



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

SENTENCIA Nº 566 /2023
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE MÁLAGA

R. APELACIÓN Nº 0068/2022

ILUSTRÍSIMOS/A SEÑORES/A:
PRESIDENTE
D. FERNANDO DE LA TORRE DEZA
MAGISTRADA/O
D^a MARÍA ROSARIO CARDENAL GÓMEZ
D. SANTIAGO MACHO MACHO

Sección Funcional 2ª

En la ciudad de Málaga, a 22 de febrero de 2023.

Esta Sala ha visto el presente el recurso de apelación núm. 0068/2022, interpuesto por el Procurador Sr. Bernal Mate, en nombre de [REDACTED] asistido por la Letrada Sra. Guillén Serrano, contra la sentencia nº 455/2020, de 15 de diciembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº SEIS de MÁLAGA, al PA 259/18, compareciendo como parte apelada el AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA, representado y defendido por Letrada de la Asesoría Jurídica Municipal.

Ha sido Magistrado ponente el Ilmo. Sr. D. Santiago Macho Macho, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº SEIS de Málaga dictó sentencia en el encabezamiento reseñada desestima el recurso interpuesto por la parte ahora apelante.





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia es interpuesto y sustanciado recurso de apelación con escrito de 20/01/21, donde, con base a los motivos que expone, pide Sentencia por la que, revocando la recurrida, declare no ajustado a derecho el acto administrativo impugnado y estime íntegramente la demanda en su día formulada por esta parte, con cuanto más en derecho proceda.

TERCERO.- La parte recurrida presenta escrito el 15/10/21 exponiendo cuanto tiene por oportuno para pedir Sentencia desestimatoria del recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de 15 de diciembre de 2020.

CUARTO.- Elevados los autos y el expediente administrativo, en unión de los escritos presentados, a esta Sala de lo Contencioso-Administrativo y personadas las partes en legal forma sin que ninguna de ellas solicitara prueba, vista o conclusiones se señaló para votación y fallo, que tuvo lugar hoy.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº SEIS de Málaga dictó la sentencia nº 455/2020, de 15 de diciembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº SEIS de MÁLAGA, al PA 259/18, que falla:

Que en los autos de P.A. 259/2018, DEBO DESESTIMAR y DESESTIMO el recurso contenciosoadministrativo interpuesto por el Letrado Sr. Ariel Montoya actuando en nombre y representación de [REDACTED] contra el acto administrativo emanado del Ayuntamiento de Málaga identificado en los Antecedentes de esta resolución, representado por la Letrada Sra. Pernía Pallarés, al ser la misma conforme a derecho, debiendo mantener todo su contenido y eficacia; todo ello, además con la expresa imposición de costas en su totalidad y sin limitación por temeridad.

El acto administrativo emanado del Ayuntamiento de Málaga identificado en los Antecedentes de esta resolución es la resolución del Ayuntamiento de Málaga, Director General de Recursos Humanos, Calidad y Seguridad por delegación de la Junta de Gobierno Local, de 15 de febrero de 2018 y notificada el 19 del mismo mes en virtud de la cual se impuso al actor una sanción de un mes de suspensión de funciones, empleo y sueldo, por infracción grave por comisión de hechos muy graves, que, de acuerdo con los criterios de graduación, merezca la calificación de grave conforme el art. 8.z) de la Ley Orgánica 4/2010.

SEGUNDO.- La parte apelante alega:

- La Sentencia recurrida incurre en infracción del principio de legalidad y tipicidad, al calificar el hecho como falta muy grave de abandono de servicio, cuando la Ley de aplicación, al tipificar las ausencias al servicio, lo hace como falta leve (art. 9 c) L.O.4/2010).

Igualmente, se vulnera la Jurisprudencia aplicable al caso.

No toda inasistencia al servicio constituye infracción sancionable sino solo aquella que carezca de justificación adecuada. Así se afirma en el F.J. 2º ,TSJ Madrid, Sala de lo





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

Contencioso-administrativo, Sección 3ª, Sentencia de 14 de Junio de 2012, - Nº de Sentencia: 533/2012 - Nº de Recurso: 1193/2010.

En igual sentido, la Sentencia del TSJ Aragón, Sala de lo Contencioso administrativo, Sección 1ª, S de 19 de Febrero de 2013, Nº de Sentencia: 103/2013 - Nº de Recurso: 366/2009: (...)

De modo que, para apreciar la falta muy grave de abandono de servicio, se deben probar claramente la concurrencia, básicamente, de estos requisitos:

a) Una falta total y continuada de asistencia al servicio a que está obligada por su condición de funcionario.

b) Una dejación absoluta de sus obligaciones funcionariales.

d) Generalmente por tiempo indeterminado y sin motivo que lo justifique, con el propósito de apartarse de los deberes inherentes al mismo.

Así viene establecido por Jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, la Sentencia de fecha 18 de noviembre de 2003, que se remite a otras anteriores: de 14 de febrero, 7 de noviembre de 1984, 14 de noviembre de 1985, 23 de diciembre de 1986, 11 de abril de 1988, 17 de julio de 1990, 10 de enero y 29 de mayo de 1996 y 4 de diciembre de 2001, entre otras).

Conforme a Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 Mayo de 1992, Rec. 2987/1989: "NO existe dejación total ni propósito de apartarse del servicio en faltar al trabajo durante un periodo de quince días" en este caso concreto se trataba de un entonces cabo de la policía municipal de Sevilla: (...)

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso administrativo, Sección 7ª, Sentencia de 20 de Octubre de 1994: F.J. (...)

En igual sentido, Sentencia del TSJ Andalucía de Sevilla, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, Sentencia de 17 de Mayo de 2005: (...)

Y de la misma Sala de Sevilla, Sentencia de 29 de Marzo de 1999: F.J. QUINTO (...)

- TSJ Andalucía de Granada, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Jª, Sentencia de 8 de Octubre de 2018: F.J. 1º (...)

- TSJ País Vasco, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, Sentencia de 15 de Octubre de 2010 (...)

- TSJ Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, Sentencia de 10 de Junio de 1999: F.J. Segundo (...)

A la vista de lo expuesto y del caso concreto de mi mandante, es obvio que no se dan en modo alguno los requisitos necesarios para calificar los hechos como abandono del servicio que en la Sentencia se confirma.

Tan solo hubo una AUSENCIA PARCIAL, pues se marchó antes (3 horas antes) de la hora de finalización del turno de trabajo, por los motivos que se expusieron en su momento.

Fue así que, el pasado día 5 de setiembre de 2017, el hoy recurrente, con C.P. [REDACTED] tenía pensado realizar el entrenamiento que tiene permitido dentro de su jornada laboral, al pertenecer a una de las [REDACTED] con denominación [REDACTED] realizando dicho entrenamiento siempre al final de la jornada. Ese día, al quedarse sin compañero de unidad, sobre las 20:00 hs, decidió realizar el entrenamiento, con la intención de volver y acabar el turno, como así hizo.

En la resolución sancionadora se dice que el instructor tenía la "certeza indubitada" de





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

que mi mandante "abandonó el servicio y no se lo dijo a nadie, sin causa que lo justificara" y que, *"al ser descubierto por el Subinspector, regresó a su Unidad contando una versión increíble, para nada acorde con su, al parecer, intención, que no era otra que abandonar el servicio y no regresar a él"*.

Es decir, en el mismo párrafo el instructor afirma tener la *"certeza indubitada"* de que mi patrocinado "abandona el servicio" (con todo lo que conlleva dicha calificación), pero sin embargo no sabe si esa era su intención, dado que ese es SU "PARECER". Siendo este punto esencial en el presente caso, dado que la "intencionalidad" es imprescindible para aplicar el tipo de abandono de servicio.

Es decir, que se da por probado un abandono de servicio sin la plena convicción de la intencionalidad que es requisito sine qua non para que exista el abandono de servicio.

Por tanto, si se acude al expediente y se analizan las pruebas practicadas, puede determinarse que lo único que se ha acreditado es que mi patrocinado el pasado día 5 de setiembre de 2017 acudió a realizar su entrenamiento diario durante una hora dentro de su jornada laboral, teniendo permiso para ello, porque era lo que se hacía habitualmente, siendo así que, al expirar dicho período de tiempo, volvió a su puesto trabajo y terminó su jornada

Hechos que de ninguna forma pueden encuadrarse en el tipo disciplinario muy grave del abandono de servicio, ni en su ámbito objetivo ni en el subjetivo, aunque la sanción finalmente fuera grave por aplicación del precepto antes señalado, y ello atendiendo a la extensa descripción que la doctrina jurisprudencia! expuesta contiene del mismo.

Este caso se pretende hacer pasar por una supuesta falta muy grave, sin base legal que lo sustente, y constituyendo, a lo sumo, en aplicación del Régimen Disciplinario legalmente establecido en este caso, una FALTA LEVE prevista en el art.9. c): *La inasistencia al servicio que no constituya falta de mayor gravedad y el incumplimiento de la jornada de trabajo, así como las faltas repetidas de puntualidad, en los 30 días precedentes.*

Aunque haya sido sancionado finalmente por falta grave, en aplicación del tipo sancionador atenuado y residual previsto en la L.O.4/2010, el art. 8 z) quáter. : *"Aquellas acciones u omisiones tipificadas como faltas muy graves que, de acuerdo con los criterios que se establecen en el artículo 12, merezcan la calificación de graves, y sin que estas a su vez puedan ser calificadas como faltas leves."*, no cabe en el presente supuesto dicha aplicación, puesto que, en todo caso, se exigiría, en primer lugar, que los hechos puedan ser calificados legalmente como falta muy grave, lo que, como decimos, no cabe en el presente caso

Tampoco se acredita que en dicha ausencia se haya creado una situación concreta y grave de perjuicio al servicio de Policía o peligro para la ciudadanía.

- Ausencia de intencionalidad y presunción de inocencia.

Ya de antiguo vienen pronunciándose nuestros Tribunales en el sentido de que no es justo sancionar a quien obró de buena fe (S. de 15 febrero 1965).

Sobre si las infracciones administrativas, y por supuesto las disciplinarias, exigían o no el requisito de la culpabilidad, ha existido una abundante jurisprudencia. En estos momentos los tribunales aceptan sin la menor vacilación que en el derecho disciplinario rige el principio de culpabilidad con todas sus consecuencias.

El Tribunal Constitucional ha reclamado reiteradamente la extensión de este principio al ámbito administrativo, sobre la base de la interdicción de la indefensión contenida en el





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

artículo 24 de la Constitución.

Tal aplicación determina que únicamente se podrá imponer una sanción administrativa cuando haya existido una actividad probatoria de cargo con todas las garantías, incumbiendo a la administración sancionadora la carga de la prueba, que, además, habrá de motivar la resolución sancionadora con la valoración otorgada a cada medio de prueba practicado.

Todo ello es igualmente de aplicación a los expedientes disciplinarios, como es el caso.

El propio artículo 53.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, viene a sancionar este principio, en su párrafo 2. b): "A la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario".

Y el artículo 28.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público: "*Sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicasque resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa*".

Corresponde al órgano sancionador hacer una valoración LÓGICA Y NO ARBITRARIA de las pruebas que se practiquen en el procedimiento. En caso contrario, se deriva la lógica consecuencia de la obligada absolución del presunto responsable, cuando los hechos no hayan podido ser acreditados, o cuando habiendo sido probados, no resulte probada también la responsabilidad del sujeto pasivo del procedimiento.

Obviamente, no es el presunto responsable quien tiene que efectuar la prueba negativa de no comisión del hecho, sino al reclamante y al órgano actuante probar su culpabilidad. La prueba de dicha culpabilidad tiene que ser terminante, clara e indubitada, sin que quepa resquicio alguno de duda, pues de haberla debe favorecer siempre al presunto responsable.

Por ello, se exige para la imposición de una sanción disciplinaria que exista una actividad probatoria sobre la que el órgano competente pueda fundamentar un juicio razonable de culpabilidad y que sea suficiente para destruir la PRESUNCIÓN DE INOCENCIA".

El principio de presunción de inocencia, en su formulación más popular podría expresarse tal como hace el Convenio Europeo de Derechos Humanos en su artículo 6.2.: "*Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legahmente declarada*".

Todo ello es igualmente de aplicación a los expedientes disciplinarios, como es el caso.

El propio artículo 53.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, viene a sancionar este principio, en su párrafo 2. b): "A la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario".

Y el artículo 28.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público: "*Sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicasque resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa*".

Corresponde al órgano sancionador hacer una valoración LÓGICA Y NO ARBITRARIA de las pruebas que se practiquen en el procedimiento. En caso contrario, se deriva la lógica consecuencia de la obligada absolución del presunto responsable, cuando los hechos no hayan podido ser acreditados, o cuando habiendo sido probados, no resulte probada también la responsabilidad del sujeto pasivo del procedimiento.





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

Obviamente, no es el presunto responsable quien tiene que efectuar la prueba negativa de no comisión del hecho, sino al reclamante y al órgano actuante probar su culpabilidad. La prueba de dicha culpabilidad tiene que ser terminante, clara e indubitada, sin que quepa resquicio alguno de duda, pues de haberla debe favorecer siempre al presunto responsable.

Por ello, se exige para la imposición de una sanción disciplinaria que exista una actividad probatoria sobre la que el órgano competente pueda fundamentar un juicio razonable de culpabilidad y que sea suficiente para destruir la PRESUNCIÓN DE INOCENCIA".

El principio de presunción de inocencia, en su formulación más popular podría expresarse tal como hace el Convenio Europeo de Derechos Humanos en su artículo 6.2.: *"Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legahmente declarada"*.

No basta, pues, para la imposición de una sanción y las consecuencias derivadas de un ilícito administrativo, con que la infracción esté tipificada y sancionada, sino que es necesario que se aprecie en el sujeto infractor el elemento o categoría denominado "culpabilidad", element subjetivo del tipo.

Por ello, el Tribunal Supremo en materia de sanciones por infracciones administrativas, tiene precisado que la culpabilidad es la relación psicológica de causalidad entre la acción imputable y la infracción de disposiciones administrativas.

En este caso, como se ha expuesto, no hubo, en ningún caso, intención de abandonar el servicio, intencionalidad que no ha sido probada, sino presumida en contra del interesado y vulnerando el principio de presunción de inocencia.

Como consta en la propia resolución, se da por probado en base al PARECER DEL INSTRUCTOR, siendo así que, en el presente caso, el element intencional, que debe ser probado de manera indubitada, es esencial para la aplicación de la falta de abandon del servicio. Circunstancia que no se da, cuando además, el mismo hecho de haber regresado para continuar y terminar el mismo lo contradice.

- Vulneración del principio de proporcionalidad.

Anudado a todo lo expuesto, y atendidas las circunstancias concretas del caso, ya expuestas, entendemos desproporcionada la sanción impuesta, dado que se impone UN MES de suspensión de funciones cuando, todo lo más, se podría imponer una sanción de uno a cuatro días de suspensión, en virtud de lo dispuesto por el artículo 10 de la LO 4/2010, como falta leve. E incluso, bien pudo igualmente fijarse en cinco días, para el supuesto de que, contrariamente a lo defendido por esta parte, se estimara como grave.

TERCERO.-La parte apelada alega, en síntesis:

- Con respecto a la pretendida infracción del principio de legalidad y tipicidad.-

Como acertadamente razona la sentencia impugnada, el artículo 27.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre dispone: "Sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una ley". En el supuesto analizado es la Ley Orgánica 4/2010, de 20 de mayo, del Régimen Disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía la aplicable, según establece el artículo 36 de la Ley 13/2001, de 11 de diciembre, de Coordinación de Policías Locales, por lo que ninguna quiebra del principio de legalidad se ha producido.





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

En cuanto al principio de tipicidad, la sentencia objeto de recurso razona su ausencia de menoscabo atendiendo a la actuación municipal y al tenor de los dos preceptos utilizados. Así, el artículo 8.z. quáter de la L.O. 4/10. De 20 de mayo, dispone: "*Aquellas acciones u omisiones tipificadas como faltas muy graves que, de acuerdo con los criterios que se establecen en el artículo 12, merezcan la calificación de graves y sin que éstas a su vez puedan ser calificadas como faltas leves*". Puesto en relación este precepto con el artículo 7f) de la misma ley sustantiva, que establece: "*El abandono de servicio, salvo que exista causa de fuerza mayor que impida comunicar a un superior dicho abandono*". Mi mandante, atendidas las circunstancias del artículo 12, concluye calificando la infracción cometida como grave.

Consta acreditado por abundante material probatorio que el día 5 de septiembre de 2017, a las 20.05 horas el recurrente se marcha de la Comisaría de Málaga Este sin pedir permiso a ningún jefe y sin comunicárselo a ningún compañero:

-La propia declaración del recurrente (folio 46) y su informe (folio 12) en los que reconoce que se fue a esa hora y que "por despiste" no lo comunicó.

-El informe del C.P. [REDACTED] Jefe de Turno del Centro a cargo del Distrito Este (folio 9) ratificado en su declaración (folio 53)

-El informe de la unidad [REDACTED] a cargo de la distribución de los servicios (folio 10), informe que ratifica el C.P. [REDACTED] en su declaración obrante al folio 48 y el C.P. 754 en su declaración obrante al folio 55.

-El informe del "H", C.P. [REDACTED] que afirma que el recurrente sale del servicio a las 20,05 sin comunicar el motivo de su salida (folio 11) ratificándose en su declaración (folio 51).

-Por el parte del Intendente [REDACTED] que se encontraba esa tarde en la Comisaría [REDACTED] como Coordinador General del Turno de Tarde. En el citado parte (folio 2) se afirma que el recurrente se marchó del servicio sin mediar causa que lo justifique y sin dar conocimiento ni a la jefatura ni a ningún policía.

Consta acreditado también que a las 20.30 el hoy sancionado se encontraba en otro término municipal (Rincón de la Victoria) paseando a su perro por el Paseo Marítimo (en dirección este hacia el oeste, se apunta en la sentencia) cuando fue sorprendido por el Subinspector con C.P. [REDACTED] que lo interpela, encogiéndose de hombros el sancionado y continuando con su paseo (folio 41). Este encuentro y la interpelación son reconocidos por el sancionado en su declaración ante abogado, si bien manifestó no haber oído lo que le decía el subinspector al llevar auriculares.

Los hechos anteriores no sólo están acreditados sino que en su práctica totalidad existe consenso entre ambas partes en cuanto a ellos. La discrepancia principal radica en la tipificación correcta de los mismos pero no en que sucedieron así.

De esta forma, el recurrente solicitó ya en su escrito de alegaciones presentado ante el Pliego de Cargos (folios 64 y 65) que se valoraran los hechos como una falta leve de las contenidas en el artículo 9 de la L.O. 4/2010, de 20 de mayo.

En cuanto a la supuesta autorización para realizar deporte dentro de la jornada laboral, no consta acreditada en ningún momento.

En la Orden del Cuerpo 1/2017 que obra aportada en autos, constan los turnos de trabajo sin excepciones para la Patrulla [REDACTED]. En sentido contrario, el parte abierto por su superior no tendría sentido si hubiese existido esa autorización. Sus propias afirmaciones en la declaración que prestó ante el Instructor (folio 46) contradicen esta justificación. En ella afirma que "pensaba hacer deporte, como siempre, al final del turno". Resulta





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

evidente que hacer deporte al terminar el turno no precisa de permiso alguno. A estos efectos, ha de señalarse que no corresponde a la Administración, sino al sancionado, acreditar la veracidad de los hechos ofrecidos como descargo (STC 372/1993, FJ 3º), obligación que claramente incumple.

En este sentido, la Sentencia nº 523/2005, de 20 de junio, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Murcia razonaba:

"El recurrente alude a que la sentencia de instancia consideraba que "... el funcionario tiene el deber de poner en conocimiento de sus superiores la existencia de cualquier causa que le impida prestar el servicio. Y en el caso enjuiciado tal deber fue incumplido por el recurrente, pues ni comunicó que no iba a realizar el servicio, ni puso en conocimiento de sus superiores que se encontraba enfermo. (...) Pero debe observarse que la sanción impuesta en la Sentencia lo es por los motivos relatados (...) Ciertamente la sentencia apelada alude "al deber de poner en conocimiento de sus superiores" pero eso no incluye que la sanción se imponga por esa razón, sino que se impone por la aplicación del art. 39, ap. 16 de la L. 4/98. Cosa distinta es que en "obiter dicta": la sentencia apelada aluda, para mayor abundamiento, a que si la Ley alude a "negativa injustificada" la justificación a través del aviso, actividad que requiere el sentido común, hubiera vaciado el supuesto de hecho".

La configuración jurisprudencial del abandono de servicio exige que se produzca sin motivo que justifique y, generalmente, por tiempo indeterminado. Ello no obsta que pueda apreciarse en un brevísimo plazo de tiempo (STS de 14 de noviembre de 1989), si así deriva del resto de circunstancias concurrentes.

En el presente supuesto, el recurrente no ha acreditado tener permiso para abandonar su puesto y ha reconocido no haber avisado por lo que es clara su actitud consciente y finalista dirigida a la dejación absoluta del desempeño de sus funciones, fruto de una actividad volitiva y deseada.

-Con respecto a la ausencia de intencionalidad y presunción de inocencia.-

Con respecto al principio de presunción de inocencia, en el ámbito administrativo sancionador la carga de la prueba se cumplimenta mediante las actuaciones administrativas formalizadas en el oportuno expediente, la cuales no tienen solo la consideración de simple denuncia, sino que son susceptibles de servir para desvirtuar la presunción de inocencia sin necesidad de reiterar en vía jurisdiccional la actividad probatoria de cargo practicada en el expediente administrativo (STC 76/90, de 26 de abril 212/90, de 20 de diciembre), al que la Administración ha de aportar los elementos probatorios que sirvan de soporte al supuesto de hecho cuya calificación se pretende (STC 14/1997, de 28 de enero).

Desde esta perspectiva, hemos analizado en el expositivo anterior el abundante material probatorio que incluye la propia aceptación (con algún matiz) por parte del recurrente de los hechos, cuestionándose tan solo de contrario su calificación, por lo expuesto, difícilmente puede estar atentándose al principio de presunción de inocencia.

Como acertadamente razona la sentencia impugnada, FJ 3º: *"(...) el recurrente nunca negó el hecho de ser visto por un superior, el subinspector [REDACTED] cuando estaba corriendo por las inmediaciones del Arroyo Granadilla, en el municipio del Rincón de la Victoria y viniendo desde el este hacia el oeste, es decir de vuelta del*





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

recorrido que estaba haciendo. Nunca negó que a esa hora tuviese horario de servicio según sus estadillos; y en su demanda tampoco negó los avisos de los compañeros que hicieron que se presentase en las dependencias policiales pues así lo reconoció en su declaración unida al folio 46, declaración prestada, además, a presencia de su abogado".

En cuanto a la intencionalidad en la comisión de la infracción aparece claramente acreditada con la conducta probada de abandono de forma subrepticia del puesto de trabajo, sin comunicación a jefes ni compañeros, probablemente aprovechando la circunstancia de que su compañero sí terminaba el turno a las 20 horas. También consta en el hecho probado que el abandono se produce para dirigirse a otro término municipal para dedicarse a actividades de ocio personal que no dejan entrever ningún ánimo de regresar. De igual forma se aprecia cuando es interpelado por un superior y según éste manifiesta se limitó a encogerse de hombros. Es sólo ante las repetidas llamadas de advertencia provenientes de la Comisaría cuando se decide a regresar. La intencionalidad de abandonar el servicio sin avisar es clara y evidente y la de no regresar también, generando con esta conducta un potencial peligro para la seguridad ciudadana.

En este sentido, la Sentencia impugnada razonaba en el FJ 3º, pár. 3º: *"En cuanto a la intencionalidad, dando aquí por transcrito el art. 12 de la L.O. 4/2010, de 20 de mayo, este juzgador en la instancia considera que, como se indicó en la resolución sancionadora, nadie está fuera de su trabajo "sin querer" estarlo. El actor, de forma voluntaria y consciente, se marchó del mismo sin tener permiso para ello y sin avisar a sus superiores (como ya se dijo más arriba, ni un solo medio documental presentó el actor para probar dichas posibilidades), con lo que la intencionalidad de no cumplir con su trabajo y deber como funcionario público era evidente".*

-En cuanto a la vulneración del principio de proporcionalidad.-

Si se tiene en cuenta que para la falta muy grave de abandono de servicio, se decide por el instructor la aplicación del artículo 8.z quater de la L.O. 4/2010, de 20 de mayo que prevé la calificación como grave, de acuerdo con los criterios que se establecen en el artículo 12, difícilmente cabe hablarse de falta de proporcionalidad.

Máxime si se tiene en cuenta que la sanción impuesta es de UN MES de suspensión de funciones y las sanciones previstas en la ley citada para las infracciones muy graves son (artículo 10):

- Traslado forzoso.
- Separación del Servicio.
- Suspensión de funciones desde tres meses y un día a seis años.

CUARTO.- La sentencia impugnada, tras exponer la posición de las partes, contiene la siguiente fundamentación:

"...SEGUNDO. Cuando la administración ejerce estas potestades represivas, se vuelve contra ella el carácter revisor de la jurisdicción contenciosoadministrativa pues, como dice el Tribunal Constitucional, STC 175/2007 de 23 julio, FJ 6, la privación de posibilidades de defensa del interesado en el procedimiento administrativo no queda subsanada por la interposición y tramitación posterior de un recurso contencioso-administrativo en el que se haya podido alegar y probar lo que convenga al recurrente, ni tratarse éste de un proceso sancionador en el que actúe el ius puniendi del Estado





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

(como sí ocurre en el ámbito penal), sino sólo de un proceso de revisión de un acto administrativo de imposición de una sanción.

Las sanciones administrativas son siempre impuestas por la Administración pública y los ciudadanos tienen derecho, en consecuencia, a que sean declaradas en un procedimiento administrativo sancionador en el que se garantice el ejercicio sin trabas de todas sus posibilidades de defensa. Como se declaró en la STC 89/1995 (RTC 1995\89) (fundamento jurídico 4o), «no existe un proceso Contencioso Administrativo sancionador en donde haya de actuarse el ius puniendi del Estado, sino un proceso administrativo cuyo objeto lo constituye la revisión de un acto administrativo de imposición de una sanción», de modo que, se señala, nunca podrá concluirse que sean los Tribunales Contencioso-Administrativos quienes «condenen», al administrado «sino, antes al contrario, la sanción administrativa la irroga la Administración Pública en el uso de sus prerrogativas constitucionales». De otra manera no se respetaría la exigencia constitucional de que toda sanción administrativa «Se adopte a través de un procedimiento que respete los principios esenciales reflejados en el art. 24 de la Constitución (RCL 1978\2836)» (STC 125/1983 [RTC 1983\125], fundamento jurídico 3o).

Por ello, la actividad probatoria de cargo desplegada por la Administración debe ser suficiente para enervar la presunción de inocencia. Tiene reiteradamente establecido el TC (e igualmente el Tribunal de Derechos Humanos, sentencias de 8 junio 1976 asunto Engel y otros, de 21 febrero 1984 asunto Oztürk, de 28 junio 1984 asunto Cambell y Fell, de 22 mayo 1990 asunto Weber, de 27 agosto 1991 asunto Demicoli, de 24 febrero 1994 - asunto Bendenoum) que los principios y garantías constitucionales del orden penal y del proceso penal han de observarse, con ciertos matices, en el procedimiento administrativo sancionador y, así el derecho a la presunción de inocencia (SSTC 13/1982 y 37/1985, 42/1989, 76/1990, y 138/1990), que ha sido incorporado por el legislador a la normativa reguladora del procedimiento administrativo común (Título IX de la L 30/1992 de 26 noviembre), rige sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, sean penales, sean administrativas pues el ejercicio del ius puniendi, en sus diversas manifestaciones está condicionado por el art. 24.2 de la Constitución al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones. En tal sentido, el derecho a la presunción de inocencia, expresamente recogido en la LRJ y PAC, artículo 137, comporta: que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba (onus probandi) corresponda a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia; y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio.

Siendo esencial la garantía procedimental, en que el expedientado no vea relativizado su derecho a audiencia, práctica de prueba en legal forma, etc.. En palabras de la STC 3/1999, la exigencia de que el implicado disfrute de una posibilidad de defensa previa a la toma de decisión y, por ende, que la Administración siga un procedimiento en el que el expedientado tenga oportunidad de aportar y proponer las pruebas de que estime pertinentes y alegar lo que a su derecho convenga (SSTC 18/1987, 2/1987, 229/1993, y 56/1998, la vigencia del derecho a la utilización de los medios pertinentes para la defensa (SSTC 12/1995, 212/1995, 120/1996, 127/1996 y 83/1997), del que se deriva que





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

vulnera el art. 24.2 la denegación inmotivada de una determinada prueba (STC 39/1997), así como la prohibición de utilizar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales (STC 127/1996)".

Ello sin perjuicio, por una lado, de la validez de la prueba indiciaria, puesto que como dice la STS, Sala 3a, de 5 de abril de 2006 recuerda la doctrina constitucional sobre la adecuación de la prueba indiciaria al derecho fundamental a la presunción de inocencia. Se señala, así, que "el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria; pero para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados no puede tratarse de meras sospechas y se debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora; pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el producto deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo.

Y por otro lado, de que una vez se aporte por la Administración prueba de cargo bastante pase a la parte recurrente la carga de probar lo que dice, para fundar su irresponsabilidad STS 4 marzo 2004, 4 noviembre 2003 y 10 diciembre 2002, Ar. 2116, 8022 y 2465/03, respectivamente, y STC 129/03

TERCERO. Descendiendo al supuesto objeto de la presente litis, atendido los folios señalados por la Abogada municipal, el recurrente nunca negó el hecho de ser visto por un superior, el subinspector [REDACTED] cuando estaba corriendo por las inmediaciones del Arroyo Granadilla, en el municipio de Rincón de la Victoria y viniendo desde el este hacia el oeste, es decir de vuelta del recorrido que estaba haciendo. Nunca negó que a esa hora tuviese horario de servicio según sus estadillos; y en su demanda tampoco negó los avisos de los compañeros que hicieron que se presentase en las dependencias policiales pues así lo reconoció en su declaración unida la folio 46, declaración prestada, además, a presencia de su abogado. Dicho con todos los respetos y a los solos efectos de la presente resolución, el art. 24.2 de la CE cuando prevé que nadie puede ser obligado a no declarar contra sí mismo y a declararse culpable, no prevé el insulto a la razón y a la lógica de los hechos. El recurrente fue observado por un compañero y superior mientras estaba haciendo actividades deportivas FUERA de su horario laboral. Y lo anterior, sin avisar ni contar con autorización pues ninguno de sus documentos probaban dichos dos extremos fácticos que hubiesen sido claramente eximentes. Con tal prueba, para este juzgador en la presente instancia consta prueba plena para vencer el principio de presunción de inocencia que el actor reclamaba como menoscabado, siendo temeraria la negación de los hechos y la pretendida vulneración del principio de inocencia que esgrimió como uno de sus principales motivos de pedir.

En cuanto a la tipicidad, se ha de recordar a la asistencia jurídica del recurrente que, como finalmente ha tenido eco legislativo en el art. 27.1 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre, "sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una Ley". Y en el caso que nos ocupa, en el tipo infractor "in abstracto" administrativo previsto en el art. 8.z) quarter de la LO 4/2010 de 20 de mayo Régimen Disciplinario del Cuerpo Nacional de





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

Policía, se consideraba como una infracción grave "z) quáter. Aquellas acciones u omisiones tipificadas como faltas muy graves que, de acuerdo con los criterios que se establecen en el artículo 12, merezcan la calificación de graves, y sin que estas a su vez puedan ser calificadas como faltas leves.". Si se pone en relación dicho precepto con el art. 7.f) de la misma Ley sustantiva "El abandono de servicio, salvo que exista causa de fuerza mayor que impida comunicar a un superior dicho abandono.", el estimar por la administración municipal hoy recurrida que el abandono del actor, atendidos las circunstancias del art. 12 se podía calificar en vez de sanción muy grave como solamente grave, ni de lejos menoscaba el principio de tipicidad.

En cuanto a la intencionalidad, dando aquí por transcrito el art. 12 de la LO 4/2010, este juzgador en la instancia considera que, como se indicó en la resolución sancionadora, nadie está fuera de su trabajo "sin querer" estarlo. El actor, de forma voluntaria y consciente, se marchó del mismo sin tener permiso para ello y sin avisar a sus superiores (como ya se dijo más arriba, ni un solo medio documental presentó el actor para probar dichas posibilidades), con lo que la intencionalidad de no cumplir con su trabajo y deber como funcionario público era evidente. Y al marcharse así, aun cuando no tuviese antecedentes de anteriores infracciones por abandonos del servicio, significaba el peligro abstracto de dicho abandono en esta ocasión que sí ha sido descubierto. Peligro para la seguridad ciudadana y normal funcionamiento de la administración toda vez que, el recurrente no estaba en su puesto de trabajo y destino en las horas que le eran debidas. No es necesario que dicha infracción, de peligro abstracto, se concrete en algún menoscabo exacto y palpable. Es el solo incumplimiento de su deber mediante al abandono injustificado y no comunicado el que genera el riesgo para la labor policial que asumió voluntariamente al hacerse agente de la Policía Local de la ciudad de Málaga y, encontrarse en horario de trabajo, corriendo por el término municipal de otro municipio de la provincia.

Por lo que se refiere a la proporcionalidad, calificados los hechos conforme una falta grave del art. 8.z) quarter, solo cabía imponer una sanción conforme el art. 10.2 de la LO 4/2010, consistentes en suspensión de funciones desde cinco días a tres meses. Con tal arco sancionador, atendidas las circunstancias apreciadas y probadas dichas más arriba, la palmaria mendacidad del recurrente, siendo evidente la mendacidad, y el menoscabo que esta situación generaba para los principios de disciplina, jerarquía y subordinación (al mandar a paseo la orden de sus superiores en cuanto al servicio y horario encomendado para irse a hacer deporte en su localidad de residencia fuera de la ciudad para la que sirve como funcionario público), hacen más que proporcionada (por no decir benévola) la sanción de un mes de suspensión de empleo y sueldo que le fuera impuesta al actor.

En cuanto al cambio de jefatura de policía de Málaga Este a la [REDACTED] que decía el actor se le había impuesto, para nada viene ni detallada ni referida en la resolución que se impugna, por lo que no procede hacer pronunciamiento alguno sobre dicho traslado, que no sanción, atendido el carácter meramente revisor de la presente jurisdicción.

En consecuencia, considerando conforme a derecho la resolución disciplinaria impuesta al recurrente [REDACTED] solo cabe la completa desestimación del recurso sin necesidad de más razones....".





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

QUINTO.- El principio de legalidad de las sanciones e infracciones está recogido por el artículo 25.1 de nuestra Carta Magna, que establece que nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyen delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente.

El recurrente ha sido sancionado por la comisión de una falta grave de Artículo 8. Faltas graves.

Son faltas graves:

z) quáter. Aquellas acciones u omisiones tipificadas como faltas muy graves que, de acuerdo con los criterios que se establecen en el artículo 12, merezcan la calificación de graves, y sin que estas a su vez puedan ser calificadas como faltas leves.

Por tanto la norma se relaciona por arriba con el Artículo 7. Faltas muy graves.

Son faltas muy graves:

f) El abandono de servicio, salvo que exista causa de fuerza mayor que impida comunicar a un superior dicho abandono.

Ello en relación con el Artículo 12. Criterios de graduación de sanciones.

Para la graduación de la sanción que se vaya a imponer, y actuando bajo el principio de proporcionalidad, se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

a) La intencionalidad.

b) La reincidencia. Existe reincidencia cuando el funcionario, al cometer la falta, ya hubiera sido anteriormente sancionado en resolución firme por otra falta de mayor gravedad o por dos de gravedad igual o inferior y que no hayan sido canceladas.

A los efectos de la reincidencia, no se computarán los antecedentes disciplinarios cancelados o que debieran serlo.

c) El historial profesional, que, a estos efectos, sólo podrá valorarse como circunstancia atenuante.

d) La incidencia sobre la seguridad ciudadana.

e) La perturbación en el normal funcionamiento de la Administración o de los servicios que le estén encomendados.

f) El grado de afectación a los principios de disciplina, jerarquía y subordinación.

g) En el caso del artículo 7. b) y 8. y) se valorará específicamente la cuantía o entidad de la pena impuesta en virtud de sentencia firme, así como la relación de la conducta delictiva con las funciones policiales.

Y se relaciona por abajo con el Artículo 9. Faltas leves.

Son faltas leves:

c) La inasistencia al servicio que no constituya falta de mayor gravedad y el incumplimiento de la jornada de trabajo, así como las faltas repetidas de puntualidad, en los 30 días precedentes.

La sentencia estima que Y en el caso que nos ocupa, en el tipo infractor "in abstracto" administrativo previsto en el art. 8.z) *quarter* de la LO 4/2010 de 20 de mayo Régimen Disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía, se consideraba como una infracción grave

z) quáter. Aquellas acciones u omisiones tipificadas como faltas muy graves que, de acuerdo con los criterios que se establecen en el artículo 12, merezcan la calificación de graves, y sin que estas a su vez puedan ser calificadas como faltas leves." Si se pone en relación dicho precepto con el art. 7.f) de la misma Ley sustantiva "El abandono de





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

servicio, salvo que exista causa de fuerza mayor que impida comunicar a un superior dicho abandono.", el estimar por la administración municipal hoy recurrida que el abandono del actor, atendidos las circunstancias del art. 12 se podía calificar en vez de sanción muy grave como solamente grave, ni de lejos menoscaba el principio de tipicidad.

Sin embargo lo discutido es si la calificación correcta es como falta grave o falta leve. Sobre el abandono de servicio dice la STS 4/12/2001, Recurso de Casación núm. 8116/1997 en su FD 2º dice:

Ha sido la jurisprudencia de esta Sala, en reiteradas sentencias (14 de febrero, 7 de noviembre 1984, 14 de noviembre de 1985, 23 de diciembre de 1986, 11 de abril de 1988 y 17 de julio de 1990, entre otras) la que ha señalado que la falta muy grave de abandono de servicio requiere para su apreciación dos elementos fundamentales: a) Una falta total y continuada de asistencia al servicio a que está obligada por su condición de funcionario. b) Una dejación absoluta de sus obligaciones funcionariales.

Dado que la sentencia señala que *El recurrente fue observado por un compañero y superior mientras estaba haciendo actividades deportivas FUERA de su horario laboral, no se dan los requisitos reseñados para calificar la conducta como constitutiva de una falta de abandono de servicio, y su correcta tipificación es la de falta del art. Artículo 9. Faltas leves. c) ... el incumplimiento de la jornada de trabajo...* puesto que existen varios testimonios sobre que el recurrente el día 5 de septiembre de 2017, a las 20.05 se marcha de la Comisaría de Málaga Este sin pedir permiso a ningún jefe y sin comunicárselo a ningún compañero, estando el tipo subjetivo de la infracción suficientemente motivado, en la propia motivación de la infracción superior que hace la Administración, y ratifica el Juzgado: *El actor, de forma voluntaria y consciente, se marchó del mismo sin tener permiso para ello y sin avisar a sus superiores (como ya se dijo más arriba, ni un solo medio documental presentó el actor para probar dichas posibilidades), con lo que la intencionalidad de no cumplir con su trabajo y deber como funcionario público era evidente.*

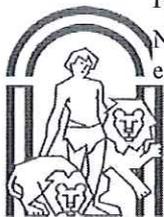
En conclusión, la actuación administrativa es ilegal y debe ser anulada y sustituida por la correcta calificación indicada, a sancionar conforme al Artículo 10. Sanciones, ofrece un margen de discrecionalidad, cuando dice que 3. *Las sanciones que pueden imponerse por la comisión de faltas leves son:*

- a) La suspensión de funciones de uno a cuatro días, que no supondrá la pérdida de antigüedad ni implicará la inmovilización en el escalafón.*
- b) El apercibimiento.*

Atendiendo a que recoge la sentencia que *en su demanda tampoco negó los avisos de los compañeros que hicieron que se presentase en las dependencias policiales pues así lo reconoció en su declaración unida al folio 46, declaración prestada, además, a presencia de su abogado*

Procede imponer la suspensión de cuatro días.

No cabe olvidar al respecto que el despliegue de la revisión jurisdiccional puede incidir en el control de la sanción administrativa aplicada. El estándar del control plenario no





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

solo obliga a fiscalizar los supuestos fácticos en que se apoya el ejercicio de la prerrogativa y calificación, sino que se extiende a la determinación misma de la sanción determinada, que es el efecto y consecuencia de su ejercicio, del control sobre los hechos y su calificación.

SÉPTIMO.- La estimación del recurso de apelación determina que proceda la imposición de costas (art. 139.2 Ley 29/98) y la estimación parcial del recurso contencioso-administrativo que tampoco proceda imponer las costas de instancia (art. 139 1 Ley 29/98, en redacción dada por Ley 37/2011).

FALLO

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

PRIMERO.- Estimar el presente recurso de apelación promovido en nombre de [REDACTED] contra la sentencia nº 455/2020, de 15 de diciembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº SEIS de MÁLAGA, al PA 259/18, que revocamos.

SEGUNDO.- Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo promovido en nombre de [REDACTED] declarando en parte no conforme a derecho la resolución del Ayuntamiento de Málaga, Director General de Recursos Humanos, Calidad y Seguridad por delegación de la Junta de Gobierno Local, de 15 de febrero de 2018, sustituyendo la calificación de la falta y sanción impuesta en la misma, por ser la conducta del recurrente una falta leve y la sanción a imponer de cuatro días de suspensión.

TERCERO.- Sin imponer el pago de las costas en ninguna instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer, en su caso, recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo si pretende fundarse en infracción de normas de derecho estatal o de la Unión Europea que sean relevantes y determinantes del fallo impugnado o ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con la composición que determina el art. 86.3 de la Ley Jurisdiccional si el recurso se fundare en infracción de normas de derecho autonómico; recurso que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de treinta días contados desde el siguiente a la notificación de la presente sentencia mediante escrito que reúna los requisitos expresados en el art. 89.2 del mismo Cuerpo Legal.

Remítase testimonio de la presente resolución al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de procedencia, para su ejecución.

Lo mandó la Sala y firman los Magistrados/a Ilmos/a. Sres/a. al encabezamiento reseñados.





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, estando la Sala celebrando audiencia pública, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

