

Roj: **STS 4127/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:4127**Id Cendoj: **28079130032014100254**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **3**Fecha: **21/10/2014**Nº de Recurso: **336/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**Ponente: **PEDRO JOSE YAGÜE GIL**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Octubre de dos mil catorce.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº **336/2013** promovido por el Procurador Sr. Reynolds Martínez, en nombre y representación de D^a Otilia , frente a la Administración General del Estado, representada por el Sr. Abogado del Estado, contra el acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 28 de Diciembre de 2012 (confirmado en reposición por el de 17 de Mayo de 2013), que impuso a la aquí recurrente la sanción de declaración de incumplimiento de la Ley 5/2006 y su publicación en el B.O.E., así como que no pueda ocupar ninguno de los altos cargos previstos en el artículo 3 de la citada Ley 5/2006, de 10 de Abril , durante un máximo de 7 años.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la recurrente expresada se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado en fecha 31 de Julio de 2013 contra la resolución antes mencionada, acordándose su admisión por providencia de fecha 3 de Septiembre de 2013 en la que se ordenó la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno la parte actora formalizó demanda mediante escrito presentado en fecha 4 de Noviembre de 2013, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando la estimación del recurso, en concreto:

1) *Se resuelva estimando nuestras pretensiones dejando revocado, y sin efecto la desestimación de las pretensiones que esta parte realizó en el recurso de reposición y resolución desestimatoria de fecha de 28 de diciembre de 2012 del Consejo de Ministros, sobre la imposición de la sanción propuesta por el instructor del proceso, en razón de la inaplicación del artículo 28.2.e de la LRJPAC, en virtud del respeto de los principios normativos aludidos, y declarando la inexistencia del Conflicto de intereses.*

2) *Subsidiariamente, y en el caso de que la anterior se desestime, se solicita se estimen las pretensiones relativas a la existencia de la causa de exoneración de la culpabilidad en función de la acreditación dada sobre la existencia del error invencible, procediéndose estimarse la no imposición de la sanción dictada por el acuerdo del Consejo de Ministros.*

3) *Subsidiariamente, y en el caso de que la anterior se desestime, se solicita se estimen las pretensiones relativas y se gradúe de conformidad con el principio de proporcionalidad y las circunstancias expuestas durante todo el procedimiento, imponiéndose la sanción de inhabilitación por el período mínimo.*

TERCERO.- El Sr. Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito presentado con fecha 25 de Noviembre de 2013 en la cual, tras alegar los hechos y fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso, con imposición de costas a la parte demandante.



CUARTO.- Recibido el pleito a prueba por auto de fecha 4 de Diciembre de 2013 se propuso por la parte actora la que a su derecho convino, admitiéndose por esta Sala la documental obrante en el expediente administrativo, y denegándose la solicitada como documental-testifical.

QUINTO.- Dado traslado a las partes por su orden para conclusiones, las evacuaron en sendos escritos, reiterándose en sus respectivos pedimentos.

SEXTO.- Por providencia de fecha 21 de Abril de 2014 se señaló para votación y fallo de este recurso el día 8 de Julio de 2014 en que se deliberó y votó.

Habiendo discrepado la Magistrada Ponente, Excmo. Sra. D^a Maria Isabel Perello Domenech, de alguna de las razones expuestas por la mayoría, aunque no con la decisión final, asumió la ponencia el Magistrado Excmo. Sr. Dn. Pedro Jose Yague Gil, quien ahora la desarrolla.

SÉPTIMO.- En la tramitación del presente recurso contencioso administrativo se han observado las prescripciones legales, excepto la del plazo para dictar sentencia, consecuencia de la complejidad jurídica del asunto y de las circunstancias descritas respecto al cambio de Magistrado Ponente.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Pedro Jose Yague Gil, Presidente de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso contencioso administrativo nº 336/13 el acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 28 de Diciembre de 2012 (confirmado en reposición por el de 17 de Mayo de 2013) que consideró que la actuación de la demandante, D^a Otilia , *"al no haberse abstenido en las sesiones de los días 30 de octubre de 2009, 22 de octubre de 2010, así como 11 de enero y 17 de marzo de 2011 en los asuntos que concernían a la sociedad PricewaterhouseCoopers (PWC) constituye una infracción muy grave, prevista en el artículo 17.1.a) que se refiere al incumplimiento de las normas de incompatibilidades señaladas en el Título II de la Ley 5/2006, de 10 de abril , de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado, correspondiéndole la sanción de declaración de incumplimiento de la ley y su publicación en el Boletín Oficial del Estado, así como que no pueda ser nombrada para ocupar ninguno de los altos cargos previstos en el artículo 3 de dicha norma durante un máximo de 7 años."*

Los hechos que la resolución impugnada sanciona son simples: la actora, que ocupaba el cargo de Directora General de Planificación y Relaciones Externas del Instituto de Crédito Oficial (ICO) desde el 18 de Septiembre de 2009 hasta el 2 de Febrero de 2012, no se abstuvo en las sesiones de la Comisión de Contratación, de la que también formaba parte, celebradas los días 30 de Octubre de 2009, 22 de Octubre de 2010, 11 de Enero de 2011 y 17 de Marzo de 2011, en la decisión de asuntos en los que estaba interesada la empresa "Pricewaterhouse Coopers, Asesores de Negocio S.L.", pese a que con anterioridad, desde el día 21 de Marzo de 2006 hasta el día 22 de Marzo de 2009, había prestado servicios profesionales en dicha mercantil.

SEGUNDO.- En la demanda, la parte actora esgrime contra el acuerdo sancionatorio impugnado los siguientes argumentos:

1º.- La Ley 30/92, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo, Ley 30/92), a la cual la Administración ha acudido para hallar el tipo sancionatorio, no resulta aplicable al caso, ya que constituye una ley general que debe ceder ante la ley posterior y especial 5/2006, de 10 de Abril, de Conflictos de Intereses de Miembros de Gobierno y Altos Cargos de la Administración (en adelante, Ley 5/2006), de suerte que el artículo 7.2 de ésta ha de entenderse que remite a las letras a), b), c) y d) del artículo 28 de aquélla, pero no a su letra e), en cuya virtud se impuso la sanción.

2ª.- Aduce también que no concurren en el caso de autos los requisitos propios del Derecho Administrativo sancionador, que son la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad.

3º.- Expone que se ha infringido el principio de proporcionalidad en la imposición de la sanción, al no concurrir intencionalidad, ni perjuicio ni actuación reincidente, por los que pueda agravarse el nivel de la sanción.

Dentro del apartado de la proporcionalidad, expone la interesada que se le ha ocasionado indefensión al imponersele en la resolución sancionadora mayor sanción que la contenida en la propuesta de resolución (página 87 y 88 de la demanda y 153 del escrito de conclusiones).

TERCERO.- El primero de los argumentos esgrimidos debe ser rechazado, ya que es correcta la aplicación que la Administración ha hecho del artículo 7.2 de la Ley 5/2006 y del artículo 28.2.e) de la Ley 30/92 .

El primero de los preceptos citados dispone lo siguiente:



"1. Quienes desempeñen un alto cargo vienen obligados a inhibirse del conocimiento de los asuntos en cuyo despacho hubieran intervenido o que interesen a empresas o sociedades en cuya dirección, asesoramiento o administración hubieran tenido alguna parte ellos, su cónyuge o persona con quien conviva en análoga relación de afectividad, o familiar dentro del segundo grado y en los dos años anteriores a su toma de posesión como cargo público.

2. En el caso de que durante el desempeño del cargo público el alto cargo estuviera obligado a abstenerse en los términos previstos en esta Ley, en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero (RCL 1999, 114, 329), o en cualquier otra ley, la abstención se producirá por escrito para su adecuada expresión y constancia y se notificará al superior inmediato del alto cargo o al órgano que lo designó. En todo caso esta abstención será comunicada por el interesado, en el plazo de un mes, al Registro de Actividades de altos cargos, para su constancia."

Por su parte, la Ley 30/92 dispone en su artículo 28.2.e) lo siguiente:

"2. Son motivos de abstención los siguientes:

e) Tener relación de servicio con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto, o haberle prestado en los dos últimos años servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar."

Pues bien; la tesis de la actora es que el artículo 7.1 de la Ley 5/2006 regula por sí mismo el supuesto de inhibición por relación previa con empresas o sociedades (exigiendo que se hayan desempeñado cargos de dirección, asesoramiento o administración) y que, por esa razón, la remisión que después hace el nº 2 del precepto a las causas de abstención de la Ley 30/92 ha de referirse a las otras causas de abstención distintas a la de relaciones previas con empresas o sociedades, es decir, no a la causa de la letra e) del artículo 28.2 de la Ley 30/92 (que requiere únicamente haber prestado servicios profesionales, sin necesidad del desempeño de cargos de dirección, asesoramiento o administración).

Esta interpretación que realiza la actora de las normas aplicables es derivación de una idea capital equivocada, que expone con mucha claridad en la página 76 de su demanda, y que es la siguiente: "*Se debe considerar que el único supuesto diferente y específicamente regulado en la Ley de Conflictos de Intereses (artículo 7.1) se realiza en aras de restringir el dictado general de la LRTPAC.*"

Este es el núcleo de la cuestión: la demandante parte de la base de que la Ley 5/2006, de 10 de Abril, de Conflictos de Intereses de Miembros de Gobierno y Altos Cargos de la Administración, tuvo por finalidad, en este punto, **suavizar el régimen de incompatibilidades** establecido con carácter general para las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones en la Ley 30/92.

Partiendo de esta base, no es extraño que la demandante llegue a la conclusión apuntada, y que, por lo tanto, se diga que en las mismas condiciones el funcionario tendría que abstenerse allí donde un alto cargo no habría de hacerlo.

Naturalmente, las cosas no son así.

Basta leer el Preámbulo de la Ley 5/2006 para concluir que su finalidad es imponer mayores exigencias de imparcialidad a quienes desempeñan altos cargos, pues, sobre ser ello de sentido común, así se dice expresamente en aquél: "*No se trata, pues, de una mera reproducción de las normas de incompatibilidades tal y como se han concebido hasta ahora, sino de constituir un nuevo régimen jurídico regulador de la actuación de los altos cargos en el que, perfeccionando el anterior de incompatibilidades, se introducen nuevas exigencias y cautelas que garanticen que no se van a producir situaciones que pongan en riesgo la objetividad, imparcialidad e independencia del alto cargo, sin perjuicio de la jerarquía administrativa.*"

En consecuencia, cualquier interpretación que conduzca a restringir para los altos cargos el régimen de incompatibilidades establecido con carácter general en la Ley 30/92, debe ser rechazada por infringir abiertamente el espíritu de la Ley 5/2006.

La interpretación correcta es, pues, la que ha realizado la Administración: el artículo 7.1 de la Ley 5/2006 contiene un supuesto específico de abstención (inhibición, dice la ley), y el mismo precepto, en su nº 2, se remite luego con carácter general al régimen de la Ley 30/92. Y esta disociación regulatoria puede quizá obedecer al designio de incorporar al régimen de incompatibilidades supuestos que quizá el legislador creía de dudosa inclusión en la locución "*servicios profesionales*", del artículo 28.2.e) de la Ley 30/92.

Rechazaremos, pues, este primer argumento.

CUARTO.- Respecto del segundo grupo de argumentos, (que se refieren a los principios del Derecho Administrativo sancionador), tampoco pueden ser aceptados.



A) La concurrencia de la necesaria tipicidad es clara. El artículo 17 de la Ley 5/2006 dispone que constituye infracción muy grave "...el incumplimiento de las causas de incompatibilidades a que se refiere este título". Y la de no abstenerse la actora al resolver expedientes en los que estaba interesada la sociedad en la que había prestado servicios, es un incumplimiento típico según el artículo 7.2 de dicha ley en relación con el 28.2.e) de la Ley 30/92, tal como hemos razonado más arriba; debemos confirmar por ello la interpretación que de esos preceptos hace la resolución administrativa originaria (fundamento de Derecho cuarto).

B) Concurren también los requisitos de culpabilidad y antijuricidad en la realización por la interesada de la conducta infractora.

Para excluir la primera no puede acudirse a la existencia de un error de prohibición, el cual sólo podría deducirse, al tratarse de un dato subjetivo, de las circunstancias del hecho y de las personales del autor (artículo 14 del Código Penal). Con base en ellas, y teniendo en cuenta el nivel de formación de la actora y su posición en el organismo oficial, debemos excluir la concurrencia de un error de derecho:

a) No, desde luego, invencible, porque para ello habrían de concurrir circunstancias extraordinarias que hubieran impedido de todo punto al sujeto el conocimiento del tipo, evidenciando con ello que no era exigible mayor grado de diligencia, cosa que aquí no concurre.

b) El error, de existir, hubiera sido en todo caso fácilmente vencible, porque hubiera resultado lógico que, a la vista de tener que decidir una y otra vez sobre la adjudicación a favor de una empresa a la que durante años prestó servicios, la actora habría de haber tenido al menos alguna duda, y en alguna ocasión, sobre su propia imparcialidad en el asunto, duda de fácil solución a la vista de la remisión que el artículo 7.2 de la Ley 5/2006 hace al 28.2.e) de la Ley 30/92, según lo visto.

Resultando por todo ello aplicable la prescripción del artículo 6.1 del Código Civil, a cuyo tenor "*la ignorancia de las leyes no exime de su cumplimiento*".

Y por encima del error, tampoco existe duda alguna acerca de la concurrencia en este caso de la necesaria culpabilidad, como representación por la actora de la infracción del régimen de incompatibilidades que su conducta implicaba, y su aceptación responsable.

A estos respectos, el ordenamiento jurídico no exige la concurrencia de un ánimo deliberado de infringir la norma, con conciencia y voluntad de hacerlo. Por ello dice el artículo 130.1 de la Ley 30/92 que la responsabilidad por infracciones administrativas puede exigirse "*aún a título de simple inobservancia*". El campo de la simple inobservancia es el clásico de la imprudencia o negligencia, en sus distintos grados. Y ya se ha dicho más arriba (a propósito de la exclusión del error de derecho en el caso de autos) que la formación de la actora, su experiencia en una empresa puntera en el sector, y la importancia del cargo que desempeñaba en la Administración (Directora General de Planificación y Relaciones Externas del Instituto de Crédito Oficial, formando parte de la Comisión de Contratación), hacían al menos lógico que se hubiera planteado su posible pérdida de imparcialidad para intervenir en los asuntos que afectaban a su antigua empresa. El no haberlo hecho, sino, al contrario, participar en el órgano colegiado, al menos sin la necesaria atención al problema, en decisiones que afectaban a una empresa a la que había prestado sus servicios durante tres años, revela una notable dejación de las más elementales normas que persiguen la mayor imparcialidad en el ejercicio de altos cargos públicos.

Se cumple, por lo tanto, el requisito de la culpabilidad, que no resulta desvirtuado por causa de justificación alguna.

C) De la punibilidad poco cabe decir. Siendo típica la conducta (según el artículo 7.2 de la Ley 5/2006 en relación con el 28.2.e) de la Ley 30/92, por haber incumplido las normas de incompatibilidades), según el artículo 17.1.a), su calificación como infracción muy grave y su castigo --por lo que aquí importa-- con la declaración de incumplimiento de la ley y la publicación en el B.O.E. (artículo 18.1) y con la de no poder ser nombrada por ocupar ninguno de los cargos incluidos en el artículo 3 durante un período de entre 5 y 10 años (artículo 18.5), cubre el requisito de la punibilidad a que se refiere el artículo 129.2 de la Ley 30/92.

QUINTO.- En tercer lugar se alega infracción del principio de proporcionalidad en la imposición de la sanción, al no concurrir intencionalidad, ni perjuicio alguno para terceros ni para la Administración, ni existir reincidencia.

En el desarrollo de los apartados B) y C) del apartado VII de los fundamentos de Derecho de la demanda, la parte actora incurre en un cierto desorden expositivo, hasta el punto de que mezcla la proporcionalidad con el problema de la discordancia "*in pejus*" entre la sanción anunciada en la propuesta de resolución y la finalmente impuesta (con infracción, en su opinión, de la prohibición de indefensión, folios 87 y 88 de la demanda), cosa que, como se comprenderá, nada tiene que ver con la necesaria proporción entre la gravedad del hecho y la



gravedad de la sanción, y sí con una posible infracción del procedimiento administrativo, al no haberse dado audiencia sobre ello.

Aunque esa mezcla dificulta la respuesta desde el punto de vista sistemático, creemos que debe ser estudiada en primer lugar la cuestión de la proporcionalidad, y sólo en último lugar la de la falta de audiencia, pues, aunque de ordinario los problemas procedimentales son de estudio previo, en este caso los argumentos de la parte sobre la proporcionalidad vienen referidos a la sanción efectivamente impuesta, y no a la que según esta sentencia corresponde, como veremos.

SEXTO.- La sanción impuesta no infringe el principio de proporcionalidad, exigido, como es sabido, por el artículo 131 de la Ley 30/92, donde, bajo tal rúbrica, se exige en su nº 3, la debida adecuación entre la gravedad del hecho (...) y la sanción aplicada. Añade el precepto que habrán de considerarse especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar:

a) La existencia de intencionalidad o reiteración.

b) La naturaleza de los perjuicios causados.

c) La reincidencia, por comisión en el término de un año o más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme.

De la petición subsidiaria segunda del suplico de la demanda, se deduce que la interesada considera desproporcionada toda sanción de inhabilitación que no sea la mínima, y en su apoyo alega que no tuvo intencionalidad, que no ha existido daño alguno, que su intervención en las comisiones no influyó en las adjudicaciones, que no ejerció en la empresa privada funciones de administración o dirección, que el criterio de la repercusión en la imagen pública no puede ser utilizado, puesto que no es una variable que pueda ser medida, etc.

Sin embargo, estas razones (alguna de las cuales, como las de la intencionalidad, ha quedado ya respondida más arriba), no pueden ser atendidas.

La sanción finalmente impuesta (con independencia de lo que después se dirá para rebajarla) es menos de la mitad de la prevista en la ley. Y debemos aclarar solamente (aunque puede ya deducirse de lo dicho) que el tipo del artículo 7.2 de la Ley 5/2006, relacionado con el artículo 28.2.e) de la Ley 30/92, no exige resultado alguno, es una infracción de mera actividad, de suerte que su comisión se consuma con la conducta de la no abstención, con independencia de que de esa forma se consiga o no un resultado anómalo, lo que podría conducir a otras consecuencias.

No hay, pues, infracción del principio de proporcionalidad, y ello con independencia del hecho de que, por lo que a continuación diremos, la sanción haya de quedar reducida al mínimo, que es la que subsidiariamente solicita la parte actora.

SÉPTIMO.- Como anunciábamos, nos resta por examinar el motivo formal que alega la interesada en su demanda y en sus conclusiones, y que consiste en que la resolución sancionadora le ha producido indefensión al elevar, sin darle posibilidad de defenderse sobre esta cuestión, la sanción de cinco años de inhabilitación (que anunciaba la propuesta de resolución) a la de siete años finalmente impuesta.

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



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

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

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

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

De este cuerpo de doctrina extraemos las siguientes conclusiones:

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

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

3ª.- La jurisprudencia no es uniforme a la hora de determinar si es necesaria una repetición de la trámite de audiencia cuando la resolución sancionadora asume los hechos tal como los refirió el instructor en su propuesta y tampoco varía su calificación jurídica, apartándose de la propuesta únicamente en la determinación del exacto importe de la sanción dentro del abanico o intervalo correspondiente a esa calificación jurídica. No obstante, parece que la jurisprudencia más reciente se inclina por exigir también en estos casos un nuevo trámite de audiencia.

NOVENO.- En el caso que nos ocupa los avatares procedimentales fueron los siguientes:

1º.- En la propuesta de resolución el Instructor describió los hechos que la justificaban, y en la valoración jurídica razonó por qué estos constituían una infracción típica del artículo 7 de la Ley 7/2006, en relación con el 28.2.e) de la Ley 30/92 , y, después de recordar que el artículo 6.1 del Código Civil dispone que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento, propuso la tipificación dicha y la sanción (por lo que aquí interesa) de 5 años de inhabilitación para los cargos referidos en el artículo 3 de la Ley 5/2006 .

2º.- La expedientada contestó a la propuesta de resolución en escrito de 31 de Octubre de 2012; en él se ocupó de forma principal de propugnar la no aplicación al caso del artículo 28.2.e) de la Ley 5/2006 , y, de forma marginal, de la necesaria aplicación del principio de proporcionalidad, que basaba en el nulo perjuicio causado al interés público y en los datos concurrentes (v.g. las dimensiones de la sociedad mercantil en la que prestó servicios, no haber desarrollado en ella labores de dirección, etc.).

3º.- Finalmente, la resolución sancionadora (después de estudiar la aplicación al caso del artículo 28.2.e) de la Ley 30/92 y sin responder a aquellas alegaciones sobre la proporcionalidad) contiene el siguiente fundamento de Derecho:

"Quinto: El artículo 18.5 establece que las personas que hayan cometido las infracciones tipificadas en el artículo 17.1 no podrán ser nombradas para ocupar ninguno de los cargos incluidos en el artículo 3 un período de entre 5 y 10 años y que en la graduación de dicha medida se valorará la existencia de perjuicios para el interés público, la repercusión de la conducta en los ciudadanos y, en su caso, la percepción indebida de cantidades por el desempeño de actividades públicas incompatibles.

En tal sentido, se señala que el haber intervenido en procedimientos de adjudicación que afectaban a la empresa en la que anteriormente había prestado sus servicios tiene repercusión en la imagen del cargo público, puesto que, precisamente es en materia contractual y en las relaciones con las empresas privadas donde la existencia de conflictos de intereses ha de ser detectada, corregida y sancionada. Por ello, si bien no se propone que la



prohibición de ocupar cargos públicos sea de diez años, dado que no se producen el resto de las circunstancias exigidas en el citado precepto, sí se considera que siete años supone un límite temporal proporcionado con la infracción cometida."

Y concluye imponiendo la sanción de 7 años de inhabilitación, en lugar de los 5 anunciados en la propuesta de resolución.

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 artículo 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.

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

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

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.

DÉCIMO-TERCERO .- En virtud de lo establecido en el artículo 139,1 de la Ley Jurisdiccional 29/98, no procede realizar condena en costas, al no existir razones de temeridad o mala fé.

Por todo ello, en nombre de S.M. el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos concede la Constitución,

FALLAMOS

Que estimamos en parte el presente recurso contencioso administrativo nº **336/2013** interpuesto por el Procurador Sr. Reynolds de Miguel, en nombre y representación de D^a Otilia contra el acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 28 de Diciembre de 2012 (confirmado en reposición por el de 17 de Mayo de 2013), que impuso a la aquí recurrente la sanción de declaración de incumplimiento de la Ley 5/2006 y su publicación en el B.O.E., así como que no pueda ocupar ninguno de los altos cargos previstos en el artículo 3 de la citada Ley 5/2006, de 10 de Abril , durante un período de 7 años y en su consecuencia:

1º.- Anulamos la sanción impuesta en dichos acuerdos en cuanto al período en que la demandante no pueda ocupar ninguno de los altos cargos previstos en el artículo 3 de la citada Ley 5/2006, de 10 de Abril , y declaramos que ese período de inhabilitación ha de ser de 5 años.

2º.- Desestimamos en lo demás el presente recurso contencioso administrativo

3º.- Sin costas.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos . D. Pedro Jose Yague Gil D. Manuel Campos Sanchez-Bordona D. Eduardo Espin Templado D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat D^a Maria Isabel Perello Domenech **PUBLICACIÓN** .- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Pedro Jose Yague Gil, estando constituida la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en audiencia pública en el día de su fecha, lo que como Secretario de la misma certifico.