

**Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo  
Contencioso-administrativo, Sección 4ª, Sentencia de 26 Oct. 2006, rec.  
1571/2003**

**Ponente: Barrachina Juan, Eduardo.**

**Nº de sentencia: 791/2006**

**Nº de recurso: 1571/2003**

**Jurisdicción: CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA**

**LA LEY 238088/2006**

SEPARACION DE SERVICIO.

**Texto**

En Barcelona,

a veintiseis de octubre de dos mil seis

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

Recurso nº 1571/2003

Parte actora: Millán

Parte demandada: AJUNTAMENT DE BARCELONA

**SENTENCIA nº 791/2006**

Ilmos. Sres.:

PRESIDENTE

D. EDUARDO BARRACHINA JUAN

MAGISTRADOS

D./ª. Mª LUISA PÉREZ BORRAT

D./ª. MARÍA ABELLEIRA RODRÍGUEZ

=====

VISTO POR LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SECCION CUARTA), constituida como figura al margen, ha pronunciado EN NOMBRE DE S.M. EL REY la siguiente sentencia para la

resolución del presente recurso contencioso administrativo, interpuesto por Millán , actuando en calidad de funcionario público en su propia representación y defensa, contra la Administración demandada AJUNTAMENT DE BARCELONA, actuando en representación de la misma el Procurador de los Tribunales D. Carlos Arcas Hernández, y asistido por la Letrada Consistorial D<sup>a</sup>- Magda Trabal.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D/D<sup>a</sup>. EDUARDO BARRACHINA JUAN, quien expresa el parecer de la Sala.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### Primero.-

Por la parte actora, a través de su representación en autos, se interpuso en tiempo y forma legal, recurso contencioso administrativo contra la resolución objeto de recurso dictada por la Administración demandada.

### Segundo.-

Acordada la incoación de los presentes autos, se les dio el cauce procesal previsto por la Ley de esta Jurisdicción, habiendo despachado las partes, llegado su momento y por su orden, los trámites conferidos de demanda y contestación, en cuyos escritos respectivos en virtud de los hechos y fundamentos de derecho que constan en ellos, suplicaron respectivamente la anulación de los actos objeto del recurso y la desestimación de éste, en los términos que aparecen en los mismos.

### Tercero.-

Se acordó recibir el presente pleito a prueba, con el resultado que obra en autos.

### Cuarto.-

Se continuó el proceso por el trámite de conclusiones sucintas que las partes evacuaron.

### Quinto.-

Se señaló para votación y fallo de este recurso, habiéndose observado y cumplido en este procedimiento las prescripciones legales correspondientes .

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.-

El objeto de este proceso consiste en determinar la legalidad de la resolución administrativa objeto de impugnación, que procedente del Ayuntamiento de Barcelona, de fecha 11 de junio de 2003, desestimó el recurso administrativo interpuesto en fecha 29 de abril de 2003, contra la resolución de 21 de marzo de 2003, por la que se le imponía al demandante la sanción disciplinaria de separación del servicio, por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo

48.g) de la Ley 16/1991, de Policías Locales y artículo 115 c) del Decreto Legislativo 1/1997, de 31 de octubre , donde se tipifica la infracción de abandono de servicio.

El expediente disciplinario se incoó el día 18 de diciembre de 2002, referente a hechos que tuvieron lugar en los años 1996 y 1997, por los que se incoó, a su vez, expediente disciplinario el día 4 de junio de 1997, que culminó con la imposición de la sanción de separación del servicio. Pero por sentencia de la Sección Quinta de esta Sala de lo Contencioso-administrativo de fecha 17 de septiembre de 2002 , se declaró caducado el expediente disciplinario, al dictarse y notificarse la resolución administrativa sancionadora, en el primer expediente disciplinario, cuando habían transcurrido los seis meses de plazo.

La incoación del actual expediente disciplinario sometido a la consideración revisora de este Tribunal, en fecha 18 de diciembre de 2002, lo es para determinar la responsabilidad disciplinaria del demandante desde el día 6 de marzo de 1997, en que se le da el alta médica por incomparecencia, hasta el día 28 de abril de 1997, en que se presenta a la inspección médica, en que entrega el impreso de alta médica al Ayuntamiento y hasta el día 31 de octubre de 1997 en que no volvió a comparecer al servicio, lo que es considerado falta muy grave, tipificada como abandono del servicio.

La parte demandante alega la existencia de prescripción, irregularidades en el expediente disciplinario, como la falta de período probatorio; nulidad de pleno Derecho; , vulneración del principio de proporcionalidad.

En la contestación a la demanda se alega la inexistencia de prescripción, la observancia de los requisitos en el expediente disciplinario. Se hace contar como en el expediente disciplinario incoado el 18 de diciembre de 2002, el demandante compareció ante la Sra. Instructora el día 27 de enero de 2003 pra ratificar su comparecencia llevada a cabo el día 19 de julio de 1997.

## **SEGUNDO.-**

El abandono de servicio, en el régimen disciplinario de la función pública, es la conducta tipificada en virtud de la cual el funcionario consciente y deliberadamente deja de asistir a su puesto de trabajo para el cumplimiento de sus funciones. Es una conducta que tanto puede deducirse, acreditarse por medio de los datos objetivos que consten en el relato fáctico de los hechos, o de la voluntad manifestada o expresada por el funcionario. De estas dos formas de manifestación es la objetiva la que se valora habitualmente, cuando consta claramente que el funcionario no asiste de forma prolongada y no algunos días, el ejercicio de sus funciones, provocando el consiguiente daño o perjuicio a la causa pública.

De ahí que esos datos objetivos puedan y deban ser interpretados como exponente de esa voluntad de ruptura del funcionario con la relación de servicio que le une a la Administración Pública.

En el presente caso, que el demandante no acudió a su puesto de trabajo en las fechas anteriormente indicadas, que no se reduce solamente a unos días, en cuyo caso la sanción hubiese sido diferente, sino a un período de tiempo que mantuvo a lo largo de varios meses, sin dar la menos explicación acerca de su conducta.

Pero antes de resolver el fondo de la cuestión controvertida, deberemos

pronunciarnos sobre la existencia de prescripción de los hechos considerados por la Administración Pública sancionadora, al haber sancionado unos hechos ocurridos en el año 1997. Para ello no es óbice la declaración de caducidad del expediente disciplinario, por sentencia firme, por cuanto el plazo de caducidad afecta sólo y exclusivamente al tiempo en que debió dictarse la resolución sancionadora y su notificación, pero no al derecho a sancionar, que al tratarse de una falta muy grave, son seis años desde la comisión del hecho sancionado en el expediente disciplinario.

Es evidente que no ha transcurrido el mencionado plazo de seis años y por lo tanto, la potestad sancionadora de la Administración Pública, permanece vigente, pudiéndose ejercitar a lo largo de ese período de tiempo, que es lo acaecido en el presente caso.

La consideración de la prescripción jurídica como limitación al ejercicio tardío de los derechos, en beneficio de la seguridad jurídica, excluye una interpretación rigorista por tratarse de una institución que, por no hallarse fundada en la justicia intrínseca, debe merecer un tratamiento restrictivo. Sin embargo, en el presente caso basta un sencillo cálculo de las fechas indicadas para llegar a la conclusión de que no se ha producido la prescripción.

Además, la institución de la caducidad tiene su razón de ser en la previa fijación de un plazo, al que queda supeditada la actuación al que se refiere, en el que inicio finalización de dicha actuación aparecen fatalmente unidas. La consecuencia jurídica de la inactividad durante dicho plazo es el decaimiento del derecho no accionado en ese determinado lapso de tiempo, lo que no impide que pueda volver a ser ejercitado, mientras no prescriba el derecho a sancionar, según la gravedad de la infracción cometida.

No se han producido irregularidades en la tramitación del expediente disciplinario que tengan la suficiente entidad para declarar la nulidad, solicitada por el demandante, por no concurrir ninguna de las causas taxativamente enumeradas en el artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, ni tampoco de anulabilidad, al no acreditarse la vulneración de ningún precepto legal.

El hecho de que no haya habido período probatorio no conduce irremediablemente a la declaración de nulidad, ni tampoco de ello se puede deducir que se haya causado necesariamente una situación de indefensión al sancionado, máxime, cuando la apertura de dicho período de prueba es potestativo, lo debe solicitar el interesado o acordarlo de oficio el instructor, en función de la relevancia o la prueba de los hechos objetivos que consten ya acreditados en el expediente disciplinario.

Por otra parte, en lo que se refiere a la vulneración del principio de proporcionalidad, hay que tener en cuenta que en una acepción amplia, el principio de proporcionalidad constituye un principio general del Derecho público que sostiene la exigencia de que cualquier actuación de los poderes públicos licitadora o restrictiva de derechos responda a los criterios de necesidad y adecuación al fin perseguido. Es una acepción más estricta, representa la existencia de una "debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada" (art. 131.3 LRJPAC), que puede contemplarse en su vertiente normativa o en su vertiente aplicativa por la Administración o los Tribunales; siendo, un mecanismo de control tanto de la actuación del legislador -vertiente normativa- aun cuando el propio TC, S 65/86, reconoce la dificultad salvo que la norma contenga márgenes de discrecionalidad tan amplios que dieran lugar a la aplicación de sanciones muy diversas, incompatibles con la seguridad jurídica; en cambio, en su vertiente aplicativa, el principio de proporcionalidad ha servido en la jurisprudencia como un

importante mecanismo de control por parte de Tribunales del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración cuando la norma establece para una infracción varias sanciones posibles o señala un margen cuantitativo para la fijación de la sanción pecuniaria; la STS de 11 de junio de 1992 establece que:

"Con reiteración viene manteniendo la procedencia de concretar las sanciones administrativas en contemplación de la infracción cometida, graduándolas con el adecuado criterio de proporcionalidad insito en los principios ordenadores del Derecho sancionador, sopesando a tal fin las circunstancias concurrentes en el hecho constitutivo de la infracción sancionada, correspondiendo a la actividad jurisdiccional, como se dice en la Sentencia de 26 de septiembre de 1990 no sólo la facultad de subsumir la conducta del infractor en un determinado tipo legal, sino también adecuar la sanción al hecho cometido, ya que en uno y otro caso, se trata de la aplicación de criterios jurídicos plasmados en la norma escrita e inferible de principios informadores del ordenamiento jurídico sancionador, como son los de congruencia y proporcionalidad entre la infracción y la sanción".

El artículo 131 de la Ley 30/92, regula tal principio como uno de los informadores de la potestad sancionadora de la Administración, tanto en su vertiente normativa como aplicativa, estableciendo en ésta última que se tendrá en cuenta la existencia de intencionalidad o reiteración, la naturaleza de los perjuicios causados y la reincidencia.

Respecto de la discrecionalidad de la Administración en la graduación de la sanción, procede tener en cuenta los siguientes criterios jurisprudenciales (STS Sala C.A., Sección 7ª, de 9 de mayo de 2000):

Que si bien la Administración puede usar de una cierta discrecionalidad en la graduación de la sanción para acomodarla al conjunto de circunstancias concurrentes en la infracción, no es menos cierto que el principio de proporcionalidad de la sanción se halla sometido al control jurisdiccional.

Que la discrecionalidad que se otorga a la Administración debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, dado que toda sanción debe de determinarse en congruencia con la entidad de la infracción cometida y según un criterio de proporcionalidad atento a las circunstancias objetivas del hecho, proporcionalidad que constituye un principio normativo que se impone como un precepto más a la Administración y que reduce el ámbito de sus potestades sancionadoras, pues a la actividad jurisdiccional corresponde no tan sólo la calificación para subsumir la conducta en el tipo legal, sino también adecuar la sanción al hecho cometido, ya que en uno y otro caso el tema es la aplicación de criterios valorativos jurídicos plasmados en la norma escrita, como son en este campo sancionador, los de congruencia y proporcionalidad entre la infracción y la sanción.

Desde el plano de fundamentalidad (STC 186/2000, FJ 6), para comprobar si una medida restrictiva de un derecho supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

Por lo tanto, en el presente caso concurren los requisitos que permiten apreciar la legalidad de la resolución administrativa objeto de impugnación, sin que se haya conseguido desvirtuar la presunción de validez de la misma, a tenor de lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, por lo que procede la desestimación de la pretensión de la demanda, 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 Desestimar el recurso

2º No imponer costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes en la forma prevenida por la Ley.

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

### **PUBLICACIÓN.-**

Dada, leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, estando la Sala celebrando audiencia pública el día 31 DE OCTUBRE DE 2006, fecha en que ha sido firmada la sentencia por todos los Sres. Magistrados que formaron Tribunal en la misma, de lo que yo el Secretario, Doy fe.