ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

JUZGADO CENTRAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 8

PROCEDIMIENTO ABREVIADO 144/2012

SENTENCIA N. 551/12

En MADRID, a veinticinco de Octubre de dos mil doce.

El Ilmo. Sr. D. CELESTINO SALGADO CARRERO, MAGISTRADO-JUEZ del Juzgado Central Contencioso-Administrativo nº 8, habiendo visto los presentes autos de PROCEDIMIENTO ABREVIADO 144 /2012 seguidos ante este Juzgado, entre partes, de una como recurrente D. , en su propio nombre y derecho, asistido del Letrado D. JOSÉ LUIS DÍAZ CABALLERO, y de otra la SECRETARÍA DE ESTADO DE SEGURIDAD, representada y asistida por el ILMO. SR. ABOGADO DEL ESTADO, sobre MATERIA DE PERSONAL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la parte actora se presentó demanda contra la Resolución, de fecha 9 de febrero de 2012, del SECRETARIO GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS, por delegación del SECRETARIO DE ESTADO DE SEGURIDAD, por la que se le impuso la sanción de tres días de suspensión de funciones.

Firma válida
Firmado por: SALVADO CARRERO CELESTINO
JUEZ/JUEZA Clase 2 CA, O FINIZ, OFIS
Audiencia Nacional

Firma válida
Firmado por: URIARTE DE LOS BASICS MARIA AURORA
JUEZ/JUEZA Clase 2 CA, OFIS, OFIS
Audiencia Nacional

SEGUNDO.- Previo examen de la jurisdicción y competencia objetiva, el Juzgado dictó providencia en la que se ordenó la admisión de la demanda y su traslado al demandado, citando a las partes para la celebración de la vista, con indicación de día y hora, y ordenándose a la Administración demandada la remisión del expediente administrativo.

TERCERO.- En el acto de la vista, que tuvo lugar el día 12 de Julio de 2012, la parte recurrente se afirmó y ratificó en lo solicitado en su escrito de demanda interesando se dictase una sentencia de conformidad con el suplico de la misma.

Por su parte, el Ilmo. Sr. Abogado del Estado manifestó lo que tuvo por conveniente en apoyo de sus pretensiones, interesando la desestimación del recurso por ser conforme a Derecho la Resolución administrativa impugnada.

En virtud de lo establecido en el artículo 147 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la vista ha sido documentada mediante sistema digital de grabación y reproducción de imagen y sonido, quedando los autos para sentencia.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado la totalidad de las prescripciones legales, con excepción del plazo para dictar y notificar la sentencia, debido a los problemas técnicos acontecidos con el proceso de digitalización de los expedientes de estos Juzgados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Acaip

PRIMERO.- Por el recurrente D. se interpone recurso contencioso-administrativo contra la Resolución, de fecha 9 de febrero de 2012, del SECRETARIO GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS, por delegación del SECRETARIO DE ESTADO DE SEGURIDAD, por la que se le impuso la sanción de tres días de suspensión de funciones, como autor de una falta grave tipificada en el artículo 7.1.n) del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, consistente en la grave perturbación del servicio, en base a los siguientes hechos:

"Durante la mañana del día 21 de enero de 2011, mientras prestaba servicio en el Taller de Artes Gráficas del Centro Penitenciario de Madrid III, produjo Vd una demora en la salida de dicho taller de un interno, el cual tenia que comunicar con un representante de la Embajada de Austria en España, repercutiendo con su proceder en la no celebración de dicha comunicación".

Funda su recurso en los motivos siguientes. En primer lugar, infracción del artículo 95.3 y DD única de la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público, que determina que el artículo 7 del Reglamento de Régimen Disciplinario no se encuentre en vigor tras la aprobación del Estatuto Básico del Empleado Público. En segundo lugar, infracción del artículo 7.1.n) del Reglamento de Régimen Disciplinario, en tanto que el cumplimiento de una Orden de Dirección no puede dar lugar a la imposición de ninguna medida disciplinaria, en concreto la número 40/2010 que regula, en el seno del Centro Penitenciario de Valdemoro, el modo y los cauces en virtud de los cuales se deben de sustanciar los desplazamientos de los internos dentro de las dependencias del Establecimiento, en virtud de la cual requirió por vía telefónica la presencia de un funcionario auxiliar a los efectos de

que controlara desde los pasillos del Centro el desplazamiento del interno mientras otro funcionario supervisaba el mismo a través de los monitores de televisión. A la llamada realizada requiriendo la presencia de un funcionario auxiliar, recibió la respuesta de que, en vista de la carga de trabajo existente, resultaba imposible remitir a un funcionario auxiliar en esos momentos pero que, en cuanto hubiera un funcionario disponible, procederían en dichos términos. Dado que el funcionario auxiliar no llegaba a las dependencias del Taller número 2, el hoy recurrente fue requerido por el Jefe de Servicio actuante para que procediera con el desplazamiento del interno sin presencia del funcionario auxiliar, procediendo con dicha orden. Finalmente, el interno requerido no pudo comunicar con el Representante de la Embajada de Austria en España porque éste, entendiendo que había esperado demasiado, decidió voluntariamente abandonar las dependencias del Centro Penitenciario. En tercer lugar, que la decisión unilateral del representante diplomático de no celebrar la comunicación con el interno requerido no puede considerarse como grave perturbación del servicio porque el normal desarrollo del servicio dentro del Establecimiento Penitenciario no se vio alterado. Por último, error en la calificación jurídica de los hechos, pues la Administración demandada pretende definir como bien jurídico protegido el descrédito de la Administración Penitenciaria ante el responsable de una Representación Diplomática.

SEGUNDO.- Por su parte, el Ilmo. Sr. Abogado del Estado, en la representación que ostenta, contestó a la demanda, oponiéndose a la misma y solicitando su desestimación, manteniendo que se produjo una alteración del normal funcionamiento del servicio debido a la conducta del recurrente.

Acaito

TERCERO.- Comenzando con el análisis de las cuestiones planteadas, la primera de ellas es la vigencia de la norma que contempla el tipo aplicado, a saber, del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, sobre la base de que el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), aprobado por la Ley 7/2007, de 12 de abril, no contempla otro régimen disciplinario que no sea el fijado por normas con rango de ley. Al efecto el recurrente cita la Sentencia de la Sección 2ª, de la Sala de lo Contencioso-administrativo, del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de 18 de julio de 2010, Sentencia que declaró que el Reglamento de régimen disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado de 10 de enero de 1986 estaría derogado por el impacto del EBEP, al menos por lo que se refiere a la tipificación de conductas constitutivas de infracción grave, congelando el rango (legal) para la tipificación de estas infracciones, si bien está pendiente de resolver el recurso de casación en interés de ley interpuesto contra la misma.

Al efecto resulta esclarecedora la Sentencia nº 615/2012, de la Sección 1ª, de la Sala de lo Contencioso-administrativo, del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (rec. 278/2011. Pte: Ilma Sra. Rivera Frade), que recoge la siguiente doctrina y que hacemos nuestra, en cuanto concluye que subsiste la vigencia del Reglamento disciplinario de 1986:

Pues bien, comenzando por el estudio de la última cuestión planteada, que la apelante introduce "ex novo" en su recurso de apelación, y que versa sobre la vigencia del Decreto 94/1991, de 20 marzo, que aprueba el Reglamento de régimen disciplinario de personal funcionario, cabe decir en primer lugar que ningún reproche le ha merecido en su demanda la aplicación de esta norma reglamentaria en el procedimiento sancionador en el que recayó el acto

impugnado, siendo la propia actora la que en su escrito de demanda ha acudido a esta norma para tratar de justificar la desproporción en la calificación de la conducta imputada, alegando que podría constituir una falta leve del artículo 5 c del citado Decreto "La incorrección con el público, superiores, compañeros o subordinados", y que incluso existe la graduación intermedia, al definir como falta grave en su artículo 4.1 a) "La falta de obediencia debida a los superiores y autoridades" (hecho octavo).

Asimismo reconoce la apelante la aplicación y vigencia del Decreto 94/91 cuando en su escrito de demanda bajo el apartado de normativa específica, cita expresamente, y como normativa aplicable "El Real Decreto 33/1986, por remisión específica del Acuerdo regulador de las condiciones laborales del personal funcionario del Ayuntamiento de Sada publicado en el Boletín Oficial de la provincia de A Coruña el 12 de febrero de 2004, así como el Decreto 94/1991, en virtud de su artículo 1.3".

En todo caso, a las alegaciones que hace al respecto en el recurso de apelación, argumentando que actualmente el EBEP no contempla otro régimen disciplinario que no sea el fijado por normas con rango de ley, bien estatal bien autonómica, en función del correspondiente reparto competencial, de lo que deriva, a su juicio, que no se pueda aplicar, como se hizo en este caso, un Reglamento para determinar la sanción al tener que estar al desarrollo legislativo que se exige tanto de las infracciones como de las sanciones a imponer, cabe decir que, en efecto, el principio de legalidad en sede de potestad sancionadora tiene su reflejo en el artículo 25 de la CE, en el 127.1 de la Ley 30/92, y en el ámbito de la potestad disciplinaria, en el artículo 94.2 del EBEP, según el cual "La potestad disciplinaria se ejercerá de acuerdo con los siguientes principios: a) Principio de legalidad y tipicidad de las faltas y sanciones, a través de la predeterminación normativa o, en el caso del personal laboral, de los convenios colectivos".

Acaio

La STC 42/1987 establece que este principio de legalidad implica dos tipos de garantías: una material y otra formal.

La garantía material significa que las conductas constitutivas de infracción administrativa y las sanciones tienen que estar predeterminadas en una norma jurídica que reúna los requisitos de norma escrita, norma previa y norma cierta. La garantía formal significa que la predeterminación de conductas y sanciones tiene que recogerse en un norma con rango de ley. Esta garantía formal recoge el nombre de "reserva de ley".

No obstante este principio no tiene el mismo significado que en el derecho penal, en el que siempre será una norma con rango de ley la que recoge conductas constitutivas de infracción penal y la que recoja las sanciones que llevan aparejadas. Además ha de ser orgánica cuando afecten a derechos fundamentales.

Pero también se debe reconocer que en el derecho administrativo juega un papel muy importante el Reglamento, y que es importante destacar la colaboración reglamentaria, de manera que en los Reglamentos se podrán hacer determinaciones de conductas constitutivas de infracción administrativa y de sanciones, aunque eso sí previa remisión legal.

Lo que la CE prohíbe, según interpretación del Tribunal Constitucional, es que las remisiones que haga la ley al reglamento se trate de remisiones en blanco, lo que impide que por vía reglamentaria se creen ex novo conductas constitutivas de infracción administrativa. Con arreglo a ello, sólo se exigirá cubrir con ley formal una descripción genérica de las conductas sancionables y las clases y cuantía de las sanciones, pero con posibilidad de remitir a la potestad reglamentaria la descripción pormenorizada de las conductas ilícitas, es decir, la tipicidad. Así, "la cobertura legal supone una regulación mínima en la ley de los tipos y sanciones y en concreto de los límites máximos de éstas" (STC 42/1987).

Acaio

Este principio de legalidad admite varias excepciones, y entre ellas se encuentran las sanciones que se imponen en las llamadas relaciones de sujeción especial, como son las que vinculan a la Administración con el personal a su servicio. En estos casos no es infrecuente que las infracciones y las sanciones impuestas al personal al servicio de la Administración aparezcan tipificadas en normas reglamentarias (normas estatutarias), como sucede con los Reglamentos objeto de cita en el escrito de demanda, y entre ellos el Decreto 94/1991, de 20 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia. Su artículo 1.1 dispone que "El presente reglamento es de aplicación a todo el personal funcionario comprendido en el ámbito de aplicación de la Ley 4/1988, de 26 de mayo, de la función pública de Galicia". Esta remisión se entiende hecha, en la actualidad, al Decreto legislativo 1/2008, de 13 de marzo, que no derogó el citado Decreto, y su Disposición Adicional sexta establece que "Los derechos, deberes, responsabilidades y régimen disciplinario del personal funcionario se regularán por su Estatuto. Mientras tanto se aplicará la legislación vigente".

Cierto es el artículo 95.2 del EBEP recoge una tipificación de las conductas constitutivas de infracción muy grave, después de establecer en el apartado primero que "Las faltas disciplinarias pueden ser muy graves, graves y leves". Pero respecto de las faltas graves el apartado tercero se limita a disponer que "serán establecidas por Ley de las Cortes Generales o de la Asamblea Legislativa de la correspondiente Comunidad Autónoma o por los convenios colectivos en el caso de personal laboral, atendiendo a las siguientes circunstancias:

a) El grado en que se haya vulnerado la legalidad.

b) La gravedad de los daños causados al interés público, patrimonio o bienes de la Administración o de los ciudadanos.

Acaio

c) El descrédito para la imagen pública de la Administración".

Y respecto de las faltas leves, dispone el mismo artículo 95 en su apartado cuarto, que "Las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del presente Estatuto determinarán el régimen aplicable a las faltas leves, atendiendo a las anteriores circunstancias".

*Sí es verdad que con tales previsiones el legislador parece querer implantar una reserva legal formal para todo tipo de infracciones, **estando pendiente de resolver el recurso de casación en interés de ley interpuesto contra la sentencia del TSJ de Valencia de 28 julio 2010** que declaró que el Reglamento de régimen disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado de 10 de enero de 1986 estaría derogado por el impacto del EBEP, al menos por lo que se refiere a la tipificación de conductas constitutivas de infracción grave, congelando el rango (legal) para la tipificación de estas infracciones.*

Sin embargo no creemos que el legislador, con tales previsiones, haya querido provocar un vacío normativo en relación a la tipificación y sanción de las faltas graves y leves, dando lugar a la impunidad de estas conductas mientras no se dicten las Leyes de Función Pública en desarrollo del EBEP determinando el régimen aplicable a tales infracciones. Por el contrario, entiende esta Sala, que mientras esto no suceda, subsiste la vigencia del Reglamento disciplinario de 1986, que es directa en el ámbito estatal y supletorio en el ámbito autonómico, y del Decreto 94/1991, en el ámbito autonómico.

No se plantea el mismo problema en el ámbito del personal estatutario, pues aunque la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, dispone en su artículo 72.5 que "Las comunidades autónomas podrán, por norma con rango de Ley, establecer otras faltas además de las tipificadas en los apartados anteriores", es en la

Acalp

propia Ley 55/2003 en la que se recoge una relación de las conductas constitutivas de infracción administrativa muy graves, graves y leves. Y para la tipificación de las sanciones no especifica que la norma deba tener rango de Ley, estableciendo el artículo 73.2 que "Las comunidades autónomas, por la norma que en cada caso proceda, podrán establecer otras sanciones o sustituir las indicadas en el apartado anterior".

No deja de resultar curioso que la apelante en su recurso diga renunciar a discutir si los hechos imputados merecen ser dignos de sanción o no, y por tanto si son o no constitutivos de infracción administrativa (cuando tales hechos han sido tipificados por la Administración al amparo de una norma de naturaleza reglamentaria), y sin embargo cuestione la aplicación del Decreto 94/91 "para determinar la sanción".

Esta Sala y Sección ya ha tenido ocasión, en su sentencia de 10 de junio de 2009 (rollo de apelación num. 351/2008), objeto de cita en la posterior de 9 de febrero de 2011, de resolver una alegación igual de infracción del principio de reserva de ley y tipificación de las infracciones y sanciones en materia disciplinaria, referida al Decreto autonómico objeto de estudio, sin que exista razón alguna para variar dicho criterio, puesto que aquella alegación se basa en el artículo 25.1 de la Constitución y la doctrina interpretativa del Tribunal Constitucional respecto a dicho precepto se contiene en nuestra mencionada sentencia, de modo que la entrada en vigor de la Ley 7/2007 no ha alterado en nada dicha doctrina ni modifica la óptica que en esa precedente sentencia se exponía, con los argumentos que a continuación se exponen.

"La sentencia número 299/2007, de 5 de noviembre de 2007, condensa cual sea la doctrina al uso en relación con aquel particular. A tal efecto precisa que el derecho fundamental recogido en el artículo 25.1 CE incorpora el principio "nullum crimen nulla poena sine lege" y lo extiende también al ordenamiento administrativo sancionador. Incluye este precepto una doble

Acalp

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

garantía: la primera, de orden material y de alcance absoluto, es la exigencia de la predeterminación normativa de toda conducta que se considere constitutiva de un ilícito de carácter penal o sancionador; la segunda, de carácter formal, conlleva que la norma que tipifique estos ilícitos y sus correspondientes penas o sanciones deba tener rango de ley, pues, de acuerdo con la jurisprudencia reiterada y unánime de este Tribunal, el término "legislación vigente" contenido en el artículo 25.1 CE es expresivo de una reserva de ley en materia sancionadora (por todas, STC 297/2005, de 21 de noviembre, FJ 6). En relación con esta reserva formal de ley que se deriva del artículo 25 CE, este Tribunal ha señalado, por todas STC 26/2005, de 14 de febrero, FJ 3 que, "en el contexto de las infracciones y sanciones administrativas el alcance de la reserva de Ley no puede ser tan riguroso como lo es por referencia a los tipos y sanciones penales en sentido estricto; y ello tanto "por razones que atañen al modelo constitucional de distribución de las potestades públicas" como "por el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria en determinadas materias, bien, por último, por exigencias de prudencia o de oportunidad" (STC 42/1987, de 7 de abril, FJ 2).

Por esta razón, como pone de relieve, entre otras muchas, la citada STC 26/2005, de 14 de febrero, FJ 3, en este ámbito, la reserva de Ley tiene "una eficacia relativa o limitada", lo que significa "que no excluye la colaboración reglamentaria en la propia tarea de tipificación de infracciones y atribución de las correspondientes sanciones, pero sí que tales remisiones hicieran posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley". Y también "más concretamente, por lo que se refiere al caso que ahora examinamos, hemos declarado que "las llamadas relaciones de sujeción especial no son entre nosotros un ámbito en el que los sujetos queden despojados de sus derechos fundamentales o en el que la Administración pueda dictar normas sin habilitación legal previa. Estas relaciones no se dan al margen del Derecho,

Acaip

sino dentro de él y por lo tanto también dentro de ellas tienen vigencia los derechos fundamentales y tampoco respecto de ellas goza la Administración de un poder normativo carente de habilitación legal, aunque ésta pueda otorgarse en términos que no serían aceptables sin el supuesto de esa especial relación (vid., entre otras, SSTC 2/1987 y, más recientemente, STC 61/1990)" (STC 234/1991, de 10 de diciembre, FJ 2)" (STC 26/2005, de 14 de febrero, FJ 3).

En esta misma línea de principio el Tribunal Constitucional expone "que el derecho fundamental a la legalidad sancionadora (artículo 25.1 CE), en relación con el principio de seguridad jurídica también garantizado constitucionalmente (artículo 9.3 CE), exige que cuando la Administración ejerce la potestad sancionadora sea la propia resolución administrativa que pone fin al procedimiento la que, como parte de su motivación (la impuesta por los artículos 54.1 a) y 138.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común), identifique expresamente o, al menos, de forma implícita el fundamento legal de la sanción. Sólo así puede conocer el ciudadano en virtud de qué concretas normas con rango legal se le sanciona, sin que esté excluido, como acaba de exponerse, que una norma de rango reglamentario desarrolle o concrete el precepto o los preceptos legales a cuya identificación directa o razonablemente sencilla el sancionado tiene un derecho que se deriva del artículo 25 CE " (SSTC 161/2003, de 15 de septiembre, FJ 3; 297/2005, de 21 de noviembre, FJ 8).

Pues bien, aplicando dicha doctrina al caso concreto, la Administración demandada fundamenta dicha cobertura por remisión al artículo 73 de la Ley 4/1988, de 26 de mayo de la Función Pública de Galicia, que hace extensivo a los funcionarios de la Comunidad Autónoma, el régimen disciplinario previsto en la Administración del Estado, lo que permite la aplicación de lo regulado con carácter básico en la Ley 30/1984, de 2 de agosto de Medidas Urgentes

Acaito

para la reforma de la Función Pública EDL1984/9077 , el Decreto de 7 de febrero de 1964 que aprueba la Ley de Funcionarios Civiles del Estado que aquella dejó vigente y el Real Decreto 33/1986, de 10 de enero por el que se aprueba el Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado, que contiene la tipificación de las infracciones muy graves, graves y leves, cuando los textos legales citados se limitan a la descripción, tan sólo, de las primeras.

El propio Decreto 94/1991, de 21 de marzo refiere expresamente, "La Ley 4/1988, de 26 de mayo, de la función pública de Galicia, en su artículo 73, hace extensivo a los funcionarios de la Administración autonómica de Galicia el régimen disciplinario previsto en la normativa del Estado. Asimismo prevé que por medio del correspondiente reglamento se regulará el procedimiento sancionador, en el cual se tendrá básicamente en cuenta los principios de eficacia y garantía".

A virtud de esta remisión normativa, se hace viable la trasposición en el ámbito autonómico, de las previsiones de la normativa estatal en materia de potestad disciplinaria (que ahora incluye a los artículos 94 y 95 de la Ley 7/2007), lo que unido a la declarada constitucionalidad de la denominada colaboración reglamentaria, permite afirmar que, en el caso concreto, resulta respetado el principio de legalidad en su aspecto formal, por lo que procede la desestimación del primer motivo de apelación".

La tesis que se sigue en esta sentencia, es la que siguen otros Tribunales, como la ***Audiencia Nacional en la sentencia de 8 de febrero de 2012*** *en la que se razona lo siguiente "Respecto a la falta de cobertura legal del Reglamento 33/1986, y su tipificación de las infracciones y sanciones, debe decirse que acoger la tesis del apelante supondría dejar a la Administración sin la potestad de sancionar a sus empleados públicos, mientras las Cortes Generales no dictaran la ley de desarrollo la Ley 7/2007, e igualmente, no sería posible ya*

Acalo

sancionar ninguna infracción disciplinaria hasta que las Cortes Generales dictasen la Ley a la que se refiere el artículo 95.3 del EBEP.

La Ley 7/2007, del EBEP no deroga el Real Decreto 33/1986 el cual tenía conexión anterior tanto con la Ley de Funcionarios Civiles del Estado como con el artículo 31 de la Ley 30/1984 de Medidas para la Reforma de la Función Pública, precepto y aquella ley, efectivamente hoy sustancialmente derogados. Y sin embargo no por eso la potestad disciplinaria de la Administración del Estado, en cuanto a los funcionarios que dependen de dicha Administración General del Estado, ha quedado sin cobertura normativa, puesto que como dice el artículo 94 del mismo de la misma Ley, las Administraciones Públicas deben corregir disciplinariamente las infracciones del personal a su servicio de acuerdo con una serie de principios entre los cuales se encuéntrale "el principio de legalidad y tipicidad de las faltas y sanciones, a través de la predeterminación normativa, o en el caso del personal laboral de los convenios colectivos"

Indudablemente, dicho Reglamento disciplinario es un caso de predeterminación normativa hasta que se dicten las normas necesarias por las Cortes Generales con sus correspondientes previsiones reglamentarias, en su caso hay que contar con que no ha sido expresamente derogado. Efectivamente, el mandato contenido en el artículo 95. 3, se complementa con el principio anterior, y en todo caso este mandato de dictar leyes de las Cortes Generales, está establecido en tiempo futuro o condicional: "las leyes de función pública que se dicten en desarrollo del presente estatuto (...)"

En definitiva, dicha Ley que aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público no deja sin cobertura legal la potestad de la administración de corregir disciplinariamente a las personas sometidas en virtud de su relación funcionarial.

Acaio

La STC 219/1989, de 21 de diciembre, vuelve a reiterar que ese alcance de la reserva de ley pierde parte de su fundamentación en el seno de las relaciones de sujeción especial. En todo caso, el cumplimiento de dicho requisito genérico, que resulta inexcusable, no puede dejar de ser apreciado cuando las normas reglamentarias lo que hacen es especificar o desarrollar un núcleo básico de antijuridicidad que ya ha sido enunciado en la norma de rango de ley, y, por ello, no constituyen una regulación autónoma o independiente"

Dicha cuestión ha sido resuelta por la Sala en su sentencia de 30 de marzo de 2011 (recurso de Apelación 244/2010), criterio que por razones de coherencia y conforme al principio de igualdad en la aplicación de las normas jurídicas, debemos seguir manteniendo".

Por ello el motivo examinado no puede prosperar.

CUARTO.- En segundo lugar, se alegó por el recurrente infracción del artículo 7.1.n) del Reglamento de Régimen Disciplinario, en tanto que el cumplimiento de una Orden de Dirección no puede dar lugar a la imposición de ninguna medida disciplinaria, en concreto la número 40/2010 que regula, en el seno del Centro Penitenciario de Valdemoro, el modo y los cauces en virtud de los cuales se deben de sustanciar los desplazamientos de los internos dentro de las dependencias del Establecimiento

Por su parte, La Administración demandada entiende que el funcionario debió de permitir el desplazamiento del interno sin la presencia de un funcionario auxiliar que controlara dicho desplazamiento desde el interior del pasillo y, siempre, en contacto con el propio interno mientras otro funcionario supervisaba el mismo a través de los monitores de televisión, por lo que el

Acaire

retraso con el que comenzó el desplazamiento en cuestión es imputable a aquél y que dicho proceder ocasionó una grave perturbación del servicio. En este sentido, en la Resolución se argumenta lo siguiente:

La conclusión final, palmariamente demostrada, es que D. Tomé mantuvo al interno en el taller desde las 10,35 hasta las 10,55 horas, es decir, que el tiempo de demora Imputable directamente al encartado es de veinte minutos (o veinticinco según alguna versión).

...

La explicación que el interesado da a su tardanza en dejar salir del taller al interno para ir a comunicar, está básicamente fundamentada en que se limitó a aplicar la normativa existente.

...

Como se puede observar, el interesado lo que hace es interpretar y aplicar la Orden de Dirección mencionada, aunque a la luz de la misma lo hace de manera incorrecta. En efecto, en dicha orden (Pág. 20), el Director lo que hace es distinguir dos tipos de procedimientos de actuación para el desplazamiento de interno: uno, el establecido para cuando es un grupo de internos el que se desplaza por el interior del Centro, y dos, cuando es un grupo reducido de internos o uno solo el que se desplaza Para el primer caso, se exige siempre el acompañamiento de internos por parte de funcionarios auxiliares de Jefatura. Pero para un desplazamiento individual, como es el tema que nos ocupa, no es necesario dicho acompañamiento físico por el auxiliar, basta con que éste controle al interno por el circuito cerrado de TV. Es en este sentido en el que la Orden establece:

Acompañamientos individuales o en grupos reducidos: "El funcionario del módulo y el auxiliar coordinarán el movimiento a través de los radiotransmisores, de modo que se proceda a la salida al interno cuando el

Acaip

auxiliar pueda controlar su desplazamiento desde los pasillos; este movimiento será seguido de manera coordinada por el funcionario de control a través del circuito cerrado de TV, lo que permitirá controlar simultáneamente desplazamientos desde varios módulos"

Es por ello que, visto el texto de la orden de dirección alegada por el propio encartado, es perfectamente ajustado a dicha norma que un interno se pueda desplazar sin acompañamiento de funcionario auxiliar, siempre y cuando exista un control por las cámaras interiores del Centro, siendo esta labor llevada a cabo por el funcionario auxiliar que en cada momento esté a cargo de dichas cámaras.

...

Vista la normativa interior, las declaraciones de los funcionarios auxiliares y del Jefe de Servicios y la del propio encartado, el cual reconoce que pidió por dos veces la presencia de un funcionario auxiliar para acompañar al interno a comunicaciones y que como éste no acudía no dejó salir al interno hasta que se lo ordenó a las 10,55 horas el Jefe de Servicios (Págs. 11 y 104), es por lo que se llega a la conclusión de que D. Tomé pudo y debió haber actuado de otra forma, a saber, una vez que le dijeron que no había funcionario auxiliar disponible, debió dejar salir al interno a comunicaciones, previo aviso al funcionario auxiliar para que éste controlase por cámaras el desplazamiento del interno hasta esa dependencia De hecho, eso fue lo que hizo cuando se lo ordenó el Jefe de Servicios y eso es lo que ha venido haciendo con posterioridad al 21 de enero de 2011, según él mismo manifestó (Pág. 105). O, para el caso de que hubiese tenido alguna duda sobre la procedencia o no de dejar salir al interno, debió consultar al Jefe de Servicios, cosa que no hizo tampoco

Es cierto que la acción inicial del encartado se puede considerar correcta, ya que en primera instancia solicita la colaboración de un auxiliar para efectuar el desplazamiento de un interno. Pero también lo es que su

Acaio

comportamiento posterior ya no es el apropiado, pues él mismo informa que le comunican que no hay funcionario auxiliar disponible y, sin embargo, no opta por permitir el desplazamiento del interno para comunicar. Muy al contrario, se queda inactivo durante veinte o veinticinco minutos, esperando la llegada del auxiliar.

La Orden de Dirección en cuestión es terminante en cuanto a la necesidad de coordinación de los acompañamientos –tanto en grupos reducidos como individuales- o movimientos entre el funcionario del módulo y el auxiliar *de modo que se proceda a la salida al interno cuando el auxiliar pueda controlar su desplazamiento desde los pasillos,* siendo seguido el movimiento *de manera coordinada por el funcionario de control a través del circuito cerrado de TV.* La necesidad de dicha coordinación fue reiterada en las declaraciones prestadas por los testigos en el acto de la vista, así como que había que esperar la orden del funcionario auxiliar que manifestase que visualizaba al interno desde el pasillo, cumpliéndose a rajatabla la Orden de Dirección, siendo habitual los retrasos en las comunicaciones debido al cumplimiento de las Instrucciones. Tales manifestaciones, unido al contenido literal de la Orden, según la cual se procederá *a la salida al interno cuando el auxiliar pueda controlar su desplazamiento desde los pasillos*, habiendo procedido correctamente el hoy recurrente a solicitar la colaboración de un auxiliar hasta en dos ocasiones –como se reconoce en la Resolución-, dejando salir al interno inmediatamente en cumplimiento de la orden que en tal sentido le dio el Jefe de Servicio, nos llevan a concluir que el hecho de que el funcionario no optase por permitir el desplazamiento del interno para comunicar –como pretende que debió hacer el órgano competente para sancionar, sustituyendo la particular forma del recurrente de entender la Orden por la suya propia, pues nada dice la Orden de posibilitar el desplazamiento - no puede considerarse que suponga una grave

perturbación del servicio, en el sentido expresado en la propia Resolución: *"grave perturbación" esto es, el trastorno o desviación, en este caso, de la vida departamental grande, de mucha entidad o importancia (véase en este sentido, la conceptuación gramatical de dichos términos en el Diccionario de la Real Academia Española); alteración intensa o importante que sólo puede quedar definida por el alcance mismo de la perturbación, o lo que es lo mismo, por el resultado lesivo".* Es más, como se recoge al folio 91 del expediente en manifestaciones de funcionario Jefe de Servicios, el representante consular *pudo celebrar la comunicación*, siendo invitado a ello varias veces, negándose y amenazando con poner una queja. Antes al contrario, la propia Administración pone el acento en el *descrédito de la Administración Penitenciaria y en detrimento de las actividades del resto de sus compañeros, así como comporta un incumplimiento de los Principios éticos y de conducta establecidos para los funcionarios públicos en el EBEP y enunciados en los fundamentos jurídicos primero a tercero de la presente resolución;* dicho bien jurídico que la Administración entiende afectado por la conducta del recurrente no es el protegido por el tipo infractor aplicado, y si bien pudiera ser constitutiva –en su caso- de alguna otra falta, no es posible subsumir la conducta sancionada en el tipo previsto en el precepto utilizado para imponer dicha sanción, por cuanto ni se aprecia perturbación grave del servicio ni que concurra que ocasionase detrimento alguno en las actividades el resto de los compañeros.

En consecuencia, se está en el caso de estimar el recurso que nos ocupa, declarando nula la sanción impuesta, debiendo la Administración, en su caso, proceder a la restitución de los haberes que hubieran sido retenidos como consecuencia de la ejecución de dicha sanción,

Acaip

QUINTO.- De conformidad con el criterio objetivo del vencimiento que rige en materia de costas procesales con arreglo a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en su redacción dada por el artículo 3º.11 de la Ley 37/2011, de diez de octubre, de medidas de agilización procesal, caso de existir, han de ser impuestas a la Administración demanda.

VISTOS los preceptos citados, y los demás de general y pertinente aplicación, en nombre de su Majestad el Rey, y por la autoridad conferida por el pueblo español,

FALLO

ESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **D.** contra la Resolución, de fecha 9 de febrero de 2012, del **SECRETARIO GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS, por delegación del SECRETARIO DE ESTADO DE SEGURIDAD**, por la que se le impuso la sanción de tres días de suspensión de funciones, **que SE ANULA y se deja sin efecto,** por ser contraria a Derecho. Todo ello con expresa imposición a la Administración demandada de las costas procesales devengadas con ocasión del presente recurso contencioso-administrativo.

Esta sentencia no es susceptible de recurso, y por tanto, es firme.