

La suspensión de funciones como medida provisional. Funcionarios docentes.

/

Suspension of Duties as a Provisional Measure in a Disciplinary Procedure for Teaching Staff.

María Cinta de Vargas Cascales

Inspectora de Educación de la Comunidad de Madrid.

DOI: <https://doi.org/10.23824/ase.v0i43.982>

Resumen

En un procedimiento disciplinario sancionador se puede dar la suspensión del procedimiento, la suspensión del funcionario encartado como medida provisional o ambas situaciones. La suspensión de un procedimiento disciplinario puede estar motivada por la necesidad de obtener un pronunciamiento judicial previo, cuyos hechos probados en sentencia firme vinculan a la Administración en el procedimiento disciplinario sancionador.

En el caso de que la Administración, a través de sus órganos competentes, suspenda a un funcionario de funciones como medida cautelar debe atender a una serie de principios de derecho. El proceso de justificación jurídica razonada obliga a la autoridad competente a valorar los indicios, elementos y circunstancias que rodean la adopción de la medida cautelar, dotándola de una apariencia de legitimidad a través de una justificación de la adopción de dichas medidas restrictivas y asentando esta decisión en causas jurídicas. La decisión, además, debe argumentarse jurídicamente analizando los daños y perjuicios susceptibles de originarse como consecuencia del retraso de la resolución definitiva.

Palabras clave. Funcionarios docentes, procedimiento administrativo sancionador, medidas provisionales o cautelares.

Abstract

In a disciplinary sanctioning procedure, the suspension of the procedure, the suspension of the implicated official as a provisional measure, or both situations may occur. The suspension of a disciplinary procedure may be motivated by the need to obtain a prior judicial ruling, whose proven facts in a final judgment bind the Administration in the disciplinary sanctioning procedure.

If the Administration, through its competent bodies, suspends an official from duties as a precautionary measure, it must adhere to a series of legal principles. The process of reasoned legal justification requires the competent authority to assess the indications, elements, and circumstances surrounding the adoption of the precautionary measure, granting it an appearance of legitimacy through the justification of adopting such restrictive measures and grounding this decision in legal causes. Furthermore, the decision must be legally argued by analyzing the potential damages and harm that may arise as a consequence of the delay in the final resolution.

Keywords: Teaching staff, administrative sanctioning procedure, provisional or precautionary measures.

1. Concepto de procedimiento administrativo sancionador.

El procedimiento administrativo es el cauce natural para la formación de la voluntad de la Administración pública (Tomillo & Rubiales, 2017, pág. 667).

Toda decisión fundamentada de la Administración implica un conjunto estructurado de actuaciones dirigidas a dictar una resolución administrativa o a manifestar su voluntad de forma expresa.

Señala en su Preámbulo la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas que la Constitución de 1978 define un nuevo concepto de Administración, expresa y plenamente sometida a la ley y al Derecho, como expresión democrática de la voluntad popular. Esta concepción consagra su carácter instrumental al servicio objetivo de los intereses generales.

La actividad administrativa se desenvuelve mediante procedimientos diversos, a través de una serie cronológica de actuaciones dirigidas a un resultado. El procedimiento administrativo constituye hoy la forma propia de la función administrativa, de la misma manera que el *proceso* lo es de la función judicial y el *procedimiento parlamentario* de la función legislativa. (Parada Vázquez, 2019, pág. 132).

En sentido estricto, la Ley define el procedimiento administrativo como el conjunto ordenado de trámites y actuaciones formalmente realizadas, según el cauce legalmente previsto, para dictar un acto administrativo o expresar la voluntad de la Administración, responde, por tanto, a la instrumentalización del Estado para dar respuesta al interés general de los ciudadanos.

A su vez, el procedimiento administrativo sancionador se instituye como una de las especialidades del procedimiento administrativo común, junto al procedimiento de responsabilidad patrimonial.

Tiene su propia y privativa ejecución en lo que se refiere a la instrucción del procedimiento y a las medidas, actuaciones o circunstancias que lo integran.

Si el acierto de la aplicación de la ley se concreta en asegurar el cumplimiento de la legalidad, en el caso del procedimiento administrativo sancionador se potencia

la legalidad de la Administración en el reproche de conductas contrarias al ordenamiento jurídico. Estos reproches, instituidos en tipos disciplinarios, protegen los grandes bienes jurídicos de la Administración: la confianza de los administrados en que la Administración proteja sus derechos y el correcto funcionamiento de los servicios públicos.

Se trata, por tanto, de un cauce formal dirigido a la emisión de una resolución definitiva. Si en otros procedimientos administrativos se puede eludir algún acto de trámite, en los procedimientos administrativos sancionadores estos tienen una importancia extraordinaria, además, se ha de respetar fundamentos y principios de derecho, como la tipicidad, legalidad, proporcionalidad, responsabilidad, culpabilidad, punibilidad y el debido proceso.

En el correcto ejercicio de la potestad sancionadora, está en juego el derecho fundamental de defensa reconocido en el artículo 24 de la Constitución española. (Alarcón Sotomayor, 2006, pág. 88).

El régimen disciplinario que se aplica a los funcionarios docentes se encuentra regulado en su parte cardinal en los artículos 93 a 98 del Real Decreto 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, en consonancia con lo dispuesto en el Capítulo III, Título Preliminar de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y del Título II del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado, cuya aplicación es supletoria y regula el conjunto de acciones destinadas a resolver la calificación jurídica y la posible infracción que un hecho o varios puedan constituir.

Un procedimiento administrativo sancionador tiene un plazo de ejecución que empieza a contar desde la fecha del acuerdo de incoación, tal y como indica el apartado 3.a) del artículo 21 de la Ley 39/2015. Este precepto legal regula el inicio, pero no regula el plazo de terminación.

En ausencia de normativa autonómica, se establece que el plazo para la tramitación de un expediente disciplinario será de doce meses atendiendo al artículo

69 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

La falta de resolución, atendiendo al artículo 25.1 b) de Ley 39/2015, produce la caducidad y el archivo de las actuaciones.

2. Suspensión o interrupción del procedimiento administrativo sancionador.

La suspensión o interrupción de un procedimiento administrativo no exige necesariamente la adopción de medidas cautelares ni constituye una manifestación de la potestad cautelar de la Administración. Son medidas procesales adoptadas por las causas legalmente establecidas, que no persiguen asegurar el resultado del procedimiento, sino garantizar su correcta tramitación ante la concurrencia de determinadas circunstancias que recoge la ley.

El tiempo máximo para resolver un procedimiento disciplinario puede interrumpirse a instancia del interesado atendiendo a lo recogido en el artículo 25.2 de la Ley 39/2015.

El procedimiento puede también suspenderse por la propia Administración en circunstancias tasadas o *numerus clausus*, que son las recogidas en el artículo 22 del citado cuerpo legal. La suspensión supone detener temporalmente el procedimiento por causas previstas legalmente, sin que transcurra el plazo máximo para resolver mientras dure la suspensión.

Se suspende el tiempo para resolver atendiendo a subsanaciones requeridas, pruebas necesarias solicitadas por el interesado, pronunciamientos de diversos organismos; y de forma muy relevante para el análisis del procedimiento disciplinario sancionador, cuando para la resolución del procedimiento sea indispensable la obtención de un previo pronunciamiento por parte de un órgano jurisdiccional, tal y como recoge el artículo 22.1. g) de la Ley 39/2015.

Esta situación se produce, en ocasiones, cuando concurre un procedimiento penal que puede incidir directamente en los hechos objeto del expediente sancionador, y cuya resolución judicial resulta determinante para que la Administración pueda continuar la instrucción del procedimiento. En este caso, se

vincula con el concepto de prejudicialidad o situación jurídica *sub iudice* que refiere el apartado 2 del artículo 10 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que establece que la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión, o que condicione directamente su contenido, determinará la suspensión del procedimiento mientras aquella no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda.

3. Suspensión del funcionario como medida provisional.

Una cuestión sustantiva en el procedimiento administrativo sancionador es la adopción de medidas provisionales, lo que conforma el concepto jurídico de justicia cautelar.

Atendiendo al artículo 56.3 de la Ley 39/2015, las medidas provisionales pueden ser de diversa índole, como la suspensión temporal de actividades, la prestación de fianzas, la retirada o intervención de bienes productivos o suspensión temporal de servicios por razones de sanidad, higiene o seguridad...

Entre las distintas medidas cautelares que pueden adoptarse en el ámbito administrativo, la suspensión de funciones del funcionario ocupa un lugar relevante debido a sus implicaciones en la relación de servicio y en la gestión pública.

En este análisis nos enfocaremos específicamente en la suspensión del funcionario, examinando sus fundamentos jurídicos, efectos y aplicación dentro del marco normativo vigente.

3.1. Determinación conceptual de las medidas provisionales.

a) Concepto de medidas provisionales.

Las medidas provisionales son aquellos instrumentos cuya razón de ser es garantizar la viabilidad efectiva de la resolución que se pronuncie definitivamente sobre el objeto del procedimiento. Se sitúan a medio camino entre las exigencias de celeridad en la tramitación de los procedimientos y la ponderación y tutela de los derechos e intereses legítimos. (Garberí Llobregat, 1994, pág. 568).

Atendiendo a la doctrina jurisprudencial podemos plantear ciertas cuestiones de partida.

El Tribunal Constitucional considera las medidas provisionales como «una manifestación de la justicia cautelar que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva». (STC 148/1993 del 29 de abril). (Vázquez Forno & Álvarez Barbeito, 2021, pág. 49).

El Tribunal Supremo mantiene que la adopción de este tipo de medidas requiere «atenerse a la singularidad de cada caso debatido por las circunstancias concurrentes en el mismo, lo que implica un claro relativismo es desacuerdo con declaraciones dogmáticas y con criterios rígidos y uniformes» (STS de 21 de octubre de 2004, recurso de casación 1723/2002). (Vázquez Forno & Álvarez Barbeito, 2021, pág. 49).

En primer término, la justicia cautelar no tiene un interés punitivo y no debe equipararse a una sanción, por tanto, no se ve afectada por el principio *non bis in idem*. «...No procede estimar el recurso en cuanto al acto cautelar de suspensión acordado, el cual es de naturaleza distinta a la suspensión sanción y no tiene otro fin que garantizar la adecuada tramitación del expediente disciplinario, (...) el acto carece del carácter de acto final decisorio del procedimiento (...) además no afecta al derecho fundamental invocado del artículo 24.1. de la Constitución, pues de no demostrarse por las peculiares circunstancias del caso que la suspensión impide de hecho los medios jurídicos de defensa del expedientado, aquella medida tiende, por el contrario, a facilitar el procedimiento disciplinario, evitando en su caso, los obstáculos que el interesado pudiera oponer si continuase en el pleno ejercicio de sus funciones». (SAN de 17 de marzo de 1984. Rec.: 15.011. Sección primera de lo contencioso administrativo).

Las medidas provisionales no suponen, por tanto, una medida sancionadora y su función no es represiva. Son medidas restrictivas de derechos cuya misión es asegurar el resultado del procedimiento. Evidentemente, al igual que las sanciones, tienen un contenido limitador de la esfera jurídica por lo que deben responder a los principios de menor onerosidad, es decir el principio *favor libertatis* y el de efectividad de la función administrativa. (Tomillo & Rubiales, 2017, pág. 690).

La legislación permite la suspensión provisional como medida cautelar siempre que sea motivada, necesaria y proporcionada, con límites temporales específicos salvo en contextos judiciales. La motivación supone un razonamiento que se traduce en una expresión racional de juicio de proporcionalidad, es decir, equilibrio, idoneidad y necesidad.

Es irrefutable que para la adopción de medidas provisionales la Administración dispone de un amplio poder, incluso antes de iniciarse el procedimiento sancionador, lo que inevitablemente supondrá una motivación con estándares jurídicos adecuados y exigentes (Martín Rebollo, 2016, pág. 9).

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es clara: «... se adopte en resolución fundada en derecho, que cuando no esté reglada ha de basarse en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y circunstancias concurrentes, pues una medida desproporcionada o irrazonable no sería propiamente cautelar, sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso... se razona que la presunción de inocencia sólo puede ser menoscabada por las sanciones en sentido propio y nunca por aquellas medidas» (SSTC 108/1984, 105/1994, 24/1999...) (Vázquez Forno & Álvarez Barbeito, 2021, pág. 69).

Dicta el artículo 35 de la Ley 39/2015 que serán motivados los acuerdos que sustancien la adopción de medidas provisionales. Esto obliga a que la motivación de estas medidas se argumente en una causa jurídica, lo que se traduce en un análisis jurídico de finalidad, contenido, adecuación al fin, ponderación de intereses, idoneidad, dicho de otra manera, un análisis de razonabilidad práctica o proporcionalidad jurídica.

b) Naturaleza de las medidas provisionales de suspensión de funciones.

Los requisitos para adoptar medidas cautelares responden a varios principios. En primer lugar, al principio de tipicidad, es decir, deben estar insertas en las normas jurídicas que posibilitan la potestad sancionadora de la Administración. En segundo lugar, al principio de competencia administrativa, ya que solo pueden ser acordadas por el órgano competente para resolver el procedimiento. Por último, deben ajustarse al principio de proporcionalidad.

La adopción de medidas cautelares tiene, generalmente, carácter discrecional. Esto significa que la Administración no está obligada a acordarlas de forma automática ante la mera existencia de un procedimiento en curso, sino que dispone de un margen de apreciación para valorar su conveniencia y necesidad en cada caso concreto. (Pons Cánovas, 2001, pág. 49).

Dicha discrecionalidad, no obstante, no equivale a arbitrariedad, pues, como correlato al principio de presunción de inocencia una medida provisional debe tener un carácter de excepcionalidad, tomando en consideración la naturaleza de los cargos, los hechos imputados y este concepto de necesidad o conveniencia que debe apreciar el órgano competente para adoptarlas. En este sentido destaca por todas la STS 108/1984, de 26 de noviembre que determina que «...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 la medida desproporcionada o irrazonable no sería propiamente cautelar, sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso».

La esencia de estas medidas es la provisionalidad o temporalidad, pues no tienen vigencia indefinida, ni carácter definitivo o de permanencia en el tiempo. Responden a la necesidad de reaccionar ante la comisión de una infracción, sin esperar que haya recaído la resolución sancionadora. (Pons Cánovas, 2001, pág. 45).

La aplicación de estas medidas está supeditada a la regla *rebus sic stantibus* o regla de mutabilidad, es decir, se debe ponderar si las circunstancias han cambiado sustancialmente desde que se adoptó la medida. El cambio de situación es imprevisible y afecta de forma determinante a su justificación por lo que podría solicitarse su revisión o levantamiento.

Los principios rectores de la decisión de partida de acordar medidas provisionales son, por un lado, la apariencia de buen derecho *fumus boni iuris*, que obliga a la autoridad competente a valorar los indicios, elementos y circunstancias que rodean la adopción de la medida cautelar. Esta apariencia de legitimidad lleva a justificar jurídicamente la adopción de dichas medidas restrictivas para una de las partes.

De acuerdo con el artículo 56.1 de la Ley 39/2015, las medidas provisionales que puedan adoptarse durante el procedimiento administrativo tienen la función de asegurar la eficacia de la sanción que se pueda imponer, por esto, su razón de ser es el *periculum in mora*, es decir, la adopción de estas medidas está en el peligro de que la sanción no sea eficaz al llegar tardíamente o en el que se presume la necesidad de una medida inmediata (Tomillo & Rubiales, 2017, pág. 691).

Supone, en definitiva, apoyar la decisión en los daños y perjuicios susceptibles de originarse como consecuencia del retraso de la resolución definitiva. (Garberí Llobregat, 1994, pág. 568).

Un aspecto sustantivo lo aporta el apartado 2 del citado artículo, que recoge la posibilidad de adoptar estas medidas en los casos de urgencia inaplazable y para la protección provisional de los intereses implicados, lo que permite enmarcar la decisión en la protección de un interés público, entendiendo este como un bien jurídico protegido. Alejandro Nieto sostiene que tanto las medidas sancionadoras como las medidas intervencionistas previas deben tener por objetivo la reducción de los riesgos y de los daños. (Nieto García, 1994, pág. 30).

Un análisis de la jurisprudencia que trata el concepto de medida provisional o cautelar supone un acercamiento a estos aspectos; por un lado, la razón teleológica de las mismas, que es la protectora del procedimiento, razón que ha de soportar una suficiente razonabilidad jurídica, pues la adopción de este tipo de medidas no confiere libertad plena al órgano competente y otra, los límites sustantivos que supone no causar un perjuicio irreparable por violación de derechos amparados por las Leyes. «... Pues bien, se ha de comenzar señalando, que, conforme dispone el artículo 33.3 del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado, iniciado un expediente disciplinario, la Autoridad que acordó la incoación del mismo podrá adoptar las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, precisando el apartado 3 del propio precepto que no se podrán dictar medidas provisionales que puedan causar perjuicios irreparables o impliquen la violación de derechos amparados por las Leyes». STSJ de Madrid, 615/2018, Sala de lo Contenciosos-administrativo, Sección 7ª, de 28 de septiembre de 2018, Rec.: 1089/2016.)

Por ello, aunque la esencia de las medidas provisionales es garantizar el buen fin del procedimiento asegurando la eficacia de la resolución final que pudiera recaer, lo cierto es que, en ellas, también concurren otras finalidades que tienen su sustento en la alarma social (protección de la integridad de la Administración) o reincidencia (evitar que se vuelvan a cometer los actos mientras se sustenta el procedimiento). (Vázquez Forno & Álvarez Barbeito, 2021, pág. 63).

Esto nos lleva a reflexionar que la medida provisional, cuando es acordada, se adopta en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, y tiene, por tanto, tres condiciones para su formulación: la principal conforme a su naturaleza jurídica es la condición de provisionalidad, lo que refiere a su naturaleza temporal y accesorio, es decir, que no tiene vocación de permanencia ni de anticipar de forma definitiva el fallo del procedimiento. La segunda condición es la de la excepcionalidad, pues sólo puede ser adoptada en situaciones particulares y justificadas en las que concurren circunstancias que así lo exijan y la última condición, *ex iure*, esto es, la exigencia de estar sustentada por una sólida fundamentación jurídica de razonabilidad y de proporcionalidad ajustada a derecho que no suponga un perjuicio irreparable.

c) Análisis del marco normativo.

Conviene establecer la distinción entre la suspensión de funciones cuando es firme, de la suspensión de funciones que se adopta como medida provisional (Gutiérrez Llamazares, 2007, pág. 1593), destaca por todas la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1994. «... suspensión firme en la terminología legal, no es la que ha adquirido firmeza, sino la impuesta en virtud de condena criminal o como sanción disciplinaria, frente a la suspensión “provisional” que es la acordada preventivamente durante la tramitación del procedimiento judicial o disciplinario. Se trata, pues, de dos clases de suspensiones» (FD 2). «(...) al carácter provisional y cautelar de la medida legalmente establecida está unido a garantías tales como el abono de parte de las retribuciones y las previsiones normativas adecuadas para reparar sus efectos en el supuesto de que no llegue a resultar definitiva, lo que a su vez pone de manifiesto que la tan repetida medida no supone pronunciamiento alguno sobre la culpabilidad o inocencia del afectado» (FJ 5º).

El artículo 98.3 del RDL 5/2015 recoge la posibilidad de adoptar, como medida provisional dentro de un procedimiento disciplinario, la suspensión provisional de funciones del funcionario encartado, estableciendo que se podrá adoptar mediante resolución motivada medidas de carácter provisional que aseguren la eficacia de la resolución final que pudiera recaer.

Establece este cuerpo legal que la suspensión provisional como medida cautelar en la tramitación de un expediente disciplinario no podrá exceder de 6 meses, salvo en caso de paralización del procedimiento imputable al interesado. Además, recoge que puede acordarse durante la tramitación de un procedimiento judicial y se mantendrá mientras dure la prisión provisional o cualquier medida decretada por el juez que determinen la imposibilidad de desempeñar el puesto de trabajo.

Es preciso citar el apartado 1 y apartado 2 del artículo 21 del Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Situaciones Administrativas de los funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, que recoge que la suspensión provisional podrá acordarse preventivamente durante la tramitación de un procedimiento judicial o disciplinario. Si durante la tramitación de un procedimiento judicial se decreta la prisión provisional de un funcionario u otras medidas que determinen la imposibilidad de desempeñar su puesto de trabajo, se le declarará en suspensión provisional por el tiempo a que se extiendan dichas medidas.

Debe tenerse en cuenta que, si bien el RDL 5/2015 actúa como norma básica, las comunidades autónomas pueden desarrollar su propia normativa disciplinaria, siempre dentro del marco constitucional y en coherencia con el régimen general. La Ley 39/2015 recoge que la regulación del procedimiento administrativo común por el Estado no obsta a que las comunidades autónomas dicten las normas de procedimiento necesarias para la aplicación de su derecho sustantivo, siempre que se respeten las reglas que, por ser competencia exclusiva del Estado, integran el concepto de procedimiento administrativo común con carácter básico, es decir, aquello que no se conceptualice frontalmente contra los principios estatales.

Es importante destacar que el procedimiento sancionador disciplinario que se aplica a los funcionarios docentes se rige por el Reglamento de Régimen Disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado (RD 33/1986), pues continúa

aplicándose el régimen existente de manera transitoria. Esto se debe a que la elaboración de una nueva regulación es una responsabilidad exclusiva del legislador, y la Administración no puede sustituirle en esa función. No obstante, la inacción legislativa no puede generar un vacío normativo que perjudique el funcionamiento de la Administración ni la seguridad jurídica de sus empleados públicos.

Esta circunstancia está prevista por el RDL 5/2015 en su disposición final segunda, que recoge que las previsiones del propio Estatuto se aplican a todas las comunidades autónomas respetando en todo caso las posiciones singulares en materia relacionada con el sistema institucional y las competencias exclusivas y compartidas en materia de función pública y de autoorganización que les atribuyen los respectivos Estatutos de Autonomía, en el marco de la Constitución.

Como ha señalado el Tribunal Supremo en la Sentencia RJ 2005\1866, de 2 de marzo de 2005 «... habrá que tener en cuenta la virtualidad jurídica del propio derecho administrativo sancionador, pues, (...) si el derecho administrativo no es un derecho excepcional ni especial sino el derecho común y general de las administraciones públicas con principios propios dotados de fuerza expansiva, sus lagunas han de cubrirse ante todo utilizando los propios criterios del derecho administrativo».¹

En cuanto a la legitimidad de imponer la suspensión de funciones como medida cautelar a un funcionario, cabe destacar que el instructor del procedimiento disciplinario sancionador no tiene potestad para suspender a un funcionario presuntamente infractor. Las medidas provisionales se adoptan en virtud de una potestad administrativa en la que el presunto infractor actúa como sujeto pasivo de la misma. La Administración no tiene derecho a que se decreten las medidas provisionales sino la potestad de decretarlas. (Pons Cánovas, 2001, pág. 18)

La legitimidad para establecer medidas cautelares de suspensión provisional, la tiene el órgano competente que incoa y resuelve el procedimiento. La norma, eso sí, establece que el instructor habrá de pronunciarse en el caso de funcionarios, en el pliego de cargos con el objeto de motivar si estas medidas se mantienen o se levantan.

¹ N.º DOCUMENTO: C25/ 11_1 CUESTIÓN PLANTEADA: *Aplicación del Régimen Disciplinario previsto en el Estatuto Básico del Empleado Público.*

(Artículo 35.2 del RD 33/1986), pero sólo es un pronunciamiento no constitutivo de resolución.

El artículo 33 del RD 33/1986 recoge la legitimidad del órgano competente y aporta, además, la fundamentación de causas jurídicas para adoptarlas, lo que no contradice el apartado 1 del artículo 56 de la Ley 39/2015.

Este análisis normativo convierte la suspensión del funcionario como medida cautelar en una decisión jurídica, pues la potestad jurisdiccional de suspensión responde, como todas las medidas cautelares, a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano competente para resolver o a la necesidad de proteger un interés general, es decir, un bien jurídico.

La propia definición normativa de medida provisional, tal y como se recoge del RD 33/1986 convierte a la decisión de adopción de estas medidas en un acto de trámite cualificado. Con lo que, necesariamente debemos acudir a lo referido al artículo 112.1 de la Ley 39/2015 que establece que podrá interponerse recurso de alzada y potestativo de reposición contra los actos de trámite que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, fundamentado dicho recurso en los motivos de anulabilidad y nulidad.

Se recurrirá ante el órgano superior jerárquico de aquel que los dictó, lo que convierte este procedimiento en una pieza separada respecto a la instrucción del procedimiento disciplinario sancionador.

La admisibilidad de un recurso dependerá de la producción o no de indefensión, siendo obligada su admisión cuando se manifieste la existencia de tal esencial vicio de nulidad del acuerdo. (Garberí Llobregat, 1994, pág. 570)

Sobre este tipo de actos señala la Sentencia de 21 de abril 2015, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, recurso n.º 2119/2013, en su fundamento jurídico tercero, lo siguiente: «...Coinciden la regulación de la impugnación en vía contencioso-administrativa, art. 25 LJCA y en vía procedimental, 107.1 Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, LRJAPPAC, en considerar impugnables los actos trámite considerados como cualificados, es decir los que decidan directa o indirectamente el

fondo del asunto, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento, produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos...».²

3.2. Límite temporal de las medidas provisionales.

Vázquez Forno y Álvarez Barbeito en su obra Manual práctico de procedimiento disciplinario de los funcionarios públicos (2021), destacaban que la jurisprudencia había consolidado dos enfoques principales respecto al límite temporal de la suspensión de un funcionario público.

- a) Una postura doctrinal que entiende de forma restrictiva el límite temporal de seis meses que regula el artículo 98.3 del RDL 5/2015, estimando que el objeto de una suspensión provisional de funciones no puede desvirtuar su naturaleza excepcional, proporcional, motivada y cuya finalidad sea asegurar la resolución final que se dicte en el momento procesal oportuno. Si excediese de ese límite temporal debería estar impuesta por una resolución de la autoridad judicial penal. En este sentido, la STSJ de Cataluña 585/2019, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª de 18 de octubre de 2019, Rec. 65/2019 «...por ello reiteramos, ante un procedimiento penal por delito (con la nueva regulación todos lo son) la Administración solo podrá prolongar la suspensión provisional más allá de los seis meses en los casos en que tal suspensión esté amparada por una resolución de la autoridad judicial penal, y en tal caso, la suspensión provisional 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». (Vázquez Forno & Álvarez Barbeito, 2021, pág. 63)
- b) La segunda posición doctrinal es la suspensión cautelar del funcionario mientras dura el procedimiento penal, superando el límite temporal de los seis meses y entendiendo que la resolución del juez es indispensable para abordar la propuesta de resolución disciplinaria a nivel administrativo, habida cuenta de que, son los hechos declarados probados por resoluciones judiciales firmes, los que vinculan a la Administración (artículos 77.4 de la Ley 39/2015 y 94.3 RDL 5/2015).

² <https://administrativando.es/que-actos-administrativos-pueden-ser-recurridos-diferencia-entre-actos-de-tramite-y-cualificados/>

En cuanto a la previsión temporal, además de referirnos al apartado 3 del artículo 98 del RDL 5/2015 y el artículo 22.1. g) Ley 39/2015, la doctrina fijada por el Tribunal Supremo analizada por el equipo de instructores de la Subdirección General de Inspección Educativa de la Comunidad de Madrid en el manual *La instrucción de expedientes disciplinarios: Orientaciones y Jurisprudencia (2023)*, establece que la suspensión provisional puede prolongarse más allá del límite legal general de seis meses en relación con la medida cautelar de suspensión de funciones a un funcionario si hay un procedimiento penal en curso, siempre que se cumplan las garantías de motivación y proporcionalidad. «En consecuencia, en la citada sentencia fijamos, y ahora reiteramos, la siguiente doctrina: 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». (STS 2476/2020, Sala de lo Contencioso de 14 de julio de 2020). Sobre duración de la suspensión cautelar en caso de procedimiento judicial. Funcionario de policía local. (García Dorado & Íñigo Fernández & de Vargas Cascales..., 2023, pág. 83).

A tenor de lo analizado, la adopción de la medida de suspensión provisional del funcionario puede darse en diversas situaciones:

- Se puede acordar la medida de suspensión provisional de funciones de un funcionario encartado en un procedimiento disciplinario en el mismo acuerdo de incoación, porque de inicio el órgano competente decide que el funcionario debe estar suspenso de funciones atendiendo a las razones jurídicas que fundamentan esta decisión y sin que concurra una causa penal.

- Si existe un procedimiento penal concurrente con el procedimiento administrativo sancionador y la Administración necesita el pronunciamiento judicial, se establecen dos escenarios:
 - El órgano competente debe suspender de funciones a un funcionario cuando en el procedimiento se decreta la prisión provisional o cualquier otra medida cautelar que imposibilite el desempeño del trabajo.
 - El órgano competente debe estudiar jurídicamente la situación concurrente dado que, la decisión de suspender o no de forma cautelar al funcionario inserto en una causa penal cuando no haya prisión provisional ni medida análoga, es potestativa para la Administración. En estos casos la medida no está sujeta a la limitación temporal de seis meses, sino a la terminación del procedimiento penal.

Además, la decisión de adoptar una medida cautelar de suspensión provisional de funciones supone una serie de cuestiones normativas que deben tenerse en cuenta:

En primer lugar, la decisión de aplicar estas medidas debe sostenerse en un amparo jurídico suficientemente motivado, pues como se ha analizado previamente, no se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las Leyes. En este sentido, el artículo 98.4 del RDL 5/2015 establece que, si la suspensión provisional se eleva a definitiva, el funcionario deberá devolver lo percibido durante el tiempo de duración de la medida y el tiempo de suspensión cautelar del funcionario contabilizará del tiempo destinado a la sanción, si la sanción es suspensión de funciones. Pero, si no se eleva a definitiva, se revocará con reconocimiento de todos los derechos económicos y demás que procedan desde la fecha de suspensión.

Otro aspecto que es necesario abordar es que la simple presentación de una denuncia (pongamos la presentación de una denuncia por un tercero), no es suficiente para que la Administración decreta la suspensión del procedimiento por prejudicialidad penal. Es necesario que el órgano penal efectúe una valoración acerca de la verosimilitud de la apariencia delictiva de los hechos denunciados. (STC 1/2014, de

13 de enero de 2014. Recurso de amparo 3121-2011) y que haya una relación con los hechos que previsiblemente se anuden al ilícito administrativo y que vinculen la decisión de la jurisdicción penal con el procedimiento administrativo sancionador.

La decisión de paralización del procedimiento administrativo sancionador por una causa de prejudicialidad penal no es una vía automática para la Administración, pues debe existir una relación material y directa entre los hechos investigados en la jurisdicción penal y los que fundamentan el ilícito administrativo y de tal entidad que la resolución penal pueda condicionar la validez o contenido de la decisión administrativa.

3.3. Incidencia de las medidas provisionales en la situación administrativa del personal

a) Las medidas provisionales y la participación por parte del funcionario suspenso en concurso de traslados o procedimientos selectivos.

Para explicar si un funcionario sobre el que se ha acordado una medida provisional de suspensión de funciones puede participar en un concurso de traslados o proceso selectivo, debe partirse de un razonamiento ontológico del concepto de medida o justicia cautelar.

Como se ha analizado, las medidas provisionales no son punitivas, no se acuerdan para sancionar al encartado en un procedimiento administrativo sancionador y deben fundamentarse en razones jurídicas motivadas.

El RDL 5/2015 define con claridad el concepto jurídico de suspensión de funciones, como una de las situaciones administrativas en las que puede estar el funcionario, señalando en el artículo 90.4 que esta suspensión de funciones se podrá acordar con carácter provisional en los términos privativos y exclusivos que recoge el artículo 98.4 en su párrafo 3.

Este precepto normativo rige en exclusiva para las medidas provisionales y conecta con el principio jurídico que pretende la propia ontología de la medida cautelar, *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho. Al encontrarse este concepto entre la certeza de obtener la pretensión solicitada y la incertidumbre de hechos, el

propio Estatuto indica que, si la suspensión no se declara firme al funcionario, ha de devolversele todos sus derechos, tanto económicos como de oficio.

Es interesante, respecto a la participación de un procedimiento selectivo de acceso a la función pública o el desarrollo de la carrera profesional, analizar otro derecho de origen constitucional, pues cuando confluyen derechos, la medición razonada se convierte en un interés sustantivo.

Se trata del *ius ad officium* o el derecho de los ciudadanos a acceder a la función pública, a todos los cargos y oficios públicos. La participación del ciudadano en los asuntos públicos es un principio democrático fundamental y esencial que supone un pilar de nuestro Estado de derecho en sus dos concepciones: representativa y técnica.

La Constitución instituye este fundamento en su artículo 6, definiendo la facultad que tienen los ciudadanos de formar partidos políticos con el fin de expresar la diversidad de las posiciones ideológicas presentes en la sociedad, y también la institución del acceso a la función pública bajo los principios de igualdad consagrados en el artículo 23.2 y a través del mérito y la capacidad en el artículo 103.3.

Esto supone una dimensión orgánica de la función pública y la consagración de la organización democrática del poder, que actúa en el funcionamiento de las instituciones en los distintos niveles territoriales de gobierno (estatal, autonómico, local), con un doble alcance: el principio mayoritario como la regla general en la actuación de estas instituciones; y el principio de respeto a las minorías, de forma que no se prive de su derecho de participar y contribuir en la formación de la voluntad general a ningún ciudadano. (Garronera Morales, 2017, pág. 131).

Respecto a la concepción jurisprudencial del *ius ad officium*, destaca, por todas, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7ª, Sentencia de 23 Sep. 2002, Rec. 2738/1998, en cuyo fundamento de Derecho Cuarto, párrafo segundo, se puede establecer lo siguiente: «Obviamente, su aplicabilidad no exige la absoluta prohibición de la diferenciación de trato a diversas categorías de ciudadanos, sino la proscripción de la discriminación entre personas, categorías y grupos, por lo que puede entenderse que quiebra la igualdad cuando la

diferenciación no está basada en motivos objetivos y, por el contrario, no resulta violada cuando dicha diferencia tiene una justificación racional y suficiente en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida».

Partimos de estos principios y los valoramos en los siguientes escenarios: la suspensión de funciones como medida provisional confirma firmeza constituyéndose en sanción, por lo que el tiempo transcurrido en la medida provisional se convierte en firme, se incorpora al cómputo y el funcionario pierde sus prerrogativas y derechos mientras dure la sanción. O, por el contrario, la medida cautelar no se convierte en sanción definitiva, pues hay una revocación de la medida, en cuyo caso han de reconocerse todos los derechos económicos y estatutarios con efecto retroactivo al funcionario.

En este segundo caso, la inferencia es inmediata, ¿qué ocurre con el derecho de participación en un concurso de traslados o en el procedimiento selectivo de acceso a la función pública si está suspenso de funciones por una medida provisional?

Como ya se ha analizado, tanto el artículo 33.3 del RD 33/1986, como el artículo 56.4 de la Ley 39/2015 exigen que las medidas provisionales no causen perjuicios irreparables o que impliquen derechos amparados por las Leyes.

En este sentido, a un funcionario suspenso provisionalmente al que se le impide el derecho a participar en un proceso selectivo o concurso de traslados se le está privando de un derecho consagrado constitucionalmente, por lo que, atendiendo a la jurisprudencia citada del Tribunal Supremo, debe ponderarse la medida y el derecho, teniendo en cuenta la lesividad y la prohibición de acordar medidas que supongan un perjuicio irreparable.

En este sentido, la Administración deberá ponderar diversas soluciones:

- Establecer restricciones siempre que estén justificadas en procesos que implican provisión de puestos de responsabilidad o representación, a través de un régimen de exclusión de participación de los procedimientos. Debe tenerse en cuenta que esta medida vulneraría la naturaleza de exclusividad e individualidad de la medida provisional de suspensión de funciones.

- Habrá de valorarse la medida ponderando si el perjuicio es asumible a las causas jurídicas que motiven la suspensión provisional y valorar, en su caso, la revocación de las medidas provisionales del funcionario o bien, establecer ciertas fronteras a la medida provisional, ciertos límites que no pueden franquearse.

Conviene analizar despacio las situaciones de posibles peticiones de responsabilidad patrimonial relativas a las medidas provisionales, para lo cual es interesante analizar el dictamen del Consejo de Estado 1295/2012³.

Este dictamen revisa la situación de un Guardia Civil que reclama a través de un procedimiento de responsabilidad patrimonial los daños que entiende se le infringieron por una resolución sancionadora de la que posteriormente fue absuelto.

El Consejo de Estado determina que no cabe reclamación patrimonial pues el funcionario tenía el deber jurídico de soportar el procedimiento, además, al ser absuelto se le había restituido su puesto, el montante económico con intereses y todos sus derechos y prerrogativas, «la incoación del expediente disciplinario, la suspensión de funciones y el cese en el destino contaban con el correspondiente fundamento legal y fueron adoptados con pleno respeto al principio de proporcionalidad, con lo que el interesado tenía el deber jurídico de soportarlos».

Lo importante en este punto es que el Consejo de Estado advierte que, nunca se le impidió pedir otro puesto de trabajo. «... en cuanto a la «paralización de su desarrollo profesional» alegada por el reclamante, la propuesta de resolución ha puesto acertadamente de manifiesto que cuando quedó cesado en su destino «no se le prohibió la petición de ningún otro, si bien el reclamante no tuvo a bien solicitar ningún destino para continuar con el desempeño de su carrera profesional...»

Si analizamos la jurisprudencia relacionada con la justicia cautelar, podemos ver que los tribunales son cuidadosos en analizar aquellos bienes o derechos que pueden ser íntegramente restituidos de los que no, exigiendo que estos segundos no supongan un daño irreparable.

³ <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2012-1295>.

La previsión de que una medida provisional revocada no pueda reparar el daño causado, dado que la indemnización *in natura* no sea suficiente para reparar daños que afectan los derechos del funcionario suspenso de manera cautelar lo analiza la jurisprudencia de la siguiente manera «... el quebranto será más grave si la sentencia fuese absolutoria, pues no habrá posibilidad de una total reparación del daño producido, ya que, como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1982 (RJ 1982\4428), no puede bastar a efectos resarcitorios la solución de naturaleza o carácter subsidiario de indemnizar daños y perjuicios para el caso de imposibilidad de reparación «in natura», pues ello no sustituye a determinadas privaciones como serán las de los derechos y prerrogativas anejas a la condición de funcionario público durante el tiempo de la suspensión y la pérdida del concreto puesto de trabajo desempeñando, lo que irá en contra del derecho a la tutela judicial efectiva declarado en el artículo 24 de la Constitución». (STSJ de Santa Cruz de Tenerife, de 5 de octubre de 1984). Este considerando menciona la STC de 8 de junio de 1981 (RTC 1981\18). (Gutiérrez Llamazares, 2007, pág. 1585).

Resulta interesante establecer un paralelismo entre la suspensión de funciones como medida provisional y la posibilidad de que el funcionario siga manteniendo su puesto de delegado sindical, estableciendo el Tribunal Supremo que puede ser considerado una desviación de poder privar al funcionario de ese derecho, como muestra la sentencia del Tribunal Supremo 1984/3428, Sala 3ª, de 26 de junio de 1984. «... si dicha medida de suspensión está plenamente atemperada a Derecho y obedece a la finalidad normativa de «asegurar la eficacia de la resolución que pueda recaer si existieren elementos de juicio suficientes para ello» o por el contrario, es ilegal o constituye una desviación de poder o, con otras palabras «causa perjuicios irreparables a los interesados o implica violación de derechos amparados por las Leyes» (pues en la letra y en el espíritu de todos estos preceptos se incardina la potencialidad de la ilegalidad y la arbitrariedad, y con ello la lógica exigencia de posterior revisión o control judicial.», «... las premisas que han determinado la suspensión provisional carecen del predicamento preciso dentro del marco de la libertad sindical en que el problema de autos se está moviendo, para justificar la reacción, por muy provisional que en teoría sea, que está siendo materia de exégesis (por no existir la armonía y equilibrios necesarios entre la situación de hecho de la que se parte y la cautela que, como respuesta a tal conducta, se adopta, al violentarse o,

al menos desvirtuarse, según el tenor del caso que se examina». (Gutiérrez Llamazares, 2007, pág. 1594).

Por todo lo expuesto, la suspensión provisional de funciones no puede ir más allá del ámbito estrictamente justificado como causa jurídica de adopción de esta medida, esto es, no puede extralimitarse del ámbito preventivo de la resolución que pudiera recaer o la protección de un bien jurídico protegido, además, no puede generar efectos irreparables.

En definitiva, la suspensión cautelar de funciones de un funcionario docente, si bien implica la paralización temporal del ejercicio de sus derechos, no debe traducirse en la exclusión automática de su derecho a participar en procedimientos selectivos. Esta participación forma parte del derecho fundamental al acceso a la función pública, reconocido en nuestro ordenamiento jurídico.

b) La paradoja normativa. La comisión de un ilícito administrativo por parte de un funcionario suspenso como medida cautelar.

Según Miguel Ángel Gutiérrez Llamazares en su Diccionario de régimen disciplinario de los funcionarios (2007), la situación de suspensión provisional de un funcionario podría plantear importantes interrogantes respecto a su posible responsabilidad disciplinaria.

Si un funcionario en situación de suspensión de funciones como medida provisional está privado de la calidad de funcionario, ¿podría incurrir en responsabilidad disciplinaria?, es decir, ¿se le podría imputar un procedimiento sancionador por desconsideración grave con un superior?

El funcionario está, en principio, privado de sus derechos y prerrogativas, por lo que, al ser privado de sus derechos, también estará privado de sus deberes y obligaciones.

El RD 33/1986, en su artículo 9 es esclarecedor cuando determina que «los funcionarios que se encuentren en situación distinta de la de servicio activo, podrán incurrir en responsabilidad disciplinaria por las faltas previstas en este Reglamento que puedan cometer dentro de sus peculiares situaciones administrativas. De no ser

posible el cumplimiento de la sanción en el momento en que se dicte la resolución, por hallarse el funcionario en situación administrativa que lo impida, ésta se hará efectiva cuando su cambio de situación lo permita, salvo que haya transcurrido el plazo de prescripción».

Volviendo a la pregunta, ¿puede a un funcionario con suspensión provisional imputársele un ilícito por cometer una grave desconsideración con los superiores, compañeros o subordinados y se le puede incoar un procedimiento disciplinario sancionador si no está ejerciendo funciones de funcionario?

En principio resulta una paradoja que un funcionario pueda infringir un ilícito administrativo relacionado con sus funciones, estando suspenso de ellas, aunque la norma reguladora lo permite.

La suspensión cautelar no sólo suspende al funcionario de la percepción de su sueldo, sino también al funcionario, por lo que la norma debería ser más explícita en este caso. (Gutiérrez Llamazares, 2007, pág. 1594).

c) Continuación del procedimiento ante sentencia condenatoria

La jurisprudencia ha sido clara al respecto: la imposición de una pena de inhabilitación especial no supone, por sí sola, la pérdida de la condición de funcionario, por lo que procede continuar con la tramitación del procedimiento sancionador. «...un caso que puede encontrarse con cierta frecuencia un instructor es el de un procedimiento administrativo sancionador incoado a un funcionario de carrera con sentencia judicial firme con inhabilitación para ejercer la profesión docente con menores durante un periodo de tiempo. El instructor puede tener dudas sobre si esta persona ha perdido la condición de funcionario y habría que proponer el archivo del expediente. En este caso la jurisprudencia es clara: se ha de instruir el expediente, ya que no ha perdido la condición de funcionario». (STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección 4^a. Sentencia 306/2018, de 27 de febrero de 2018). (García Dorado & Íñigo Fernández & de Vargas Cascales..., 2023, pág. 22).

d) Suspensión y situación de incapacidad temporal

En este contexto uno de los artículos más exhaustivos sobre el tema de la situación de incapacidad temporal y su relación con la medida provisional de suspensión de funciones es el de Belén Marina Jalvo, publicado en la página web Administración al Día dependiente del Ministerio para la Transformación Digital de la Función Pública (2021).⁴

Las situaciones administrativas en las que pueden encontrarse los funcionarios están contempladas en el artículo 85 del texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre. Se trata de las situaciones administrativas de servicio activo, servicios especiales, servicio en otras Administraciones Públicas, excedencia y suspensión de funciones. (Marina Jalvo, 2021, pág. 2).

En el caso de funcionarios que se encuentran suspensos de funciones como medida cautelar, en la práctica pueden darse diversas situaciones:

- Al funcionario se le notifica el acuerdo de suspensión de funciones como medida provisional y, tras esto, intenta tramitar una incapacidad temporal que conlleve baja laboral. La jurisprudencia con interés casacional del Tribunal Supremo establece que la situación de incapacidad temporal presupone el mantenimiento del funcionario en la situación de servicio activo, por lo que sería contraria a la esencia de la medida de suspensión provisional de funciones que tiene como efecto apartar al funcionario de la situación de servicio activo, de hecho, carece de efectividad la incapacidad temporal en un funcionario para el que se ha acordado una suspensión provisional. En este sentido, el Tribunal Supremo, en recurso de casación en la Sentencia 349/2021 de 2 de febrero de 2021, recoge lo siguiente: «Dentro del régimen jurídico de derechos y obligaciones que conlleva la suspensión provisional de funciones, carece de toda efectividad la declaración de incapacidad temporal para el desempeño del puesto de trabajo para la que se solicitó por el actor la licencia por enfermedad, y además, y esto es lo más importante, la licencia por enfermedad no puede dar lugar a la finalización de la

⁴ <https://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1512321#nota1>.

medida cautelar de suspensión provisional que, por su finalidad, es un elemento de protección de los intereses públicos en el procedimiento disciplinario -o en su caso como consecuencia de un procedimiento penal-, que tiene su propio régimen de finalización. Por el contrario, la incapacidad temporal es de aplicación al funcionario que, estando en situación de activo, no puede desempeñar su puesto de trabajo por una contingencia (enfermedad o accidente).»

- Podría darse la situación contraria, es decir, durante el período de incapacidad temporal, el funcionario hubiera de pasar a la situación de suspensión de funciones como medida provisional. En este caso, se han dado diversos pronunciamientos judiciales. Por un lado, aquellos argumentos jurídicos que declaran la imposibilidad de que al funcionario que se encuentra de baja médica se le pueda declarar en suspensión de funciones, mientras que otros admiten que sí cabe esa posibilidad.

El Tribunal Supremo ha declarado en su Sentencia de 4 de abril de 2011 recurso núm. 93/2009, (RJ 2011\3408). Se le aplica la medida provisional de suspensión de funciones porque está en activo, es decir, es indiferente que esté o no de baja, si está de baja es porque está en activo. (Marina Jalvo, 2021, pág. 8).

En este caso, el órgano competente que acuerde las medidas provisionales deberá valorar si el funcionario que está en situación de baja o incapacidad temporal cumple en puridad los requisitos exigidos para la adopción de una medida provisional de suspensión de funciones, dado que, si no cumple con los requisitos exigidos, no tiene objeto acordar estas medidas.

4. Conclusiones

En definitiva, el análisis expuesto a lo largo del artículo permite entender la importancia de la institución jurídica cautelar aplicada al ámbito administrativo como un factor clave en el procedimiento administrativo sancionador.

El hecho de acordar una medida para preservar la resolución en un procedimiento sancionador hace que el instrumento cautelar forme parte de la tutela judicial efectiva y sustente el amparo del procedimiento en el respeto al interés general y en la protección de un interés jurídico.

A través del recorrido realizado, se ha podido constatar que las medidas cautelares o provisionales son un instrumento jurídico cuya función es preventiva respecto al propio procedimiento, protegiendo la resolución que pueda recaer y protegiendo también el interés general de la Administración a través de sus bienes jurídicos protegidos: la confianza que tiene el ciudadano en que sus intereses y derechos van a ser protegidos y el buen funcionamiento de los servicios públicos.

Las medidas provisionales son adoptadas por el órgano administrativo competente con el fin de asegurar la eficacia de la resolución por lo que se instituyen en un instituto jurídico sobre el que existe una legitimidad, una competencia irrenunciable amparada en una potestad administrativa, en este sentido, señala la sentencia Tribunal Constitucional 14/1992 que «...la tutela judicial efectiva no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso».

La medida provisional de suspensión de funciones a un funcionario público no deja de ser una medida restrictiva de derechos, por ello su acuerdo debe estar jurídicamente asentado en las causas que la motivan, partiendo de su naturaleza, concepto y finalidad.

Uno de los principios naturales de las medidas provisionales es su provisionalidad, esto supone que pueden ser revocadas al funcionario siendo legalmente obligatorio restituirle de todos sus derechos y prerrogativas.

También pueden constituir su firmeza en el marco de un procedimiento administrativo e integrarse en la sanción.

Su naturaleza provisional marca una previsión en la adopción de estas medidas que distingue el carácter cautelar de los bienes *in natura*, cuya suspensión el funcionario tiene el deber jurídico de soportar en el marco de un procedimiento administrativo sancionador y aquellos derechos vinculados con otros derechos fundamentales cuya suspensión conforma un daño irreparable en el funcionario y por esta circunstancia no pueden pertenecer a la suspensión de funciones en una medida provisional cautelar.

Vinculado con su naturaleza provisional se impone la cláusula *rebus sic stantibus* que establece que dichas disposiciones serán aplicables mientras persistan las circunstancias que las justifican. Este principio garantiza que la aplicación de las medidas provisionales se ajuste a la realidad, permitiendo su modificación o revocación cuando las condiciones que las sustentaban dejen de existir.

Los principios rectores de una medida provisional definen el proceso de justificación jurídica razonada en los principios definidos como *fumus boni iuris*, que obliga a la autoridad competente a valorar los indicios, elementos y circunstancias que rodean la adopción de la medida cautelar dotando a la medida provisional de una apariencia de legitimidad a través de una justificación de la adopción de dichas medidas restrictivas, y, por otro, el *periculum in mora* que supone apoyar la decisión en los daños y perjuicios susceptibles de originarse como consecuencia del retraso de la resolución definitiva. Este es el aspecto teleológico de las medidas provisionales vinculando el acuerdo de adopción a las causas jurídicas que lo sustentan.

En definitiva, la aplicación de medidas provisionales acordadas en el marco de un procedimiento administrativo sancionador debe motivarse jurídicamente partiendo del principio de proporcionalidad y garantizando el equilibrio entre la protección de los derechos en riesgo y la evitación de un daño irreparable. Por ello, se debe fundamentar la necesidad y alcance de la medida evitando extralimitaciones que puedan vulnerar derechos fundamentales.

Por último, la medida provisional, por su carácter temporal y no decisorio está vinculada a la situación cambiante de la realidad que la inicia, de manera que deben estudiarse las circunstancias concurrentes no sólo en la situación que las acuerda, sino en los momentos que la mantienen con el objeto de no vulnerar otros derechos del funcionario.

Financiación

Sin financiación expresa

Conflicto de intereses

Ninguno

Referencias bibliográficas.

- Garberí Llobregat, J. (1994). *El procedimiento administrativo sancionador*. Tirant lo Blanch.
- Garroderna Morales, Á. (s.f.). *Derecho constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes* (2.ª ed., Epígrafe III del Tema 5, pp. 131–133). Estudios Constitucionales.
- Gómez Tomillo, M., & Sanz Rubiales, Í. (2017). *Derecho administrativo sancionador: Parte general* (4.ª ed.). Aranzadi-Thomson Reuters.
- Gutiérrez Llamazares, M.Á. (2007). *Diccionario de régimen disciplinario de los funcionarios: Análisis jurisprudencial y normativo*. Omnia.
- Marina Jalvo, B. (2021). Suspensión de funciones e incapacidad temporal de los funcionarios públicos: Criterios para la determinación de la prevalencia entre situaciones administrativas y regímenes jurídicos diferentes. *Revista General de Derecho Administrativo*, (58), pp. 1-22.
- Martín Rebollo, L. (2016). *La potestad sancionadora y la responsabilidad patrimonial: los nuevos procedimientos comunes especializados*. Aranzadi La Ley.
- Nieto García, A. (1994). *Derecho Administrativo sancionador*. Tecnos.
- Parada Vázquez, R. (2019). *Derecho administrativo II: Régimen jurídico de la actividad administrativa* (24.ª ed.). UNED/Dykinson.
- Pons Cánovas, F. (2001). *Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo sancionador*. Marcial Pons.
- Subdirección General de Inspección Educativa de la Comunidad de Madrid. (2023). *La instrucción de expedientes disciplinarios: Orientaciones y jurisprudencia*. <https://gestiona3.madrid.org/bvirtual/BVCM051087.pdf>
- Vázquez Forno, L., & Álvarez Barbeito, J. (2021). *Manual práctico de procedimiento disciplinario de los funcionarios públicos* (1.ª ed.). Wolters Kluwer España

Bibliografía complementaria.

Ruiz de Palacios Villaverde, J. I. (2017, octubre 15). *Memento responsabilidad patrimonial de la Administración*. Lefebvre-El Derecho, S. A.

Salat Paisal, M. (2019). *El Derecho penal como prima ratio: La inadecuación del Derecho administrativo sancionador y la necesidad de buscar soluciones en el seno del Derecho penal*. La Administración al Día, Ministerio para la Transformación Digital de la Función Pública.

Referencias normativas.

Real Decreto 33/1986, de 10 de enero. Boletín Oficial del Estado, núm. 14, 17 de enero de 1986, pp. 1337-1347.

Ley 24/2001, de 27 de diciembre. Boletín Oficial del Estado, núm. 313, 31 de diciembre de 2001 (suplemento), pp. 50434-50682.

Ley 39/2015, de 1 de octubre. Boletín Oficial del Estado, núm. 236, 2 de octubre de 2015, pp. 89343-89410.

Ley 40/2015, de 1 de octubre. Boletín Oficial del Estado, núm. 236, 2 de octubre de 2015, pp. 89411-89482.

Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre. Boletín Oficial del Estado, núm. 261, 31 de octubre de 2015, pp. 103105-103250.

Jurisprudencia citada.

Tribunal Constitucional. (1993, 29 de abril). *Sentencia 148/1993*. Boletín Oficial del Estado (BOE).

Tribunal Supremo. (1994, 26 de octubre). *Sentencia de 26 de octubre de 1994*. Aranzadi (si aplica).

Tribunal Supremo. (2005, 2 de marzo). *Sentencia 1866/2005*. Repertorio Aranzadi (RAJ 2005/1866).

- Tribunal Superior de Justicia de Madrid. (2018, 28 de septiembre). *Sentencia 615/2018, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª. Recurso 1089/2016.*
- Audiencia Nacional. (1984, 17 de marzo). *Sentencia de 17 de marzo de 1984, Sección 1.ª de lo Contencioso-Administrativo. Recurso 15.011.*
- Tribunal Supremo. (2015, 21 de abril). *Sentencia 2119/2013, Sala de lo Contencioso-Administrativo.*
- Tribunal Constitucional. (1984, 8 de noviembre; 1994, 11 de abril; 1999, 8 de marzo). *Sentencias 108/1984, 105/1994, 24/1999. BOE.*
- Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. (2019, 18 de octubre). *Sentencia 585/2019, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª. Recurso 65/2019.*
- Tribunal Supremo. (2020, 14 de julio). *Sentencia 2476/2020, Sala de lo Contencioso-Administrativo.*
- Tribunal Constitucional. (2014, 13 de enero). *Sentencia 1/2014. Recurso de amparo 3121-2011. BOE.*
- Tribunal Supremo. (2002, 23 de septiembre). *Sentencia de 23 de septiembre de 2002, Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª. Recurso 2738/1998.*
- Tribunal Superior de Justicia de Santa Cruz de Tenerife. (1984, 5 de octubre). *Sentencia de 5 de octubre de 1984.*
- Tribunal Constitucional. (1981, 8 de junio). *Sentencia RTC 1981/18.*
- Tribunal Supremo. (1984, 26 de junio). *Sentencia 3428/1984, Sala 3.ª.*
- Tribunal Supremo. (2018, 27 de febrero). *Sentencia 306/2018, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª.*
- Tribunal Supremo. (2021, 2 de febrero). *Sentencia 349/2021. Recurso de casación.*
- Tribunal Supremo. (2011, 4 de abril). *Sentencia de 4 de abril de 2011. Recurso 93/2009 (RJ 2011/3408).*

Relación de abreviaturas.

| | |
|--------------------|---|
| CE | Constitución española de 1978 |
| Ley 40/2015 | Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. |
| Ley 39/2015 | Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. |
| RD 33/1986 | Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado. |
| RDL 5/2015 | 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 |
| TC | Tribunal Constitucional |
| TS | Tribunal Supremo |
| STSJ | Sentencia del Tribunal Superior de Justicia |
| SAN | Sentencia de la Audiencia Nacional |