

Tribunal Superior de Justicia de Madrid
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Séptima
C/ General Castaños, 1 , Planta Baja - 28004
Tlfs. 914934767-66-68-69
33009730
NIG: 28.079.00.3-2016/0003202



Procedimiento Ordinario 00000

Demandante: D./Dña. _____

PROCURADOR D./Dña. JOSE JAVIER FREIXA IRUELA

Demandado: MINISTERIO DEL INTERIOR. DIRECCIÓN GENERAL DE LA POLICÍA
Sr. ABOGADO DEL ESTADO

SENTENCIA Nº 00000

Presidente:

D./Dña. Mª JESUS MURIEL ALONSO

Magistrados:

D./Dña. ELVIRA ADORACION RODRIGUEZ MARTI

D./Dña. IGNACIO DEL RIEGO VALLEDOR

D./Dña. SANTIAGO DE ANDRÉS FUENTES

D./Dña. JOSÉ FELIX MARTÍN CORREDERA

En la Villa de Madrid a diecisiete de julio de dos mil diecisiete.

Vistos por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Séptima) los autos del procedimiento 000000, interpuesto por Don _____, representado por el Procurador Don José Javier Freixa Iruela, contra la resolución de la División de Personal de la Dirección General de Policía, de 11 de enero de 2016, que desestima recurso de alzada contra Resolución del Comisario Provincial Jefe de San Sebastián de 14 de julio de 2015, que impone sanción de suspensión de funciones de dos días.

Ha sido demandada la Administración del Estado, representada por el Abogado del Estado.

Es ponente Don Ignacio del Riego Valledor, magistrado de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso, se reclamó el expediente a la Administración y siguiendo los trámites legales, se emplazó a la parte recurrente para que formalizase la demanda, lo que verificó alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó con la solicitud de una sentencia por la que se declare no conforme a derecho la resolución recurrida, y se anule la sanción, con imposición de costas a la demandada.

SEGUNDO. El Abogado del Estado, en representación de la Administración demandada, se opone a la demanda de conformidad con los hechos y fundamentos que invoca interesando que se dicte sentencia que desestime el recurso y confirme en todos sus extremos la resolución recurrida.

TERCERO. Acordado el recibimiento a prueba, fue propuesta y practicada con el resultado obrante en la pieza separada abierta al efecto.

Conclusas las actuaciones, se señaló para la votación y fallo el día 12 de Julio de 2017, fecha en la que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impone sanción de separación de funciones de dos días por falta leve del artículo 9.a de la LO 4/2010, “retraso o la negligencia en el cumplimiento de las funciones y órdenes recibidas”. El demandante solicita la anulación de dicha sanción, considerando quebrado el principio de presunción de inocencia, así como producidas irregularidades procedimentales en la tramitación del expediente, señaladamente la práctica de pruebas testificales sin contradicción, que le han causado indefensión; niega que se den

los elementos del tipo infractor y la vulneración del principio de proporcionalidad.

SEGUNDO.- No son atendibles las alegaciones relacionadas con el principio de presunción de inocencia o la ausencia de contradicción en la práctica de las pruebas, pues en realidad ninguna duda existe sobre la secuencia de hechos, únicamente sobre su interpretación, siendo de resaltar que en la tramitación del expediente el actor presentó voluntariamente su declaración por escrito, manifestando que nada tenía que añadir a ella.

Sin perjuicio de la profusión de detalles innecesarios incluidos en dicha declaración, leída la misma, y sin necesidad de acudir a otros elementos probatorios, no queda duda acerca de los aspectos esenciales que luego condujeron a la sanción: que se había ordenado el traslado de un extranjero desde _____ al Centro de Internamiento de Madrid; que para dicha conducción se designaron dos funcionarios policiales, uno de ellos el actor. Que el actor intentó gestionar el pago del anticipo de las indemnizaciones por razón del servicio que le correspondía, lo que no pudo verificar porque cuando quiso realizar la gestión el departamento correspondiente se encontraba cerrado. Que el actor informó a su superior que no realizaría el traslado si no cobraba dicho anticipo por adelantado, y que vista la negativa finalmente se designó a otro funcionario que se hizo cargo del mismo, para lo cual hubo que llevar a cabo una reorganización del servicio.

TERCERO.- El artículo 19 del Real Decreto 462/2002, de 24 de mayo, sobre indemnizaciones por razón del servicio regula el derecho de anticipo y justificación de la indemnización:

1. El personal a quien se encomiende una comisión de servicio de las reguladas en el artículo 3 del presente Real Decreto tendrá derecho a percibir por adelantado el importe aproximado de las dietas, pluses, residencia eventual y gastos de viaje sin perjuicio de la devolución del anticipo, en la cuantía que proceda en su caso, una vez finalizada la comisión de servicios.
2. Los anticipos a que se refiere el apartado anterior y su justificación, así como la de las comisiones y gastos de viaje, se efectuarán de acuerdo con la normativa en cada momento vigente.

El demandante alega, como línea principal de defensa, que no es sancionable la

conducta amparada en el ejercicio de un derecho.

CUARTO.- El examen de fondo de la cuestión propuesta exigiría estudiar si el demandante hizo un uso proporcional y de buena fe de su derecho, si hizo su solicitud “*de acuerdo con la normativa en cada momento vigente*”, y si la respuesta fuese afirmativa, como debe conciliarse este derecho al anticipo con las necesidades del servicio.

No obstante en este caso el estudio no será necesario, puesto que con carácter previo ha de estudiarse si la tipificación de la conducta ha sido la correcta.

El demandante alegaba esta falta de tipicidad, por considerar que la conducta por la que fue sancionado no era subsumible en ningún supuesto infractor, faltando los elementos objetivos y subjetivos del tipo disciplinario.

El estudio de la tipicidad no exige comparar la conducta considerada infractora con todos los tipos sancionadores posibles, y sí únicamente con el tipo aplicado. En este caso no se considera que la Administración haya tipificado correctamente la conducta enjuiciada.

Efectivamente se sanciona al demandante por falta leve, “*retraso o la negligencia en el cumplimiento de las funciones y órdenes recibidas*”, lo que exigiría que el demandante hubiera cumplido las órdenes recibidas, bien con demora o bien defectuosamente, cuando en este caso las órdenes fueron totalmente incumplidas al condicionar el actor su cumplimiento al cobro del anticipo.

Este error en la determinación del tipo determina la anulación de la sanción, siendo indiferente que ello se haya buscado de forma consciente por la Administración, para situar la conducta enjuiciada en el ámbito de las sanciones leves en lugar de las graves o muy graves (folio 135 del expediente).

La Sentencia del Tribunal Constitucional 113/2008, de 29 de septiembre, recordaba que el derecho a la tipicidad sancionadora no se vulnera solo con la sanción de una conducta no razonablemente subsumible en ningún tipo de infracción, sino también con la sanción de un hecho típico que, sin embargo no es subsumible en el concreto tipo aplicado por la

autoridad sancionadora, de modo que infringiría el art. 25.1 de la C.E. la resolución que no expresara la tipicidad que le sirve de base, sea porque no lo hace en absoluto, sea porque lo hace de un modo equivocado, de manera que la Administración al ejercer la potestad sancionadora debe identificar de forma explícita o implícita el fundamento legal de la sanción, el ciudadano tiene que conocer en virtud de que norma legal se le sanciona y la relación entre las infracciones y sanciones.

QUINTO.- Estimando el recurso, procede la imposición de costas a la Administración hasta un límite de 500 euros, conforme establece el artículo 139 LJCA.

FALLAMOS

En atención a lo expuesto, esta Sala ha decidido:

Estimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por Don _____, representado por el Procurador Don José Javier Freixa Iruela, contra la resolución de la División de Personal de la Dirección General de Policía, de 11 de enero de 2016, que desestima recurso de alzada contra Resolución del Comisario Provincial Jefe de San Sebastián de 14 de julio de 2015, que impone sanción de suspensión de funciones de dos días, la cual anulamos, imponiendo a la Administración el pago de las costas hasta un límite de 500 euros.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de **treinta días**, contados desde el siguiente al de su notificación, acreditándose en el escrito de preparación del recurso el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, con justificación del interés casacional objetivo que presente. Previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2581-0000-93-0165-

16 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo **concepto** del documento Resguardo de ingreso que se trata de un “Recurso” 24 Contencioso-Casación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 2581-0000-93-0165-16 en el campo “Observaciones” o “Concepto de la transferencia” y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

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

GABINETE JURÍDICO SUÁREZ-VALDÉS
IURISCONTENCIA S.L. - CIF B84971100
C/General Rodrigo 6 Principal C
Edificio Germania - 28003 Madrid
Tel.: 91 164 99 61
www.suarezvaldes.es

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente D./Dña. IGNACIO DEL RIEGO VALLEDOR, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.