



Roj: **STSJ MU 1864/2019** - ECLI: **ES:TSJMU:2019:1864**

Id Cendoj: **30030330022019100478**

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

Sede: **Murcia**

Sección: **2**

Fecha: **12/09/2019**

Nº de Recurso: **109/2019**

Nº de Resolución: **480/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ENRIQUE QUIÑONERO CERVANTES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.MURCIA SALA 2 CON/AD

MURCIA

SENTENCIA: 00480/2019

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

N56820

PALACIO DE JUSTICIA, RONDA DE GARAY, 5, PLANTA BAJA -DIR3:J00008051

Teléfono: Fax:

Correo electrónico:

UP3

N.I.G: 30030 45 3 2018 0001598

Procedimiento: AP RECURSO DE APELACION 0000109 /2019

Sobre: FUNCION PUBLICA

De D./ña. Luis Miguel , SERVICIO MURCIANO DE SALUD

Representación D./Dª. ,

Contra D./Dª. Luis Miguel , SERVICIO MURCIANO DE SALUD

Representación D./Dª. ,

ROLLO DE APELACIÓN núm. 109/2019

SENTENCIA núm. 480/2019

LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MURCIA

SECCIÓN SEGUNDA

compuesta por los Ilmos. Srs.:

Dª Ascensión Martín Sánchez

Presidenta

D. José María Pérez Crespo Payá

D. Enrique Quiñonero Cervantes

Magistrados

ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA n.º 480/19

En Murcia, a doce de septiembre de dos mil diecinueve.

En el rollo de apelación n.º 109/19 seguido por interposición de recurso de apelación contra la sentencia n.º 248, de fecha 23 de noviembre de 2.018, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 7 de Murcia en el recurso contencioso administrativo n.º 233/2018, tramitado por las normas del procedimiento abreviado, sobre personal, en el que figuran como **partes apelantes** **D. Luis Miguel**, representado y defendido por el Letrado D. Ángel Hernández Martín, y **el Servicio Murciano de Salud**, representado y defendido por el Letrado de la Comunidad; siendo Ponente el Magistrado **Ilmo. Sr. D. Enrique Quiñonero Cervantes**, quien expresa el parecer de la Sala.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO. - Presentado el recurso de apelación referido, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 7 de Murcia, lo admitió a trámite y después de dar traslado del mismo a la parte apelada para que formalizara su oposición, remitió los autos junto con los escritos presentados a la Sala, y acordó que quedaran los autos pendientes para dictar sentencia.

Se señaló para la votación y fallo el día 6 de septiembre de 2.019.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se recurre la sentencia de 23 de noviembre de 2.018, del Juzgado de lo Contencioso número 7 de los de Murcia, cuyo fallo dice:

"Desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de D. Luis Miguel contra la Orden del Excmo. Sr. Consejero de Salud de 28/02/18 por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra Resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud de 13 de noviembre de 2017, por la que se resuelve el expediente disciplinario incoado a D. Luis Miguel por resolución de 22/12/16, imponiéndole una sanción de traslado forzoso por dos años al Hospital General Universitario Reina Sofía de Murcia, por la comisión de una falta continuada grave tipificadas en el artículo 72.3d) de la Ley 55/2003 de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud que, en lo aquí discutido, se considera ajustada a Derecho y, todo ello, sin hacer expresa imposición de las costas procesales causadas."

En primer lugar, debe atenderse la cuestión de inadmisibilidad del recurso alegada por la Administración demandada, ya que estima infringido el artículo 46.1 de la Ley 29/1998 en relación con el 41 de la Ley 39/2015. Dice que se admitió la demanda contra un acto firme.

Los precedentes de esta cuestión están claros en las actuaciones y en la propia Sentencia apelada; sustancialmente ocurrió que se produjeron dos notificaciones, electrónica la primera y postal la segunda. La tesis de la Sentencia apelada es que la segunda, la postal, priva de eficacia a la primera, la electrónica. El recurrente niega esto y se apoya en la literalidad del artículo 41 Ley 30/2015 de 1 de octubre que otorga carácter de notificación siempre a la que se realiza en primer lugar.

La sentencia apelada aduce que la segunda notificación no ofrece una información correcta del plazo para recurrir, ni le advierte que se va a notificar por distintos cauces, añade que induce a confusión al interesado. Esencialmente por estas razones desestima el motivo de inadmisibilidad, afirmando que "la segunda notificación priva de validez jurídica a la primera". La primera fue electrónica. Y la Sentencia considera que la segunda no informa correctamente del plazo para recurrir, ni advierte de que se va a notificar por cauce distinto. Por ello, por esa inducida confusión, no hay indicación de plazo; y eso por tres razones:

- a) Porque se expresa que el plazo es el día siguiente de esa notificación (la segunda).
- b) Porque omite que existen otros cauces empleados para notificar.
- c) Porque tampoco se le indicó que el plazo se iniciaba desde que tuvo lugar la primera notificación.

Considera la Sentencia que estas circunstancias contradicen el derecho a la tutela efectiva y rechaza el motivo de inadmisibilidad.

El apelante (Sr. Luis Miguel), estima que la excepción de inadmisibilidad debe ser rechazada porque la Administración apelante "no interpuso recurso contra la Sentencia".

La representación del Sr. Luis Miguel en escrito de oposición a la adhesión al recurso de apelación (que es el cauce elegido por la Administración en esta instancia), señala que el artículo 85.4 LRJCA reconoce el derecho de adhesión al recurso de apelación, pero precisando que deben razonarse "los puntos en los que crea que le es perjudicial la sentencia". Y razona que como la Sentencia no les perjudica la vía no puede ser la de adhesión a la apelación, sino la interposición del recurso de apelación directo.

Tras defender la notificación el 4 de junio de 2.018 (la segunda), reconoce el deber de los empleados públicos de usar medios electrónicos (artículo 14.2º, Ley 39/2015), con los efectos legales que debe producir (artículo 43) para el cómputo de plazos. Pero invoca el artículo 41.1B Ley 39/2015 para defender "la notificación por entrega directa". Insiste en el contenido de las notificaciones para interponer los recursos (40.2 Ley 39/2015) y sus efectos "a partir de que el interesado realice actuaciones" (40.3 Ley 39/2015). Y argumenta que el rechazo de la notificación electrónica, la postal, que fue posterior, podría haber contenido el plazo para recurrir (el 11 de marzo de 2.018). Alude también a la buena fe y señala que siempre se notificó personalmente. Reprocha a la Administración al haber cambiado el sistema de notificaciones y que lo cambiaron "solamente" para el recurso de alzada.

Ya se ha aludido a las argumentaciones de la Administración, la cual defiende la aplicación literal del artículo 41, Ley 39/2015 , que atiende a la eficacia de la primera notificación. Argumenta que la fórmula empleada en las notificaciones "no refiere el inicio de los plazos a la concreta notificación". Insiste en que no hay norma que diga que debe informarse acerca "del empleo de varios cauces de notificación".

En definitiva, insiste en la defensa de la aplicación del artículo 41, lo que hubiera producido el cumplimiento del plazo bimensual.

La sentencia apelada dio respuesta a la Administración y, si bien por la vía de adhesión al recurso, ésta la recurre en ese extremo. Al mismo tiempo se da la circunstancia de que el apelante argumenta respecto a la validez de las notificaciones. Esta circunstancia determina que esta Sala responda al recurso, entrando para ello en la cuestión planteada.

Ciertamente la aplicación de la literalidad de la Ley conduce a la validez de la notificación primera. Pero es innegable que se produjo la segunda y que fue la Administración la que la omitió. Una interpretación literal llevaría a negar todo valor a la segunda de las notificaciones, dejando sin posibilidad de defensa al Sr. Luis Miguel . Y esto lo rechaza la Sentencia apelada utilizando criterios que son conformes a Derecho y que conducen a que la muy esencial defensa del derecho a la tutela judicial dé valor a la segunda notificación; que fue, efectivamente, una notificación a la que el apelante tiene el derecho de acogerse. No se trata de privar de sus efectos a la norma invocada, sino de su aplicación a un caso concreto que, como se ha visto, reúne características excepcionales que conducen a la interpretación que hace de este caso la Sentencia apelada.

Debe pues confirmarse la misma en orden a la cuestión planteada acerca de la inadmisibilidad del recurso.

SEGUNDO.- La representación del Sr. Luis Miguel argumenta esencialmente que la competencia respecto de los funcionarios estatutarios de la C.A.R.M. es competencia de la Asamblea regional, lo cual es indiscutible porque así lo dispone el Estatuto. Pero no son estos los términos del debate de esta cuestión, sino otros diferentes que consisten en si la legislación estatal es aplicable en esta materia en defecto de una norma especial. Y una norma especial no existe al tiempo del planteamiento de este litigio. Por eso la Sentencia apelada afirma concluyentemente que "la Administración demandada tiene razón". Efectivamente el inicio del procedimiento fue el 22 de diciembre de 2.016. El artículo 21.4 de la Ley 39/20015 remite al artículo 69 de la Ley 24/2001 , el cual a su vez modificaba la Disposición adicional del artículo 24 de la Ley 14/2000 , lo que conduce al plazo de dos meses, el cual se deriva de la aplicación con ese carácter supletorio del procedimiento previsto en el R.D. 33/1986, cuyo artículo 3 establece los mencionados doce meses.

El apelante cita una sentencia del T.S.J. de Navarra, pero se da la circunstancia que esa comunidad tenía una norma especial para su ámbito de competencias, circunstancia que no se produce en la Región de Murcia.

Por esta razón debe ser confirmada la Sentencia apelada respecto de este extremo.

TERCERO.- La representación del Sr. Luis Miguel reprocha a la Sentencia apelada no haber apreciado nulidad por incumplimiento de los plazos para la formulación de pliego de cargos. Frente a la Sentencia apelada estima que se trata de incumplimiento de normas esenciales del procedimiento (artículo 35.1 R.D. 33/1986). Considera que el instructor pudo haber solicitado la ampliación del plazo y no lo hizo, con lo que "incumplió su obligación". Y, en definitiva, dice, se han infringido las normas de procedimiento (artículo 29 y 32 LPAC). Frente a esta argumentación la Sentencia apelada se apoya en la jurisprudencia de esta Sala (Sentencia 970/2000 de

9 de noviembre), que en caso similar, consideró que se estaba "ante un plazo procedimental cuya transgresión determina una simple irregularidad no invalidante prevista en el artículo 63.3 de la Ley 30/1992 , sin otra consecuencia que la de poder generar responsabilidad patrimonial si la demora ha generado perjuicios".

No puede ir más allá la respuesta a esta cuestión pues, efectivamente, se trata de un plazo que no comporta vicio invalidante y cuya inobservancia no genera indefensión a las partes. La Sentencia de instancia lo califica acertadamente de "plazo de mera eficiencia en la tramitación"; juicio que se corresponde con el criterio de esta Sala.

No puede por tanto revocarse la Sentencia apelada respecto de esta cuestión.

CUARTO.- La representación del Sr. Luis Miguel discrepa de la Sentencia apelada en lo que se refiere a la pretendida nulidad del pliego de cargos por la no observancia del artículo 35.1 del R.D. 33/1986 . Lo que dice en su recurso lo basa en una sentencia de 30 de septiembre de 2.013 y se argumenta en que no se detallan los hechos imputados.

La Sentencia de instancia detalla:

a) Que el pliego de cargos esta precedido de la aportación escrita de unas conversaciones de "WhatsApp" grupo del que formaban parte facultativos del servicio de Maxilofacial (ocurrió en tres días de diciembre de 2016).

b) Que tanto el Sr. Luis Miguel y "todos los cirujanos" de esa especialidad "han sido interrogados", sobre las expresiones del citado Sr. Luis Miguel .

De esas dos precisiones, el juez de instancia concluye que, aunque no de forma expresa, si (y sin duda) se entiende de forma implícita que todo se refería a las expresiones del citado WhatsApp, ¿a qué si no?.

Terminantemente el juez de instancia afirma que el Sr. Luis Miguel conoce las frases y expresiones que utilizó para la "grave desconsideración de la que fue sujeto la jefa de servicio y otros".

Observa asimismo el juez de instancia que en las alegaciones al pliego de cargos del Sr. Luis Miguel se defiende de los hechos determinantes de la sanción.

Dicho esto, ciertamente, el juez de instancia emplea la frase de que no hay un estricto cumplimiento de la letra del artículo 35, R.D. 33/1986 .

Previamente la Sentencia reproduce el citado pliego de cargos y el precepto infringido. Dicho precepto se refiere a que el Pliego debe estar redactado de forma que "comprenda los hechos imputados"; y el citado pliego se refiere a las notas que "manifestaban la imposibilidad de seguir trabajando con el Sr. Luis Miguel , por presuntos insultos, difamaciones y faltas de respeto a la Sra. Jefe de Servicio". También se hace referencia a diversas conversaciones de WhatsApp.

De otro lado el pliego detalla las posibles sanciones.

Y así es, por tanto, no puede decirse que el contenido del Pliego pudiera contener una inexactitud que contradiga la norma. Y mucho menos, dado el conocimiento que de los hechos tuvo el Sr. Luis Miguel , que se le haya podido causar indefensión. Tanto es así que se defendió.

Son certeras pues las conclusiones de la Sentencia de instancia al rechazar la existencia de un posible vicio que pudiera dar lugar a la anulabilidad pretendida. Pero, es más, es que el juez de instancia observa que el procedimiento sancionador "ha respetado cada uno de los trámites previstos" legalmente. Y se pregunta: ¿en qué consiste la indefensión? (sic.). Tampoco esta Sala puede dar respuesta a esa pregunta, porque indefensión no hubo y, por tanto, tampoco vicio invalidante.

Con estas consideraciones da respuesta la Sala también a la pretendida nulidad referida a la nulidad por falta de publicación (infracción del artículo 6.1 Ley 40/2015 en relación con Resolución de la Dirección Gerente del SMS de 22 de abril de 2.004).

Esas instrucciones tienen, como la sentencia dice, un carácter "de consumo interno". Son "instrucciones" previstas en el artículo 21 Ley 30/92 , cuya letra no impone su publicación, sino cuando "una disposición específica así lo establezca". Y esa circunstancia no se da.

QUINTO.- Respecto a nulidad de pleno Derecho por "denegación de la mayor parte de las fechas" propuestas por el Sr. Luis Miguel , resulta que con su escrito de recurso alude a que las pruebas rechazadas hubieran servido para demostrar la mala relación entre el mencionado Sr. Luis Miguel y la Jefe de servicio; y que ésta invitó a otros compañeros a firmar. Ve también vulnerado el artículo 37.2 del R.D. 33/1986 , citando otras normas, incluido el artículo 24.1 C.E .

Pero es lo cierto que el recurso no aclara que pruebas de las inadmitidas hubieran podido ser provechosas; ni, en definitiva, en qué estriba la eventual indefensión por esta denegación de pruebas.

La sentencia apelada parte de la existencia de un hecho probado, a saber, los insultos dirigidos en WhatsApp por el Sr. Luis Miguel, tan cierto este hecho que fue reconocido por el propio Sr. Luis Miguel y otros compañeros. Asimismo, tiene en cuenta el contexto en que se produjo esa comunicación por WhatsApp, "coetáneas con los comentarios que giran en torno al cese de algunos Jefes de servicio, siendo la Jefe de Cirugía Maxilofacial del HUVA, la Sra. Julieta, una de las posibles afectadas". Alude también la Sentencia apelada a que se practicó asimismo prueba sobre el curso del término "dedazo" y su significado.

De acuerdo con el artículo 27.3 de la Ley 39/2015 el instructor rechazó, en su día, las pruebas que consideró innecesarias.

Con acierto significa la Sentencia apelada que otros hechos, sobre los que hubiera podido versar la prueba rechazada, "tendrán un ámbito propio de exposición y denuncia ante órganos administrativos superiores". Y así es, pues lo que en este litigio se ventila no tiene que ver con unas supuestas irregularidades, cuya eventual existencia no hubiera servido tampoco para dejar de sancionar la falta de que se trata en este litigio.

Correctamente aplicó el Juez de instancia lo dispuesto en el artº 283.1 y 2 de la L.C.C., cuyo texto reproduce.

Respecto a la no concesión del recuso, la sentencia apelada señala que el art. 37.2 del R.D. 33/1986 no lo prevé.

Debe pues conformarse en esta cuestión y por sus propios fundamentos, la Sentencia apelada.

SEXTO.- Dado que la Sentencia apelada detalla el contenido de las conversaciones de WhatsApp, esta sala se referirá a ellas para dar respuesta al recurrente, sin transcribirlas literalmente. Ya es conocida por las partes la situación en que se produjeron, todas relacionadas con la jefatura de servicio, y también está claro que esos cambios o dotaciones no eran del gusto del Sr. Luis Miguel, incluso puso en tela de juicio su legalidad. Todo ello, como se ha dicho, se contiene en la sentencia apelada; y esta Sala debe decidir si la mencionada sentencia es o no conforme a Derecho.

Dice el apelante (Sr. Luis Miguel) que el juzgador hace "una transcripción de los distintos mensajes de WhatsApp" y que no tiene en cuenta el nombramiento "a dedo" de la jefa de servicio, ni la enemistad que entre esta señora y el Sr. Luis Miguel había. Dice que tampoco se tuvieron en cuenta irregularidades en el servicio, ni la relación del Dr. Juan con la Dirección.

Ya se ha dicho en esta sentencia que esas disfunciones o supuestas irregularidades pueden tener su propio camino procedimental y que, en cualquier caso, no sirven para justificar los insultos vejatorios que se produjeron.

Para el Sr. Luis Miguel el empleo de la expresión "dedazo" es algo "habitual en las críticas contra los actos administrativos". Pero la Dra. Julieta no es un acto administrativo. Y la expresión estaba dirigida a ella. Tan dirigida que se produce el siguiente, digamos iter, en el uso de la expresión: cuando el Dr. Rafael hace saber al Dr. Luis Miguel que la Dra. Julieta fue nombrada por la Dirección, el Dr. Luis Miguel responde: "dedazo". El Dr. Rafael aclara "la Ley es así"; y el Sr. Luis Miguel: "y la cama también". El Dr. Rafael aclara: "es un cargo de confianza" y el Dr. Luis Miguel responde: "ya lo creo, íntima".

Debe la Sala significar que, en ningún caso estas expresiones son "habituales" en los actos administrativos, expresiones que se producen con la notoriedad y divulgación propia del WhatsApp.

Para explicar estas expresiones dice el apelante que estaban "referidas a la influencia que pudo tener en la designación de la Jefatura de Servicio". Y a la circunstancia de estar casada con el Dr. Juan. Pero bien se sabe que no era ese el contenido, ni la intención claramente ofensiva y difamatoria del Sr. Luis Miguel. Y no parece a la Sala de recibo que refiriéndose "al resto de testigos", diga que "cada uno pone su valoración a su gusto". Esta expresión desafortunada, por calificarla de alguna manera, pone de relieve una actitud que no se compadece con una mínima sensatez y buen sentido, pues se trivializa intencionadamente el uso de palabras y expresiones claramente infamantes. Cualquier lector de las mismas hubiera llegado a la misma conclusión tras el irritante empleo de conceptos cama e intimidad que hace el Sr. Luis Miguel referido a la Dra. Julieta.

No se trata aquí de uso habitual de expresión alguna, ni del "gusto" de aquél que pueda leerlas. Se trata, como muy gráficamente expresa la Sentencia apelada, de que "se está aludiendo de forma explícita a que el puesto de trabajo de jefa de servicio lo ha conseguido a través de la cama y por relaciones íntimas". Y es verdad, se trata de una expresión sumamente ofensiva, incluso cruel, "una falta de respeto notable e intolerable". Y es una falta grave.

Lo mismo se deduce de otras expresiones que no muestran una disconformidad con uno u otro nombramiento, sino un decidido afán de insulto. Todas están recogidas por la Sentencia apelada; tales como "tu mazón"; o

"todos conocemos tus actividades con vivos y con muertos". Y esta Sala coincide plenamente con el criterio de la Sentencia apelada cuando las califica de grave desconsideración.

También coincide la Sala en que el Palmar y Murcia son el mismo municipio a los efectos del artículo 73 de la Ley 55/2003 .

Por último, la tipificación de la sanción es ajustada a Derecho (artículo 73, Ley 55/2003). Incluso hubiera podido ser más, precisa. La sentencia de instancia así lo explica y, también en este extremo, debe ser confirmada atendiendo a sus propios fundamentos.

SÉPTIMO.- No se hace expresa imposición de las costas de esta instancia (artículo 139.2, de la L.J.C.A.).

En atención a todo lo expuesto, **Y POR LA AUTORIDAD QUE NO S CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA** ,

FALLAMOS

DESESTIMAR los recursos de apelación interpuestos por D. Luis Miguel y el Servicio Murciano de Salud, contra la Sentencia 248, de fecha 23 de noviembre de 2.018, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº. 7 de Murcia en el recurso contencioso administrativo nº. 233/2018 , que se confirma y ratifica íntegramente. Sin costas.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de conformidad con lo previsto en el artículo 86.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , siempre y cuando el asunto presente interés casacional según lo dispuesto en el artículo 88 de la citada ley . El mencionado recurso de casación se preparará ante esta Sala en el plazo de los 30 días siguientes a la notificación de esta sentencia y en la forma señalada en el artículo 89.2 de la LJCA .

En el caso previsto en el artículo 86.3 podrá interponerse recurso de casación ante la Sección correspondiente de esta Sala.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación a los autos principales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.