

JURISPRUDENTZIA/ JURISPRUDENCIA

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

Recibido: 21/03/2019

Aceptado: 11/04/2019

© 2019 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: personas con discapacidad.—II. Provisión de puestos de trabajo: funcionario de carrera de otro país.—III. Gestión del empleo público: convocatoria de proceso selectivo para personal funcionario interino.—IV. Situaciones administrativas: excedencia voluntaria e indefinido no fijo.—V. Carrera administrativa de los funcionarios: carrera horizontal e interinos.—VI. Pérdida de la condición de funcionario: sanción disciplinaria de separación del servicio.

I. Acceso al empleo público: personas con discapacidad

En los procesos selectivos resulta obligado reservar un porcentaje de las plazas a las personas con discapacidad, siempre que no resulten incompatibles las tareas a desarrollar con tal condición. En el caso que nos ocupa así se hizo, pero el diseño y desarrollo de las pruebas da pie a un recurso de casación ante el Tribunal Supremo, presentado por un participante con discapacidad, que nos permite recordar algunas premisas jurisprudenciales sobre el tema.

El recurrente había participado en un proceso selectivo para ingreso, por el sistema de acceso libre, en el Cuerpo Superior de Administradores, especialidad Administradores Generales de la Junta de Andalucía. Posteriormente, esta persona había recurrido el listado definitivo de aprobados pero su recurso de alzada fue rechazado por la Consejería de Hacienda y Administración Pública. Concretamente, el aspirante apuntaba contra un acuerdo de la comisión de selección que —en aplicación de la Base Tercera, 2.1.2 de la Orden de la Convocatoria— establecía para los turnos general y de personas con discapacidad la misma puntuación neta necesaria para la obtención de los puntos mínimos que deberían lograrse para superar cada una de las dos partes que integraban la fase de oposición del proceso selectivo; el recurrente, que participó por el turno de discapacidad, no alcanzó la nota mínima de corte establecida y, en consecuencia, quedó excluido del proceso.

A continuación, el aspirante impugnó la resolución administrativa ante el Tribunal Superior de Justicia de la

Comunidad Autónoma de Andalucía. Alegó que fijar una nota de corte igual para ambos turnos —discapacidad y general— era contraria a las bases —párrafo segundo de la base primera— y vulneraba tanto los artículos 3 y 6 del Decreto 93/2006, de 9 de mayo, por el que se regula el ingreso, la promoción interna y la provisión de puestos de trabajo de personas con discapacidad en la Función Pública de la Administración General de la Junta de Andalucía, como el artículo 23.2 de la Constitución. Señalaba, pues, la parte recurrente que no se establecieron notas de corte diferenciadas para cada turno, y que la fijada lo fue con posterioridad a la celebración de los dos ejercicios de la fase de oposición e incluso después de conocerse la identidad de los participantes. Estas alegaciones fueron rechazadas por la Sala territorial con cita expresa y transcripción parcial de sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2016 (recurso de casación 1493/2015) y de 18 de marzo de 2016 (recurso de casación 419/2015).

Elevado el asunto al Tribunal Supremo, el recurso de casación se articula sobre un único motivo casacional: la infracción de normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia. En concreto, se alega la infracción de varios artículos de la Constitución, el Estatuto Básico del Empleado Público, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, la Ley 53/2003 de acceso al empleado público de personas con discapacidad y, finalmente, la Directiva europea 2000/78/CE de 27 de noviembre, sobre tratamientos igualitarios en empleo y ocupación, en relación con el artículo 6 del Decreto andaluz 93/2006, de 9 de mayo, por el que se regula el ingreso, la promoción interna y la provisión de puestos de trabajo de personas con discapacidad en la función pública andaluza. En desarrollo

de tal aseveración se aduce: a) que se ha vulnerado la normativa europea y estatal sobre el trato diferenciado que ha de darse a la persona con discapacidad (porque se ha empleado una única nota de corte en las pruebas selectivas, igual para los dos turnos, obligando a todos a competir por igual, y desconociendo así la filosofía del turno de discapacidad); b) que se han infringido las bases y la jurisprudencia en relación con los criterios de calificación, así como los principios de seguridad jurídica y publicidad garantizados por el ordenamiento (por haberse fijado la nota de corte con posterioridad a la realización de las pruebas; además, el sistema de puntuación no estaba explicado ni motivado, según se señala); c) que la sentencia incurre en incongruencia omisiva (por no haber resuelto con la debida concreción y profundidad sobre las cuestiones planteadas en la demanda sobre el fondo del asunto). Por otra parte, en el recurso se solicita el planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como consecuencia de las contradicciones entre las sentencias del Tribunal Supremo, que cita, y la dictada el día 3 de diciembre de 1994 por el Tribunal Constitucional, ello en relación con el tratamiento dado en este caso a las personas con discapacidad en el acceso a la función pública, y lo dispuesto en la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre.

La *sentencia del Tribunal Supremo de siete de febrero de 2019* (143/2019, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, recurso número 127/2017) resuelve el recurso y declara no haber lugar al mismo, en la forma que a continuación detallamos. En primer lugar, rechaza la denuncia de incongruencia de la sentencia recurrida. A continuación, se examinan en la sentencia otras cuestiones (modificación de los criterios de calificación, valoración de las preguntas y nota de corte) y, sin que entremos en detalles, se avala la actuación de la Administración.

Nos detendremos, por tanto, en la cuestión de fijar la misma o diferente nota de corte para el turno de personas con discapacidad. Al respecto, la sentencia que nos ocupa señala que es correcta la aplicación que la sentencia de instancia hace de la sentencia del Supremo de 18 de marzo de 2016, y prueba de ello es, nos recuerda, que la misma Sala y Sección, en sentencias de 19 y 20 de diciembre de 2017 (recurso de interés casacional objetivo 393 y 480/2017) ha fijado como doctrina: «Que en los procesos selectivos consistentes en concurso-oposición que prevén diversos turnos independientes para la provisión de plazas con idéntico cometido, la regla general será la igualdad en cuanto al nivel de exigencia, pero el trato diferente será conforme al contenido esencial del artículo 23.2 de la Constitución si obedece a razones objetivas y atendibles en función de las circunstancias que con-

curran en los integrantes de cada turno, siempre que en términos de mérito y capacidad el resultado final sea el mismo nivel de competencia al margen de los distintos turnos» (FD 4). Esto es, no pueden establecerse diferencias de trato en función de los distintos turnos de acceso, como pretende el recurrente, salvo que medie una justificación razonable y convincente (sin que pueda considerarse que la justificación pueda esgrimirse por la Administración en sede jurisdiccional, cuando ya se ha abocado a un proceso judicial, y se encuentra incurso en el mismo, según completa el Supremo).

Finalmente, en lo que respecta a la posible contradicción entre el criterio seguido por la Sala y la sentencia que se cita del Tribunal Constitucional, el Supremo insiste en que «lo que resolvíamos en nuestras sentencias, y reiteramos ahora, es que no cabe establecer diferencias de trato entre los diferentes turnos de participación en los procesos selectivo —libre, de promoción interna y de personas con discapacidad—, salvo justificación objetiva y razonable. Por ello, «en todos los casos afirmamos que la nota de corte no puede ser aplicada a uno de los turnos y no a otros del mismo proceso selectivo, de manera que se aplica a todos o no se aplica» y que lo que resolvía la sentencia del Tribunal Constitucional alegada se refería a un caso diferente. Por lo mismo, rechaza el planteamiento de la cuestión prejudicial, puesto que se apoyaba exclusivamente en la contradicción (inexistente) citada y termina señalando que la adopción de decisiones que promueven la igualdad de oportunidades de las personas afectadas por diversas formas de discapacidad «tenden a procurar la igualdad sustancial de sujetos que se encuentran en condiciones desfavorables de partida para muchas facetas de la vida social en las que está comprometido su propio desarrollo como personas, pero que no pueden llegar, según se pretende, a disolver los principios de igualdad, mérito y capacidad que constitucionalmente rigen en el acceso a la función pública ex artículo 23.2 de la propia Constitución» (FD 5).

II. Provisión de puestos de trabajo: funcionario de carrera de otro país

Continuamos en este apartado con una cuestión relacionada con la provisión de puestos de trabajo, en concreto, la exigencia de ser funcionario de carrera

para poder participar en un proceso de provisión (concurso para la provisión de plazas vacantes de facultativos y técnicos del Cuerpo Nacional de Policía) y la posibilidad de que se alegue para su cumplimiento el poseer tal condición en otro país. Se trata de una sentencia de un Tribunal Superior de Justicia, pero que nos parece de interés por el contexto en que vivimos, donde los movimientos de personas entre los países —más aún, si son europeos— son habituales, si no crecientes.

Iniciamos nuestra exposición. Un aspirante se ve excluido del proceso de provisión por resolución de la Dirección General de Policía, que publica la resolución definitiva de admitidos y excluidos del concurso para provisión de plazas vacantes de facultativos y técnicos. La convocatoria, en una de sus bases, exigía para ser admitido en las pruebas selectivas ser funcionario de carrera de cualquiera de las administraciones públicas (movilidad voluntaria de funcionarios entre distintas Administraciones). El recurrente entendía que sí cumplía ese requisito, por su condición de funcionario (primero, interino; después, de carrera) en la administración pública francesa, lo que le daría derecho a ser admitido en la convocatoria; sin embargo, la Administración, como hemos señalado, determina su apartamiento por incumplimiento del requisito.

El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en su *sentencia de dos de noviembre de 2018* (477/2018, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, recurso número 369/2016) resuelve el recurso del aspirante y declara la conformidad a Derecho de las resoluciones administrativas previas.

Los argumentos alegados por el recurrente son desmontados por la sentencia. En primer lugar, señala el fallo judicial que el art. 57 del Estatuto Básico del Empleado Público no le es de aplicación, puesto que se refiere al acceso al Empleo Público de nacionales de otros Estados (y el demandante es español).

En segundo lugar, el art. 39 Tratado de la CE, relativo a la libre circulación de trabajadores tampoco le es aplicable («1. Quedará asegurada la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad [...] 4. Las disposiciones del presente artículo no serán aplicables a los empleos en la administración pública»).

En tercer lugar, la alegada por el recurrente Directiva del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a un sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que sancionan formaciones profesionales de una duración mínima de tres años, el precepto alegado, el art. 3, pfo. 1.º, a) tampoco viene al caso (el texto trata del tema de la titulación y se refiere a denegar a un nacional de otro Estado miembro el acceso a una profesión o el

ejercicio en las mismas condiciones que a sus nacionales); asimismo, se aporta una sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de septiembre de 2003, caso Isabel Burbaud contra Ministère de l'Emploi et de la Solidarité, Asunto C-285/01, pero la conclusión es la misma.

En definitiva, la sentencia rechaza la pretensión del demandante (y queda abierta la posibilidad de presentación de un recurso de casación ante el Tribunal Supremo).

III. Gestión del empleo público: convocatoria de proceso selectivo para personal funcionario interino

En cuanto a la tercera cuestión, recogemos una sentencia donde descendemos un paso más en el nivel del órgano judicial pero que nos sirve para echar una ojeada a un litigio pegado a la realidad de una pequeña administración. A saber, se impugna las bases y la convocatoria de proceso para la selección de personal interino funcionario para el puesto de arquitecto técnico del ayuntamiento de un municipio catalán. Sostiene la parte actora que las bases son nulas de pleno derecho (al tener contenido imposible; prescindirse total y absolutamente del procedimiento establecido) o anulables (al haberse incurrido en desviación de poder), argumentando igualmente que la base relativa al idioma catalán resulta contraria a Derecho. El rechazo frontal a la convocatoria de empleo público para el puesto de arquitecto técnico viene motivada, a todas luces, porque el recurrente viene desempeñando tal cometido en régimen de relación laboral con carácter indefinido no fijo.

La *sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de veinticinco de febrero de 2019* (35/2019, Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Tarragona, recurso número 488/2017) nos aclara los aspectos en disputa. En primer lugar, puntualiza, frente a la causa de inadmisión planteada por la Administración (ésta considera que el recurrente está yendo en contra de sus propios actos), que el recurso es admisible.

En cuanto a las cuestiones de fondo planteadas en el recurso, las desgranamos una a una, adelantando que serán rechazadas en su totalidad. Sobre el con-

tenido imposible, el recurrente señala que no es posible amortizar una plaza de personal laboral por el hecho de que la vaya a ocupar un funcionario interino; la sentencia contesta que, por una parte, los argumentos esgrimidos por el recurrente podrían haber sido procedentes pero en relación con la modificación de plantilla operada previamente, y, por otro, el contenido del acto no es imposible, ni material ni jurídicamente (ya que existe una plaza vacante que no puede ser cubierta por un titular, al no existir en plantilla ni poder convocarse tal plaza dadas las limitaciones legales existentes, por lo que procede el nombramiento de un funcionario interino, en consonancia con el Estatuto Básico del Empleado Público; dicha plaza ciertamente existe desde un acto anterior firme y consentido, como ya se ha señalado previamente).

Sobre las irregularidades del procedimiento, la supuesta infracción del procedimiento establecido ha de ser en relación con los actos que dan lugar al impugnado, de los cuales no se ha cuestionado su legalidad ni manifestado que falte elemento alguno.

En cuanto a la desviación de poder, el recurrente sostiene que la actuación municipal tiene como objeto el deseo de prescindir ilegalmente de sus servicios, para lo que se habrían realizado toda una serie de actuaciones administrativas encaminadas a esta exclusiva finalidad. Pero la sentencia considera que existe una finalidad legítima en la actuación de la Administración que justifica el ejercicio de las potestades públicas: las potestades del puesto de arquitecto técnico municipal son de carácter público y deben ser ejercidas por un funcionario (de hecho, se señala que la actividad administrativa en materia de urbanismo del ayuntamiento ha sido ocasionalmente impugnada por la condición laboral del recurrente).

Finalmente, en relación con la exigencia en el proceso selectivo de la lengua catalana con carácter eliminatorio, tal requisito deriva de la aplicación de lo previsto en el art. 42 del Decreto Legislativo 1/1997, de 31 de octubre, por el que se aprueba la refundición en un texto único de los preceptos de determinados textos legales vigentes en Cataluña en materia de función pública («En el proceso de selección deberá acreditarse el conocimiento de la lengua catalana en su expresión oral y escrita»), así como lo previsto en el Decreto 161/2002 (Decreto 161/2002, de 11 de junio, sobre la acreditación del conocimiento del catalán y el aranés en los procesos de selección de personal y de provisión de puestos de trabajo de las administraciones públicas de Cataluña), en cuanto al carácter eliminatorio y el nivel exigible: se deberá acreditar la suficiencia del catalán antes de iniciarse la fase valorativa del concurso, porque se trata de un requisito de carácter eliminatorio y del cual lo único que procede es constatar su existencia.

IV. Situaciones administrativas: excedencia voluntaria e indefinido no fijo

En las siguientes líneas nos referiremos a la figura del trabajador indefinido no fijo de la administración pública. Dicho de forma más precisa, nos centraremos en la posibilidad de que a una persona trabajadora de este tipo se le conceda una excedencia voluntaria. El caso tiene su origen en una solicitud de tal naturaleza realizada por una persona indefinida no fija de la Consejería de la Presidencia y de la Administración Local de la Junta de Andalucía; téngase en cuenta que el VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Junta de Andalucía preveía el disfrute de este derecho para el personal laboral fijo. Desestimada la pretensión del trabajador por resolución de la Delegación de Gobierno en Cádiz de la Consejería de la Presidencia y, posteriormente, en la instancia, es confirmada en suplicación por el Tribunal Superior de Justicia, en *sentencia de veinte de septiembre de 2019* (2569/2018, Sala de lo Social, Sección Primera, recurso número 2867/2017).

El demandante alega la infracción del art. 14 de la Constitución y la cláusula 4.1 de la Directiva 1999/70/CE, con el argumento de que la STJUE 14-9-16 sienta que la mera naturaleza temporal de la relación no basta para justificar la diferencia de derechos con los indefinidos. El Tribunal equipara estos trabajadores con los interinos por vacante y los califica como contratos sometidos a condición. Apunta que «aunque a la luz de la STJUE 14-9-16, caso Diego Porras, la excedencia es una condición de empleo, por una expansión del concepto «condición de trabajo», hay una razón objetiva para el trato diferencial, como se infiere de la STJUE 5 de junio 2018, caso Montero Mateos» (FD 3) y aclara que: «el concepto de una razón objetiva requiere que la desigualdad de trato observada esté justificada por la existencia de elementos precisos y concretos, que caracterizan la condición de trabajo de que se trata, en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes, a fin de verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica y tales elementos en nuestro caso tienen su origen en las características inherentes a esta modalidad contractual» (FD 3).

En efecto, el Tribunal recuerda al respecto anteriores pronunciamientos donde ya manifestaba que la aplicación de la excedencia a los vínculos temporales presenta dificultades prácticamente insuperables por las características inherentes a esta modalidad, que

son, además, la razón objetiva para entender justificada la desigualdad de trato respecto a la excedencia voluntaria, y continúa: «no puede aplicarse al mismo la institución de excedencia voluntaria en cuanto al derecho al reingreso que genera tal situación es de imposible aplicación lógica, ya que su vínculo pende de la provisión del puesto desempeñado a través de los procedimientos legales. Es decir, la expectativa a una vacante de su misma categoría profesional durante todo el periodo que dura la excedencia —de 1 a 10 años—, choca con la condición, y con la naturaleza temporal, del indefinido no fijo. Es más, si se reconociese el derecho a la excedencia voluntaria ello generaría un derecho no solo al reingreso a su vacante que está llamada a cubrirse, sino a otra vacante de su misma categoría, y hasta un periodo que alcanzaría los 10 años. En suma, como ya dijimos, de seguir la argumentación del recurrente se le haría de mejor condición que incluso los fijos» (FD 4).

Adicionalmente, el Tribunal Supremo entiende que no hay vulneración del principio de igualdad: «La negativa del derecho a la excedencia voluntaria al personal indefinido no fijo, no implica una discriminación respecto del personal fijo —y ahora argumentamos con criterios de legalidad ordinaria—, pues la discriminación exige un trato desigual ante situaciones iguales, condición que no se cumple en el presente supuesto, por cuanto la condición de personal laboral fijo y la del indefinido no fijo no son equiparables. Se trata de una temporalidad específica, concreta y determinada que justifica unos privilegios, como la reserva del puesto de trabajo para su cobertura en procedimiento extraordinario, lo que impide la concesión de la excedencia por cuanto la misma eliminaría el supuesto que fundamenta la reserva del puesto para su cobertura en el procedimiento extraordinario, impediría al actor la concurrencia al mismo, permitiría incluso la amortización del puesto y en ningún caso permitiría ya el reingreso del demandante por inexistencia del puesto, no ostentando el actor tampoco derecho a otro puesto similar; en consecuencia, existen razones que justifican el trato desigual frente al empleado fijo, no vulnerándose ni la Directiva, ni la doctrina que se invoca ni el art. 14 CE, pues no son situaciones comparables; el trabajador fijo puede optar a cualquier otra plaza vacante de su categoría que exista en el momento de solicitar el reingreso y el actor se encuentra vinculada única y exclusivamente a la plaza en la que le ha sido reconocida su condición de indefinido no fija, condición que le depara beneficios, como el indicado, que no ostentan ni siquiera otros trabajadores temporales» (FD 4).

Y más adelante: «el estatuto del trabajador indefinido no fijo, se aproxima a la interinidad por vacante desde el momento que la existencia del vínculo pende de

la provisión del puesto desempeñado a través de los procedimientos legales de acuerdo con los presupuestos de mérito y capacidad, siendo ésta una razón objetiva que justifica el reconocimiento del derecho a la excedencia del personal laboral fijo» (FD 4).

V. Carrera administrativa de los funcionarios: carrera horizontal e interinos

Como es conocido, la carrera profesional ha sido considerada tradicionalmente como una garantía y una compensación a la identificación del funcionario con la organización en la que presumiblemente iba a desplegar toda su vida profesional. Por su parte, los funcionarios interinos, personal revestido de una nota de transitoriedad o provisionalidad, se veían excluidos, de entre otras notas propias del funcionario de carrera, del derecho a la carrera por su propia naturaleza.

En el marco del proceso de acercamiento desarrollado en los últimos años entre el estatus del interino y el del funcionario de carrera, traemos ahora a esta crónica de jurisprudencia unos recientes fallos judiciales que tratan sobre la posibilidad de desarrollo de la carrera profesional por el personal funcionario interino y que suponen un paso más en la citada dinámica de aproximación. Nos referimos, por ser la más reciente, a la *sentencia del Tribunal Supremo de veinticinco de febrero de 2019* (239/2019, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, recurso número 4336/2017). El 21 de enero se da una similar (227/2019, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, recurso número 1805/2017).

El recurso de casación del que deriva la sentencia del Supremo lo interpuso el Instituto Catalán de Salud contra la sentencia dictada el día 23 de mayo de 2017 por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, cuya anulación solicita. Esta sentencia estimaba el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 31 de mayo de 2016, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 3 de Gerona. El Juzgado había desestimado previamente el recurso de un funcionario interino frente a la Resolución dictada el 14 de diciembre de 2015 por el Director de Recursos Humanos del Instituto Catalán de la Salud. La resolución administrativa lo excluía de la

asignación del primer nivel de carrera profesional, por no tener el solicitante el nombramiento de estatutario fijo correspondiente a la categoría en la que prestaba servicios en activo y por no concurrir la excepción prevista en el II Acuerdo de personal interino del Instituto Catalán de Salud.

Como señala la sentencia del Supremo, la cuestión sobre la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es si la carrera profesional horizontal ha de ser considerada «condiciones de trabajo» a efectos de valorar las diferencias de régimen jurídico aplicables al personal funcionario interino y al personal laboral no fijo y, en su caso, determinar si existe o no discriminación en aquellos supuestos en que dicho personal quede excluido de la posibilidad de realizar dicha carrera horizontal. En cuanto a las normas objeto de interpretación para la resolución de la cuestión suscitada precisa, se identifica como tales las contenidas en los artículos 8, 9, 10, 16, 17, 18, 20, 22 y 24 del Estatuto Básico del Empleado Público, en relación con la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, así como los artículos 8, 9, 40, 41, 43 y 44 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud y otros preceptos concordantes que resulten de aplicación.

La Administración señala en el escrito de interposición del recurso de casación tres argumentos para que sea estimado su recurso y se declare la nulidad de la sentencia impugnada: a) Es objetivamente razonable exigir una vinculación fija para participar en la carrera profesional (en base al artículo 40 del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, así como a los artículos 16 a 20 del Estatuto Básico del Empleado Público); el Acuerdo de la Mesa Sectorial de 19 de julio de 2006 no impide directamente que un funcionario interino pueda acceder a la carrera, sino que lo condiciona a la circunstancia de que dicho interino no haya tenido la oportunidad de presentarse a ningún proceso selectivo durante el tiempo en que ha ejercido como tal y por incumplimiento de la obligación administrativa de convocarlos según calendario fijado; b) La carrera profesional es un sistema de promoción profesional que empieza con la superación de las pruebas de acceso y la adquisición de la condición de personal funcionario o estatutario de carrera, y a partir de ese momento y de forma voluntaria el profesional puede optar por acceder o no a este sistema; el sistema establecido por la Comunidad Autónoma establece una diferencia de trato basada en una razón objetiva: la superación o no del sistema de ingreso previsto, y no una discriminación por el mero hecho de la duración del nombramiento (que sería

lo proscrito por la cláusula cuarta del Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, anexo a la Directiva 1999/70/CE); c) La sentencia resulta contraria a la doctrina de la sala de lo Contencioso-Administrativo del Supremo (y se citan como ejemplo las sentencias de 23 de marzo de 2001, recurso de casación 4881/2008, y de 21 de marzo de 2012, recurso de casación 3298/2009).

Por su parte, el Supremo en la sentencia que nos ocupa recupera lo argumentado en su anterior sentencia de 18 de diciembre de 2018 (1796/2018, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, recurso número 3723/2017), cuyo contenido ya había sido utilizado precisamente por el Tribunal Superior de Justicia en la sentencia ahora casada. En esa sentencia se señalaba: «1.º) que la carrera profesional, como la establecida en el Acuerdo de la Mesa Sectorial de 19 de julio de 2006 (DOGC de 28 de diciembre de 2006, con la modificación publicada en el DOGC de 29 de marzo de 2007), está incluidas en el concepto «condiciones de trabajo» de la cláusula 4 del Acuerdo Marco incorporado a la citada Directiva 1999/70 referida al principio de no discriminación, y a los efectos de valorar las diferencias de régimen jurídico aplicable al personal estatutario interino, al que viene referida la actuación impugnada. 2.º) que existe discriminación del personal estatutario interino por condicionarse su participación en la carrera profesional diseñada en ese Acuerdo de la Mesa Sectorial a la circunstancia de haber superado un proceso de ingreso y, por tanto, a la adquisición previa de la condición de personal estatutario fijo, ello por no admitirse que ese condicionamiento integre una causa objetiva que justifique la diferencia de trato. 3.º) que todo ello conllevará la desestimación del recurso de interés casacional objetivo interpuesto por el Instituto Catalán de Salud» (FD 8).

VI. Pérdida de la condición de funcionario: sanción disciplinaria de separación del servicio

Para cerrar esta crónica de jurisprudencia, aportamos un caso ordinario, donde un funcionario de policía es sancionado con la separación de servicio, tras una condena penal por comisión de un delito doloso re-

lacionado con el tráfico de drogas. En casación alega la vulneración de los principios de tipicidad, legalidad y proporcionalidad, así como la caducidad del expediente sancionador.

En efecto, por Resolución del Ministro del Interior se impuso al recurrente la sanción de separación del servicio, prevista en el artículo 10.1.a) de la Ley Orgánica 4/2010, de 20 de mayo, del Régimen Disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía, como autor de una falta muy grave tipificada en el artículo 7.b) del mismo texto legal: «Haber sido condenado en virtud de sentencia firme por un delito doloso relacionado con el servicio o que cause grave daño a la Administración o a las personas». Recurrída la sanción ante los tribunales, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia desestimando el recurso contencioso-administrativo.

En casación, el recurrente, como hemos señalado más arriba, expone varios motivos. Un primero, al amparo del art. 25.2 de la Constitución, alega infracción del principio de tipicidad. Un segundo motivo esgrime la vulneración de la correcta aplicación de los preceptos de la LO 4/2010 por la utilización de una técnica de interpretación extensiva. Un tercer motivo es la caducidad del procedimiento administrativo.

El alto tribunal, en *sentencia de siete de marzo de 2019* (301/2019, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, recurso número 1679/2016) rechaza la caducidad del procedimiento puesto que la jurisprudencia consolidada señala que el plazo de caducidad se computa desde la comunicación de la sentencia penal (descontando el tiempo de un informe preceptivo no vinculante del Consejo de Policía, sobre cuya naturaleza ya se ha pronunciado también el Tribunal Supremo).

En cuanto a las dudas sobre la tipicidad, legalidad y proporcionalidad de la sanción, se despachan por el

Supremo de forma conjunta en razón de su íntima conexión y por existir doctrina de la Sala al respecto. De sentencias anteriores recoge (en concreto, de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2009, recurso número 7017/2004): a) «En el presente caso la sentencia valora acertadamente la trascendencia pública de los hechos que declara probados y la gravedad que supone que, quienes por ley han de luchar contra determinados delitos, los cometan, como ocurre con el tráfico de drogas, aun cuando al realizar los hechos no se hallare de servicio el recurrente»; b) «aun cuando puedan existir conductas más graves que la del recurrente, y que, en su caso, no exista reincidencia, la cuestión no es si se vulnera el principio de proporcionalidad porque conductas más graves que la suya lleven la misma sanción, de donde parece deducir «a sensu contrario» que la suya debería sancionarse con menor sanción, sino si, en el presente caso, y atendida la naturaleza de los hechos y de su repercusión, y especialmente de la relación funcional en que se comete el delito, la sanción es proporcional a los hechos, y la sentencia razona de forma acertada que sí, y ha de confirmarse por los mismos argumentos»; y c) «una cosa es la relevancia penal que una conducta pueda tener, incluso susceptible de ser calificada de falta, como pudiera ser un hurto o una lesión leve, y otra, la que tiene, dentro o con ocasión de la relación funcional, pues en este caso además rompe la confianza y lealtad que exige dicha relación, como ocurre por lo demás también en el ámbito laboral en general, donde actos con escasa trascendencia penal pueden ser causa justa de despido» (FD 5). En definitiva, señala la sentencia examinada: «Tiene razón, pues la sentencia de instancia al poner de relieve el grave desprestigio que implica para los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad que uno de sus miembros realice actividades delictivas cuya persecución le compete» (FD 5). Por todo ello, no ha lugar al recurso de casación.