



Roj: **STSJ MU 2350/2018 - ECLI: ES:TSJMU:2018:2350**

Id Cendoj: **30030330022018100768**

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

Sede: **Murcia**

Sección: **2**

Fecha: **13/12/2018**

Nº de Recurso: **211/2018**

Nº de Resolución: **786/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ABEL ANGEL SAEZ DOMENECH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

**MURCIA**

**SENTENCIA: 00786/2018**

**UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO**

N56820

PALACIO DE JUSTICIA, RONDA DE GARAY, 5, 3ª PLANTA

DIR3:J00008051

**Teléfono:Fax:**

**Correo electrónico:**

UP3

N.I.G: 30030 45 3 2017 0001553

Procedimiento: AP RECURSO DE APELACION 0000211 /2018

Sobre: FUNCION PUBLICA

De D./ña. Jose Daniel

Representación D./Dª. DOLORES CARRILLO LOPEZ

Contra D./Dª. SERVICIO MURCIANO DE SALUD

Representación D./Dª.

**ROLLO DE APELACIÓN núm. 211/2018**

**SENTENCIA núm. 786/2018**

**LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MURCIA**

**SECCIÓN SEGUNDA**

Compuesta por los Ilmos. Srs.:

D. Abel Ángel Sáez Doménech

Presidente

Dª. Leonor Alonso Díaz Marta

Dª. Ascensión Martín Sánchez

Magistradas

ha pronunciado

## EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### **SENTENCIA n.º 786/18**

En Murcia, a trece de diciembre de dos mil dieciocho.

En el rollo de apelación n.º 211/18 seguido por interposición de recurso de apelación contra la sentencia 30/2018, de 13 de febrero, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 7 de Murcia, dictada en el procedimiento abreviado n.º 198/17, en cuantía indeterminada, figuran como **parte apelante D. Jose Daniel**, representado por la Procuradora D<sup>a</sup>. María Dolores Carrillo López y asistido por el Letrado D. Alfonso Miñarro Giménez y como **parte apelada la Consejería de Sanidad de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia**, asistida y representada por la Letrada de la Comunidad Autónoma designada de sus servicios jurídicos, D<sup>a</sup> Mercedes Torregrosa Gallud, sobre sanción disciplinaria.

Siendo Ponente el Magistrado **Ilmo. Sr. D. Abel Ángel Sáez Doménech**, quien expresa el parecer de la Sala.

## I.- ANTECEDENTES DE HECHO

**ÚNICO.** - Presentado el recurso de apelación referido, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 7 de Murcia lo admitió a trámite y después de dar traslado del mismo a la Administración demandada para que formalizara su oposición, remitió los autos junto con los escritos presentados a la Sala, y acordó que quedaran los autos pendientes para dictar sentencia; señalándose para que tuviera lugar la votación y fallo el 30 de noviembre de 2018.

## II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** - La sentencia apelada desestima el recurso formulado por el actor aquí apelante, D. Jose Daniel, contra la Orden de la Consejería de Sanidad de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia de 28 de abril de 2017, que estima parcialmente el recurso de alzada presentado frente a la resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud de 23 de enero de 2017, por la que se le impone una sanción de dos años de suspensión de funciones, por la comisión de dos faltas graves tipificadas en los apartados c) y d) del artículo 72.3 de la Ley 55/2003 de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, reduciendo las sanciones a un total de once meses de suspensión de funciones, ocho meses por la infracción grave del artículo 72.3 d) y tres meses por la infracción grave del artículo 72.3 c) de dicha Ley.

### **Llega la sentencia a la anterior conclusión con base en los siguientes fundamentos jurídicos:**

" **Primero.** - *La demanda tiene su fundamento en los hechos y argumentos que, expuestos resumidamente, pasan a enumerarse:*

1º) *El recurrente, personal estatutario del Servicio Murciano de Salud con más de 30 años de ejercicio profesional y destino en el Centro de Salud de DIRECCION001 de Murcia, estaba prestando sus servicios de forma provisional en el Centro de Salud de DIRECCION000 como Médico de Familia.*

2º) *El día 6 de septiembre de 2016, durante la primera y única consulta médica de la usuaria D<sup>a</sup>. Raquel, de 21 años, acudió a la consulta en un estado de alteración personal grave con la única exigencia de que el ahora demandante le expidiera una receta de Diazepam. La consulta se desarrolló de forma cordial hasta la terminación. La denuncia de la paciente fue horas después, probablemente por la influencia de algún tercero que convenciera a la usuaria que había sido tratada con comportamientos machistas por parte del facultativo, desconociendo totalmente el contexto de la conversación.*

3º) *Todo el procedimiento sancionador se ha mantenido con base en las simples manifestaciones de la denunciante efectuada en un reconocido estado de ansiedad, cuya falta de interés en acudir a ratificarla ante el instructor del procedimiento sancionador ha privado de aclarar en el procedimiento qué hechos han sido claramente exagerados y sacados de contexto, con un desproporcionado perjuicio al médico cuya única intención como buen profesional, era ayudarla.*

4º) *Lo verdaderamente ocurrido fue lo siguiente: En la única consulta médica realizada a una paciente con cuadro de ansiedad, el Dr. Jose Daniel trató de serenarla hablando con ella antes de hacerle la receta. Pudo apreciar el recurrente en la historia Clínica que constaban múltiples antecedentes de alteración emocional, especialmente tratándose de una usuaria de apenas 21 años, además de antecedentes por problemas íntimos. Antes de recetar medicación, el Dr. Jose Daniel únicamente trató de que la Sra. Raquel se diera cuenta de que había que resolver*



las causas que la tenían constantemente en dicha situación de desasosiego personal y emocional. La paciente se sinceró con el facultativo y no mostró en ningún momento durante la consulta estar ofendida, refiriéndole que tenía problemas de puntualidad, movilidad, de convivencia con su madre y padrastro, suspensos y, por último, problemas en sus relaciones íntimas con su pareja, que la propia paciente refirió en primer lugar al Dr. Jose Daniel con el término que aparece en el documento adjuntado con la declaración de la denunciante y objeto de la controversia, el cual el facultativo se limitó a transcribir.

4º) Son totalmente falsas y exageradas el resto de alegaciones realizadas por la paciente respecto al comportamiento mantenido por el demandante durante la consulta, realizadas con la única intención de perjudicar al médico por no haberle recetado directamente Diazepán como ella exigía, y haberle hecho ser consciente, aunque le incomodara reconocerlo, de los problemas personales que le estaban causando dicha situación crónica de ansiedad. Ante esto es cierto que además de la receta de medicamento-tranquilizante que finalmente se le entregó, también se le facilitó un folio con estas causas de su frustración para que las reflexionara, pero eran las palabras, dentro del tipo de lenguaje que la paciente utilizó durante la consulta. En ningún momento se pretendió ofender a la usuaria sino evitar la utilización de palabras técnicas que la llevaran a confusión y así evitar que, tras conseguir la receta para comprar tranquilizantes, olvidara la conversación y hacer frente a las causas que le provocaban dicho estado de ansiedad permanente. Por tanto, la actuación del demandante durante el acto médico no puede calificarse como grave desconsideración con los usuarios.

5º) Respecto a la falta de obediencia a las órdenes e instrucciones de los superiores, por haber fumado durante la consulta, manifiesta que ofreció un cigarrillo a la paciente para que se tranquilizase y el demandante fumó para crear un clima de confianza. No existe reiteración o habitualidad en esta actitud por parte del Dr. Jose Daniel ni acción consciente de incumplir las instrucciones de un superior, así como tampoco perturbación en modo alguno del servicio prestado, sino muy al contrario, reforzar la eficiencia del mismo.

6º) Existe vicio de nulidad del procedimiento por infracción del art. 39 del R.D. 33/1986, no siendo citado con plazo suficiente para poder asistir a la práctica de la prueba, consistente en la aclaración de la denuncia por parte de la paciente denunciante; habiendo infringido igualmente la instructora el derecho del compareciente a participar personalmente y estar presente en el desarrollo de la prueba.

7º) Nulidad de la propuesta de resolución por concurrir una sobrevenida causa de recusación de la Sra. Instructora, dado que de su actuación se manifiesta una abierta afinidad hacia la postura de la denunciante y un correlativo menosprecio hacia la postura del sancionado.

8º) Falta de proporcionalidad. La expresión "no bien follá", que es la única expresión que se cita en la denuncia, acuerdo de inicio, pliego de cargos, propuesta de resolución y resolución sancionadora, no es un insulto ni un ataque verbal, sino que es un uso lingüístico coloquial que expresa la exasperación, irritación o enojo respecto a la situación íntima que la paciente estaba viviendo con su pareja. Atenta frontalmente contra los principios de tipicidad, culpabilidad y proporcionalidad que el uso de dicha expresión se pretenda calificar como "grave desconsideración a un usuario", sino a lo sumo una incorrección con el usuario.

9º) No se motiva la graduación de la sanción impuesta. No se argumenta ni explica cuáles hayan sido los criterios de graduación que se han tenido en cuenta, sino más bien parece que la Dirección del Servicio Murciano de Salud pretende utilizar al recurrente de víctima propiciatoria para mostrar públicamente una actitud de dureza con su personal en el caso de que haya sospechas de que no cumpla con los usos de la actual corrección del lenguaje.

10º) En el acto de la vista añade que en el expediente no constan las actuaciones previas, ni la denuncia de la paciente, ocasionándole indefensión, vulnerando el artículo 55 de la ley 39/2015 y que la desobediencia sancionada no es una conducta típica porque no está tipificado fumar en centros sanitarios, ni existe orden oral ni por escrito con la prohibición de fumar.

La Administración demandada se opone al recurso, e interesa la desestimación del mismo por entender que la resolución recurrida es ajustada a Derecho, oponiéndose a todos los motivos de impugnación expuestos en el escrito de demanda.

**Segundo.** - Expuestos como anteceden los motivos de impugnación y comenzando por los de carácter formal, **no existe vulneración alguna del artículo 55 de la Ley 39/2015**. Este precepto no es aplicable. El expediente disciplinario se incoa el 14 de septiembre de 2016. En esa fecha no había entrado en vigor la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Entró en vigor el 2 de octubre de 2016. Conforme a su disposición transitoria segunda, apartado a), "a los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior". Además, en cuanto al fondo del argumento, es incierto lo alegado por el demandante. No se le ha ocasionado indefensión alguna. Es incierto que el demandante desconozca el contenido de la Actuaciones previas. Está negando la evidencia. Conoce perfectamente todo lo actuado como actuaciones previas y, muy especialmente,



la denuncia escrita de D<sup>a</sup> Raquel , que junto a su declaración en el expediente disciplinario, son la base para sancionar por ambas infracciones. Baste observar su escrito de demanda. En el hecho primero de su demanda se refiere a la denuncia de la paciente, dice que se produjo horas después, y que todo el procedimiento se ha seguido en base a esas manifestaciones de la denuncia hechas en estado de ansiedad. Es obvio que conoce la denuncia. De hecho, así consta en el expediente administrativo por una doble vía. En primer lugar, porque obtuvo copia de todo lo actuado tras el acuerdo de inicio del procedimiento sancionador, siendo evidente que esa copia incluye las actuaciones previas, dado que en el expediente sancionador propiamente dicho lo único actuado es el acuerdo de inicio y ese acuerdo ya lo conoce el expedientado. En segundo lugar, porque presta declaración testifical en el expediente administrativo D<sup>a</sup> Marta, Coordinadora Médico del Centro de Salud de DIRECCION000 y manifiesta que hizo entrega al Dr. Jose Daniel de la reclamación objeto del expediente (denuncia) al día siguiente de su presentación, siete de septiembre de 2016.

A mayor abundamiento, tanto el Acuerdo de inicio del procedimiento sancionador como el Pliego de Cargos extractan parte de la denuncia escrita de la paciente, en estos términos:

- (...) "el doctor Jose Daniel , no quiso recetarme lo que me habían mandado en urgencias, porque según él iba a engordar. También me ofreció un cigarro, que rechacé, pero a él no le importó y se puso a fumar en la consulta (...)"

- (...) "me preguntó que quién estaba más buena si yo o mi madre".

- (...) "En papel en blanco me hizo un diagnóstico en el que escribió que mi ansiedad se debía a 'no bien follada', según escribió él, O que en todo caso sería mi madre la "mal follada"

- (...) "Su tratamiento ante mi ansiedad fue que me fuera a mi casa, alquilara un piso y así follara más con mi novio".

El expedientado conoce la denuncia escrita. En ningún momento niega o cuestiona cuál sea el contenido escrito de la denuncia, ni propone prueba alguna al respecto. Acepta formalmente que es cierto que la denuncia escrita contiene esas frases escritas entrecorridas que constan en el acuerdo de inicio y centra su defensa en contextualizar la conversación en un clima amigable de conversación con su paciente, para justificar tanto el empleo de la expresión "no bien follada", como el hecho de fumar en la consulta.

Sentado lo anterior, no existe indefensión alguna. La declaración de hechos probados que integra ambas infracciones se limita a aceptar parcialmente los hechos escritos en la denuncia, en aquellos extremos que han venido a ser reconocidos en su declaración por el propio Dr. Jose Daniel .

Así, la resolución sancionadora se pronuncia en estos términos:

"...se estiman probados los siguientes hechos con relevancia jurídica en el orden del régimen disciplinario:

a) La constatación de haberse empleado en consulta por el médico D. Jose Daniel la expresión de "**no estar bien follada**", referida a la paciente D<sup>a</sup>. Raquel , que aunque se pretenda presentar dentro de un relato cordial, sencillo y acaso sincero en forma coloquial, es **inadmisibles como modo de abordaje de una consulta médica** (de la que se espera una praxis totalmente respetuosa con los usuarios, científica y deontológica correcta) que se compadece mal con el planteamiento esgrimido, pues por muy coloquial y paternalista que se pretenda presentar no resulta adecuado (incluso en esa extraña hipótesis de cordialidad y paternalismo, mal entendido) para atender a una paciente que resultó ser mujer y joven, que lejos de entender la hipotética cordialidad y el aparente ofrecimiento paternalista, resulta evidente e incontestable que **se sintió molesta y ofendida**. Es decir, en una consulta médica es primordial y exigible el uso, especialmente por parte del facultativo, de un lenguaje correcto en cualquier circunstancia. Incluso a mayor abundamiento, una consulta médica del Servicio Sanitario Público (lo cual por sí mismo marca un ámbito de actuación necesariamente "técnico-profesional") cabría esperar que el empleo del lenguaje fuera homologable con los parámetros técnico-sanitarios de la profesión médica y con los del buen gusto, respeto y buena educación, que diera lugar al reconocimiento de un ámbito profesional, público y de mutuo respeto, donde no habría lugar a comportamientos distintos (acaso equívocos, chabacanos o groseros, impropios del ámbito en el que discurre la atención sanitaria, según la más elemental interpretación de la deontología médica y del comportamiento debido de cualquier servidor público). Y aun en el caso afirmado de contrario, de un hipotético consentimiento de la paciente al resultar negado por la misma, que es la única que puede dar fe de ello, y que refiere que se sintió ofendida siendo la causa fundamental de la reclamación, dicha alegación de contrario no es digna de crédito.

Además, **el hecho de haberlo puesto por escrito da cuenta de la "normalidad" con la que Dr. Jose Daniel utilizó el término**, pero esa circunstancia no hace admisible su uso. De hecho, lo que da pie a pensar es que la expresión "no bien follada" fue utilizada en varias ocasiones durante la consulta, como así relató la paciente, lo que podría constituir una mayor gravedad en la infracción.





*Así mismo el silencio de la paciente, en el momento que ocurrían los hechos, fue el resultado de su extrañeza acerca de lo que estaba sucediendo. Sin duda también debió influir la diferencia de edad, de sexo y hasta de tamaño entre ella y su interlocutor, además de la desigualdad derivada de la relación médico paciente en el entorno de la consulta médica.*

*Todo lo cual estimamos que merece el reproche de lo que consideramos una "grave desconsideración" con la paciente que le consulta una problemática de salud personal y se encuentra con tan sorprendente como inapropiada respuesta, que la propia paciente valora como falta de respeto, por lo que cursa su reclamación.*

*En consecuencia, tal hecho, nos llevaría a considerar, al menos, la comisión de una falta grave del art. 72, n° 3, d) de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud:*

*"La grave desconsideración con los superiores, compañeros, subordinados o usuarios". (...)*

*La constatación de haber fumado en la consulta delante de la paciente, según se recoge en el escrito de reclamación de la denunciante, como también en las declaraciones de la Coordinadora Médico del Centro de Salud de DIRECCION000, se estima como constitutiva de una infracción grave según la falta tipificada en el art. 72, 3, c) de la Ley 55/2003, antes mencionada:*

*"El incumplimiento de sus funciones o de las normas reguladoras del funcionamiento de los servicios cuando no constituya falta muy grave" (...)*

*Además a la hora de graduar la sanción del Dr. Jose Daniel, la estimación de la grave desconsideración a la usuaria, en relación con los hechos ocurridos, habría de modularse con la alegación a su favor de la Coordinadora Médico respecto al compromiso del Dr. Jose Daniel contra la violencia y a su disposición y talante dialogante con los pacientes, si bien esto no exonera la gravedad de las palabras y el incorrecto planteamiento realizado por el facultativo a la paciente en la consulta objeto de su reclamación, que lleva a reconocer de forma incontestable el empleo de tan inapropiada terminología ("no bien follada") al menos en una ocasión, -como lo refleja el propio papel en el que el denunciado así lo indica, además de reconocerlo, pese a contextualizarlo en un relato, no del todo coincidente con el de la reclamante con cuyo relato mantiene discrepancias respecto de las veces del empleo de dicha terminología y contexto-, se habría de aplicar la sanción ante una infracción grave (por grave desconsideración hacia la usuaria), y consecuentemente aplicar la sanción legalmente establecida, cuya gradación -a juicio de la instructora-habría de elevarse sobre el mínimo hacia un grado medio, ponderado con lo afirmado a favor del facultativo, por parte de la Coordinadora del Centro de Salud sobre su compromiso humano contra la violencia, y la ausencia de antecedentes disciplinarios del mismo en el Servicio Murciano de Salud, por lo que se propone por tal hecho, la suspensión de empleo v sueldo por un año de duración, en relación con la referida infracción.*

*De igual manera, en la infracción a la normativa por el hecho de fumar en la consulta se estima que la gradación de la sanción no debería ser la mínima del catálogo legal establecido, sino estimada ligeramente superior a la mínima establecida, al ponerse de manifiesto que el Dr. Jose Daniel reincidía en este tipo de conducta (de fumar en la consulta) pues tal hecho es reconocido por la Coordinadora Médico en su declaración en este expediente, al contestar afirmativamente a la pregunta de si este médico había tenido otros episodios de fumar en la consulta, refiriendo que incluso ella misma se lo reprochó (indicándole que si tenía que fumar lo hiciera fuera del centro sanitario) considerando más proporcionada y ajustada a los hechos, la de un año de suspensión de empleo y sueldo por tal hecho."*

*La declaración de hechos probados, como vemos, no otorga credibilidad total a la denuncia escrita de D<sup>a</sup> Raquel. Al contrario. Se omite cualquier referencia a que el Dr. Jose Daniel también le dijo a la paciente que "quién estaba más buena si yo o mi madre" o "que en todo caso sería mi madre la "mal follada", así como que "Su tratamiento ante mi ansiedad fue que me fuera a mi casa, alquilara un piso y así follara más con mi novio". Todas estas frases, de estimarse probadas, agravarían el comportamiento infractor del Sr. Jose Daniel y podrían determinar mayor sanción. Sin embargo, tan solo se acepta como hecho probado lo que el propio Dr. Jose Daniel admitió en su declaración al ser interrogado por la Instructora. El demandante, cuando presenta alegaciones a la propuesta de resolución, con su recurso de alzada y con el escrito de demanda, ofrece una nueva versión de lo acontecido y señala que la frase "no bien follá" fue la propia paciente quien la empleó. No es así. Esta es una nueva versión exculpatoria que se contradice con su propia versión de lo sucedido expresada en el interrogatorio al que se sometió en el procedimiento sancionador. Allí dijo que "...intento plasmar en un papel lo que le estaba ocurriendo a la paciente, como causas... Que en la determinación de "no bien follada", fue inducido por la conversación derivada con la paciente, a modo de insatisfacción personal. Aconsejándose, desde el punto de vista médico y personal, una mejora de ordenación de su vida, puesto que lo que se buscaba era el abordaje de las causas reales de la frustración personal que estaban causando ese malestar con los reiterados ataques de ansiedad, y no limitarse a la prescripción de medicamentos que únicamente enmascaran el problema.*



Respecto a la cuestión de fumar en consulta, lo motivó su pretensión de facilitarle a la paciente su distensión en consulta, para lo que previamente le preguntó si quería fumar - ofreciéndole un cigarro, por lo que el declarante fumó un cigarrillo.

En relación a la expresión de "mal follada" indicó que "...no se refería a una cuestión sexual, sino a un estado de ánimo, por su procedencia andaluza, en su región de origen, la expresión "mala follá" no hace referencia a la sexualidad, sino a un estado anímico de mal talante, mal genio etc., y a eso era exclusivamente a la que se refería".

Como vemos, en su propia declaración, el ahora demandante admitió que empleó el término "no bien follá o "mal follada" y evidencia que su empleo fue por su propia determinación y no porque trasladase a papel las mismas palabras que empleó la paciente. Esa nueva versión, en escritos posteriores, no resulta probada. Al contrario, la declaración de hechos probados de la resolución sancionadora es consecuencia necesaria de una valoración lógica de la prueba practicada, plenamente ajustada a Derecho, donde se elude con acierto introducir entre los hechos probados expresiones denunciadas por escrito que luego no fueron ratificadas a presencia del Instructor y con contradicción de partes.

Tercero. - En conexión con lo anterior, siguiendo por los defectos formales opuestos por el demandante, debe desestimarse también la alegación relativa a que existe vicio de **nulidad de la propuesta de resolución por concurrir una sobrevenida causa de recusación de la Sra. Instructora**, dado que de su actuación se manifiesta una abierta afinidad hacia la postura de la denunciante y un correlativo menosprecio hacia la postura del sancionado. No es así. La propuesta de resolución hace una valoración del comportamiento declarado probado dentro de los márgenes de objetividad e imparcialidad que son predicables de cualquier persona que "enjuicia" el asunto como un hecho ajeno a su esfera personal, al no estar inmersa en ninguna causa de abstención o recusación de las prevista en el artículo 28 y 29 de la Ley 30/1992, entonces vigente. Basta su lectura para concluir que la propuesta de resolución refleja las pruebas practicadas con objetividad, tanto en lo que benefician como en lo que perjudican y, como antes dije, en los hechos probados se limita expresar aquéllos que de alguna manera habían sido reconocidos por el expedientado. Por lo demás, la recusación debe promoverse en el procedimiento sancionador, en cualquier momento de la tramitación del procedimiento (artículo 29 antes referido) y, en este caso, no fue recusada la Instructora.

Por último, en cuanto a los defectos formales, tampoco existe vicio de nulidad del procedimiento por **infracción del art. 39 del R.D. 33/1986, por no haber sido citado con plazo suficiente para poder asistir a la práctica de la prueba consistente en la aclaración de la denuncia por parte de la paciente denunciante**. Esta prueba no se practicó. No puede citarse a la práctica de una prueba que no se llega a practicar. Además, la declaración de hechos probados toma como fundamento la denuncia escrita, como realidad física, que no su aclaración o ratificación, trasladando a la resolución sancionadora hechos que fueron admitidos por el denunciado.

Cuarto. - Sentado lo anterior, los hechos declarados probados integran las infracciones graves tipificadas. Diagnosticar a una paciente de 21 años que llega a una consulta, con la intención de que se le recete un medicamento por su estado de ansiedad, que una da las causas de su situación es por **"no estar bien follá", sin duda es una grave desconsideración con una usuaria, tipificada coma falta grave en el artículo 72.3 d de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal estatutario** de los servicios de salud. La expresión es en sí misma soez y grosera, está infundida de un "machismo" propio de otro siglo y atenta de forma directa contra la dignidad de la paciente, tanto en su condición como persona como en su condición como mujer. Es obvio que la paciente no comparte el criterio del Sr. Jose Daniel. Para ella no fue una consulta médica que se desarrolló de forma normal, con una conversación sincera y cordial. De ser así no habría denunciado. **Presentó denuncia por escrito porque se sintió ofendida** por la manera de conducirse como médico por el Dr. Jose Daniel. Y así es. El comportamiento del Sr. Jose Daniel es objetivamente ofensivo. La frase, usada por un médico en referencia a una paciente que presenta una crisis de ansiedad, con la que no tiene más familiaridad que la de haber acudido ese día a su consulta en la medicina pública, es un comportamiento gravemente desconsiderado con la paciente, merecedor de ser sancionado en el ámbito disciplinario como infracción grave.

**También es típica la segunda infracción grave sancionada". El incumplimiento de sus funciones o de las normas reguladoras del funcionamiento de los servicios cuando no constituya falta muy grave" ( artículo 72.3 C de la Ley 55/2003 ).** En todos los establecimientos sanitarios de España figura la **leyenda prohibido fumar**. El Sr. Jose Daniel incumple las normas reguladoras del servicio en la medida que realiza **un comportamiento prohibido mientras se está prestando el servicio sanitario, como es fumar**. No se sanciona el hecho de fumar en sí mismo considerado, por infracción de la Ley 42/2010 de 30 diciembre, sino **el desobedecer las claras instrucciones que existen en el Centro de Salud para que los empleados del mismo (y los usuarios) no fumen en sus instalaciones**. Por otro lado, la declaración testifical de la Coordinadora del Centro puso de manifiesto que no era un hecho aislado, sino reiterado.



Por último, en cuanto a la **falta demotivación de las sanciones** se niega la evidencia. Las sanciones finalmente recurridas en este proceso son las establecidas en el recurso de alzada. Es obvio que están suficientemente motivadas. Basta su lectura.

A mi juicio, tampoco existe el más mínimo atisbo de desproporcionalidad. El comportamiento es intencionado por más que se matice como un mal entendido en el ejercicio de la praxis médica. Sin duda es grave, tanto la desconsideración a la paciente, como el incumplimiento de las normas que regulan los servicios que implica fumar un médico en su consulta y mientras atiende a una paciente. Por lo demás, toda sanción conlleva una finalidad de prevención especial, de conseguir que el sancionado comprenda la ilicitud de su actuación y atempere su comportamiento en el futuro a esa comprensión, bajo el temor de nuevas sanciones. En este caso, **el Sr. Jose Daniel, vistos sus argumentos, parece defender su comportamiento como un medio idóneo para atender los casos de jóvenes con ansiedad** en cuyo historial adivine algún problema en sus relaciones íntimas o con su sexualidad. No es así. El Sr. Jose Daniel **se alejó notoriamente de lo que un paciente espera y necesita cuando acude a la consulta de un médico**. Debe distanciarse en el futuro de comportamientos que puedan asemejarse al que protagonizó el pasado 6 de septiembre de 2016, y las sanciones impuestas deben contribuir eficazmente a que así sea. Son sanciones impuestas en su mitad inferior, ante una conducta que merece especial reproche por el respeto que debió tener el Sr. Jose Daniel a su condición de médico, usando un lenguaje menos soez, y por la especial vulnerabilidad de la víctima, una joven de solo 21 años que acude a una consulta de la medicina pública por una crisis de ansiedad, obteniendo un trato gravemente desconsiderado y singularmente degradante para su consideración de mujer.

En virtud de cuanto queda expuesto, procede la íntegra desestimación de la demanda."

#### **Fundamenta la apelante el recurso en los siguientes fundamentos:**

"PRIMERA. -Los hechos enjuiciados en la sentencia apelada se contraen a las sanciones disciplinarias atribuidas al recurrente (personal estatutario del Servicio Murciano de Salud con más de 30 años de ejercicio profesional, nunca antes sancionado y con plaza en propiedad en el Centro de Salud de DIRECCION001 de Murcia) cuando estaba prestando sus servicios de forma provisional en el Centro de Salud de DIRECCION000 como Médico de Familia.

Los hechos por los que ha sido sancionado mi representado se produjeron el día 6 de septiembre de 2016 durante UNA ÚNICA CONSULTA MÉDICA realizada a la usuaria D<sup>a</sup>. Raquel de 21 años, que acudió a la consulta en un estado de alteración personal grave con la única exigencia de que mi representado le expidiera una receta de Diazepán (tal y como se reconoce en la denuncia de la paciente).

Con el fin de centrar el objeto del recurso, debemos indicar que la Sra. Raquel no mostró signos de estar ofendida durante la consulta, que fue cordial en todo momento hasta su terminación, ya que en caso contrario se habría marchado de la consulta sin la receta, o no se habría abierto a contarle sus problemas al Dr. Jose Daniel, ni habría escuchado el resto de opciones que le planteaba para solucionar sus problemas personales, como se constata por la declaración de la denunciada.

Que tras la irregular tramitación del procedimiento sancionador, la Consejería de Sanidad CON LA ÚNICA INTENCIÓN DE DAR UNA IMAGEN PÚBLICA DE DUREZA HACIA EL MÉDICO ACTUANTE por haber utilizado una sola vez una expresión no inclusiva durante la consulta, a pesar de reconocer en todo momento lo desafortunado de la expresión utilizada y disculparse por cualquier ofensa que hubiera podido ocasionar a la denunciante como al Servicio de Salud Público, resolvió imponer las siguientes sanciones confirmadas por el Juzgador de Instancia:

1. Una suspensión de empleo y sueldo por 8 meses por una infracción grave tipificada en el artículo 72.2.d) de la Ley 55/2003 (grave desconsideración a la usuaria)
2. Una suspensión de empleo y sueldo por 3 meses por una infracción grave tipificada en el artículo 72.2.c) de la Ley 55/2003 (incumplimiento de las normas reguladoras del funcionamiento de los servicios por fumar en la consulta).

Pero es que, además, estas sanciones comportan otro castigo adicional, conforme establece el artículo 80.1.b) de la Ley 5/2001, de 5 de diciembre, de Personal Estatutario del Servicio Murciano de Salud, ya que la suspensión de empleo y sueldo por once meses a los que finalmente ha sido sancionado mi representado, comporta la **prohibición temporal de participar en procedimientos relacionados con la provisión, carrera o promoción por un período mínimo de dos años y pérdida del puesto de trabajo, al superar la sanción los 6 meses**".

Consta en el expediente personal del Dr. Jose Daniel y por las declaraciones de sus compañeros del Centro médico que el sancionado **jamás ha participado en ningún conflicto o que haya faltado al respeto a sus pacientes**, sino que como hemos dicho en declaraciones del expediente como la de la Dra. Marta, coordinadora





del Centro de Salud de DIRECCION000 solo consta que es defensor de los derechos de la mujer participando en numerosos programas de ayuda a víctimas de violencia de género.

**Todo el procedimiento sancionador se ha mantenido con base en las simples manifestaciones de la denunciante** efectuadas en un reconocido estado de ansiedad, cuya falta de interés en acudir a ratificarla ante el instructor del procedimiento sancionador (así se refleja en el hecho séptimo de la Resolución recurrida en su folio 4) ha privado de aclarar en el procedimiento qué hechos han sido claramente exagerados y sacados de contexto, con un desproporcionado perjuicio al médico cuya única intención como buen profesional, era ayudarla.

Es por ello que entendemos que, a la vista de la situación expuesta y obrante en el expediente administrativo, las sanciones impuestas por la Consejería de Sanidad han sido totalmente **desproporcionadas y motivadas exclusivamente por razones personales y políticas**, ajenas a cualquier criterio de valoración de sanciones disciplinarias, tales como: gravedad, intencionalidad, proporcionalidad, reiteración... lo que ha conllevado en último extremo a que al médico sancionado se le deje sin su puesto de trabajo prácticamente durante un año y pierda su plaza en propiedad que tantos años le había costado alcanzar .

SEGUNDO.- Una vez centrado el objeto de éste recurso, pasamos a exponer a la Sala, los motivos por los que solicitamos la revocación de la sentencia dictada por el Juzgado de Instancia y el dictado de otra más ajustada a derecho.

La sentencia de Instancia no ha estimado **los graves defectos del procedimiento sancionador** alegados en la demanda y reiterados en el acto de la vista, que han causado indefensión a mi representado y que justifican la anulación de la resolución sancionadora.

La sentencia recurrida rechaza en su fundamento de derecho segundo que resolución sancionadora deba ser anulada conforme preceptúa el **artículo 48 de la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común** , a pesar de haberse infringido las normas que regulan el procedimiento sancionador y han causado indefensión a mi representado. En concreto, el expediente administrativo vulnera lo dispuesto en el artículo 55 de la citada Ley .

En el acto de la Vista citábamos la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común, porque ya estaba vigente y se debió aplicar, (en cuanto que es una ley adjetiva) a un procedimiento que terminó por resolución del Director Gerente del SMS de 23 de enero de 2017, por lo que rechazamos la apreciación del Juzgador de Instancia que mantenía que la norma aplicable es la 30/92.

En cualquier caso, la discusión es inútil ya que el artículo 12 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad sancionadora (Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto ) contenía una regulación idéntica del procedimiento sancionador en su artículo y que estuvo vigente hasta que fue derogado por la Ley 39/2015.

Pues bien, **si las actuaciones Previas, tienen carácter reservado, y no forman parte del procedimiento, esto solo significa que no forman parte del procedimiento sancionador y que toda la prueba de cargo debe practicarse a partir de la incoación del expediente.** No obstante, si se entendiera que, si pueden formar parte del expediente sancionador, deberían obrar en el mismo bien como antecedente o bien como anexo.

En este sentido, en el acto de la Vista, tras haberse alegado por este letrado de la inexistencia de prueba de cargo contra mi representado en el expediente sancionador y de la inexistencia en el mismo de las Actuaciones Previas, la letrada del SMS (véase el minuto 19:20 del video del Acto del Juicio Oral) **pretendió aportar la letrada de la Consejería de Sanidad una serie de documentos denominados "Diligencias Informativas" no incluidos en el expediente administrativo**, y aunque se hace referencia en el expediente administrativo en que se facilitó al principio de la declaración de mi representado copia de la denuncia de la paciente a esta parte, no se nos dio acceso a dichas "Diligencias Previas", **aunque en cualquier caso, por la letrada se optó finalmente por no aportarlas como prueba en el acto del Juicio Oral.**

Lo realmente ocurrido es que la Autoridad administrativa dispuso la práctica de Información o de Actuaciones previas, a las que se refiere el artículo 55 de la Ley 39/2015 (o artículo 12 del RD 1398/1993 citado) que dieron lugar al expediente n° NUM000 que son las que dieron lugar al expediente disciplinario por el que ha sido sancionado mi representado, es decir el expediente n° NUM001 . O sea, dos expedientes distintos (Véase el folio n° 16 del expediente).

**Dichas Actuaciones Preliminares no constan en éste expediente administrativo, ni como encabezamiento del mismo ni como anexo, ni se nos ha dado traslado separadamente, y por tanto desconocemos su contenido.** Sólo sabemos que existen esas actuaciones porque así esta referenciado en la resolución iniciadora del expediente, en el Pliego de Cargos, en la Propuesta de Resolución y en la Resolución sancionadora.





**En esas Actuaciones Previas, es donde suponemos que está al completo la denuncia o queja de la paciente Da Raquel y de su madre, o de ambas . No lo sabemos al no haberse aportado efectivamente dichos documentos al procedimiento contencioso.**

**En todo caso, se ha generado indefensión a mi representado porque no se le notificó que se habían iniciado Actuaciones Previas en el expediente n° NUM002, ni qué actuaciones se habían ordenado practicar, ni tampoco que la entrevista que tuvo con sus superiores para preguntarle su versión de los hechos dada por la paciente Da Raquel , era una declaración con trascendencia desfavorable para él, ni que tenía derecho de ser asistido por abogado.**

*En este sentido, el artículo 12 del RD 1398/1993 (en la actualidad, art. 55 de la Ley 39/2015 ) dice que, con anterioridad al inicio del procedimiento, el órgano competente podrá abrir un periodo de información o actuaciones previas, pero esto no habilita a la Administración a preconstituir la prueba de cargo, con vulneración de sus derechos constitucionales de Defensa y lo subsidiariamente a omitir dichos Informes o Actuaciones Previas en el expediente sancionador.*

Por tanto, si examinamos todos los folios del expediente administrativo vemos que en el mismo no consta la denuncia de la paciente, Da Raquel .

*Sabemos que D<sup>a</sup> Raquel formulo queja o denuncia en un modelo estandarizado contra mi representado porque así lo manifestó en su declaración la Auxiliar Administrativa del Centro de Salud Da Genoveva (folio 13) y porque en la resolución iniciadora del expediente (folio 1), se relatan en cuatro párrafos sacados de contexto algunas manifestaciones de la denuncia.*

**O sea, los hechos motivadores del expediente disciplinario carecen de prueba directa, solo son referenciales.** La Autoridad que dictó la resolución iniciadora del expediente, dice que la paciente denunció unos hechos. En el Pliego de Cargos, la Instructora dice que la Autoridad que dispuso la incoación del expediente dijo a su vez que la paciente había denunciado ciertas cosas y la Autoridad que dictó la resolución sancionadora continuó la cadena referencial de los hechos, sin que exista constancia concreta de dichos hechos denunciados.

**Ni la paciente, D<sup>a</sup> Raquel , compareció en el expediente a ratificar su denuncia o las denuncias, (si es que hubo más de una) ni tampoco fue citado mi representado debidamente asistido Letrado, ni tampoco fue citado a la práctica de las declaraciones testificales de la Auxiliar Administrativa y de la Coordinadora de enfermería . Por tanto, mi representado no pudo intervenir en aclarar la realidad de lo sucedido en la Consulta, ni personalmente, ni a través de abogado.**

*Esta falta de actividad probatoria de cargo en el expediente sancionador ha sido examinada recientemente por dos juzgados distintos de Murcia.*

**En la sentencia n° 242 de 29 de noviembre de 2016 del Juzgado n° 6, su titular D. Juan González** para estimar el recurso razona en el fundamento de derecho quinto, 4° párrafo, lo siguiente:

*Sentado lo anterior, cuando la información reservada da lugar al inicio de un expediente disciplinario debe ir seguida de una mínima actividad probatoria, cuando menos de la ratificación pues lo contrario sería tanto como convertir la parte previa en instrucción.*

*En el presente caso ni hay ratificación de la denuncia en el expediente ni podemos estar seguros de haber tenido acceso a todos los documentos de las Diligencias Informativas practicadas con anterioridad.*

*A efectos de facilitar la búsqueda de la misma, se adjunta copia de dicha sentencia como Documento n° 1.*

**Más explícita, si cabe, es la sentencia n° 219 de 23 de diciembre de 2016 del Juzgado n° 5 dictada por la Titular del n° 3 D<sup>a</sup> Teresa Nortes** quien, para estimar el recurso, dirigido como en el presente caso contra el Servicio Murciano de Salud, dice en el último párrafo del fundamento de derecho segundo:

*En el presente supuesto, dictado acuerdo de incoación del expediente sancionador se procedió a citar al recurrente para declarar. Respecto de las declaraciones de los testigos que depusieron en el expediente, no consta que el recurrente fuera citado a ninguna de las declaraciones, por lo que se ha vulnerado claramente su derecho de defensa y de someter a contradicción las declaraciones de dichos testigos, extremos que no se subsanan por el hecho de haber declarado los mismos en el acto del juicio ya que las garantías se han de respetar en el expediente sancionador correspondiente.*

*Vemos que, en el presente caso, mi representado no fue citado a la declaración de los testigos, aunque no fueran directos, sino referenciales y en la vista no ha declarado ningún testigo ni directo ni referencial. A efectos de facilitar la búsqueda de la misma, se adjunta copia de dicha sentencia como Documento n° 2.*



Esta exigencia de prueba directa que se desprenda del expediente, necesaria para sancionar a un médico, ha sido reiterada por la **sentencia de la Sala nº 1042 de 15 de diciembre de 2000**, En la misma, el Ponente D. Abel Sáez Domenech, ANULA la sanción impuesta a un médico, por falta de prueba directa, pero lo que interesa es que la Sala vea la gravedad de los hechos que allí se imputaban y la levedad de sanciones impuestas por el SMS:

a) Suspensión de funciones durante un mes por la comisión de la infracción grave prevista en el art. 7 I. i) del RD 33/86 EDL 1986/8995 citado, por falta de rendimiento que afecta al normal funcionamiento de los servicios y no constituya falta muy grave (suministrar unas ampollas de ventolín y urbasón a D. Eduardo para ser suministradas sin haber reconocido al enfermo, pr2poniendo que esta última se la inyectara su madre).

b) Suspensión de funciones por plazo de 15 días por la comisión de una falta grave consistente en un incumplimiento injustificado de la jornada de trabajo que acumulado suponga un mínimo de 10 horas al mes (art. 7. I. 1 del mismo Reglamento), dado el retraso con que comenzaba la consulta (a las 11 horas cuando de acuerdo con el horario asignado por la Gerencia de Atención Primaria debía comenzarla a las 10 horas y por no pasar consulta los sábados).

e) Suspensión de funciones durante 15 días por la comisión de una falta grave consiste en "grave falta de consideración a los administrados (art. 7.1.0 de la misma norma), al considerar acreditadas las desconsideraciones y vejaciones cometidas por el interesado con diversos pacientes de...

Podrá ver la Sala la enorme la falta de proporcionalidad en la sanción impuesta a mi representado.

A efectos de facilitar la búsqueda de la misma, se adjunta copia de dicha sentencia como Documento nº 3.

TERCERO. - La sentencia de Instancia no ha estimado los graves defectos del procedimiento sancionador alegados en la demanda por **indebida denegación de prueba que había solicitado por mi representado y por la indebida denegación de la propuesta y reiterada en el acto de la vista**, que han causado indefensión a mi representado y que justifican la anulación de la resolución sancionadora.

Denegación de prueba que acredita la integridad y compromiso con los pacientes del recurrente.

Se ha rechazado reiteradamente a esta parte la inclusión y práctica de una serie de pruebas con el objetivo, por un lado, de mostrar la gravedad del cuadro clínico de la denunciante y por el otro el compromiso y la profesionalidad del médico sancionado.

En este sentido en vía administrativa se denegó en varias ocasiones incluir en el expediente administrativo la historia clínica de la denunciante, al objeto de confirmar mediante pericial psiquiátrica los trastornos anímicos y de relación con su familia y pareja que padecía.

Igualmente, en el acto del Juicio, como consta en el video del acto del juicio al minuto 18, se denegó la práctica de la prueba de los siguientes testigos: D. Estanislao (médico) y Eutimio (enfermero), ambos profesionales conocen durante años la trayectoria intachable del Dr. Jose Daniel en el Centro de Salud de DIRECCION001 donde el sancionado tiene su plaza en propiedad que ahora se encuentra en riesgo de perder.

Además, se denegó la práctica de la testifical-pericial de D<sup>a</sup>. Tomasa cuyo informe técnico psicológico obra en las actuaciones y da fe de que a los efectos de justificar que en ningún momento el sancionado tiene ningún rasgo antisocial en su personalidad, así como acreditar sobre la falta de idoneidad del tratamiento de la paciente solo con Diazepán y sobre la necesidad de examen de las circunstancias personales que afectan a la paciente a fin de establecer el tratamiento médico y/o psicológico adecuado a su estado así como las consecuencias negativas de no hacerlo.

Todas estas cuestiones y pruebas no fueron admitidas para su práctica e inclusión en el procedimiento, lo que sin duda habría influido en la imputación y graduación de las sanciones impuestas.

#### **CUARTO. - Infracción del procedimiento sancionador por vulneración del principio de tipicidad.**

La Administración tipifica este hecho como una falta grave del art. 72, nº 3 c) de la Ley 55/2003 de diciembre del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud en relación con el artículo 78 b) de la Ley 5/2001 de 5 de diciembre de personal estatutario del SMS:

La falta de obediencia a las órdenes e instrucciones de los superiores salvo los casos en que las mismas constituyan una infracción manifiesta clara y terminante de la normativa vigente.

Olvida tanto la resolución sancionadora como la sentencia de Instancia que la exigencia de tipicidad está recogida en el apartado c) del nº 2 del artículo 75 de la Ley 5/2001, de 5 de diciembre, de personal estatutario del Servicio Murciano de Salud:



c) **Tipicidad:** Sólo constituyen faltas disciplinarias las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales por ley. Únicamente por la comisión de tales faltas podrá imponerse sanciones que, en todo caso, estarán delimitadas por ley. Por vía reglamentaria se podrá introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las faltas o de las sanciones disciplinarias establecidas legalmente, de tal modo que, sin constituir nuevas faltas o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la Ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes.

Esta calificación se impugna por falta de tipicidad ya que ni el Estatuto Marco, ni la Ley del Personal sanitario del SMS tipifican como infracción el fumar en Centros sanitarios.

Tampoco existe, ni desde luego se acredita en el expediente, una orden directa ni oral ni por escrito, ni general ni particular a mi representado de prohibición de fumar.

La prohibición, que realmente existe, sí está tipificada en la Ley Estatal 28/2005 de 26 de diciembre, modificada por la Ley 42/2010 de 30 de diciembre (conocida como ley antitabaco).

Esta normativa estatal, es ley específica, y contiene en su Capítulo V su propio régimen de infracciones y sanciones que prevén en su artículo 20 sólo sanciones de multa, según la gravedad del supuesto contemplado.

La vulneración al principio de legalidad ha llevado a la Administración a sancionar y al Juzgado a confirmar la sanción de tres meses de suspensión de empleo y sueldo, sin tipicidad ni de infracción ni obviamente de sanción, excediéndose de lo previsto en la Ley específica que prevé únicamente sanción de multa.

Por tanto, no puede aplicarse una Ley General extensivamente (como desobediencia a Órdenes o Instrucciones, que no consta que se hayan dado) en contra de lo dispuesto en una Ley Especial (que es la Ley Estatal antitabaco).

Baste citar las sentencias del Tribunal Constitucional 111/93 de 25 de marzo , 182/1990 de 15 de noviembre y 75/1984 de 29 de julio .

Todo esto se dice a los meros efectos jurídicos ya que mi representado ha negado que fumara en la consulta y si lo ha hecho ha sido fuera del Centro sanitario, como otros profesionales hacen.

QUINTO. - La sentencia de Instancia no considera la existencia de múltiples factores materiales para la calificación y graduación de las sanciones impuestas.

Ya hemos expuesto que:

-Se ha privado a mi representado de intervenir en absolutamente todas las diligencias de prueba practicadas de oficio en el expediente administrativo sancionador, así como en las actuaciones previas al mismo.

-Se le han denegado a mi representado la práctica de todas las pruebas solicitadas para su defensa.

Se han vulnerado por lo tanto a mí representado sus derechos constitucionales de Audiencia, Contradicción y Defensa, cuya Tutela Judicial Ordinaria, postulamos.

No obstante, a los meros efectos de que la Sala conozca los hechos, según la versión de mi representado (sin prueba evidentemente, pues no ha podido defenderse efectivamente), los hechos no sucedieron como dice la Administración que se ha limitado a darle credibilidad a la versión de la denunciante.

Más bien al contrario, la actuación de mi representado fue la correcta conforme a la Lex Artis.

Eran las graves patologías que afectaban a Da Raquel , no tratadas anteriormente, las que desencadenaron los hechos que tanto daño están causando a mi representado.

Mi representado que tiene su plaza como Titular en DIRECCION001 de Murcia, llevaba pocos días sustituyendo a un compañero en el Consultorio de DIRECCION000 , cuando la paciente, entro en la consulta muy nerviosa exigiendo que le recetara DIAZEPAN ya que así se lo habían recetado en Urgencias la noche anterior.

Mi representado, como es habitual en el protocolo de atención, abrió en su ordenador la historia clínica de D<sup>a</sup> Raquel y vio los prolongados episodios de alteración emocional, asociados a patologías de índole genito-sexual. A pesar de tener apenas 21 años, había estado siendo tratada de forma prolongada sólo con DIAZEPAN, por lo que entendió que había que conocer las causas de su alteración emocional antes de seguir enmascarando los problemas con tranquilizantes. Este es el motivo por el que tratara de calmarla ofreciéndole que fumara, ya que vio en su Historia que era fumadora, y le preguntara por diferentes aspectos de su vida.

Este es el sentido correcto que hay que darle a que se negara a seguir recetándole Diazepan, pues su uso prolongado produce obesidad y otros indeseables efectos, toxica en su familia, especialmente con su padrastro, cuyos motivos no llegó a conseguir que le explicara. Esta relación toxica le repercutía gravemente en sus estudios, en sus prolongados insomnios y en su difícil relación con su novio, con quien mantenía relaciones poco



gratificantes. Y si bien es cierto que puso en el papel un término que puede ser entendido como ofensivo, lo cierto es que no lo transcribió con ánimo de dañar o burlarse de la paciente. Del mismo modo que le manifestó la paciente que su novio y ella estaban muy unidos y por ello le preguntó si habían explorado la posibilidad de irse a vivir juntos.

Este es el sentido que ha de darse a las frases sacadas de contexto en la resolución sancionadora.

La gravedad del cuadro emocional que presentaba la paciente y que acabo de exponerle, desde luego no ha podido ser probado, pero mi representado lo ha intentado pidiendo a lo largo de la vía administrativa primero y vía judicial después que se emitiera informe técnico sobre ello a la vista de la Historia Clínica que se aportara a las actuaciones.

De todos modos, es una prueba evidente de alteración grave de la realidad y de sus consecuencias, el publicar en redes sociales tan privada expresión, circunscrita a la relación médico y paciente, sacándola de su contexto.

Más aún, mi representado está convencido que si el actual medico de D<sup>a</sup>. Raquel no toma otras medidas de tratamiento que las de recetarle ansiolíticos, esta chica acabara muy mal a pesar de su juventud.

Para terminar, la profesionalidad excelente de mi representado se acredita con el currículo que se ha aportado al procedimiento y con lo que dice de él la Coordinadora Medico del Centro de Salud de DIRECCION000 , Da Marta (párrafo último del folio 15):

Que lamenta la imagen que estos hechos hayan podido dar sobre la persona del Dr. Jose Daniel , ya que sabe y le consta que es un defensor de los derechos de la mujer haciendo referencia a un cartel que el mismo puso en la entrada de su consulta en el que mostraba su disposición a hablar con las personas víctimas de violencia de género, lo que refleja su carácter dialogante y su compromiso humano."

**La Administración regional apelada** solicita la confirmación de la sentencia por sus propios argumentos. Señala en concreto:

"PRIMERO.- Esta parte considera que la sentencia de instancia debe de confirmarse por sus propios fundamentos.

El recurso interpuesto considera que la sentencia de instancia yerra porque no ha apreciado varios defectos de procedimiento que, entiende el apelante, que le han producido indefensión. Sin perjuicio de destacar la novedad de estas alegaciones respecto a lo denunciado en demanda, esta parte discrepa del parecer del recurrente.

**SEGUNDO. - Sobre la aplicabilidad de la ley 39/2015.**

El apelante insiste en que, a su juicio, era aplicable la Ley 39/2015 al procedimiento, aunque añade que, a su entender, al final esto era irrelevante porque los plazos son los mismos que los que recoge en el Real Decreto 1398/1993. El apelante se equivoca y la sentencia de instancia explica el error. No obstante, se vuelve a explicar porque se equivoca el demandante.

La Ley 39/2015 entró en vigor, según su Disposición final séptima, al año de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado", excepto las previsiones del párrafo segundo de esa misma disposición que entraron en vigor dos años después. Por tanto, la Ley 39/2015 entró en vigor el 2 de octubre de 2016.

Como quiera que el expediente disciplinario se inició el 6 de septiembre de 2016, en el momento de la entrada en vigor de la ley era un procedimiento en tramitación. En consecuencia, le era aplicable la Disposición transitoria tercera de dicha Ley cuya primera regla, letra a), dispone que a los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior.

Por tanto, el demandante se equivoca cuando afirma la aplicabilidad de la Ley 39/2015 a este procedimiento.

**También se equivoca cuando menciona como aplicable el Real Decreto 1398/1993 (derogado por la Ley 39/2015). Este Real Decreto no era de aplicación ni tienen carácter supletorio respecto del ejercicio por las Administraciones Públicas de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio y de quienes estén vinculados a ellas por una relación contractual, según su artículo 1.3 párrafo segundo .**

El procedimiento disciplinario seguido se regulaba (y se regula) en 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.

**SEGUNDO. - Sobre la licitud de las informaciones reservadas.**

Alega el apelante que antes de la incoación del expediente disciplinario si llevo a cabo una información reservada que no se incorporó al expediente disciplinario y cuya existencia no le fue notificada. Entiende que tal actuación se ha producido indefensión ya que no pudo intervenir en esa información reservada.





El artículo 28 del Real Decreto 33/1986 prevé que el órgano competente para incoar el procedimiento podrá acordar previamente la realización de una información reservada. Ni este artículo ni cualquier otro de este Real Decreto o de cualquier otra norma jurídica, impone que se deba notificar de una información reservada a persona alguna y que haya personas con derecho a intervenir en esa información reservada. Y tampoco prevé este Real Decreto u otra norma aplicable que el resultado de la información reservada deba incorporarse al expediente cuya incoación pueda acordarse tras la misma.

En la hipótesis de que el resultado de una información reservada se incorpore al expediente que pueda incoarse no produce indefensión alguna a aquél a quien afecte. Éste puede proponer las pruebas que considere oportunas en el procedimiento que sea para desvirtuar aquellos extremos que entienda que le perjudican de esa información reservada.

**En cualquier caso, la queja del recurrente carece de trascendencia sobre su derecho de defensa ya que la información reservada no llegó a unirse al procedimiento disciplinario y los extremos de hecho nunca han sido negados por el recurrente quien se ha limitado intentar explicarlos.**

TERCERO. - Sobre la prueba de los hechos imputados.

El recurrente considera que se ha existido una falta de actividad probatoria de cargo en el expediente disciplinario porque **al expediente no se unió el escrito de la afectada poniendo de manifiesto los hechos** que después se le atribuyeron, **porque en el expediente no compareció la afectada y porque el recurrente no fue citado para las pruebas testificales.**

1) Es cierto que el expediente no contiene el escrito de la afectada relatando los hechos imputados. No obstante, como dice la sentencia apelada, esta omisión resulta irrelevante y no produce indefensión alguna al demandante.

En primer lugar, el acuerdo de incoación reproduce la queja de la afectada.

En segundo lugar, la coordinadora del Equipo de Atención Primaria donde se produjeron los hechos, D<sup>na</sup>. Marta, explicó, en su declaración previa a la redacción del pliego de cargos, que entregó al hoy recurrente la reclamación de D<sup>na</sup>. Raquel al día siguiente de su presentación (folio 15).

En tercer lugar, como dice la sentencia apelada, los hechos de recogidos en los escritos del recurrente y su declaración de 22 de septiembre de 2016 no dejan margen de duda sobre tal conocimiento reconociendo el apelante que empleó la expresión "mal follada" dirigiéndose a D<sup>na</sup>. Raquel y que comenzó a fumar en la consulta mientras estaba asistiendo a esta paciente que son los hechos por los que fue sancionado.

Por esa razón, la omisión de la denuncia no afecta a la correcta incoación del expediente que, conforme al artículo 27 del Real Decreto 33/1986, el expediente disciplinario puede incoarse por denuncia, pero también por propia iniciativa del órgano competente (además de por orden superior o por moción razonada de los subordinados), ni lo produjo indefensión alguna.

2) **La no comparecencia como parte de la paciente afectada, D<sup>na</sup>. Raquel, no condiciona la validez del procedimiento ni menoscaba la posibilidad de apreciar los hechos.** Por un lado, porque el propio demandante reconoce la existencia del escrito de la afectada. Por otro, porque **la instructora del expediente hizo constar mediante diligencia que la Sra. Raquel se ratificaba en el escrito reproducido en el acuerdo de incoación (folio 19).** Y, finalmente, **porque los hechos sancionados son los reconocidos por el propio sancionado.**

3) La ausencia del expedientado en las declaraciones de la coordinadora del Equipo de Atención Primaria donde se produjeron los hechos, D<sup>na</sup>. Marta, (folio 15) y de la Auxiliar Administrativo que recogió la reclamación de la Sra. Raquel, D<sup>na</sup>. Genoveva, no priva de valor a estas declaraciones.

Hay que recordar que estas declaraciones fueron las diligencias previstas en el artículo 34 del Real Decreto 33/1986 para la determinación y comprobación de los hechos y en particular de cuantas pruebas puedan conducir a su esclarecimiento y a la determinación de las responsabilidades susceptibles de sanción. En ellas no es precisa la participación del expedientado porque son previas al pliego de cargos (artículo 35) y al de descargos con propuesta de pruebas por el inculpado (artículo 36) y a la admisión y realización de pruebas (artículo 37). Para la práctica de las pruebas, tanto acordadas de oficio como las propuestas admitidas, se notificará al funcionario el lugar, fecha y hora en que deberán realizarse, debiendo incorporarse al expediente la constancia de la recepción de la notificación (artículo 39). Pero no sucede lo mismo con las diligencias del artículo 34 donde no se prevé tal notificación ya que son previas al pliego de cargos.

En este sentido es importante advertir que el recurrente reconoció en la diligencia en la que se le tomó declaración, estando asistido por Letrado (folios 8 a 11), que empleó la expresión "mal follada", incluso por escrito, y que fumó durante la consulta D<sup>na</sup>. Raquel, hechos por los que terminó siendo sancionado. Y, en el pliego de descargos no negó los hechos ni propuso más prueba que la aportación de la Historia Clínica y copia de la



tarjeta sanitaria de D<sup>a</sup>. Raquel para comprobar su número de teléfono Ninguna de las dos pruebas propuestas iban dirigidas a negar los hechos por los que se seguía el expediente disciplinario y que el hoy apelante había reconocido.

Por tanto, hay una plena prueba de cargo cuando el propio inculpado ha reconocido los hechos imputados que resultan confirmados por las diligencias previas a la redacción del Pliego de Cargos.

#### CUARTO.- **Sobre la denegación de pruebas.**

El apelante sostiene que ha sufrido indefensión por la inadmisión de las pruebas propuestas en el pliego de descargos, de un lado, y por la inadmisión de prueba testifical y pericial en el proceso.

Las pruebas propuestas y rechazadas durante la tramitación del expediente disciplinario fueron, como se ha dicho, la unión al expediente de la Historia Clínica y de la tarjeta sanitaria de D<sup>a</sup>. Raquel. La primera tenía por objeto acreditar los problemas síquicos de la Sra. Raquel. Y la segunda era para acreditar que el recurrente intentó hablar con la Sra. Raquel para aclarar lo sucedido y disculparse en su caso. Ambas eran improcedentes por su inutilidad. El objeto del expediente no era comprobar si el expedientado había empleado la expresión "mal follada" dirigiéndose a D<sup>a</sup>. Raquel y si fumó durante la asistencia a ésta.

En consecuencia, conocer las patologías de la paciente y el arrepentimiento posterior del recurrente eran irrelevantes para la averiguación de los hechos.

En cuanto a las pruebas denegadas en el proceso fueron las anteriores pruebas denegadas en la tramitación del expediente, pericial médica y testificales de varios compañeros.

El Juzgado explicó claramente el rechazo de la prueba desestimada en vía administrativa y ahora reiterada y la pericial propuesta en demanda en su providencia de 27 de junio de 2018. En ésta justificó el rechazo diciendo no ha lugar a la admisión de la prueba propuesta por la parte actora por resultar superflua e innecesaria. **Supone invadir el derecho a la intimidad de la presunta víctima del comportamiento sancionado sin motivo para ello, dado que a priori, sea cual sea el estado mental de la paciente o el tratamiento médico adecuado a su enfermedad, no tiene la virtualidad de operar como atenuante, eximente o causa de justificación.** Por lo demás, para emitir un informe médico psiquiátrico que justifique el tratamiento médico dispensado por el actor en la situación médico-paciente que expone, no es necesario conocer su historia clínica, en una flagrante invasión de su derecho a la intimidad. Esta parte no puede más que compartir el razonamiento del Juzgador.

Las testificales propuestas en el acto de juicio no podían ser admitidas igual que la pericial psicológica del demandante, que fue aportada por escrito antes del juicio, por su irrelevancia para el fallo. Según dice el apelante las pruebas testificales eran de un médico y un enfermero para mostrar la trayectoria del recurrente. En este expediente no se juzga la trayectoria del apelante sino los hechos antes indicados.

La denegación de la ratificación del informe pericial psicológico aportado por el demandante también fue correcta porque lo que se pretendía probar con ella era irrelevante para el proceso y porque este informe no dice los que el demandante afirma pretender probar con él.

Según dice el demandante con ese informe o, mejor dicho, con su ratificación, pretendía acreditar que él carece de rasgos antisociales y que para tratar a la paciente era necesario examinar sus circunstancias personales y que tratamiento médico de la paciente fue correcto.

A la vista de lo anterior es irrelevante porque al demandante no se sanciona por presentar rasgos antisociales o por analizar los problemas y circunstancias personales de la paciente para tratar sus problemas psicológicos o por prescribir uno u otro medicamento. Se le sanciona por el empleo de la expresión antes indicada y por su conducta en consulta.

Adicionalmente, el informe psicológico aportado nada decía sobre estas cuestiones. El informe concluye que el empleo de la expresión "mal follada" no tenía connotación sexual ni intención ofensiva, obviamente según refería el apelante a la psicóloga. Y, también con la misma fuente, añadía que esas expresiones eran de uso coloquial por el apelante. Este contenido en nada afecta a la conducta sancionada porque el demandante no empleó esa expresión en una conversación coloquial sino en el ejercicio de una actividad profesional como médico en una consulta del Servicio Público de Salud. La connotación de la expresión en cuestión (sexual, ofensiva o de otro tipo) también es irrelevante y de difícil o imposible comprobación, pero lo que es del todo evidente es la desconsideración objetiva que supone la misma (desconsideración para aquella persona a la que se dirige y para la propia profesión del demandante).

Consecuentemente, la denegación de las pruebas propuestas por el apelante tanto durante la tramitación del expediente disciplinario como en el proceso judicial fue correcta sin que produjera indefensión al demandante en ninguno de los dos tipos de procedimiento.



**QUINTO. - Sobre la vulneración del principio de tipicidad en relación con la sanción por fumar.**

*Considera el demandante que haber fumado en la consulta mientras asistía a la Sra. Raquel no puede considerarse incluido en el tipo previsto en el artículo 72.3.c de la Ley 55/2003, en relación con el artículo 78 b de la Ley 55/2003, porque ese artículo se refiere a los supuestos de falta de obediencia a órdenes e instrucciones de superiores.*

*No es así. El artículo 72.3.c de la Ley 55/2003 dice que tendrán consideración de faltas graves: c) El incumplimiento de sus funciones o de las normas reguladoras del funcionamiento de los servicios cuando no constituya falta muy grave.*

*La desobediencia se recoge como falta muy grave en el artículo 72.2.g de la misma Ley.*

*Ni la resolución disciplinaria ni la Orden confirmatoria parcial aluden al artículo 78 b) de la Ley 55/2003.*

*Pues bien, infringir la prohibición de fumar, el apelante, con independencia de la sanción general que conforme al artículo 19.2.a de la Ley 28/2005 pudiera corresponderle, ha incumplido normas reguladoras del funcionamiento de los servicios. No puede olvidarse que el demandante está vinculado al Servicio de Salud por una relación de supremacía especial. Como consecuencia de ello para el demandante está especialmente prohibido fumar en su consulta como lo acreditó en las diligencias previas al Pliego de Cargos la declaración D". Marta (folio 15 quien también confirmó que el apelante la incumplía esa prohibición continuamente) y la cartelería de su centro de trabajo recordando la prohibición (folio 16). Por ello, puede afirmarse que el demandante, además de infringir la prohibición general de la Ley 28/2005 ha incumplido las normas reguladoras del funcionamiento del servicio sanitario en el que presta servicios.*

**SEXTO.- Sobre la existencia de múltiples factores materiales para la calificación y graduación de las sanciones impuestas.**

*En el último motivo de la apelación se hace una especie de resumen de los argumentos de ésta. Siguiendo el discurso del apelante esta parte tiene que rechazar estos argumentos resumidos.*

*No se ha privado al demandante de intervenir en las pruebas. Las tomas de declaración obrantes en el expediente fueron las diligencias que puede practicar el instructor antes de dictar el pliego de cargos y en ellas no se prevé la participación del funcionario. En la fase de pruebas el demandante no propuso prueba testifical o pericial alguna. No se han vulnerado, en consecuencia, los principios de contra dicción y defensa. En cuanto al principio de audiencia, el demandante ha podido intervenir en todas las fases del procedimiento disciplinario realizando alegaciones, proponiendo pruebas y teniendo acceso a la totalidad de las actuaciones administrativas. Otra cosa es que las pruebas propuestas fueran impertinentes como antes se ha expuesto.*

*La prescripción médica realizada por el apelante no es objeto del expediente disciplinario por lo que su acierto o desacierto es irrelevante para este proceso. Y lo mismo sucede con la trayectoria profesional del apelante.*

*Los hechos están claros y su incorrección también, consecuentemente debe desestimarse el recurso de apelación y confirmarse la sentencia de instancia."*

**SEGUNDO. - Se aceptan los hechos y fundamentos de derecho de la sentencia apelada.**

*Es sabido que el objeto del recurso de apelación está constituido por la sentencia apelada. Es esencial por tanto hacer una crítica de la misma, rebatiendo sus argumentos para que dicho recurso pueda prosperar. Como señala la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1998 y 22 de junio de 1999, el recurso de apelación tiene por objeto la depuración de un resultado procesal obtenido en la instancia, de tal modo que el escrito de alegaciones del apelante ha de contener una crítica de la sentencia impugnada que es la que debe servir de base para la pretensión sustitutoria del pronunciamiento recaído en primera instancia.*

*Por otro lado la jurisprudencia ( sentencias de 24 de noviembre de 1987, 5 de diciembre de 1988, 20 de diciembre de 1989, 5 de julio de 1991, 14 de abril de 1993), ha venido reiterando que en el recurso de apelación se transmite al Tribunal "ad quem" la **plena competencia para revisar y decidir todas las cuestiones planteadas**, por lo que no puede revisar de oficio los razonamientos de la sentencia apelada, al margen de los motivos esgrimidos por el apelante como fundamento de su pretensión, que requiere la individualización de los motivos opuestos, a fin de que puedan examinarse dentro de los límites y en congruencia con los términos en que ésta venga ejercitada, **sin que baste con que se reproduzcan los fundamentos utilizados en la primera instancia, puesto que en el recurso de apelación lo que ha de ponerse de manifiesto es la improcedencia de que se dictara la sentencia en el sentido en que se produjo**. Por lo tanto, los recursos de apelación deben contener una argumentación dirigida a combatir los razonamientos jurídicos en los que se basa la sentencia de instancia. No es admisible, en esta fase del proceso, plantear, sin más el debate sobre los mismos términos en que lo fue en primera instancia, como si en ella no hubiera recaído sentencia, pues con ello se desnaturaliza la*



función del recurso, ello sin perjuicio claro está de recordar que el recurso de apelación es un "**novum iudicium**" (Sentencia del TC 1998\101, de 18 de mayo), **que permite la revisión "ex novo" de los hechos y de las pruebas practicadas** y, por consiguiente, valorar aquellos y éstas en conciencia, **pudiendo llegar a un pronunciamiento contrario al efectuado en la instancia** ( auto del TC 122/98, de 1 de junio y las varias sentencias del propio TC que allí se citan). Como sostiene el Tribunal Supremo, el recurso de apelación transmite al Tribunal "ad quem" la plenitud de competencia para resolver y decidir todas las cuestiones planteadas en la primera instancia, lo que significa un examen crítico de la sentencia apelada, para llegar a la conclusión de si se aprecia o no en ella la errónea aplicación de una norma, la incongruencia, "... la indebida o defectuosa apreciación de la prueba..." o cualesquiera otras razones que se invoquen para obtener la revocación de la sentencia apelada ( STS de 17 de enero de 2000).

En el presente caso el apelante más que hacer una crítica de la sentencia de instancia reproduce los mismos argumentos de fondo alegados en la instancia pese a haber sido rechazados por dicha sentencia de forma motivada, lo cual sería suficiente por si solo para desestimar el recurso.

**TERCERO.-** Pues bien, de lo expuesto se desprende que la parte recurrente alega en primer lugar una serie de defectos formales de tipo procedimental, que se pueden sintetizar en los siguientes:

1) Señala que se ha infringido el art. 55 de la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común por considerarlo aplicable por estar en vigor cuando se dictó la resolución sancionadora el 23-1-2017 y en todo caso del art. 12 del Reglamento regulador de la Potestad Sancionadora aprobado por R.D. 1398/93, de 4 de agosto, que viene a decir lo mismo, al no haberse incorporado las diligencias informativas (o diligencias previas) tramitadas al expediente sancionador, pese a ser en ellas donde consta la denuncia o queja de la afectada (D<sup>a</sup>. Raquel ). Dice haber tenido conocimiento de ellas por citarse en el pliego de cargos, en la propuesta de resolución y en la resolución sancionada, sin que sin embargo se le haya notificado, ni puesto en su conocimiento, su existencia, con la consiguiente indefensión. Termina alegando que la Letrada de la Administración trató de aportarlas en el acto de la vista, pero desistió de ello.

2) Asimismo alega un defecto formal sobrevenido en la propuesta de resolución, al realizarla una instructora en la que concurría una causa de recusación dado el interés que mostró tener en favor de la denunciante ( arts. 28 y 29 de la Ley 30/1992).

3) También alega que no se admitieron las pruebas (testifical y pericial) que propuso tanto en vía administrativa como jurisdiccional para tratar de acreditar el estado psíquico de la denunciante y su profesionalidad como médico. Teniendo por objeto la pericial demostrar que no existía en el apelante ningún rasgo antisocial y que el diazepam que finalmente le recetó no debía prescribirse.

En segundo lugar, en cuando al fondo niega haber cometido infracción alguna, por ajustarse su intervención a la *lex artis*, así como por la falta de prueba de los hechos imputados en la medida de que solamente se basan en una denuncia no ratificada en vía administrativa ni jurisdiccional por la paciente y en un testigo de referencia (Coordinadora médica del Centro de Salud del DIRECCION000 ), sin que por lo demás fueran admitidas las pruebas propuestas por el denunciado. La denunciante acudió a la consulta en estado de ansiedad solicitándole que le recetara diazepam. Ambos hablaron de forma sosegada y tranquila y la paciente se fue de la consulta sin mostrarse ofendida, pese a lo cual formuló la denuncia o queja unas horas después seguramente aconsejada por una tercera persona. Aunque reconoce que le dijo que su estado de ansiedad se debía a "estar no bien follá", así como que la frase era desafortunada, tratando de disculparse por si la había ofendido, tal frase se la dijo de forma coloquial en su lenguaje andaluz con el único fin de ayudarla y aconsejarla ante su estado de ansiedad y los problemas familiares que relataba (con su madre, padrastro y novio), sin ánimo de ofenderla y sin que con tal frase quisiera referirse a algo sexual al referirse a un estado de ánimo en un lenguaje propio de su procedencia andaluza. El apelante es un médico que lleva 30 años trabajando sin haber tenido conflicto alguno con nadie. Además, es defensor de los derechos de la mujer habiendo participado en varios programas como ha reconocido la Coordinadora médica del Centro de Salud (D<sup>a</sup>. Marta ).

Sigue diciendo que pese a ello la sentencia confirma la sanción que se le impuso por estos hechos por la comisión de una infracción grave con suspensión de empleo y sueldo durante 8 meses de acuerdo con lo dispuesto en el art. 72.3 d) de Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud (que tipifica como tal la **grave desconsideración con... los usuarios** ); y ello pese a ser dicha sanción absolutamente desproporcionada teniendo en cuenta que le impide participar en los futuros concursos para la provisión, carrera o promoción durante dos años según el 80.1 b) de la Ley 5/2001, de 5 de diciembre de Personal Estatutario del Servicio Murciano de Salud y además supone la pérdida del puesto de trabajo que ostenta (por tener una duración de más de seis meses) según el art. 73 de la Ley 55/2003; sin que en definitiva la sanción haya sido graduada de forma correcta.





Por lo que se refiere a la segunda sanción (3 meses de suspensión de empleo y sueldo por estar fumando en la consulta cuando atendió a la denunciante), impuesta de acuerdo con el art. 72.3 c) de la misma Ley (considera infracción grave **incumplir funciones o normas reguladoras del funcionamiento de los servicios cuando no constituya falta muy grave**), señala que **se infringe el principio de tipicidad**, ya que el órgano que la impone no tenía competencia para ello, en la medida de que dichos hechos solamente estaban tipificados por una Ley estatal como es la Ley antitabaco 28/2005 de 26 de diciembre, modificada por la Ley 42/2010 de 30 de diciembre (no por el Estatuto Marco ni por la Ley de Personal Sanitario). Además, señala que se limitó a ofrecerle un cigarrillo para tranquilizarla mientras él fumaba para crear un clima de confianza, sin que hubiera recibido ninguna orden verbal ni escrita de sus superiores jerárquicos que le prohibiera fumar en la consulta.

**CUARTO.-** Pues bien, es evidente que el primer defecto formal no puede prosperar. La Ley 39/2015, cuyo art. 55 considera infringido, no había entrado en vigor cuando se inició el procedimiento el 14-9-16. Entró en vigor el 2-10-16 y es sabido que según su disposición transitoria 2ª, a los procedimientos iniciados antes de su entrada en vigor les es de aplicación la legislación anterior.

En cualquier caso el hecho de que no se le diera traslado de las diligencias previas incoadas ni fueran incorporadas al expediente sancionador antes de su iniciación es irrelevante, al entender la Sala que dicha circunstancia no le ha causado indefensión, teniendo en cuenta que aunque sea en tales diligencias previas donde conste la denuncia, la misma ha sido extractada tanto en el acuerdo de inicio del expediente, como en el pliego de cargos, incluyéndose por la Instructora solamente como hechos probados los reconocidos por el propio apelante (que el estado de ansiedad de la paciente se debía a estar "no bien follá" como consignó en un papel en blanco que entregó a la denunciante y reconoció en la declaración que prestó ante dicha instructora), prescindiendo de los demás hechos también denunciados (cuando le preguntó sobre quien estaba más buena ella o su madre o le dijo que se fuera de su casa y alquilara un piso y así follaría más con su novio), por no considerarlos probados.

En consecuencia como entiende el Juzgado de forma acertada, la falta de inclusión de las diligencias previas o de la denuncia en el expediente sancionador, no originó indefensión al interesado, que ha conocido del expediente en su integridad (solicitó una copia íntegra del mismo después de su iniciación) y ha tenido perfecto conocimiento de la totalidad de los hechos denunciados, pudiendo defenderse frente a ellos con todos los medios de defensa disponibles ( art. 63.2 de la Ley 30/1992); máxime cuando la Coordinadora médica del Centro de Salud del DIRECCION000 declaró en su testimonio que hizo entrega de la reclamación al interesado el día siguiente de haber sido formulada.

**QUINTO.-** La no admisión de la prueba propuesta en vía administrativa y jurisdiccional tampoco es un defecto formal relevante que pueda originar la invalidez de los actos impugnados, ya que examinado el fin con el que fue propuesta es evidente que resulta impertinente. El actor trataba de demostrar el estado psíquico de la denunciante, su profesionalidad como médico, carecer de rasgos antisociales y la improcedencia del diazepam como tratamiento para el estado de la paciente, hechos que no le exoneran de responsabilidad de ser ciertos los que se le imputan.

Se tiene en cuenta para llegar a tal conclusión que los únicos hechos por los que el apelante es acusado en el expediente eran los reconocidos como ciertos por el mismo y por lo tanto se consideraban probados, como es el diagnóstico que le dio a la denunciante de estar "no bien follá" y estar fumando en su consulta mientras la atendía.

**SEXTO.-** Debe desestimarse también la alegación relativa a que existe vicio de nulidad de la propuesta de resolución por concurrir una causa sobrevenida de **recusación de la Instructora** del expediente, por mostrar cierta afinidad con la denunciante y un correlativo menosprecio hacia la postura del sancionado.

La propuesta de resolución hace una valoración del comportamiento declarado probado dentro de los márgenes de objetividad e imparcialidad que son predicables de cualquier persona que "enjuicia" el asunto como un hecho ajeno a su esfera personal, al no estar inmersa en ninguna causa de abstención o recusación de las prevista en el artículo 28 y 29 de la Ley 30/1992, entonces vigente.

Basta su lectura para concluir que la propuesta de resolución refleja las pruebas practicadas con objetividad, tanto en lo que benefician como en lo que perjudican limitándose a considerar como hechos probados aquéllos que de alguna manera habían sido reconocidos por el expedientado. Por lo demás, la recusación debe en cualquier momento de la tramitación del procedimiento sancionador (artículo 29 antes referido) y no en vía jurisdiccional

Tampoco existe vicio de nulidad del procedimiento por infracción del art. 39 del R.D. 33/1986, **por no haber sido citado el interesado con plazo suficiente para poder asistir a la práctica de la prueba consistente en la aclaración de la denuncia por parte de la paciente denunciante**, ya que dicha prueba no se practicó. Además,



la declaración de hechos probados toma como fundamento la denuncia escrita, como realidad física, que no su aclaración o ratificación, trasladando a la resolución sancionadora hechos que fueron admitidos por el denunciado.

**SÉPTIMO.-** Por lo demás es evidente que los hechos considerados probados tanto en el expediente como por el Juzgador de instancia con base en los principios de oralidad e inmediación en la práctica de la prueba, son constitutivos de las infracciones graves sancionadas. La expresión vertida por el apelante a la paciente y consignada por escrito en un papel que le entregó en la consulta, de estar "no bien folla", es indudable que constituye una grave desconsideración con la usuaria del servicio y por tanto que está bien tipificada en el art. 72.3 d) de la Ley 55/2002 de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud (que tipifica como tal la **grave desconsideración con... los usuarios**), en la medida de que atenta contra la dignidad de la paciente. Se trata de una expresión no solo desafortunada, como reconoce el propio apelante, sino inadmisibles en una consulta médica que se espera respetuosa, científica y deontológica. En absoluto puede admitirse como un diagnóstico correcto según la *lex artis* como se dice el recurrente en el recurso de apelación.

Por otra parte, el hecho de estar fumando mientras presta el servicio en la consulta también debe considerarse como constitutivo de una infracción grave del art. 72.3 c) de la misma Ley (tipifica como infracción grave **incumplir funciones o normas reguladoras del funcionamiento de los servicios cuando no constituya falta muy grave**). Es evidente que no se sanciona al apelante por fumar sino por incumplir una norma de funcionamiento del Centro de Salud donde es notorio que está prohibido fumar como se suele indicar mediante carteles anunciadores en todos los Centros Sanitarios.

Por otro lado, no se considera que desobedeciera una orden expresa en tal sentido que le hubiera sido comunicada por un superior jerárquico, supuesto en el que la infracción podría haber sido calificada como muy grave según el apartado g) del mismo precepto. En consecuencia, entiende la Sala que no se ha infringido el principio de tipicidad como se alega en el recurso de apelación.

**OCTAVO.-** **Queda por determinar si las sanciones de 8 y 3 meses de suspensión de funciones por cada una de dichas infracciones graves han sido correctamente graduadas o infringen el principio de proporcionalidad como alega el apelante .**

En principio fueron impuestas durante dos años y finalmente en la resolución que estima en parte el recurso de alzada se fijan en 8 y 3 meses, esto es en el grado mínimo previsto por el art. 73.1 c) de la citada ley 55/2003 que dice: c) *Suspensión de funciones. Cuando esta sanción se imponga por faltas muy graves, no podrá superar los seis años ni será inferior a los dos años. Si se impusiera por faltas graves, no superará los dos años. Si la suspensión no supera los seis meses, el interesado no perderá su destino.*

Pues bien, la Sala considera acertada la sentencia apelada cuando considera que dichas sanciones no han infringido el principio de proporcionalidad, teniendo en cuenta que el Tribunal Supremo al estudiar este principio considera que el carácter reglado de la potestad sancionadora impide que la Administración pueda tener libertad para elegir soluciones distintas, pero igualmente justas, indiferentes jurídicamente ( STS de 23-1-89 y 3-4-90), lo que significa que las sanciones, deben ser impuestas en cada caso atendiendo a las circunstancias de graduación establecidas en la normativa aplicable.

En el presente caso para graduar la sanción de 8 meses de suspensión de funciones se atiende a la grave desconsideración a la usuaria por parte del médico apelante, modulándola con la alegación en favor del mismo que hace la Coordinadora Médica del Centro de Salud del DIRECCION000, D<sup>a</sup>. Marta, cuando reconoce su compromiso en contra de la violencia sobre la mujer o su disposición y talante dialogante con los pacientes, teniendo en cuenta sin embargo que estos dos últimas circunstancias no eliminan la gravedad de las palabras y el incorrecto planteamiento realizado por apelante al dirigir tal frase a la paciente, incluso por escrito. De ahí que la Sala considere que la imposición de la sanción en el grado mínimo de 8 meses no es desproporcionada, teniendo en cuenta que la máxima prevista por la norma para las infracciones graves es de 6 años de suspensión de funciones.

Ya en la resolución que estimó parcialmente el recurso de alzada se rebajó sustancialmente la sanción impuesta inicialmente, al considerar como probada solamente la frase antes referida (de estar "no bien follá") reconocida por el interesado y no las demás que al parecer se recogen en la denuncia (de haberle preguntado si estaba más buena ella o su madre o cuando le dijo que tenía que marcharse de casa y alquilar un piso para follar más con su novio), precisamente atendiendo a que la denuncia no estaba incorporada al expediente, ni había sido ratificada por la denunciante.

Para graduar la sanción de 3 meses por la otra infracción grave se tiene en cuenta que según el testimonio de dicha Coordinadora médica el expedientado era reincidente en la conducta sancionada y que incluso le había



reprochado tal conducta diciéndole que si quería fumar lo hiciera fuera del Centro. Se trata de una sanción que también ha sido impuesta en su grado mínimo.

En definitiva, como señala el juez de instancia después de valorar todas las circunstancias concurrentes, el comportamiento del apelante fue claramente intencionado por más que se matice como un mal entendido en el ejercicio de la praxis médica. Sin duda es grave, tanto la desconsideración con la paciente, como el incumplimiento de las normas que regulan los servicios que implica fumar un médico en su consulta mientras atiende a una paciente.

Acierta el Juzgado de instancia cuando dice que toda sanción conlleva una finalidad de prevención especial, de conseguir que el sancionado comprenda la ilicitud de su actuación y atempere su comportamiento en el futuro a esa comprensión, bajo el temor de nuevas sanciones. En este caso, el Sr. Jose Daniel, vistos sus argumentos, parece defender su comportamiento como un medio idóneo para atender los casos de jóvenes con ansiedad cuando tengan algún problema en sus relaciones íntimas o con su sexualidad, a pesar de ser evidente que se alejó notoriamente de lo que un paciente espera y necesita cuando acude a la consulta de un médico.

En conclusión, se puede decir que se trata de sanciones impuestas por la comisión de infracciones graves en el grado mínimo, ante unas conductas que merecen un especial reproche por el respeto que debió tener el recurrente con la paciente, joven de 21 años, a la que evidentemente trató de un forma desconsiderada y por el hecho de incumplir de forma deliberada las normas de funcionamiento del centro sanitario en el que prestaba servicios al fumar en la consulta a sabiendas de que estaba prohibido (hecho por otro lado notorio que no puede negar), sin que conste acreditado, por otro lado, que la Administración finalmente haya acordado la pérdida del puesto de trabajo del recurrente o un traslado forzoso, como consecuencia de estos hechos.

**NOVENO.** - En razón de todo ello procede desestimar el recurso de apelación y confirmar la sentencia apelada por sus propios argumentos; con expresa imposición de las costas de esta instancia a la parte apelante de acuerdo con lo dispuesto en art. 139.2 de la Ley Jurisdiccional.

En atención a todo lo expuesto, **Y POR LA AUTORIDAD QUE NOS CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,**

## FALLAMOS

**Desestimar** el recurso de apelación 211/18 interpuesto por **D. Jose Daniel**, contra la sentencia 30/2018, de 13 de febrero, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº. 7 de Murcia, dictada en el procedimiento abreviado nº. 198/17, que se confirma en todas sus partes, por sus propios fundamentos; con expresa imposición de las costas de esta instancia a la parte apelante.

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

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

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