

COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA

El régimen disciplinario 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 tras la entrada en vigor de la ley 7/2007 de 12 de abril, del estatuto básico del empleado público a la luz de los distintos criterios jurisdiccionales

M^a Soledad Gómez Amor

Letrada de la Junta de Andalucía

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA POSIBLE DEROGACIÓN DEL RÉGIMEN DE INFRACCIONES GRAVES Y LEVES 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 POR LA LEY 7/2007 DE 12 DE ABRIL, DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO: 1. Normativa. 2. Disparidad y colisión entre criterios jurisdiccionales. 2.A) Criterios favorables a la derogación de la tipificación de las faltas graves y leves del RD 33/1986 2.B) Criterios favorables a la vigencia de la tipificación de las faltas graves y leves del RD 33/1986. III. LA SUSPENSIÓN DE FUNCIONES CON MOTIVO DE UN PROCEDIMIENTO PENAL. INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 98.3 EBEP Y 24 RD 33/1986. 1. Normativa. 2. Presupuesto para la adopción de la medida de suspensión de funciones. 2.A) Criterios que exigen como presupuesto la prisión provisional u otra medida que impida el desempeño de funciones. 2.B) Criterios que exigen únicamente la existencia de un procedimiento. 3. Duración de la medida. 3.A) Criterios limitativos a los 6 meses. 3.B) Criterios que amplían durante todo el tiempo que dure la tramitación del procedimiento judicial. IV. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Desde que entrara en vigor Ley 7/2007 de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP) se han venido sucediendo diversos pronunciamientos jurisdiccionales divergentes e incompatibles acerca de la vigencia de la tipificación de las faltas graves y leves contenida en 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 (en adelante RD 33/1986).

De igual modo, en relación con una materia tangencial a la anterior como es la medida de suspensión de funciones por motivo de un procedimiento penal seguido contra un funcionario, la opinión de los Tribunales tampoco es pacífica en cuanto a sus presupuestos y límites, dependiendo de la interpretación que den al EBEP y su proyección sobre el RD 33/1986.

Tales cuestiones, lejos de ser meramente teóricas, provocan verdaderos problemas prácticos en una Administración como la nuestra que, con competencias cada vez más complejas, gestiona una ingente masa de personal sujeta al régimen respecto del que dichas cuestiones se plantean.

En efecto, la inseguridad jurídica que genera la falta de uniformidad entre los Tribunales impide prever la conformidad a Derecho de la medida adoptada, de suerte que en el panorama que provoca esta disparidad de pronunciamientos, la Administración se enfrenta a la disyuntiva de bien adoptar una actitud de aparente pasividad, que no es tal según determinados órganos jurisdiccionales sino puro respeto al ordenamiento jurídico vigente y aplicable; bien actuar pese a la posibilidad de recibir posteriormente una decisión judicial que anule toda su actuación declarándola carente de fundamento jurídico.

Con ello, la Administración ve entorpecida, cuando no anulada, la facultad esencial de impartir disciplina entre su personal en orden al mantenimiento de la buena disposición de su organización.

En último término, no puede olvidarse que con el ejercicio de la potestad disciplinaria la Administración no sólo atiende a esa vertiente interna, sino también a una vertiente externa, que engarza directamente con la opinión pública, espectadora desde los medios de comunicación de las medidas que se adopten con relación a aquellos que tienen confiada la satisfacción del interés general, de que son acreedores los ciudadanos.

II. LA POSIBLE DEROGACIÓN DEL RÉGIMEN DE INFRACCIONES GRAVES Y LEVES DEL RD 33/1986 POR EL EBEP

Esbozadas las dos cuestiones básicas que aquí se tratarán, se comenzará por la más general, la relativa a la posible derogación de la tipificación de las infracciones graves y leves del RD 33/1986, y a la cual se enlazaría la segunda, más específica, que se analizará más adelante.

1. Normativa

Para poder comprender con mayor claridad el debate suscitado conviene partir de la lectura de los preceptos que unos y otros criterios jurisdiccionales toman en consideración, y cuya interpretación e interrelación desembocan en una u otra opinión jurídica, con sus opuestas consecuencias.

Pues bien, en tanto que se plantea una posible derogación normativa, la primera de las normas de obligada lectura y análisis es la Disposición Derogatoria Única EBEP de acuerdo con la cual:

“Quedan derogadas con el alcance establecido en la disposición final cuarta las siguientes disposiciones:

a) De la Ley de Funcionarios Civiles del Estado aprobada por Decreto 315/1964, de 7 de febrero, los artículos 1, 2, 3, 4, 5.2, 7, 29, 30, 36, 37, 38, 39.2, 40, 41, 42, 44, 47, 48, 49, 50, 59, 60, 61, 63, 64, 65, 68, 71, 76, 77, 78, 79, 80, 87, 89, 90, 91, 92, 93, 102, 104 y 105.

b) De la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, los artículos 3.2.e) y f); 6; 7; 8; 11; 12; 13.2, 3 y 4; 14.4 y 5; 16; 17; 18.1 a 5; 19.1 y 3; 20.1, a) b) párrafo primero, c), e) y g) en sus párrafos primero a cuarto, e i), 2 y 3; 21; 22.1 a excepción de los dos últimos párrafos; 23; 24; 25; 26; 29, a excepción del último párrafo de sus apartados 5, 6 y 7; 30.3 y 5; 31; 32; 33; disposiciones adicionales tercera, 2 y 3, cuarta duodécima y decimoquinta, disposiciones transitorias segunda, octava y novena.

c) La Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas excepto su artículo 7 y con la excepción contemplada en la disposición transitoria quinta de este Estatuto.

d) La Ley 17/1993, de 23 de diciembre, sobre incorporación a la función pública española de los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea.

e) De la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del Régimen Local, el artículo 92 y el Capítulo III del Título VII.

f) *Del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, el Capítulo III del Título VII.*

g) *Todas las normas de igual o inferior rango que contradigan o se opongan a lo dispuesto en este Estatuto.*”

En lo que aquí respecta, de toda la relación numerus apertus recogida en esta Disposición Derogatoria, resultan de interés las letras a) y g), toda vez que la letra a) alude al art. 84 de la Ley de 1964, que habilitaba la tipificación reglamentaria de las faltas (“*La gravedad o levedad de las faltas no enumeradas en el artículo anterior se fijará reglamentariamente...*”), y por su parte, la letra g) podría ser de aplicación al RD 33/1986, como norma de rango inferior a la Ley 7/2007 y que pudiera contrariarlo.

Esta derogación de la habilitación reglamentaria encuentra su fundamento y correlato en la reserva de Ley impuesta en la nueva normativa para la tipificación de las faltas, tal y como resulta de su propio articulado.

Con carácter general, el art. 94.2 EBEP consagra el principio de legalidad como uno de los que han de presidir el ejercicio de la potestad disciplinaria al ordenar: “*La potestad disciplinaria se ejercerá de acuerdo con los siguientes principios: a) Principio de legalidad y tipicidad de las faltas y sanciones, a través de la predeterminación normativa o, en el caso del personal laboral, de los convenios colectivos.*”

De manera más específica, el rango legal, y no reglamentario, que han de presentar las normas que tipifiquen las infracciones graves y leves se prevé más adelante en el art. 95 EBEP en sus números 3 y 4 (3. “*Las faltas graves serán establecidas por Ley de las Cortes Generales o de la Asamblea Legislativa de la correspondiente Comunidad Autónoma o por los convenios colectivos en el caso de personal laboral, atendiendo a las siguientes circunstancias...*” y 4. “*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*”).

Junto con las anteriores normas, y puesto que según el tenor literal de la Disposición Derogatoria Única la derogación se produce “*con el alcance*” previsto en la Disposición Final Cuarta, no cabe duda de que ésta también ha de ser analizada y puesta en conexión:

“1. *El presente Estatuto entrará en vigor en el plazo de un mes a partir de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».*

2. *No obstante lo establecido en los Capítulos II y III del Título III, excepto el artículo 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.*

La disposición final tercera 2 del presente Estatuto producirá efectos en cada Administración Pública a partir de la entrada en vigor del Capítulo III del Título III con la aprobación de las Leyes de Función Pública de las Administraciones Públicas que se dicten en desarrollo de este Estatuto. Hasta que se hagan efectivos esos supuestos la autorización o denegación de compatibilidades continuará rigiéndose por la actual normativa.

3. 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.”

Desde este momento se pueden intuir los términos dentro de los que se va a desarrollar el debate, esto es, si la derogación que encierra el EBEP del régimen del RD 33/1986 entró en vigor al mes de la publicación del mismo en el BOE, en aplicación del punto 1 de la Disposición Final Cuarta; o si por el contrario, ha de entenderse que la regulación reglamentaria permanece vigente en tanto no se dicten las distintas Leyes de Función Pública, en aplicación del punto 3 de la citada Disposición Final.

2. Disparidad y colisión entre criterios jurisdiccionales

Presentada de este modo la cuestión, los órganos jurisdiccionales se han inclinado por una u otra solución sin que exista uniformidad, siendo el objeto de este artículo su puesta de manifiesto.

2.A) Criterios favorables a la derogación de la tipificación de las faltas graves y leves del RD 33/1986.

Entre las primeras manifestaciones jurisdiccionales a favor de la derogación tácita del régimen contemplado en el RD 33/1986 se encuentra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de C. Valenciana, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) de 28 de julio de 2010, dictada en el recurso de apelación 403/2010, y que confirma la sentencia de instancia 210/10 dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 8 de Valencia.

Su Fundamento de Derecho Primero hace una breve referencia la evolución de la normativa sectorial y la habilitación reglamentaria del art. 89 de la LFCE, llega hasta la Ley 7/2007, y tomando en consideración expresamente el principio de legalidad consagrado en su art. 94.2 y el rango legal establecido en su art. 95.3 y 4, declara:

“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 (LCV 1995, 370), 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 núm. 195/2005, de 18/julio (RTC 2005, 195), 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 (RCL 1986, 788), de fuerzas y cuerpos de seguridad, que disponen que: «4. Las faltas graves y leves se determinarán reglamentariamente, de conformidad con los 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.”*

El criterio aquí expuesto es mantenido posteriormente por este órgano jurisdiccional, a pesar de conocer el opuesto mantenido por la Audiencia Nacional, a que se hará referencia más adelante, del que se declara expresamente desvinculado, tal y como se observa en sentencias como las 370/2012, de 25 de abril (PO 586/2009),

1040/2012, de 22 de noviembre (PO 332/2009), 1076/2012, de 30 de noviembre (PO 538/2010), 832/2013, de 12 de noviembre (PO 406/2010), 378/2014, de 6 de mayo (PO 33/2012) ó 275/2014, de 5 de mayo (PO 1043/2011).

A partir de la sentencia parcialmente transcrita, otros Tribunales Superiores han acuñado idéntica interpretación.

Así sucede con el Tribunal Superior de Justicia de Murcia, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) en su Sentencia núm. 902/2012 de 10 diciembre al confirmar en su Fundamento de Derecho Cuarto la sentencia apelada:

“En relación este segundo motivo, debe señalarse que el Magistrado de instancia (F.D. Tercero) lleva a cabo una adecuada selección normativa cuando cita la Ley 7/2007, de 12 de abril (RCL 2007, 768) , Estatuto Básico del Empleado Público como norma de aplicación preferente al Real Decreto 33/1986 (RCL 1986, 148) , Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado. Acierta cuando recuerda que tal Ley deroga todas las normas de igual o inferior rango que contradigan o se opongan a lo dispuesto en ella. Es acertado, en consecuencia, acceder a la Ley 7/2007, EBEP, a los efectos de tipificar o aplicar la norma que califica como falta muy grave el comportamiento llevado a cabo por la recurrente, dada que la calificación de las mismas se efectúa directamente en el Estatuto. El Reglamento no debe ser aplicado, en este contexto.”

En el mismo sentido, acogiendo expresamente el criterio expuesto en sendas sentencias, se pronuncia el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Málaga (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) Sentencia núm. 1450/2014 de 9 julio y la posterior 2486/2014 de 15 de diciembre:

“Atendida la regulación legal actualmente vigente en este ámbito sectorial específico, lo siguiente que debe notarse es que si, ciertamente, el Real Decreto 33/1986 (RCL 1986, 148) no ha sido objeto de derogación expresa, la Disposición Derogatoria única de la Ley 7/2007 si refiere tal clase de derogación al artículo 89 del Decreto 315/1964 (RCL 1964, 348) , precepto que, hasta la entrada en vigor del Estatuto Básico del Empleado Público (RCL 2007, 768) , venía prestando cobertura legal al Cuerpo reglamentario aludido que, a partir de la indicada fecha, ha de entenderse incompatible con el rango normativo exigido por el artículo 95 de la Ley 7/2007 para la tipificación de infracciones graves y leves y, por ende, tácitamente derogado por virtud de lo prevenido en el apartado g) de la Disposición Derogatoria única, que reputa derogadas, con carácter general, “Todas las normas de igual o inferior rango que contradigan o se opongan a lo dispuesto en este Estatuto”.

La falta de toda previsión legal en las Disposiciones Transitorias de la reiterada Ley 7/2007, finalmente, y de excepciones a la fecha de entrada en vigor del Estatuto Básico tratándose de los preceptos ubicados sistemáticamente en el Título VII de dicho Cuerpo legal, sobre Régimen Disciplina-

rio (pues las especialidades que se contemplan en la Disposición final cuarta del Estatuto Básico afectan, en exclusiva, a las normas contenidas en los Capítulos II y III del Título III, en el Capítulo III del Título V, en la disposición final tercera 2 y a las “normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos”; en cuyo concepto no cabe incluir el régimen de responsabilidad de los empleados públicos) impide reputar en vigor la regulación contenida en el Real Decreto 33/1986 siquiera con carácter transitorio, en tanto sean dictadas las Leyes que desarrollen el Estatuto Básico del Empleado Público en materia de régimen disciplinario.

Fuera o no la específica intención del legislador lo cierto es que la actual normativa en vigor impide reputar subsistente la posibilidad de que un mero reglamento tipifique infracciones administrativas y ha generado un vacío normativo en la materia que no corresponde a los Tribunales de Justicia solventar, sino al propio legislador autonómico o estatal, máxime teniendo en cuenta el ámbito sancionador en que nos encontramos, compartiendo esta Sala, en suma y por las consideraciones expuestas, el criterio acogido en las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 28 de julio de 2010 (apelación 403/2010) y 28 de marzo y 4 de abril de 2014 (recursos 25/2011 y 682/2011) y las que en ellas se citan y de Murcia de 10 de diciembre de 2012 (recurso 133/2012).”

Por tanto, en opinión de estos órganos jurisdiccionales, que recordemos culminan la organización judicial en el ámbito territorial de las respectivas Comunidades Autónomas (art. 70 LOPJ), la tipificación de las faltas regulada en el RD 33/1986, en tanto que no respeta la reserva de Ley ordenada en el art. 95 EBEP, ha quedado derogada en virtud de su Disposición Derogatoria Única, sin que sea de aplicación el punto 3 de la Disposición Final Cuarta.

La consecuencia práctica de este criterio es que, puesto que la Ley 7/2007 únicamente regula de manera expresa las faltas muy graves en su art. 95, las faltas graves y leves quedan sin previsión normativa alguna.

Es decir, sólo pueden ser objeto de sanción los comportamientos merecedores de ser calificados como infracciones muy graves y encajen en las conductas descritas en el art. 95, pero no aquellos comportamientos que, suponiendo de manera lógica una falta menos grave o leve, no se encuentren, por tal razón, contemplados en el EBEP.

La incidencia que ello supone en el funcionamiento cotidiano de la Administración Pública es evidente al verse desprovista del vehículo jurídico que le permita corregir los quebrantamientos menos reprochables de su personal funcionario que, por otro lado, pueden ser los más habituales.

2.B) Criterios favorables a la vigencia de la tipificación de las faltas graves y leves del RD 33/1986.

Como se ha advertido, frente al criterio expuesto, tampoco faltan otros órganos jurisdiccionales que se inclinan por una interpretación del EBEP que permite el mantenimiento de la vigencia del RD 33/1986.

Entre ellos se encuentra la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo), que en su Sentencia de 30 de marzo de 2011 (rec. 244/2010), y en otras posteriores como la de 8 de febrero de 2012 (rec. 163/2011), declara:

“CUARTO

El juzgador de instancia, tuvo ocasión de responder a la cuestión planteada por la actora respecto a la cobertura legal del Reglamento 33/1986 y su tipificación de las infracciones y sanciones, sin que ninguno de los argumentos expuestos merezca la virtud de desmontar, si quiera sea ligeramente, los fundamentos articulados en la acertada y razonada sentencia de instancia. Respuesta, que ha de ser plenamente confirmada por la Sala.

Como acertadamente se señala en la sentencia impugnada, acoger la tesis del recurrente supondría dejar a la Administración sin la potestad de sancionar a sus empleados públicos, mientras las Cortes Generales no dictaran la ley de desarrollo la Ley 7/2007, e igualmente, no sería posible ya sancionar ninguna infracción disciplinaria hasta que las Cortes Generales dictasen la Ley a la que se refiere el artículo 95. 3 del EBEP.

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

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

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

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

De esta sentencia cabe destacar la introducción de la consideración del rango legal como una obligación pro futuro, es decir, una congelación del rango aplicable a la normativa que se dicte a partir del EBEP para la tipificación de las faltas graves y leves, pero que en nada afecta a la legislación existente con anterioridad a dicha Ley, máxime cuando ésta no prevé para sí misma efectos retroactivos.

Ello, resulta coherente con el criterio que viene manteniendo nuestro Tribunal Constitucional en sentencias como la núm. 52/2003 en el sentido de vedar la exigencia de reserva de Ley de manera retroactiva *“para anular o considerar nulas disposiciones reglamentarias reguladoras de materias y de situaciones respecto de las cuales tal reserva no existía.”*

Esta interpretación no genera el vacío normativo que conlleva el criterio opuesto, evitando el resultado vertiginoso de despojar a la Administración de su potestad para impartir disciplina a fin de guardar el necesario orden interno frente a comportamientos reprochables, sólo por carecer de la mayor entidad propia de las faltas muy graves.

Un razonamiento que coadyuva al anterior es el señalado por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) en su Sentencia núm. 138/2014 de 26 febrero que, si bien se refiere a la medida de suspensión de funciones, entendemos sería igualmente aplicable al régimen de las faltas graves y leves, y que considera que el régimen disciplinario queda englobado en las normas de *“ordenación, planificación y gestión de recursos humanos”* a que alude el punto 3 de la Disposición Final Cuarta, difiriendo así la entrada en vigor del EBEP en esta materia:

“Pues bien, de lo anterior habría de concluirse que limitado a este plazo solo las decretadas en el seno de expedientes disciplinarios las que fueran consecuencia del seguimiento de procedimientos judiciales habían de atemperar su duración a éstos últimos. En cualquier caso conviene recordar que ambos preceptos fueron expresamente derogados por la vigente Ley 7/2007 del EBEP, con arreglo a su Disposición Derogatoria Primera apartado a). Pero hemos de convenir, por una parte, que esa posterior derogación no convierte en ilegítima a posteriori la suspensión anteriormente decretada, que conviene señalar el recurrente consintió y no recurrió y, por otra, ha de advertirse que la derogación normativa producida por el EBEP lo es con el alcance establecido en la Disposición Final 4ª del mis-

mo, por lo que se habrían de mantener en vigor hasta que se dicten las Leyes de Función Pública y las normas reglamentarias de desarrollo las normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos en tanto que no se opongan a lo dispuesto en el propio EBEP. Por lo que no cabe negar que estamos en presencia de unas normas de gestión de recursos humanos en relación con una situación de imputación de un funcionario que no está prevista en aquella norma, lo que nos conduce a concluir que ante ese vacío normativo resulta de aplicación provisionalmente lo preceptuado tanto en el Art. 48 de la LFCE como en el Art. 24 del Real Decreto 33/1986 de 10 de enero (RCL 1986, 148) , que regula el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, que prevé la posibilidad de la adopción de la suspensión provisional respecto de funcionarios procesados -situación equiparable a la de imputado en las Diligencias Previas- y, por último, que la alegalidad solo se produciría en el caso de que vigente normativa no contemplara la posibilidad de suspensiones provisionales como consecuencia de procedimientos judiciales que, como veremos, no es así.”

En este sentido, el EBEP, de los tres conceptos a que se refiere la Disposición Final Cuarta en su número 3 (ordenación, planificación y gestión), únicamente define los objetivos de la “Planificación de los recursos humanos”, en su art. 69: “contribuir a la consecución de la eficacia en la prestación de los servicios y de la eficiencia en la utilización de los recursos económicos disponibles mediante la dimensión adecuada de sus efectivos, su mejor distribución, formación, promoción profesional y movilidad”.

Por su parte, el término “ordenación” sólo es empleado en el art. 74 EBEP en cuanto a “puestos de trabajo” pero no aplicado a los recursos humanos en general.

Y de la gestión de recursos humanos, se limita a ordenar que sea impulsada de forma integrada (art. 71 EBEP).

Por tanto, ante la falta de una definición legal, y sirviendo el régimen disciplinario a “la consecución de la eficacia en la prestación de servicios” dado que sanciona las conductas que no alcanzan ni la calificación de buena prestación del servicio, sería posible considerarlo incluido en el punto 3 de la Disposición Final Cuarta EBEP.

III. LA SUSPENSIÓN DE FUNCIONES CON MOTIVO DE UN PROCEDIMIENTO PENAL. INTERPRETACIÓN DE LOS ARTS. 98.3 EBEP Y 24 RD 33/1986

La otra cuestión tangencial a la anterior, por aparecer a veces ligadas, y que también suscita discrepancias entre las opiniones de los órganos jurisdiccionales es la medida de suspensión de funciones, no como medida adoptada en el seno de un procedimiento disciplinario, sino por razón de la imputación de un funcionario.

1. Normativa

Como en la anterior, conviene abordar esta cuestión tomando como punto de partida las normas cuya interpretación difiere entre los distintos Tribunales.

Pues bien, dispone el art. 98.3 EBEP:

“3. 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.

El funcionario suspenso provisional tendrá derecho a percibir durante la suspensión las retribuciones básicas y, en su caso, las prestaciones familiares por hijo a cargo.”

Por su parte, el art 24 RD 33/1986 prevé :

“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.”

Con relación a estos preceptos son dos los elementos entorno a los cuales surge el debate: el presupuesto para la adopción de la medida de suspensión y su duración.

En función de la interpretación que se haga del art. 98.3 EBEP se considerará que la regulación contenida en el art. 24 RD 33/1986 es incompatible, y por consiguiente, ha de entenderse derogada conforme a la letra g) Disposición Derogatoria Única EBEP; o por el contrario, ambos preceptos vienen a regular la medida de forma similar, pudiendo incluso integrarse el sentido de una y otra norma.

2. Presupuesto para la adopción de la medida de suspensión de funciones

Sobre este elemento, la opinión jurisdiccional se divide entre quienes, para que se pueda adoptar la suspensión, exigen que se haya acordado en el proceso penal “la prisión provisional u otras medidas decretadas por el juez que determinen la imposibilidad de desempeñar el puesto de trabajo”; y aquellos otros que consideran suficiente la “tramitación de un procedimiento judicial”.

2.A) Criterios que exigen como presupuesto la prisión provisional u otra medida que impida el desempeño de funciones.

Entre los del primer grupo se encuentra el Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Contencioso-Administrativo) que, en su Sentencia núm. 119/2010 de 3 mayo (rec. 237/2009), confirma la sentencia de instancia recurrida, compartiendo su razonamiento:

“Por tanto en la nueva normativa se imponen determinados límites a la posibilidad de acordar la suspensión provisional de un cargo público, distinguiendo si la misma se adopta en el marco de un Expediente Sancionador, en cuyo caso puede adoptarse como medida cautelar pero con una duración máxima de seis meses, y el caso de que la suspensión se acuerde durante la tramitación de un Procedimiento judicial, en el que el EBEP limita temporalmente la misma al tiempo en el que el funcionario este en situación de prisión provisional o se encuentre sometido a otras medidas cautelares adoptadas por la autoridad judicial, que por su naturaleza, impidan al funcionario afectado desempeñar su puesto de trabajo. Estos límites en los casos de suspensión durante la existencia de un Procedimiento judicial no aparecían fijados el Artículo 24 del RD 33/1986 ni en las demás normas que rigen las situaciones de los funcionarios públicos y que se citan en la Resolución recurrida y en el informe jurídico, pero es claro que han de ser respetados al ser la EBEP norma de rango superior a la que posterior en el tiempo a estas. Por todo ello falta uno de los presupuestos que exige la Ley para poder mantener, y por tanto adoptarse, la medida de suspensión provisional de funciones, ya que el Sr. Orts no se encuentra en situación de prisión provisional, así mismo no consta ni el Expediente, ni en el Procedimiento que pesen sobre el mismo medidas cautelares que le impidan de cualquier forma el ejercicio de sus funciones, ello significa que no hay base legal para poder adoptar la suspensión provisional de funciones y que por lo tanto se ha vulnerado con la Resolución impugnada el derecho al ejercicio de cargo público, de tal forma que la misma debe ser anulada”.”

De igual parecer es el Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección I^a) atendiendo a su Sentencia núm. 688/2010 de 5 julio:

CUARTO

El nudo gordiano de la presente litis consiste en dilucidar si la medida provisional de suspensión provisional de funciones puede adoptarse “en prevención” de la existencia de una causa penal abierta, pero en cuyo seno no se ha adoptado ninguna medida cautelar, es decir, simplemente por la existencia de un procedimiento judicial en el que se dilucida la participación y/o comisión de un delito por un funcionario de la Administración Pública, y durante su tramitación, como se recoge en los artículos 47, 48 y 49 del Texto Articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, aprobado por Decreto 315/64, de 7 de febrero.

La respuesta debe ser negativa:

1) El EBEP, de acuerdo con su Disposición Derogatoria, apartado a), ha derogado expresamente los artículos 47, 48 y 49 del Texto Articulado (LFCE), “con el alcance establecido en la disposición final cuarta “.

El artículo 48 de la LFCE dispone textualmente que “La suspensión provisional podrá acordarse preventivamente durante la tramitación del procedimiento judicial o disciplinario que se instruya al funcionario. Será declarada por la autoridad u órgano competente para ordenar la incoación del expediente”. Y el apartado 2 del artículo 49 establece que “El tiempo de suspensión provisional, como consecuencia del expediente disciplinario, no podrá exceder de seis meses, salvo en caso de paralización del procedimiento imputable al interesado”.

Esta disposición adicional cuarta, en su apartado tercero, deja vigentes temporalmente las normas sobre “ordenación, planificación y gestión de recursos humanos en tanto no se opongan a lo previsto en este Estatuto”, y ello “Hasta que se dicten las Leyes de la Función Pública y las normas reglamentarias de desarrollo”.

Las normas legales y reglamentarias existentes con anterioridad al EBEP, reguladoras de la medida de suspensión de funciones, primero, ni se insertan dentro de la “ordenación, planificación y gestión de recursos humanos”, ni, segundo, se consideran conformes con el texto de la Ley 7/2007, en cuanto concierne a esta medida de suspensión provisional.

Por ello, los citados preceptos del Texto Articulado no son aplicables al supuesto que nos ocupa.

2) El artículo 24 del Real Decreto 33/1986 establece que “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 esa medida no ha sido adoptada por la autoridad judicial que dictó el auto de procesamiento”.

Este precepto reglamentario se opone de forma clara al apartado tercero del artículo 98 EBEP, ya que la suspensión provisional por existencia de causa penal no puede decretarse por la mera inco-

acción de un proceso de investigación de delito contra un empleado público, ni siquiera por la adopción del procesamiento o medida cautelar, sino sólo cuando en el seno del proceso penal el juez decida la prisión provisional del funcionario o cualquier otro tipo de medidas “que determinen la imposibilidad de desempeñar el puesto de trabajo”, la Administración podrá suspender provisionalmente al empleado, y sólo durante el tiempo de duración de la medida judicial.”

Consecuentemente, según este criterio, en tanto no se ordene por el Juez del procedimiento penal la prisión preventiva u otra medida que impida al funcionario cumplir sus funciones, la Administración no puede suspenderlo en ellas.

Lo anterior, que de otro lado, pudiera parecer impoluto a ojos del derecho a la presunción de inocencia, se torna carente de toda lógica cuando existen sospechas fundadas de criminalidad que hayan llevado a la Administración a ejercer la acusación contra el funcionario en el proceso abierto. De modo que, perdida así toda confianza en dicho funcionario, aquélla se ve obligada a mantenerlo en sus funciones, lo que provoca no pocas distorsiones en el normal desenvolvimiento del servicio en el que esté integrado, sintiéndose la necesidad de adoptar medidas adicionales de supervisión.

En este sentido cabe recordar que, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo, al tratar esta medida de suspensión reconocen que su finalidad es evitar “*un peligro o riesgo para la función o su desdoro, y también dificultar la investigación judicial o administrativa de lo sucedido*” (STC 104/95) o “*una perturbación del servicio público o perjudique la instrucción del expediente en el cual se está depurando su eventual responsabilidad*” (STS 20/03/2001).

Luego, si la medida de suspensión de funciones exclusivamente puede ser acordada en caso de imposibilidad del ejercicio, ya por hallarse en prisión ya por orden judicial, no se aprecia la necesidad de su adoptarla para el cumplimiento de esta finalidad.

El problema se agrava en tanto en cuanto no todos los Juzgados de Instrucción se consideran autorizados para disponer la suspensión de funciones del imputado, toda vez que tal medida cautelar no se halla expresamente prevista en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, salvo en los casos de terrorismo conforme al art. 324. bis LeCrim.

El resultado, pues, es que el funcionario frente al que la Administración dirige su acción penal continúa ejerciendo las mismas funciones que, presuntamente, le han permitido delinquir, lo cual no suele recibir una crítica comprensiva por parte de los ciudadanos.

2.B) Criterios que exigen únicamente la existencia de un procedimiento.

En el otro extremo, se encuentran los órganos jurisdiccionales que entienden suficiente la apertura de diligencias previas contra el servidor público para poder adoptar la medida de suspensión de funciones a que alude el art. 98.3 EBEP, del que hacen una interpretación que no sólo no es incompatible con el art. 24 RD 33/1986, que por tanto no queda derogado, sino que el sentido de uno y otro precepto puede ser integrado.

Por haber sido expresamente hecha propia por otros órganos jurisdiccionales, cabe mencionar, en primer lugar, la Sentencia núm. 571/2010 de 25 mayo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Contencioso-Administrativo) :

“Y por otro, el texto del art. 24 del RD 33/1986, que se refiere al procesamiento, sólo puede mantenerse en su literalidad en la medida en que no sea incompatible con la Ley 7/2007, según se desprende de su Disposición Derogatoria Única, apartado g); y del art. 98.3 de la Ley 7/2007, se desprende que durante la tramitación de un proceso penal, sin más especificaciones, es posible acordar dicha medida cautelar -“podrá acordarse”, dice el precepto-, siendo obligado acordarla -ahora el precepto utiliza el imperativo “se mantendrá”- cuando se adopte por el Juzgado una medida cautelar incompatible con el desempeño del puesto de trabajo, desprendiéndose, además, del último inciso del precepto que, en este caso de adopción de la medida cautelar de suspensión vinculada a un proceso penal, con o sin adopción de las medidas cautelares antes citadas, la duración de la medida no se encuentra limitada a seis meses, sino que puede pervivir mientras dure la imputación y hasta que se dicte sentencia.

Ésta es, por otra parte, la interpretación que ha venido manteniendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo con relación a la legislación vigente antes de la Ley 7/2007. Y así, en la STS de 19 de julio de 1994 (RJ 1994, 6494), en la que, en su FJ 3º, se razona que «...la suspensión, ya sea provisional o firme, es una situación administrativa en la que el funcionario suspenso queda temporalmente privado -“ministerio legis”- del ejercicio de sus funciones y de los derechos inherentes a su condición de funcionario (arts. 47 Ley de Funcionarios y 21 Rgto. de Situaciones Administrativas, aprobado por RD 730/86 de 11 abril (RCL 1986, 1186)). Sin embargo, la suspensión provisional, que puede acordarse preventivamente durante la tramitación de un procedimiento judicial o disciplinario, se singulariza frente a la suspensión firme -que es la impuesta en virtud de condena penal o de sanción disciplinaria- porque el funcionario suspenso tiene derecho a percibir, mientras permanece en la situación de suspensión provisional, el 75% de su sueldo, trienios y pagas extraordinarias (así como la totalidad de la ayuda familiar), con la garantía de que el tiempo de suspensión provisional, cuando es mera consecuencia de un expediente disciplinario, no puede exceder de seis meses, límite temporal que, en cambio, no es aplicable cuando el funcionario esta sujeto a procedimiento penal, ya que entonces la autoridad administrativa puede prolongar la suspensión provisional mientras dure dicho procedimiento (arts. 48 y 49 Ley de Funcionarios y 22 Rgto. de Situaciones Administrativa, en relación con el art. 24 Rgto. de Régimen Disciplinario, aprobado por RD 33/86 de 10 enero, y con la LO 7/88 de 28 diciembre (RCL 1988, 2605), de modificación de las Leyes Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635) y de Enjuiciamiento Criminal).»

Así pues, en este caso, debemos entender que la adopción de la medida cautelar cuestionada de suspensión provisional de funciones, vinculada a la imputación del recurrente en un proceso penal por delitos contra la Hacienda Pública, prevaricación y otros, y su duración, no ilimitada, sino mientras dure el proceso penal, tiene plena cobertura legal en los preceptos que acaban de indicarse por lo que ninguna vulneración del art. 23.2 CE puede sostenerse.”

Esta interpretación es adoptada por el Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife (Sala de lo Contencioso-Administrativo) en su Sentencia núm. 108/2012 de 25 abril (rec 228/2010), reproduciendo el razonamiento de la sentencia parcialmente transcrita.

Mediante una interpretación sistemática del precepto en su conjunto, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo) en su Sentencia núm. 334/2014 de 24 marzo (rec. 337/2013) concluye igualmente:

“Pues bien, ya de forma más reciente, y respecto a la regulación del Estatuto Básico, se ha entendido que al igual que ocurría con la normativa anterior, la suspensión provisional motivada por la imputación de un funcionario puede mantenerse mientras se sustancien las diligencias previas, y por tanto, no limitada a los seis meses establecidos para el caso de expediente disciplinario. Y ello, como antes decíamos, tras una lectura detenida de lo que establece el artículo 98.3 del Estatuto Básico. El cual sí dice que la suspensión provisional en expediente disciplinario no podrá exceder de seis meses. Pero no dice que la suspensión por procedimiento judicial no pueda exceder de este plazo. Lo que el artículo contempla, quizás con una redacción mejorable, es: a) la administración “podrá” suspender en casos de diligencias penales; de modo que administración tiene la facultad, a la vista de la circunstancias más arriba expuestas, de decidir si el funcionario imputado debe o no ser suspendido; y b) que la administración “mantendrá” en todo caso, tiene por tanto el deber de suspender, en aquellos casos que bien por prisión provisional, bien por otras medidas acordadas por el juez instructor, sea imposible desempeñar el puesto de trabajo. En este segundo caso, la suspensión viene impuesta a la propia administración ex lege, a la vista de lo que se haya acordado en diligencias previas.

Que esto es así, se corrobora finalmente por el último inciso del apartado 3, párrafo segundo del artículo 98. La referencia a “en este caso”, debemos entenderla referida a la suspensión por causa penal, en la que se señala que efectos podrá tener la misma cuando “excediera de seis meses”.”

Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) en su Sentencia núm. 138/2014 de 26 febrero (rec. 434/2012), que como hemos indicado anteriormente considera la medida de suspensión del art. 24 RD 33/1986 como una norma de gestión de recursos humanos, y como tal, no queda derogada por el EBEP conforme al punto 3 de la Disposición Final Cuarta de dicho Cuerpo Legal, sigue en este punto expresamente el criterio del TSJ Canarias en su sentencia de 24 de abril de 2012, citándola, y lo fundamenta en lo siguiente:

“En cualquier caso ha de advertirse que del precepto resulta que la suspensión provisional habrá de decretarse y mantenerse, con carácter imperativo, por el tiempo que dure la adopción por un juez penal de medidas incompatibles con la prestación de los servicios por parte de los empleados públicos, sea la prisión preventiva u otras. Pero esta posibilidad no obsta ni a que se acuerde con ocasión del curso de un expediente disciplinario, en cuyo caso su duración aparece temporalmente limitada a 6 meses, salvo paralizaciones imputables al expedientado o, y esto es lo importante a los efectos del presente recurso, que se acuerde con carácter facultativo durante el seguimiento de un procedimiento penal, con causa en el mismo y que, lógicamente, habría de tener una duración coincidente con éste, siempre que se investiguen hechos que justifiquen la adopción de la medida, bien como medio de impedir la reincidencia en hechos análogos bien la evitación de destrucción de pruebas de los presuntamente cometidos, bien como medio para proteger la integridad de la función e incluso preservar su imagen exterior, porque como dice la St. del T.C. 104/1995 “... La conservación del funcionario en su puesto, una vez que existen indicios racionales de una cierta conducta con una primera apariencia delictiva, puede entrañar un peligro o riesgo para la función y su desdoro, y también dificultar la investigación judicial o administrativa de lo sucedido...”.

Que como consecuencia del carácter instrumental de las medidas cautelares que, por expresa dicción del Art. 98 del EBEP, han de tener por finalidad el aseguramiento de la resolución final que pueda dictarse, no se cumple en los casos de suspensiones acordadas a consecuencia del seguimiento de un proceso penal, porque teniendo éste carácter preferente puede ocurrir que no se haya acordado la incoación de un expediente disciplinario, como es el caso, en cuyo caso ningún resultado habrá de asegurarse, o que acordándose su incoación haya de suspenderse durante la tramitación de las diligencias penales hasta su conclusión. Porque ninguna resolución administrativa puede dictarse en base a unos hechos que están siendo investigados por la jurisdicción penal en tanto ésta no se haya pronunciado definitivamente dada la vinculación de la Administración a lo que se resuelva en el ámbito penal. Por lo que, en todo caso, la suerte de la suspensión estará condicionada por lo que resulte del proceso penal, hasta el punto de que si el funcionario resultare condenado la administración habría de resolver la suspensión o pérdida de la condición, con reintegro de los haberes percibidos durante la suspensión y de resultar absuelto la reincorporación con abono de las cantidades dejadas de percibir. Lo anterior nos conduce a concluir que no pudiendo tener la finalidad que se contempla en el Art. 98 no puede aplicarse las limitaciones establecidas en el mismo, tanto por lo que respecta a la imposibilidad de acordarlas solo en los casos en los que el Juez penal hubiese acordado la prisión o una medida que determinen la imposibilidad de desempeñar el puesto o limitadas al plazo de 6 meses que, en la mayoría de los casos, resulta insuficiente para la tramitación de un procedimiento penal, con garantías.

De lo anterior ha de concluirse que una interpretación lógica y sistemática de los preceptos ampara la posibilidad de que la administración suspenda cautelarmente de funciones a los empleados públicos sometidos a un proceso de investigación penal, máxime cuando los hechos tienen relación con el ejercicio de sus funciones o fueron presuntamente cometidos, como es el caso, con ocasión de las mismas.

La interpretación defendida por el recurrente obligaría a la administración a mantener en sus funciones a personas cuya probidad está siendo gravemente cuestionada y objeto de investigación, con grave quebranto de la propia imagen de la administración y de la confianza para los administrados en sus relaciones con los empleados públicos.

En el sentido anterior ya se pronunció esta Sala en las Sts. de 6 de julio y 16 de noviembre de 2011 recaídas en los recursos 437 y 435 de 2009 seguidos en relación con los expedientes seguidos a otros tantos funcionarios del servicio de vigilancia aduanera imputados por sendos delitos de contrabando, en el que dijimos: “... Dicho motivo de impugnación no puede prosperar porque los artículos invocados en la resolución impugnada son el 90.4 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, 21.1 del Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo (RCL 1995, 1134), por el que se aprueba el Reglamento de Situaciones Administrativas de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, y 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, con arreglo a los cuales no es imprescindible que exista un expediente disciplinario previo para que pueda acordarse la suspensión provisional de funciones, debido a que esta presenta dos modalidades, la adoptada por instrucción de un proceso penal, que puede ser acordada por la propia autoridad judicial que instruye el proceso penal (artículo 21.1RD 365/1995) o por la autoridad administrativa concedora de la instrucción de aquel, cuando la autoridad judicial no hubiera procedido a hacerlo (artículo 24.1 del RD 33/1986), y la adoptada por instrucción de un procedimiento disciplinario (artículo 21.3RD 365/1995). En la primera de dichas modalidades existe un proceso penal, pero no un procedimiento disciplinario, que es lo que ha ocurrido en el caso presente, en el que, ante la imputación del señor...en las Diligencias Previas nº 370/1999, acordó la autoridad administrativa la suspensión provisional de funciones de aquel. A ello se refiere también el artículo 90.4 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, según el cual “Podrá acordarse la suspensión de funciones con carácter provisional con ocasión de la tramitación de un procedimiento judicial o expediente disciplinario, en los términos establecidos en este Estatuto”.

Se observa, pues, que la interpretación por la que optan del art. 98.3 EBEP deja intacta la vigencia del art. 24 RD 33/1986.

De un lado, porque la suspensión provisional puede entenderse incluida en el apunto 3 de la Disposición Final Cuarta EBEP. Al respecto cabe tomar en consideración que la suspensión de funciones se contempla en los arts. 85 y 90 EBEP como una situación administrativa, recibiendo, como tal, el correspondiente tratamiento en el RD Real Decreto 1777/1994, de 5 de agosto, que expresamente tiene por objeto (art. 1) “*la adecuación a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de las normas reguladoras de los procedimientos administrativos en materia de gestión del personal incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública.* “Por tanto, no cabe duda de que la voluntad del legislador encuadra la medida del art. 24 RD

33/1986 dentro de las normas de gestión de personal y, consecuentemente, se ve afectada de pleno por el punto 3 de la Disposición Final Cuarta EBEP, difiriéndose su derogación al momento en que se dicten las correspondientes Leyes de Función Pública.

De otro lado, la distinción en el art. 98.3 EBEP de dos supuestos de suspensión provisional diferenciados encuentra sustento en la interpretación gramatical del precepto, a la vista de la coma que precede a la conjunción “y”, que aísla la suspensión potestativa de la suspensión que obligatoriamente ha de acordar la Administración a través de dicho signo de puntuación.

Con ello, se logra no sólo la armonía entre el art. 98.3 EBEP y el art. 24 RD 33/1986, sino también con el art. 21 RD 365/1995 Reglamento de Situaciones Administrativas de los Funcionarios Civiles del Estado, acertadamente traído a colación por el TSJ Galicia, que determina:

“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.”

Ahora bien, aun aceptando que la suspensión de funciones pueda acordarse de manera potestativa con ocasión de un procedimiento judicial, la duda surge entorno al momento exacto a partir del cual aquél pudiera considerarse iniciado frente al funcionario. Y es que, como se observa, el art. 98.3 EBEP se refiere genéricamente a la “*tramitación de un procedimiento judicial*” mientras que el art. 24 RD 33/1986 emplea el término “*procesamiento*”.

Se trata de una cuestión abordada por los mismos órganos jurisdiccionales aquí mencionados, que coinciden con el criterio aplicado por Sentencia núm. 571/2010 de 25 mayo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, situándose en el momento del Auto de imputación :

“Ahora bien, por un lado, compartimos el criterio expresado, tanto por el Ministerio Fiscal como por la Abogacía del Estado, según el cual, en el caso del procedimiento abreviado, en el que no existe auto de procesamiento, la posibilidad de adoptar la medida cautelar de suspensión provisional de funciones puede referirse a la imputación, dado que es en ese momento cuando “de las actuaciones resulta la imputación de un delito contra persona determinada”; situación de imputado que implica la obligatoriedad de asistencia letrada (art. 767 LECr (LEG 1882, 16)). Esta interpretación se encuentra, además, avalada por la propia finalidad de la medida cautelar

en este caso concreto que es la de impedir los posibles perjuicios que puedan ocasionarse a la función pública por el mantenimiento en el desempeño de sus funciones de un funcionario al que se le “imputa” una infracción constitutiva de delito, máxima categoría dentro de las que configuran el “ius puniendi” del Estado. Y en este caso, consta en el expediente que al recurrente le fue recibida declaración, en calidad de imputado, el día 16 de julio de 2008, por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Madrid, por lo que cuando se acuerda la suspensión provisional de funciones, el día 30 de octubre de 2008, tenía la condición de imputado y los delitos imputados eran contra la Hacienda Pública, prevaricación y otros.”

3. Duración de la medida

Como se desprende de las sentencias transcritas en el punto inmediatamente anterior, en tanto que expresamente entrar a resolverla, existe una última cuestión relativa a la medida de suspensión de funciones que no es del todo pacífica: su duración.

Sobre este extremo, una vez más, colisionan los criterios jurisdiccionales que la limitan a 6 meses y aquellos que permiten su mantenimiento por todo el tiempo que dure el proceso.

3.A) Criterios limitativos a los 6 meses.

Entre los órganos judiciales que aplican la limitación de 6 meses a la medida de suspensión acordada con motivo de un proceso se encuentra el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Málaga (Sala de lo Contencioso-Administrativo) que en su Sentencia núm. 304/2014 de 31 enero (rec 196/2009)

“Desestimado el motivo relativo a la resolución de 23 de Mayo de 2008 y entrando a conocer acerca del motivo interpuesto contra la resolución de 24 de noviembre de 2008 por la que según consta en ella se suspende en funciones al recurrente, el mismo ha de ser acogido y ello porque, aparte de que aún cuando en dicha resolución se acuerda la suspensión cautelar en sus funciones del recurrente, cuando en realidad ya había sido acordada en la resolución de 23 de Mayo anterior, lo que hace que más que una suspensión sea una prorrogación, una vez que el referido artículo 98.3 de la ley 7/07 establece que la duración máxima sea de seis meses, no cabe prolongarla por más tiempo pues ello solamente cabría en el supuesto en que por parte del Juez de Instrucción se hubiese dictado una resolución que bien de prisión o bien de otro tipo, impidiese al interesado ejercer sus funciones, lo que no es el caso, pues no evita la adopción de dicha medida judicial, no pudiéndose argüir en su contra el contenido de lo dispuesto 24 del Real Decreto 33/86 (RCL 1986, 148) en cuanto que autoriza al Subsecretario del Departamento a decretar la medida de suspensión de funciones, de un funcionario sometido al procesamiento pudiéndose prolongarse durante todo el procesamiento pues una cosa es que se reconozca la posibilidad de la adopción de la medida en cuestión que como se razonó, en base a lo dispuesto en el

artículo 98.3 ya citado no se plantean dudas y otra cosa es que la duración pueda exceder de los seis meses pues en cuanto dicho límite de duración hay que entender derogado totalmente el referido artículo 24, y ello porque no solo el artículo 98.3 exige la limitación únicamente al supuesto de que se hubiesen adoptado medidas judiciales impeditivas del desempeño de sus funciones, sino que además, aún cuando no se entendiese así y en consecuencia se entendiese en vigor dicho precepto, en todo caso se habría hecho necesario acreditar que contra el funcionario se ha dictado auto de procesamiento, si fuese sumario ordinario, o auto de apertura de juicio oral, si fuese procedimiento abreviado, o dicho en otros términos, se hubiera hecho necesario acreditar que la, en principio imputación material se ha convertido en imputación formal, lo que no consta acreditado, por todo lo cual procede estimar el motivo y en consecuencia dejar sin efecto la resolución de 20 de noviembre de 2008.”

Este criterio resulta coherente con el que mantiene esta misma Sala en la sentencia 1450/2014, de 9 de julio, a la que se ha hecho referencia anteriormente, toda vez que se inclina por entender tácitamente derogado el RD 33/1986 mediante la aplicación genérica del plazo de 6 meses expresamente previsto para la suspensión provisional como medida cautelar en la tramitación de un expediente disciplinario.

Desde el punto de vista práctico, la suspensión durante sólo 6 meses de un funcionario con ocasión de un proceso no cumple la finalidad que persigue esta medida en tanto que el proceso judicial suele tener una duración muy superior, debiendo retornar el suspendido probablemente incluso antes de concluir la instrucción de dicho proceso.

3.B) Criterios que amplían durante todo el tiempo que dure la tramitación del procedimiento judicial.

Por el contrario, como se resulta de las sentencias expuestas en el punto anterior (2.B), que damos por reproducidas a fin de evitar reiteraciones, tampoco faltan Tribunales Superiores que amplían el plazo de la suspensión a la totalidad de la duración del proceso judicial.

Lo cierto es que el texto literal de la norma permite considerar mejor fundada esta opinión puesto que el único momento en el que el art. 98.3 EBEP establece la limitación temporal de 6 meses es tratándose de una medida acordada en el seno de un expediente disciplinario.

La otra referencia temporal del último inciso del art. 98.3 EBEP no es limitativa de la medida sino de los efectos de la medida, de donde se deduce que la medida sí puede exceder de los 6 meses.

IV. CONCLUSIÓN

Llegados a este punto, se observa que las cuestiones aquí tratadas reciben por parte de los órganos jurisdiccionales respuestas absolutas y antagónicas, y, como se adelantó, no carentes de virtualidad práctica.

Siempre desde el máximo respeto a las resoluciones judiciales que se han mencionado, y como se puede desprender del análisis realizado, me inclino por las interpretaciones que evitan el conflicto entre las normas y la derogación de un reglamento que, aunque de rango inferior a la Ley, no deja de ser fuente del Derecho Administrativo.

De un lado, con ellas se previenen las consecuencias indeseables que conlleva la derogación defendida por la interpretación opuesta, y que dejan a la Administración con escaso margen de maniobra para corregir las posibles conductas reprobables de su personal funcionario.

De otro lado, esas interpretaciones logran conectar todas las normas relacionadas, introduciéndose en el ordenamiento jurídico como un verdadero sistema de normativo.

Desde luego, hay que reconocer que la técnica legislativa empleada en el EBEP es mejorable. Sin embargo, ante esa falta de claridad del legislador, debe entrar en juego necesariamente la función de interpretación por parte de los Tribunales conforme al *“sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”* (art. 3 Código Civil).

Y es que es más propio de dicha función interpretativa colmar lagunas que crearlas, en tanto que el mismo ordenamiento jurídico está llamado a ser completo previendo mecanismos para ello, como se desprende de la posibilidad de acudir a la analogía (art. 4 Código Civil: *“Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón.”*)

En este sentido, es más conforme a la literalidad del EBEP optar por aquélla interpretación que permita mantener la vigencia de una norma reglamentaria que expresamente no ha derogado.

Tampoco se justifica la derogación del RD 33/1986 a través de la interpretación normativa atendiendo al espíritu y finalidad del EBEP, tal y como aparecen reflejados en su Exposición de Motivos, de la que se destaca:

“Por primera vez se establece en nuestra legislación una regulación general de los deberes básicos de los empleados públicos, fundada en principios éticos y reglas de comportamiento, que constituye un auténtico código de conducta. Estas reglas se incluyen en el Estatuto con finalidad pedagógica y orientadora, pero también como límite de las actividades lícitas, cuya infracción puede tener consecuencias disciplinarias. Pues la condición de empleado público no sólo comporta derechos, sino también una especial responsabilidad y obligaciones específicas para con los ciudadanos, la propia Administración y las necesidades del servicio. Este, el servicio público, se asienta sobre un conjunto de valores propios, sobre una específica «cultura» de lo público que, lejos de ser incompatible con las demandas de mayor eficiencia y productividad, es preciso mantener y tutelar, hoy como ayer.”

Es palmario que esta manifestación de la voluntad legislativa no es compatible con la eliminación súbita de las normas que rigen las faltas disciplinarias graves y leves, puesto que precisamente el EBEP trata de elevar el “standard” de corrección en su conducta por parte los empleados públicos, entre los que, lógica y principalmente, se encuentran los funcionarios.

A mayor abundamiento, más adelante añade la misma Exposición de Motivos:

“En cuanto al régimen disciplinario, el Estatuto, de conformidad con su carácter básico, se limita a ordenar los principios a que debe someterse el ejercicio de esta potestad pública respecto de los empleados públicos, tipifica las infracciones muy graves y amplía el abanico de posibles sanciones. Por lo demás se remite ampliamente a la legislación que, en su desarrollo, dicten el Estado y las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias.”

De la lectura de este párrafo se puede deducir con claridad que el propósito del EBEP no incluye dejar a las distintas Administraciones Públicas sin herramientas jurídicas que le permitan ejercer su potestad disciplinaria, antes bien, todo lo contrario.

Con respecto a la medida de suspensión de funciones, parece obvio que mientras un funcionario no pueda realizar sus funciones por hallarse en prisión o por mandato judicial, suspenderlo o no escapa a la esfera de decisión de la Administración, de suerte que permitirla únicamente en tales casos pierde su sentido práctico.

Mientras que, por el contrario, la interpretación que distingue en el art. 98.3 EBEP un supuesto de suspensión obligatoria y otra potestativa, además de atender a la comprensión gramatical de la norma, permite a la Administración que haya perdido la confianza en su funcionario, hasta el punto de dirigir su acción contra él, satisfacer la necesidad que sienta de apartarlo provisionalmente en tanto se depuren las responsabilidades penales.

Por último, y en cuanto a la duración de la suspensión, como se ha adelantado, su limitación a los 6 meses, de un lado, no parece respetar el texto de la norma, y de otro lado, no toma en consideración la duración real del procedimiento judicial, impidiendo el cumplimiento de la finalidad propia de la suspensión, reconocida tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo.

No obstante, lo cierto es que mientras la redacción del EBEP no se clarifique y siga permitiendo más de un sentido, los Jueces y Magistrados son independientes, y por tanto soberanos, en la aplicación e interpretación que hagan del ordenamiento jurídico y, por ende, de las normas que aquí han sido analizadas.

Nota posterior a la redacción: Lo expuesto en este artículo no ha experimentado modificación alguna por la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, que reproduce, en lo que aquí se ha tratado, de manera integral el EBEP.