



Roj: **STS 4192/2020 - ECLI: ES:TS:2020:4192**

Id Cendoj: **28079130042020100331**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **02/12/2020**

Nº de Recurso: **7290/2018**

Nº de Resolución: **1648/2020**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **RAFAEL TOLEDANO CANTERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 11493/2018,**

**ATS 761/2020,**

**STS 4192/2020**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Cuarta**

**Sentencia núm. 1.648/2020**

Fecha de sentencia: 02/12/2020

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 7290/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 10/11/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero

Procedencia: T.S.J.ANDALUCIA SALA CON/AD

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 7290/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

## **TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Cuarta**

**Sentencia núm. 1648/2020**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, presidente

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva



Dª. Celsa Pico Lorenzo

Dª. María del Pilar Teso Gamella

D. José Luis Requero Ibáñez

D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 2 de diciembre de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación núm. 7290/2018, promovido por la Administración General del Estado, representada y asistida por la Abogacía del Estado, contra la sentencia 1522/2018, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, de fecha 2 de julio de 2018, recaída en el recurso contencioso-administrativo núm. 528/2017.

Comparece como parte recurrida don Casimiro, representado por la procuradora de los Tribunales doña Nuria Munar Serrano, bajo la dirección letrada de don José Manuel Conejo Ruiz.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El presente recurso de casación se interpuso por la Administración General del Estado contra la sentencia núm. 1522/2018, de 2 de julio, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, estimatoria del recurso contencioso-administrativo núm. 528/2017 promovido por don Casimiro, contra la resolución del Director General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, que acordó declararle en situación de suspensión provisional de funciones durante la tramitación de las Diligencias Previas PA 4011/2017, seguidas contra él en el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Málaga.

**SEGUNDO.-** La Sala de instancia estimó el recurso contencioso-administrativo con sustento en el siguiente razonamiento:

"CUARTO.- La cuestión planteada sobre la duración de la medida cautelar de suspensión de funciones a funcionario en causa penal acordada por autoridad administrativa, mientras dure la causa penal, tras el artículo 98.3 de la ley 7/07, que establece la duración máxima de seis meses, ha sido resuelta por esta Sala en varias ocasiones en el sentido de no poder sobrepasar ese plazo, y a ese criterio nos atenemos conforme al principio de unidad de doctrina e igualdad de trato.

Así, en la sentencia de esta misma Sección de 31/01/14, al Procedimiento Ordinario nº: 196/09, en su DF 3º decimos:

"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 prórroga, 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 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 exime 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 ese procedimiento abreviado, o dicho en otros términos, se hubiera hecho necesario acreditar que la, en principio imputación material se ha convertido en imputación oral, 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".



Y tras citar otras dos sentencias en el mismo sentido (una de la Sección 3º de esa misma Sala de 11 de octubre de 2013 -recurso núm. 17/2010- y otra del STSJ de Cataluña de 7 de noviembre, que estimó parcialmente el recurso de apelación 90/2017), reconoce "[...] que la postura aquí mantenida dista de ser pacífica, al punto que este mismo Tribunal, Sala de Sevilla, mantiene lo contrario en la sentencia de 24 de Marzo de 2014 (apelación 337/2013) [...].

En sentido similar a la Sala de Sevilla razona la STSJ Madrid del 27 de octubre de 2017, Recurso: 510/2017, o la STSJ de Navarra de 12 de Noviembre de 2015 (recurso 42/2014), o la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sede de Santa Cruz de Tenerife, de 25 de Abril de 2012 (recurso 228/2010).

Antes la diversidad de interpretaciones, el ATS del 06 de junio de 2018, admite el recurso de casación, para fijar la interpretación del artículo 98.3 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, apreciando el interés casacional objetivo: artículo 88.3 a) LJCA.

En consonancia con lo dicho, como la resolución de autos del Director General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria acuerda declarar al recurrente en la "situación administrativa de suspensión provisional de funciones durante la tramitación del procedimiento judicial", refiriéndose a las Diligencias Previas nº 4011/2017 iniciadas en el Juzgado de Instrucción n 2 de Málaga, en las que el recurrente, tiene la condición de investigado, debe estimarse el recurso".

El abogado del Estado preparó recurso de casación contra la meritada sentencia, identificando como normas legales que se consideran infringidas el artículo 98.3 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre ["EBEP"], y su desarrollo en el artículo 24 del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, que aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los funcionarios de la Administración.

La Sala sentenciadora tuvo por preparado el recurso de casación por auto de 25 de octubre de 2018.

**TERCERO.-** Preparado el recurso en la instancia y emplazadas las partes para comparecer ante esta Sala, por auto de 3 de febrero de 2020, la Sección de Admisión de esta Sala acuerda:

"Segundo.- Precisar, al igual que señalamos en nuestro auto de 6 de junio de 2018 (recurso de casación nº 1187/2018), que la cuestión en la que entendemos que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la siguiente: si el plazo máximo de seis meses de suspensión provisional de funciones que puede adoptarse como medida cautelar en la tramitación de un expediente disciplinario, según dispone el artículo 98.3 de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, resulta también de aplicación durante la sustanciación de un procedimiento judicial penal, o si, por el contrario, la suspensión provisional acordada por la Administración se mantendrá por el tiempo a que se extienda la prisión provisional u otras medidas decretadas por el Juez y que determinen la imposibilidad de desempeñar el puesto de trabajo.

Tercero.- Identificar como las normas jurídicas que, en principio, habrán de ser objeto de interpretación, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, las contenidas en el artículo 98.3 de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, cuyo texto refundido fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, y en el artículo 24 del Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado, aprobado por el Real Decreto 33/1986, de 10 de enero".

**CUARTO.-** Notificada la anterior resolución a las partes personadas y dentro del plazo fijado en el art. 92.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ["LJCA"], la representación del Estado, mediante escrito registrado el 18 de febrero de 2020, interpuso el recurso de casación en el que aduce, en primer lugar, que "[...] por lo que se refiere a la interpretación del artículo 98.3 del EBEP, el mismo distingue de forma nítida entre la suspensión provisional en relación con los expedientes disciplinarios y la suspensión en la tramitación de los procedimientos judiciales y mientras que para la primera establece de forma imperativa el plazo máximo de duración de dicha suspensión de 6 meses, en modo alguno establece dicho límite temporal para los procedimientos judiciales"; y, por otro, que "[...] no cabe aplicar analógicamente dicha limitación temporal, no prevista, para los procedimientos penales, ya que es indudable la mayor gravedad y trascendencia , del procedimiento penal respecto del disciplinario desde todos los puntos de vista y en particular desde la perspectiva del correcto desempeño por la Administración Pública de las tareas que constitucionalmente tiene asignadas" (pág. 5 del escrito de interposición).

Finalmente solicita el dictado de sentencia "por la que se revoque la sentencia recurrida, se desestime el recurso contencioso administrativo y se declare la doctrina anteriormente expuesta".



**QUINTO.**- Conferido traslado de la interposición del recurso a la parte recurrida, la procuradora del Sr. Casimiro presenta, el día 13 de julio de 2020, escrito de oposición en el que discrepa de la interpretación que hace la Abogacía del Estado del artículo 98.3 del EBEP, en su redacción dada por el legislador en la Ley 7/2007, de 12 de abril, así como de las sentencias alegadas de contrario anteriores a la reforma de dicho artículo, y suplica a la Sala "[...] en su día dict[e] Sentencia por la que, declare no haber lugar al Recurso de Casación interpuesto de contrario, con condena en costas".

**SEXTO.**- Evacuados los trámites y de conformidad con lo previsto en el art. 92.6 de la LJCA, al considerar innecesaria la celebración de vista pública, se declararon conclusas las actuaciones, señalándose para votación y fallo del recurso el día 10 de noviembre de 2020, fecha en que tuvo lugar dicho acto.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** *El objeto del recurso de casación.*

El presente recurso de casación se formula contra la sentencia núm. 1522/2018, de 2 de julio, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, que estimó el recurso contencioso-administrativo núm. 528/2017, interpuesto por don Casimiro frente a la resolución de 3 de julio de 2017, del Director General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, que desestimó el recurso de reposición interpuesto por don Casimiro, funcionario del Cuerpo de Técnicos de Hacienda destinado en la Inspección de Tributos de Málaga, frente a anterior resolución de 18 de mayo de 2017 que acuerda declararle en la "situación administrativa de suspensión provisional de funciones durante la tramitación del procedimiento judicial" (Diligencias Previas núm. 4011/2017 iniciadas en el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Málaga, en las que el recurrente, tiene la condición de investigado).

**SEGUNDO.-** *Antecedentes del litigio.*

La resolución recurrida se adoptó en el curso de un procedimiento disciplinario incoado por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria ["AEAT"] al funcionario del Cuerpo Técnico de Hacienda, don Casimiro, con destino en la Dependencia de Inspección de la Delegación Especial de Andalucía de la AEAT, sede Málaga.

El expediente se inició por tener conocimiento la Administración, según se indica mediante denuncia, de que -tal como expone el antecedente de hecho primero de la resolución recurrida- por el funcionario del Cuerpo Técnico de Hacienda, [...] don Casimiro se habían podido realizar actuaciones consistentes en la formulación de determinadas propuestas a contribuyentes a los que se habrían efectuado diversos requerimientos, de cuya tramitación y control era responsable, tendentes a reducir el coste fiscal que el cumplimiento de estas obligaciones conllevaría, todo ello a cambio de una determinada dádiva, que él debería cobrar, y que consistiría en el pago de la mitad del ahorro fiscal conseguido por su intervención como funcionario en este asunto [...].

Se incoaron las Diligencias previas penales núm. 4011/2017 del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Málaga, por la posible comisión de delitos de cohecho, falsedad documental, organización criminal y delito contra la Hacienda Pública, con actuaciones de detención del Sr. Casimiro, registro de su puesto de trabajo en la Delegación de Hacienda, entre otras diligencias.

El día 17 de marzo de 2017 se incoó el expediente disciplinario, y en esa misma fecha, se acordó la suspensión por la incoación de procedimiento penal sobre los mismos hechos, y el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Málaga decretó la prisión provisional de don Casimiro, en el curso de las citadas diligencias previas 4011/2017, lo que se comunicó a la AEAT el día 27 de marzo de 2017.

Por resolución de 27 de marzo de 2017 del Director General de la AEAT, se acordó la suspensión provisional del funcionario por el tiempo que permaneciese en situación provisional.

El 18 de mayo de 2017 se dicta resolución acordando la suspensión provisional de funciones del Sr. Casimiro durante la tramitación del procedimiento judicial de referencia, con fundamento en lo dispuesto en el art. 98.3 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público ["EBEP"], en relación con el art. 24 del Reglamento de Régimen Disciplinario de los funcionarios públicos (Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, y el art. 21 del Reglamento de situaciones administrativas de los funcionarios públicos, aprobado por Real Decreto 365/1995).

Disconforme con la anterior resolución, el Sr. Casimiro interpuso recurso de reposición que fue desestimado por resolución del Director General de la AEAT, de 3 de julio de 2017, contra la que se interpuso el recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sala de Málaga, y fue estimado por la sentencia núm. 1522/2018, de 2 de julio, de que es objeto del recurso de casación.



### **TERCERO.- Argumentación de la sentencia recurrida.**

La sentencia recurrida, tras una extensa transcripción de la argumentación de la demanda y la contestación, se limita al aspecto de la posible duración de la medida de suspensión provisional de funciones, sin entrar en otras cuestiones aducidas en la demanda (la falta de motivación y de proporcionalidad de la medida de suspensión de funciones). En cuanto a la duración de la medida, rechaza que se pueda adoptar en la forma que lo ha hecho la resolución impugnada, es decir, durante la tramitación del procedimiento, y sustenta su fundamentación en una extensa transcripción de otras sentencias sobre asuntos análogos, en particular, dos de la propia Sala, y afirma que "[...] La cuestión planteada sobre la duración de la medida cautelar de suspensión de funciones a funcionario en causa penal acordada por autoridad administrativa, mientras dure la causa penal, tras el artículo 98.3 de la ley 7/07 , que establece la duración máxima de seis meses, ha sido resuelta por esta Sala en varias ocasiones en el sentido de no poder sobrepasar ese plazo, y a ese criterio nos atenemos conforme al principio de unidad de doctrina e igualdad de trato [...]".

### **CUARTO.- La cuestión de interés casacional.**

Por auto de 3 de febrero de 2020, la Sección de Admisión de esta Sala admitió el presente recurso de casación, identificando la cuestión de interés casacional en los siguientes términos:

"Segundo.- Precisar, al igual que señalamos en nuestro auto de 6 de junio de 2018 (recurso de casación nº 1187/2018), que la cuestión en la que entendemos que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la siguiente: si el plazo máximo de seis meses de suspensión provisional de funciones que puede adoptarse como medida cautelar en la tramitación de un expediente disciplinario, según dispone el artículo 98.3 de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, resulta también de aplicación durante la sustanciación de un procedimiento judicial penal, o si, por el contrario, la suspensión provisional acordada por la Administración se mantendrá por el tiempo a que se extienda la prisión provisional u otras medidas decretadas por el Juez y que determinen la imposibilidad de desempeñar el puesto de trabajo.

Tercero.- Identificar como las normas jurídicas que, en principio, habrán de ser objeto de interpretación, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, las contenidas en el artículo 98.3 de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, cuyo texto refundido fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, y en el artículo 24 del Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado, aprobado por el Real Decreto 33/1986, de 10 de enero".

### **QUINTO.- El juicio de la Sala.**

El art. 85.1 del EBEP establece las situaciones de los funcionarios públicos, entre las que se incluye, en el apartado 1.e) la suspensión de funciones, y el art. 90, apartado 4 dispone que:

"[...] 4. 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".

El art. 98 regula el procedimiento disciplinario y, en el apartado 3, las medidas provisionales que pueden adoptarse en el mismo. Dice así:

"[...]

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 [...].

La sentencia recurrida se basa en una interpretación que se vale fundamentalmente del elemento gramatical, y concluye que la suspensión de funciones acordada durante la prisión provisional u otras medidas cautelares que impidan el desempeño del puesto de trabajo, es la única excepción al plazo máximo de seis meses de duración que prevé el primer inciso del apartado 3 del art. 98 del EBEP.



Nuestra jurisprudencia más reciente se ha ocupado de la duración de la medida de suspensión de funciones cuando concurre, por los mismos hechos que motivan el expediente disciplinario en que se adopta, un procedimiento judicial. Esta cuestión fue objeto de examen en el recurso de casación 1187/2018, al que se refiere el auto de admisión. Sin embargo, en aquel caso resuelto por nuestra sentencia 997/2020, de 14 de julio (ES:TS:2020:2476), se trataba de la suspensión de funciones de un funcionario del cuerpo de policía local de un municipio de Cataluña, también durante la tramitación del procedimiento judicial penal seguido por los mismos hechos del expediente disciplinario. El enjuiciamiento de aquel litigio hubo de tomar en consideración, además del EBEP, la normativa específica del personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, así como la legislación autonómica. La doctrina de interés casacional que en ese supuesto establecimos es la siguiente:

"[...] en un caso como el aquí enjuiciado, concerniente a la duración de las medidas cautelares adoptadas en un procedimiento disciplinario respecto a un funcionario de cuerpo de policía local por hechos que están siendo objeto de investigación en un procedimiento penal en que el dicho funcionario tiene la condición de investigado, la medida cautelar de suspensión de funciones puede adoptarse por la autoridad administrativa que ostenta la competencia de dirección de la policía local (Alcalde) hasta la finalización del procedimiento penal por resolución definitiva, y aún cuando no se haya impuesto por la jurisdicción penal medida cautelar que impida la prestación de servicios, si bien respecto a los efectos económicos habrá de aplicarse la limitación establecida en la legislación específica del régimen general de funcionarios, todo ello de conformidad con los principios establecidos en el art. 8.3 en relación con el art. 52 de la LOFCSE y las disposiciones de derecho autonómico que las complementan [...]".

En este caso no operan esos otros elementos normativos, por lo que la cuestión se ciñe estrictamente a la interpretación del art. 98.3 del EBEP, en relación a la legislación de función pública de la Administración estatal, ya que el art. 98.3 requiere que la medida de suspensión esté prevista en la legislación de función pública propia de la Administración correspondiente, al establecer que "[...] 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".

En el ámbito de la Administración del Estado, el art. 33.2 Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, que aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado establece:

"[...] 2. La suspensión provisional podrá acordarse preventivamente en la resolución de incoación del expediente y durante la tramitación del procedimiento disciplinario, en los términos y con los efectos señalados en los artículos 47, 48 y 49 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado".

Por otra parte, el artículo 24 del citado Real Decreto 33/1986, establece la posibilidad de acordar la medida preventiva de 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. Dice así el art. 24 del Real Decreto 33/1986:

"[...] 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".

Este precepto, que no está derogado, contempla la situación con referencia a la legislación vigente, de manera que la remisión del art. 24 y 33 del Real Decreto a los arts. 47 48 y 49 del Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado, debe entenderse hecha a los art. 90 y 98 del EBEP.

Así pues, la posibilidad de que la suspensión provisional de funciones se extienda más allá del periodo de prisión provisional hasta la conclusión del proceso penal, resultaba aplicable bajo la legislación previa al EBEP, tanto al texto originario aprobado por la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, como al Texto Refundido aplicable aquí, ya que el texto de los respectivos art. 98.3 es idéntico en cuanto a la suspensión de funciones como medida provisional.

Pues bien, la redacción del art. 98.3 EBEP dista mucho de ofrecer la pretendida claridad con la que resuelve la cuestión la sentencia recurrida. Antes bien, las situaciones son muy diversas y una interpretación literal como la que obtiene la sentencia de instancia, no es desde luego la única posible. La utilización de otros elementos interpretativos, tanto el teleológico, en atención a los distintos bienes jurídicos concernidos, como el ya indicado del precedente legislativo, nos aclaran el sentido gramatical de la norma, y llevan a una interpretación bien diferente de la sostenida en la sentencia de instancia, que en este punto se alinea con un nutrido grupo de órganos judiciales que optan por el mismo criterio.



El elemento central de la interpretación de las reglas de duración de la medida debe ser la finalidad que cumple esta medida cautelar de suspensión de funciones en un procedimiento disciplinario, en el que está vinculada a garantizar el resultado del procedimiento disciplinario, así como los intereses públicos que pudieran estar en riesgo por la continuidad del funcionario en el puesto de trabajo. Dentro del procedimiento disciplinario, rige el principio de eficacia, celeridad y economía procesal ( art. 98.2 EBEP), con pleno respeto a los derechos y garantías de defensa del presunto responsable. La conexión del principio de celeridad con el problema de la duración de la medida cautelar es crucial, de manera que la potestad de la Administración para su instrucción y conclusión debe ajustarse a los plazos establecidos legalmente y, en línea con la limitación de plazos se articula el plazo máximo de la suspensión. En el caso de un procedimiento disciplinario no conectado con un procedimiento penal por los mismos hechos, la duración normal de la medida de suspensión no puede rebasar el plazo de seis meses. Tan solo las situaciones de alargamiento indebido que sean imputables al funcionario sujeto al expediente disciplinario permitirán prolongar duración de la medida (art. 98.3. segundo párrafo, primer inciso).

Por otra parte, pueden producirse situaciones en las que un funcionario público, imputado en un procedimiento penal, ya sea por causas no relacionadas con el ámbito de sus cometidos profesionales, o en relación a los mismos, sea sometido a medidas cautelares del proceso penal que impidan el desempeño de su puesto de trabajo. En tales casos, la medida de suspensión de funciones resulta obligada para la Administración, al resultar inviable la prestación de sus cometidos por el funcionario y, por ende, debe modificarse la de servicio activo por la suspensión de funciones. Es el supuesto que regula el art. 98.3 del EBEP cuando establece que la suspensión "[...] 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 estos casos, puede no existir ni tan siquiera un procedimiento disciplinario en curso, y así ocurrirá cuando los hechos penalmente relevantes no tengan vinculación alguna con el ámbito del puesto de trabajo del funcionario sujeto a medidas cautelares penales. En estas situaciones ninguna función de tutela del procedimiento disciplinario tiene la suspensión, que tan sólo se adopta para dar cobertura específica a una situación de imposibilidad de asistencia al puesto de trabajo.

Por último, aunque los hechos pudieran tener relación con el ámbito del puesto de trabajo del funcionario público y, por tanto, ser susceptible de procedimiento disciplinario, éste habrá de quedar en suspenso al tener carácter preferente el procedimiento penal ( art. 94.3 del EBEP), de manera que, en esta situación, la Administración pública no tiene el control de la duración del procedimiento, por lo que no existe el vínculo entre plazo máximo del procedimiento disciplinario, y la duración limitada de la medida provisional de suspensión de funciones. Pero en el curso del procedimiento penal pueden no quedar debidamente tutelados cautelarmente los intereses públicos propios de la Administración y, en particular, la protección de los que pudieran resultar afectados por la permanencia en su puesto de un funcionario sometido a un procedimiento penal, por hechos que también puedan ser susceptibles de infracción disciplinaria. De manera que se mantiene la necesidad de que la Administración pueda adoptar medidas provisionales de protección y así lo permite el art. 98.3 del EBEP. En tales casos, ningún sentido tiene que se limite la duración de estas medidas a un plazo máximo de seis meses, ya que la Administración no puede tramitar el procedimiento disciplinario en tanto esté en curso el procedimiento penal y, sin embargo, los intereses públicos pueden verse severamente afectados por la restitución del interesado a su puesto de trabajo pasado ese plazo de seis meses que entiende procedente la sentencia recurrida. La interpretación que sostiene la sentencia recurrida, obligaría a la administración a mantener en sus funciones a personas cuya probidad está siendo gravemente cuestionada y objeto de investigación en procedimiento penal, con grave quebranto de la propia imagen de la administración y de la confianza para los administrados en sus relaciones con los empleados públicos.

Así pues, de la interpretación coordinada de los citados preceptos (sistemática), atendidos los precedentes legislativos (histórica) y la necesaria tutela de todos los intereses en juego (teleológica), concluimos que, conforme al art. 98.3 del EBEP, y siempre que la legislación propia de los procedimientos sancionadores disciplinarios lo establezca, la adopción de la medida de suspensión provisional de funciones del funcionario presenta las siguientes características:

i) En el curso de un procedimiento disciplinario la Administración podrá acordar la medida de suspensión provisional de funciones con la resolución inicial de incoación del expediente disciplinario o en cualquier momento de su tramitación, siempre de forma motivada y proporcionada, y con la limitación temporal de seis meses, salvo paralización del procedimiento que ocasione su dilación por causas imputables al interesado.

ii) Durante la tramitación de un procedimiento judicial penal contra un funcionario público se abren dos situaciones:

a. La suspensión provisional de funciones será preceptivamente acordada por la Administración cuando en aquel procedimiento penal se decrete la prisión provisional del funcionario, o cualquier otra medida cautelar



que imposibilite el desempeño del puesto de trabajo y en tanto duren tales medidas. Esta medida es preceptiva tanto si los hechos por los que se sigue el procedimiento judicial en que se ha adoptado la prisión u otra medida cautelar impeditiva de la asistencia al puesto de trabajo, guarda relación con el ejercicio de las funciones del interesado, como si no existe ninguna relación.

b. La suspensión provisional de funciones será potestativa para la Administración en el resto de los casos de funcionarios sujetos a procedimiento penal por hechos que también pudieran ser constitutivos de infracción disciplinaria. En estos casos la medida no está sujeta a la limitación temporal de seis meses, ni vinculada a la duración de la prisión provisional u otras medidas cautelares del procedimiento penal, por lo que podrá extenderse durante el procedimiento penal, siempre que ello se motive debidamente y resulte proporcionado tanto la adopción como el mantenimiento de la medida para la salvaguarda de intereses públicos.

**SEXTO.- *La doctrina jurisprudencial.***

En un caso como el que enjuiciamos, en que se imputan a un funcionario público hechos constitutivos de delito que, por estar relacionados con el ámbito de su cometido como empleado público, también pueden integrar una infracción disciplinaria, la Administración habrá de adoptar la medida cautelar de suspensión durante todo el tiempo que dure la medida cautelar judicial de prisión provisional, u otra que impida el desempeño de puesto de trabajo por el funcionario público sometido al procedimiento penal, y podrá adoptar la suspensión durante el curso del procedimiento penal, sin que la medida quede sujeta a la limitación temporal de seis meses ni vinculada a la medida de prisión provisional u otras medidas cautelares del procedimiento penal, por lo que la suspensión provisional de funciones podrá mantenerse durante el procedimiento penal, siempre que ello se motive debidamente y resulte proporcionado para la salvaguarda de los intereses públicos.

**SÉPTIMO.- *Resolución sobre las pretensiones.***

De conformidad con lo razonado, debe estimarse el recurso de casación y revocar la sentencia recurrida, que ha infringido el art. 98.3 del EBEP, y el artículo 24 del Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado, aprobado por el Real Decreto 33/1986, de 10 de enero.

Al dar lugar al recurso de casación y revocar la sentencia de instancia, hemos de resolver sobre las cuestiones y pretensiones de las partes en el proceso (art. 93.1 LJCA), habida cuenta de que la sentencia de instancia dejó sin examinar varias de las alegaciones de la demanda.

Los hechos que han quedado reflejados anteriormente no son cuestionados. El funcionario recurrente, está sometido a un procedimiento penal por hechos directamente relacionados con el ejercicio de sus funciones como funcionario del Cuerpo Técnico de Hacienda, desempeñando un puesto de trabajo en la Dependencia de Inspección. Según reseña la resolución recurrida en el antecedente de hecho primero, se imputa al Sr. Casimiro "[...] actuaciones consistentes en la formulación de determinadas propuestas a contribuyentes a los que se habrían efectuado diversos requerimientos, de cuya tramitación y control era responsable, tendentes a reducir el coste fiscal que el cumplimiento de estas obligaciones conllevaría, todo ello a cambio de una determinada dádiva, que él debería cobrar, y que consistiría en el pago de la mitad del ahorro fiscal conseguido por su intervención como funcionario en este asunto [...]".

La motivación fáctica, así como la necesidad de la medida no ofrece duda alguna. Argumenta la demanda que la medida carece de motivación porque, asegura, cabría la posibilidad de encomendarle funciones en otros puestos o áreas funcionales e, incluso, de permanecer en la misma dependencia, limitar y en su caso controlar sus accesos a las bases de datos del organismo. Sin embargo, la resolución expone, con base en el informe emitido a requerimiento del Juzgado (requerimiento en anexo 12, pág. 34 del expediente), y suscrito por el Delegado Provincial de la AEAT en Málaga en fecha 9 de mayo de 2017 (anexo 13, pág. 35 y 36 del expediente), una extensa relación de los riesgos asociados al mantenimiento en el desempeño de su puesto de trabajo por el funcionario. Entre ellos están:

1. Intervención en procedimientos de comprobación que suponen en la mayoría de los casos la regularización de la situación tributaria del contribuyente.
2. Relación directa con los propios contribuyentes objeto de actuación inspectora.
3. Intermediación en estas actuaciones de profesionales de la asesoría fiscal, representantes autorizados de los contribuyentes.
4. Posibilidad de acceso a las bases de datos y vulnerar en la medida que se tenga intención de ello, la confidencialidad que para los mismos establece el artículo 95 de la Ley General Tributaria.

El puesto de trabajo que corresponde al recurrente, en la Dependencia de Inspección de la Delegación Especial de Andalucía de la AEAT, sede Málaga, tiene unos cometidos específicos, los propios del Cuerpo Técnico



de Hacienda, de manera que las tareas que le corresponden tienen relación directa con contribuyentes, o bien son tareas que se desarrollan sobre las propuestas efectuadas por otros actuarios. Todos los riesgos señalados por la resolución recurrida guardan una relación directa con los hechos investigados en el proceso penal que se sigue contra el recurrente, por lo que la medida de suspensión provisional de funciones está suficientemente justificada, dada la incompatibilidad entre las funciones del recurrente y la situación de sujeción a un procedimiento penal por los hechos que se le imputan, y que, ya lo hemos dicho, están directamente relacionados con sus cometidos en la dependencia administrativa a la que está destinado. Por otra parte, la preeminencia de los intereses públicos y, singularmente, las necesidades organizativas para la eficaz prestación del servicio, no pueden subordinarse absolutamente a los intereses del funcionario sometido a procedimiento disciplinario, en orden a que éste pueda continuar con otros cometidos distintos a los que constituyen los específicos de su puesto de trabajo. La medida cautelar de suspensión de funciones no impide la percepción de las retribuciones que establece el art. 98.3 último párrafo y puede ser, por regla general, una medida idónea para conciliar todos los intereses en conflicto, priorizando los del servicio público.

Se alega también la vulneración del principio de presunción de inocencia. Este derecho está concebido en nuestro ordenamiento constitucional como un derecho subjetivo de naturaleza fundamental, y su contenido sustancial no incide ni directa ni indirectamente sobre la definición de las responsabilidades del funcionario expedientado, sino que impone la necesidad de que esa responsabilidad quede probada a través del procedimiento establecido, de carácter contradictorio y abierto al juego de la prueba.

Siendo así, ni la incoación de un expediente disciplinario, vulnerará esa presunción de inocencia, pues será a través de ese mismo expediente contradictorio donde quedará reforzada, o, en su caso, desvirtuada por el desarrollo de una actividad probatoria de cargo, ni tampoco se verá afectada, en principio, con la adopción de medidas cautelares -suspensión de funciones en este caso-, siempre que se adopten mediante resolución basada en un juicio de razonabilidad de la finalidad perseguida y que no resulte desproporcionada (sentencias, entre otras, del Tribunal Constitucional 108/1984; de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 25 de abril y de 1 de junio de 1985; de 9 de mayo de 1986; de 3 de febrero de 1987 y de 16 de septiembre de 1987).

En este caso, no hay quebranto alguno de la presunción de inocencia, ya que se adopta la medida cautelar sobre la base de su previsión legal, y se sustenta en elementos sólidos de convicción que en este caso se cumplen sobradamente, dada la extensa motivación que ofrece la resolución recurrida y los que determinaron la adopción de la medida de prisión provisional.

Por otra parte, la proporcionalidad de la medida desde el punto de vista temporal también resulta patente dada la estrecha vinculación entre los hechos investigados en el procedimiento penal y la relevancia pública del ejercicio de las potestades de inspección y liquidación de tributos, directamente relacionadas con los cometidos propios de su puesto de trabajo. Así resulta de la existencia de unos indicios de imputación sólidos que determinaron la medida de prisión provisional, y es necesario para salvaguardar intereses públicos de la más diversa índole, entre los que también debe mencionarse la apariencia de probidad, pues como resalta la sentencia del Tribunal Constitucional 104/1995, de 3 de julio, "[...] [I]a 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 [...]" . Ya hemos señalado que la proporcionalidad debe guardarse también en el mantenimiento de la medida, pero no se advierte en este caso ninguna prolongación anormal del procedimiento penal que pueda enturbiar este juicio de proporcionalidad que cumple satisfactoriamente la medida de suspensión que se ha impuesto. Por último, carece de todo sentido la referencia al ejercicio del cargo público, ya que aquí no está concernido en modo alguno el principio de acceso al mismo ni a su mantenimiento, ni se puede invocar quiebra de la igualdad con mención de otros hipotéticos supuestos que no hubieren merecido una medida del tenor de la adoptada. Lo relevante es que, en este caso, resulta plenamente ajustada a Derecho y proporcionada y motivada.

En consecuencia, el recurso contencioso-administrativo ha de ser rechazado, con confirmación de la resolución recurrida.

#### OCTAVO.- Costas.

Respecto a las costas del recurso de casación, no apreciamos temeridad ni mala fe en ninguna de las partes, por lo que cada parte habrá de soportar las causadas a su instancia, y las comunes por mitad, de conformidad con lo dispuesto en el art. 93.4 LJCA. En cuanto a las de la instancia, no ha lugar a su imposición a ninguna de las partes dadas las dudas de derecho que la cuestión suscita por la existencia de criterios divergentes en los órganos judiciales.

#### F A L L O



Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecidas en el fundamento sexto:

**1.-** Haber lugar al recurso de casación núm. 7290/2018, interpuesto por la Abogacía del Estado en representación de la Administración General del Estado contra la sentencia núm. 1522/2018, de 2 de julio, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, estimatoria del recurso contencioso-administrativo núm. 528/2017 promovido por don Casimiro , contra la resolución del Director General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, que acordó declararle en situación de suspensión provisional de funciones durante la tramitación de las Diligencias Previas PA 4011/2017, seguidas contra él en el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Málaga. Casar y anular la sentencia recurrida.

**2.-** Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de don Casimiro contra la resolución del Director General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria de 3 de julio de 2017, que desestimó el recurso de reposición contra la anterior resolución del mismo órgano, de fecha 18 de mayo de 2017 que acordó declararle en situación de suspensión provisional de funciones durante la tramitación de las Diligencias Previas PA 4011/2017, seguidas contra don Casimiro en el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Málaga.

**3.-** Hacer el pronunciamiento sobre las costas del recurso de casación de la instancia en los términos previstos en el último fundamento jurídico.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

**PUBLICACIÓN.**- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Rafael Toledano Cantero, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.