



Roj: **STS 3840/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:3840**

Id Cendoj: **28079130042019100351**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **26/11/2019**

Nº de Recurso: **1479/2017**

Nº de Resolución: **1632/2019**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **SEGUNDO MENENDEZ PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 14088/2016,**
ATS 6141/2017,
STS 3840/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1.632/2019

Fecha de sentencia: 26/11/2019

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: **1479/2017**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 24/09/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Segundo Menendez Perez

Procedencia: T.S.J.MADRID CON/AD SEC.7

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: **1479/2017**

Ponente: Excmo. Sr. D. Segundo Menendez Perez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1632/2019

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jorge Rodriguez-Zapata Perez, presidente

D. Segundo Menendez Perez



D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D^a. Celsa Pico Lorenzo

D^a. Maria del Pilar Teso Gamella

D. Jose Luis Requero Ibañez

En Madrid, a 26 de noviembre de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por don Pelayo, representado por la procuradora de los tribunales doña María Torres Ruiz y asistido por el letrado don Manuel Concha Jaraba, contra sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Séptima) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 30 de diciembre de 2016, dictada en el recurso contencioso-administrativo nº 281/2015, sobre impugnación de la resolución del Subsecretario del Ministerio de Justicia de 2 de febrero de 2015, que confirmó en alzada el acuerdo de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de septiembre de 2014, por el que se impuso al recurrente una sanción disciplinaria de suspensión de funciones por plazo de tres meses, con la accesoria de privación de la aptitud para ser elegido miembro de las Juntas Directivas mientras no obtuviera rehabilitación, como responsable de la comisión de una falta muy grave prevista en los artículos 43. Dos 2. A). g) de la Ley 14/2000, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, y 348 g) del Reglamento Notarial, por la percepción de derechos arancelarios con infracción de las disposiciones por las que se rigen.

Se ha personado en este recurso como parte recurrida LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, con la representación que le es propia.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Segundo Menendez Perez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. En el recurso de apelación núm. 281/2015 la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Séptima) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con fecha 30 de diciembre de 2016, dictó sentencia cuyo fallo es del siguiente tenor literal:

" **FALLO: Desestimar** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por don Tomás contra la resolución, de fecha 2 de febrero de 2015, dictada por la Subsecretaría del Ministerio de Justicia desestimatoria del recurso de alzada formulada en oposición al acuerdo de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de septiembre de 2014 en materia disciplinaria, y con imposición a don Tomás de las costas del recurso, en los términos y con el límite fijado en el último fundamento de derecho de esta sentencia".

SEGUNDO. Contra la referida sentencia preparó la representación procesal de don Pelayo recurso de casación, que por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Séptima) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid tuvo por preparado mediante Auto de 15 de marzo de 2017, que, al tiempo ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento a las partes.

TERCERO. Recibidas las actuaciones y personadas las partes, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, con fecha 15 de junio de 2017, dictó Auto cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

" **La Sección de Admisión acuerda:**

Primero. Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de D. Pelayo contra la sentencia 672/2016, de 30 de diciembre, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Séptima) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso núm. 281/2015.

Segundo. Precisar que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la siguiente:

Si en un expediente disciplinario en que la propuesta de resolución indica como sanción a imponer la de multa, puede, o no, el órgano sancionador sustituir esa sanción propuesta por la de suspensión de funciones sin que medie un trámite previo de alegaciones o de audiencia del expedientado.

Tercero. Identificar como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación, las contenidas en los artículos 98.2 de la ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (mismo precepto de su Texto Refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre), 135 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, y 43 del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado.

Cuarto. Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.



Quinto. Comunicar inmediatamente a la Sala de Instancia la decisión adoptada en este auto.

Sexto. Para su tramitación y decisión, remitir las actuaciones a la Sección Cuarta de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto".

CUARTO. La representación procesal de don Pelayo interpuso recurso de casación mediante escrito de 18 de septiembre de 2017, y termina suplicando a la Sala que "...proceda en su día a dictar Sentencia por la que, casando y anulando la Sentencia recurrida ya referenciada, se estime plenamente nuestro recurso en los términos interesados".

QUINTO. La representación procesal de la Administración General del Estado, se opuso al recurso de casación interpuesto de contrario y suplica en su escrito a la Sala que "...dicte sentencia desestimatoria del mismo y confirmatoria de la recurrida con los demás pronunciamientos legales o, subsidiariamente, acuerde la señalada retroacción de actuaciones".

SEXTO. Mediante providencia de fecha 11 de septiembre de 2019 se señaló el presente recurso para votación y fallo el día 24 de septiembre del mismo año, fecha en que se inició la deliberación, finalizando en la sesión del 19 de noviembre.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. *La resolución administrativa impugnada y la decisión de la Sala de instancia*

La Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestimó en su sentencia de 30 de diciembre de 2016, dictada en el procedimiento ordinario 281/2015, el recurso que el notario sancionado interpuso contra la resolución del Subsecretario del Ministerio de Justicia de 2 de febrero de 2015, que confirmó en alzada el acuerdo de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de septiembre de 2014, por el que se impuso a aquél una sanción disciplinaria de suspensión de funciones por plazo de tres meses, con la accesoria de privación de la aptitud para ser elegido miembro de las Juntas Directivas mientras no obtuviera rehabilitación. Ello, como responsable de la comisión de una falta muy grave prevista en los arts. 43. Dos 2. A). g) de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, y 348 g) del Reglamento Notarial, por la percepción de derechos arancelarios con infracción de las disposiciones por las que se rigen.

La citada sentencia desestima los motivos de impugnación que denunciaban (i) la falta de competencia del Subsecretario del Ministerio de Justicia para resolver el recurso de alzada; (ii) la vulneración de la garantía de imparcialidad por falta de separación entre el órgano instructor y el sancionador; (iii) la infracción de las normas esenciales del procedimiento, por haberse redactado un informe que a su juicio constituía una segunda propuesta de resolución, sustraída a su conocimiento y que se apartaba de la primera; (iv) la imposición de la sanción de suspensión y no la de multa que figuraba en la propuesta de resolución, sin haber dado un nuevo traslado de audiencia para alegaciones; (v) la infracción del principio de tipicidad; y (vi) la del principio de proporcionalidad.

En relación con la antepenúltima -la (iv)- de aquellas supuestas infracciones, razona la sentencia lo siguiente en el tercero de los párrafos de su fundamento de derecho sexto:

"[...] si bien no cabe duda que la resolución originaria no asume la propuesta de sanción de multa del instructor, al imponer la de suspensión, no se aparta, por el contrario, ni de los hechos ni de su calificación, de manera que la agravación de la sanción se enmarca en las facultades de valoración jurídica atribuidas por el art. 358 del Reglamento Notarial, que no hacen preciso un nuevo traslado de audiencia para alegaciones y no ser aplicable el art. 135 de la Ley 30/1992. Obsérvese que con arreglo a la Disposición Adicional 3ª de la Ley 22/1993 los procedimientos para el ejercicio de la potestad disciplinaria respecto del personal al servicio de la Administración General del Estado se rigen por su normativa específica y, en su defecto, por las normas contenidas en los títulos preliminar, I, II, III, IV, V, VII, VIII y X de la Ley 30/1992, pero sin incluir el título IX, al que pertenece el art. 135 citado. De ese precepto, interpretado por la STS 21/10/14, rec. 336/13, resultaría 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".

Antes, en el último párrafo del fundamento de derecho primero, la sentencia había dado cuenta de lo razonado por la Dirección General de los Registros y del Notariado para sustituir la sanción pecuniaria de multa. A saber:

"En orden a la sanción impuesta, se razona en la resolución de la DGRN que no se ha optado por una sanción pecuniaria de multa, ya que se considera que esta no es el medio para combatir esta infracción tan grave, y que no se ha optado por traslación forzosa, que permitiría seguir ejerciendo la función en otra localidad, al no existir garantías de que el notario sancionado fuera a cambiar su forma de actuar, añadiendo que la gravedad



de los hechos y su reiteración podría llevar a sancionarlo incluso con la separación del servicio, pero que se ha optado por considerar que lo más conveniente es la suspensión de funciones por un periodo considerable (tres meses) para que el notario, durante el mismo, reflexione sobre su actuación y pueda tomar consciencia de la gravedad de los hechos cometidos".

Y después, al analizar el último de los motivos de impugnación, incluye en su fundamento de derecho octavo estos otros razonamientos:

"[...] hay que abandonar toda idea sobre la arbitraria graduación, con infracción del art. 43 de la Ley 14/2000, en el punto en que establece las sanciones que pueden ser impuestas a los notarios, y rechazar la alegación de la falta de motivación de la sanción impuesta.

Según el precepto notado las infracciones muy graves (de los notarios) se sancionarán con multa en el último tramo, traslación forzosa, suspensión de funciones y separación del servicio.

En la resolución del expediente sancionador se expresa que la percepción de derechos arancelarios con infracción de las disposiciones por las que se rigen es considerada, tanto por la Ley 14/2000 como por el Reglamento Notarial, por sí sola, una infracción tan grave que no se exige, ni siquiera, que de la misma se desprendan perjuicios graves para terceros, aunque en el presente supuesto también se dan. Cuando realiza un encargo al Notario, el ciudadano confía en que éste, como funcionario público, va a ajustarse en el cobro de sus honorarios a un Arancel aprobado por el Gobierno con unos precios tasados. El cobro de un exceso de honorarios, sin aplicar las reducciones legales, conlleva un perjuicio en el cliente que ve defraudada su confianza en la aplicación de un arancel correcto, y ve mermado su poder adquisitivo.

También señala la resolución originaria que el empleo de conceptos genéricos en las facturas como "varios" sin justificar documentalmente las actuaciones realizadas por el Notario conlleva situar en una situación de indefensión al consumidor, que no sabe lo que se le cobra y por qué se le cobra, vulnerándose así el principio de claridad y precisión que rige en el Arancel Notarial.

Todavía la resolución aporta una razón más para justificar la sanción. Y es que no se trata de un supuesto asilado, detectado en uno o dos conceptos arancelarios, y en documentos concretos, se trata de un incumplimiento reiterado, constante y múltiple, apreciado en un número muy considerable de los documentos examinados. Y también se argumenta que para valorar la sanción se tiene en cuenta la existencia de culpa del notario.

Por todo ello, la DGRN considera que la sanción impuesta se adecúa a la entidad y gravedad de los hechos cometidos y ello es así, aparte de por lo ya señalado (última y adicional razón), porque (la) suspensión de funciones se podría haber impuesto hasta por un plazo de cinco años, sin olvidar que para las faltas muy graves se prevé igualmente la posibilidad de ser sancionadas con separación del servicio (artículo 43. Dos. 4 de la Ley 14/2000).

Que la sanción impuesta se encuentra dentro de los márgenes o límites legales establecidos no merece por su obviedad mayor análisis. En cualquier caso, la resolución sancionadora explica por qué no se optó por aplicar una sanción pecuniaria de multa, al considerar que esta no era el medio para combatir esta infracción tan grave derivada de una desidia y falta de control por el Notario que se ha beneficiado en la percepción de unos derechos arancelarios aplicados en contravención a normas legales.

Nuestro juicio sobre la proporcionalidad es que los criterios de graduación han sido correctos y apropiados a la conducta, puesto que la sanción impuesta se adecúa a la entidad, gravedad y reiteración de la infracción cometida, ponderando las circunstancias concurrentes, y guarda la debida proporción con el reproche que merecen los hechos imputados. Y también consideramos que la resolución originaria contiene una motivación individualizada o explicación suficiente de los elementos en que se basa la sanción impuesta."

SEGUNDO. *El auto de admisión: cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, y normas que, en principio, han de ser interpretadas*

Una y otras se expresan en los apartados segundo y tercero de la parte dispositiva del auto de la Sección Primera de esta Sala de fecha 15 de junio de 2017. Dicen así:

"Segundo. Precisar que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la siguiente:

Si en un expediente disciplinario en que la propuesta de resolución indica como sanción a imponer la de multa, puede, o no, el órgano sancionador sustituir esa sanción propuesta por la de suspensión de funciones sin que medie un trámite previo de alegaciones o de audiencia del expedientado.



Tercero. Identificar como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación, las contenidas en los artículos 98.2 de la ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (mismo precepto de su Texto Refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre), 135 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, y 43 del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado."

TERCERO. *El escrito de interposición*

Los argumentos que ahí expone el recurrente pueden ser resumidos en los siguientes términos:

-La fundamentación jurídica de la sentencia recurrida contradice la del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2014, dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 336/2013, que después pasa a analizar y que a su juicio aborda un supuesto sustancialmente igual.

-El art. 98.2 del Estatuto Básico del Empleado Público y el 43 del Real Decreto núm. 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, constituyen el marco legal que reconoce las garantías mínimas exigibles en un procedimiento disciplinario, según resulta, también, del art. 356 del Reglamento Notarial, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944. Y entre estas garantías, se establece la de defensa en el seno del procedimiento, durante toda su tramitación, pudiendo formular alegaciones en cualquier momento y, de forma necesaria y esencial, a la propuesta de resolución [aquí -ver el motivo de impugnación (iii)- el recurrente se refiere al informe preparatorio de la resolución sancionadora, que la sentencia de instancia distingue de la propuesta de resolución en sí misma].

-La jurisprudencia que resulta aplicable para la interpretación del art. 135 de la ley 30/1992, sobre los procedimientos sancionadores en general, debe resultar aplicable para la interpretación de los preceptos legales que regulan los procedimientos disciplinarios en relación con la garantía del funcionario presunto responsable, por tratarse de garantías constitucionales. Por tanto, la interpretación que de las normas citadas realiza la sentencia recurrida infringe de manera manifiesta el art. 24 CE, tal como además ya ha declarado el Tribunal Supremo.

-Sobre el derecho de audiencia del presunto responsable, debe ser citada, por todas, la STS de 30 de junio de 2011, dictada en el recurso de casación 2682/2009, y, en particular, su fundamento de derecho quinto.

-En el supuesto de autos existe no sólo una inaudita e inopinada agravación de la sanción, sino una nueva motivación que construye la base de la sanción impuesta sobre meros juicios de valor relativos al carácter ejemplarizante que, en su sorprendente opinión, debe fundar la graduación de aquélla, justificando esa sanción sobre la exclusiva base de razones de su propia cosecha -carácter ejemplarizante, inadmisibles afirmaciones sobre fines "penológicos" no previstos en la ley, incitar a la reflexión, toma de conciencia, garantías de que cambie su conducta en el futuro-. Es evidente, así, que introduce elementos en la valoración de los hechos y las circunstancias que determinan el alcance y límites del reproche disciplinario, que al hurtarse de una posible contradicción y defensa mediante nuevo trámite de audiencia genera precisamente la indefensión constitucionalmente proscrita; indefensión que las normas antes invocadas tienen la finalidad de evitar.

-No nos encontramos con una simple sustitución de una sanción por otra sin cambio de justificación o apreciación de circunstancias, sino de una nueva valoración global de la conducta, de las circunstancias concurrentes e incluso de motivación *extra legem* de la graduación de la sanción, que al no haber podido ser rebatida o contradicha por el interesado por no haberle dado previamente trámite de audiencia de la propuesta [ídem] en que se basa, genera nulidad de pleno derecho.

-La resolución recurrida, en la calificación jurídica, se aparta de la propuesta de resolución en dos puntos claves: en la fijación de una serie de criterios que se aduce que cualifican la gravedad de los hechos; y en la modificación de la naturaleza de la sanción.

-Así, incorpora tres criterios o valoración de los hechos que no se recogían en la propuesta de resolución. De forma resumida, aluden a la gravedad del tipo infractor, a un incumplimiento reiterado, constante y múltiple, y a la existencia de culpa por parte del notario en la comisión de la infracción.

-En definitiva, la garantía que considera conculcada es la falta de audiencia al expedientado. Sin entrar a valorar si el art. 135 resulta de aplicación al presente caso, aunque lo fuese de forma supletoria, esa garantía en el seno de un procedimiento disciplinario/sancionador es una que deriva, necesariamente, del art. 24 de la Constitución y es una mera concreción que no entra en contradicción con el reglamento notarial. Al contrario, es reflejo de una evolución doctrinal, jurisprudencial y constitucional del contenido y alcance del trámite de audiencia en cuanto garantía básica de todo procedimiento sancionador o disciplinario, sin que sea preciso que se incorpore a cada norma reglamentaria que rija formal, que no materialmente, el procedimiento. Nos encontramos con una exigencia constitucional, que se plasma en la ley básica y estatutaria que rige el procedimiento administrativo



y que, por tanto, en modo alguno puede entenderse susceptible de ser enervada por una norma de rango reglamentario.

CUARTO. *El escrito de oposición*

En resumen, la Abogacía del Estado expone lo que sigue:

-En la instancia no se ha probado por el recurrente que la sanción impuesta fuese de mayor gravedad que la que figuraba en la propuesta de resolución.

De la fundamentación de la resolución sancionadora no se deduce que se haya impuesto al recurrente la sanción más grave (separación del servicio, traslación forzosa, suspensión de funciones por 5 años), sino la más conveniente (suspensión de funciones durante solo tres meses).

Siendo ello así, no cabe afirmar que la sanción impuesta haya supuesto un agravamiento de la indicada en la propuesta de resolución, por cuanto ello no ha sido probado y, en consecuencia, no puede exigirse un nuevo trámite de alegaciones o audiencia en base a ese supuesto agravamiento de la sanción.

-Nos encontramos ante una resolución disciplinaria que se rige por su legislación específica; en concreto, por el art. 358 del Reglamento Notarial, que pasa a transcribir.

La resolución sancionadora respeta lo dispuesto en ese precepto, ya que no se aparta ni de los hechos ni de su calificación jurídica como falta muy grave que figuraban en la propuesta de resolución.

-La imposición de una sanción distinta a la que figuraba en ésta, no fue el resultado de una distinta calificación jurídica de los hechos sino de la aplicación de un criterio de individualización de la sanción y, en concreto, de la trascendencia que para el ejercicio de la función notarial tiene la infracción cometida, criterio que corresponde concretar al órgano decisorio.

Ello, según resulta del art. 362 del Reglamento Notarial, que también transcribe.

-Incluso, aunque en hipótesis se aceptase que al recurrente se le hubiese privado indebidamente de las facultades de defensa que integran el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), ello sería solo en un plano meramente formal.

Para que esa merma o privación de las facultades de defensa pueda devenir en una situación de indefensión constitucionalmente proscrita, es imprescindible, de acuerdo con la reiterada doctrina de los Tribunales Constitucional y Supremo, que se produzca una situación de indefensión material, es decir, que fuese presumible que, en la hipótesis de que se hubiese concedido un segundo trámite de audiencia, las alegaciones presentadas en él pudieran hacer variar la sanción impuesta.

Además, en el presente caso el recurrente se limita a denunciar la infracción formal de la omisión del nuevo trámite de audiencia, pero sin indicar qué concretas cuestiones hubiera podido plantear ahí que no hubiese podido alegar en la audiencia a la "primera" propuesta de resolución, para a partir de ellas poder alcanzar una convicción sobre su carácter decisivo. Ello es demostrativo de que el recurrente ha acudido a esta casación invocando el mero incumplimiento formal de un trámite procedimental que, a pesar de su aparente conexión con el ejercicio de un derecho fundamental como es el derecho a la defensa (art. 24.2 CE), no permite concluir su vulneración al no ponerse de manifiesto en ningún caso indefensión material alguna a derivar de dicha omisión.

QUINTO. *La sentencia de este Tribunal Supremo de fecha 21 de octubre de 2014, dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 336/2013*

Enjuició el acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de diciembre de 2012 (confirmado en reposición por el de 17 de mayo de 2013), que impuso a la allí recurrente la sanción de declaración de incumplimiento de la Ley 5/2006 y su publicación en el B.O.E., así como que no podía ocupar ninguno de los altos cargos previstos en el art. 3 de la citada Ley durante un máximo de 7 años.

La causa por la que fue citada en el debate procesal, en la sentencia aquí recurrida y en el escrito de interposición de este recurso, radica en que, en aquel supuesto, la sanción indicada en la propuesta de resolución era de cinco años de inhabilitación para ocupar esos altos cargos, siendo así que la resolución sancionadora, sin mediar un trámite de alegaciones sobre este particular, la impuso por aquel plazo de siete años.

Sobre ello, aquella sentencia de 21 de octubre de 2014 razona lo siguiente:

"[...]



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.

OCTAVO. 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 art. 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 2702/1988); 21 de abril de 1997 (recurso 191/1994); 19 de noviembre de 1997 (recurso 536/1994); 3 de marzo de 1998 (recurso 606/1994); 23 de septiembre de 1998 (recurso 467/1994); 30 de diciembre de 2002 (recurso 595/2000); 3 de noviembre de 2003 (recurso 4896/2000); 2 de marzo de 2009 (recurso 564/2007); 2 de noviembre de 2009 (recurso 611/2007); 14 de diciembre de 2011 (recurso 232/2011); 18 de junio de 2013 (recurso 380/2012); 30 de octubre de 2013 (recurso 2184/2012) y 21 de mayo de 2014 (recurso 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 2184/2012- y 21 de mayo de 2014 -recurso 492/2013-, se refieren a una causa de atenuación de la responsabilidad, regulada en el art. 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 del 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.

[...]

DÉCIMO. En consecuencia, la agravación de la sanción es producto de un dato nuevo (de cuya naturaleza hablaremos después), a saber, la repercusión de la no abstención de la interesada en la imagen del cargo público.

Este, pues, es un factor de agravación de la sanción, que no constituye en realidad un hecho, sino un juicio de valor sobre las consecuencias de un hecho (la no abstención), no un juicio jurídico, sino un juicio producto de la aplicación a un hecho de las normas de la experiencia. Pero, en todo caso, un juicio y una conclusión que no se encontraban en la propuesta de resolución y que ha servido al órgano decisor para agravar casi en una mitad



más la sanción propuesta, sin que sobre ello hubiera tenido oportunidad la expedientada de hacer alegaciones. Pues, en efecto, después de exponer en su contestación a la propuesta las razones que tenía para afirmar que su conducta no había causado perjuicios al interés público (v.g. las dimensiones de la empresa mercantil en que prestó sus servicios y el dato de no haber realizado labores de dirección ni haber tenido contacto con la cúpula de dirección), el órgano sancionador, en lugar de contestar a esos argumentos, sacó ex novo el dato de la repercusión de la no abstención en la imagen del cargo público.

El no haber dado a la interesada oportunidad de defenderse de esa circunstancia de agravación fue tanto más relevante cuanto ésta podría haber hecho consideraciones muy serias sobre la imposibilidad de aplicar al caso ese motivo (por ejemplo, y sólo lo apuntamos como argumento complementario y hablando en hipótesis, afirmando que esa circunstancia es inherente al tipo aplicado -y por ello no puede ser apreciada independientemente-, como parece deducirse de la Exposición de Motivos de la Ley 5/2006, que precisa como una de las finalidades de la ley el reforzamiento de la imagen que los altos cargos, en cuanto servidores públicos, deben ofrecer ante los ciudadanos).

La falta de audiencia sobre esta causa de agravación (por más que fuera uno de los que el órgano decisor pudo manejar, según el artículo 18.5 párrafo segundo de la Ley 5/2006, pero no prescindiendo de la audiencia) originó una indefensión material de la interesada al resultar la audiencia que se dio en el expediente parcial e incompleta, con violación del art. 135 de la Ley 30/92.

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.

DECIMO-PRIMERO. Para terminar y recapitulando, concluiremos que 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 art. 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.

DÉCIMO-SEGUNDO. Por todas las razones dichas habremos de estimar en parte el presente recurso contencioso administrativo, a fin de señalar como sanción conforme a Derecho la contenida en la propuesta de resolución (5 años de inhabilitación), que coincide, por lo demás, con la mínima que se solicita en el segundo suplico subsidiario de la demanda.

[...]"

SEXTO. Decisión del recurso

A) No ofrece duda, a la vista de la propuesta de resolución y de la resolución sancionadora, que ésta no modifica los hechos reflejados en aquélla, ni tampoco su calificación jurídica.

En este sentido, no alcanzamos a ver en el escrito de interposición razones precisas que, en sí mismas, desautoricen la afirmación que hace la sentencia recurrida al inicio del párrafo tercero de su fundamento de derecho sexto, antes transcrito; a saber: "[...] *si bien no cabe duda que la resolución originaria no asume la propuesta de sanción de multa del instructor, al imponer la de suspensión, no se aparta, por el contrario, ni de los hechos ni de su calificación [...]*".



Las alegaciones de aquel escrito que aluden a una motivación que a juicio de la parte es nueva, añadida en esa resolución, no son de apreciar, pues la motivación, toda ella, descansa, sin desviación relevante, en la concreta conducta que la propuesta de resolución tuvo por acreditada.

Es más, la otra alegación que se hace en dicho escrito, referida a que la resolución incorpora tres criterios o valoración de los hechos que no se recogían en la propuesta, mencionando como tales (i) la gravedad del tipo infractor, (ii) el incumplimiento reiterado, constante y múltiple, y (iii) la existencia de culpa por parte del notario en la comisión de la infracción, tampoco puede ser compartida, pues es lo cierto que tales criterios no dejan de estar presentes en dicha propuesta, ya que en ella se lee que los hechos *se califican por su reiteración, incumplimiento reiterado de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, y perjuicio de terceros, como infracción muy grave*, añadiendo líneas después que de dicha infracción es *autor responsable el inculpado*, lo que presupone, con toda obviedad, la apreciación de culpa en la conducta del notario, al ser tal componente, la culpa, ya sea a título de dolo o de negligencia, indispensable para imputar cualquier infracción, penal, sancionadora o disciplinaria.

B) Tampoco es dudoso que la sanción impuesta es una de las previstas legalmente para las infracciones muy graves. Así, el art. 43 de la Ley 14/2000, de 29 diciembre, que lleva por rúbrica "*Régimen del Cuerpo único de Notarios*", dispone en su apartado Dos, dedicado al "*Régimen disciplinario de los Notarios*", núm. 4, que "*Las infracciones muy graves se sancionarán con multa en el último tramo, traslación forzosa, suspensión de funciones y separación del servicio*", añadiendo líneas después que "*La imposición de una sanción por infracción grave o muy grave llevará aneja, como sanción accesoria, la privación de la aptitud para ser elegido miembro de las Juntas Directivas mientras no se haya obtenido rehabilitación*".

C) Partiendo de lo dicho en esos dos apartados anteriores, debemos afirmar que la modificación que introduce la resolución sancionadora se ciñe a determinar qué sanción es la más adecuada en el caso concreto, o lo que es igual, a una valoración jurídica individualizada de la pertinente en ese caso.

Tal valoración será lícita, sin necesidad de un nuevo trámite de audiencia o de alegaciones del expedientado, si se sustenta en los hechos imputados, no en otros que no lo hubieran sido, en el "tipo" infractor en que se subsumieron en la propuesta, no en otro distinto, y si, además, observa los criterios de graduación que establezca la norma aplicable y cuya consideración no entre en contradicción ni con aquellos hechos ni con aquel "tipo".

Esa conclusión se apoya, precisamente, en el análisis -detenido y no considerado erróneo o incompleto por la parte recurrente- que efectúa la sentencia de este Tribunal de 21 de octubre de 2014 -antes transcrita en lo pertinente- de la doctrina constitucional y de la jurisprudencia de esta Sala. Así, en cuanto a la primera, deduce "*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*". Y, en cuanto a la segunda, deduce el indicado análisis que "*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*".

D) Procede, así, la desestimación de este recurso, pues la sentencia de instancia enjuicia un supuesto en el que la resolución sancionadora no rebasó, al concretar la sanción pertinente, los límites o el margen de que dispone para ello.

SÉPTIMO. *Doctrina que fija la Sala*

En un expediente disciplinario en que la propuesta de resolución anunció que la sanción a imponer era la de multa, sí entra dentro de las potestades del órgano sancionador, sin necesidad de un nuevo trámite de alegaciones o de audiencia del expedientado, distinto del concedido tras la notificación de aquella propuesta, la de sustituir esa sanción por la de suspensión de funciones, siempre que su ejercicio se sustente en los mismos hechos imputados en la propuesta, en el mismo "tipo" infractor en que ésta los subsumió, y, además, observe los criterios de graduación establecidos en la norma aplicable y cuya toma en consideración no entre en contradicción ni con esos "hechos" ni con ese "tipo".

OCTAVO. *Pronunciamiento sobre costas*

Tanto en las originadas en la instancia, como en las de este recurso de casación, procede que cada parte abone las causadas a su instancia y las comunes por mitad. Aquéllas, por aplicación de lo dispuesto en el art. 139.1 de la LJCA, al entender la Sala que el caso presentaba serias dudas de derecho. Y, estas, por aplicación de lo dispuesto en el art. 93.4 de la misma ley.



FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

Desestimamos el recurso de casación núm. **1479/2017**, interpuesto por la representación procesal de D. Pelayo contra la sentencia de fecha 30 de diciembre de 2016, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el procedimiento ordinario núm. 281/2015.

Y, en cuanto a las costas, ordenamos que se esté a lo razonado en el último de los fundamentos de derecho de esta sentencia, dejando sin efecto, por tanto, la imposición que de ellas hizo la sentencia recurrida.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez D. Segundo Menendez Pérez

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva D^a. Celsa Pico Lorenzo

D^a. María del Pilar Teso Gamella D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. Segundo Menendez Pérez FRENTE A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN Nº **1479/2017**, AL QUE SE ADHIERE EL EXCMO. SR. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

Con el pleno respeto que me merece la decisión mayoritaria, debo, sin embargo, discrepar del pronunciamiento desestimatorio del recurso al que llega, que a mi juicio debió ser estimatorio, y, por ende, con los razonamientos que se expresan en los fundamentos de derecho sexto y séptimo de la sentencia.

Según mi criterio, esos dos fundamentos debieron redactarse en términos similares a los que reflejo a continuación:

SEXTO. *Decisión del recurso*

A) La Dirección General de los Registros y del Notariado introdujo en su resolución sancionadora una motivación explicativa de la sanción que finalmente impuso, que no incluía la propuesta de resolución y que, por su base prospectiva, sin más apoyo, y por su desvalor o juicio negativo sobre una posible conducta futura del notario expedientado, susceptible de ser contradicho por éste, obligaba a abrir un nuevo y previo trámite de audiencia o alegaciones antes de aquella resolución, con inclusión en ésta de la valoración o juicio que al órgano sancionador mereciera lo alegado.

Que ello fue así, o que ese era el contenido de aquella motivación explicativa de la sanción por la que finalmente se optó, lo muestra aquel párrafo de la sentencia de instancia que transcribe la nuestra, a saber:

"En orden a la sanción impuesta, se razona en la resolución de la DGRN que no se ha optado por una sanción pecuniaria de multa, ya que se considera que esta no es el medio para combatir esta infracción tan grave, y que no se ha optado por traslación forzosa, que permitiría seguir ejerciendo la función en otra localidad, al no existir garantías de que el notario sancionado fuera a cambiar su forma de actuar, añadiendo que la gravedad de los hechos y su reiteración podría llevar a sancionarlo incluso con la separación del servicio, pero que se ha optado por considerar que lo más conveniente es la suspensión de funciones por un periodo considerable (tres meses) para que el notario, durante el mismo, reflexione sobre su actuación y pueda tomar consciencia de la gravedad de los hechos cometidos".

A mi juicio, poca duda ofrece que ante una motivación como la que refleja ese párrafo, la omisión de aquel previo trámite menoscabó el derecho de defensa del expedientado, pues éste podría haber alegado las razones que tuviera por conveniente para poner en cuestión el acierto de aquel juicio prospectivo en el que, sin más, o aparentemente sin más, se apoyó el órgano sancionador para decantarse por la sanción que impuso.

B) Además, bastaba a mi criterio para que naciera el deber de abrir ese nuevo trámite, la distinta naturaleza o, mejor dicho, los distintos y más apreciables bienes e intereses jurídicos del propio expedientado que quedaban afectados por la sanción impuesta, y no por la propuesta.

En esta línea, no me ofrece duda, por ser lógico y por desprenderse así del orden mismo con que el art. 43. Dos. 4 de la ley 14/2000 enuncia el abanico de sanciones aplicables a las faltas muy graves, qué es más gravosa la privación temporal del ejercicio de las funciones propias del cargo, que la merma, asumible, del patrimonio.



De nuevo, por ello, entiendo que la privación de bienes e intereses jurídicos más apreciables, sin mediar el repetido trámite, menoscaba el derecho de defensa.

C) La imposición del deber omitido, tiene también a su favor aquel criterio de la sentencia de este Tribunal Supremo de fecha 21 de octubre de 2014, cuyas conclusiones, expresadas en su fundamento de derecho undécimo -transcrito en la nuestra-, comparto plenamente. Es, además, salvo error u omisión, la última de las sentencias de esta Sala que ha enjuiciado una cuestión similar a la que es objeto de este recurso de casación y, por tanto, la que refleja con serias razones la línea evolutiva por la que se decanta la misma.

D) Por fin, la imposición de ese deber es lo más acorde con la línea evolutiva de nuestro propio ordenamiento jurídico. En efecto, el art. 90.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, no aplicable en este caso por razones temporales, dispone en su inciso final que *cuando el órgano competente para resolver considere que la infracción o la sanción revisten mayor gravedad que la determinada en la propuesta de resolución, se notificará al inculpado para que aporte cuantas alegaciones estime convenientes en el plazo de quince días*.

Ese inciso, al distinguir dos supuestos de mayor gravedad, el de la infracción y el de la sanción, abona una interpretación según la cuál su efecto jurídico, o lo que ordena, debe ser observado cuando, sin variar el tipo infractor, se opta por una sanción, comprendida en el abanico de las previstas para él, pero más grave que la anunciada en la propuesta.

Cierto es, como acabo de decir, que ese inciso final no es aplicable al caso de autos por razones temporales. Pero ello no es razón bastante para no tomarlo en consideración, pues, amén de llenar una laguna sobre la cuestión que nos ocupa, se decanta en el sentido de que la mejor protección del derecho de defensa del expedientado, exigible desde el momento mismo en que la Constitución introdujo en su art. 24.1 el mandato de que *en ningún caso pueda producirse indefensión*, impone ese trámite de nuevas alegaciones en los dos supuestos a que se refiere.

Cierto es, también, que la Ley 39/2015 tiene por objeto o finalidad la ordenación de las relaciones ad extra de las Administraciones con los ciudadanos y empresas, siendo los de la Ley 40/2015, de igual fecha, la regulación ad intra del funcionamiento interno de cada Administración y de las relaciones entre ellas. Pero ello no es obstáculo, tampoco, para no tomar en consideración aquel art. 90.2, pues el art. 25 de la segunda de las leyes citadas, incluido dentro del capítulo dedicado a los principios de la potestad sancionadora, dispone en su núm. 1, en lo que importa, que *ésta se ejercerá con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio y de acuerdo con lo establecido en esta Ley y en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*, añadiendo en su núm. 3 que *Las disposiciones de este Capítulo serán extensivas al ejercicio por las Administraciones Públicas de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación de empleo*. Capítulo, el indicado, que no incluye expresamente una norma como la de aquel art. 90.2, pero que ha de entenderse comprensivo de tal norma dada esa explícita remisión a la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Hubiera procedido, por todo ello, estimar este recurso de casación y, también, por iguales razones, el recurso contencioso-administrativo, en la medida, y sólo en ella, en que las resoluciones administrativas impugnadas - la originaria y la desestimatoria del recurso de alzada- eran disconformes a derecho por sustituir la sanción de multa anunciada en la propuesta de resolución por otra de suspensión de funciones, sin haber abierto, antes de ser dictadas, un trámite en que el expedientado pudiera alegar lo que tuviera por conveniente sobre esa posible sustitución.

SÉPTIMO. *Doctrina que fija la Sala*

Hubiera debido ser, a mi juicio, la siguiente:

En un expediente disciplinario en que la propuesta de resolución anunció que la sanción a imponer era la de multa, el órgano sancionador carece de potestad, sin abrir un nuevo y previo trámite de alegaciones o de audiencia del expedientado, distinto del que abrió la notificación de aquella propuesta, y sin valorar esas alegaciones, si se aportaran, para sustituir aquella sanción por la de suspensión de funciones.

Por todo ello, el pronunciamiento de nuestra sentencia debió ser el siguiente:

FALLO

1º Estimamos el recurso de casación núm. **1479/2017**, interpuesto por la representación procesal de D. Pelayo contra la sentencia de fecha 30 de diciembre de 2016, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el procedimiento ordinario núm. 281/2015. Sentencia que casamos y dejamos sin efecto.



2º Estimamos en parte el recurso contencioso-administrativo núm. 281/2015, interpuesto por aquella representación procesal contra la resolución del Subsecretario del Ministerio de Justicia de 2 de febrero de 2015, que confirmó en alzada el acuerdo de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de septiembre de 2014. Resoluciones, ambas, que anulamos por no ser conformes a derecho.

3º Rebajamos la sanción impuesta a D. Pelayo por la comisión de una falta muy grave prevista en los arts. 43. Dos 2. A). g) de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, y 348 g) del Reglamento Notarial, por la percepción de derechos arancelarios con infracción de las disposiciones por las que se rigen, a la de 30.000 (treinta mil) euros de multa, más la aneja de privación de la aptitud para ser elegido miembro de las Juntas Directivas mientras no haya obtenido rehabilitación. Y

4º. En cuanto a las costas -tanto las de instancia como las de este recurso de casación- cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

D. Segundo Menendez Perez D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente de esta Sala Excmo. Sr. D. Segundo Menendez Perez, todo lo cual yo la Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CEJUDOL