

**Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de 5 de Julio de 2016
(rec.305/2013)**

Encabezamiento

TSJ de Valencia

Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 2ª

Procedimiento Ordinario 305/2013

Presidenta

Dª. Alicia Millán Herrandis

Magistrados

D. Miguel Soler Margarit

D. Ricardo Fernández Carballo Calero

Valencia, 5 de julio de 2016

VISTO, por este Tribunal, el presente Recurso Contencioso-Administrativo nº 305/2013, promovido por Arcadio, en materia de personal, en el que han sido partes, el actor, a través de la Procuradora de los Tribunales Mª Luisa Galbis Úbeda siendo como demandada, la Administración del Estado, actuando a través del Sr. Abogado del Estado.

SENTENCIA nº 401/16

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso contencioso-administrativo la impugnación de la resolución de 27/6/2013 de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A en cuya virtud se acuerda declarar al funcionario del Cuerpo Auxiliar Postal y Telecomunicación, Escala de Clasificación y Reparto, NUM000(..) como autor de la comisión de una falta disciplinaria continuada de carácter grave (*Art. 7.1 inciso a)) del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado* aprobado por RD 33/86 de 10 de enero) a sancionar con suspensión de funciones durante cinco días.

SEGUNDO.- Interpuesto el recurso por escrito registrado en 22/9/2013 y seguidos los trámites prevenidos por la Ley, se emplazó a la recurrente para que formalizara la demanda, lo que verificó mediante escrito registrado en 18/12/2013, con ocasión del cual suplica se dicte sentencia por la que estimando el presente recurso se revoque la sanción impuesta con los efectos que de ello deriven.

Compareció en representación y defensa de la parte demandada, el Abogado del Estado, el cual, tras mostrar razonada oposición a los motivos de la demanda, terminó suplicando, mediante escrito registrado en 5/3/2014, el dictado de sentencia desestimatoria del recurso interpuesto de contrario y confirmatoria de la legalidad de

la actuación administrativa impugnada.

TERCERO.- La cuantía del recurso fue establecida en indeterminada en virtud de resolución de 6/3/2014.

CUARTO.- Practicada prueba propuesta y admitida y tras concluir las partes, fueron conclusos los autos y se señaló la votación y fallo el día 10/5/2016, fecha en la cual se decidió emplazar a las partes en acomodo a lo previsto en el *Art.33.2 LJCA 29/98*, para que formulen las alegaciones que estimen oportunas, con suspensión del plazo para pronunciar el fallo, en orden a la eventual toma en consideración de que "a partir de la entrada en vigor del EBEP, ha quedado derogada la tipificación y sanción de las infracciones graves realizada por el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado (RD. 33/86), al ser, por su condición jerárquica de norma meramente reglamentaria, abierta y frontalmente incompatible con las exigencias de reserva de ley en materia disciplinaria que se imponen por el citado EBEP, por lo que resulta directamente afectado por la derogación general prevista en la letra g) de su Disposición derogatoria única, a falta de disposiciones de Derecho Transitorio"(vid. en tal sentido, *STSJCV, Sec.2ª. 930/2010, de 28 de julio, Rec. Ape. núm. 403/2010*)"

QUINTO.- Tras evacuarse el traslado antedicho merced a escrito del actor registrado en fecha 18/5/2016, resultó el asunto definitivamente deliberado, votado y fallado

SEXTO.- En la tramitación del presente proceso se han observado las sustanciales prescripciones legales.

Siendo ponente el magistrado Ricardo Fernández Carballo Calero, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Identificada ya en los antecedentes de hecho el objeto de la presente impugnación, postula el demandante la anulación de la resolución administrativa impugnada, latiendo en su argumentación además de determinadas discrepancias sobre los hechos que sirvieron de sustento fáctico a la falta antedicha, la incorrecta aplicación del reglamento que la contempla, en cuanto falto de cobertura legal habilitante, tal y como reiteradamente viene declarando esta misma Sala.

Sostiene el Abogado del Estado, por su parte, la correcta valoración y subsunción típica de los hechos de referencia.

SEGUNDO.- Del modo en el que ha quedado planteado el debate articulado entre las partes, cabe atender a última de las cuestiones arriba referenciadas, la cual, siendo sometida a las partes, al amparo del *Art. 33.2 de la LJCA* resultó de expreso acogimiento por el recurrente.

Esta Sala y Sección desde el pronunciamiento adoptado en STSJCV, Sec.2ª. 930/2010, de 28 de julio, Rec. Ape. núm. 403/2010 , viene considerando como "El pronunciamiento acerca de la eventual vulneración del citado derecho fundamental del recurrente, va a requerir necesariamente determinar si el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, aprobado mediante RD num. 33/1986, en aquellos de sus preceptos en los que se tipifican las faltas de

carácter grave, mantiene su vigencia , tras el Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007), o por el contrario ha de estimarse derogado por el mismo, tesis ésta última que se sostiene por la Sentencia apelada, que considera que se ha producido un vacío normativo en esta materia disciplinaria.

Así las cosas, debe hacerse una escueta referencia a cuál era el estado jurídico de esta cuestión en el momento de promulgarse el EBEP; el régimen disciplinario general venía contenido esencialmente en dos normas: 1ª) la LMRFP num. 30/84, que, al igual que hiciera la precedente LFCE de 1964, sólo recoge en su articulado las faltas muy graves (art. 31); y 2ª) el *Reglamento Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado* (RD. num. 33/86), donde se contiene asimismo la enumeración de las faltas graves y leves.

Sabido es que el carácter preconstitucional de la Ley de 1964, posibilitaba que, tras enumerar éste en su art. 88 las faltas muy graves, dispusiera en en art. 89 que *"La gravedad o levedad de las faltas no enumeradas en el artículo anterior se fijará reglamentariamente en función de los siguientes elementos: (.....)"; lo que así hizo el Decreto 2088/1969 de 16 agosto , por el que se aprobó el anterior Reglamento de Régimen Disciplinario de los funcionarios de la Administración Civil del Estado.*

Pero la reforma que en la función pública realiza la Ley 30/84, viene ya vinculada por los preceptos constitucionales; y por ello la cobertura legal del RD 33/86, se buscó por la jurisprudencia en el art. 89 LFCE, que nunca fue expresamente derogado por la LMRFP/84, a diferencia de lo que sucedió con su art.88 , objeto de expresa derogación. Así pues, la exigencia del cumplimiento del principio de reserva de ley a la hora de tipificar las infracciones y sanciones disciplinarias, se entendió cumplida por la jurisprudencia por el hecho de que la enumeración de las faltas graves que llevaba a cabo el RD. 33/86, se ajustaba a las prevenciones impuestas por un precepto con rango formal de Ley -que, aún siendo de 1964, no estaba viciado de inconstitucionalidad sobrevenida-; con ello quedaba salvado el principio de legalidad en la tipificación de las infracciones graves. En consecuencia, el precepto aplicado al recurrente, hasta la aprobación del EBEP hubiera cumplido con las exigencias que del principio de legalidad derivan para el régimen disciplinario funcional.

Sin embargo, la promulgación del EBEP va a incidir radicalmente sobre esta situación. De nuevo se opera con la misma técnica que con las normas precedentes, es decir: el EBEP asume para sí la enumeración de las faltas muy graves (lo hace en su art. 95.2); y remite para las futuras normas de desarrollo la tipificación de las infracciones graves y leves y sus sanciones; pero el EBEP va a ser respetuoso con las exigencias derivadas del art. 25.1 CE , y así, en su art. 94.2, expresamente dispone que *"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"; y por ello, la determinación de las faltas graves y leves ya no va remitirse al desarrollo reglamentario, sino que se impone que su regulación lo sea mediante norma con rango de ley; así lo dispone con claridad su art. 95.3, al indicar: "Las faltas graves serán establecidas por Ley de las Cortes Generales o de la Asamblea Legislativa de la correspondiente Comunidad Autónoma, 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. c) El descrédito para la imagen pública de la Administración."* Añadiendo en su núm. 4 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"*.

Las consecuencias que ello supone para el supuesto objeto de enjuiciamiento son dos:

I.- El EBEP no contempla otro régimen disciplinario que no sea el fijado por normas con rango de ley, estatal o autonómica en función del correspondiente reparto competencial. Y a la hora de determinar qué efectos derivan de esta conclusión en orden a la subsistencia o no de RD. 33/86, hay que tener en cuenta que, al propio tiempo, el EBEP, *no sólo no contiene ninguna previsión específica en sus Disposiciones Transitorias en la que se regule la situación hasta tanto se produzca ese desarrollo legislativo, sino que deroga expresa e individualizadamente el art. 89 LFCE/64 (Disp. Derog. Única ap. a), y deroga, también expresamente, con carácter general "todas las normas de igual o inferior rango que contradigan o se opongan a lo dispuesto en este Estatuto" (Disp. Derog. Única ap. g).*

La conclusión que deriva de lo anterior no puede ser otra que la de considerar que a partir de la entrada en vigor del EBEP, ha quedado derogada la tipificación y sanción de las infracciones graves realizada por el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado (RD. 33/86), al ser, por su condición jerárquica de norma meramente reglamentaria, abierta y frontalmente incompatible con las exigencias de reserva de ley en materia disciplinaria que se imponen por el citado EBEP, por lo que resulta directamente afectado por la derogación general prevista en la letra g) de su Disposición derogatoria única, y a falta de disposiciones de Derecho Transitorio, se ha generado un vacío normativo con relación a la tipificación y sanción de las faltas disciplinarias graves, como sostiene la Sentencia apelada.

Tres cuestiones deben ser, finalmente, abordadas para completar el análisis de esta cuestión:

1ª.- Aunque la derogación de estos preceptos de lleva a cabo "con el alcance establecido en la Disposición Final cuarta", no opera ninguna de las excepciones a la inmediata entrada en vigor, contenidas en los números 2 y 3 de esta norma; así, su párrafo 2º dice: "No obstante lo establecido en los Capítulos II y III del Título III, excepto el art. 25.2, y en el Capítulo III del Título V, producirá efectos a partir de la entrada en vigor de las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto. (...)" ; se trata de la carrera profesional, promoción interna, evaluación del desempeño, derechos retributivos, provisión de puestos de trabajo y movilidad; en ningún caso, pues, del régimen disciplinario . Y tampoco opera, pese a lo que sostiene la Generalitat, lo previsto en el párrafo 3º, que dispone que: "Hasta que se dicten las Leyes de Función Pública y las normas reglamentarias de desarrollo se mantendrán en vigor en cada Administración Pública las normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos en tanto no se opongan a lo establecido en este Estatuto", pues se trata de apartados que cuentan con su ubicación sistemática propia en la estructura de la Ley 7/2007 (Título V), y a los que resulta ajeno el régimen disciplinario (Título VII).

2ª.- La posible cobertura legal que, a juicio de la Generalitat, le proporcionaría al RD. 33/86, lo establecido en el *art. 51 del Texto Refundido de la Ley de Función Pública Valenciana, de 24/octubre/1995* , que dispone: "Se hace extensivo a los funcionarios de la Generalidad Valenciana el Régimen Disciplinario establecido por la normativa del Estado. Un reglamento disciplinario regulará el procedimiento sancionador, en el cual se tendrá básicamente en cuenta los principios de eficacia y

garantía"; no es asumible este planteamiento, pues este precepto se limita a efectuar una remisión genérica al régimen disciplinario previsto para los funcionarios estatales, por lo que se hace partícipe de sus limitaciones, al tiempo que prevé la regulación reglamentaria de los preceptos de índole estrictamente procedimental.

3ª.- La aplicación del principio de subsistencia de la norma, que derivaría de la eventual cobertura que pudiera proporcionar al Reglamento Disciplinario lo establecido en el *art. 95.3 EBEP*, en la medida en que establece como criterios para la tipificación de las faltas graves "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, c) El descrédito para la imagen pública de la Administración", en parte coincidentes con las circunstancias que según el derogado *art. 89 LFCE/1964 daban cobertura al RD 33/86*. Pero tampoco puede llegarse a una conclusión positiva desde esta perspectiva, pues el *Tribunal Constitucional, Sala 1ª, en Sentencia num. 195/2005, de 18/julio*, analizó la posible cobertura que proporcionaba al Reglamento de régimen disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía, lo dispuesto en las *letras c) y d) del apartado 4 del art. 27 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad*, que disponen que: "4. Las faltas graves y leves se determinarán reglamentariamente, de conformidad con lo siguientes criterios: c) Los daños y perjuicios o la falta de consideración que puedan implicar para los ciudadanos y los subordinados", y "d) El quebrantamiento que pueda suponer de los principios de disciplina y jerarquía propios de este Cuerpo". Y fue categórico al afirmar que: "... estos criterios, rodeados de un halo de incertidumbre, no contienen por sí solos de manera autónoma los elementos mínimos necesarios para que se pueda entender cumplimentado por las faltas disciplinarias el principio de predeterminación normativa inherente al derecho a la legalidad sancionatoria.". En cualquier caso, se trata de criterios que el EBEP fija, no para dar cobertura a una actividad reglamentaria sancionadora, sino para pautar, con carácter básico, la futura actuación del legislador estatal o autonómico.

II.- Y ya por último, aún en la hipótesis de admitir la subsistencia transitoria de los preceptos del Reglamento disciplinario que tipifican las faltas graves, hasta que se dicten las leyes que desarrollen el EBEP, el planteamiento ahora debería derivarse hacia la cuestión de si tiene o no la preceptiva cobertura legal habilitante, ya que de no ser así, la tipificación meramente reglamentaria de la conducta sancionable como falta disciplinaria grave y de su correspondiente sanción, vulnerarían asimismo el principio de reserva de ley, lo que anularía el precepto reglamentario; y lo cierto es que debe asimismo concluirse que tal tipificación reglamentaria habría quedado carente de la cobertura legal habilitante que le proporcionaba el *art. 89 LFCE/64, que ha sido objeto de derogación expresa y singular por el EBEP*, por lo que se habría igualmente vulnerado del derecho fundamental invocado por el recurrente" (FJ Segundo).

Ciertamente, la administración demandada con apoyatura en otros pronunciamientos jurisdiccionales que no alcanzan a vincular a la Sala, sostiene distinta consideración, mas sus argumentaciones se ofrecen en contraste con lo hasta aquí razonado. Enfatícese en tal sentido, que esta misma Sala y Sección, sin perjuicio de pronunciamientos aislados en los que la cuestión hoy controvertida no resultó suscitada, ha seguido esta misma tesis, en pronunciamientos ciertamente recientes, incluso tomando en consideración las *sentencias hoy traídas a colación por la administración demandada, pudiendo ser citadas, entre otras, las propias 832/2013, de 12 de noviembre (PO 406/2010); 1076/2012, de 30 de noviembre (PO 538/2010); 370/2012, de 25 de abril (PO 586/2009), 1040/2012, de 22 de noviembre (PO 332/2009) o, en fin, la fechada en 18 de septiembre de 2012, resolutoria del recurso*

de apelación 541/2010 .

Ello, en definitiva, unido a razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley, conllevará la necesaria estimación del recurso contencioso interpuesto.

TERCERO.- Sin especial pronunciamiento en materia de costas, atendidas las dudas de derecho que el caso plantea, conforme el *Art.139.1 LJCA* .

En atención a lo expuesto

FALLAMOS

1º) ESTIMAR el recurso Contencioso-Administrativo nº 305/2013, promovido por Arcadiofrente a la resolución administrativa identificada en el antecedente de hecho de la presente sentencia, que se anula como disconforme a derecho, con los naturales efectos económico-administrativos a derivar.

2º) Sin costas.

No cabe la interposición de recurso de casación, de conformidad con lo dispuesto en los *Arts. 86 y 96.3 de la LJCA* .

A su tiempo, y con certificación literal de la presente, devuélvase el expediente administrativo al Centro de su procedencia.

Así por esta sentencia lo pronunciamos mandamos y firmamos.