

JURISPRUDENTZIA/ JURISPRUDENCIA

César Gallastegi Aranzabal

Profesor de Derecho Administrativo
Universidad de Deusto/Deustuko Unibertsitatea
cga@deusto.es

© 2017 IVAP. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia Creative Commons Reconocimiento – NoComercial – SinObraDerivada (by-nc-nd)



Sumario

I. Acceso al empleo público: altura mínima exigida a los aspirantes.—II. Acceso al empleo público: edad máxima exigida a los aspirantes.—III. Proceso de selección: composición de los órganos selectivos.—IV. Pérdida de la condición de funcionario y rehabilitación.

I. Acceso al empleo público: altura mínima exigida a los aspirantes

Para tomar parte en los procesos selectivos que dan acceso al empleo público es necesario reunir unos requisitos. Los de carácter general se recogen en el Estatuto del Empleado Público (TREBEP). En este apartado y el siguiente de nuestra crónica de jurisprudencia recogemos dos sentencias que concretan la expresión y el alcance de su materialización en las selecciones de personal.

En primer lugar nos referiremos a la altura. Esta circunstancia se enmarca en la denominada capacidad funcional, recogida en el artículo 56.1.b) del citado TREBEP, el cual señala que será preciso poseer la capacidad funcional necesaria para el desempeño de las tareas a desarrollar; esta redacción, según señala la doctrina, mejora expresiones anteriores, pues deja claro que tal capacidad debe medirse e interpretarse en función de las tareas a desempeñar. En consecuencia, es posible exigir condiciones físicas particulares —tales como una altura mínima—, siempre que así lo justifique la naturaleza de las funciones.

En el caso que nos ocupa, efectivamente, se exigió una altura mínima para la participación en una selección de policías. En concreto, se pedía 1,70 m a los candidatos, pero sin distinguir entre sexos. Hay que señalar que lo más frecuente en este tipo de procesos —nos referimos a la selección de policías, bomberos...— es establecer alturas mínimas distintas para cada sexo (incluso en alguna ocasión se fija una altura máxima, también con la habitual distinción por sexos).

La cuestión es que una aspirante presentó su solicitud de participación, pese a que contaba con una altura de 1,68 m. Rechazada por la administración, la aspirante recurrió a los tribunales de justicia, quienes le dieron la razón; pero ante un nuevo recurso de la administración implicada, la justicia griega decidió en el verano de 2016 suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia europeo la siguiente cuestión prejudicial: «¿El artículo 1, apartado 1, del Decreto Presidencial n.º 90/2003, que modificó el artículo 2, apartado 1, del Decreto Presidencial n.º 4/1995, y con arreglo al cual los aspirantes civiles al ingreso en las Escuelas de oficiales y agentes de la Academia de Policía, entre otros requisitos, deben «tener una estatura (hombres y mujeres) de al menos 1,70 m», es compatible con las Directivas 76/207/CEE, 2002/73/CE y 2006/54/CE, que prohíben cualquier discriminación indirecta por razón de sexo en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo en el sector público (a menos que la diferencia de trato sea atribuible en última instancia a factores objetivamente justificados y ajenos a toda discriminación por razón de sexo, y no vaya más allá de lo adecuado y necesario para alcanzar el objetivo perseguido por la medida)?».

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en *sentencia de 18 de octubre de dos mil diecisiete* se ocupó de la cuestión (C-409/16, EU: C: 2017: 767). La sentencia, en primer lugar, establece la relación entre la normativa europea y el caso planteado desde Grecia. Para ello, señala que del examen de la Directiva 76/207, se desprende, por un lado, la aplicación en los Estados miembros del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo (principio contenido en el artículo 1, apartado 1), y, por otro, la prohibición de toda discriminación directa o indirecta por razón de sexo en los sectores público o privado, en relación con las condiciones de acceso al empleo, al trabajo por cuenta propia o a la ocupación, incluidos los criterios de se-

lección y las condiciones de contratación (prohibición contenida en el artículo 3, apartado 1, letra a). A continuación, la sentencia apunta que establecer que las personas que midan menos de 1,70 m no puedan ser admitidas al concurso para el ingreso en la Escuela de Policía griega supone que la normativa de referencia en el litigio principal afecta a las condiciones de contratación de esos trabajadores y, por lo tanto, establece disposiciones relativas al acceso, en este caso, al empleo público.

Seguidamente, se examina si la normativa griega establece una discriminación, directa o indirecta (en terminología habitual en las normas relacionadas con la discriminación por razón de sexo), prohibida por la Directiva citada. En cuanto a una posible discriminación directa (artículo 2, apartado 2, primer guion de la Directiva 76/207), se concluye que la normativa griega trata de igual manera a todas las personas que presenten su candidatura al concurso para el ingreso en la Escuela de Policía, por lo que no establece una discriminación directa. En cuanto a la cuestión de la discriminación indirecta (artículo 2, apartado 2, segundo guion), se recuerda, según lo señalado en jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, que existe discriminación indirecta cuando la aplicación de una medida, aunque aparezca formulada de manera neutra, perjudica de hecho a un número muy superior de mujeres que de hombres; y en el caso presente se establece que existe un número mucho mayor de mujeres que de hombres que tienen una estatura inferior a 1,70 m, por lo que sí se está originando una discriminación indirecta. Esto es, la aplicación de la normativa griega conlleva claramente para las mujeres un perjuicio frente a los varones en el momento de su admisión al concurso para el ingreso en las Escuelas de oficiales y agentes de la Policía.

Ahora bien —prosigue la sentencia—, una normativa no incurriría en una discriminación indirecta prohibida por la Directiva si está objetivamente justificada por un objetivo legítimo y si los medios para alcanzar ese objetivo son adecuados y necesarios. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente de la consulta determinar la existencia de tal justificación, pero el Tribunal de Justicia puede proporcionar indicaciones que permitan al órgano jurisdiccional nacional dictar su resolución.

A continuación, la sentencia indica que es preciso determinar si la exigencia de una estatura física mínima, como la prevista en la normativa controvertida en el litigio principal, es adecuada para garantizar la consecución del objetivo perseguido por dicha normativa y no va más allá de lo necesario para alcanzarlo. Al respecto, el Gobierno griego alega que la normativa controvertida en el litigio principal tiene como objetivo permitir el cumplimiento efectivo de la misión de la policía helénica y que la posesión de determinadas

aptitudes físicas particulares, como una estatura mínima, constituye un requisito necesario y adecuado para alcanzar ese objetivo.

Sin embargo, el Tribunal europeo subraya que, si bien es cierto que el ejercicio de las funciones de policía relativas a la protección de las personas y bienes, la detención y la custodia de los autores de hechos delictivos y las patrullas preventivas pueden requerir el empleo de la fuerza física e implicar una aptitud física particular, no lo es menos que algunas funciones de policía, como el auxilio al ciudadano o la regulación del tráfico, no precisan aparentemente un esfuerzo físico elevado. Además, aun suponiendo que todas las funciones ejercidas por la policía helénica exigieran una aptitud física particular, no parece que dicha aptitud esté necesariamente relacionada con la posesión de una estatura física mínima y que las personas de una estatura inferior carezcan naturalmente de dicha aptitud. De hecho, hasta el año 2003, la normativa griega exigía, para el ingreso en las Escuelas de oficiales y agentes de la Policía, estaturas mínimas diferentes para los hombres y para las mujeres (en concreto, 1,65 m para las mujeres y 1,70 m para los hombres). A mayor abundamiento, la demandante añadía como argumento que en casos similares (acceso a las Fuerzas Armadas, a la Policía portuaria o a la Guardia costera griegas) se exigen estaturas mínimas diferentes para los hombres y para las mujeres (precisamente, 1,60 m para las mujeres).

Por tanto, según el Tribunal europeo, el objetivo perseguido por la normativa controvertida podría alcanzarse mediante medidas que no perjudicaran de forma clara a las personas de sexo femenino (tales como una preselección de los candidatos al concurso para el ingreso en las Escuelas de oficiales y agentes de Policía basada en pruebas específicas que permitan verificar sus capacidades físicas).

De las consideraciones anteriores resulta que, sin perjuicio de las comprobaciones que corresponda realizar al órgano jurisdiccional remitente, dicha normativa no está justificada. En tales circunstancias, se responde a la cuestión planteada que las disposiciones de la Directiva 76/207 debe considerarse que se oponen a la normativa de un Estado miembro, el griego.

En el fallo, y como compendio de lo desarrollado en líneas anteriores, se señala textualmente: «Las disposiciones de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, en su versión modificada por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, deben inter-

pretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que supedita la admisión de los candidatos al concurso para el ingreso en la Escuela de Policía de dicho Estado miembro, independientemente de su sexo, a un requisito de estatura física mínima de 1,70 m, toda vez que esa normativa supone una desventaja para un número mucho mayor de personas de sexo femenino que de sexo masculino y que la citada normativa no parece adecuada ni necesaria para alcanzar el objetivo legítimo que persigue, circunstancia que corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar».

II. Acceso al empleo público: edad máxima exigida a los aspirantes

Examinada la cuestión de la altura mínima, pasamos a continuación a ocuparnos de la edad máxima. Anteriormente nos hemos hecho eco de la cuestión de la edad como requisito para el acceso al empleo público (en concreto, en las crónicas correspondientes a los números 7 y 8 de esta revista). Ahora volvemos sobre la cuestión, pues en los pronunciamientos que examinábamos en crónicas pasadas y en sentencias posteriores se censuraba el establecimiento de una edad máxima rebajada, y ahora nos encontramos con una línea más favorable a su consideración, para cuyo refrendo traemos a colación la *sentencia de 25 de septiembre de dos mil diecisiete* (1431/2017, Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, recurso n.º 2637/2015).

En este caso, el Sindicato Profesional de Policías Locales de Castilla y León interpuso recurso contencioso-administrativo contra la convocatoria que establecía un tope de edad de 33 años para participar en un proceso selectivo de policías locales en la citada comunidad autónoma. Previamente, el sindicato había impugnado en reposición la Orden por la que se convocaban las pruebas selectivas, recurso que inadmitió el Consejero de Fomento y Medio Ambiente, al no reconocer legitimación al recurrente.

Dejando a un lado el resto de cuestiones debatidas en el recurso, señalaremos que el Tribunal Superior de Justicia anuló la base que imponía la mencionada edad máxima de 33 años para participar por el turno

libre. Para ello se apoyó en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de noviembre de 2014 (asunto C-416/2013) que, al resolver la cuestión prejudicial planteada por un Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Oviedo, consideró que la edad máxima de 30 años exigida para ingresar en los cuerpos de Policía Local de Asturias se oponía a la Directiva 2000/78/CE, puesto que no quedó justificado el límite desde la perspectiva de los principios de igualdad y de no discriminación por razón de edad.

El Tribunal Supremo, tras el recurso de casación interpuesto por uno de los ayuntamientos implicados, señala ahora que «no cabe tener esa edad máxima de 33 años para tomar parte en el turno libre como excesiva o desproporcionada desde el punto de vista del principio de igualdad y del de la interdicción de discriminaciones por una razón de carácter personal como es la edad. Esta conclusión se impone a la luz de los fundamentos de nuestra sentencia n.º 627/2017, de 5 de abril, estimatoria del recurso de casación n.º 1709/2015, en la cual consideramos que no es contrario a esos principios la exigencia de una edad máxima de 30 años para acceder a la Escala de Guardias y Cabos de la Guardia Civil» (FD 6). Y continúa: «Hay que decir que en esa ocasión rectificamos el criterio mantenido anteriormente a la vista de la sentencia del Tribunal de Justicia europeo de 15 de noviembre de 2016 (asunto 258-13) que ha considerado conforme a la Directiva 2000/78/CE la exigencia de una edad máxima de menos de 35 años para ingresar en la Ertzaintza» (FD 6).

En efecto, el Tribunal de Luxemburgo había señalado lo siguiente, según se recoge en la sentencia que comentamos: «De todas las consideraciones anteriores se deduce que las funciones de los agentes de la Escala Básica de la Ertzaintza implican tareas exigentes desde un punto de vista físico. Pues bien, la Academia alegó también que la edad a la que se selecciona a un agente de la Ertzaintza determina el tiempo durante el cual podrá desempeñar estas tareas. Un agente seleccionado a los 34 años, dado que, por lo demás, deberá seguir una formación de unos dos años de duración, podrá ser destinado a dichas tareas durante un período máximo de 19 años, es decir, hasta que alcance la edad de 55 años. En estas circunstancias, una selección a una edad más avanzada afectaría negativamente a la posibilidad de destinar un número suficiente de agentes a las tareas más exigentes desde un punto de vista físico. Asimismo, tal selección no permitiría que los agentes seleccionados de este modo estuvieran destinados a las citadas tareas durante un período de tiempo suficientemente largo. Por último, como explicó la Academia, la organización razonable del Cuerpo de la Ertzaintza requiere que se garantice un equilibrio entre el número de puestos

exigentes desde el punto de vista físico, que no están adaptados a los agentes de mayor edad, y el número de puestos menos exigentes desde este punto de vista, que pueden ser ocupados por estos agentes (véase, por analogía, la sentencia de 12 de enero de 2010, Wolf, C-229/08, EU: C: 2010: 3, apartado 43)».

Y continúa el Tribunal europeo: «Por otro lado, como señaló el Abogado General en el punto 38 de sus conclusiones, los fallos que se puede temer que se produzcan en el funcionamiento de los servicios de la Ertzaintza excluyen que la organización de pruebas físicas exigentes y eliminatorias durante un procedimiento selectivo pueda ser una medida alternativa menos restrictiva. En efecto, el objetivo consistente en mantener el carácter operativo y el buen funcionamiento del servicio de la Ertzaintza exige que, para restablecer una pirámide de edades satisfactoria, la posesión de las capacidades físicas específicas no deba entenderse de manera estática, únicamente durante las pruebas del proceso selectivo, sino de manera dinámica, teniendo en cuenta los años de servicio que prestará el agente después de ser seleccionado» (FD 6).

Por tanto, concluye el Tribunal de la Unión Europea: «De todas las consideraciones anteriores se desprende que procede responder a la cuestión prejudicial planteada que el artículo 2, apartado 2, de la Directiva 2000/78, en relación con el artículo 4, apartado 1, de ésta, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma como la controvertida en el litigio principal, que establece que los candidatos a puestos de agentes de un cuerpo de policía que ejercen todas las funciones operativas o ejecutivas que corresponden a dicho cuerpo no deben haber cumplido la edad de 35 años» (FD 6).

El Tribunal Supremo en la sentencia que examinamos asimismo recordaba lo que había establecido en su ya citada sentencia de abril del presente año 2017, en un fallo referido al acceso a la Guardia Civil: «Ciertamente, el caso que está en el origen de esta sentencia del Tribunal de Luxemburgo, (...) no es exactamente igual al resuelto por la sentencia de la Sección Séptima de 24 de noviembre de 2015 (casación 3269/2014) porque, además de tratarse de cuerpos distintos, la Guardia Civil y la Ertzaintza, se manejan edades máximas distintas: aquí menos de treinta años, allí menos de treinta y cinco años. No obstante, entendemos que esas diferencias no impiden la aplicación del mismo criterio seguido ahora por el Tribunal de Justicia. De un lado, porque los cometidos desempeñados por los guardias civiles y por los ertzainas requieren en ambos casos de las condiciones físicas adecuadas. De otro, porque en los dos se relaciona la edad máxima de ingreso con las necesidades estructurales del Cuerpo. Además, la diferen-

cia de edad contemplada en uno y otro supuesto no parece excesiva. En fin, los argumentos que maneja esta sentencia concuerdan con los que nos han llevado a considerar justificada la exclusión de los mayores de treinta años para acceder a los Cuerpos Generales de las Fuerzas Armadas o las clases de tropa y marinería. Cuanto hemos dicho, conduce a modificar el criterio observado por la sentencia de 24 de noviembre de 2015 (casación 3269/2014) y a considerar que no es contrario al principio de igualdad ni a los preceptos invocados por el escrito de interposición una sentencia que, con razones semejantes a las hechas valer por el Tribunal de Justicia y en línea con las esgrimidas por la sentencia de la Sección Séptima de 4 de abril de 2011 (recurso 129/2010), ha considerado conforme al ordenamiento jurídico exigir que quienes aspiran a ingresar en la Escala de Cabos y Guardias de la Guardia Civil no tengan cumplidos treinta años ni los cumplan dentro del mismo año de la convocatoria». Y terminaba citando: «En este caso, esa justificación existe (...). No es otra que la que descansa en las necesidades de un instituto armado de naturaleza militar de proveer sus distintos puestos de responsabilidad por miembros del mismo que hayan ido adquiriendo dentro del mismo la capacitación necesaria y la consiguiente necesidad de que el acceso al cuerpo se haga a una edad que permita alcanzar ese objetivo antes de que llegue la edad de retiro» (FD 6).

Y ya volviendo al caso de los policías locales: «Las razones ofrecidas por el Tribunal de Justicia respecto del ingreso en la Escala Básica de la Ertzaintza no sólo son trasladables al acceso a la Escala de Cabos y Guardias de la Guardia Civil sino también a los cuerpos de Policía Local. Así lo pone de relieve la circunstancia de que ante la Sala de Valladolid se adujeran razones semejantes a las recogidas por la sentencia del Tribunal de Luxemburgo» (FD 6). Por tanto, queda anulada la sentencia recurrida y admitida la edad máxima de 33 años para formar parte de los cuerpos de Policía Local de Castilla y León.

III. Proceso de selección: composición de los órganos selectivos

En este apartado haremos referencia a los tribunales calificadoros en los procesos selectivos de acceso a la función pública, en concreto, a las caracte-

terísticas de sus integrantes. El TREBEP fija algunos criterios en relación con la composición de los órganos de selección; en resumen, se trata de asegurar los principios de imparcialidad y profesionalidad de sus miembros, así como procurar la paridad entre hombre y mujer. Nos ceñiremos a ese último aspecto.

El Estatuto, literalmente, señala en su artículo 60.1, sobre los órganos de selección: «Los órganos de selección serán colegiados y su composición deberá ajustarse a los principios de imparcialidad y profesionalidad de sus miembros, y se tenderá, asimismo, a la paridad entre mujer y hombre». La aspiración a la composición paritaria enlaza con otras normas jurídicas sobre igualdad efectiva entre mujeres y hombres, tanto estatales como autonómicas.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en *sentencia de veintidós de mayo de dos mil diecisiete* (recurso contencioso-administrativo 878/2015) en el recurso de apelación contra la sentencia dictada el 23 de mayo de 2016 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 6 de Bilbao, se centró en la cuestión referente a la convocatoria del concurso para la cobertura de la Jefatura de la Sección de Digestivo del Hospital Universitario de Álava y su tribunal calificador.

En las bases de la convocatoria se disponía la constitución de un Tribunal integrado por el/la Director/a General o la persona en quien pudiese delegar, el/la Director/a de Personal y dos Vocales que contasen con la titulación y, de resultar posible, con la especialidad exigida a los concursantes. En cualquier caso, el tribunal se compuso finalmente de forma exclusiva de hombres.

En apelación, la recurrente señalaba que se presentaba una situación que identificaba con los supuestos de nulidad radical previstos por los subapartados a) y e) del apartado n.º 1 del art. 62 de la Ley 30/1992, ya que no se prevenían por las Bases que en el Tribunal hubiese un representante designado por el Instituto Vasco de Administración Pública ni que hubiese paridad entre hombres y mujeres; estas dos carencias vulneraban las previsiones del art. 31 de la Ley 6/1989, de la Función Pública Vasca (que señalan, en su apartado primero, que «en los tribunales figurará un representante designado por el Instituto Vasco de Administración Pública», y, en su apartado segundo, que «salvo que se justifique debidamente su no pertinencia, la composición del tribunal u órgano técnico de selección ha de ser equilibrada de mujeres y hombres con capacitación, competencia y preparación adecuada. Se considera que existe una representación equilibrada cuando en los órganos de más de cuatro

miembros cada sexo está representado al menos al 40%; en el resto, cuando los dos sexos estén representados»).

El Tribunal Superior de Justicia, además de considerar el primer aspecto, el de la falta de un representante del IVAP (al respecto: «dando por reproducidas las razones que para esta presencia se ofrecieron en la Sentencia n.º 539-2015 antes aludida, se ha vulnerado una norma esencial en la creación del órgano, del Tribunal en este caso, que proyecta sus efectos sobre las normas rectoras del procedimiento de toma de decisiones. Si el Tribunal no se conformó con los componentes imperativamente exigidos por la Ley no ha podido adoptar tampoco válidamente decisión alguna en el procedimiento», FD 4), también se ocupa del segundo, la composición por sexos del tribunal (cuestión sobre la que el Juzgado, al parecer, consideró que nada podía hacerse, al haberse determinado la composición del Tribunal atendiendo a los cargos ocupados).

En efecto, el Tribunal Superior de Justicia señala en su sentencia que «Todo lo anterior resulta trasladable a un aspecto que concurre en este proceso y no estaba presente en el resuelto por la Sentencia n.º 539/2015, aspecto que supone, como vamos a ver a continuación, que se han vulnerado las normas tendentes a evitar la discriminación por razón de sexo y que por ello encuentra acomodo no solo en el apartado 1.e) del art. 62 de la Ley 30/1992 sino también, y de modo esencial, en el apartado 1.a), ya que lesiona el art. 14 de la Constitución». La dicción del art. 31.3 de la Ley 6/1989 (redacción introducida por la Ley vasca para la Igualdad de Mujeres y Hombres) es clara. La excepción que la norma contiene debe ser objeto de una interpretación restrictiva y en el caso examinado no ha habido tal justificación expresa ni impedimentos razonablemente insalvables para garantizar materialmente la composición paritaria del Tribunal. En definitiva, se rechaza la composición exclusivamente masculina del tribunal, lo cual conlleva la nulidad de todo el proceso selectivo.

Como complemento recogemos lo señalado sobre la cuestión de la recurribilidad y los plazos: «lo hasta ahora expuesto permite que la recurrente pudiese cuestionar las Bases aún expirado el plazo con que para ello contaba desde su publicación. Incluso, dando un paso más, los graves vicios de que adolecen las Bases en cuanto a la creación del Tribunal dan lugar a que no se tendría que comenzar a computar el plazo para recurrir las actuaciones de aplicación de aquellas que causen el concreto y efectivo perjuicio a la apelante pues los vicios de nulidad se mantienen a lo largo de todo el procedimiento, el Tribunal cuenta en todo momento con una composición contraria a la Ley y por lo tanto constantemente está

actuando de modo igualmente ilícito ya que en sus acuerdos ni hay paridad entre hombres y mujeres ni está tampoco presente el representante del Instituto Vasco de Administración Pública» (FD 4). Y, más adelante, sobre las consecuencias: «la Apelación ha de resultar estimada sin necesidad de resolver sobre el resto de motivos planteados si bien hemos de precisar que la retroacción de las actuaciones fundada en la necesidad de dictar una nueva Base Quinta que dé lugar a un Tribunal compuesto por los integrantes que exige la Ley hace resurgir la legitimación de la apelante pues podrá tomar nuevamente parte en un procedimiento de selección igualmente nuevo» (FD 4).

El fallo, en definitiva, revoca la sentencia apelada, anula las resoluciones impugnadas y ordena que el procedimiento selectivo se reinicie en la fase de elaboración de las bases, concretamente de la n.º 5, de modo que el tribunal selectivo cuente en su composición con un representante del Instituto Vasco de Administración Pública y con el porcentaje necesario para el respeto de la paridad, según lo establecido en el art. 31 de la Ley 6/1989, relativa a la función pública vasca.

IV. Pérdida de la condición de funcionario y rehabilitación

En este cuarto y último apartado, volvemos nuevamente a un tema ya tratado en una crónica previa de jurisprudencia, esto es, la problemática en torno a la solicitud de rehabilitación presentada por un funcionario que ha sido condenado a una pena de inhabilitación para cargo público. Allí se trataba de un funcionario estatal y la solicitud de rehabilitación era denegada; ahora, en cambio, el funcionario lo es de una administración autonómica y, a la postre, logrará la rehabilitación pretendida. Como es conocido, la rehabilitación viene reconocida en el TREBEP, artículo 68.2: «Los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas podrán conceder, con carácter excepcional, la rehabilitación, a petición del interesado, de quien hubiera perdido la condición de funcionario por haber sido condenado a la pena principal o accesoria de inhabilitación, atendiendo a las circunstancias y entidad del delito cometido. Si transcurrido el plazo

para dictar la resolución, no se hubiera producido de forma expresa, se entenderá desestimada la solicitud».

En el caso en cuestión, un funcionario de la Junta de Andalucía fue condenado en 2008 por la Audiencia Provincial de Sevilla —por el delito continuado de falsedad en documento oficial cometido por funcionario público, en concurso medial con un delito igualmente continuado de malversación de caudales públicos— a, entre otras penas, la de inhabilitación absoluta por tiempo de cuatro años.

El interesado, una vez cumplida la pena impuesta, solicitó la rehabilitación como funcionario de carrera del Cuerpo de Auxiliares Administrativos de la Junta de Andalucía, pero la Administración autonómica se mostró contraria. El Tribunal Superior de Justicia, en septiembre de 2015, también negó la rehabilitación, rechazando que hubiera falta de motivación administrativa y subrayando la reiteración en la conducta por la que fue condenado el recurrente, lo que afectó negativamente al servicio público, sin perjuicio de que, con posterioridad, reparase los daños producidos. En casación, el recurrente señaló varias infracciones de la ley y de la jurisprudencia; la Junta de Andalucía se opuso.

El Tribunal Supremo en *sentencia de 10 de julio de dos mil diecisiete* (1201/2017, Sala de lo Contencioso, Sección 4.ª, recurso número 3801/2015) se ocupa del recurso de casación interpuesto por el funcionario condenado. En primer lugar recuerda algunas de las características de la institución, reproduciendo lo ya dicho en la Sentencia de 29 de junio de 2016, recurso ordinario 844/2015 que, a su vez, toma lo señalado en la precedente de 19 de noviembre de 2014, recurso ordinario 363/2013, sobre que ha de partirse de «la aceptación del planteamiento del Abogado del Estado, avalado por reiterada jurisprudencia de esta Sala, de que no existe un derecho automático a la rehabilitación en caso de pérdida de la condición de funcionario por condena a pena de inhabilitación absoluta o especial. Pero al propio tiempo debe rechazarse la alegación del mismo defensor de la Administración de que la decisión del Consejo de Ministros, órgano cuya resolución es aquí impugnada, es de plena discrecionalidad, solo sujeto al seguimiento en el expediente de los trámites». Según la sentencia ahora estudiada: «Si bien lo anterior se dijo respecto a Acuerdos del Consejo de Ministros resulta extrapolable a cualquier otra actuación de órganos autonómicos con competencia sobre la materia en cuestión» (FD 4).

En cuanto a la naturaleza de la rehabilitación, señala la sentencia que ha sido doctrina constante en la jurisprudencia considerar que la finalidad de la rehabilitación es la de «determinar si la incapacidad para ser

funcionario, que en principio lleva consigo la pena de inhabilitación, resulta o deviene excesiva atendiendo a la gravedad del hecho delictivo, a la relación de este con el cargo funcional que se desempeñaba y la entidad del perjuicio causado al servicio público» (FD 6).

Respecto a la fundamentación contenida en la resolución judicial recurrida, el Supremo estima que cumple las exigencias de motivación referida. Cuestión distinta es su contenido: se trata de discernir si hay una referencia concreta al delito cometido y a sus circunstancias que justifiquen la valoración extrema que deniega. La sentencia señala: que el delito, doloso, no consta que fuera de gran trascendencia ni que tuviera relevancia fuera del centro de trabajo y produjera alarma social; que la cantidad de que se apropió el recurrente fue devuelta antes de la celebración del juicio penal, en el que se dictó sentencia de conformidad con la calificación y pena aceptada por las partes apreciando la concurrencia de la circunstancia at-

nuante muy cualificada de reparación del daño; y que, además, existe informe administrativo favorable a su rehabilitación.

En definitiva, el Supremo apuesta por el carácter no plenamente discrecional de tal decisión y por el control judicial de la aplicación de los criterios de la denegación, y señala: «Si atendemos a los criterios orientadores enumerados en el fundamento quinto engarzados con las circunstancias acabadas de exponer parece razonable conceder la rehabilitación. Ciertamente la conducta del funcionario es reprobable. Sin embargo reparó los daños antes de la celebración del juicio sin que de los hechos probados de la sentencia se colija trascendencia pública con alarma social alguna respecto de la emisión de los cinco cheques por el importe total de 7.310,82 euros, salvo que fueron rechazadas las facturas por la Intervención Provincial al haberse incluido en una aplicación informática incorrecta. Se impone, por todo lo expuesto, la estimación del recurso» (FD 7).