

SUSPENSION PROVISIONAL DEL FUNCIONARIO «VERSUS» PRESUNCION DE INOCENCIA: ULTIMA JURISPRUDENCIA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. REGULACIÓN POSITIVA.—III. SUSPENSIÓN PROVISIONAL «VERSUS» PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN LA JURISPRUDENCIA: ANÁLISIS DE LOS DISTINTOS CASOS JURISPRUDENCIALES.—IV. EL ARTÍCULO 23.2 CE Y LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL.—V. CONCLUSIÓN.

I. Recientemente se denunciaba (1) la actitud de algunos estudiosos del Derecho administrativo, compartida también por algunos jueces —se seguía diciendo—, pidiendo la eliminación de algunos «privilegios» del acto administrativo, entre los que se resaltaba la suspensión automática de su eficacia por la interposición de «recurso y su impugnación *sine die*»; y se señalaba que esta «preocupación por garantizar los derechos e intereses de los particulares lleva a olvidar que las Administraciones públicas existen para satisfacer intereses públicos y que por ello son titulares del poder administrativo» (2).

Esta reflexión ajena me parece pertinente para describir aquí, aunque sea muy sumariamente y en un aspecto muy concreto, la tensión a que está siendo sometida últimamente la potestad sancionadora general de la Administración Pública, y en particular su potestad disciplinaria, tras la promulgación de la Constitución.

Es indudable la afirmación de que «frente al reforzamiento de los criterios y de los métodos del Derecho Penal, el Derecho sancionatorio administrativo ha aparecido durante mucho tiempo como un derecho represivo, primario y arcaico, donde seguían teniendo cabida las antiguas y groseras técnicas, y sin hipérbole puede decirse que el Derecho administrativo sancionatorio es un derecho represivo prebeccariano» (3). Como también lo es, siguiendo al mismo autor, que «La incidencia de la Constitución de 1978 sobre esa reliquia histórica injustificada ha tenido que implicar necesariamente un revulsivo de sus supuestos de

(1) José M.^o BOQUERA OLIVER, *Estudios sobre el acto administrativo*, Ed. Cívitas, Madrid, 1984, Prólogo a la 2.^a ed.

(2) José M.^o BOQUERA OLIVER, obra y lugar citados.

(3) GARCÍA DE ENTERRÍA, *La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionatoria de la Administración: dos importantes Sentencias del Tribunal Constitucional*, en «REDA», núm. 29, pág. 359, y antes en *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, Madrid, 1977, pág. 157.

base y, por tanto, una transformación sustancial de la institución» (4).

Más de lo que se trata aquí, en estas páginas, suscribiendo plenamente las palabras del autor, es el ver hasta qué punto la proclamación en la Constitución del derecho a la presunción de inocencia puede haber afectado a una de las facultades de la Administración pública para con sus funcionarios, en ejercicio de su poder disciplinario.

Me refiero al ejercicio, por parte de una Administración pública, de la facultad de suspender provisionalmente en sus funciones a sus funcionarios, durante la tramitación de un expediente disciplinario, con las consecuencias inmediatas que dicha suspensión conlleva (económicas, sociales, etc.), y la posible negación que esto puede suponer de la presunción de inocencia, que consagra el artículo 24.2 de la Constitución.

II. La suspensión provisional del funcionario público está contemplada como medida preventiva en los artículos 47 a 49 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, texto articulado de 7 de febrero de 1964, en donde se señala que

«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» (art. 48).

Por su parte, el Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración civil del Estado de 16 de agosto de 1969, después de señalar que

«Iniciado el procedimiento, la autoridad que acordó su incoación podrá adoptar las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer si existieran elementos de juicio suficientes para ello»;

y añade que

«la suspensión provisional podrá acordarse preventivamente durante la tramitación del procedimiento disciplinario en los términos...» (remite a los artículos de la Ley).

En la legislación de Régimen Local, el artículo 56.3 del texto articulado parcial de la Ley 41/1975, aprobado por Real Decreto de 6 de octubre de 1977, señala que

«el órgano competente para acordar la incoación del expediente lo será también para... decretar o alzar la suspensión provisional del encartado...».

En el Reglamento de Funcionarios de Administración Local, aprobado por Decreto de 30 de mayo de 1952, al regular el procedimiento disciplinario se señala en su artículo 116:

(4) GARCÍA DE ENTERRÍA, *La incidencia...*, pág. 360.

«La autoridad u órgano competente para ordenar la incoación de procedimiento disciplinario podrá decretar, asimismo, en forma motivada, la suspensión preventiva del inculcado siempre que la presunta gravedad de los hechos lo aconseje, o cuando la permanencia del funcionario constituya obstáculo notorio para la instrucción del expediente»;

y más adelante se dedican cuatro artículos a la suspensión preventiva (125 a 128), en los que se señala que esta suspensión podrá ser judicial o administrativa, y

«tendrá, en todo caso, el carácter de medida precautoria de excepción decretada por autoridad competente...»;

para después añadir los efectos de dicha suspensión, así como los distintos momentos en que puede ser adoptada.

La Resolución de la Dirección General de Administración Local de 26 de octubre de 1957 («BOE» de 30 de octubre), sobre Tramitación de Expedientes Disciplinarios, establece en su apartado 2:

«La suspensión preventiva del inculcado, que puede ser acordada simultáneamente a la orden de incoación del expediente, o en el curso de éste a propuesta del Juez instructor, es medida precautoria y de excepción, por lo que sólo excepcionalmente debe ser adoptada.

Fuera de aquellos casos en que los hechos imputables se ofrezcan con caracteres verdaderamente graves o de aquellos otros en que la permanencia del funcionario constituya un obstáculo real y notorio para la instrucción del expediente, que son los únicos en los que el Reglamento autoriza la suspensión administrativa previa, el encartado debe proseguir normalmente en el ejercicio de sus funciones, durante la sustanciación del procedimiento.

Cuando, pese a lo restringido de las causas, la medida resulte procedente, es preciso que se decrete en forma motivada, es decir, expresándose las razones y fundamentos de la resolución.»

Y en su apartado 4, párrafos 2.º y 3.º:

«Los expedientes deberán quedar conclusos, con la formulación de la propuesta del Juez Instructor y su notificación al encartado, en el plazo de dos meses. En casos muy justificados y a petición razonada del Instructor, el Órgano que ordenó la incoación podrá prorrogar este plazo por una sola vez y por un tiempo máximo también de dos meses, dando cuenta al expedientado de la concesión de prórroga.

Transcurrido el plazo normal o prorrogado para la instrucción sin que ésta se halle ultimada, el funcionario encartado podrá dirigir escrito al Gobernador Civil de la provincia exponiendo el retraso y las circunstancias que en él concurran. Este escrito se cursará para su informe al Juez Instructor, y si se comprobare que la demora no se halla debidamente justificada, el Gobernador Civil adoptará las medidas conducentes a la sanción de la negligencia y a la impulsación y rápida terminación del período de instrucción.»

III. Las Sentencias y el Auto que pasamos a comentar, todos del T. S., sobre la base de la presunción de inocencia, excepto la última, declaran la ilegalidad del acuerdo de suspensión preventiva de empleo y sueldo, en cuanto atentatorio a dicha presunción de inocencia.

Los hechos que concluyen en la Sentencia de 23 de julio de 1984 (Ar. 4258) son los siguientes:

Contra un acuerdo de la Dirección General de Administración Local ordenando la incoación de expediente disciplinario y suspensión preventiva de empleo y sueldo de un funcionario, se interpone por éste recurso contencioso —previa desestimación del recurso de reposición—, que en primera instancia es declarado inadmisibile por ser

«un acto trámite y, por lo tanto, no susceptible de impugnación en vía contencioso-administrativa, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 37.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción».

Frente a esta declaración de inadmisibilidad, el Tribunal Supremo señala:

«CONSIDERANDO: Que, como ha dicho esta Sala en sus Sentencias de 29 de julio de 1983 (R. 4005) y 26 de junio de 1984 (R. 3428), los preceptos de la Ley de la Jurisdicción, de 27 de diciembre de 1956, no pueden trasladarse en bloque a los procesos especiales regulados en la Ley de 26 de diciembre de 1978, en los que se permite impugnar incluso actos que no agotaron la vía administrativa (por ser susceptibles de los recursos de reposición y alzada) y que, por ello, y según el propio artículo 37 que la Sentencia apelada invoca, no podrían ser recurridos en los procesos ordinarios, pese a lo cual, pueden serlo en este proceso especial regulado por la Ley de 26 de diciembre de 1978, para acudir al cual basta con que los actos de la Administración estén sometidos a Derecho administrativo y puedan afectar un derecho fundamental de la persona reconocido en la Constitución, para que los Tribunales deban de examinar su adecuación o inadecuación a derecho, ya que los derechos fundamentales pueden ser

infringidos no sólo por los actos definitivos, sino por los de trámite (o incluso mediante la vía de hecho), y lo que la Ley ha pretendido al crear el procedimiento especial es obtener una protección inmediata de esos derechos, lo que pugna con la necesidad de tener que esperar a que la Administración dicte un acto definitivo para ver si los actos anteriores o intermedios afectan a uno de los derechos fundamentales constitucionalmente protegidos, que pueden ser incluso más perjudicados mediante un acto trámite que mediante el definitivo que en su día se dicte.»

Esta postura del T. S. favorable al enjuiciamiento de estos actos, tradicionalmente considerados actos-trámite y, por ello, insusceptibles de enjuiciamiento judicial, se remonta, creemos, a una luminosa Sentencia de 8 de febrero de 1980 (5), y que, con las excepciones de las Sentencias de 8 de julio de 1981 y de 3 de febrero de 1982 (Ar. 3238 y 699, respectivamente), se mantiene, entre otras, en las Autos del T. S. de 24 de enero y 18 de abril, y Sentencias de 28 de enero y de 25 de abril (6), todos de 1985 (Ar. 246, 1816, 150 y 2182, respectivamente).

Más adelante el T. S., entrando ya en el fondo del asunto de si la suspensión provisional del funcionario en el caso enjuiciado había violado o no algún derecho fundamental, señala:

«CONSIDERANDO: Que si bien en estos procesos tramitados con arreglo al procedimiento especial de la Ley de 26 de diciembre de 1978 no puede examinarse la legalidad intrínseca del acto, contrastándolo con todo el Ordenamiento Jurídico, sino que sólo puede examinarse si existe o no violación de un derecho fundamental comprendido en los artículos 14 al 29 de la Constitución; sin embargo, no puede aislarse el acto que se examina de la legalidad que debió ser observada, siempre y cuando la inobservan-

(5) En ella se señalaba: «Que si bien la medida cautelar de suspensión administrativa preventiva, adoptada como aneja a un procedimiento disciplinario, aquí, en su fase de incoación, no reviste el carácter de acto de mero trámite que de aquélla predica la representación del Ayuntamiento de San Sebastián, comparecido como apelado, en presencia del régimen jurídico que para tal tipo de acto o medida provisional se delinea en los artículos 116 y 125 al 128 del Reglamento de Funcionarios de Administración Local de 30 de mayo de 1952, complementado por el artículo 56, apartado 3, del R. D. 3046/1977, de 6 de octubre, dado que en sí misma es susceptible de producir efectos jurídicos inmediatos en relación con el funcionario encartado, siquiera tales efectos se condicionen a la resolución definitiva que recaiga en el expediente disciplinario» (art. 128.1 del mencionado Reglamento) (Ar. 362).

(6) En esta Sentencia, incluso, se llega a decir que debe partirse de «la distinción entre acto de incoación de un expediente disciplinario que participa de la naturaleza de acto de trámite y la medida de suspensión provisional de funciones, que excede del ámbito propio de aquél, como lo prueba el hecho de que no siempre le sigue e incide con más trascendencia en el *status* del funcionario, pudiendo, quizá, en ocasiones afectar a algún derecho fundamental o libertad pública del interesado».

cia de ésta incida directamente sobre un derecho fundamental violándolo; por ello, no se examina en este recurso la falta de motivación del Acuerdo que ordenó la suspensión preventiva del funcionario (que no se ajustó a lo establecido en el artículo 116 del Reglamento de Funcionarios Locales), ya que ello podría haber sido opuesto en un recurso contencioso ordinario, pero, en cambio, sí es preciso destacar que, ratificando la exigencia de la “resolución motivada” del Reglamento de Funcionarios, la Resolución de la Dirección General de Administración Local, de 26 de octubre de 1957, que da normas para la tramitación de los expedientes disciplinarios, dice en su número segundo que tal medida de suspensión preventiva es “precautoria y de excepción, por lo que sólo excepcionalmente debe ser adoptada”, lo que impide convertirla en norma general, e inseparable de todo expediente disciplinario.»

Además, y teniendo en cuenta que la suspensión provisional había sido acordada hacía más de seis meses y que el expediente disciplinario aún no había concluido en resolución alguna, infringiendo con ello, no sólo el plazo que la Resolución de la Dirección General de Administración Local, de 26 de octubre de 1957, señala para la conclusión de un expediente disciplinario —dos meses—, sino también el establecido con carácter general en el artículo 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo para la duración de un procedimiento —seis meses—, el T. S., acertadamente y con invocación expresa del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, señala:

«CONSIDERANDO: Que la propia Resolución antes mencionada establece en su número 4, párrafo segundo, que los expedientes disciplinarios deberán quedar conclusos con la formulación de la propuesta del Instructor y su notificación al encargado en el plazo de dos meses, plazo rebasado con exceso en el caso que se debate, en el que también se rebasó el de seis meses que establece el artículo 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo, para que en todos los expedientes se dicte resolución de fondo (salvo que medie justa causa excepcional debidamente justificada que lo impidiere, la cual se consignará en el expediente por medio de diligencia firmada), y si bien el transcurso de esos plazos no convierte en nulos de pleno derecho los actos que en su día se dicten, se razona como antecedente para declarar que en este proceso especial se pueden impugnar los acuerdos de suspensión preventiva de empleo y sueldo de los funcionarios expedientados, puesto que si se hubiere de esperar para acudir a este proceso a que se dicte el acto final que impone la sanción, el administrado quedaría sometido no ya a los plazos que establecen las

normas legales y reglamentarias, sino a los que la Administración tenga a bien observar o a la simple inacción, quedando privado el administrado del derecho fundamental, reconocido en el artículo 24 de la Constitución, de obtener una tutela efectiva de los Tribunales, ya que la sanción que pudiera recaer pudiera ser inferior a la realmente cumplida; aparte de la desigualdad que origina la suspensión preventiva para unos funcionarios frente a otros sujetos a expediente no afectados por tan excepcional medida.»

Hasta aquí los razonamientos nos parecen claros y suficientes para justificar la admisión del recurso, revocando para ello el fallo de primera instancia. A partir de aquí el Tribunal hace otras consideraciones que conviene resaltar.

Así, cuando dice:

«CONSIDERANDO: Que, además de lo razonado, la suspensión preventiva de empleo y sueldo acordada (medida no suspendida por la Sala Territorial durante la tramitación de este proceso especial) infringiría la presunción de inocencia proclamada por el artículo 24.2 de la Constitución, sancionando así, anticipadamente mediante tal excepcional medida a quien todavía no ha sido objeto de una sanción disciplinaria no ya mediante una resolución firme, sino ni siquiera por la dictada por el órgano competente de la Administración (pese al tiempo transcurrido desde que, en el presente caso, debió de dictarse esa resolución), atribuyendo así a los actos de la Administración de unas prerrogativas incluso superiores a las que se exigen para la ejecución de las resoluciones judiciales.»

Esta afirmación del T. S. creemos que sólo puede entenderse unida inseparablemente al supuesto de hecho contemplado, en el que, incoado un expediente disciplinario y acordada la suspensión provisional, ésta se mantiene indefinidamente en el tiempo, al no recaer resolución en el expediente, sobrepasando todos los plazos establecidos para dicha resolución. Y decimos que debe entenderse unida a este concreto supuesto de hecho porque aquí el ejercicio de la facultad de suspender provisionalmente no ha sido realizado como medida cautelar o preventiva mientras se tramita el expediente, sino como auténtica condena, aun antes de recaer formalmente la resolución del expediente, y presumiendo por ello no la inocencia, sino la culpabilidad de quien ha sido sometido a un expediente disciplinario, y en este sentido sí puede haberse infringido la presunción de inocencia. Pero lo que creemos que no puede sostenerse —dicho con carácter general— es que la suspensión provisional de funciones atenta e infringe la presunción de inocencia consagrada en el artículo 24 de la Constitución; o, como se ha dicho en otro

lugar, que «la operatividad del derecho constitucional de presunción de inocencia... en este régimen ha de consistir en eliminar la situación funcional de suspensión provisional...» (7). La suspensión provisional atentará contra la presunción de inocencia cuando se utilice, no como esa facultad excepcional de carácter preventivo o cautelar (8) que es, sino como una medida normal, de uso frecuente, aneja a todo expediente disciplinario. En este caso sí, porque se habrá convertido en el acto de presunción de culpabilidad de todo funcionario que sea sometido a expediente disciplinario.

Supuesto muy distinto al visto anteriormente, es el contemplado por el Tribunal Supremo en el Auto de 21 de noviembre de 1984 (Ar. 5673), en el que también, y con invocación de la anterior Sentencia, se llega a la consideración de que la suspensión provisional de funciones atenta a la presunción de inocencia.

Los hechos son los siguientes: un Ayuntamiento acuerda suspender provisionalmente en sus funciones al Secretario de la Corporación mientras se tramita un expediente disciplinario contra él. La Sala de primera instancia acuerda la suspensión de la ejecución de la suspensión provisional. El Ayuntamiento apela el Auto de suspensión de primera instancia alegando que

«es esencial para el mínimo funcionamiento de la Corporación la suspensión acordada del Secretario municipal, pues pone toda clase de trabas e impedimentos como la denuncia que dio origen al expediente disciplinario...» (del primer Considerando).

El T. S., confirmando el Auto de primera instancia, rechaza la apelación

«ya que las alegaciones de la Corporación municipal no evidencian grave perjuicio del interés general, pues las funciones que ejerce el Secretario municipal no puede pensarse dejen de cumplirse por falta de armonía a que alude la apelante ya que las funciones públicas son exigibles en cada caso por las vías legales, y, por otra parte, como ya se declaró anteriormente por esta Sala en su Sentencia de 23 de julio de 1984 (Ar. 4258), la suspensión preventiva de funciones infringiría la presunción de inocencia del artículo 24.2 constitucional, al imponerse previamente a una sanción...».

(7) J. Francisco LÓPEZ-FONT MÁRQUEZ, *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos y el principio constitucional de presunción de inocencia*, en «REDA», núm. 33, pág. 334.

(8) O como dice el propio T. S. en otra Sentencia en que también se aborda este tema: «Que la medida preventiva de suspensión de empleo y sueldo es una medida extrema —o efecto— que debe de guardar proporción con la infracción —causa— y, por lo tanto, precisamente por su gravedad, debe de reservarse para los casos en los que, efectivamente, proceda (lo que deberá razonarse mediante resoluciones motivadas), sin convertirla en norma general de todos los expedientes disciplinarios» (Sentencia del T. S. de 26 de junio de 1984) (Ar. 3428).

Realmente de los Considerandos de este Auto sólo se deduce que la suspensión había sido acordada *por poner toda clase de trabas e impedimentos como la denuncia que dio origen al expediente disciplinario*; pero resultaría sorprendente que la única motivación ante el Tribunal, para justificar la suspensión provisional, fuese tan escueta y no se extendiese en otras consideraciones, como el obstruccionismo y paralización de los asuntos municipales, habida cuenta del papel relevante que desempeña el secretario. Pues bien, fuese de una u otra manera, parece cuando menos sorprendente que se diga, al rechazar la corrección de la suspensión provisional, que las *funciones públicas son exigibles por las vías legales*. ¿Es que acaso la incoación de un expediente disciplinario y suspensión provisional de funciones no son vías legales? ¿Acaso se quiere decir que la vía legal que tiene la Administración pública para demandar el cumplimiento de su función a sus funcionarios es demandársela judicialmente, y entre tanto asistir impasible a su incumplimiento? Evidentemente no puede querer decirse esto, pero entonces no se entiende muy bien a qué *vías legales* se refiere el T. S. Sólo la genérica invocación de que *pone toda clase de trabas e impedimentos como la denuncia que dio origen al expediente disciplinario*, y como motivación única, podría explicar esta respuesta del Tribunal. A tan genérica alegación, tal inconcreta contestación.

Quizá aquí, y aun tratándose de un Auto, el Tribunal Supremo debió, creemos, haber sido más preciso (9) y anudar explícitamente el caso examinado (por falta de justificación de la suspensión provisional del funcionario en el caso examinado, y, por tanto, de la utilización torticera de ésta), la violación de la presunción de inocencia, y que, por tanto, la suspensión de la suspensión provisional, decretada ya en primera instancia —se había seguido el proceso por la vía de la Ley 62/1978—, devenía correcta, por no haber justificado la Administración, cuyo acto se suspendía, la necesidad de dicha suspensión y, por ello, no sólo no había perjuicio grave para el interés general, sino que así se corregía la vulneración de un derecho fundamental.

Resulta curioso constatar la extraordinaria rigidez del T. S. en estos dos casos para interpretar la excepción del «perjuicio grave para el interés general» del artículo 7.4 de la Ley 62/1978, manteniendo la suspensión de la ejecución del acto de suspensión provisional con la generosidad con que en otros casos la interpreta. Así, en el Auto de 7 de febrero de 1985 (Ar. 473) se dice:

«CONSIDERANDO: Que aunque los informes de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias prescindan, en absoluto, de probar o tan siquiera alegar, la existencia o posibilidad de ese daño o perjuicio para el interés general, éste es evidente, puesto que el apelante continuaría pres-

(9) La expresión «y por otra parte, como ya declaró... (y cita la Sentencia de 23 de julio), la suspensión preventiva infringiría la presunción de inocencia... al imponerse previamente a una sanción...», da a entender que, para el T. S., la suspensión provisional *siempre* vulneraría la presunción de inocencia.

tando sus servicios en las mismas condiciones en las que los prestaba, esto es, según sus propias manifestaciones, en condiciones “completamente extraordinarias por el tiempo, el lugar y las características de las personas sometidas a su tutela, en la que se vio obligado a excederse de una manera leve en sus funciones”, por lo que al continuar las mismas circunstancias, la posibilidad del perjuicio que puede ocasionar al interés público es evidente, al poderse producir conductas iguales ante estímulos iguales, que es lo que se pretende evitar precisamente mediante la suspensión acordada por la Resolución impugnada, lo que en nada afecta a la presunción de inocencia del apelante, ni a que ello signifique la ejecución de una Sentencia aún no firme, sino que esta medida se acuerda al margen de toda actuación judicial, dentro de un procedimiento meramente administrativo, cuyo acto —sea definitivo o de trámite— es el que se fiscaliza en este recurso.»

También, en el Auto de 17 de enero de 1985 (Ar. 219):

«CONSIDERANDO: Que sin entrar a debatir en esta pieza separada de suspensión de efectos, por no ser momento procesal oportuno, el tema de si el contenido de la Resolución o Acuerdos impugnados de la Dirección General de Policía, de 18 y 21 de mayo último, en virtud de los que se ordenó la incoación de expedientes disciplinarios a los cinco Policías recurrentes, por haber elevado un escrito a la Superioridad comunicándole que a partir del 28 de abril último no acudirían al servicio, del que se consideraban liberados, es o no susceptible de ser tramitado por el procedimiento sumario y especial de la Ley 62/1978; ciñéndose a la suspensión no ofrece duda que los actores no han justificado la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general (*sic*) para que la Sala acuerde la suspensión de la ejecución del acto impugnado, por ser manifiesto que las alegaciones formuladas por los actores de venir ocupando cargos de gran responsabilidad en el Sindicato Profesional de la Policía, cuales son los de Secretarios Nacionales del mismo, pues, sopesando los posibles perjuicios que de la incoación de un expediente disciplinario, con suspensión de empleo y sueldo, puedan derivarse para los interesados y para los fines públicos del Sindicato, al que están afiliados, la entidad de los perjuicios que de tal medida provisional puedan seguirse, es muy inferior al que se produciría al interés general si se acordase suspender la ejecución de lo ordenado por la Administración, y porque afectaría al más relevante interés público y general del Estado, sobre el control funcional

en evitación de situaciones irreparables y contrarias a la justicia y los principios sobre los que descansan las relaciones del derecho funcionarial, pues, a los efectos y fines de la presente Resolución, lo único a valorar es resolver el conflicto de intereses, la procedencia o no de tal medida cautelar de garantía y, es claro, que la Administración no carece de solvencia de recaer sobre ella en el proceso principal la obligación de reparar o indemnizar a los recurrentes e incluso al Sindicato, económicamente, los daños que se acrediten haber sufrido por la no suspensión, en cambio, en el supuesto contrario, la reparación *in natura* sería imposible, por ir contra los principios legales que presiden la actuación administrativa en materia de la instrucción de expedientes disciplinarios a instruir por faltas administrativas cometidas por sus funcionarios en el ejercicio de sus puestos, más necesaria todavía cuando se trata de quienes, como los recurrentes, pertenecen a un Cuerpo prestigioso al que le alcanza la misión de velar por el orden y los dictados de la conciencia social y lealtad en el ejercicio de sus funciones, que conlleva el obrar obediente a las normas legales y órdenes de sus superiores.»

Con posterioridad a la Sentencia y Auto comentados, y hasta el momento en que se escribe este comentario —vista la jurisprudencia correspondiente en mayo de este año—, han recaído más fallos del T. S., que contemplan frontal o lateralmente este tema (10), de los que cabe resaltar que, excepto en dos de ellos (11), que veremos más adelante, el T. S. no admitió el levantamiento de la suspensión provisional, entendiéndose que «en nada afecta a la presunción de inocencia, ni a que ello signifique la ejecución de una Sentencia aún no firme, sino que esta medida se acuerda al margen de toda actuación judicial, dentro de un procedimiento meramente administrativo» (Auto de 7 de febrero de 1985), y que

«la suspensión preventiva de empleo y sueldo, común al procedimiento disciplinario sancionador de los funcionarios públicos (Ley de 7 de febrero de 1964 y Reglamento de Régimen Disciplinario de 1969), tiene un carácter instrumental y cautelar respecto al procedimiento iniciado, y constituye interés general el que esas medidas cautelares puedan producirse cuando existan indicios racionales manifiestos de la comisión de una infracción que dio lugar

(10) Autos de 14 de enero de 1985 (Ar. 212), 15 de enero de 1985 (Ar. 214 y 215), 17 de enero de 1985 (Ar. 219), 21 de enero de 1985 (Ar. 234), 22 de enero de 1985 (Ar. 241), 23 de enero de 1985 (Ar. 243), 24 de enero de 1985 (Ar. 246); Sentencia de 28 de enero de 1985 (Ar. 150); Auto de 7 de febrero de 1985 (Ar. 473); Sentencia de 15 de abril de 1985 (Ar. 1761); todos ellos de la Sala 3.ª del T. S.

(11) Sentencias de 1 y 22 de abril de 1985 (Ar. 1744 y 1827).

al expediente disciplinario y, por otro lado, no aparezca acreditado que esa suspensión fue acordada con fines distintos de los simplemente aseguradores de la resulta del expediente, implicando en estos casos la suspensión de esas medidas cautelares un perjuicio grave a ese interés general» (Auto de 15 de enero de 1985) (12).

Señalándose también, cuando se ha pedido, al amparo de la Ley 62/1978, la suspensión de la suspensión provisional y ello se ha denegado, que

«ha de ser compartido el criterio de la resolución recurrida por cuanto que los derechos fundamentales mencionados en manera alguna puede interpretarse en el sentido de que cuando se ha tramitado un proceso judicial con el resultando de condena y se sigue un procedimiento administrativo de manera paralela o consecuencia del mismo se haya de coartar la práctica de aquellas actuaciones encaminadas al esclarecimiento de una conducta que, efectivamente, puede afectar a este interés general y que pueden proyectarse sobre él con su obligada complejidad y que no se puedan adoptar las resoluciones que vayan aconsejando esas diligencias llevadas a cabo dentro de cada uno de esos procesos seguidos sin perjuicio de que su ultimación puede conducir a una interpretación contraria a la que inicialmente hubiera dado lugar a la iniciación de los meritados procesos» (Auto de 24 de enero de 1985) (13).

O también:

«en punto a la medida de suspensión propugnada de la Resolución administrativa impugnada en los Autos principales, que es lo que aquí, específicamente en esta pieza separada, ha de ser objeto de análisis, es evidente que ha de conjugarse, por aplicación del artículo 7.4 de la Ley 62/1978, solamente en función de "que se justifique la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general,,; perjuicio grave para este interés general y público del Estado que se derivaría en este concreto supuesto, de la suspensión de la resolución impugnada, al enervar el control fun-

(12) Se trataba de la apelación de un Auto de no suspensión de efectos, dictado en recurso interpuesto al amparo de la Ley 62/1978.

(13) Es cierto que aquí ya ha habido una Sentencia judicial, no se dice si firme, al que aparece anudado el expediente disciplinario y la suspensión provisional de funciones, pero el Tribunal no razona para justificar la suspensión provisional que decreta la Administración, sobre que dicha condena haya quebrado la presunción de inocencia —presunción alegada por el funcionario recurrente—, sino sobre su naturaleza preventiva o cautelar para asegurar el desarrollo del procedimiento.

cionarial que compete al Estado por disposición constitucional (arts. 97 y 103), y que de acceder a ello se podrían producir situaciones irreparables y contrarias a la justicia y los principios sobre los que descansan las relaciones del derecho funcional» (Auto de 23 de enero de 1985).

En esta línea de no admisión de la suspensión de la ejecución de la suspensión provisional, se encuentra la muy reciente Sentencia del T. S. de 15 de abril de 1985 (Ar. 1761). En ella se contempla el supuesto de un funcionario del Cuerpo Superior de Policía, presidente de sindicato profesional, que por haber publicado un artículo en el que «se vierten manifestaciones y se enjuician conductas y resoluciones que la Dirección General de la Seguridad del Estado estima pudieran ser constitutivas de falta disciplinaria prevista en el Reglamento Orgánico de la Policía Gubernativa» —Decreto de 17 de julio de 1975 (14)— (de uno de los Considerandos), es suspendido provisionalmente en sus funciones mientras se le tramita un expediente disciplinario.

El Tribunal Supremo, tras invocar la doctrina de la Sentencia del T. C. de 26 de noviembre de 1984, sobre la compatibilidad de la presunción de inocencia con determinadas medidas cautelares (como veremos después), añade:

«el normal funcionamiento del Cuerpo Superior de Policía exige que sus miembros estén sujetos en su actuación profesional a los principios de jerarquía y subordinación (principio 6.º de la Orden del Ministerio del Interior de 30 de septiembre de 1981) para hacer posible la garantía de la seguridad ciudadana y la protección del libre ejercicio de los derechos y deberes de los ciudadanos, misión que es atribuida a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad por el artículo 104.1 de la Constitución, y estos bienes jurídicamente protegidos se pondrían en peligro, como dice el Tribunal Constitucional en Sentencia de 10 de octubre de 1983 (15),

(14) Dicho Reglamento señala entre las faltas graves: «Las manifestaciones públicas de crítica o disconformidad respecto de las decisiones de sus superiores» (art. 208.3).

(15) En esta Sentencia lo que se debatía era si «un Inspector del Cuerpo Superior de Policía, en su doble condición de tal y de autoridad sindical, está amparado por los derechos del 28.1 y 20.1.a de la C. E. para efectuar una determinada crítica pública» [ésta habría consistido en calificar en una nota de prensa la actitud de una Jefatura Superior de Policía —que había trasladado a un funcionario—, de «violar (ndo) los más elementales derechos individuales, familiares y sindicales...», estos hechos ponen de manifiesto, una vez más, la incapacidad profesional de algunos mandos... para resolver los problemas y representan, por tanto, un obstáculo para el normal funcionamiento de la Policía en una sociedad democrática» —del primero de los antecedentes]; y el T. C. señalaba: «La estructura interna del Cuerpo Superior de Policía... y la misión que el artículo 104.1 de la C. E. atribuye, entre otros, a dicho Cuerpo, obligan a afirmar que la crítica a los superiores, aunque se haga en uso de la calidad de representante y autoridad sindical y en defensa de los sindicatos, deberá hacerse con la medida necesaria para no in-

si, en el ejercicio de los derechos de libertad sindical y de libertad de expresión, los funcionarios de tales Cuerpos que desempeñan puestos de responsabilidad sindical pudieran legítimamente realizar actos de crítica pública contra sus superiores»;

y el T. S. concluía:

«y, coherente con lo anteriormente dicho, aparece que la resolución en la que se acuerda la suspensión provisional del recurrente contiene la suficiente motivación, tiene una base razonable y es proporcionada al supuesto incumplimiento de los deberes reglamentarios que en principio se le imputan y dan origen al expediente disciplinario» (16).

También en esta línea de no suspensión de la suspensión provisional está la Sentencia de 30 de mayo de 1985 (Ar. 2636), en la que el T. S., confirmando la de instancia, mantiene la ejecución de la suspensión provisional.

Los hechos que contempla la Sentencia son los siguientes: un funcionario dependiente de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, con motivo de ser procesado por presunto delito de amenazas, cometido en el ejercicio de sus funciones, le fue incoado un expediente disciplinario y se acordó la suspensión provisional en sus funciones. El funcionario recurrió, al amparo de la Ley 62/1978, por entender que se había vulnerado con dicha suspensión la presunción de inocencia y la tutela judicial efectiva consagrados en el artículo 24 de la Constitución.

El T. S., tras invocar la doctrina de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de noviembre de 1984, que veremos después, señala:

«habiéndose acordado la suspensión conforme a lo dispuesto en el artículo 1.º del Decreto de 23 de diciembre de 1957 (17), que lo impone con carácter reglado para los fun-

currir en vulneración a ese respeto debido a los superiores, y para no poner en peligro el buen funcionamiento del servicio y de la institución policial...», y más adelante decía lo que ahora el T. S. recogía. El T. C. denegó en esta Sentencia el amparo solicitado (S. T. C. 81/1983, de 10 de octubre, «BOE» de 7 de noviembre).

(16) En la Sentencia del T. S. de 25 de abril de 1985, ante un supuesto de hecho similar, el T. S. razona y falla en igual sentido.

(17) Este Decreto de 23 de diciembre de 1957 («BOE» del 6 de enero de 1958) dice en su artículo 1.º: «Los Ministerios civiles y las Corporaciones locales, tan pronto tengan conocimiento de que alguno de sus funcionarios han sido procesados por actos ajenos al servicio o cometidos en forma culposa, podrán suspenderlo en su empleo si no lo hubiera hecho ya el Tribunal competente, y atendidas las circunstancias del caso. *La suspensión será preceptiva cuando el procesamiento se deba a supuestos hechos dolosos relacionados con el servicio.*» El Decreto se justificaba en la laguna existente, en aquel momento, en la legislación de funcionarios sobre la situación del funcionario procesado y de las medidas a adoptar en tal supuesto por la Administración.

También se prevé la suspensión provisional con carácter preceptivo en el mis-

cionarios presuntamente responsables de delitos dolosos, por indicios racionales de criminalidad suficientes para decretar el procesamiento de los mismos, es evidente que la medida precautoria no viola los derechos fundamentales invocados, por cuanto que, además, la norma aplicada cabe entenderla no derogada por la disposición derogatoria del Reglamento del Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado, por las propias razones expuestas por el Tribunal *a quo*, (...) consistentes en esencia, en que lo dispuesto en el Decreto citado no entraña medida disciplinaria, sino ejecución de lo ordenado por esa disposición y que pudiera haber sido acordado por el Juez directamente, en sustitución de cuyo acuerdo actúa la Administración».

Como se ve, en esta Sentencia se contempla un supuesto de hecho en el que la suspensión provisional y la incoación del expediente disciplinario derivan directamente del Auto de procesamiento dictado por la autoridad judicial, pero que quien la acuerda (la suspensión) es el órgano administrativo. Se ampara la resolución administrativa y el Tribunal la admite como correcta en un Decreto que hoy, al menos por su rango, resulta de dudosa legalidad.

IV. Las dos últimas Sentencias que motivan este breve comentario son las de 1 y 22 de abril de 1985 (Ar. 1744 y 1827, respectivamente). En ellas el T. S., confirmando las de instancia, mantiene la revocación de los actos de suspensión provisional de los funcionarios afectados.

En el primer caso, hay que resaltar que el acto de suspensión provisional había sido acordado hacía ya más de nueve meses y aún no había recaído resolución final en el expediente disciplinario incoado. La Sentencia de instancia parece que basó la revocación de la suspensión provisional en la violación del artículo 23.2 de la C. E.; el Tribunal Supremo, siguiendo esta línea argumental, señala que

«aunque se trate de una suspensión de tipo provisional y preventiva, es decir, simple acto de trámite, aunque sea temporalmente privó al funcionario expedientado del ejercicio de sus funciones, lo que no sólo infringió el artículo 23.2, sino también el número 2 del artículo 24, al san-

mo supuesto para los funcionarios de la Policía gubernativa, en su reglamento orgánico (art. 143 del Decreto 2038/1975, no modificado por el R. D. 1346/1984).

Por su parte, el Reglamento de los Servicios de Prisiones, aprobado por Decreto de 2 de febrero de 1956 («BOE» de 15 de marzo), en su artículo 414, párrafo 2.º, señala: «El procesamiento de un funcionario llevará aparejada su inmediata suspensión de empleo y medio sueldo en el caso de que el hecho delictivo objeto de la causa criminal lo haga desmerecer en el concepto público o sea incompatible con la prestación de los servicios de prisiones, a cuyo efecto se instruirá el oportuno expediente si no estuviera ya incoado.» Estos funcionarios de prisiones, en cuanto funcionarios del Ministerio de Justicia, quedaban excluidos del Decreto de 23 de diciembre de 1957, según señalaba éste en su artículo 5.º

cionar anticipadamente a quien no había sido objeto de sanción disciplinaria alguna y con total ausencia de motivación, «motivación» que es de esencial exigencia para adoptar esa medida preventiva por aconsejarlo la presunta gravedad de los hechos que se imputan al expedientado, que en este caso todavía se ignoran, y en todo supuesto la suspensión preventiva o precautoria debe adoptarse sólo excepcionalmente, no con carácter generalizado e inseparable a todo expediente disciplinario, máxime, *sine die*, con lo que se viola también el artículo 24 de la Constitución de obtener una tutela efectiva de los Tribunales, si no se otorgase este procedimiento sumario contra un acuerdo de trámite tan trascendente y también la presunción de derecho a estimar la inocencia protegida por el número 2 del indicado artículo 24, sancionando con tal medida, anticipadamente a quien no ha sido objeto de sanción disciplinaria, atribuyendo de esta forma indirecta a los actos de la Administración, una prerrogativa superior a las que se exigen para poder ejecutar una resolución judicial, por lo que resalta la exigencia de que tal medida provisional no puede ser nunca arbitraria ni discrecional, al incidir tan directamente en los derechos del artículo 24 de la Constitución Española, tiene que estar amparada por hechos de gravedad y razones que la justifiquen, tras un escrupuloso y esmerado examen de los hechos llevados a conocimiento del órgano disciplinario, subsumiéndolos en las normas correspondientes, requisitos que en el presente caso no se han cumplido».

Creo que el razonamiento del T. S. es impecable para revocar aquí la suspensión provisional que se había decretado por el órgano administrativo, y además novedosa, en cuanto alude también a la infracción del artículo 23.2 de la C. E.

También en esta línea está la segunda y última Sentencia: la de 22 de abril. En ella también se contempla el supuesto de que han transcurrido más de seis meses desde el acuerdo de suspensión provisional y tampoco ha recaído resolución en el expediente; y frente a la petición del funcionario suspenso solicitando reintegrarse a su puesto, el órgano administrativo «implícitamente deniega por silencio». La petición de reincorporación al cargo tenía como fundamento haber transcurrido con exceso seis meses.

E. T. S. señala:

«Que la Sala *a quo* anuló el acto administrativo impugnado como contrario al reconocimiento del derecho estatuido en los artículos 23.2 y 24.1 de la Constitución...»

Y después lo desarrolla así:

«nos hallamos en presencia de un acto administrativo que implica la persistencia en el mantenimiento de una medida cautelar preventiva, cual es la de suspensión de empleo y sueldo desbordando todos los plazos legalmente previstos en la legislación ordinaria para tal particular —artículo 49.2 de la Ley de 7 de febrero de 1964, aplicable a la Administración Local por virtud del Real Decreto 3046/1977, de 6 de octubre—, e incluso del previsto para la sustanciación completa y conclusiva del expediente disciplinario —artículo 124 del Reglamento de Funcionarios de la Administración Local, de 30 de mayo de 1952, y artículo 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo, de 17 de julio de 1958—, y comoquiera que tal dilación o demora en la tramitación del expediente no obedece a causas imputables al expedientado, ni aparece siquiera mínimamente justificada ni explicada tal demora en la Resolución denegatoria de 27 de noviembre de 1984 del Pleno Municipal de Nava del Rey, ello incide en el derecho fundamental establecido en el artículo 23.2 de la Constitución que la jurisprudencia reconoce que no sólo afecta al acceso de los ciudadanos a las funciones y cargos públicos, sino a la permanencia en los mismos, sobre todo cuando se cumplen los requisitos legales como indica dicho precepto *in fine*».

Y a continuación citaba en su apoyo una serie de Sentencias entre las que se encuentran aquellas en las que el T. S. consideró derogado el artículo 11.7 de la Ley de Elecciones Locales, de 17 de julio de 1978, por la Constitución.

Concluía esta Sentencia señalando cómo en este caso, con la suspensión provisional *sine die*, se había vulnerado también el artículo 24.1 de la C. E.:

«CONSIDERANDO: Que en lo atinente al artículo 24.1 de la Constitución, que impone el derecho a la tutela judicial efectiva, si bien está referido literalmente a la que dispensan los Jueces y Tribunales, ciertamente esta tutela puede verse gravemente comprometida, tal y como se deduce de la circunstancia de haberse hecho ejecutiva esa medida cautelar provisional de suspensión de empleo y sueldo, en la parte que se indicó anteriormente, sosteniendo y permaneciendo en esta situación al funcionario más allá de lo dispuesto en las leyes, sin justificación ni explicación ilustrativa de la Resolución que así lo dispone, como si de sanción definitiva y firme se tratara, lo que conlleva una clara vulneración del artículo 24.1 de la Constitución.»

Ni una sola mención en este fallo a la vulneración también, en el supuesto estudiado, de la presunción de inocencia; quizá la no inclusión

del artículo 24.2, por la parte recurrente entre los preceptos constitucionales vulnerados por la actuación administrativa, explique esta ausencia.

V. Para terminar, creo que la facultad de suspender provisionalmente de empleo y sueldo a sus funcionarios por parte de la Administración pública con motivo de la tramitación de un expediente disciplinario no atenta necesariamente contra la proclamación constitucional de la presunción de inocencia, siempre y cuando las normas no permitan su generalización, o su uso indiscriminado o inmotivado, cada vez que se incoa un expediente disciplinario.

Como ha señalado con gran precisión el T. C. en Sentencia de 26 de noviembre de 1984 (suplemento del «BOE» de 21 de diciembre de 1984):

«La presunción de inocencia es compatible con la aplicación de medidas cautelares siempre que se adopten por resolución fundada en Derecho, que cuando no es reglada, ha de basarse en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, pues una medida desproporcionada o irrazonable no sería propiamente cautelar, sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso» (F. J. 2) (18).

Por todo lo anterior parece que puede concluirse señalando que la nueva regulación de la suspensión provisional del funcionario, como medida cautelar y preventiva y que no debería afectar a sus retribuciones básicas, deberá contemplar para su plena adecuación constitucional al reconocimiento de la presunción de inocencia, su adopción por hechos relacionados con la función que se desempeña, motivadamente, previa audiencia al interesado y con tipificación de los supuestos en que podrá ser adoptada, ya que, evidentemente, no podrá seguir siendo una facultad en manos de la Administración cualquiera que sea la presunta falta cometida (19).

(18) Sentencia dictada en recurso de amparo recaído contra providencia judicial que deniega la cancelación de fianza tras dictarse Sentencia absolutoria en primera instancia, pero recurrida en casación.

(19) En las leyes, ya publicadas en el «BOE», de las distintas Comunidades Autónomas sobre la función pública de sus respectivas Comunidades destaca, en este punto, la Ley de 23 de julio de 1985 de la Función Pública de la Administración de la Generalidad («BOE» de 28 de agosto de 1985), pues no contempla la figura de la suspensión provisional del funcionario, sino y en su lugar señala: «Como medida cautelar, al iniciarse un expediente disciplinario por hechos directamente relacionados con las funciones que tenga encomendadas, el funcionario podrá ser trasladado de su puesto de trabajo a otro dentro de la misma localidad» (art. 74.4). La Ley de la Comunidad Foral de Navarra de 30 de marzo de 1983 («BOE» de 22 de junio) de Estatuto del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, y la Ley de la Comunidad de Castilla-La Mancha de 26 de junio de 1985, de la Función Pública («BOE» de 4 de septiembre), sí contemplan la figura de la suspensión provisional con ligeras variantes sobre su regulación en la Ley de Funcionarios Civiles

De esta manera, quizá, desapareciera la tensión actualmente existente entre la Administración y los Tribunales cuando se enjuicia la suspensión o no de la suspensión provisional de funciones, y los afectados —funcionarios—, «presuntamente inocentes», ganarían en su seguridad jurídica que les garantiza la Constitución en su artículo 9.3.

Eduardo MÍGUEZ BEN

del Estado, fundamentalmente en la retribución económica. (En la de Navarra, sueldo inicial de su respectivo nivel, grado, premio por antigüedad y ayuda familiar; y en la de Castilla-La Mancha, retribuciones básicas y complemento familiar.) Y en cuanto a su adopción, la de Castilla-La Mancha señala: «Cuando las circunstancias no permitan su continuidad en el puesto de trabajo, en tanto se sustancia el procedimiento» (art. 73.1).

