



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº6 DE MALAGA

C/ Fiscal Luis Portero García s/n
Tel.: (Genérico): 951939076 Fax: 951939176
N.I.G.: 2906745320180001794

Procedimiento: Procedimiento abreviado 259/2018. Negociado: 5

Recurrente [REDACTED]
Letrado: ARIEL MONTOYA
Demandado/os: AYUNTAMIENTO DE MALAGA

SENTENCIA Nº 455/2019

En la ciudad de Málaga a 15 de diciembre de 2020.

Vistos por mí, D. José Oscar Roldán Montiel, Magistrado Juez Titular del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número SEIS de los de esta capital, el recurso contencioso-administrativo número 259/2018 tramitado por el cauce del Procedimiento Abreviado, interpuesto por el Letrado Sr. Ariel Montoya en nombre y representación de [REDACTED] contra el Ayuntamiento de Málaga contra resolución que impuso sanción disciplinaria por comisión de dos delitos, representada y asistida la administración municipal por la Letrada Sra. Pernía Pallarés, siendo la cuantía del recurso indeterminada pero inferior a 30.000 euros, resultan los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Con fecha 19 de abril de 2018 se presentó, en origen y ante el Decanato del partido judicial de Málaga, escrito por el Letrado Sr. Ariel Montoya en nombre del recurrente arriba citado y en la que se presentaba demanda contra 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. En el escrito rector, tras alegar los hechos y razones que estimó oportunos, se suplicó la declaración de disconforme a derecho dejando sin efecto las dos sanciones anulándolas por caducidad o, subsidiariamente, por vulneración del derecho de defensa, todo ello con la imposición de costas a la administración recurrida.

Una vez subsanados los defectos señalados, se admitió a trámite la acción. A su vez, señalado finalmente fecha de vista para el día 18 de diciembre de 2019, el acto se llevó a cabo con el desarrollo de los trámites oportunos de contestación, fijación de cuantía y proposición, admisión y práctica de medios probatorios tras lo cual se declararon los autos conclusos y vistos para sentencia.



En la tramitación de este procedimiento se han seguido todos los preceptos y formalismos legales, no así el plazo para resolver por sobrecarga de trabajo de este órgano judicial y sustitución sin relevación de funciones en otro órgano judicial del presente orden jurisdiccional.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la parte recurrente, [REDACTED] se interesa el dictado de una Sentencia por la que, se reclamaba la declaración de disconformidad a derecho de la resolución dictada por el Ayuntamiento de Málaga por la que se le impuso una sanción de suspensión de empleo, sueldo y funciones por un mes; partiendo de que los hechos que se consideraban probados en la resolución no eran ciertos ni tampoco habían sido probados, el día 5 de septiembre de 2017 el recurrente y como [REDACTED] perteneciente a una de las [REDACTED] tenía pensado realizar el entrenamiento que tenía permitido dentro de la jornada laboral; ese día realizada la jornada y pendiente del entrenamiento y siempre al final del ciclo laboral, al quedarse sin compañero [REDACTED] sobre las 20 horas, decidió realizar el entrenamiento en ese momento con la intención de volver y acabar el turno cómo así hizo. Sin embargo, por la administración recurrida, se le imputó un abandono de servicio sin comunicárselo a nadie y sin causa que lo justificase y que el recurrente regreso a las dependencias al ser descubierto por el subinspector; extremos todos estos últimos inciertos. No se daba por probada ni la intencionalidad ni la realidad del abandono de servicio durante su jornada laboral, sino que fue a realizar su entrenamiento diario dentro de su jornada laboral.

La resolución recurrida, al subjetivo parecer del recurrente, vulneraba el principio de presunción de inocencia regulado en el artículo 17 de la ley orgánica 4/2010 al estimar abandono de servicio lo que en modo alguno lo fue. Asimismo, se vulnera el principio de tipicidad regulado en el artículo 17 y plasmado los artículos 7 a 9 de la misma norma orgánica los cuales tipificaba las infracciones en cuanto a su gravedad ; y consideraba el actor que se había vulnerado toda vez que los hechos, a lo sumo y todo lo más serían constitutivos de una falta tipificada como leve pues así se califica incluso la inasistencia al trabajo. Por otra parte, se vulneró la proporcionalidad atendida la entidad de la suspensión que se le impuso cuando sumo procedería una sanción de 1 a 4 días de suspensión. Por otra parte estimaba vulnerados los criterios de intencionalidad, reincidencia, incidencias sobre la seguridad ciudadana y perturbación del normal funcionamiento de la administración; aspectos vulnerados al tipificar la administración la sanción como muy grave cuando los hechos, como ya se había dicho anteriormente, a lo sumo podrían considerarse como una infracción leve. Por otra parte se apuntaban las irregularidades verificadas en la actuación de la administración en la ejecución de la sanción y con posterioridad a ella. Y lo anterior toda vez que además de haber cumplido ya la sanción, se ordenó el traslado del actor de la [REDACTED] cuando el recurrente llevaba prestando sus servicios en la [REDACTED] desde el año 2002, escogiendo la administración este modo alternativo para castigarlo aún más que la sanción primeramente impuesta, sanción encubierta ésta que el demandante había impugnado en vía administrativa dicha orden de traslado. Por tales motivos, se interesaba el dictado de Sentencia por la que, fuese anulado la sanción, o,



subsidiariamente, fuese modulada la sanción impuesta aplicando una falta leve con su correspondiente sanción menor.

Frente a lo anterior y por la Letrada del Ayuntamiento de Málaga, se mostró rotunda oposición a lo interpelada de contrario. Partiendo de los hitos meramente cronológicos y de la identidad del interviniente, se reiteró que la sanción derivó de unos hechos que si estaban probados. Y es que , el horario del actor eera hasta las 23:08 como constaba en el estadillo . El día 5 de septiembre, a las 20:00 se marcha sin pedir permiso ni comunicarlo a ningún jefe ni compañero (folio 12), (folio 9) (folio 10 y 11) (parte del intendente folio 2) . En tercer lugar, que un [REDACTED] vio al recurrente paseando con su perro paseando por el [REDACTED] Asimismo, consta que los compañeros le avisan de que le estaban buscando (reconociéndolo en el folio 42) . Casi totalmente admitido por el recurrente que estaba fuera de su trabajo. En los folios 64 y 65 alegaciones pliego de cargo incluso pide que se tipifique como falta leve. Como justificación dice que tenía autorización, pero la misma no consta acreditado en modo alguno. Los turnos para la [REDACTED] estaban debidamente señalados. Además el folio 46 dice que pensaba hacer deporte al terminar el turno, pero, lo que hizo ese día, fue abandonar el turno 3 horas antes y a otro municipio. No había ánimo de volver si no hubiese sido alertado por sus compañeros pues en los partes no hubiese puesto lo que constaba en sus partes de servicio. Folios 72 y 73 se califica por el instructor de forma magnánima (ver el mismo). La sanción es proporcionada. En resumidas cuentas, se solicitaba el dictado de sentencia desestimatoria con los efectos inherentes.

SEGUNDO.- Cuando la administración ejerce estas potestades represivas, se vuelve contra ella el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa 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, al no tratarse éste de un proceso sancionador en el que actúe el ius puniendi del Estado (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 las 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 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 [REDACTED] cuando estaba corriendo por las inmediaciones del [REDACTED] en el municipio de [REDACTED] 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 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 [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.

CUARTO.- Por último, de conformidad con lo dispuesto en artículo 139 LJCA al tiempo de la interposición del recurso, consistente en el vencimiento objetivo, la desestimación del recurso trae consigo la imposición al actor, condena que se impone en su totalidad por temeridad y sin limitación. Y es que, dando por reproducido el



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

Fundamento que precede, sostener el recurrente que se le había vulnerado el principio de presunción de inocencia cuando no negó que fue visto por un compañero y superior haciendo una actividad sin permiso y sin avisar a sus mandos, situación que de palmaria había reconocido incluso en la vía administrativa, sin embargo se sostenía por el recurrente y su Letrado la vulneración, ni más ni menos de un principio y derecho fundamental. Con tal insensatez argumental, obligó a la administración a sostener la legalidad de un acto cuando ésta era evidente, con el consiguiente gasto del erario público; lo cual se podía haber evitado de no mantener el actor dicha reprobable temeraria acción.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, procede dictar

FALLO

Que en los autos de P.A. 259/2018, **DEBO DESESTIMAR y DESESTIMO** el recurso contencioso-administrativo 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.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma y por razón de la cuantía (art. 81.1.a) en relación con artículo 41 ambos de la LJCA 29/1998) **NO cabe recurso de apelación.**

Librese Testimonio de esta Sentencia para su unión a los autos de su razón e inclúyase la misma en el Libro de su clase; y con testimonio de ella, en su caso, devuélvase el expediente administrativo al Centro de su procedencia.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior resolución por el Magistrado-Juez que la suscribe, estando la misma celebrando audiencia pública en el día de su fecha, doy fe.

