

Informe Jurídico: Suspensión provisional funcionario

ANTECEDENTES

Primero.- El Alcalde del Ayuntamiento de XXX solicita que se informe sobre las causas y consecuencias de adopción de medidas provisionales de suspensión provisional durante la instrucción de un expediente disciplinario al Secretario de la Corporación y caso de adoptar dicha medida la posibilidad de sustitución del secretario.

Segundo.- A la solicitud de informe no se acompaña otro expediente que la simple solicitud del Alcalde del Ayuntamiento de XXX presentada en el registro general de la Diputación XXX.

Sobre los referidos antecedentes han de considerarse los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Primero.- La suspensión de funciones es una de las situaciones administrativas en las que según el Artículo 85 de la ley 7/2007 del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), pueden hallarse los funcionarios de carrera:

- a. Servicio activo.
- b. Servicios especiales.
- c. Servicio en otras Administraciones Públicas.
- d. Excedencia.
- e. Suspensión de funciones.

Del mismo modo el artículo 140 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril,(TRRL) que nos concreta la norma aplicable a estas situaciones en su número dos, se regularán por la normativa básica estatal, y por la legislación de función pública de la respectiva Comunidad Autónoma y, supletoriamente, por la legislación de los funcionarios de la Administración del Estado, teniéndose en cuenta las peculiaridades del régimen local.

El artículo 90.4 del EBEP, norma básica estatal establece al respecto sobre la Suspensión de funciones.

4. Podrá acordarse la suspensión de funciones con carácter provisional con ocasión de la tramitación de un procedimiento judicial o expediente disciplinario, en los términos establecidos en este Estatuto.

Y el 98.3 EBEP, Cuando así esté previsto en las normas que regulen los procedimientos sancionadores, se podrá adoptar mediante resolución motivada medidas de carácter provisional que aseguren la eficacia de la resolución final que pudiera recaer.

La suspensión provisional como medida cautelar en la tramitación de un expediente disciplinario no podrá exceder de 6 meses..

Nos da respuesta a la primera de las preguntas formuladas por el Alcalde, podrá acordarse la suspensión provisional de funciones con ocasión de la tramitación del expediente disciplinario, cuando así esté previsto en las normas que regulen el procedimiento sancionador. Pero en cualquier expediente disciplinario?.

En este sentido es preciso delimitar las competencias en materia disciplinaria relativas a funcionarios de Habilitación Estatal.

el artículo 150 del TRRL se dispone que:

". Son órganos competentes para la incoación de expedientes disciplinarios a los funcionarios de la Administración local los siguientes:

a) El Presidente de la Corporación, en todo caso, o el miembro de ésta que, por delegación de aquél, ostente la jefatura directa del personal.

b) La Dirección General de Administración Local, cuando se trate de funcionarios con habilitación de carácter nacional, por faltas cometidas en Corporación distinta de aquella en la que se encuentren prestando servicios, o cuando, por la gravedad de los hechos denunciados, pudiera dar lugar a sanción de destitución o separación del servicio.

2. El órgano competente para acordar la incoación del expediente, lo será también para nombrar Instructor del mismo y decretar o alzar la suspensión provisional del expedientado, así como para instruir diligencias previas antes de decidir sobre tal incoación.

3. En cualquier caso, decretada por el Presidente de la Corporación la instrucción de expediente disciplinario a funcionario con habilitación de carácter nacional, aquél podrá solicitar de la Dirección General de Administración Local la instrucción del mismo si la Corporación careciera de medios personales para su tramitación.

4. La tramitación del expediente se ajustará a lo que establezca la legislación de la Comunidad Autónoma respectiva y supletoriamente el Reglamento disciplinario de los funcionarios de la Administración Civil del Estado."

En esta norma se hace referencia a la competencia para incoar expedientes disciplinarios a funcionarios de habilitación nacional como es el caso del Ayuntamiento de XXX, según establece la DA 2ª del EBEP cuando manifiesta que son funciones públicas necesarias en todas las Corporaciones Locales cuya responsabilidad administrativa está reservada a funcionarios con habilitación de

carácter estatal, entre otras, las de Secretaría, comprensiva de la fe pública y el asesoramiento legal preceptivo.

Por su parte, el artículo 151 TRRL establece que los órganos competentes para la imposición de las sanciones por faltas graves o muy graves al resolver el expediente disciplinario, son el Ministerio para las Administraciones Públicas cuando se trate de imponer sanciones que supongan la destitución del cargo o separación definitiva del servicio de funcionario con habilitación nacional, y el Pleno de la Corporación cuando se trate de sanciones a funcionarios con habilitación nacional.

Es claro como dice el TSJ de Castilla y León en sentencia de 21/11/2008, "El órgano competente para acordar la incoación del expediente, lo será también para nombrar Instructor del mismo y decretar o alzar la suspensión provisional del expedientado, así como para instruir diligencias previas antes de decidir sobre tal incoación (art.150 TRRL).

Sobre el sentido que haya de darse a este precepto es muy relevante el hecho de que se ha procedido ya a la suspensión de funciones, circunstancia que esta prejuzgando –aun dentro del juicio provisional que puede suponer la adopción de una medida cautelar suspensiva una conducta de la máxima gravedad, pues en otro caso no puede entenderse suspensión previa, que acarrea la privación del derecho al cargo. Si es así no parece sino que la competencia para la iniciación del procedimiento y adopción de la medida suspensiva, ya en fase inicial del procedimiento, no puede corresponder sino a los órganos de la Administración del Estado a que se refiere el transcrito apartado 2 de la ley, y ello sin perjuicio de que en otras hipótesis de menor entidad la competencia corresponda al alcalde de la entidad local, mas no en casos como en los analizados, ya que ello podría suponer una intromisión en aspectos que trasciendan a la competencia municipal, pues no hay que olvidar que los funcionarios de habilitación nacional, aun integrados orgánicamente de forma plena en la entidad local, en determinados aspectos, en cuanto a las condiciones de ejercicio del cargo, como son los de habilitación para su desempeño, y también la separación del mismo, se encuentran cohesionados con ejercicio de competencias estatales, que fiscalizan y condicionan el ejercicio de las funciones que correspondan a las entidades locales en esta materia, de forma tal que estos casos se ha llegado en ocasiones a hablar de que existía una disociación entre la relación orgánica y la relación de servicios, lo que se enuncia como expresivo del concepto que se quiere desarrollar, pues parece difícil en la actualidad que pueda conceptualmente aplicarse esta distinción en ambas relaciones con distintas administraciones. En todo caso tales competencias estatales, en aspectos que trascienden a las municipales, se pueden ver condicionadas con la iniciación de expedientes asociados a la suspensión cautelar de funciones, por incidir en las condiciones de habilitación o privación o suspensión de la misma que sólo corresponde a la Administración del Estado".

Sigue diciendo tal sentencia: "Pues bien, y con relación al problema que ahora nos ocupa, esta Sala, siguiendo en esto lo expuesto por la sentencia del TSJ de Andalucía (Sala de Granada) de fecha 11 de diciembre de 2.000, concluye que cuando existan indicios para apreciar la existencia de faltas muy graves en los funcionarios de habilitación de carácter nacional, y teniendo en cuenta que la sanción más grave prevista en el apartado d) y e) de destitución del cargo y separación del servicio se presente como posible en esta fase inicial, la competencia

para la incoación del expediente disciplinario queda determinada en favor de la Dirección General de Administración Local, pues, recuérdese otra vez, conforme establece el artículo 150 del Texto Refundido mencionado a tal órgano le corresponde la competencia para "la incoación de expedientes disciplinarios a funcionarios con habilitación de carácter nacional por faltas cometidas..., cuando por la gravedad de los hechos denunciados pudiera dar lugar a sanción de destitución o separación del servicio". Y de ello ha de derivarse, en aplicación del número dos del mismo artículo, que también le corresponde la competencia para acordar la medida cautelar de suspensión de funciones"

De tal sentencia, en ausencia de desarrollo de la DA 2ª del EBEP en esta Comunidad Autónoma, podemos deducir la existencia de incompetencia del alcalde para acordar la medida cautelar de suspensión de funciones en los expedientes disciplinarios por faltas muy graves de los funcionarios de habilitación estatal y de competencia en el resto de los expedientes.

Aunque para ratificar esa conclusión hemos de salvar otro escollo basado en la trascendencia de la suspensión, y en la pertenencia del ayuntamiento consultante a una agrupación de municipios, que constituyen como dice el art. 161 del TRRL (transitoriamente vigente por la DT7ª del EBEP) un puesto único para el conjunto de los municipios agrupados. Con lo que habrá de estar a lo que dispongan los estatutos que regulan dicha agrupación de municipios. Hay que tener en cuenta que una suspensión de funciones afecta al puesto de trabajo único. En este sentido dice el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, Sentencia de 30 Nov. 2004, rec. 451/2002, " Las irregularidades cuya subsanación se solicitó se refieren a que se suscribiera el acuerdo de toda la Agrupación de Municipios para incoar el expediente , que tiene su fundamento en el artículo 161 del R.D. Legislativo , en el que se dispone que una vez acordadas las Agrupaciones serán acordadas por el órgano competente de la Comunidad Autónoma " será un puesto único para el conjunto de los Municipios o entidades agrupadas " ,lo cual implica que las decisiones respecto del mismo han de ser llevadas y acordadas por el Pleno de la Agrupación sin que sea posible la actuación unilateral de los municipios componentes por las repercusiones que en las demás produce cualquier actuación , lo que debe argumentarse en igual sentido respecto del exigido traslado de la propuesta de Resolución al resto de municipios de la Agrupación por parte del Instructor..."

Segundo.- las consecuencias de la suspensión provisional de funciones son:

Art. 90.1 del EBEP, El funcionario declarado en la situación de suspensión quedará privado durante el tiempo de permanencia en la misma del ejercicio de sus funciones y de todos los derechos inherentes a la condición. La suspensión determinará la pérdida del puesto de trabajo cuando exceda de seis meses.

Art. 97.3 del EBEP, 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. El funcionario

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

4. Cuando la suspensión provisional se eleve a definitiva, el funcionario deberá devolver lo percibido durante el tiempo de duración de aquélla. Si la suspensión provisional no llegara a convertirse en sanción definitiva, la Administración deberá restituir al funcionario la diferencia entre los haberes realmente percibidos y los que hubiera debido percibir si se hubiera encontrado con plenitud de derechos.

El tiempo de permanencia en suspensión provisional será de abono para el cumplimiento de la suspensión firme.

Cuando la suspensión no sea declarada firme, el tiempo de duración de la misma se computará como de servicio activo, debiendo acordarse la inmediata reincorporación del funcionario a su puesto de trabajo, con reconocimiento de todos los derechos económicos y demás que procedan desde la fecha de suspensión.

Tercero.- Posibilidad de sustitución del secretario, caso de adoptar la medida provisional de suspensión de funciones durante la tramitación de expediente disciplinario. El Real Decreto 1732/1994, de 29 de julio, sobre provisión de puestos de trabajo reservados a Funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, regula formas de provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios de habilitación estatal de carácter definitivo y temporal. Dice el artículo 30 De acuerdo con las corporaciones afectadas, en el caso de existencia de más de un posible candidato, y, en todo caso, con la autorización de la corporación en que se cesa y previa conformidad de los interesados, el órgano competente de la comunidad autónoma respectiva podrá efectuar nombramientos provisionales, con carácter prioritario sobre las formas de provisión previstas en los artículos 31, 32, 33 y 34, en puestos vacantes o en aquellos otros que no estén desempeñados efectivamente por sus titulares por encontrarse en alguna de las circunstancias siguientes:

- a. Comisión de servicios.
- b. Suspensión provisional.
- c. Excedencia por cuidado de hijos durante el primer año.
- d. Enfermedad.
- e. Otros supuestos de ausencia.

Por tanto acordada la suspensión provisional deberá proveerse el puesto de trabajo mediante alguno de los siguientes sistemas respetando el orden de prelación:

Nombramiento provisional (art. 30 RD 1732)

Acumulación de funciones (art. 31 RD 1732)

Comisión de servicios (art. 32 RD 1732)

Nombramiento interino (art. 34 RD 1732 y Decreto 32/2005, de 28 de abril por el que se regulan los procedimientos de selección de funcionarios interinos y se crea la Bolsa de trabajo para la provisión temporal de puestos de trabajo reservados a funcionarios de Administración Local con Habilitación de carácter Nacional).

Por todo ello, y en base a la exposición jurídica aquí enumerada, pueden formularse las siguientes

CONCLUSIONES

Primero.- No puede entenderse la suspensión previa que acarrea la privación del derecho del cargo, sino es mediante la imputación de una conducta de la máxima gravedad disciplinaria. Dado que dicha decisión puede afectar a aspectos que trascienden a las competencias municipales, se puede ver condicionada con la iniciación de expedientes asociados a la suspensión cautelar de funciones, por incidir en las condiciones de habilitación o privación o suspensión de la misma que sólo corresponde a la Administración del Estado o de la Comunidad Autónoma según su legislación específica.

Por lo que habrá de estarse a la gravedad del expediente que se ha iniciado por el ayuntamiento de XXX, para determinar la competencia sobre la adopción de la suspensión provisional. Considerando que el municipio de XXX forma una agrupación para sostenimiento de secretario en común con los municipios de YYY y ZZZ y dado el carácter de puesto único de secretaria clase tercera de los municipios agrupados, se tendrá en cuenta lo dispuesto en los estatutos de la agrupación, y las repercusiones que en las demás produce cualquier actuación de uno.

En todo caso, la suspensión provisional, es una medida cautelar excepcional que tiene por objeto asegurar la eficacia de la resolución final que pueda recaer, exigiendo que la resolución por cuya virtud se adopte sea motivada y proporcionada.

Segundo.- De acordarse la medida cautelar de suspensión provisional, El funcionario declarado en la situación de suspensión quedará privado durante el tiempo de permanencia en la misma del ejercicio de sus funciones y de todos los derechos inherentes a la condición.

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

Tercero.- acordada la suspensión provisional deberá proveerse el puesto de trabajo mediante alguno de los siguientes sistemas, relacionados por orden preferente, Nombramiento provisional, acumulación de funciones, Comisión de servicios y Nombramiento interino

Zamora a 02 de enero de 2012

EL SERVICIO DE ASISTENCIA A MUNICIPIOS