

EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO PARA LOS EMPLEADOS DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL (I)

©DAVID MENDOZA CALLEJÓN

©VANESA CARBALLO BUENO



AUTORES:

© DAVID MENDOZA CALLEJÓN

© VANESA CARBALLO BUENO

Policías Locales Motril (Granada)

Nº de Depósito Legal

GR- 202-20

COLABORA Y DISTRIBUYE



EJEMPLAR DE DISTRIBUCIÓN GRATUITA

© Reservados todos los derechos del Autor, queda prohibida cualquier copia total o parcial de esta obra para su inclusión en otras publicaciones, salvo autorización expresa de su autor. Queda autorizada su impresión y difusión por cualquier tipo de medio.

EPÍLOGO:

Una de las cuestiones más relevantes para el personal que trabaja al servicio de las Administraciones Públicas es el procedimiento disciplinario, que se desarrolla como consecuencia de la comisión de una infracción administrativa por el empleado público para determinar si se ha producido un acto contrario a la normativa por un empleado público, si corresponde imponer una sanción disciplinaria y que sanción debe ser impuesta.

Ello también afecta los empleados que trabajan en la Administración Local, aunque hay que mencionar algunas especialidades que son relevantes por aplicarse al específico ámbito del municipio y de la provincia.

Este trabajo recoge la primera parte del análisis realizado.

INDICE

1.Generalidades

1.1.Aplicación de la LRJSP en cuanto a los principios de la potestad sancionadora y la LPACAP en cuanto al procedimiento

1.2.Conexiones con la jurisdicción penal

1.3.Suspensión provisional

1.4.Funcionario sometido a procesamiento

1.5.Funcionario no sometido a procesamiento

1.6.Información reservada

2.Iniciación

2.1.Formas

2.2.Órganos competentes

2.3.1.Instructor

2.3.2.Secretario

2.3.3.Notificación

2.3.4.Abstención y recusación

2.3.5.Medidas provisionales

3.Bibliografía

1.Generalidades

1.1.Aplicación de la LRJSP en cuanto a los principios de la potestad sancionadora y la LPACAP en cuanto al procedimiento

La Ley 57/2003 de 16 diciembre LMMGL ha regulado, por primera vez, con cierta intensidad, la situación de la potestad sancionadora de los entes locales. De esta manera, introduce en la LBRL un nuevo título XI que viene a tratar la tipificación de las infracciones y sanciones por las entidades locales en determinadas materias. En efecto, no podía demorarse por más tiempo la necesidad de colmar la laguna legal que existía en materia de la potestad sancionadora local en aquellas esferas en las que no encuentran apoyo en la legislación sectorial, estableciendo criterios de tipificación de las infracciones y las correspondientes escalas de sanciones para que las funciones de esta naturaleza se desarrollen adecuadamente, de acuerdo con las exigencias del principio de legalidad adaptadas a las singularidades locales. Esta nueva regulación que se recoge en el nuevo Título XI LBRL se completa con la necesaria modificación de los artículos 127.1 y 129.1 de la Ley 30/1992, que también la Ley 57/2003 llevó a la práctica. Con la reforma operada por Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector Público (BOE de 2 de Octubre), las anteriores previsiones normativas pasan a concretarse en los artículos 25.1 y 27.1 de la misma que reproducen sin variación lo dispuesto en los anteriores artículos de la LRJPAC.

De esta manera, en la actualidad, y en relación con las entidades locales, la regulación de la potestad sancionadora se encuentra recogida de manera combinada en la regulación local y en particular en este nuevo título XI de la LBRL y en la regulación general que, para todas las Administraciones públicas,

en concreto los principios de la potestad sancionadora se recogen en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector Público (en adelante LRJSP) – artículos 25 a 31 - mientras que el procedimiento se regula en la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común (en adelante LPACAP), como especialidades propias del procedimiento general.

La LPACAP, formalmente, no configura al sancionador como un procedimiento administrativo especial; ahora se establece una regulación general del procedimiento administrativo común en la que se introducen numerosas especialidades propias del procedimiento sancionador (especialidades que, en definitiva, permiten hablar del procedimiento sancionador –siquiera sea de facto - como un procedimiento administrativo especial aunque, eso sí, atípico).

La regulación general que del procedimiento administrativo sancionador lleva a cabo la nueva LPACAP no será de aplicación (v. Disp. Adic. 1ª LPACAP):

1º) En ningún caso ,a los procedimientos administrativos sancionadores regulados en leyes especiales (no, por tanto, en normas sin rango de ley) por razón de la materia que omitan, añadan o modifiquen trámites de los contemplados en la LPACAP.

2º) Sólo de forma supletoria , a los procedimientos administrativos sancionadores“en materia tributaria y aduanera, en el orden social, en materia de tráfico y seguridad vial y en materia de extranjería” .

En consecuencia, cabe entender que, en virtud de la cláusula general derogatoria del aptdo. 1 de la Disp. Derog. Única LPACAP, tras su entrada en vigor quedarán abrogados todos los procedimientos sancionadores regulados en normas reglamentarias, en lo que se opongan o contradigan a la nueva regulación legal.

Con la aprobación de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas (BOE 2de Octubre)- en adelante LPACAP y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (BOE 2 de octubre) –en adelante LRJSP), se operan en cuanto al procedimiento sancionador las siguientes modificaciones:

1º) La regulación de los “principios informadores de la potestad sancionadora de la Administración” pasa a establecerse en exclusiva en la nueva LRJSP (artículos 25 a 31), a diferencia de lo que sucede con los “principios informadores del procedimiento sancionador”, que permanecen regulados (aunque de manera dispersa) en la nueva LPAC.

2º) El procedimiento administrativo sancionador, cuyos genéricos principios informadores contempla hoy la LRJPAC y cuyo desarrollo reglamentario, trámite a trámite, se establece en el RPRP, deja de erigirse en un procedimiento administrativo especial para pasar a convertirse en la nueva LPAC en un procedimiento administrativo ordinario con, eso sí, numerosas especialidades procedimentales, todas ellas contempladas en el propio texto de la Ley (especialidades procedimentales que, en su mayor parte, provienen de la mera importación al nuevo texto legal de algunas de las disposiciones reglamentarias contenidas en el RPRP .

Esta opción legislativa determina que, cuando entre en vigor la LPAC, quedará derogado por completo el RPRP [vid. Disposición Derogatoria. 2.e) LPAC]; y como quiera que muchas de sus disposiciones se recogen, ahora con rango de ley, en la propia LPAC, no cabe esperar la aprobación futura de ninguna norma de contenidos análogos a la suprimida (más aún a la vista del artículo 1.2 LPAC, que instaura una reserva de ley para la creación o modificación de cualesquiera trámites procedimentales).

3º.- En cuanto que afecta a la regulación de la potestad y el procedimiento administrativo sancionador en materia de régimen disciplinario de los funcionarios públicos (queda derogado el R.D. 33/1986, de 10 de enero, habida cuenta de ello la situación cambia radicalmente a partir del día 2 de octubre de 2016, por las siguientes razones:

- Materialmente, porque el artículo 25.3 LRJSP dispone que las disposiciones relativas a los principios de la potestad sancionadora que incorpora dicha norma legal, “serán extensivas al ejercicio por las Administraciones públicas de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación de empleo”.

- Procedimentalmente, porque la Disp. Adic. 1ª LPAC no excluye a estos concretos procedimientos disciplinarios de su ámbito de aplicación (como sí hace de manera expresa, por ejemplo, con los procedimientos sancionadores en materia tributaria o de tráfico vial).

1.2. Conexiones con la jurisdicción penal

Conforme al artículo 94.3 del EBEP/2015, cuando de la instrucción del procedimiento disciplinario resulte la existencia de indicios fundados de criminalidad, se suspenderá la tramitación del procedimiento poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal.

Los hechos declarados probados por las resoluciones penales firmes vinculan a la Administración.

La anterior previsión se recoge en el artículo 31 de la LRJSP bajo la rúbrica “Concurrencia de sanciones” consagra el “Principio non bis in ídem”, al disponer que No podrán sancionarse los hechos que lo hayan sido penal o

administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento.

Se sigue exigiendo la identidad de fundamento, que es un criterio confuso, indeterminado y, por ende, poco respetuoso con el principio de la seguridad jurídica (sobre todo porque las normas sancionadoras no expresan su "fundamento" o bien jurídico protegido, lo que da un margen interpretativo excesivamente amplio a la autoridad sancionadora a la hora de apreciar si hay o no identidad de "fundamento").

Debería bastar con identidad subjetiva y la fáctica, como ocurre, por ejemplo, en materia procesal (artículo 222 LEC).

Desgraciadamente se incide de nuevo en un error, que propicia, por ejemplo, la doble punición en el oscuro universo de las relaciones especiales de sujeción. Ello obliga a entender que si los hechos que se imputan al funcionario pueden constituir alguno de los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de las personas reconocidas por las leyes y de los delitos de los funcionarios en el ejercicio de sus cargos, se suspenderá la tramitación del expediente «hasta tanto recaiga resolución judicial».

El EBEP/2015 establece los principios por los que se rige la responsabilidad disciplinaria, recordando que la misma se ejercita "sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial o penal que pudiera derivarse de tales infracciones" (artículo 94.1 EBEP/2015). Y por ello, añade en el artículo 94.3 que "cuando de la instrucción de un procedimiento disciplinario resulte la existencia de indicios fundados de criminalidad, se suspenderá su tramitación poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal" y que "los hechos declarados probados por resoluciones judiciales firmes vinculan a la Administración".

Quiere decir que "La Administración no puede pronunciarse en vía sancionadora, si los hechos pueden ser constitutivos de delito o falta, mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ello y, en todo caso, ha de respetar la apreciación de los hechos realizada por la autoridad judicial. (...) ha de realizar es un pronunciamiento respetuoso con la apreciación de los hechos realizados en vía penal, lo que aparece hoy recogido en el artículo 137.2 LRJPAC, al disponer que los hechos declarados probados por resoluciones penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que sustancien" (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, Sentencia de 10 de Mayo 2002, rec. 7359/1998).

La interpretación que ha de darse a los preceptos indicados gira en torno a la salvaguarda del "non bis in idem", en su doble dimensión procedimental y material. Nos interesa la primera vertiente del principio, en cuanto viene a preservar el derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE), en el bien entendido de que se trata de un derecho instrumental cuya finalidad es garantizar la prohibición de una doble sanción, penal y administrativa o disciplinaria, de unos mismos hechos (artículo 25.1 CE).

El principio constitucional de "non bis in idem" ha sido reconocido como integrante del principio de legalidad penal y sancionadora recogido en el artículo 25.1 CE , a pesar de no estar expresamente citado en el mismo. El principio veda la imposición de una dualidad de sanciones en los casos en los que se aprecie identidad de sujeto, hechos y fundamento (Sentencia del Tribunal Constitucional 2/1981, FD 4; Sentencia del Tribunal Constitucional 66/1986, de 26 de mayo, FD 2; 154/1990. 15 Octubre, FD 3; 234/1991, de 16 de diciembre, FD 2; 270/1994 de 17 de octubre, FD 5 , y 204/1996, de 16 de diciembre FD 2). Impide la sanción en más

de una ocasión del mismo hecho con el mismo fundamento mediante una dualidad de procedimientos sancionadores, ya sea de carácter penal o sancionador, o en el seno de un único procedimiento, con el objeto de evitar una reacción punitiva desproporcionada (Sentencia del Tribunal Constitucional 154/1990 de 15 de octubre FD 3; 177/1999 de 11 de octubre FD 3) en tanto que dicho exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de la previsibilidad de las sanciones, creando una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la sanción no prevista legalmente (Sentencia del Tribunal Constitucional Pleno, 2/03, de 16 de enero FD 3).

La vertiente formal del principio se concreta en la regla de la preferencia o precedencia de la autoridad penal sobre la Administración respecto de su actuación en materia sancionadora, en aquellos casos en los que los hechos puedan ser no solo constitutivos de infracción administrativa, sino también delito o falta penal, a tenor del Código Penal. Entre los límites de la potestad sancionadora que ha reconocido la Constitución se encuentra la subordinación de los actos de la Administración de imposición de sanciones a la autoridad. Y de esta subordinación deriva una triple exigencia: "a) El necesario control a posteriori por la Autoridad judicial de los actos administrativos mediante el oportuno recurso. b) La imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores, en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código penal o las leyes penales especiales, mientras la Autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos. c) La necesidad de respetar la cosa juzgada". (Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003 de 16 de enero FJ 3).

El Fundamento Jurídico Noveno de la Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003 explica la razón de ser de esta vertiente procedimental y su

forma de operar, y dice: "la decisión sobre qué hechos han de ser objeto de sanción penal compete en exclusiva al poder legislativo (por todas Sentencias del Tribunal Constitucional 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 3; 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6; 161/1997, de 2 de octubre, FJ 9). Pero, una vez que el legislador ha decidido que unos hechos merecen ser el presupuesto fáctico de una infracción penal y configura una infracción penal en torno a ellos, la norma contenida en la disposición administrativa deja de ser aplicable y sólo los órganos judiciales integrados en la jurisdicción penal son órganos constitucionalmente determinados para conocer de dicha infracción y ejercer la potestad punitiva estatal". Y concluye señalando que "Cuando el hecho reúne los elementos para ser calificado de infracción penal, la Administración no puede conocer, a efectos de su sanción, ni del hecho en su conjunto ni de fragmentos del mismo, y por ello ha de paralizar el procedimiento hasta que los órganos judiciales penales se pronuncien sobre la cuestión".

La sentencia indicada Sentencia del Tribunal Constitucional 2/03 , de 16 de julio, ofrece un especial significado, porque siendo una sentencia del Pleno el Tribunal Constitucional, hace uso de facultad del artículo 13 LOTC de revisión de la doctrina constitucional precedente y sienta la doctrina expuesta, corrigiendo expresamente la doctrina relativa a la vertiente procedimental del principio constitucional "non bis in idem" que había sido objeto de una interpretación diferente a la expuesta sentencias anteriores. La SAN de 23 Oct. 2013, rec. 83/2013 , atendiendo a que los hechos determinantes son esencialmente coincidentes con otros que se imputan, en los que se describe un comportamiento de denuncias y constante vigilancia frente a los compañeros, que se solapan con los que también se imputan por unas grabaciones. Por tanto, en relación a esos cargos, procede la suspensión del procedimiento hasta la resolución del procedimiento penal, a fin de no sancionar unos mismos hechos en vía penal y

en vía administrativa, ya que concurre la triple identidad subjetiva, de hechos y fundamento, por la falta de consideración debida a compañeros y superiores, sin perjuicio de conservar las actuaciones, que podrían reiniciarse, en su caso, una vez finalizada la vía penal.

1.3.Suspensión provisional

Cuestión polémica es la de la suspensión provisional del funcionario sometido a expediente disciplinario, por cuanto pudiera afectar en determinados casos a derechos fundamentales del inculpado. Su duración máxima es de seis meses, incidiendo sobre las cotizaciones a la Seguridad Social.

La regulación se complementa con lo dispuesto en el artículo 56.1 LPACAP por cuya virtud “Iniciado el procedimiento, el órgano administrativo competente para resolver, podrá adoptar, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer:

- de oficio o a instancia de parte y
- de forma motivada,
- si existiesen elementos de juicio para ello,
- de acuerdo con los principios de proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad”.

La novedad en este punto radica en que la novedosa regulación de las medidas provisionales supera técnicamente a la contemplada en los artículos 72 (en general) y 136 (en el procedimiento sancionador) LRJPAC, al disponer de manera expresa que la adopción de esta clase de medidas debe estar informada por los principios de “proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad” (el artículo 15.3 RPRP habla de “intensidad, proporcionalidad y necesidades de los

objetivos que se pretenda garantizar en cada supuesto”); en consecuencia, con la LPACAP será admisible que se cuestione la legalidad de una medida provisional sobre la base de la infracción de dichos principios.

Desaparece en la LPAC la previsión dispuesto en el artículo 4.2 RPRP, según la cual: “2. El cumplimiento o ejecución de las medidas de carácter provisional o de las disposiciones cautelares que, en su caso, se adopten se compensarán, cuando sea posible, con la sanción impuesta”. Seguramente se debe a un olvido del legislador, pues la no compensación de la medida provisional en la sanción final (como ocurre en materia penal con las penas privativas de libertad, de las que hay que descontar el tiempo pasado por el investigado en prisión provisional), constituiría una flagrante vulneración del principio non bis in idem .

El artículo 98.3 EBEP/2015 dispone que la suspensión provisional como medida cautelar en la tramitación de un expediente disciplinario no podrá exceder de 6 meses, salvo en caso de paralización del procedimiento imputable al interesado. La suspensión provisional podrá acordarse también durante la tramitación de un procedimiento judicial, y se mantendrá por el tiempo a que se extienda la prisión provisional u otras medidas decretadas por el juez que determinen la imposibilidad de desempeñar el puesto de trabajo. Es decir, la situación cambia ligeramente, donde antes se decía imputado ahora se concreta en la situación de prisión provisional, en la que podrá prolongarse la suspensión cautelar de funciones. Sobre el particular pueden consultarse las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 11 Jul. 2013, rec. 990/2011; Castilla y León de Valladolid, Sentencia 433/2015 de 3 Mar. 2015, Rec. 926/2013; de la Región de Murcia, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, Sentencia

129/2015 de 16 Feb. 2015, Rec. 215/2014; Andalucía de Málaga, de 21 Mar. 2011 (PROV 2011, 342617) , rec. 889/2009

1.4.Funcionario sometido a procesamiento

El Subsecretario del Departamento podrá decidir «como medida preventiva» la suspensión provisional del funcionario procesado, cualquiera que fuese la causa de su procesamiento, siempre que dicha medida no se hubiera adoptado por la autoridad judicial que ordenó su procesamiento.

Si la suspensión fuese acordada por la autoridad administrativa , se prolongará durante todo el procesamiento con los requisitos y consecuencias que determinan los artículos 47 , 48 y 49 LFCE.

1.5.Funcionario no sometido a procesamiento

El TRRL, en su artículo 150.2 , establece que el órgano competente para incoar expediente disciplinario a un funcionario local tiene también competencia para «decretar o alzar la suspensión provisional del expedientado». Serán también de aplicación los artículos 47 , 48 y 49 LFCE, relacionados con los que regulan la situación administrativa de suspensión de funciones tanto a nivel estatal como en el ámbito autonómico.

1.6.Información reservada

«El órgano competente para incoar el procedimiento podrá acordar previamente la realización de una información reservada». Y el artículo 150.2 TRRL, por su parte, se refiere a que dicho órgano tendrá igualmente competencia «para instruir diligencias previas antes de decidir sobre tal tramitación».

Esta información puede desarrollarse de modos diferentes , incluso en forma verbal; y habrá que referirse a ella en la resolución por la que se incoe el expediente disciplinario.

A ellas se dedica el artículo 55 de la LPACAP con la denominación, de “periodo de información”, disponiendo que con anterioridad al inicio del procedimiento , el órgano competente podrá abrir un período de información o actuaciones previas con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento.

En el caso de procedimientos de naturaleza sancionadora las actuaciones previas se orientarán a determinar , con la mayor precisión posible,

- los hechos susceptibles de motivar la incoación del procedimiento ,
- la identificación de la persona o personas que pudieran resultar responsables y
- las circunstancias relevantes que concurran en unos y otros .

Las actuaciones previas serán realizadas por los órganos que tengan atribuidas funciones de investigación, averiguación e inspección en la materia y ,en defecto de éstos, por la persona u órgano administrativo que se determine por el órgano competente para la iniciación o resolución del procedimiento ”.

La información reservada tiene por única finalidad facilitar al órgano sancionador los precisos datos indiciarios para que resuelva con acierto la incoación o no del expediente disciplinario. Su naturaleza extraprocedimental sin las más capitales garantías, hace que deba ser usada de manera estricta. Se trata de evitar que por simple rumor o vaga sospecha se inicie un procedimiento disciplinario innecesario. La decisión de llevar a cabo la información reservada

tiene carácter discrecional , que encuentra como límite la existencia de indicios racionales manifiestos de la Comisión de una infracción susceptible de sanción disciplinaria (Sentencia del Tribunal Supremo 8-7-1981). Acordar en estos casos la información reservada constituye una dilación innecesaria e inútil.

Contra la adopción o no de la información reservada no cabe recurso alguno .

La Sentencia del Tribunal Constitucional 142/2009 , de 15 de junio, ha declarado que el derecho a no declarar contra uno mismo no ampara un supuesto derecho a mentir; por lo que considera correcta la sanción impuesta a dos funcionarios de la Policía municipal por haber faltado a la verdad durante la información reservada.

2.Iniciación

La Ley 57/2003 de 16 diciembre LMMGL ha regulado, por primera vez, con cierta intensidad, la situación de la potestad sancionadora de los entes locales. De esta manera, introduce en la LBRL un nuevo título XI que viene a tratar la tipificación de las infracciones y sanciones por las entidades locales en determinadas materias. En efecto, no podía demorarse por más tiempo la necesidad de colmar la laguna legal que existía en materia de la potestad sancionadora local en aquellas esferas en las que no encuentran apoyo en la legislación sectorial, estableciendo criterios de tipificación de las infracciones y las correspondientes escalas de sanciones para que las funciones de esta naturaleza se desarrollen adecuadamente, de acuerdo con las exigencias del principio de legalidad adaptadas a las singularidades locales. Esta nueva regulación que se recoge en el nuevo Título XI LBRL se completa con la necesaria modificación de los artículos 127.1 y 129.1 de la Ley 30/1992, que también la Ley

57/2003 llevó a la práctica. Con la reforma operada por Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector Público (BOE de 2 de Octubre), las anteriores previsiones normativas pasan a concretarse en los artículos 25.1 y 27.1 de la misma que reproducen sin variación lo dispuesto en los anteriores artículos de la LRJPAC.

De esta manera, en la actualidad, y en relación con las entidades locales, la regulación de la potestad sancionadora se encuentra recogida de manera combinada en la regulación local y en particular en este nuevo título XI de la LBRL y en la regulación general que, para todas las Administraciones públicas, en concreto los principios de la potestad sancionadora se recogen en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector Público (en adelante LRJSP) – artículos 25 a 31 - mientras que el procedimiento se regula en la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común (en adelante LPACAP), como especialidades propias del procedimiento general.

La LPACAP, formalmente, no configura al sancionador como un procedimiento administrativo especial; ahora se establece una regulación general del procedimiento administrativo común en la que se introducen numerosas especialidades propias del procedimiento sancionador (especialidades que, en definitiva, permiten hablar del procedimiento sancionador –siquiera sea de facto - como un procedimiento administrativo especial aunque, eso sí, atípico).

Se inicia siempre, de oficio, o como consecuencia de una orden del órgano superior, moción razonada de los subordinados o denuncia. En cualquier caso es necesario evitar el riesgo de identificar la iniciación y la iniciativa, el impulso y la puesta en marcha. La providencia o resolución que acuerde la incoación del expediente disciplinario no tiene otro objeto que abrir el procedimiento para la

adecuación de los hechos y delimitación de responsabilidades, sin que tenga carácter de acto acusatorio ni delimite la imputación

La regulación de las formas de iniciación del procedimiento sancionador en la LPACAP se detalla en los artículos 58 y 63.1 , para a continuación detallar: (i) que se entiende por propia iniciativa (artículo 59 LPACAP); (ii) por orden del superior (art 60 LPACAP), (iii) por petición razonada (art 61.1 a 3 LPACAP); (iv) por denuncia y forma de la denuncia (artículo 62 LPACAP).

Como novedades más significativas, significar que cuando la iniciación se acuerda por una denuncia previa, los aptados. 4 y 5 del artículo 62 LPAC prevén varias innovaciones:

1ª) Establece una serie de ventajas para el denunciante que haya participado en la comisión de la infracción , junto con otros infractores, y que colabore en la represión de la misma . En concreto (aunque, eso sí, sobre la base de criterios excesivamente ambiguos e indeterminados), como son:

a')La exención de responsabilidad del denunciante , siempre que:

- 1ª) Sea el primero en aportar elementos de prueba que permitan iniciar el procedimiento o comprobar la infracción, siempre y cuando en el momento de aportarse aquellos no se disponga de elementos suficientes para ordenar la misma; y

- 2ª) Repare el perjuicio causado.

b')Minoración de la sanción del denunciante , siempre que, no cumpliéndose alguna de las condiciones anteriores, el denunciante facilite elementos de prueba que aporten un “valor añadido significativo” respecto de aquellos de los que se disponga.

2ª) Además, el artículo 62.5 LPACA positiviza la doctrina jurisprudencial según la cual el denunciante, por el solo hecho de serlo, no se convierte sin más en interesado en el procedimiento sancionador. Sin embargo, el artículo 64.1.II LPACAP contempla la posibilidad de que el acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador se notifique al denunciante “cuando las normas reguladoras del procedimiento así lo prevean”.

2.1. Formas

El procedimiento sancionador se iniciará siempre de oficio, por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, moción razonada de los subordinados o denuncia. En este último supuesto, habrá de comunicar el acuerdo de iniciación al firmante de la misma.

La resolución de iniciación del procedimiento sólo puede adoptarla la autoridad administrativa con competencia para ello: el procedimiento disciplinario se inicia exclusivamente de oficio. Esta decisión constituye el primer trámite del procedimiento, y en principio resulta inimpugnable porque no incide directa ni indirectamente en el fondo del asunto (Sentencia del Tribunal Supremo 8-7-1981)

La incoación de un expediente disciplinario es un trámite cuya finalidad consiste en depurar si existe infracción y no determina por sí conculcación alguna de derechos fundamentales (Sentencias del Tribunal Supremo 1-2-1986 y 18-10-1985).

La resolución de iniciación del procedimiento tiene un contenido necesario y otro eventual.

Dentro del contenido necesario debe hacerse constar:

- 1) La competencia del órgano que acuerda la iniciación.
- 2) El nombramiento de instructor y, si procede, de Secretario.
- 3) La identificación de los presuntos responsables.
- 4) La delimitación sucinta de los hechos que motivan la incoación del procedimiento, su posible calificación y sanción, sin perjuicio de lo que posteriormente resulte de la instrucción.

Dentro del contenido eventual , estará la decisión de adoptar medidas provisionales, entre ellas la de suspensión de funciones.

El acuerdo de iniciación se detalla en el artículo 64 LPACAP disponiendo al efecto:

“1. El acuerdo de iniciación se comunicará al instructor del procedimiento, con traslado de cuantas actuaciones existan al respecto, y se notificará a los interesados, entendiéndose en todo caso por tal al inculpado.

Asimismo, la incoación se comunicará al denunciante cuando las normas reguladoras del procedimiento así lo prevean .

2. El acuerdo de iniciación deberá contener al menos :

- a) Identificación de la persona o personas presuntamente responsables.
- b) Los hechos que motivan la incoación del procedimiento, su posible calificación y las sanciones que pudieran corresponder, sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción.
- c) Identificación del instructor y, en su caso, Secretario del procedimiento, con expresa indicación del régimen de recusación de los mismos.

d) Órgano competente para la resolución del procedimiento y norma que le atribuya tal competencia, indicando la posibilidad de que el presunto responsable pueda reconocer voluntariamente su responsabilidad, con los efectos previstos en el artículo 85

e) Medidas de carácter provisional que se hayan acordado por el órgano competente para iniciar el procedimiento sancionador, sin perjuicio de las que se puedan adoptar durante el mismo de conformidad con el artículo 56

f)Indicación del derecho a formular alegaciones y a la audiencia en el procedimiento y de los plazos para su ejercicio, así como indicación de que, en caso de no efectuar alegaciones en el plazo previsto sobre el contenido del acuerdo de iniciación, éste podrá ser considerado propuesta de resolución cuando contenga un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad imputada.

3. Excepcionalmente, cuando en el momento de dictar el acuerdo de iniciación no existan elementos suficientes para la calificación inicial de los hechos que motivan la incoación del procedimiento, la citada calificación podrá realizarse en una fase posterior mediante la elaboración de un Pliego de cargos, que deberá ser notificado a los interesados” .

Se advierten como novedades

La posibilidad de iniciar el procedimiento sancionador sin que “existan elementos suficientes para la calificación inicial de los hechos que motivan la incoación” (artículo 64.3 LPACAP). Lo que resulta totalmente rechazable y en la práctica no debiera producirse en ningún caso, porque la misma incide en un absurdo jurídico, la existencia de hechos con supuesta apariencia de infracción administrativa pero la autoridad competente para acordar la iniciación, pero que

carece de elementos para tipificar los mismos en una norma concreta del ordenamiento .En este caso lo que hay que hacer es no incoar procedimiento sancionador alguno y no incoarlo de manera incompleta hasta el ulterior “pliego de cargos” (relacionar con la última reforma de la LECrim, que permite que los hechos punibles sin autor conocido no generen automáticamente la apertura de unas diligencias penales).

2.2.Órganos competentes

Este aspecto se regula con detalle en el artículo 150.1 TRRL, en la forma siguiente:

1) Respecto a los funcionarios propios de las Corporaciones son competentes para incoar expediente disciplinario el Presidente de la Corporación o el miembro que, por delegación del Presidente, ejerza la jefatura directa del personal.

2) En cuanto a los funcionarios con habilitación de carácter estatal , es preciso distinguir los supuestos siguientes: la competencia corresponde, en principio y en todo caso, al Presidente de la Corporación o al miembro en quien delegue; pero si se trata de faltas que han sido cometidas en una Corporación distinta de aquella en que el funcionario está prestando sus servicios o cuando se trate de faltas que, ante la gravedad de los hechos, puedan dar lugar a la destitución o separación del servicio, entonces la competencia se traslada, necesariamente en el primer caso y potestativamente en el segundo, a la Dirección General de la Función Pública.

3) Por lo que atañe a los Municipios de Gran Población, según el artículo 127.1.1) de la LBRL, la competencia corresponde a la Junta de Gobierno Local. En

este sentido Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Comunidad Valenciana sentencia nº 1560 2009 de 27 de noviembre.

2.3.Nombramiento de Instructor y Secretario

A ellos se refiere el artículo 71.3 LPACAP como “Las personas designadas como órgano instructor o, en su caso, los titulares de las unidades administrativas que tengan atribuida tal función serán responsables directos de la tramitación del procedimiento y, en especial, del cumplimiento de los plazos establecidos”.

2.3.1.Instructor

1) El artículo 150.2 TRRL dice, con carácter general, que el órgano competente para ordenar la incoación del expediente disciplinario lo es también para nombrar al Instructor. Este precepto debe completarse con el artículo 64.2. c) de la LPACAP, según el cual el acuerdo de iniciación deberá contener al menos la “identificación del instructor y, en su caso, Secretario del procedimiento, con expresa indicación del régimen de recusación de los mismos”

2) Con referencia a los habilitados de carácter nacional estatal , es preciso citar dos matizaciones recogidas en la legislación vigente en la materia:

– La primera de ellas es que el artículo 150.3 TRRL permite que el Presidente de la Corporación, decretada la instrucción de un expediente disciplinario, podrá solicitar de la Dirección General de la Función Pública que lleve a cabo dicha instrucción «si la Corporación careciera de medios personales para su tramitación».

– Y la segunda, recogida en el artículo 46 RJFHN, hace referencia a que, de una parte, cuando se trate de habilitados nacionales (ahora estatales) se puede nombrar Instructor a los miembros electos de las Corporaciones; y, de otra, a que

éstas pueden solicitar de las Comunidades Autónomas el nombramiento de un Instructor «si carecieran de medios personales para su tramitación».

La Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1990, 26-4-1990, mantiene que no puede pretenderse que el Instructor de un procedimiento sancionador, y menos aún el órgano llamado a resolver el expediente, goce de las mismas garantías que los órganos judiciales, porque en este tipo de procedimientos el Instructor es también acusador en cuanto formula una propuesta de resolución sancionadora, y por otra parte, el órgano llamado a decidir es el mismo que incoa el expediente y por ello no deja de ser juez y parte al mismo tiempo, señalando igualmente que si bien el derecho al juez ordinario es una característica del proceso judicial, ésta no se extiende al procedimiento administrativo, ya que, sin perjuicio de la interdicción de la arbitrariedad y la posterior remisión judicial de la sanción, la estricta imparcialidad del Poder Judicial no es, por esencia, predicable en la misma medida de un órgano administrativo.

2.3.2. Secretario

«Cuando la complejidad o trascendencia de los hechos a investigar así lo exija», se deberá nombrar un Secretario, «que en todo caso, deberá tener la condición de funcionario.»

2.3.3. Notificación

Se ordena que tanto la incoación del procedimiento como el nombramiento del Instructor y del Secretario se deberán notificar al funcionario expedientado y, también, a las personas que vayan a ostentar dichos cargos .

Estas garantías se incrementarán en el supuesto de que el expediente se inicie contra un funcionario que ostente la condición de Delegado Sindical,

Delegado de Personal, miembro de la Junta de Personal o cargo electo a nivel provincial, autonómico o estatal en las organizaciones sindicales más representativas.

La LOR, en su artículo 11.c) , al regular las garantías y derechos de los miembros de las Juntas de Personal y los Delegados de Personal, señala precisamente que tanto unos como otros deben ser oídos en los expedientes abiertos a sus miembros durante el tiempo de su mandato, y también durante el año inmediatamente posterior, todo ello sin perjuicio de dar cumplimiento, en su momento, al trámite de la audiencia del interesado.

Actualmente el artículo 40.1.c) del EBEP/2015, adiciona a este Derecho de información el de todas las sanciones impuestas por faltas muy graves

La falta de notificación de la incoación del expediente, en la medida en que no produzca indefensión al interesado, no determina la anulabilidad del procedimiento (Sentencias del Tribunal Supremo 26-2-1975 y 6-2-1992).

2.3.4. Abstención y recusación

Tanto al Instructor como al Secretario del expediente les son de aplicación las normas sobre abstención y recusación, que se establecen en los artículos 23 y 24 de la LRJSP. Por lo que se refiere a la recusación, el apartado 1 del artículo 24 LRJSP dice que podrá promoverse recusación por los interesados en cualquier momento de la tramitación del procedimiento.

La abstención se configura legalmente como una obligación del funcionario en quien concurra alguna de las causas anteriores de no intervenir en el procedimiento. La concurrencia de dicha causa debe ser puesta en conocimiento de la autoridad que ordenó la incoación del expediente por el propio funcionario, estando obligada aquélla a resolver en tres días lo

procedente. Aunque no se dice expresamente, la resolución aceptará o rechazará la concurrencia de la causa de abstención. En el primer supuesto, el funcionario quedará apartado del procedimiento y se procederá al nombramiento de otro que le sustituya. En el segundo supuesto, se le ordenará continuar el procedimiento.

Ni la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común ni el Reglamento Disciplinario fijan un plazo para poner en conocimiento de la autoridad superior la concurrencia de las causas de abstención, por lo cual hay que entender que sobre el funcionario pesa la obligación de comunicarlo tan pronto como tenga conocimiento de ella, pudiendo coincidir bien con la iniciación del expediente, bien con cualquier trámite posterior.

Por lo que hace a la recusación, se configura como un derecho del presunto responsable administrativo de asegurarse su enjuiciamiento por funcionarios en quienes se den, «a priori», las más estrictas condiciones de neutralidad e imparcialidad que permitan enjuiciar el tema con la máxima objetividad.

Las causas de recusación son las mismas que las de abstención, a las que se acaba de hacer referencia, y el expedientado puede hacer uso de su derecho a recusar desde el mismo momento en que se le sea notificado el nombramiento de Instructor y Secretario y en cualquier momento del procedimiento en que tenga noticia de la concurrencia de aquéllas.

2.3.5. Medidas provisionales

A tenor del artículo 98.3 de EBEP/2015, las normas reguladoras de los procedimientos sancionadores pueden habilitar la adopción de medidas de carácter provisional que aseguren la eficacia de la resolución final que pueda recaer, para a continuación aludir a la suspensión provisional como medida

cautelar típica, exigiendo en todo caso que en la resolución por cuya virtud se adopte sea motivada. Lo que se reitera en el artículo 56.1 LPACAP.

El régimen es totalmente análogo al preexistente siendo posible la adopción de cualquier medida cautelar, con carácter instrumental y dirigida a tutelar el interés público, por consiguiente, la suspensión provisional es tan sólo una de las medidas posibles, por lo que caben otras alternativas, como pueden ser el traslado de centro de trabajo, el cambio de turno, cambio provisional de puesto sin merma de retribución (Sentencia del Tribunal Supremo Rioja de 3 de abril de 2006) o cualquiera otra que resulte de la Ley, y en su adopción atenderá no sólo al principio de proporcionalidad, sino al que menos restricción suponga para la inamovilidad del funcionario y el derecho a la carrera que resulta del propio Estatuto.

Una vez iniciado el procedimiento la autoridad que ordenó su iniciación podrá adoptar las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer. Esta facultad encuentra una lógica limitación en el apartado 3, puesto que no se podrán dictar medidas provisionales que puedan causar perjuicios irreparables o impliquen violación de derechos amparados por las leyes.

La verdad es que, con excepción de la suspensión provisional, a la que inmediatamente se aludirá, el reglamento lo que establece es una habilitación para que la autoridad que decidió la incoación del expediente pueda adoptar medidas que aseguren la corrección de la decisión que pudiera dictarse. Por similitud con el procedimiento judicial entre estas medidas se encontrarían el anticipo de las declaraciones testificales o periciales, cuando según las circunstancias sea previsible la dificultad de aportarse en el momento procedimental oportuno, y la incorporación o compulsión de documentos.

En todo caso, el Reglamento fija un límite genérico a esta posibilidad de acreditar medidas provisionales, el cual no es otro que el de que en ningún caso puedan causar perjuicios irreparables o suponer violación de los derechos amparados por las leyes.

La medida provisional por excelencia es la suspensión provisional de funciones. Su regulación concreta se verifica en los artículos 47 , 48 y 49 LFCE.

La suspensión provisional de funciones supone, respecto a su contenido , la privación temporal del ejercicio de las funciones y de los derechos inherentes a la condición de funcionario.

La adopción de esta medida cautelar determina la privación temporal del ejercicio del cargo e incide sobre el artículo 23.2 CE dado que supone una interrupción en la permanencia de aquél, siendo ésta parte del contenido del derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (Sentencia del Tribunal Constitucional 104/1995, 3-7-1995, Sentencias del Tribunal Supremo 1-4-1985, 22-4-1985).

Conforme al artículo 21.4 RSA el suspenso provisional tendrá derecho a percibir el 75 por 100 de su sueldo, trienios y pagas extraordinarias y la totalidad del complemento familiar , excepto en caso de paralización del expediente por causa imputable al interesado, que comportará la pérdida de toda retribución mientras mantenga dicha paralización. Asimismo, no se acreditará haber alguno en caso de incomparecencia en el procedimiento disciplinario o proceso penal.

La suspensión provisional puede ser adoptada en dos supuestos: como consecuencia de la instrucción de un proceso penal o de la instrucción de un procedimiento disciplinario.

– Suspensión provisional por instrucción de un proceso penal: Puede ser adoptada por la propia autoridad judicial que instruye el proceso penal (artículo 21 RSAFE) – y en vía administrativa tan pronto que se conozca de la instrucción, cuando la autoridad judicial no hubiera procedido a hacerlo. En su adopción rige el principio de proporcionalidad (Sentencias del Tribunal Constitucional 104/1995, 3-7-1995, 108/1984, 22-2-1984, 66/1989, 17-4-1989, 112/1990, 18-6-1990).

Se requiere como requisito de procedibilidad para su adopción, de un título jurídico formal de imputación, como es el auto de procesamiento.

– La suspensión provisional por instrucción de un procedimiento disciplinario: La adopta la autoridad competente para la incoación del procedimiento, motivándola de forma razonada y razonable.

La duración de esta medida no podrá exceder de seis meses, salvo en caso de paralización del procedimiento por causa imputable al interesado (artículo 21.3 RSAFE).

Adoptada por el juez la prisión provisional, mediante auto, determinará la adopción de la medida de suspensión provisional para el funcionario; para ello la autoridad administrativa debe dictar la correspondiente resolución en ejecución de tal resolución. El acto administrativo no es impugnabile por cuanto que se limita a la mera materialización de una decisión judicial previa.

Cuando la suspensión provisional es adoptada por la autoridad administrativa, en razón del expediente disciplinario, ésta tiene carácter excepcional y debe ser adoptada únicamente en los supuestos en que efectivamente proceda a tenor del artículo 56.1 LPACAP.

Tiene la naturaleza de acto de trámite y en principio es no impugnabile, salvo que en su adopción se vulnere algún derecho fundamental (Sentencia del

Tribunal Supremo 23-7-1980); está sujeta al principio de proporcionalidad, pues la desproporción le haría perder su carácter cautelar y revestiría, en cuanto al exceso, un carácter claramente sancionador (Sentencia del Tribunal Constitucional 108/1984, 26-11-1984). Debe justificarse la proporcionalidad material que ponga de manifiesto su necesidad (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Sevilla, de 5 de mayo 2009).

La existencia de esta medida cautelar no es incompatible con la presunción de inocencia consagrada en el artículo 24.2 CE (Sentencia del Tribunal Constitucional 108/1984, 26-11-1984).

La doctrina del TS, a este respecto, puede concretarse en los siguientes extremos:

– La suspensión provisional no es una sanción.

La Sentencia del Tribunal Supremo 8-7-1981 señala que no debe caerse en el error –como sucedía en el recurso que esta Sentencia desestima, interpuesto por funcionarios del Cuerpo Superior de Policía– de considerar la suspensión preventiva como sanción, ya que no son más que medidas provisionales tendentes a asegurar la eficacia de la resolución que en su día pueda recaer en el expediente disciplinario incoado y declara ajustadas a Derecho estas medidas, como ya se hacía en términos similares en la Sentencia del Tribunal Supremo 8-2-1980 .

– La suspensión provisional es una medida excepcional.

Doctrina que se extrae de la Sentencia del Tribunal Supremo 1-5-1985, Sala Tercera.

– La suspensión provisional es un acto de trámite.

En un principio el TS (vr. gr. la Sentencia del Tribunal Supremo 3-2-1982, Sala Quinta, consideraba que la suspensión preventiva y provisional del funcionario, adoptada como medida de este carácter durante la tramitación del procedimiento disciplinario, era un acto de trámite al que faltan las condiciones precisas para ser impugnabile en vía jurisdiccional y recalca que la suspensión preventiva de empleo y sueldo no afecta a derechos fundamentales del ciudadano con arreglo al procedimiento especial previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, porque el acto administrativo impugnabile ha de ser definitivo y no de trámite.

– La nueva perspectiva de las medidas cautelares.

La problemática de las medidas cautelares tiene ahora una nueva perspectiva en la doctrina del TJ CEE que se plantea tanto desde la perspectiva del juez nacional, para suspender la normativa interna contraria al Derecho Comunitario, como la del juez comunitario para suspender la normativa nacional incompatible con aquél.

Al tema se ha referido García de Enterría, quien, además de analizar la jurisprudencia del Tribunal Europeo, nos indica los supuestos de recepción en España de esta doctrina, en concreto, el ATS 20-12-1990. La importancia de la aplicación de la tesis de la apariencia del buen derecho está en no poder ejecutar una sanción hasta que los Tribunales hayan resuelto sobre una medida cautelar solicitada por las partes.

Las anteriores consideraciones se han visto matizadas por la reciente doctrina jurisprudencial en la que se advierte un giro copernicano, de forma y manera que el acuerdo de suspensión provisional, por sus efectos directos es impugnabile autónomamente desde que se dicta (Sentencia del Tribunal Supremo

11-5-1999) pues la medida cautelar nunca puede suponer una sanción encubierta o anticipada, desproporcionada o irrazonable, exige de una motivación adecuada pues dado su carácter excepcional no puede generalizarse como si fuera inherente a todo expediente, ni mucho menos aludir a la gravedad de las imputaciones.

Por tanto si bien la incoación del expediente disciplinario es un acto de tramite no susceptible de impugnación. , se exceptúa el supuesto en que en el acuerdo de incoación se adopta alguna medida cautelar que afecta de manera inmediata a los derechos de la persona, como la suspensión, en este supuesto la medida de suspensión es separable de la incoación del expediente por tratarse de actos distintos y es si bien la incoación no es recurrible , la suspensión es susceptible de impugnación (Sentencia del Tribunal Supremo 28 de enero de 1985, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Rioja 3 de abril de 2006).

Por lo que se refiere a su extinción , transcurrido el tiempo establecido de duración de la suspensión provisional, el funcionario debe incorporarse a su puesto de trabajo. Dicha incorporación debería ser adoptada, de oficio, de no procederse así, será el funcionario quien deba solicitarlo.

3.Bibliografía

COSCULLUELA MONTANER, LUIS (2018): *Manual de Derecho administrativo*, Thomson Reuters-Civitas, 29 edición.

GAMERO CASADO, EDUARDO; FERNÁNDEZ RAMOS, SEVERIANO (2016): *Manual básico de Derecho administrativo*, Tecnos, 15 edición.