

ANA MOLERES MURUZABAL
PROCURADOR DE LOS TRIBUNALES

10 FEB. 2015

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA

NOTIFICADO

MARÍA DE LOS ÁNGELES GONZÁLEZ GÓMEZ
ABOGADO
DOCTOR EN DERECHO
Tfno: 687710852

ABOGADOANGELESGONZALEZ@GMAIL.COM

Rollo de apelación nº 12014

Parte apelante:

Representante de la parte apelante: ANA MOLERES MURUZABAL

Parte apelada: DEPARTAMENT D'INTERIOR DIRECCIÓ GENERAL DE LA POLICIA

Representante de la parte apelada: LLETTRAT DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA

SENTENCIA Nº 12015

Ilmos. Sres.:

PRESIDENTE

D. EDUARDO BARRACHINA JUAN

MAGISTRADOS

D^a. M^a LUISA PÉREZ BORRAT

D^a MARÍA ABELLEIRA RODRÍGUEZ

En la ciudad de Barcelona, a ocho de enero de dos mil quince

VISTO POR LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SECCIÓN CUARTA), constituida para la resolución de este recurso, arriba reseñado, ha pronunciado en el nombre del Rey, la siguiente Sentencia.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Don Eduardo Barrachina Juan, quien expresa el parecer de la SALA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 19/11/2013 el Juzgado Contencioso Administrativo nº 2 de Barcelona, en el Procedimiento Abreviado seguido con el número 1234/2013, dictó Sentencia desestimatoria del recurso interpuesto contra la Resolución de fecha 14/11/2012 por la que se impuso al recurrente una sanción de un mes de suspensión de empleo y sueldo. Con expresa imposición de costas.

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia, se interpuso recurso de apelación, siendo admitido por el Juzgado de Instancia, con remisión de las actuaciones a este Tribunal, correspondiendo su conocimiento a esta Sección.

TERCERO.- Desarrollada la apelación, finalmente se señaló día y hora para votación y fallo, que tuvo lugar el 7 de enero de 2015.

CUARTO.- En la sustanciación del presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 de Barcelona, de fecha 19 de noviembre de 2013, que desestimó el recurso interpuesto contra la sanción impuesta al recurrente, de suspensión de un mes de funciones, con pérdida de retribuciones, por la comisión de una falta grave tipificada en el apartado a) del artículo 69 de la Ley 10/1994.

En la sentencia impugnada se relata la conducta del recurrente, consistente en entregar el día 11 de marzo de 2014 el comunicado de alta médica de fecha 10 de marzo de 2014 cuando en la Instrucción 7/2001, se especifica que debe entregarse en el plazo máximo de veinticuatro horas a partir de la fecha de emisión del certificado. Se remite a la carta de 10 de marzo de 2014 donde se recordaba dicha obligación. Se destaca que el viernes 7 de marzo de 2014 se cierra la oficina a las 15'30, de lo que se deduce, en función de la declaración testifical que o bien se presentó el mismo 11 de marzo fuera ya del plazo indicado o el lunes 14 de marzo.

En el recurso de apelación, brevemente expuesto, se remite a los principios inspiradores del orden penal, la presunción de inocencia, pues la carga de la prueba corresponde a la Administración Pública, la inseguridad o irregularidad en el sello o estampado del documento presentado, pues los documentos del viernes se sellan el lunes próximo, lo que supone que llegan a ese mismo lunes sin sello ni fecha alguna. No hubo previa orden formal anterior, sino sólo una información o recordatorio remitida a todos los funcionarios acerca del plazo para presentar el documento de alta médica. Insiste en que dicho documento se presentó el viernes día 1 de de dentro del plazo establecido. Se añade la falta de tipicidad, pues no hubo desobediencia a un superior, sino, en todo caso, retraso o descuido, ni tampoco hubo orden alguna. Por último, razona la vulneración del principio de proporcionalidad, así como la falta de motivación de la sanción impuesta, en atención a las circunstancias de graduación del principio de proporcionalidad. Subsidiariamente solicita que la conducta sea considerada falta leve.

En el escrito de oposición al recurso de apelación, se alega que el mismo no consiste en la repetición de argumentos aportados en primera instancia, sino en la crítica de la sentencia impugnada.

SEGUNDO. Este Tribunal ha llevado a cabo una valoración conjunta de las alegaciones y razonamientos jurídicos que se expresan en el recurso de apelación, escrito de oposición al recurso, en relación con la sentencia impugnada, para llegar a la conclusión de que la acción jurisdiccional debe prosperar por los siguientes motivos.

Aparte de grave irregularidad de inseguridad que supone presentar un documento en una oficina que cierra los viernes a las 15'30 horas, sin que dicho documento pueda ser sellado o estampado la fecha y hora, lo más grave que se aprecia en el presente caso y que es oportunamente denunciado en el amplio y detallado escrito de recurso de apelación, es la vulneración del principio de tipicidad, por lo que se dirá a continuación.

El apartado a) del artículo 69 de la Ley 10/1994 tipifica la siguiente conducta:

La desobediencia als superiors en l'exercici de les funcions i l'incompliment de les ordres rebudes.

Pero en la resolución sancionadora se declaró probado que el recurrente incumplió los plazos establecidos en la Instrucción 7/2001, sobre incapacidades temporales e indisposiciones de los funcionarios del cuerpo de Mossos d'Esquadra, en la entrega del documento relacionado con el período de incapacidad temporal.

Por lo tanto, si comparamos la conducta sancionada y la norma elegida, claramente resulta que el presupuesto fáctico valorado por la Administración Pública sancionadora, no se ajusta al contenido ni tampoco a la finalidad de la norma anteriormente expuesta.

La tipicidad requiere la precisa definición de la conducta que la ley considera constitutiva de la infracción, y la igualmente precisa definición de la sanción que pueda imponerse, siendo, en definitiva, medio de garantizar el principio constitucional de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución), y de hacer realidad junto a la exigencia de una *lex previa*, la de una *lex certa*.

Consecuentemente, tanto las conductas ilícitas como las sanciones correspondientes han de quedar predeterminadas mediante preceptos jurídicos que permitan predecir con suficiente certeza, las conductas que constituyan infracción y las sanciones aplicables. Por otra parte, la calificación de la infracción administrativa no es una facultad discrecional de la Administración, sino propiamente un actividad jurídica de aplicación de las normas que exige como presunto objetivo el encuadramiento o subsunción de la falta en el tipo predeterminado legalmente, rechazándose criterios de interpretación extensiva o analógica

Por tanto, la cuestión planteada se reduce a determinar si la descripción de los hechos constitutivos de la infracción se incardinan con suficiente precisión en la normativa que se dice infringida, a fin de asegurar la función de garantía del tipo, teniendo en cuenta que el requisito de la tipicidad desplaza en el ámbito sancionador conductas no subsumibles en la previsión de la norma, a pesar de su aparente antijuridicidad en relación con los propios límites del tipo.

Expuesto lo anterior, es de hacer notar la ausencia de fundamentación del motivo, si tenemos en cuenta que la norma elegida no se ajusta a la descripción de los hechos considerados falta disciplinaria, pues no entra en el pormenor de cada de las conductas particulares, contradice los fundamentos de la resolución sancionadora.

Además, al exigir el tipo que la falta de consideración sea "grave", no basta con una actitud de mero retraso o descuido, sino que es preciso que la el pretendido incumplimiento alcance el grado necesario para merecer el carácter de *grave*, lo que ha de resultar del contexto en que se produjeron los hechos, relacionados siempre en el momento de graduación de la sanción, con el principio de proporcionalidad, cuyas circunstancias valorativas, propias de dicho principio, deben ser valoradas, expuestas y debidamente razonadas.

Como ya se expresó en la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2012 (1296/2011), el ámbito del tipo no puede ampliarse de forma tan desmesurada que comprenda hechos o valoración de conductas que no se ajusten exactamente a la verdadera tipicidad de la conducta sancionada. En caso contrario se produciría una grave vulneración del principio de seguridad jurídica.

En otra sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2014 (667/2013), también se ha expresado, que *la exigencia de que se haga constar los dos elementos de los que depende la aplicación de cualquier norma sancionadora (entidad del hecho y circunstancias personales del culpable) deben conjugarse, en su distinta jerarquía valorativa, y han de ponderarse, con distinta intensidad y cualificación cada uno de ellos.*

En otros términos, no es preciso la concurrencia de los dos elementos, sino una valoración total del hecho para mejor proporcionar la sanción a la conducta declarada probada. Por ello cuando la gravedad del injusto presenta una duda razonable sobre las irregularidades de recepción de documentos, así como la posible reducción o anulación de la sanción impuesta, el contenido de la norma sancionadora no puede estar condicionada a la existencia de circunstancias personales del funcionario objeto de expediente disciplinario, pues dichas circunstancias siempre han de operar en el marco de la culpabilidad para la gravedad del hecho cometido. Esta jurisprudencia se apoya en la exigencia de la doble concurrencia de los elementos que propician la reducción en la penalidad.

Estamos ante un una falta disciplinaria de las denominados de omisión propia. Por ello, conforme a la muy reiterada doctrina, debemos contemplar la concurrencia de los tres elementos:

- a) Existencia de una situación prevista en la ley y, por ello, típica .
- b) La ausencia del comportamiento que era impuesto según la norma.

c) Que el sujeto tenga la capacidad para realizar ese comportamiento. A lo que ha de añadirse el elemento subjetivo con sus componentes cognitivo y volitivo. La situación típica es la referida anteriormente. Ahora bien, la posible no realización de ese comportamiento, máxime, ante las irregularidades de recepción de documentos, para que pueda considerarse antijurídico, y subsumible en el tipo sancionadora de referencia antes citado, exige, además de que el sujeto tenga posibilidad real y efectiva de cumplimiento del plazo de entrega del documento de alta médica en el veinticuatro horas después de la fecha de emisión.

También procede traer a colación la doctrina del Tribunal Constitucional principalmente referida a la interpretación de la norma penal y la subsunción del supuesto de hecho en el precepto de aplicación. De este modo, en la sentencia de 2 de diciembre de 2013 (5652/2012), se afirma lo siguiente: *Como decíamos en la STC 153/2011, de 17 de octubre, FJ 8 : "En relación con el principio de legalidad penal este Tribunal viene declarando (por todas STC 91/2009, de 20 de abril, FJ 6) que tal principio supone que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que no constituyan delito o falta según la legislación vigente en el momento de realización de tales conductas. Se quiebra así el derecho cuando la conducta enjuiciada, la ya delimitada como probada, es subsumida de un modo irrazonable en el tipo penal que resulta aplicado, bien por la interpretación que se realiza de la norma, bien por la operación de subsunción en sí. En tales supuestos la condena resulta sorpresiva para su destinatario y la intervención penal es, amén de contraria al valor de la seguridad jurídica, fruto de una decisión judicial que rompe el monopolio legislativo en la definición de las conductas delictivas (por todas, STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 6). En el examen de razonabilidad de la subsunción de los hechos probados en la norma penal el primero de los criterios está constituido por el respeto al tenor literal de la norma, y la consiguiente prohibición de la analogía in malam partem.*

En el presente caso, es evidente que la conducta del recurrente, aún admitiendo de forma hipotética que hubiese incumplido el plazo de entrega anteriormente expresado, no puede tipificarse en la norma elegida por la Administración Pública, pues no se ha acreditado una desobediencia abierta, clara y terminante a los superiores del recurrente y más aún en el ejercicio de sus funciones de policía, ni mucho incumplimiento a ninguna orden recibida que hubiese podido recibir con el contenido y finalidad de obligarle a llevar a cabo una determinada conducta. En modo alguno aquel recordatorio o información sobre los plazos de presentación del documento de alta médica, puede considerarse una orden, en el

sentido jerárquico e imperativo de la expresión, pues fue una información general y no particular a ningún funcionario del Cuerpo de Mossos d'Esquadra.

Por todo lo expuesto llegamos a la conclusión de que el principio de tipicidad exige una exacta y minuciosa exactitud de relación entre la norma sancionadora y la conducta valorada a efectos disciplinarios, sin que quepa llevar a cabo interpretaciones amplias o consideraciones vagas y generales, que desnaturalizarían por completo no sólo dicho principio constitucional, sino el de seguridad jurídica, protegido en el artículo 9.3 de la Constitución.

En consecuencia, estimamos el bien razonado recurso de apelación, y revocamos la sentencia impugnada, sin imposición de costas a los efectos prevenidos en el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, por no concurrir los requisitos exigidos para ello.

FALLAMOS

1º Estimamos el recurso de apelación interpuesto con la sentencia impugnada, que revocamos, al tiempo que anulamos la sanción disciplinaria impuesta al recurrente, con todos los pronunciamientos funcionariales que le sean favorables.

2º No imponemos costas.

Notifíquese la presente resolución en legal forma, haciendo saber a las partes que contra la misma no cabe interponer recurso de casación ordinario, y verificado remítase testimonio de la presente resolución al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución.

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