



Informe sobre les al·legacions efectuades per la Conselleria d'Administracions Públiques i Modernització al Projecte al decret pel qual es regula el règim jurídic de personal estatutari en el Servei de Salut de les Illes Balears

Mitjançant escrit registrat d'entrada el dia 16 d'abril de 2020, el cap del Servei de Règim Jurídic de Direcció General de Funció Pública i Administracions Públiques, amb el vist i plau del seu Cap de Departament, fa diverses al·legacions al Projecte de decret de referència:

- a) En primer lloc, considera que l'àmbit d'aplicació previst a l'article 2.2 del Projecte no s'hauria d'estendre al personal funcionari titular d'assistència pública domiciliària (APD), doncs entenem que són funcionaris que han de quedar sotmesos al règim general de funció pública previst al TREBEP i a la Llei autonòmica de funció pública. Aquestes dues normes preveuen un règim jurídic substantiu diferent al que regula la Llei 55/2003, de 16 de desembre, de l'Estatut Marc del personal estatutari dels serveis de Salut (en endavant EM).

En resposta a aquesta consideració s'ha de dir que aquest Projecte no regula el règim substantiu sancionador, sinó que únicament estableix el règim formal aplicable al procediment disciplinari.

El personal sanitari local, també conegut com d'Assistència Pública Domiciliària (APD) i que engloba Metges Titulars, Practicants Titulars, Llevadores Titulars i Farmacèutics titulars constitueixen un Cos Estatal de funcionaris, que són avui funcionaris en actiu de les CCAA, els quals depenen orgànicament del conseller competent en matèria de funció pública i funcionalment dels òrgans competents del Servei de Salut de les Illes Balears. El seu règim jurídic substantiu originari estava constituït, bàsicament, pel Reglament de personal dels serveis sanitaris locals de 27 de novembre de 1953, i per les lleis pròpies de la funció pública autonòmica.

No obstant això, mai han tingut un règim jurídic homogeni. Tradicionalment aquest personal ha tingut una naturalesa jurídica híbrida; d'una banda, exerceix les funcions pròpies del Cos Estatal al que pertanyien, funcionaris de Sanitat Local, amb competències bàsicament de medicina preventiva i residualment assistencial, **però d'una altra banda assumeixen per ministeri de la Llei les funcions assistencials sanitàries pròpies de la Seguretat Social** (fonamentalment així ho estableixen les Ordres de 26 de gener de 1948, 31 de gener de 1949 i 27 d'abril de 1960; l'article 64.1 de Decret 3160/1966, de 23 de desembre, pel qual s'aprova el Estatut jurídic de personal mèdic de la



Seguretat Social; l'article 49 de l'Ordre de 26 d'abril de 1973, per la qual s'aprova l'Estatut del personal auxiliar sanitari titulat i auxiliar de clínica de la Seguretat social; l'article 115.1 de Decret 2065/1974, de 30 de maig, pel qual es s'aprova el Text refós de la Llei general de Seguretat Social).

A més d'assumir funcions assistencials idèntiques al personal estatutari, per mor de l'article 3.3 i de la **Disposició Transitòria Primera del Reial Decret 137/1984**, de 11 de gener, sobre estructures bàsiques de Salut, es va instrumentalitzar un procés d'integració mitjançant una oferta voluntària que va acabar amb la **integració funcional de la totalitat dels APDs de les Illes Balears en els Equips d'Atenció Primària (EAP). Aquesta integració suposa la dependència funcional del Director de Zona Bàsica de Salut (abans Coordinador de EAP), alhora que una equiparació EN EL SEU RÈGIM JURÍDIC SUBSTANTIU respecte al personal estatuari QUE AFECTA A PARTS MOLT IMPORTANTS, com ara: les seves funcions (art. 20 del Decret 3160/1966, de 23 de desembre, pel qual s'aprova el Estatut jurídic de personal mèdic de la Seguretat Social), en el seu horari i en les seves condicions de treball i també en la carrera professional.**

Tot i reconèixer que no existeix una equiparació total entre el règim jurídic dels APDs integrats i el personal estatutari, **entenem que aquesta equiparació sí que es produeix respecte les seves obligacions jurídiques, en tant que són professionals sanitaris amb idèntiques funcions i condicions laborals, raó per la qual han de estar sotmesos al mateix règim disciplinari**, doncs la Llei 3/2007, de funció pública de les Illes Balears no recull en el seu règim sancionador les particularitats típiques del servei públic sanitari.

Així les coses, si admetem que el seu règim disciplinari substantiu aplicable als APDs integrats és el previst a l'Estatut Marc, la lògica conseqüència és que el règim procedimental aplicable sigui el previst en aquest Projecte, atès que el procediment sempre és accessori *ratione materiae* segons diu el Tribunal Constitucional en la STC 227/1998.

- b) En segon lloc, l'escrit discrepa de l'aplicació supletòria dels preceptes del Codi Penal, a què fa referència l'article 3.2 del Projecte. I afegeix, que en cas de supletorietat s'ha de declarar d'aplicació preferent la Llei 40/2015.

D'entrada s'ha de dir que l'article 3.1 del Projecte segueix la recomanació de l'escrit d'al·legacions i opta per la aplicació preferent de les normes contingudes en la Llei 40/2015. Únicament en defecte de les anteriors, i com a norma supletòria de segon grau, s'apliquen les disposicions del Codi Penal.



No compartim emperò l'observació referent a que les normes del Codi Penal no puguin ser d'aplicació supletòria. De fet cal tenir en compte que la STC 18/1981, de 8 de juny diu clarament que existeix una identitat ontològica entre del Dret Penal i del Dret Administratiu Sancionador, doncs ambdós són manifestacions del *ius puniendi* de l'Estat.

D'altra banda, una cosa és que els principis penals no s'apliquin automàticament, sinó amb matisos al Dret Administratiu Sancionador, i un altre ben diferent és que no es puguin aplicar les normes del Dret Penal de manera supletòria per remissió expressa de la normativa administrativa sancionadora.

En aquest sentit es pronuncia una autoritat de referència en el Dret Administratiu Sancionador, com ara el professor A. NIETO¹ quan diu que: *"La actividad administrativa sancionadora se caracteriza por su aproximación al Derecho Penal, pues la Administración Pública, cuando ejerce esta actividad, necesita ajustarse al esquema penal –tipificación de la infracción y de la sanción- y a los principios inspiradores del Derecho Penal, que además funciona como derecho supletorio".* I a continuació afegeix que les normes del Dret Penal es poden aplicar al Dret Administratiu Sancionador en els supòsits següents: *"a) analogia in melior; b) declaració expressa de supletorietat i c) remissió expressa de la norma administrativa"*.

Item mes, la norma més reputada que regula la potestat sancionadora (en opinió del professor NIETO) com és la Llei 2/1998, de 20 de febrer, de la potestat sancionadora de les Administracions Públiques de la Comunitat Autònoma del País Basc diu a l'article 2.2

"Si dicho capítulo (LRJPAC), la presente ley, sus normas de desarrollo o las normas sectoriales que establezcan los distintos regímenes sancionadores no permitieran resolver alguna cuestión que se presente en el ejercicio de la potestad sancionadora, se aplicarán las normas correspondientes del Código Penal, siempre que sean compatibles con la naturaleza y finalidad de la infracción y de la regulación material sectorial de que se trate".

En aquest sentit, han estat diverses les STS del Tribunal Suprem que han apostat per l'aplicació supletòria de les normes del Dret Penal, en matèria de circumstàncies eximentes, atenuants i agreujants, en matèria del concursus de lleis i concursus d'infraccions i també en el còmput de la prescripció. Una mostra prou indicativa és la Sentència de Tribunal Suprem de 14 de desembre 1988, la qual va dir que el silenci de la norma

¹ ALEJANDRO NIETO GARCÍA: Derecho Administrativo sancionador, segunda edición,. Ed. Tecnos, Madrid, 1994, pág. 133.



administrativa sancionadora s'ha de omplir amb els principis i normes del Dret Administratiu, i que només, si no és possible així omplir la llacuna, **pot acudir-se a el Dret Penal, com a dret supletori de segon grau.**

En suma, entenem que es pot fer un reenviament a les normes del Dret Penal com a dret supletori de segon grau sempre que sigui compatible amb la naturalesa i finalitat de la llacuna a integrar.

- c) Pel que fa a la modificació/supressió dels articles 5, 6 i 8, cal dir que no compartim la idea de que siguin innecessaris, doncs són una referència obligada que es pot trobar en gairebé totes les normes sancionadores autonòmiques, entre d'altres, la Llei 2/1998, de 20 de febrer, de la potestat sancionadora de les Administracions Públiques de la Comunitat Autònoma del País Basc (vid. arts. 5 “*Punibilidad*”, 13 “*Calificación de la infracción*”, 16 “*Concurso de normas*” i 17 “*Concurso de infracciones*”).

Tampoc s'accepta l'al·legació que fa referència al canvi de denominació de la rúbrica de l'article 5, que proposa substituir la expressió “*qualificació*” per la de “*tipificació*”, atès que la conducta descrita a l'article 5 no consisteix en descriure o relatar les accions u omissions que constitueixen una infracció disciplinària (tipificar), sinó en l'acció de l'operador jurídic (l'instructor del procediment) consistent en subsumir la concreta acció u omisió que ha succeït en una de les faltes tipificades en la Llei, per això s'ha utilitzar la paraula “*qualificació*”.

D'altra banda, també considerem oportú mantenir l'article 6, atès que no existeix cap precepte exprés, dins l'àmbit del Dret Disciplinari, que digui que únicament es poden sancionar les infraccions consumades. No hem d'oblidar que aquest preceptes sí que són comuns en altres normes sancionadores (Vid. art. 5 de la Llei 2/1998, abans esmentada o l'article 4.1 de l'avui derogat Reial decret 1398/1993).

Respecte de l'article 8, resulta més que necessari perquè normativitza lo que fins ara havia estat una apreciació jurisprudencial (per totes la STS de 9 de juny de 1999, Ar. 6394, la qual afirma que:

“En ausencia de norma específica en contra dentro del ordenamiento sancionador administrativo en la materia o del común administrativo es adecuado a Derecho aplicar como norma subsidiaria de segundo grado (...) para la determinación de la sanción la norma del art. 77 del Código Penal”.²

² En el mateix sentit STS de 18/7/2002 (Ar. 5954); STS de 23/03/2005 (Ar. 2613); STS de 21/05/2008 (Ar. 2851).



Més il·lustrativa encara és la STS de Castilla-La Mancha de 17 de setembre de 2003 (Ar. 254 de 2004), quan assenyala que no existeix cap obstacle en admetre una aplicació analògica de les circumstàncies agravants i atenuants previstes en el Codi Penal. La sentència declara que són aplicables en el Dret Administratiu Sancionador els principis del Dret Penal amb els “*maticos necesarios*” **la qual cosa inclou, tot i que no apareguin expressament regulades en la normativa sancionadora** “*el empleo de circunstancias atenuantes generalmente admitidas en esta rama del Derecho Derecho Penal*], siendo una de ellas la anteriormente conocida como arrepentimiento espontáneo que hoy se ha objetivado en relación con la reparación voluntaria de los efectos perjudiciales de la infracción en el artículo 21.6 del CP”. L’aplicació d’aquesta atenuant “*permite de acuerdo con los criterios de aplicación de las penas del CP-art. 66.4º- analógicamente utilizados, rebajar en un grado la pena de multa proporcional*”.

Així les coses resulta més respectuós amb el principi de seguretat jurídica que **aquest mandat (aplicació d’agreujants i atenuants) figuri en una font directa del Dret (Reglament), que no pas en una fons indirecta (Jurisprudència).**

- d) En relació a la refundició dels articles 9 “*Responsabilitat disciplinària*” i 11 “*Responsabilitat*” no resulta sistemàtica, doncs el primer regula els diferents graus d’autoria o participació d’un subjecte en la comissió d’una infracció, mentre que el segon fa referència al principi de culpabilitat.

Pel contrari, sí que resulta adient aclarir que els conceptes de “*gravetat inferior*” e “*igual gravetat*” es refereixen a categories infractores d’ inferior gravetat que la infracció comesa, es a dir, la transformació d’una infracció de molt greu en un altra greu, o sí es greu en una infracció lleu.

- e) Quant a l’expressió “*prevenció*” de l’article 12, dir que ha estat un tema motivat per la correcció lingüística. No obstant això, ens agrada més el terme “*advertència*”, que surt a la versió catalana del BOE de l’Estatut Marc en referència a la sanció que en castellà es tradueix per “*apercibimiento*”.
- f) D’altra banda, l’observació de que l’Estatut Marc no preveu la sanció de “*revocació del nomenament*” del personal estatutari temporal, i per tant l’acusació de que se està infringint el principi de legalitat si la introduint via reglament (art. 13), no té en compte que el TREBEP sí que la preveu a l’article 96.1 lletra a), quan diu: “*Separació del servei dels funcionaris, que en el cas dels funcionaris interins comporta la revocació del nomenament*”. Cal tenir en compte que el TREBEP és una norma bàsica que també s’aplica al personal



estatutari dels Serveis de Salut d'acord amb l'article 2.3: "*El personal docent i el personal estatutari dels serveis de salut es regeixen per la legislació específica dictada per l'Estat i per les comunitats autònomes en l'àmbit de les seves respectives competències i pel que preveu aquest Estatut, excepte el capítol II del títol III, llevat de l'article 20, i els articles 22.3, 24 i 84.*". Per això l'article 2.4 del mateix estatut també preceptua: "*Cada vegada que aquest Estatut faci menció del personal funcionari de carrera s'entén comprès el personal estatutari dels serveis de salut.*"

El mateix argument es pot esgrimir davant l'objecció que la sanció de "demèrit" no està prevista a l'Estatut Marc, atès que la cobertura legal necessària es troba a **l'article 96.1 lletra e) del TREBEP, el qual regula expressament la figura del "Demèrit, que consisteix en la penalització als efectes de carrera, promoció o mobilitat voluntària"**.

No obstant això en aquest apartat si que resulta dubtós que la norma reglamentària pugui establir l'abast concret del demèrit en les infraccions greus i molt greus, ja que la norma legal únicament tipifica una sanció abstractament considerada sense determinar la seva duració concreta en atenció al tipus d'infracció. Així les coses i si tenim en compte les consideracions jurídiques que més endavant es detallen a l'apartat g) d'aquest informe, amb cita d'abundant doctrina i jurisprudència, que justifiquen la relaxació de les exigències dels principis de legalitat i tipicitat en les relacions especials de subjecció creiem que es pot defensar la regulació reglamentària sota la premissa de que sí existeix una regulació legal genèrica d'aquesta sanció a l'article 96.1 del TREBEP.

Un altra raó que justifica aquesta regulació neix del fet que el mateix Estatut Marc quan es refereix a les infraccions **al seu article 72.5** diu que: "*Les comunitats autònomes, poden establir, per norma amb rang de llei, altres faltes a més de les tipificades als apartats anteriors*". Tanmateix **quan es refereix a les sancions rebaixa la cobertura normativa** i diu a l'article 73.2 "*Les comunitats autònomes, per la norma que en cada cas sigui procedent, poden establir altres sancions o substituir les indicades a l'apartat anterior*".

- g) Tampoc coincidim en l'apreciació de que les circumstàncies atenuants i agreujants que es regulen a l'article 14.4, d'origen penal, no existeixen en el Dret Disciplinari i que únicament es poden aplicar els criteris de graduació de les sancions previstos a l'article 72.3 de l'Estatut Marc i 14.2 del Projecte del Reglament. I es que l'aplicació dels esmentats criteris de graduació de les sancions no resulta incompatible sinó més aviat complementari amb l'aplicació de les circumstàncies atenuants i agravants, d'origen penal,



doncs així ho ha establert reiteradament la jurisprudència (STS de 18 de gener de 2000 -Ar.555-, 18 de setembre de 2001 -Ar. 4105 de 2002-, STSJ de Castella- La Mancha, de 16 de març de 1999 -Ar. 556- així com la del mateix Tribunal de 17 de setembre de 2003 -Ar. 254 de 2004-).

La imposició d'una sanció disciplinària precisa d'un procés de concreció. Aquest procediment està integrat per diferents fases, començant per una predeterminació normativa i finalitzant mitjançant una resolució de l'òrgan competent. La llei, i en el seu cas el Reglament, són el resultat d'una tasca d'abstracció que els impedeix preveure totes les eventuais circumstàncies concurrents en supòsit determinat. Per això, la fixació normativa de sancions d'una manera absoluta suposaria, en la major part dels supòsits, una conculcació dels principis d'igualtat i proporcionalitat.

En el Dret Penal és habitual la distinció de les fases següents en el procediment de concreció de la sanció: la pena legal abstracta (el quantum) establert pel Codi Penal per a cada delicte; en segon lloc la concreció legal (en atenció a les característiques comuns a totes les infraccions penals, la qual cosa inclou *l'iter criminis*, *grau de participació*, *concursos i circumstàncies modificatives de la responsabilitat –atenuants i agreujants que venen detallades legalment–*); i finalment la fase d'individualització concreta de la sanció que dur a terme l'operador jurídic (en aquest cas el Tribunal Penal). En canvi en el Dret Administratiu Sancionador aquestes fases en la major part de les legislacions es redueixen a dues: d'una banda, la sanció normativa abstracta i, d'altra, la individualització administrativa. Desapareix la fase de concreció normativa.³

Aquesta omisió té dues conseqüències fonamentals. En primer lloc, es força la tasca de l'operador jurídic en el moment de tipificar la infracció, doncs és aquesta la via mitjançant la qual els operadors fan aflorar alguns dels elements que en el Dret Penal corresponen a la fase de concreció legal. La segona conseqüència és que s'atorga més marge d'apreciació a l'òrgan administratiu competent per a la imposició de la sanció, amb la consegüent afectació del principi de seguretat jurídica. A més, quan alguns d'aquests elements de concreció legal apareixen regulats en la legislació disciplinària, com ara l'article 73.3 de l'EM o l'article 29.3 de la Llei 40/2015, en regular els criteris de graduació no es pot parlar pròpiament d'una concreció legal, atesa la indefinició dels termes en què apareixen redactats. Efectivament, la regla general és que les lleis sancionadores es

³ REBOLLO PUIG, M "Derecho administrativo sancionador". Lex Nova, 2010, pàgs. 823 i 824.



limiten a enumerar una sèrie de circumstàncies (intencionalitat, dany al interès públic, reincidència...), sense especificar si tenen una transcendència atenuant o agreujant, ni molt menys el *quantum* d'aquesta. Tot això origina, a diferència del Dret Penal, que no es pugui parlar pròpiament de concreció normativa de la sanció abstracta, doncs aquesta concreció punitiva la dur a terme l'òrgan administratiu aplicant el tipus i els criteris de graduació legalment establerts, i també les circumstàncies modificatives de la responsabilitat, per bé que aquesta aplicació es fa per l'aplicació analògica dels principis generals del dret importats de la dogmàtica penal.

Per això, i tal i com assenyala REBOLLO PUIG ⁴, *lege ferenda* resultaria molt oportuna una regulació detallada sobre l'exercici de la potestat sancionadora de les Administracions Públiques, que com a part del seu règim jurídic reguli, entre d'altres qüestions, les denominades causes justificatives que exclouen la antijuridicitat i també les circumstàncies modificatives (atenuants i agreujans) que atemperen la responsabilitat.

L'aplicació al Dret Administratiu Sancionador de les circumstàncies agreujants i atenuants del Codi Penal ha estat defensada pels més importants experts doctrinals en la matèria com ara: REBOLLO PUIG, M "Derecho administrativo sancionador". Lex Nova, 2010, pág. 837 "Una vez sentado el carácter abierto de las circunstancias atenuantes, evidentemente, no hay ningún obstáculo en admitir una aplicación analógica de las previstas en el Código Penal".

En aquest sentit cal citar novament la Llei 2/1998, l'article 7.1 de la qual diu: "Artículo 7. Circunstancias modificativas de la responsabilidad. 1. Se aplicarán las circunstancias establecidas en las normas sancionadoras sectoriales, sin perjuicio de la aplicación, con los condicionantes expresados en el artículo 6.º, de las circunstancias atenuantes previstas en el Código Penal."

Si es tractés de l'exercici de la potestat sancionadora general, aquesta regulació potser hauria de menester una regulació legal per mor de les exigències dimanats de l'article 25.1 de la CE.

No obstant això, quan es tracta de regular la potestat disciplinària dirigida a persones vinculades a l'Administració amb una relació especial de subjecció, les exigències dels principis de legalitat i tipicitat es dulcifiquen i permeten, al nostre parer, la regulació reglamentària de les circumstàncies modificatives de la responsabilitat. No hem d'oblidar que fins ara han estat moltes les sentències judicials que les han aplicat com a principis generals

⁴ REBOLLO PUIG, M "Derecho administrativo sancionador". Lex Nova, 2010, pág. 824



del dret. Per això entenem que es guanya en seguretat jurídica si apareixen positivitzades en una norma jurídica.

El mateix raonament serveix per contestar la crítica a l'article 14.5 quan diu que l'establiment de tres trams sancionadors: mínim, mitjà i màxim, d'origen penal, no té base legal en el Dret Administratiu. *Item* més l'aplicació d'aquesta tècnica no únicament està prevista en el Codi Penal per tal com som nombroses les disposicions de índole administratiu sancionador que la preveuen entre, d'altres, l'article 33.2 de la Llei Orgànica 4/2015, de 30 de març, de protecció de la Seguretat Ciutadana que diu:

"Dentro de los límites previstos para las infracciones muy graves y graves, las multas se dividirán en tres tramos de igual extensión, correspondientes a los grados mínimo, medio y máximo, en los términos del apartado 1 del artículo 39".

No solament la llei sinó també la jurisprudència ha admès l'aplicació d'esta tècnica importada del Dret Penal davant la indeterminació dels criteris legals de graduació de les sancions. En aquest sentit, la STSJ de Madrid de 20 de juliol de 2006 (Ar. 155 de 2007) considera adient aplicar *"la mitad inferior de los dos grados en que debe dividirse la sanción por aplicación analógica del Código Penal"*. En altres ocasions, aplicant el mateix plantejament les sentències es refereixen la grau mitjà de la sanció (STS de 6 d'octubre de 2003 (Ar.7218); i la SAN de 14 de maig de 2004 (Ar.1029).

Un altra cosa és si aquesta previsió (l'establiment de tres trams sancionadors) es pot establir per un reglament, atès que el principi de legalitat i el principi de tipicitat de les sancions disciplinàries (art. 94.2 del TREBEP i art. 71.1 de l'Estatut Marc) exigeixen la predeterminació en una norma de rang legal dels elements essencials del règim disciplinari.

Efectivament una de les exigències dimanats del principi de legalitat dins l'àmbit sancionador (art. 25.1 CE) és que han de quedar *"suficientemente determinados los **elementos esenciales** de la conducta antijurídica y **la naturaleza y límites de las sanciones a imponer**"* (STC 77/1983,3/1988 i TSE de 30 de març de 2001 -AR.4143-).

No obstant i com també precisen les SSTC 162/2008; 242/2005 i 341/2003, entre d'altres, *"la garantía formal de exigencia de reserva de ley en materia sancionadora, tiene una eficacia relativa y limitada en el ámbito administrativo sancionador, toda vez que no cabe excluir la colaboración reglamentaria en la propia tarea de tipificación de las infracciones y atribución de las correspondientes sanciones"*.

Sobre aquesta doctrina jurisprudencial l'article 27.3 de la Llei 40/2015 d'1 d'octubre diu expressament que:



“Las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la Ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes”

A la llum d'aquesta regulació no sembla que una regulació reglamentària que introdueix tres trams dins de cada tipus de sanció alteri ni la naturalesa ni els límits de les sancions previstes per l'Estatut Marc ni per l'Estatut Bàsic de l'Empleat Públic. Més aviat creiem que aquest nivell de detall redueix l'àmbit de discrecionalitat de l'operador jurídic que hagi d'imposar la sanció i redunda en un millor compliment del principi de seguretat jurídica previst a l'article 9.3 de la CE.

Dit això, tampoc considerem necessari detallar quines circumstàncies atenuants o agreujants han de delimitar l'aplicació de cada tram, atès que aquesta circumstància dependrà de cada cas en concret sense que es pugui predeterminar normativament tota la casuística.

Item més, cal tenir en compte que un dels àmbits en què el principi de legalitat i tipicitat han patit certes limitacions és en el camp de les relacions especial de subjecció. En aquest sentit tant el TC en STC 2/1987 i 129/2006, com el Tribunal Suprem en STS de 16 de març de 2001 (rec. 8016/1996) i STS de 22 de juliol de 2000 (rec. 2707/1993) ha assenyalat que en aquestes relacions:

“el ius puniendi no es el genérico del Estado pierde parte de su fundamentación material, dado el carácter insuprimible de la potestad reglamentaria, expresiva de la capacidad propia de de auto coordinación, para determinar en concreto las previsiones legislativas abstractas sobre las conductas identificables como antijurídicas”.

Efectivament i tal i com expressa la STS de Madrid de 24 d'abril de 2001 (Ar. 1259):

“Cuando la potestad sancionadora incide en relaciones de especial sujeción (...) se admite un margen más amplio para la regulación reglamentaria en la configuración de los tipos de infracción y de las sanciones”.

Així doncs i com diu encertadament REBOLLO PUIG⁵, la principal conseqüència del reconeixement de l'existència d'una relació de subjecció especial respecte al principi del reserva de llei consisteix en l'admissió d'una més àmplia col·laboració reglamentària o d'una necessitat de menor cobertura legal. Concretament i com diu l'esmentat autor *“Se admite que existe suficiente base normativa legal cuando la ley se remite, en la especificación de las infracciones y sanciones, al reglamento, aunque la ley remitente esté practicamente vacía de todo contenido sancionador propio, lo que sería en cambio manifiestamente contrario*

⁵ REBOLLO PUIG, M. “Derecho administrativo sancionador”. Lex Nova, 2010, pàg. 151.



a las exigencias del artículo 25.1 de la CE cuando se trata de relaciones de sujeción general”.

Comparteix la mateixa opinió NIETO GARCÍA⁶, el qual sosté que no es possible equiparar la potestat disciplinària de la Administració amb la potestat sancionadora general de la Administració, que se sotmet en l'àmbit de la relacions especials de subjecció a una certa relaxació.

En el mateix sentit s'ha pronunciat el TC (en SSTC 2/1987, de 21 de gener, 66/1984, de 6 de juny, 219/1989, de 21 de desembre, 61/1990, de 29 de març, 83/1990, de 4 de maig i 132/2001, de 8 de juny, entre d'altres). La STC 2/1987 afirma clarament que: “la reserva de ley en las sanciones administrativas tiene un alcance diferente en el seno de las relaciones especiales de sujeción, el principio de reserva de ley –art. 25 CE- pierde parte de su fundamentación material, en cuanto expresión de una capacidad administrativa de autoordenación que la distingue del ius puniendi del Estado”.

Més endavant la STC 61/1990, precisa que aquesta relaxació dels principis de legalitat i tipicitat en les relacions de supressió especial no pot suposar la total restricció d'aquest principis i afegeix que:

*“Una cosa es, en efecto, que **quepan restricciones en el ejercicio de los derechos en los casos de sujeción especial** y otra que los principios constitucionales (y derechos fundamentales en ellos subsumidos) puedan ser también restringidos o perder eficacia y virtualidad. No se puede relativizar un principio sin riesgo de suprimirlo. **Y siempre deberá ser exigible en el campo sancionatorio administrativo (no hay duda en el penal) el cumplimiento de los requisitos constitucionales de legalidad formal y tipicidad** como garantía de la seguridad jurídica del ciudadano. Otra cosa es que esos requisitos permitan una adaptación -nunca supresión- a los casos e hipótesis de relaciones Administración-administrado y en concordancia con la intensidad de la sujeción. A un supuesto de máxima intensidad se refería, por ejemplo, la STC 2/1987 (situación de preso), que admitió la normación reglamentaria en castigos, bien que en relación con la Ley (General Penitenciaria) que establecía las previsiones generales”.*

En paraules de la STS de 11 de desembre de 2000 (Ar. 1331) “la reserva de ley que se deriva del art. 25.1 de la Constitución no tiene en el seno de las relaciones especiales de sujeción el mismo alcance que respecto a la potestad sancionadora general de la Administración, en cuanto **que en las relaciones de sujeción especial la potestad sancionadora no es la expresión del ius puniendi del Estado sino la manifestación de la capacidad propia de la autoordenación correspondientes**”. En el mateix sentit STS 21 d'abril de 1998, Sala 3^a i STSJ d'Aragò de 10 de gener de 2001 (Ar. 712).

⁶ NIETO GARCÍA, A “Derecho administrativo sancionador”. Tecnos, 2005, págs. 188 a 192.



Un altra justificació per la flexibilitat dels principis de legalitat i tipicitat la trobem en un especial deure de coneixement de les obligacions professionals que pesa sobre les persones sotmeses a una relació de subjecció especial ⁷.

Així, la STS de 1 de febrer de 1999 –Ar. 6946) que assenyala “*la naturaleza o el contenido específico de la relación (de sujeción especial) permite una más fácil predicción de aquellas conductas y sanciones*”, o també la STS de 10 d’octubre de 2006 (Ar. 8404) quan afirma que : “***los afectados tienen un conocimiento específico de las pautas de conducta que, por estimarse ilegítimas, se hallan prohibidas por el ordenamiento y pueden, por consiguiente, ser sometidas a sanción***”.

En suma, la doctrina jurídica i jurisprudencial admet una relaxació dels principis abans esmentat la qual cosa es tradueix en l’acceptació d’una major cobertura reglamentària. En concret, s’admet la remissió a la regulació reglamentària en l’especificació d’infraccions i sancions, malgrat la llei remitent estigui parcialment buida de contingut. Altament il·lustrativa és la SSAN de 27 de setembre de 1999 (Ar. 2794) a propòsit de les sancions disciplinàries imposats a funcionaris per infraccions tipificades en el Reial decret 33/1986, que aprovà el règim disciplinari dels funcionaris de l’AGE tipificant infraccions greus i lleus que no havien estat regulades en la Llei 30/1984. Consideren les sentències que el Reglament no vulnera el principi de reserva de llei, tot esgrimint com a argument la naturalesa de les relacions especials de subjecció.

També admeten aquesta modulació la STS de 26 d’abril de 2004 (rec. 9/2002) per la qual es va resoldre una qüestió d’il·legalitat d’un reglament disciplinari que permetia la tipificació de faltes greus i lleus no regulades legalment a la qual va concloure que: “*En el ámbito de unas relaciones de sujeción especial (como califica a las de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía) basta para que el principio de legalidad se considere respetado (...), que el precepto reglamentario tenga su apoyo en una ley, aunque el precepto de la ley formal no defina específicamente el tipo de infracción disciplinaria*”.

Així doncs i d’acord amb la doctrina esposada, no creiem que el reglament conculqui els principis de legalitat i tipicitat quan estableix tres trams sancionadors per a cada tipus d’infracció, en primer lloc, perquè aquesta regulació no afecta als elements essencials de règim sancionador (no es crea cap sanció sinó que es precisa l’abast de les ja creades legalment), i en

⁷ REBOLLO PUIG, M , *op. cit.* Pàg. 175.



segon lloc, perquè ens trobem dins l'àmbit del dret disciplinari, àmbit en el qual s'ha de relativitzar l'abast dels principis esmentats.

- h) També qüestiona el punt 8 de l'escrit d'al·legacions l'article 16 del Projecte, que regula les causes d'exempció de responsabilitat, sota la premissa de que no existeix base legal per aquesta regulació. Novament hem de discrepar d'aquesta apreciació amb els mateixos raonaments expressats a la lletra c) d'aquest informe, quan responien a la regulació de les circumstàncies agreujants i atenuants.

En el dret comparat existeixen diversos ordenaments jurídics que preveuen expressament que les causes de justificació del Dret Penal siguin aplicables al Dret Administratiu Sancionador.⁸

En canvi en el Dret espanyol, tal i com encertadament expressa GÓMEZ TOMILLO “no existe una disposició analògica a la descrita, pero entendemos que, siendo de lege ferenda deseable su expresa consideración, **no existe demasiado problema en sostener que la regulación penal de las causas de justificación son aplicables a las infracciones administrativas**. A tal conclusión se llega, nuevamente, en virtud del ya reiteradamente manifestado argumento de que la identidad sustancial de uno y otro ámbito permite sin problemas recurrir a un razonamiento analógico que beneficiaría al infractor (...). **En el marco concreto de la antijuridicidad refuerza tal conclusión la idea conforme a la cual la antijuridicidad se decide no en virtud de un sector concreto del Derecho, sea penal o administrativo sancionador, sino considerando la totalidad del ordenamiento jurídico. De lo expuesto se colige, que al menos, la regulación jurídico penal de las causas de justificación es plenamente aplicable al Derecho Administrativo Sancionador**”.⁹

Ja hem vist anteriorment que resulten aplicables al Dret Administratiu Sancionador els principis de la dogmàtica penal. Per això no totes les lesions de un bé jurídic resulten contràries a Dret, es a dir, antijurídiques. Existeixen conductes que resulten imposades per l'ordenament jurídic i que no poden ser contràries a Dret, ni tan sols quan lesionin un bé jurídic. Com a resultat d'això la teoria de l'antijuridicitat s'ha de completar amb l'existència de causes de justificació, es a dir, supòsits que excloïen

⁸ En Itàlia els articles 51, 52 i 53 del Codi Penal permeten aplicar al Dret Administratiu Sancionador les causes d'exempció de responsabilitat pròpies del Dret Penal.

⁹ Vid. GÓMEZ TOMILLO M. i SANZ RUBIALES I: “Derecho Administrativo Sancionador. Parte General”, Aranzadi 2017. pàg. 422. De la mateixa opinió NIETO GARCÍA, *op. cit.* pàgs. 365 i ss; i LORENZO DE MEMBIELA J.B. “Régimen Disciplinario de los funcionarios de carrera”, Aranzadi 2006. Pàg. 129 i ss.



l'antijuridicitat i que converteixin una conducta típica, aparentment contrària a Dret en una conducta lícita permesa per l'ordenament. **Per això la jurisprudència ha admès l'aplicació de les causes de justificació al Dret Administratiu Sancionador.** Son nombrosos els pronunciaments judicials al respecte. Entre d'altres la STS de 28 de desembre de 1999 (rec. 8342/1992), sobre l'aplicació de l'estat de necessitat; la STS de 25 de juny de 2007 (rec. 97/2006); la STS de 24 de maig de 2003 (Ar. 6379) i la STSJ Castilla-La Mancha 6 de maig de 2004 (Ar. 480), sobre l'aplicació del actuació en compliment d'un deure o en l'exercici legítim d'un càrrec.

Obviament si l'aplicació d'aquestes causes justificatives ha vingut reconeguda per dues fonts indirectes del Dret com són la jurisprudència i els principis generals del Dret, res no impedeix que es regulin expressament en una font directa del Dret Administratiu. *Item mes*, també cal recordar l'aplicació atenuada a les relacions de subjecció especial dels principis de legalitat i tipicitat segons hem vist a la lletra anterior.

- i) Quant a la connexió entre els articles 13.2 i el 17.2 ens pareix evident, per tal com ambdós regulen els efectes de l'aplicació d'una sanció quan el destinatari és personal estatutari temporal.
- j) Pel que fa a la concordança entre l'article 18.3 del Projecte i l'article 73.4 de l'Estatut Marc resulta evident que no hi ha una coincidència literal en la redacció per bé que sí que existeix una coincidència semàntica, atès que tot dos expressen la mateixa idea, tot i que al nostre parer la redacció del Projecte resulta més pedagògica i aclaridora.
- k) S'accepta l'observació expressada en el punt 11 i s'afegeix al precepte "les comunicacions efectuades en paper".
- l) Resulta més que dubtós que es pugui introduir reglamentàriament el deure del personal estatutari de comparèixer com a testimonis en un expedient disciplinari doncs aquest deure no està previst, de manera directa ni indirecta, ni a l'article 19 de l'EM ni tampoc als articles 52 a 54 del TREBEP.
- m) Respecte de l'observació semàntica a l'article 22.5 entenem correcta l'expressió "*i de la persona*", atès que es refereix a la intervenció de la persona en el procediment administratiu.
- n) S'accepta l'al·legació expressada en el punt 14 i es suprimeix la menció a la revisió d'ofici per innecessària.
- o) Pel contrari no compartim el punt 15 quan fa referència a la inconveniència de reproduir a l'article 24.1.i) del Projecte, les previsions contingudes a



l'article 64.2 lletra f) de la Llei 39/2015 segons el qual la Resolució d'inici es pot convertir en proposta de resolució quan contingui un pronunciament clar respecte a la responsabilitat imputada.

Al contrari del que s'expressa a l'escrit la nostra experiència dins el mon estatutari ha constatat que en moltes ocasions ja existeix una ampla activitat probatòria feta per l'òrgan d'adscripció de la persona inculpada, amb caràcter previ a la resolució d'inici. Fruit d'aquesta activitat, que es reflecteix en la resolució d'inici, es pot constatar clarament els fets que s'imputen a la persona presumptament responsables.

Tot i això, i al marge de la darrera apreciació no creiem que mitjançant una norma reglamentària es pugui obviar l'aplicació d'un precepte bàsic previst a la Llei 39/2015, ja que la disposició addicional primera d'aquesta llei no exclou els procediments disciplinaris del seu àmbit d'aplicació (al contrari que feia la DA 8ª de la seva predecessora -LRJPAC-), com si ho fa respecte als procediments sancionadors en matèria tributària, de l'ordre social, de Seguretat Social, trànsit i seguretat vial i estrangeria. **Així doncs, entenem que les prescripcions de la Llei 39/2015 resulten d'aplicació directa, llevat que no existeixi una llei especial que la desplaci.**

S'accepta l'observació relativa al canvi d'expressió de l'article 24.2 i es substitueix "diligències prèvies" per "informació reservada".

- p) També es considera adient acceptar l'observació que afecta a l'article 33.2 D'aquesta manera la possibilitat de suspendre el procediment es converteix en una facultat de l'instructor que únicament pot ser adoptada a instància de la persona inculpada, que haurà d'adjuntar la documentació mèdica que justifiqui tal eventualitat.
- q) S'afegeix a l'article 40 del Projecte la indicació de l'article 9.2 b) de la Llei 3/2007 "previ informe preceptiu de la Comissió de Personal".
- r) S'accepta també l'al·legació del punt 18 i s'elimina l'apreciació relativa al compliment de la sanció en la forma que menys perjudiqui a la persona interessada.
- s) Finalment també s'elimina el contingut de la Disposició final primera per tal com ja ha estat introduïda al Decret Llei 8/2020.

Palma, 26 d'agost de 2020

El cap del Servei de Coordinació i Producció Normativa

Cecilia García Dieguez

G CONSELLERIA
O SALUT I CONSUM
I SERVEI SALUT
B ILLES BALEARS
/