

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NFJ074131

**AUDIENCIA NACIONAL**

Sentencia de 23 de mayo de 2019

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 80/2018

**SUMARIO:**

**Procedimiento de gestión. Sanción a un agente tributario.** La demandante es una agente tributaria cuyas tareas habituales eran atención al contribuyente en el área de recaudación. Durante el año 2016 participó en la campaña de renta correspondiente a la presentación del IRPF ejercicio 2015 en calidad de tomadora. Se le reprocha haber confeccionado para contribuyentes, en su mayoría empleados o sus familiares que prestan servicio en las dependencias de la AEAT, las mismas declaraciones que debía confeccionar durante su jornada de trabajo a quienes hubieran obtenido cita previa. Aunque a primera vista se están realizando las mismas labores que se tienen encomendadas en el ejercicio de su función- prestar asistencia en la confección de declaraciones de los contribuyentes del IRPF- la actividad desplegada es completamente inocua y no genera ningún conflicto de intereses ni compromete la imparcialidad de la funcionaria que las realiza. Tanto la función pública que desarrolla como la actividad privada comprenden un mero auxilio en la confección de los impresos de las declaraciones que luego presentan los contribuyentes, sin que deba tomar decisión alguna ni hacer comprobaciones en el asunto en el que interviene. Una vez prestado este auxilio, el asunto no volverá a pasar por sus manos. El único efecto que se produce es que son atendidos contribuyentes fuera de la jornada laboral y éstos son atendidos sin necesidad de obtener cita previa. La conducta de la demandante supone el uso de medios públicos para actividades ajenas a las encomendadas durante su jornada laboral- aparte de un acceso no autorizado a las bases de datos de la AEAT- pero es irrelevante a los efectos previstos en la legislación de incompatibilidades de los funcionarios, puesto que ni interfiere en su jornada laboral ni compromete su imparcialidad o independencia. Se trata de una actividad inocua que no puede ser calificada como infracción muy grave, sino tan solo grave.

**PRECEPTOS:**

RDLeg. 5/2015, (TR Ley del Estatuto Básico del Empleado Público), art. 95.

Ley 53/1984 (Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas), art. 12.

**PONENTE:***Don Luis Helmuth Moya Meyer.*

Magistrados:

Don LUIS HELMUTH MOYA MEYER

Don JUAN CARLOS FERNANDEZ DE AGUIRRE FERNANDEZ

Don BEGOÑA FERNANDEZ DOZAGARAT

Don MARIA JESUS VEGAS TORRES

Don RAFAEL MOLINA YESTE

**AUDIENCIA NACIONAL**

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SÉPTIMA

Núm. de Recurso: 0000080 / 2018

Tipo de Recurso: APELACION

Núm. Registro General : 00419/2018

Apelante: Cecilia

Procurador ROBERTO ALONSO VERDU

Apelado: AGENCIA ESTATAL ADMINISTRACION TRIBUTARIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. LUIS HELMUTH MOYA MEYER

SENTENCIA EN APELACION

Ilmo. Sr. Presidente:

D. JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ

Ilmos. Sres. Magistrados:

D<sup>a</sup>. BEGOÑA FERNANDEZ DOZAGARAT

D. LUIS HELMUTH MOYA MEYER

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAFAEL MOLINA YESTE

Madrid, a veintitres de mayo de dos mil diecinueve.

VISTO, por esta sección séptima de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional los presentes recursos de apelación interpuestos, de una parte, por la AGENCIA ESTATAL DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA, contra la sentencia dictada por el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 5, en procedimiento núm. 22/2018, y de la otra doña Cecilia ; actuando las citadas partes como apelados en los recursos interpuestos por las contrarias, siendo ponente de esta sentencia don LUIS HELMUTH MOYA MEYER.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

##### **Primero.**

La AEAT interpone recurso de apelación contra la sentencia de instancia que estima en parte el recurso contencioso-administrativo presentado contra sanciones disciplinarias y anula la impuesta por infracción grave.

Por otro lado, la demandante también apela frente a la sentencia de instancia en cuanto entiende que no se incurre en el tipo infractor del artículo 95.2 n) EBEP ni se acredita la existencia de culpa en la actuación de la funcionaria.

**Segundo.**

Cada parte impugnó el recurso de apelación interpuesto por la contraria y pidió la desestimación del mismo.

**Tercero.**

Por diligencia de ordenación de 21 de noviembre del 2018 se recibieron los autos y se ordenó su registro en el libro de apelaciones. Se señaló como día de votación y fallo el 19 de marzo del 2019.

Por providencia de 20 de marzo del 2019 se planteó tesis a las partes de conformidad con el artículo 33.2 LJCA , presentando sus respectivos escritos de alegaciones.

El asunto ha sido sometido a nueva votación y fallo el 21 de mayo del 2019.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO****Primero.**

La funcionaria sancionada es agente de la AEAT y fuera de su jornada laboral atendía dentro de las dependencias de la administración tributaria a personas a las que ayudaba a confeccionar sus declaraciones de IRPF, accediendo al efecto a las bases de datos tributarias. Las personas que acudían a ella eran personal de la administración tributaria, familiares y personas a las que se había atendido habitualmente en las oficinas de la calle Montalbán. También se detectaron accesos no autorizados a datos de una persona jurídica.

Por los hechos anteriores es sancionada por infracción muy grave del artículo 95.2 n) EBEP "incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades cuando dé lugar a situaciones de incompatibilidad" con dos meses de suspensión de funciones y por infracción grave prevista en la disposición adicional octava de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre "accesos indebidos, considerándose como tales los realizados con fines ajenos a los que vienen justificados por razón de trabajo, a la información contenida en las bases de datos de la Agencia Tributaria..." a la sanción de un mes de suspensión de funciones.

La sentencia de instancia estima en parte el recurso porque considera que no pueden imponerse dos sanciones por haber concurso medial de infracciones, siendo una el medio para cometer la otra, debiendo de sancionarse solo por la infracción más grave.

**Segundo.**

En relación con el recurso de la Abogacía del Estado procede estimarlo en la medida en que el concurso medial es una regla aplicada en el ámbito del derecho penal para la aplicación de las penas cuando se cometen delitos entre los cuales hay una relación instrumental de uno para cometer el otro. Esta regla determina que se aplique la pena del delito más grave, en un grado superior. No se aplica cuando no beneficie al penado, en cuyo caso se penarán las infracciones por separado.

En este supuesto nos encontramos, puesto que la autoridad sancionadora ha aplicado las sanciones correspondientes a la infracción muy grave y grave en una mínima extensión, por lo que no tiene sentido traer a colación la regla del concurso medial. De imponerse la sanción más grave, debiera de agravarse por el concurso de infracciones, cosa que en el presente caso no se hizo, por lo que no se comparten los razonamientos de la sentencia para anular la sanción impuesta por la infracción grave.

Con independencia de que las personas atendidas por la funcionaria estuvieran de acuerdo con que accediera a la base de datos de la Hacienda, lo relevante es que contara con autorización de sus superiores y el acceso estuviera justificado por razón del cumplimiento de las funciones que tenía encomendadas, lo que no era el caso.

### Tercero.

En relación con el recurso presentado por la demandante también procede estimarlo.

Es cierto- como argumenta la Abogacía del Estado- que las actividades privadas no necesariamente son las remuneradas, en la medida en que un asesoramiento privado ocasional sobre cuestiones directamente relacionadas con asuntos en los que el funcionario tenga que intervenir por razón del puesto público, en la medida en que comprometen los bienes jurídicos protegidos por la norma, están incursas en incompatibilidad por disponerlo así el artículo 12.1 a) Ley 53/1984, de 26 de diciembre .

Estos bienes jurídicos- según reza la exposición de motivos- giran en torno al principio "de la dedicación del personal al servicio de las Administraciones Públicas a un solo puesto de trabajo, sin más excepciones que las que demande el propio servicio público, respetando el ejercicio de actividades privadas que no puedan impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes o comprometer su imparcialidad o independencia". Esto es, la dedicación al puesto asignado y la salvaguarda de la imparcialidad o independencia.

Cuando interviene remuneración en la actividad privada se genera una relación de servicio entre el funcionario que la presta y el receptor. La lesión del bien jurídico protegido- la imagen de imparcialidad e independencia- se ve seriamente comprometida cuando se prestan servicios remunerados para particulares por un funcionario en asuntos de los que ha de conocer por razón de su cargo.

Pero si no interviene dicha remuneración debe concretarse la medida en la que la conducta puede lesionar el bien jurídico protegido por la norma y puede poner en peligro la imparcialidad e independencia en el ejercicio de su función pública. Lo que se persigue es evitar que el funcionario pueda desarrollar actividades relacionadas con asuntos en los que luego pueda intervenir o emplee en esas actividades información obtenida en el ejercicio de su cargo. Habrá que analizar en cada caso la actividad desarrollada a fin de determinar si existe un riesgo de conflicto de intereses.

La demandante es una agente tributaria cuyas tareas habituales eran atención al contribuyente en el área de recaudación. Durante el año 2016 participó en la campaña de renta correspondiente a la presentación del IRPF ejercicio 2015 en calidad de tomadora. Se le reprocha haber confeccionado para contribuyentes, en su mayoría empleados o sus familiares que prestan servicio en las dependencias de la AEAT, las mismas declaraciones que debía confeccionar durante su jornada de trabajo a quienes hubieran obtenido cita previa.

Aunque a primera vista se están realizando las mismas labores que se tienen encomendadas en el ejercicio de su función- prestar asistencia en la confección de declaraciones de los contribuyentes del IRPF- la actividad desplegada es completamente inocua y no genera ningún conflicto de intereses ni compromete la imparcialidad de la funcionaria que las realiza. Tanto la función pública que desarrolla como la actividad privada comprenden un mero auxilio en la confección de los impresos de las declaraciones que luego presentan los contribuyentes, sin que deba tomar decisión alguna ni hacer comprobaciones en el asunto en el que interviene. Una vez prestado este auxilio, el asunto no volverá a pasar por sus manos. El único efecto que se produce es que son atendidos contribuyentes fuera de la jornada laboral y éstos son atendidos sin necesidad de obtener cita previa.

La conducta de la demandante supone el uso de medios públicos para actividades ajenas a las encomendadas durante su jornada laboral- aparte de un acceso no autorizado a las bases de datos de la AEAT- pero es irrelevante a los efectos previstos en la legislación de incompatibilidades de los funcionarios, puesto que ni interfiere en su jornada laboral ni compromete su imparcialidad o independencia. Se trata de una actividad inocua que no puede ser calificada como infracción muy grave.

### Cuarto.

No se hace expresa condena en costas en los recursos de apelación de los que conocemos en este proceso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa .

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, sección séptima, ha dictado el siguiente

**FALLO**

ESTIMAMOS los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 5, en el procedimiento núm. 22/2018, y revocamos la sentencia de instancia y, en su lugar, dictamos otra por la que estimamos en parte el recurso contencioso administrativo, dejando sin efecto la sanción impuesta por infracción muy grave y manteniendo la correspondiente a la infracción grave, sin costas.

A su tiempo devuélvanse los autos al órgano jurisdiccional de procedencia con certificación de esta sentencia de la que se unirá otra al rollo de apelación.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción , justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Así por esta sentencia, de la que se unirá certificación a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.