art. 62 LRJAP-PAC.

Por lo demás, la circunstancia de que la pretensión anulatoria se dirija contra actos desfavorables no impide la tramitación del citado procedimiento, teniendo en cuenta que el art. 102 LRJAP-PAC, a diferencia del art. 103, no se refiere expresamente a los actos favorables para los interesados y que, es claro, es relevante la declaración de nulidad por los efectos propios de la misma. En esta misma línea se ha pronunciado el Consejo de Estado en varios Dictámenes, como el 5775/97 o el 1699/01.

No obstante, procede advertir que, al fin de sostener la improcedencia de la revocación, no puede aducirse que se trata de actos firmes, cuestión irrelevante porque la revocación cabe contra actos firmes o no, ni la supuesta ausencia de ilegalidad sobrevenida, pues cabe revocar por causa de ilegalidad o mera oportunidad, siempre que el acto no sea favorable, sin perjuicio de lo indicado sobre que cabe revisar actos no favorables y que, sin duda, no existe acción de los interesados para revocar, actuando la Administración siempre de oficio en este supuesto.

3. En relación con la tramitación del procedimiento, no se ha realizado actuación posterior alguna a la presentación de su solicitud por el interesado, elaborándose sin más trámite la Propuesta de Resolución.

La ausencia de tramitación se justifica en la citada Propuesta por la circunstancia de que la pretensión se basa principalmente en cuestiones meramente jurídicas, por lo que no se trata de instruir nuevamente los procedimientos, sino de abordar su revisión, sin que sea necesario que figuren en el procedimiento otros documentos y pruebas que los obrantes en el expediente administrativo.

Esta argumentación no es acogible. Ante todo, es obvio que el órgano decisorio del procedimiento, el Rector supuestamente, no puede, ni siquiera condicionada o provisionalmente, formular la Propuesta de Resolución. Además, en todo caso ha de elaborarse con el contenido dispuesto en el art. 89 LRJAP-PAC, siendo patente al menos que no es éste el instrumento para hacer la calificación contenida en el punto primero del resuelto de la aquí analizada, o bien, que tal órgano decisorio no debe proponerse a sí mismo la decisión a adoptar.

En esta línea, lo correcto habría sido resolver la admisión a trámite de la solicitud del interesado, en los términos efectivamente hechos y por las razones antes reseñadas, y ordenarse la tramitación del procedimiento revisor por el Rector, asignando instructor al efecto en orden, como mínimo, a la formulación de la Propuesta resolutoria. Así, la elaboraría, efectuándola como legalmente procede, quien estuviere habilitado técnicamente al efecto, sin perjuicio de su asunción final, en su caso, por el órgano decisorio, a la luz del Dictamen del Organismo consultivo que ha de ser preceptivamente solicitado.

En todo caso, aparte de que ha de respetarse la regulación aplicable en la Administración actuante en cuanto a que resulte obligado el control jurídico interno de la Propuesta, previo a que solicite Dictamen sobre la que se formule definitivamente, lo esencial es que asimismo resulta preciso la elaboración de un Informe técnico-jurídico, o informe-Propuesta inicial en el mejor de los casos, que sirva de fundamento a la Propuesta.

Y, justamente, en tal informe se ha de llevar a cabo un análisis de la solicitud formulada, atendiendo a sus propios términos y, por tanto, pronunciándose razonadamente sobre la causa de nulidad esgrimida y los elementos, hechos o circunstancias que se argumentan para justificarla, incurriendo en ella por ese motivo los actos implicados; información contradictoria que ha de conocer el

interesado en su defensa, pudiendo presentar alegaciones sobre su contenido en relación con los extremos antedichos, y, posteriormente, tanto éstas como aquélla el redactor de la Propuesta primero y este Organismo después, a los efectos pertinentes en cada caso.

En este sentido, no es suficiente con reafirmar la correcta tramitación del procedimiento sancionador y, en definitiva, la procedencia de la sanción o sanciones impuestas, pues, en efecto, no se trata de tramitarlo de nuevo, sino que, tramitándose otro procedimiento, el de revisión, ha de argumentarse sobre la procedencia de las alegaciones del interesado de que los actos sancionadores son nulos por los motivos que aduce, siendo aplicable el art. 62.1.a) LRJAP-PAC. Tanto por eventual falta de prueba suficiente, en un caso, como por carencia de tipicidad o infracción erróneamente calificadas, con sanción impertinente por ello, en ambos.

Por consiguiente, han de retrotraerse las actuaciones en orden a subsanar los defectos expuestos, formulándose debidamente la consiguiente Propuesta resolutoria, en los términos explicitados, para su ulterior remisión a este Organismo para ser dictaminada, siendo a este fin relevante lo que se observa en el siguiente Fundamento.

IV

En cualquier caso, a los efectos oportunos y en relación con lo expuesto sobre la información que en este supuesto ha de producirse, debe observarse que es determinante acreditar por la Administración, para establecer la pertinencia de la sanción impuesta en cada caso, el respeto a los principios y normas del Derecho penal, aplicables según reiterada jurisprudencia al ámbito sancionador, que tienen incidencia en este asunto tal y como viene planteado por la acción de nulidad formulada; esto es, los principios de tipicidad de la infracción, certeza penal de la conducta antijurídica y proporcionalidad de la sanción a imponer.

Lo que, obviamente, tiene conexión con la consideración de que se produjo, por un lado, una conducta consistente en la modificación o alteración del Plan docente de la Facultad acordado por el órgano universitario competente al efecto; y no cualquier otra, incluso relativa de algún modo al mismo, que comporta otro tipo de infracción y, por ende, conlleva otra sanción diferente que, además, ha de graduarse según las circunstancias.

Y, por el otro, que existe certeza, más allá de una duda razonable o superando claramente indicios existentes para cuestionarla, como aquí pudiera ocurrir, de que

se ha producido la conducta imputada al interesado consistente en grabar la sesión de que se trata o, al menos, que lo ha hecho de forma relevante y suficiente para generar el efecto que se le achaca de vulneración de la libre expresión de los asistentes.

En este orden de cosas, cabría admitir que en sesiones no públicas de órganos colegiados, previéndose que se documenten mediante Acta suscrita por el Secretario, sin uso de grabadoras o mecanismos similares, no procede que se utilice grabadora sin permiso de la Presidencia y consentimiento previo de los intervinientes. Y ello, en cuanto que no sólo es patente que el desarrollo de la sesión diferiría, sino que, aunque no puede afirmarse que se coacciona u obsta tal libertad por esta sola circunstancia, especialmente de ser visible la grabadora y caber su supresión, sin duda se limita o condiciona su ejercicio.

Sin embargo, en este caso la grabadora estuvo desde el principio a la vista y consta que, tan pronto se solicitó, fue suprimida por el interesado, de modo que, en punto a la razonabilidad y, en todo caso, proporcionalidad de la sanción impuesta por la conducta realizada, incluso asumiendo su tipicidad como infracción en relación con la libertad de referencia, ha de acreditarse que el interesado actuó de mala fe o con engaño y fines torticeros; es decir, que la infracción se produjo de manera plena e injustificada y no limitada sin afectar clara y determinadamente a la libre expresión de los asistentes.

CONCLUSIONES

1. Por las razones expresadas en el Fundamento III, punto 3, se considera que no está adecuadamente formulada la Propuesta de Resolución analizada, procediendo la retroacción del procedimiento en orden a la realización de las actuaciones allí indicadas, con ulterior solicitud de nuevo Dictamen de este Organismo sobre la Propuesta que se formule definitivamente.

2. Sin perjuicio de lo anterior, a los efectos procedentes se efectúan observaciones relevantes en el Fundamento IV.