



Roj: **STSJ MU 1545/2018 - ECLI: ES:TSJMU:2018:1545**

Id Cendoj: **30030330012018100297**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Murcia**

Sección: **1**

Fecha: **06/07/2018**

Nº de Recurso: **305/2017**

Nº de Resolución: **301/2018**

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA CONSUELO URIS LLORET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ MU 1545/2018,**
ATS 903/2019

T.S.J.MURCIA SALA 1 CON/AD

MURCIA

SENTENCIA: 00301/2018

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Equipo/usuario: UP3

Modelo: N11600

PALACIO DE JUSTICIA, RONDA DE GARAY, 5, 3ª PLANTA -DIR3:J00008050

N.I.G: 30030 33 3 2017 0000770

Procedimiento : PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000305 /2017 /

Sobre: FUNCION PUBLICA

De D./ña. Maximino

ABOGADO

PROCURADOR D./Dª. CARMEN ROSAGRO SANCHEZ

Contra D./Dª. AGENCIA ESTATAL DE ADMINISTRACION TRIBUTARIA

ABOGADO LETRADO DE LA AGENCIA TRIBUTARIA

PROCURADOR D./Dª.

RECURSO núm. **305/2017**

SENTENCIA núm. **301/2018**

LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MURCIA

SECCIÓN PRIMERA

compuesta por los Ilmos. Srs.:

Dña. María Consuelo Uris Lloret

Presidente



D. Indalecio Cassinello Gómez Pardo
Dña. María Esperanza Sánchez de la Vega
Magistrados
ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA nº 301/18

En Murcia, a seis de julio de dos mil dieciocho

En el recurso contencioso administrativo nº 305/2017 tramitado por las normas ordinarias, en cuantía indeterminada y referido a suspensión provisional de funciones.

Parte demandante: D. Maximino , representado por la Procuradora Dña. Carmen Rosagro Sánchez y dirigido por el Letrado.

Parte demandada: Agencia Estatal de Administración Tributaria, representada y dirigida por el Abogado del Estado.

Acto administrativo impugnado: Resolución del Director General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, (en adelante AEAT) de 9 de junio de 2017, por la que se acuerda declarar al recurrente en la situación de suspensión provisional de funciones.

Pretensión deducida en la demanda: Que se dicte sentencia por la que por la que "se declare la nulidad o subsidiariamente la anulabilidad del acto administrativo recurrido, por no ser conforme a Derecho, determinando, en primer lugar, la revocación de sus efectos y, subsidiariamente, que con declaración de nulidad o, en su caso, anulabilidad del acto recurrido, se limite la duración máxima de la suspensión provisional acordada, limitándola a los seis meses legalmente previstos en todo caso con expresa condena en costas a la administración demandada".

Siendo Ponente la Magistrada Ilma. Sra. Doña María Consuelo Uris Lloret, quien expresa el parecer de la Sala.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El escrito de interposición del recurso contencioso administrativo se presentó el día 24 de julio de 2017, y admitido a trámite, y previa reclamación y recepción del expediente, la parte demandante formalizó su demanda deduciendo la pretensión a que antes se ha hecho referencia.

SEGUNDO.- La parte demandada se opuso al recurso e interesó su desestimación.

TERCERO.- No habiéndose recibido el recurso a prueba, ni acordado trámite de vista o conclusiones, se señaló para la votación y fallo el día 29 de junio de 2018, quedando las actuaciones concluidas y pendientes de sentencia.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El presente recurso contencioso-administrativo se interpone contra la resolución del Director General de la AEAT de 9 de junio de 2017, por la que se declara al recurrente, funcionario del Cuerpo Técnico de Hacienda con destino en el Área de Recaudación de la Delegación de Cartagena (Delegación Especial de Murcia de la AEAT), en la situación de suspensión provisional de funciones durante la tramitación de las Diligencias Previas (PA) 802/2017, seguidas contra el mismo en el Juzgado de Instrucción nº 5 de Cartagena por los delitos de cohecho y coacciones.

Se hace constar en dicho acto los antecedentes de la decisión administrativa, concretamente que en el curso de las citadas diligencias penales se dictó auto en fecha 7 de junio de 2017 acordando el registro del despacho/ puesto de trabajo y el acceso al material informático con el que desarrollaba su trabajo el recurrente en la Delegación de Cartagena, con la finalidad de obtener elementos que le vincularan a los hechos delictivos investigados, relacionados con el desempeño de sus funciones. En la misma fecha el funcionario fue detenido. Se considera de aplicación en la resolución impugnada el artículo 98.3 del Estatuto Básico del Empleado Público, el artículo 21.1 del Reglamento de Situaciones Administrativas de los Funcionarios Civiles de la Administración del Estado y el artículo 24 del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado . Se argumenta que la naturaleza y gravedad de los hechos investigados implica que



la presunta comisión de tales hechos pudiera tener repercusión sobre el correcto funcionamiento de la Unidad en que presta sus servicios el recurrente, y que, teniendo en cuenta que de haberse cometido tendrían relación directa con el desempeño de sus funciones, resulta aconsejable la adopción de la medida. Por una parte, para evitar la posible reiteración en la conducta delictiva o la destrucción u ocultación de pruebas relevantes para el desarrollo del procedimiento penal, y por otra, en orden a preservar la credibilidad de la institución en la que presta servicios, la defensa de los intereses generales y la necesidad de evitar que se causen graves daños a la Hacienda Pública y a los intereses de particulares, así como evitar el descrédito y daño que para la imagen de la Administración y la confianza de los ciudadanos puede suponer los hechos investigados. Se añade que se trataría también de asegurar la eficacia de la resolución judicial que finalmente recaiga, y se pone también de manifiesto la ruptura de la relación de confianza que ha de existir entre la Administración y el funcionario, y entre la Administración y los ciudadanos.

SEGUNDO.- En la demanda se alega en primer término que ha de dilucidarse si la suspensión provisional de funciones acordada tiene naturaleza cautelar o preventiva. Será cautelar si la medida es adoptada en la tramitación de un expediente disciplinario, según establece el artículo 98.3, segundo párrafo, del Estatuto Básico del Empleado Público, lo que no sucede en este caso ya que se inició procedimiento sancionador contra el recurrente y fue suspendido el día 8 de junio, es decir, un día antes de dictarse la resolución recurrida. La medida será preventiva si es acordada respecto a funcionarios "sometidos a procesamiento", como destaca el artículo 24 del Real Decreto 365/1995, y en este caso la autoridad judicial no dictó resolución de procesamiento. Por tanto, la medida de suspensión provisional de funciones no tiene soporte legal. En cualquier caso, la única norma que permite decretar la suspensión preventiva y provisional de funciones de un funcionario público "pudiendo prolongarse durante todo el procesamiento", es el artículo 24 del Real Decreto 365/1995, y considera el demandante que no es posible equiparar procesamiento a imputación. A ello se añade que el artículo 98.3, segundo párrafo, del Estatuto Básico del Empleado Público, norma de rango legal superior y de fecha posterior al citado Reglamento, establece que la duración máxima de la suspensión provisional de funciones es de seis meses, con la única excepción de que el Juez haya acordado prisión provisional u otras medidas que determinen la imposibilidad de desempeñar el puesto de trabajo, norma en abierta contradicción con lo previsto en el Real Decreto 365/1995, y que bien podría suponer su derogación tácita, en virtud de la Disposición derogatoria única, apartado f) del Estatuto Básico del Empleado Público. Puesto que no se ha acordado ninguna de esas medidas en el procedimiento penal, ni la suspensión de funciones en la tramitación del expediente disciplinario, el acto es nulo de pleno derecho.

Añade el recurrente que la sentencia que se cita en la resolución recurrida -de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, nº 571/2010- no resulta de aplicación en este caso. Por el contrario, la de esta Sala de Murcia nº 129/2015, de 16 de febrero, declara que la normativa legal vigente no permite una suspensión provisional de funciones de más de 6 meses, con la sola exclusión de los funcionarios de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.

Por otra parte, la resolución recurrida realiza valoraciones más propias del proceso penal, como es la supuesta gravedad del delito, la evitación de la reiteración delictiva u ocultación de pruebas.

Invoca, por último, el recurrente el principio de proporcionalidad, señalando que la Administración demandada desconoce el fondo y la evolución de la causa penal, limitándose a acordar una medida gravosa ante la mera apariencia de los hechos. A ello se añade que dicho principio exige un juicio de necesidad, de modo que ha de determinarse si es verdaderamente necesario mantener una suspensión de funciones *sine die*, sobre todo teniendo en cuenta que la celeridad no es una característica del proceso penal. Señala también que podía haberse optado por otras medidas menos gravosas y que permitieran alcanzar el mismo objetivo, como el traslado o cambio de funciones.

La parte demandada se opone al recurso. Alega que no existe discrepancia entre la previsión legal y la reglamentaria, pues el artículo 98.3 de la Ley remite a la norma de procedimiento, que es en este caso el Real Decreto 33/1986. Por tanto, no se ha vulnerado el principio de legalidad. En relación con la interpretación que hace el demandante del artículo 24 del Reglamento de Régimen Disciplinario no puede tener acogida, pues esta norma es anterior a la aparición del procedimiento abreviado en el derecho penal español, de modo que se llegaría a la interpretación absurda de que como en el delito de cohecho y coacciones nunca va a haber auto de procesamiento no podría acordarse administrativamente la suspensión provisional de funciones. En el procedimiento abreviado el momento en que resulta algún indicio racional de criminalidad -equiparación al procesamiento en el ordinario- es cuando alguien es llamado al mismo en condición de investigado.

En cuanto a las sentencias aludidas, la de Madrid contempla un supuesto coincidente con el enjuiciado, mientras que la de la Sala de Murcia se refería a un funcionario de la Policía Local, y por tanto con una regulación propia, y a un delito de prostitución, es decir, no relacionado con el ejercicio de sus funciones.



Por último, se ha respetado el principio de proporcionalidad, acordándose la medida tras una debida ponderación de los elementos existentes en el momento de su adopción.

TERCERO.- El artículo 98.3 de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público , aprobada por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, dispone:

"Cuando así esté previsto en las normas que regulen los procedimientos sancionadores, se podrá adoptar mediante resolución motivada medidas de carácter provisional que aseguren la eficacia de la resolución final que pudiera recaer.

La suspensión provisional como medida cautelar en la tramitación de un expediente disciplinario no podrá exceder de 6 meses, salvo en caso de paralización del procedimiento imputable al interesado. La suspensión provisional podrá acordarse también durante la tramitación de un procedimiento judicial, y se mantendrá por el tiempo a que se extienda la prisión provisional u otras medidas decretadas por el juez que determinen la imposibilidad de desempeñar el puesto de trabajo. En este caso, si la suspensión provisional excediera de seis meses no supondrá pérdida del puesto de trabajo".

Por su parte, el artículo 24 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, establece:

"El Subsecretario del Departamento podrá acordar como medida preventiva la suspensión provisional de los funcionarios sometidos a procesamiento, cualquiera que sea la causa del mismo, si esta medida no ha sido adoptada por la autoridad judicial que dictó el auto de procesamiento.

Esta suspensión, cuando sea declarada por la autoridad administrativa, se regulará por lo dispuesto en los artículos 47 , 48 y 49 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado , y podrá prolongarse durante todo el procesamiento."

Los referidos artículos de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado fueron derogados, entre otros muchos de la misma ley, por la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

Por último, el artículo 21 del Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo , por el que se aprueba el Reglamento de situaciones administrativas de los funcionarios de la Administración General del Estado establece:

"Suspensión provisional

1. La suspensión provisional podrá acordarse preventivamente durante la tramitación de un procedimiento judicial o disciplinario.
2. Si durante la tramitación de un procedimiento judicial se decreta la prisión provisional de un funcionario u otras medidas que determinen la imposibilidad de desempeñar su puesto de trabajo, se le declarará en suspensión provisional por el tiempo a que se extiendan dichas medidas.
3. La suspensión provisional como medida preventiva durante la tramitación de un expediente disciplinario podrá ser acordada por la autoridad que ordenó la incoación del expediente, no pudiendo exceder esta suspensión de seis meses, salvo en caso de paralización del procedimiento imputable al interesado.

(...)"

De lo dispuesto en las citadas normas se desprende que la suspensión provisional de funciones puede acordarse cuando el funcionario esté sometido a un procedimiento disciplinario, o bien cuando tenga la condición de investigado o procesado en un procedimiento judicial penal. Puesto que en ambos casos la medida se contempla en una norma con rango de ley, y se regula en la norma reglamentaria aplicable al procedimiento disciplinario de los funcionarios públicos, no existe vulneración alguna del principio de legalidad. Procede, por tanto, rechazar el primer motivo del recurso.

En el presente caso el procedimiento sancionador fue suspendido ante la constancia de tramitación de diligencias penales contra el funcionario, y la medida cautelar se adoptó con posterioridad a la suspensión, por lo que es evidente que nos encontramos ante el supuesto de incoación de un procedimiento penal. Como se razona en la contestación a la demanda, no es exigible el procesamiento del sometido al procedimiento, basta con que tenga la condición de investigado, pues ni el Estatuto Básico del Empleado Público exige que se haya dictado auto de procesamiento ni puede aplicarse literalmente lo dispuesto en el Real Decreto 33/1986, no adaptado a las modificaciones que en la Ley de Enjuiciamiento Criminal se han ido produciendo tras la promulgación de aquel Reglamento. Tampoco es exigible que se haya decretado prisión provisional en la causa penal, no es un presupuesto determinante de la suspensión provisional de funciones, pues ni la condición de procesado ni la de investigado conllevan necesariamente la privación provisional de libertad del encausado.



Por último, ninguna vulneración del principio de proporcionalidad se ha ocasionado con la medida. Es evidente que un funcionario investigado por un delito que presuntamente ha cometido en el ejercicio de sus funciones, y para cuya investigación fue precisa su detención, puede ser apartado provisionalmente de ese puesto, por razones de interés general y de aseguramiento del éxito de la investigación penal, razones todas ellas debidamente motivadas y argumentadas en la resolución recurrida. Ni se ha vulnerado con la medida la presunción de inocencia de la que goza el recurrente, ni se ha arrogado la Administración atribuciones del Juez Instructor penal, simplemente ha valorado la trascendencia y circunstancias del hecho y de forma ponderada y razonada ha tomado la medida. Y no puede ser acogida la alegación del recurrente de que era posible adoptar otras medidas, como es el traslado a otro puesto de trabajo, pues con ello no se consiguen los fines antes señalados.

CUARTO.- Sentado lo anterior surge el tema fundamental de la duración de la medida. El artículo 98.3 de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público es claro al fijar un plazo máximo de seis meses para el caso de incoación de procedimiento disciplinario, por lo que alargar la medida por más tiempo en el supuesto de procedimiento penal no está amparado legalmente, salvo en los casos que prevé la norma, es decir, prisión provisional o adopción por el órgano judicial de alguna medida que impida al funcionario ejercer sus funciones. En estos casos, y aunque se exceda el citado plazo, dispone la norma que no conllevará la pérdida del puesto de trabajo pues se produce porque no es posible el reintegro del funcionario antes de los seis meses. Siendo ello así, es decir, que, si el exceso sobre los seis meses sí determina pérdida del puesto de trabajo, según establece el artículo 90.1 del Estatuto Básico del Empleado Público, es evidente que no podrá acordarse una medida por más tiempo del señalado salvo, como hemos dicho, cuando no sea posible el desempeño del puesto.

La interpretación anterior no sólo deriva del tenor literal del artículo 98.3 del Estatuto Básico del Empleado Público, sino que el principio de seguridad jurídica impone también que la medida provisional tenga un límite en el tiempo, de otro modo podría durar de forma indefinida y alargarse durante meses o años, en tanto la causa penal permanezca abierta. Pese a lo argumentado por el Abogado del Estado, esta es la interpretación que la Sección Segunda de esta Sala ha mantenido en la sentencia nº 129/2015, de 16 de febrero que se cita por el recurrente, y en la que a su vez se cita la nº 255/2013, de 17 de marzo, que declara:

<<Acudiendo al Estatuto Básico del Empleado Público, Ley 7/2007, resulta a tenor de su artículo 98.3 que la suspensión provisional como medida cautelar en la tramitación de un expediente disciplinario no podrá exceder de 6 meses, salvo en caso de paralización del procedimiento imputable al interesado. La suspensión provisional podrá acordarse también durante la tramitación de un procedimiento judicial, y se mantendrá por el tiempo a que se extienda la prisión provisional u otras medidas decretadas por el juez que determinen la imposibilidad de desempeñar el puesto de trabajo. En este caso, si la suspensión provisional excediera de seis meses no supondrá pérdida del puesto de trabajo.

Por tanto, no existiendo acordadas medidas de prisión u otras que impidan el desempeño del puesto, el límite para la suspensión, con carácter general, se situaría en 6 meses>>.

Ciertamente, la Sala de Madrid ha seguido el criterio de considerar aplicable el artículo 24 del Real Decreto 33/1986, citando además una jurisprudencia anterior al Estatuto Básico del Empleado Público. La cuestión es compleja, no cabe duda, pero se trata de una medida restrictiva y no caben interpretaciones que vayan más allá de la propia literalidad del artículo 98.3 del Real Decreto Legislativo 5/2015. Así lo ha entendido también la Sala de Castilla-La Mancha en sentencia de 11 de marzo de 2013 en la que declara:

<<Segundo. (...)

Es decir, al margen de la aplicabilidad o no del EBEP a los miembros de la Policía Local (que parece clara, desde el tenor de los arts. 2 y 3 de la Ley, aunque también sea de aplicación la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lo procedente y la legislación propia de las Comunidades Autónomas), lo cierto es que, como norma de acogida de ambas partes, podemos afirmar que la medida de suspensión de funciones o se acuerda por haberse abierto un expediente disciplinario-sancionador, o se acuerda por seguirse un procedimiento judicial; pero en el entendido caso ("en los términos establecidos en este Estatuto") de que si se sigue una causa judicial la duración de la suspensión provisional de funciones no podrá exceder de la de la prisión provisional o medidas accesorias incompatibles con el desempeño de la función policial, art. 98.3, segundo párrafo, reseñado antes en negrita, en relación al art. 21.3 del Reglamento de Situaciones Administrativas de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado >>.

En el presente caso no consta la situación de prisión provisional ni ninguna otra circunstancia que impida al recurrente el desempeño de su puesto de trabajo, por lo que procede estimar en este extremo el recurso y declarar que la duración máxima de la suspensión provisional acordada ha de limitarse a seis meses.



QUINTO.- Por lo expuesto, procede estimar en parte el recurso, sin que haya lugar a una especial imposición de costas (artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional).

En atención a todo lo expuesto, **Y POR LA AUTORIDAD QUE NO S CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,**

FALLAMOS

Estimar en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por D. Maximino contra la resolución del Director General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria de 9 de junio de 2017, por la que se acuerda declarar al recurrente en la situación de suspensión provisional de funciones, y, en consecuencia, anulamos dicho acto por no ser conforme a derecho en el único sentido de declarar que la suspensión provisional de funciones debe limitar su duración a seis meses; sin costas.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de conformidad con lo previsto en el artículo 86.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , siempre y cuando el asunto presente interés casacional según lo dispuesto en el artículo 88 de la citada ley . El mencionado recurso de casación se preparará ante esta Sala en el plazo de los 30 días siguientes a la notificación de esta sentencia y en la forma señalada en el artículo 89.2 de la LJCA .

En el caso previsto en el artículo 86.3 podrá interponerse recurso de casación ante la Sección correspondiente de esta Sala.

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