

# OF-36 PLLPGC

RESOLUCIÓN número 02196/17, 08 de septiembre de 2017

Visto por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Navarra el expediente del recurso de alzada número **17-00713**, interpuesto por **DON .....** contra resolución de la Concejalía Delegada de Seguridad Ciudadana y Convivencia del **AYUNTAMIENTO DE PAMPLONA** de fecha 16 de febrero de 2017, sobre sanción de quince días de suspensión de empleo y sueldo.

Ha sido Ponente don Jon-Ander Pérez-Ilzarbe Saragüeta.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**1º.-** El día 7 de julio de 2015, el agente de la Policía Municipal de Pamplona don ..... rehusó cumplir una orden de realizar un servicio en el recorrido del encierro, aduciendo que ese cometido no correspondía al Grupo de Vigilancia del que formaba parte.

**2º.-** Tras instruirse un expediente sancionador, con fecha 16 de febrero de 2017, la Concejalía Delegada de Seguridad Ciudadana y Convivencia del Ayuntamiento de Pamplona le impuso una sanción de 15 días de suspensión de empleo y sueldo por "*ausencia o abandono del servicio asignado sin causa justificada*", contra la que se interpone el recurso de alzada.

**3º.-** Mediante Providencia de la Presidenta de este Tribunal se dio traslado del recurso al Ayuntamiento de Pamplona para que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto Foral 279/1990, de 18 de octubre, de Desarrollo Parcial de la Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, de la Administración Local de Navarra (LFALN), remitiera el expediente administrativo o copia diligenciada del mismo, incorporando las notificaciones para emplazamiento efectuadas y presentara, de estimarlo conveniente, informe o alegaciones para justificar la resolución recurrida Así lo hizo la referida Corporación.

**4º.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 77.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), en relación con el artículo 16 del precitado Decreto Foral 279/1990, de 18 de octubre, y disposiciones concordantes, no procede la práctica de la prueba solicitada, por no ser necesaria para dictar resolución, puesto que el error en la calificación de la infracción constituye razón jurídica suficiente para anular la actuación municipal.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Errónea calificación de la infracción.

1. La Resolución impugnada pretende aplicar al caso el número 17 del artículo 60 de la Ley Foral 8/2007, de 23 de marzo, de las Policías de Navarra (LFPN): "*Serán faltas graves: (...) 17. La ausencia o abandono del servicio asignado sin causa justificada, salvo que exista causa de fuerza mayor que impida comunicar a un superior la ausencia*".

La jurisprudencia perfila esta infracción de "ausencia" o "abandono del servicio" en base a determinadas características. Se refiere a las "ausencias injustificadas del puesto de trabajo" (Sentencia del TSJ de Galicia del 22 mayo de 2013, por ejemplo). Pero ¿cuándo se considera "injustificada" la ausencia? Al decir de la Sentencia del TSJ de Cantabria del 11 de marzo de 2008, "precisamente es injustificada" si se realiza "faltando a su puesto" sin aducir razón válida alguna, o haciendo "caso omiso" de instrucciones sobre permanencia en el mismo emanadas de superiores jerárquicos.

El Tribunal Supremo subraya la peculiaridad del componente intencional de este tipo infractor al señalar que "la realización de dicho ilícito administrativo exige propósito intencionado de incumplir los deberes inherentes al destino, desentendiéndose deliberadamente del ejercicio de las funciones propias" (Sentencia del 14 de diciembre de 1995, entre otras). En palabras de una Sentencia del mismo Alto Tribunal de fecha 11 de abril de 1988, citada en otras posteriores, esta infracción conlleva el "deliberado propósito de apartarse o desentenderse totalmente del ejercicio del cargo, con una clara intencionalidad de no prestar servicio".

Por esa razón, el TSJ de Valencia, en Sentencia fechada el 10 de junio de 1999, declaraba: "A juicio de esta Sala no cabe incluir en ninguno de los supuestos citados las conductas que se imputan al actor en tanto de las mismas no se infiere en modo alguno ese propósito de apartarse con carácter indeterminado de los deberes inherentes al puesto de trabajo".

En cambio, sí se consideró procedente sancionar a un agente de policía local por abandono del servicio en un caso juzgado por Sentencia del TSJ de Galicia del 28 de junio de 2001, dado que aquél se había ausentado sin comunicarlo siquiera, y "el servicio no puede abandonarse, salvo comunicación a superior que el recurrente reconoce que no se produjo, hasta tanto no se produzca el relevo".

2. A la vista de esta jurisprudencia, es pertinente preguntarse si, en el caso que nos ocupa, existió ese "propósito de apartarse con carácter indeterminado de los deberes inherentes al puesto de trabajo".

Para obtener respuesta a esta pregunta, cedamos la palabra al Comisario actuante (informe de fecha 7 de julio de 2015).

"(...) el Policía (...), que mientras escucha niega con la cabeza, manifiesta que no va a ir al encierro, por lo que corto la conversación (...). Pido al Policía (...) que realice un informe sobre su negativa, a lo que responde que ya lo ha realizado, extremo confirmado por el Inspector. Ante esta situación le digo al Policía que ya puede abandonar el servicio, puesto que no es necesaria su presencia si no es en el vallado del encierro. El policía me responde que no, que se queda. Ante ello, le increpo diciendo que este Cuerpo de Policía no es asambleario, donde cada cual decide lo que hace, sino que es jerárquico, y le digo que si no va a ir al encierro tiene que abandonar el servicio. Inmediatamente me dice que sí, que va a casa, terminando la conversación".

El contrasentido se hace patente. No es congruente:

- decir al policía subordinado "que ya puede abandonar el servicio";
- increparle por su negativa a abandonarlo en el acto, e insistirle en que "tiene que abandonar el servicio", quiera o no;
- y a continuación sancionarle por "ausencia o abandono del servicio".

Tenía, por tanto, razón el hoy recurrente cuando alegaba que "no se "ausentó" de ningún servicio, ya que el día 7 de julio de 2015 desempeñó con normalidad el servicio habitual que tenía encomendado en el Grupo de Vigilancia, siendo sus mandos quienes

*le ordenaron que se fuera a su casa (...)*".

**SEGUNDO.-** Concepto de *"ausencia o abandono del servicio"*.

1. Para el Tribunal Supremo, *"el abandono de servicio comporta la manifestación extrema del apartamiento de los deberes de actividad profesional"* (Sentencia del 16 de marzo de 2004).

Sentencias como la del mismo Alto Tribunal del 20 de octubre de 1994 ponen especial énfasis en distinguir entre *"abandono del servicio"* y *"otros tipos infractores existentes que, afectando también a la funcionalidad del servicio, definen modalidades específicas, tales como (...) "el incumplimiento injustificado de la jornada de trabajo" (...) o "el incumplimiento de los deberes y obligaciones siempre que no deban ser calificados como falta muy grave o grave" (...)"*.

2. En este sentido, es preciso diferenciar con nitidez el "abandono del servicio", por un lado, y el incumplimiento de una orden concreta de realizar una misión o tarea, por otro. Esto último se tipifica en el número 6 del artículo 60 de la LFPN: *"El incumplimiento de las órdenes recibidas, por escrito o verbalmente, de los superiores jerárquicos en las materias propias del servicio, salvo que constituyan infracción manifiesta del ordenamiento jurídico"*.

Los datos fácticos del caso apuntan claramente hacia esta última infracción, es decir, el incumplimiento de órdenes.

Si bien la asignación de nuevos servicios a determinados puestos de trabajo es materia susceptible de ser previamente negociada con la representación sindical conforme a lo dispuesto en el artículo 83.6 del Decreto Foral Legislativo 251/1993, de 30 de agosto, Texto Refundido del Estatuto del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas de Navarra (TREP), ello no impide cursar motivadamente órdenes puntuales para realizar algún servicio extraordinario (siempre dentro del ámbito de las funciones policiales) cuando el órgano competente considere que la situación así lo requiere. A criterio de este Tribunal Administrativo, muy difícilmente cabría considerar una orden puntual de acudir al vallado del encierro como *"infracción manifiesta del ordenamiento jurídico"*, ni aun en el supuesto de que careciera de motivación suficiente, o aunque se basara en unas instrucciones inválidas por no haber sido objeto de negociación ni consulta previa, según sostiene el recurrente.

3. En especial, debe evitarse la errónea asimilación del concepto de "ausencia o abandono del servicio asignado" con cualquier circunstancia que implique no completar la jornada laboral.

Cabe dejar inconclusa una determinada jornada por orden superior, como ha sucedido en este caso.

También es posible que no se complete como mera consecuencia de otro tipo de infracción. Por ejemplo, debido a la participación en algún altercado, o por faltas injustificadas de puntualidad y asistencia (sancionables como tales).

Existe un tipo sancionable específico de *"incumplimiento de la jornada de trabajo sin causa justificada"*, que constituye falta leve cuando se realiza por una sola vez en el período de un mes (artículos 62.b) del TREP y 59.3 de la LFPN); grave si se incumple entre dos y cinco veces dentro del mismo plazo mensual (artículos 63.c) del TREP y 60.3 de la LFPN); y muy grave si se rebasa el listón de cinco veces en el mismo mes (artículos 64.c) del TREP y 61.2 de la LFPN).

Ahora bien, para que un incumplimiento de jornada alcance la categoría de *"abandono*

*del servicio*" es preciso que concurren los elementos fácticos e intencionales señalados por la jurisprudencia referida en el anterior Fundamento de Derecho.

La misma salvedad contenida en el artículo 60.17 de la LFCP, "(...) *salvo que exista causa de fuerza mayor que impida comunicar a un superior la ausencia*", resalta aún más esa nota de voluntario y deliberado abandono de las funciones propias del puesto que la jurisprudencia pone de relieve.

Tales circunstancias no se dan en modo alguno en este caso. Dicho en pocas palabras, el recurrente no se fue antes de terminar su jornada porque tuviera intención de sustraerse a los deberes propios de su puesto de trabajo mediante una ausencia injustificada, sino porque así se lo ordenó un superior jerárquico tras haber incumplido una orden de éste.

Como indica el escrito de recurso, *"De haberse producido alguna infracción, sería la de incumplimiento de las órdenes recibidas (que es lo que el propio instructor barajó en el pliego de cargos), pero en ningún caso la de ausentarse del servicio sin causa justificada"*.

### **TERCERO.-** Expediente sancionador.

1. Los avatares del expediente disciplinario reflejan de forma elocuente el error municipal en la calificación de la infracción.

El propio Comisario presente en el incidente reconoció: *"Ante esta situación le digo al Policía que ya puede abandonar el servicio, puesto que no es necesaria su presencia si no es en el vallado del encierro. El policía me responde que no, que se queda. Ante ello, le increpo (...) y le digo que si no va a ir al encierro tiene que abandonar el servicio"*.

Inicialmente se consideró que esa conducta del recurrente *"podría ser constitutiva de una falta disciplinaria muy grave, consistente en insubordinación individual o colectiva"*. El Pliego de Cargos sopesa esta posibilidad, pero la descarta tras constatar que el recurrente no persistió en su actitud, sino que aceptó cumplir la orden de acudir al vallado del encierro en los días siguientes al 7 de julio de 2015.

Los cargos finalmente formulados fueron:

A) *"Incumplimiento de las órdenes recibidas, por escrito o verbalmente, de los superiores jerárquicos en las materias propias del servicio (artículo 60.6 de la Ley Foral 8/2007, de 23 de marzo, de Policías de Navarra)"*.

- Se refiere, en primer lugar, a la orden de acudir al vallado del encierro.

- Pero alude también al incumplimiento (durante breves segundos) de *"la orden del Comisario para que abandonara el servicio"*, haciéndose constar enfáticamente que *"solo ante la firmeza e insistencia del Comisario consintió marcharse antes del término de su jornada"*.

B) *"Ausencia del servicio asignado sin causa justificada"*.

Aquí comienzan las contradicciones. ¿Cómo se puede acusar al recurrente de ausentarse del servicio, si precisamente se negó a abandonar el que estaba prestando y, ante su negativa, el Comisario llegó incluso a increparle, ordenándole enérgica y terminantemente su inmediato abandono?

Evidentemente, el recurrente estaba dispuesto a continuar con el servicio policial que ese día estaba realizando. Ni intentaba ni deseaba abandonarlo. Se le ordenó que lo abandonara.

Lo que realmente desatendió por voluntad propia no fue su servicio policial, sino una orden o instrucción de realizar otra tarea distinta de la que en ese momento estaba realizando.

El Ayuntamiento pretende equiparar ese incumplimiento de una orden concreta a la ausencia o el abandono del servicio. Pero semejante argumento admite, incluso, una sencilla reducción al absurdo. Según este criterio municipal, toda orden incumplida debería conllevar una sanción por "ausencia o abandono del servicio", porque (por definición), al incumplir lo ordenado, el agente no estaría prestando el concreto servicio que se le ordenó realizar, sino otro distinto. Por ende, se le consideraría "ausente" del servicio ordenado, y tendría que ser sancionado por falta grave del número 17 del artículo 60 de la LFPN.

Esa deducción a la que abocaría el razonamiento municipal es incorrecta. Según se ha explicado en los dos primeros Fundamentos de Derecho, la conducta sancionable como "ausencia o abandono del servicio" no consiste en realizar otro servicio distinto del ordenado. Esto último es incumplir una orden, y lo sanciona el número 6 (no el 17) del artículo 60 de la LFPN. Para poder sancionar a alguien por ausentarse del servicio ha de existir "un deliberado propósito de apartarse o desentenderse totalmente del ejercicio del cargo con una clara intencionalidad de no prestar servicio" durante esa ausencia (véase Fundamento de Derecho Primero). Si lo que hace el agente es desatender una orden concreta, pero sin negarse a permanecer de servicio, procede sancionarle por incumplir aquélla, no por abandonar éste.

2. El error de la propuesta de resolución consistió, pues, en desechar el cargo de "Incumplimiento de las órdenes recibidas, por escrito o verbalmente, de los superiores jerárquicos", e inclinarse erróneamente por el de "ausencia o abandono del servicio asignado", que no es aplicable al caso.

El escrito municipal de alegaciones al recurso de alzada es muestra palpable de las contradicciones originadas por ese error.

Sostiene el informante (los subrayados son nuestros) "Que los miembros de la Policía Municipal de Pamplona tienen la obligación de obedecer las órdenes recibidas de sus superiores por necesidades operativas". Correcto. "La única excepción a lo anteriormente indicado es que las órdenes recibidas sean MANIFIESTAMENTE constitutivas de delito o contrarias a las leyes". Esa es, en efecto, la excepción al principio de obediencia debida que recoge la letra d) del artículo 4 de la LFPN. Esta defensa se adecuaría de forma impecable al acto impugnado si éste impusiera una sanción por incumplimiento de órdenes jerárquicas al amparo del número 6 del artículo 60 de la LFPN. Pero no es el caso. La sanción se impuso por una supuesta infracción del número 17 de dicho precepto legal, en base a una inexistente ausencia voluntaria del servicio.

El error en la calificación jurídica de la infracción obliga a estimar el recurso de alzada.

#### **CUARTO.-** Otras cuestiones.

La errónea calificación de la infracción justifica la anulación del acto impugnado, sin necesidad de entrar al análisis pormenorizado de otras cuestiones alegadas, como la posible caducidad derivada de la ausencia de justificación suficiente de la ampliación del plazo para resolver el expediente, y la también invocada invalidez (por falta de negociación previa) de las instrucciones sobre servicios extraordinarios de Policía Municipal durante las fiestas de San Fermín.

En consecuencia, procede la estimación del recurso de alzada.

Por todo lo expuesto, el Tribunal

**RESUELVE:** Estimar el recurso de alzada interpuesto por don ..... contra Resolución de la Concejalía Delegada de Seguridad Ciudadana y Convivencia del Ayuntamiento de Pamplona de fecha 16 de febrero de 2017 por la que se le impone una sanción de 15 días de suspensión de empleo y sueldo; anulando dicho acto por no ser conforme a Derecho.

Así por esta nuestra resolución, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- M<sup>a</sup> Asunción Erice.- Miguel Izu.- Jon-Ander Pérez-Ilzarbe.- Certifico.- María--Carmen Lorente, Secretaria.-