

RECURSO DE APELACION [RPL] - 000495/2018
N.I.G.: 03014-45-3-2017-0002672

SENTENCIA N° 624/2020

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA
COMUNIDAD VALENCIANA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

VISTO por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana compuesta por:

Presidente:

Ilmo.

Magistrados Ilmos. Srs:

Dña.
D.

En VALENCIA a veinticuatro de septiembre de dos mil veinte.

En el recurso núm. AP-495/2018, interpuesto como parte apelante D. representada por el Procurador Dña. y dirigida por el Letrado contra “sentencia núm. 381/2018 de 5 de julio de 2018 del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 4 de Alicante que desestima recurso frente a resolución de fecha 3 de julio de 2017 dictada por el Rector Magnifico de la Universidad de Alicante, por la que se acuerda imponer al recurrente la sanción principal de “demérito, consistente en la imposibilidad de participar en procedimientos de provisión de puestos o de promoción interna, por un periodo de dos años” y con carácter complementario “la realización de hasta 50 horas de cursos de formación sobre ética pública”, a consecuencia de la comisión de una infracción tipificada en el artículo 141.1 c) de la Ley 10/2010 de 9 de julio de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana, consistente en “infracción de acoso por razón de sexo”.

Habiendo sido parte en autos como parte apelada UNIVERSIDAD DE ALICANTE representada por el Procurador y dirigida por el Letrado D. J y Magistrado ponente Ilmo. Sr. D.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Dictada resolución que se ha reseñado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, la parte que se consideró perjudicada por la resolución interpuso el correspondiente recurso de apelación Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la Ley, se emplazó al demandante para que formalizara la demanda, lo que verificó mediante escrito en que suplica se dicte sentencia declarando no ajustada a derecho la resolución recurrida.

SEGUNDO. - La representación de la parte apelada contestó el recurso, mediante escrito en el que solicitó se dictara sentencia por la que se confirmase la resolución recurrida.

TERCERO. - No Habiéndose recibido el recurso a prueba, quedó el rollo de apelación pendiente para votación y fallo.

CUARTO. - Se señaló la votación para el día ochode septiembre de dos mil veinte.

QUINTO. - En la tramitación del presente proceso se han observado las prescripciones legales.

SEXTO. -Para la resolución del caso sometido a examen debemos partir de los siguientes puntos de hecho:

1. Con fecha 5 de julio de 2016 el Sr. Rector de la Universidad de Alicante acordó incoar expediente disciplinario a D. ,
, en
el de la Universidad de Alicante. Asimismo,
acordó el Sr. Rector designar Instructor y Secretario, y notificar el señalado acuerdo.

2. Seguido el procedimiento por sus trámites, con fecha 3 de julio de 2017 se dicta resolución por el Rector Magnifico de la Universidad de Alicante por la que se acuerda imponer al recurrente la sanción principal de: “demerito, consistente en la imposibilidad de participar en procedimientos de provisión de puestos o de promoción interna, por un periodo de dos años” y con carácter complementario “la realización de hasta 50 horas de cursos de formación sobre ética pública”, a consecuencia de la comisión de una infracción tipificada en el artículo 141.1 c) de la Ley 10/2010 de 9 de julio de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana, consistente en “infracción de acoso por razón de sexo”.

3. No conforme con la decisión, con fecha 10 de octubre de 2017, interpuso recurso contencioso-administrativo ante los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Alicante que fue turnado al Juzgado contencioso-administrativo núm. 4 (PA 689/2017). Seguido por sus trámites, con fecha 5 de julio de 2018, se dicta sentencia núm. 381/2018 desestima el recurso. No conforme con la decisión, la demandante interpone recurso de apelación objeto de la presente resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - En el presente proceso la parte apelante D. interpone recurso contra “sentencia núm. 381/2018 de 5 de julio de 2018 del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 4 de Alicante que desestima recurso frente a resolución de fecha 3 de julio de 2017 dictada por el Rector Magnifico de la Universidad de Alicante, por la que se acuerda imponer al recurrente la sanción principal de “demerito, consistente en la imposibilidad de participar en procedimientos de provisión de puestos o de promoción interna, por un periodo de dos años” y con carácter complementario “la realización de hasta 50 horas de cursos de formación sobre ética pública”, a consecuencia de la comisión de una infracción tipificada en el artículo 141.1 c) de la Ley 10/2010 de 9 de julio de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana, consistente en “infracción de acoso por razón de sexo”.

SEGUNDO. -Los motivos del recurso de apelación son los siguientes:

1. Invalidez de las actuaciones, el expediente aportado al proceso por la Universidad no era el mismo que sirvió de base para dictar la resolución.
2. Caducidad del expediente administrativo.
3. Sobre las deficiencias en las notificaciones de las resoluciones de la Administración.
4. Infracción del art. 39 del Reglamento de Régimen Disciplinario y 58 de la Ley 30/1992.
5. En cuanto a las declaraciones de los testigos, infracción del art. 62.1.e) de la Ley 30/1992.
6. Infracción del art. 35 del Reglamento de Régimen Disciplinario, infracción del principio de contradicción.
7. Infracción del art. 47 de la Ley 30/1992 y 35.1 del Reglamento de Régimen Disciplinario por tardar seis meses en formular pliego de cargos.
8. Denegación de la totalidad de la prueba propuesta por el funcionario. Infracción del art. 24 de la CE por indefensión.
9. Infracción de la disposición adicional primera del Real Decreto 33/1986 por no haberse retrotraído las actuaciones al momento de la incoación del expediente disciplinario tras observar la falta de audiencia a la Junta de Personal, y del art. 62.1.a) de la Ley 30/1992.
10. Falta de correspondencia entre la infracción imputada en el pliego de cargos y el que fue objeto de sanción. Vulneración del derecho a la defensa.
11. Error en la valoración de la prueba documental consistente en los correos electrónicos en que se sustenta la resolución sancionadora.
12. Error en la valoración de la prueba e infracción de los artículos 141.1.c) de la Ley 10/2010 Valenciana y 95.2.b) del Real Decreto Legislativo. No existe acoso por razón de sexo.

TERCERO. –La primera cuestión a dilucidar es la legislación aplicable al caso que estamos examinando. Según la disposición final séptima de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, ésta entró en vigor al año de su publicación en el Boletín Oficial del Estado que se produjo en el BOE» núm. 236, de 02/10/2015; por tanto, en el momento de la iniciación -5 de junio de 2016- estaba vigente a Ley 30/1992 y Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora.

CUARTO. -La sentencia del Juzgado, tras analizar todas las excepciones puestas de manifiesto por la parte apelante, las desestima y confirma la resolución de la Administración. El recurso de apelación lejos de hacer una crítica de la sentencia y las posibles infracciones e ilegalidades en que hubiera podido incurrir, se limita a reproducir los mismos argumentos que en la demanda, es decir, trata el recurso como si se tratase de una demanda ex novo vulnerando la doctrina del Tribunal Supremo (Sala Tercera-Tercera) de 26.5.1999 donde nos dirá “...*Tal circunstancia afecta al ámbito en que ha de moverse la decisión a dictar en esta segunda instancia, en la cual debe el Tribunal limitarse a analizar lo referente a posibles vicios o infracciones legales que deban ser corregidos de oficio (por todas, sentencia de esta Sala de fecha 16 de mayo de 1997 , y las que en ella se citan). Consecuentemente, si tales vicios o infracciones no se aprecian, tal y como aquí ocurre, aquella circunstancia es por sí sola bastante para desestimar el recurso de apelación en que se produce, pues éste, aunque traslada al Tribunal "ad quem" el total conocimiento del litigio, no se concibe como una repetición del proceso de primera instancia, sino como una revisión de él (por todas, sentencia de esta Sala de fecha 15 de marzo de 1989), que descansa por tanto en una pretensión revocatoria de la sentencia dictada y, por ende, en el deber procesal de quien la deduce de trasladar un análisis crítico, por escueto que sea, de la decisión que combate , a través del cual quepa descubrir las causas o razones de su discrepancia...*”; de lo contrario, se produciría una desnaturalización de la propia apelación como afirma la sentencia de Alto Tribunal de 7.06.2007 (Sala 3ª, sec. 5ª, rec. 8328/2003):

(...) *El TS no ha lugar al recurso de casación planteado contra la sentencia*

que confirmó la resolución denegatoria de un permiso de residencia temporal por arraigo y de una autorización para trabajar. La Sala considera que la forma de articular el recurso ignora la consolidada jurisprudencia que ha recordado una y otra vez que constituye una desnaturalización del mismo limitarse el recurrente a manifestar su disenso frente a la sentencia recurrida, sin razonar adecuadamente las infracciones jurídicas de que adolece la resolución judicial impugnada (...).

En consecuencia, no analizaremos y daremos por reproducidos los motivos que no hagan una crítica a la sentencia.

QUINTO. -Los motivos del recurso de apelación que llevan a cabo una crítica de la sentencia procede su análisis:

a) Caducidad del expediente administrativo.

La resolución estima probado que la fecha de incoación del expediente administrativo fue el 5 de junio de 2016, se dictó resolución sancionadora el 3 de julio de 2017 -notificada el 12 de julio de 2017- (no computa la fase de investigación previa según reiterada doctrina de la Sala Tercera Sección Tercera del Tribunal Supremo núm. 1123/2017 de 26 de junio de 2017rec. 2468/2015); por tanto, concluye, que no ha transcurrido el plazo de 12 meses del art. 147.2 de la Ley 10/2010 de la función pública valenciana.

No estamos de acuerdo con la sentencia apelada en la frase sobre que el art. 147.2 de la Ley 10/2010 “viene a recoger una consigna del legislador destinada a obtener una más ágil sustanciación del procedimiento”, se trata de un verdadero plazo de caducidad. Estamos de acuerdo con los dos grupos de motivos que fija el Juzgado para entender que no ha existido caducidad:

-(1) el procedimiento tuvo dos paralizaciones “legales”.

(...) como se desprende del contenido de los Folios 326 y 332 del Expediente Administrativo, en fechas 27 de julio de 2016 y 1 de octubre de 2016 el propio Instructor del Expediente solicitó sendas ampliaciones del plazo para formular el pliego de cargos, y mediante Resolución Rectoral de 12 de abril de 2017 (folio 613), el plazo para resolver quedó suspendido para dar audiencia a la Junta de Personal, que finalmente se pronunció mediante Informe de 16 de mayo de 2017 (folio 646). Ambas ampliaciones se acodaron motivadamente, y la suspensión del plazo se produjo por causa expresamente prevista en la Ley (artículo 42.5 de la Ley 30/92), como es la necesidad de solicitar un informe preceptivo. Además, fue debidamente notificado al interesado, quien incluso tuvo la oportunidad de formular sus alegaciones (folio 624)(...).

-(2) Paralizaciones por maniobras dilatorias de la propia parte:

(...) el procedimiento fue objeto de numerosas interrupciones a consecuencia de los escritos formulados por el interesado, planteando las más diversas cuestiones- escritos de 6 de junio, 21 y 26 de julio, 3 y 13 de octubre de 2016, 30 de enero, 6 de marzo, 2, 22 y 31 de mayo de 2017-, que tuvieron que ser analizados y contestados por la Administración, concurriendo por lo tanto la causa legal expresamente prevista en el artículo 44.2 de la Ley 30/1992.(...).

SEXTO. - Los dos siguientes motivos se dirigen contra las notificaciones llevadas a cabo en el expediente administrativo: (1) Sobre las deficiencias en las notificaciones de las resoluciones de la Administración, se refiere en el recurso a la propuesta de resolución; (2)

Infracción del art. 39 del Reglamento de Régimen Disciplinario y 58 de la Ley 30/1992.

Respecto al punto primero, el propio relato del recurso de apelación nos lleva a la desestimación del motivo. Para los funcionarios de la Universidad es obligatoria la recepción electrónica de las notificaciones art. 2.2.a) del Reglamento de Notificación Electrónica de la Universidad de Alicante (BOUA 28 de octubre de 2016). La propuesta de resolución es de 12 de junio de 2017 y se puso a disposición del funcionario el 13 de junio de 2017, el apelante comunicó que estaba de baja, por lo que, se debieron dejar transcurrir 10 días, hasta el transcurso de ese plazo no podía elevar la propuesta de resolución y se cumplía el 7 de julio de 2017. El Juzgado explica en su sentencia -que no analiza la parte- si se examina el contenido del expediente, puede advertirse que la Propuesta de Resolución dictada el 12 de junio de 2017(folio 725) intentó ser notificada al recurrente hasta en 9 ocasiones – en la sede del Sindicato en la Ciudad de Alicante, en la sede del Sindicato en el Campus de la Universidad y en su domicilio particular- con resultado infructuoso, estando el recurrente ausente y negándose los presentes a recibirla y a identificarse. Por tal razón, el acto administrativo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 59 de la Ley 30/92 fue publicado en el BOE concediendo al recurrente el plazo de 10 días para formular alegaciones, plazo que expiró el 1 de julio. En consecuencia, el escrito presentado el 7 de julio era extemporáneo, sin que se pueda objetar nada a la resolución sancionadora, que fue dictada cuando ya había transcurrido el plazo concedido para formular alegaciones. El instructor del expediente ha intentado de todas las formas posibles efectuar la notificación personal antes de acudir a edictos, cumpliendo la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 122/2013 y 6/2017)

SÉPTIMO. -Irregularidades en la tramitación del procedimiento que llevó a cabo la persona “experta”. Infracción del Protocolo de Prevención y Actuación frente al acoso sexual en la Universidad de Alicante. La sentencia fundamenta perfectamente el rechazo de este motivo de apelación. Toma como punto de partida la sentencia del TSJ del País Vasco de 331 de enero de 2013 y parte de la premisa de que en las actuaciones previas a la iniciación del proceso no rige el principio de publicidad y contradicción. Un expediente disciplinario por acoso sexual a un funcionario de la Universidad es muy grave, a tal fin, el legislador pretende que se trate de una apertura con una sólida base fáctica y jurídica, evitando una publicidad innecesaria que sólo perjudicaría el prestigio de la persona investigada si luego ni siquiera se iniciase y procedimiento sancionador. El art. 12 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, tenía esta finalidad:

(...) 1. Con anterioridad a la iniciación del procedimiento, se podrán realizar actuaciones previas con objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen tal iniciación. En especial, estas actuaciones se orientarán a determinar, con la mayor precisión posible, los hechos susceptibles de motivar la incoación del procedimiento, la identificación de la persona o personas que pudieran resultar responsables y las circunstancias relevantes que concurran en unos y otros.

2. Las actuaciones previas serán realizadas por los órganos que tengan atribuidas funciones de investigación, averiguación e inspección en la materia y, en defecto de éstos, por la persona u órgano administrativo que se determine por el órgano competente para la iniciación o resolución del procedimiento.(...).

El precepto tenía su base legal en el art. 69.2 de la Ley 30/1992 (hoy art. 55.2 de la Ley 39/2015). Como afirma la sentencia apelada:

(...) por la Administración se procedió a dar recto cumplimiento al contenido del Protocolo de Prevención y Actuación frente al acoso sexual por razón de sexo aprobado por

la Universidad de Alicante el 29 de junio de 2015, respetando todos los derechos del recurrente, mucho más de lo que realmente es exigible. En efecto, tal y como se desprende del contenido del Expediente, el actor tuvo intervención en el procedimiento (folio 127), pudo aportar y aportó reiteradamente documentación e incluso propuso la entrevista a testigos (folio 185) que fue aceptada por la Encargada de la Tramitación (folio 203)(...).

Se desestima el motivo y el siguiente sobre la infracción del art. 39 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 y 58 de la Ley 30/1992. Como afirma la sentencia (fd 4) de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (Pleno) núm. 2614/2016 de 14 de diciembre de 2016-rec. 264/2015:

(...) Las diligencias informativas tienen, entre otras finalidades, evitar el desdoro y aflicción que todo expediente disciplinario conlleva, por el mero hecho de su incoación, para la persona que es sometido a él, y que no resulta del todo reparado cuando el mismo concluye en una resolución no sancionadora; y están dirigidas --las diligencias informativas-- a evitar tales inconvenientes, procurando que la incoación ---la del expediente disciplinario--- sólo se lleve a cabo cuando, en lo que hace a los hechos que vayan a ser objeto de investigación, su conocimiento tenga un cierto nivel de precisión, y los indicios sobre su certeza o imputación individual tengan un mínimo soporte objetivo que evite las denuncias gratuitas o maliciosas.(...).

OCTAVO. – En cuanto a las declaraciones de los testigos, infracción del art. 62.1.e) de la Ley 30/1992 e infracción del art. 35 del Reglamento de Régimen Disciplinario, infracción del principio de contradicción.

Como se ha expuesto en el punto anterior, las diligencias preliminares tienen un objeto concreto y determinado, el hecho de no haber llamado al apelante tiene como explicación la falta de un procedimiento dirigido contra su persona, por tanto, no existía ninguna obligación de llamarlo en esta fase, así se ha pronunciado la sentencia de la Sala Tercera Sección (fd 3) de 6 de mayo de 2015-rec. 3438/2012. En cuando a la posible contradicción en el procedimiento, el fundamento de derecho cuarto de la sentencia responde perfectamente al planteamiento de la parte:

(...) En el presente caso, por la Administración se procedió a dar recto cumplimiento al contenido del Protocolo de Prevención y Actuación frente al acoso sexual por razón de sexo aprobado por la Universidad de Alicante el 29 de junio de 2015, respetando todos los derechos del recurrente, mucho más de lo que realmente es exigible. En efecto, tal y como se desprende del contenido del Expediente, el actor tuvo intervención en el procedimiento (folio 127), pudo aportar y aportó reiteradamente documentación e incluso propuso la entrevista a testigos (folio 185) que fue aceptada por la Encargada de la Tramitación (folio 203)......Es más, tal y como consta en las actuaciones, la petición de acceso a las actuaciones fue expresamente contestada por el Vicerrectorado indicándole al mismo que se le daría vista una vez incoado el expediente (folio 33); no se infringió ningún derecho de abstención y recusación, no existen irregularidades dado que las actuaciones están perfectamente documentadas; no concurre irregularidad en el nombramiento de los miembros de la Comisión, efectuado con arreglo a lo dispuesto en el artículo 19 del Protocolo; la resolución que acordó la apertura del procedimiento formal está perfectamente motivada (folio 23); la experta en acoso sexual o por razón de sexo fue designada por la Comisión el día 28 de abril de 2016 (folio 35) teniendo el recurrente conocimiento de tal designación, pudiendo por ello haber ejercido en cualquier momento su derecho de recusación; y ambas fases del procedimiento – el seguido al amparo del Protocolo de Prevención y el procedimiento disciplinario-, fueron tramitadas por órganos distintos y tuvieron una tramitación

independiente(...).

Vamos a desestimar este motivo de apelación y confirmar y asumir el razonamiento de la sentencia apelada.

NOVENO. - Infracción del art. 47 de la Ley 30/1992 y 35.1 del Reglamento de Régimen Disciplinario por tardar seis meses en formular pliego de cargos e inconcreción del pliego de cargos en cuanto a los hechos.

En cuanto al plazo para formular el pliego de cargos es irrelevante salvo que el procedimiento haya caducado. En cuanto a la concreción o inconcreción es “relevante” a efectos de poder articular el expedientado su derecho a la defensa, está pues en íntima conexión con el art. 24.2 de la Constitución. Además, los hechos fijados en el pliego de cargos son determinantes a la hora de dictar la resolución sancionadora pues 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 (SSTC 55/206-160/2012).

En cuanto a la falta de concreción nos remitimos a la sentencia apelada, contiene los elementos suficientes para que el demandante pueda articular su defensa, tal como consta en el expediente administrativo:

(...) En cuarto lugar se indica por la actora que el pliego de cargos es vago y falto de claridad y a que adolece de inconcreción en cuanto a la imputación de la falta. Tal alegación tampoco merece ser atendida. Basta un simple examen del contenido del folio 404 y siguientes del expediente, para poder comprobar que el mismo contiene una relación circunstanciada de los hechos que motivan el expediente, al hacer referencia a la actitud de acoso u hostigamiento del demandante con , los detalles de esa imputación (llamadas, ataques de ira, intentos de evitar su traslado, correos electrónicos), los efectos producidos por la misma en la esfera de la (baja laboral) y la naturaleza del acoso.

Nótese además que de acuerdo con el contenido del artículo 35.1 del RD 33/1986 en relación con la jurisprudencia recaída en la materia (por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional 205/2003 de 1 de diciembre), el pliego de cargos debe contener los hechos “relevantes y esenciales” y los “caracteres básicos” de la infracción. La falta cometida y la sanción ni siquiera tienen que precisarse en el pliego. En cualquier caso, la lectura de los prolijos y abundantes escritos presentados por el recurrente en el Expediente Administrativo, revela sin lugar a dudas que el mismo sabía perfectamente de qué se le acusaba y ejerció con plenitud de garantías su derecho a defenderse(...).

Siguiendo el hilo argumental de la articulación de la defensa por parte del apelante señalamos -reiterando la argumentación de la sentencia- que la mitad del expediente administrativo son escritos del propio apelante argumentando sobre el expediente y aportando documentos; además, junto con el pliego de cargos se entregó al denunciado/apelante copia del expediente administrativo (folios 335 a 337) el 13 de diciembre de 2016.

DÉCIMO. -Finalmente vamos a proceder a analizar los motivos relativos a la valoración de la prueba y a la existencia de la infracción por la que fue sancionado el apelante: (a) Error en la valoración de la prueba documental consistente en los correos electrónicos en que se sustenta la resolución sancionadora; (b) Error en la valoración de la prueba e infracción de los artículos 141.1.c) de la Ley 10/2010 Valenciana y 95.2.b) del Real Decreto Legislativo. No existe acoso por razón de sexo.

A la hora de analizar un Juzgado o Tribunal el tema de la prueba en los procesos judiciales se encuentra con dos problemas básicos:

1. La Admisión o denegación de los distintos medios de prueba propuestos por las partes. A este respecto es doctrina consolidada que exige dos premisas: (1) solicitud en forma, en caso de denegación recurso de reposición y presentar la oportuna protesta para reproducir la petición en apelación, nunca en casación (autos de la Sala Tercera-Sección Primera del Tribunal Supremo 29 de marzo de 2019-rec. 33/2019, 10 de mayo de 2019-rec. 116/2019 o 13 de mayo de 2019-rec. 149/2019); (1) la admisión o denegación de los distintos medios de prueba por parte del Juzgado o Tribunal, como pone de relieve reiterada doctrina de los tribunales de justicia, no existe un derecho ilimitado a la solicitud y practica de prueba, la misión del juzgador en admitir o denegar de forma razonada en función de la prueba solicitada y los términos del debate; así lo ha establecido con claridad la sentencia de la Sala Tercera-Sección Cuarta del Tribunal Supremo nº 439/2019 de 1 de abril de 2019-rec. 2129/2016 (fd 4) o Sección Sexta nº 1205/2016 de 27 de mayo de 2016-rec. 45/2015 (fd 2). El fundamento de derecho cuarto de la STC 152/2015 nos dice:

(...) este Tribunal ha reiterado que la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE) exige (i) que el recurrente haya instado a los órganos judiciales la práctica de una actividad probatoria, respetando las previsiones legales al respecto; (ii) que los órganos judiciales hayan rechazado su práctica sin motivación, con una motivación incongruente, arbitraria o irrazonable, de una manera tardía o que habiendo admitido la prueba, finalmente no haya podido practicarse por causas imputables al propio órgano judicial; (iii) que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, generando indefensión al actor; y (iv) que en la demanda de amparo se aleguen y fundamenten los anteriores extremos (STC 133/2014, de 22 de julio, FJ 6, por todas).(...).

2. Una vez admitido un determinado medio de prueba, que el Juzgado o Tribunal haga una valoración ajustado a la legalidad y carente de arbitrariedad o irrazonabilidad que conecte los hechos base y las pruebas practicadas (SSTC 81/2018 (fd 6º; 16/2016 (fd 5). En cuanto a la valoración de las pruebas de un proceso y su relevación constitucional para determinar si ha habido indefensión, el fundamento de derecho sexto de la STC 167/2014, nos dice:

(...) En concreto, entre otras muchas, en las SSTC 245/2005, de 10 de octubre, FJ 4, y 118/2006, de 24 de abril, FJ 3, declaramos que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y procede otorgar el amparo cuando la resolución judicial sea el producto de un razonamiento equivocado que no se corresponde con la realidad, por haber incurrido el órgano judicial en un error patente en la determinación y selección del material de hecho o del presupuesto sobre el que se asienta su decisión, produciendo efectos negativos en la esfera jurídica del ciudadano, siempre que se trate de un error que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, y que sea determinante de la decisión adoptada, constituyendo el soporte único o básico (ratio decidendi) de la resolución, de forma que no pueda saberse cuál hubiera sido el criterio del órgano judicial de no haber incurrido en dicho error. Por consiguiente, además de apreciar la existencia del error hemos de constatar que se produce la concurrencia de los presupuestos reseñados para que el error del órgano judicial adquiera relevancia constitucional:

a) En primer lugar, se advierte que se trata de un error de hecho, y que, además, resulta patente, manifiesto, evidente o notorio, pues su existencia es inmediatamente verificable de forma clara e incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales (por todas, SSTC 162/1995, de 7 de noviembre, FJ 3; y 169/2000, de 26 de junio, FJ 2).

b) En segundo lugar, el error ha sido determinante de la decisión adoptada en el recurso contencioso-administrativo.

c) Asimismo, la equivocación es atribuible al órgano jurisdiccional que la cometió, y no a la negligencia o mala fe de la demandante (SSTC 89/2000, de 27 de marzo, FJ 2; y 150/2000, de 12 de junio, FJ 2).

d) Finalmente, el error ha producido efectos negativos en la esfera jurídica de la recurrente (SSTC 172/1985, de 16 de diciembre, FJ 7; y 96/2000, de 10 de abril, FJ 5)(...).

En cuanto a la denegación de pruebas, la sentencia apelada desestima el motivo:

(...) En sexto lugar, la parte actora afirma que la sanción es nula al habersele denegado toda la prueba propuesta, con resultado de indefensión, extremo que no merece favorable acogida dado que en sede administrativa la prueba fue denegada mediante resolución motivada, y en sede jurisdiccional se le permitió la práctica de todas aquellas pruebas que considerase oportunas en aras a articular convenientemente su defensa, quedando así enervado tal posible irregularidad.(...).

La solicitud de prueba se llevó a cabo por el apelante en los folios 404 a 409, propuso cuatro pruebas documentales y la declaración de siete testigos, todo ello al presentar el pliego de descargos. Ya hemos expuesto -y reitera la resolución denegatoria folio 445- que una parte importante del expediente administrativo consiste en “alegaciones de la parte apelante y aportación de documentos que consideró de interés para su defensa”. Respecto a la documental del folio 446 (consiste en documentos y fotografías) las rechaza porque constan en el expediente en forma electrónica; además, no se cuestiona el hecho de que con anterioridad a la denuncia la denunciante y denunciado eran amigos. En cuanto al tiempo que estuvo en servicios especiales en el , no resulta de interés y tampoco resulta de interés los correos mantenidos entre denunciante y denunciada desde el correo oficial del , tanto por el tiempo transcurrido como por el hecho de que el apelante afirmó que no utilizaban para cuestiones personales el correo oficial. Los siete testigos relacionados por los que solicitaba su comparecencia la parte apelante ya habían declarado en la fase previa (hecho que conocía el apelante, así como su contenido), señala el instructor que para poder admitir nueva comparecencia tiene que señalar: (1) qué hecho quiere probar y; (2) que relación tenía con el expedientado; (3) el acta se remitió nuevamente a los testigos por si se ratificaban o tenían que hacer alguna observación y que algunos hicieron observaciones y (4) el rechazo a las testificales en los términos solicitados por el actos constan perfectamente razonadas en la resolución obrante a los folios 482 a 485) donde el instructor detalla con acierto los concretos motivos de cada uno de ellos. En definitiva, se desestima el motivo de apelación, máxime cuando alguna de las pruebas denegadas pudo hacerlas vales en el proceso judicial.

UNDÉCIMO. –Infracción de la disposición adicional primera del Real Decreto 33/1986, al no haberse retrotraído las actuaciones al momento de la incoación del expediente disciplinario tras observar la falta de audiencia a la Junta de lo que supone vulneración del art. 62.1.e) de la Ley 30/1992, este precepto fija como motivo de nulidad absoluta:

(...) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados(...).

En primer lugar, hay que señalar que en nuestro caso no se ha prescindido del procedimiento legamente establecido, si nos fijamos habla de forma “total y absoluta” y se refiere a supuestos donde la Administración actúa “vía de hecho” o el procedimiento es una

mera ficción. En nuestro caso, es un procedimiento “denso y bastante completo” y la audiencia a la Junta de no es en este caso un trámite esencial. En Juzgado acierta plenamente en la valoración de la solicitud tardía del informe:

(...) se alega que no se dio audiencia al interesado previa a la audiencia a la Junta de Personal y no se retrotrajo el expediente al momento de su incoación. Ni el artículo 41.1 c) del EBEP ni la Disposición Adicional Primera del Real Decreto 33/1986 disponen que la notificación se realice en el momento de incoar el expediente, y menos que con el efecto de tener que retrotraer a ese momento las actuaciones si se omitiera la comunicación. Lo que se pretende mediante estos preceptos es que se oiga a la Junta de en el expediente, y esa garantía se cumplió.

Consta que el Rector requirió al Instructor para que cumplimentara el trámite de audiencia (folio 613), consta que ese acuerdo se notificó al interesado (folio 615 y 624), consta que se retrotrajeron las actuaciones al momento previo a formularse la propuesta de resolución (folio 620), consta que el acuerdo fue notificado al interesado que pudo formular y formuló alegaciones (folio 628) y consta que se dio audiencia a la Junta de , luego se actuó en todo momento con arreglo a Derecho.(...).

DUODÉCIMO. -El último de los motivos afirma que no ha existido “acoso sexual”. En primer lugar, sin ánimo de fijar una posición doctrinal, debemos partir de un concepto de “acoso sexual”. A juicio de este Tribunal tiene un aspecto objetivo y uno subjetivo. El aspecto objetivo serían una serie de actos de la parte denunciante relativos a la esfera sexual de la denunciada que pueden ser susceptibles de molestar en un momento inicial hasta llegar a perturbar la vida de la persona que está sufriendo acoso. En el aspecto subjetivo de la persona que está sufriendo “acoso” el paso de ser una molestia o incomodidad a alterar la vida de la acosada y llegar a una situación de angustia, este aspecto cambia de una a otra persona, pero tiene unos rasgos que podemos denominar comunes y que examinaremos. La Recomendación General núm. 19 de la ONU relativa a la violencia contra la mujer de 1992 lo define como un comportamiento de tono sexual:

(...) contactos físicos e insinuaciones, observaciones de tipo sexual, exhibición de pornografía y exigencias sexuales, verbales o de hecho”, aclarando que “es discriminatorio cuando la mujer tiene motivos suficientes para creer que su negativa podría causarle problemas en el trabajo, en la contratación o el ascenso inclusive, o cuando crea un medio de trabajo hostil(...).

La Unión Europea, en una primera resolución la de 29 de mayo de 1990 del Consejo de las Comunidades Europeas sobre la protección de la dignidad de la mujer y hombre en el trabajo, no dio relevancia al sexo, es decir, que el acosador fuese hombre o mujer:

(...) la conducta de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo que afectan a la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, incluida la conducta de superiores y compañeros, constituye una violación intolerable de la dignidad de los trabajadores o aprendices y resulta inaceptable si: a) dicha conducta es indeseada, irrazonable y ofensiva para la persona que es objeto de la misma, b) la negativa o el sometimiento de una persona a dicha conducta por parte de empresarios o trabajadores (incluidos los superiores y los compañeros) se utilizan de forma explícita o implícita como base para una decisión que tenga efectos sobre el acceso de dicha persona a la formación profesional, al empleo, a la continuación del mismo, a los ascensos, al salario o cualesquiera otras decisiones relativas al empleo y/o c) dicha conducta crea un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para la persona que es objeto de la

misma(...).

Con posterioridad, la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002 (reitera en la Directiva 2006/54/CE), califica de acoso sexual laboral a toda situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante y ofensivo. Recientemente ha mostrado su preocupación por el tema examinado en la Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de octubre de 2017, sobre la lucha contra el acoso y los abusos sexuales en la Unión Europea.

A nivel nacional, el fenómeno no ha pasado desapercibido, las situaciones más graves de “acoso sexual” se recogen en el art. 184.1 del Código Penal:

(...) El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses(...).

Finalmente, el art. 7.1 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, lo define:

(...) 1. Sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal, a los efectos de esta Ley constituye acoso sexual cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.

2. Constituye acoso por razón de sexo cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo(...).

En el ámbito autonómico, el art. 23 de la Ley Valenciana 9/2003, de 2 de abril, para la igualdad entre mujeres y hombres, sin definirlo, se remite expresamente a la Recomendación de la Comisión de las Comunidades Europeas de 27 de noviembre de 1991, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, y en los planes de igualdad elaborados por las empresas. En el art. 47 la administración autonómica se comprometía a incorporar en el Régimen de la Función Pública Valenciana el código de conducta contra el acoso sexual recogido en la Recomendación de la Comisión de las Comunidades Europeas de 27 de noviembre de 1991. Partiendo del concepto que acabamos de aceptar procede analizar la concreta situación del procedimiento y proceso examinado para determinar si ha existido “acoso sexual”.

DECIMOTERCERO. -En nuestro caso, estimamos que ha existido “acoso sexual” de forma clara y patente, tanto la propuesta de resolución de 16 de marzo de 2017 (por error la resolución señala 16 de marzo de 2016-fecha imposible en nuestro caso) páginas 507 a 541 del expediente como la propia resolución sancionadora de 3 de julio de 2017 (folios 725 a 755) dedican especial atención a la declaración de hechos probados (en la resolución sancionadora págs. 743 a 752) donde podemos observar:

a) Fase uno.

Denunciante y denunciado trabajan en la Universidad de Alicante y pertenecían al

Desde mediados de la década de los noventa del pasado siglo tienen una relación de “amistad” como “compañeros de trabajo”; no obstante, D. señala de forma abierta a la denunciante Dña. que su interés por ella va más allá de la simple amistad por ser compañeros de trabajo. En el año 2002 la denunciante trabajaba de donde iba a visitarla el apelante y donde le confesó abiertamente su “amor” siendo rechazado (desde el punto de vista sexual). La cuestión se “zanjó” o más bien “se aplazó” porque el apelante pasa largos años trabajando en

b) Fase entre 2010 a 2012.

Es la fase donde coincide que vuelve a la Universidad de Alicante y se divorcia. En un principio mantuvieron e incluso intensificaron su amistad, incluso confiesa que fue un apoyo en esa época, descartando siempre el aspecto sexual.

c) Fase entre 2012 y 2015.

Entre 2012 y 2014 hace que la actitud de se convierta en “desagradable” relata como se apuntó a una ONG y le puso todo tipo de impedimentos y enfados. En esta fase comienza a cambiar su conducta, es decir, tomaba decisiones en función de si le iban a parecer bien o no a . Los correos de 2014 son demoledores y demuestran claramente la situación de acoso sexual que sufría . Los correos 2014 y 2015 demuestran claramente por un lado la insistencia del denunciado y el rechazo de la denunciante:

-15 de septiembre de 2014, se muestra molesto porque se haya apuntado a un curso de la Universidad sin comunicarle nada al respecto.

-16 de septiembre de 2014, le dice a que mejor durante una temporada ni se llamen, escriban o comuniquen. Este correo denota sensación de agobio y condicionamiento de la conducta, quizá hubiera sido el mejor momento de presentar la denuncia.

-18 de septiembre de 2014. Le pide perdón por haberse obsesionado con ella (reconoce la situación de agobio a la denunciante), le pide perdón y culpabiliza de todo a D. . Igualmente, en el extenso correo reconoce que nunca le ha dado la más mínima esperanza de pasar de “amistad de compañeros”, de no haber “insistido el apelante” podría haber sido el “fin de una amistad” pero sin llegar a la situación que estamos examinando.

-27 de septiembre de 2014, reconoce que está obsesionado por ella, que le ha hecho daño y que ha tenido que acudir a un psicólogo.

-Correos de noviembre y diciembre de 2014, tras reconocer que le ha hecho daño y que nunca le dio la más mínima oportunidad en el plano sexual, en lugar de cortar la relación insiste en el misma.

-25 y 28 de febrero de 2015, trata de reanudar la amistad el apelante respecto a .

d) Fase 2016.

La situación se hace angustiosa para la denunciante y estalla en la denuncia de “mayo de 2016” por acoso sexual. En el escrito de 3 de junio de 2016 relata los acontecimientos desde septiembre de 2015 a mayo de 2016 con motivo del traslado a la Unidad . Consta tratada médicamente y que solicitó la baja laboral.

El Tribunal tras revisar los correos, declaraciones de los testigos e informes existentes en el expediente administrativo y proceso judicial interpretamos que ha existido “acoso sexual” en el sentido relatado en el fundamento de derecho anterior. No es contrario a derecho

intentar “ligar con una compañero o compañero”, tampoco -hablando en términos coloquiales- “tirarle los tejos”; ahora bien, cuando observamos molestia en la persona que recibe las invitaciones se debe cortar por el bien de ambos. Continuar como hizo el apelante conlleva, en un primer momento una situación de agobio, en un segundo momento una situación insostenible de angustia que condiciona toda la conducta de la persona sometida a acoso cuando esa actuación tiene un objetivo “sexual”. Concluimos, nuestro caso es clarísimo: nos encontramos ante el “acoso sexual en el ámbito laboral”.

Asumimos íntegramente la resolución administrativa de la Universidad de Alicante y la hacemos propia de la presente sentencia. El recurso se desestima en su totalidad y confirma la sentencia apelada.

DECIMOCUARTO. -De conformidad con el art. 139.2 de la Ley 29/1998, procede imponer las costas a la apelante, se limitan a 800 € por todos los conceptos.

Vistos los artículos citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso planteado por D. contra “sentencia núm. 381/2018 de 5 de julio de 2018 del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 4 de Alicante que desestima recurso frente a resolución de fecha 3 de julio de 2017 dictada por el Rector Magnífico de la Universidad de Alicante, por la que se acuerda imponer al recurrente la sanción principal de “demérito, consistente en la imposibilidad de participar en procedimientos de provisión de puestos o de promoción interna, por un periodo de dos años” y con carácter complementario “la realización de hasta 50 horas de cursos de formación sobre ética pública”, a consecuencia de la comisión de una infracción tipificada en el artículo 141.1 c) de la Ley 10/2010 de 9 de julio de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana, consistente en “infracción de acoso por razón de sexo”.

A su tiempo y con certificación literal de la presente, devuélvase el expediente administrativo al centro de su procedencia una vez firme la presente resolución.

Esta Sentencia no es firme y contra ella cabe, conforme a lo establecido en los artículos 86 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, recurso de casación ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo o, en su caso, ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Dicho recurso deberá prepararse ante esta Sección en el plazo de treinta días a contar desde el siguiente al de su notificación, debiendo tenerse en cuenta respecto del escrito de preparación de los que se planteen ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo los criterios orientadores previstos en el Apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (BOE número 162 de 6 de julio de 2016).

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.