

Roj: STS 299/2016 - ECLI:ES:TS:2016:299
Id Cendoj: 28079130072016100033
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 7
Nº de Recurso: 969/2013
Nº de Resolución:
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: JOSE MANUEL SIEIRA MIGUEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a uno de Febrero de dos mil dieciséis.

Visto por la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación núm. 969/2013, interpuesto por la representación procesal de Doña Daniela contra la Sentencia de 2 de noviembre de 2012 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso núm.1893/07, sobre proceso selectivo ingreso en centros formación Guardia Civil. Siendo parte recurrida el Sr. Abogado del Estado en la representación que ostenta

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia el 2 de noviembre de 2012, cuya parte dispositiva dice: "Fallamos: que desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador D. Luis Mellado Aguado actuando en nombre y representación de Doña Daniela contra la Resolución de la Subsecretaría de Defensa de 30 de marzo de 2007 por la que se convocaron pruebas selectivas para el ingreso en los centros docentes de formación para ingreso en la Escala Facultativa Superior de la Guardia Civil, así como contra la desestimación presunta, por silencio administrativo, del recurso de reposición interpuesto contra la misma, debemos declarar y declaramos que las mencionadas resoluciones son ajustadas a Derecho, todo ello, sin hacer expresa imposición de las costas procesales causadas."

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes, por la representación de la Doña Daniela se formuló escrito de preparación del recurso de casación, el cual fue tenido por preparado mediante diligencia de ordenación al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, la recurrente compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, formulando el 2 de marzo de 2015 escrito de interposición del recurso de casación, en el cual, tras exponer los motivos que considera oportunos, solicitó a la Sala que case y anule la referida sentencia, según consta en autos.

CUARTO.- La parte recurrida formaliza escrito de oposición interesando la desestimación del recurso.

QUINTO .- El 14 de octubre de 2015 se dictó sentencia declarando haber lugar al recurso de casación y el 19 de noviembre se planteó incidente de nulidad de actuaciones que se resolvió por auto de fecha 18 de enero de 2016 acordándose la nulidad de la sentencia de 14 de octubre de 2015 y señalándose para deliberación y fallo el **VEINTISIETE DE ENERO DE DOS MIL DIECISÉIS.**

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Sieira Miguez, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Aún cuando con una estructura ciertamente sorpresiva lo cierto es que la representación de la recurrente articula dos motivos de casación, aunque subdivididos en varios apartados de su escrito de interposición, el primero al amparo del 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional por infracción de las normas reguladoras de la sentencia denunciando que la sentencia de instancia incurre en incongruencia, apartados vigésimo

segundo a trigésimo tercero; un segundo motivo al amparo del 88.1.d por infracción de las normas que regulan la carga de la prueba, trigésimo tercero a trigésimo sexto y, un tercer motivo por infracción de normas constitucionales, artículos 14 , 23.2 , 103.3 y 9.3 de la Constitución , de la jurisprudencia y de los artículos 34.2 de la Ley 62/2000 y 4.1 y 6.1 de la Directiva 2000/78 .

En primer lugar hemos de señalar que el primero de los motivos no puede prosperar por cuanto la sentencia resuelve todas las cuestiones objeto de debate, otra cosa es que no analice todos y cada uno de los argumentos de la demanda pero ello en ningún caso es causa del vicio de incongruencia pudiendo en todo caso determinar una falta de motivación, vicio procesal este distinto del invocado.

En cuanto al segundo motivo, tampoco puede prosperar por cuanto practicada actividad probatoria en el proceso no cabe invocar infracción del artículo 217 de la L.E.C . Si lo que la recurrente, pretende, como parece es tener que hay una errónea valoración de la prueba, tal infracción, al no tener por probados los hechos a que la recurrente se refiere en su escrito de casación, el motivo debió ser articulado por infracción de las normas de valoración de la prueba o arbitrariedad de dicha valoración, lo que no acontece.

SEGUNDO .- Rechazados lo que entendemos son los dos primeros motivos de casación entraremos ahora a analizar el tercero articulado al amparo del 88.1 de la Ley Jurisdiccional.

En este punto hemos de destacar que la cuestión que se plantea ha sido reiteradamente resuelta por esta misma Sala y Sección, así sentencia de 16 de mayo de 2012 , 9 de mayo de 2012 , 11 de abril de 2012 , 11 de enero de 2012 , entre otras, cuya doctrina es perfectamente trasladable al caso que nos ocupa.

Decíamos entonces y reiteramos ahora que «(...) CUARTO.- *El presente recurso de casación debe ser estimado porque las cuestiones que suscitan los cuatro primeros motivos admitidos (8º, 9º, 10º y 11º) han sido resueltas en el sentido que defiende el actor por nuestras sentencias de 21 de marzo de 2011 (recursos 184/2008 y 626/2009) que, además, han anulado el artículo 7 b) del Real Decreto 614/1995 . Sentencias dictadas en recursos también interpuestos por el Letrado Sr. García Espinar, entonces con la Asociación STOP Discriminación. Las razones que nos llevaron a ese pronunciamiento, las expresamos así en la sentencia dictada en recurso 184/2008 :*

"QUINTO.- Dicho lo anterior, debemos anunciar ya que el recurso contencioso-administrativo debe ser estimado. Estimación que, como no puede ser de otra manera, se circunscribe en los términos que reflejamos en el fallo al ámbito determinado por la cuestión discutida en este proceso, esto es, a la fijación de la edad máxima de treinta años para participar por el turno libre en el proceso selectivo convocado para acceder a la Escala Ejecutiva del Cuerpo Nacional de Policía.

La demanda ha planteado con claridad los términos en que considera discriminatorio el establecimiento de ese requisito. Discriminación que entiende no amparada por justificación objetiva razonable por lo que infringe el artículo 14 de la Constitución . Se sirve de los términos de comparación arriba relacionados y argumenta a partir de los preceptos constitucionales y legales y de la jurisprudencia mencionados ayudándose de la perspectiva que ofrecen las situaciones próximas alegadas.

Pues bien, comenzaremos diciendo que, pese a no haberla incluido ese precepto constitucional entre las que no pueden fundamentar diferencias de trato, la edad es una circunstancia personal que ha de sumarse a ellas. Bastará para justificarlo tener presente que el artículo 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ---Carta que la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio , por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007 reproduce en atención al artículo 10.1 de la Constitución -- la incorpora entre las causas por las que prohíbe discriminar. Discriminación prohibida que, naturalmente, no se identifica con cualquier diferencia de trato, sino solamente con aquellas que carezcan de una justificación objetiva y razonable desde las premisas sentadas por la Constitución.

La edad puede, por tanto, ser utilizada como un límite para acceder a la función pública no sólo mediante la fijación de la mínima que se ha de tener para participar en los procesos selectivos, sino también a través de la imposición de una máxima. Así, el artículo 56.1 c) del Estatuto Básico del Empleado Público dice:

"1. Para poder participar en los procesos selectivos será necesario reunir los siguientes requisitos:

c) Tener cumplidos dieciséis años y no exceder, en su caso, de la edad máxima de jubilación forzosa. Sólo por ley podrá establecerse otra edad máxima, distinta de la edad de jubilación forzosa, para el acceso al empleo público".

Por tanto, la regla por lo que hace a la edad máxima es que no sea otra que la establecida para la jubilación forzosa. Y, si bien, es posible establecer otras inferiores por ley, en cuanto excepciones, ciertamente, deberán estar justificadas desde el punto de vista de la igualdad, aunque ese es un juicio de constitucionalidad que, en su caso, corresponderá hacer al Tribunal Constitucional cuando se le plantee por los cauces previstos al efecto. Ahora, nos encontramos con que se ha exigido en la resolución de convocatoria una edad máxima distinta de la señalada para la jubilación en virtud de la previsión de una norma reglamentaria: la contenida en el artículo 7 b) del Real Decreto 614/1995. Es una disposición anterior al Estatuto Básico del Empleado Público, por tanto, dictada en este punto al amparo del artículo 30.1 b) de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado -- supletoria para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad según el artículo 16.2 de la Ley Orgánica 2/1986 --- que, se remite a la establecida para cada Cuerpo.

A la hora de decidir si fijarla en treinta años para el acceso por el turno libre a la Escala Ejecutiva del Cuerpo Nacional de Policía es conforme a ese canon de constitucionalidad, hemos de tener presente que, ciertamente, por la naturaleza de las funciones a desempeñar en un cuerpo o escala puede ser preciso que quienes se integran en ellos no superen una edad que les haga inadecuados para cumplirlas. Del mismo modo, no ha de excluirse que por la configuración de los mismos o por las características de la organización en la que se encuadren, deba limitarse esa edad máxima de ingreso para permitir que el desarrollo de la carrera administrativa de los funcionarios se concilie con las relaciones dispuestas entre los diferentes cuerpos y escalas. O que sea imprescindible limitarla para hacer posible que quienes ingresen en la función pública alcancen la formación necesaria para el eficaz cumplimiento de las tareas correspondientes. En cambio, vistas las reglas generales sentadas legalmente, no parece que sean válidas razones relacionadas con la generación de los derechos pasivos o de cualesquiera otros por parte de los funcionarios: si, en principio, la regla es que no haya más límites que los señalados para la jubilación forzosa, está claro que queda excluido este criterio de entre los que podrían justificar una edad máxima distinta. Son solamente los que descansan en los intereses públicos los que han de considerarse para introducir excepciones.

SEXTO.- Llegados a este punto e, insistiendo en que únicamente nos interesa la edad máxima fijada en esta convocatoria, entendemos relevantes para nuestro pronunciamiento estos datos: (a) la fijación de los treinta y cinco años de edad como límite para acceder a la Escala Ejecutiva por oposición libre siendo ya funcionario del Cuerpo Nacional de Policía en activo; (b) la inexistencia de límite de edad para acceder a la Escala Ejecutiva del Cuerpo Nacional de Policía por promoción interna; (c) la supresión de una edad máxima distinta de la de jubilación forzosa para acceder a plazas de Inspector del Cuerpo de Mozos de Escuadra.

Son términos de comparación que estimamos válidos porque no concurren entre las situaciones a las que hacen referencia diferencias sustanciales con la que ocupa el Sr. García Espinar. Así, si un miembro de la Escala Básica puede acceder a la Escala Ejecutiva con más de treinta años no se ve por qué motivo se le ha de prohibir hacerlo a quien aspira a ingresar por el turno libre. El ingreso previo en la otra Escala y los requisitos que dentro de ella se hayan de cumplir para estar en condiciones de participar en las pruebas selectivas por el turno libre no quitan la conclusión de que a los treinta y cinco años es posible desempeñar sin dificultad las funciones de la Escala Ejecutiva y, si por promoción interna ese acceso se puede producir más tarde, el argumento que utilizamos se fortalece. Dicho de otro modo, las circunstancias específicas que afectan a los integrantes de la Escala Básica a la hora de situarse en condiciones de opositar por libre o de servirse de la promoción interna no guardan relación con la configuración objetiva de los cometidos de la Escala Ejecutiva. Y lo mismo ha de decirse respecto de los Mozos de Escuadra ya que no se aprecian diferencias significativas entre los cometidos de los Inspectores del Cuerpo Nacional de Policía y las de los Inspectores de ese cuerpo autonómico. Teniendo en cuenta que los Mozos de Escuadra ejercen en Cataluña las mismas funciones que la Policía Nacional en otros lugares de España, ha de concluirse que a los cuarenta años no hay obstáculos para desempeñar las propias de la Escala Ejecutiva de esta última.

Debemos recordar en este punto que confirmamos en nuestras sentencias de 31 de enero (casación 2202/2000) y 28 de junio (casación 846/2000) de 2006 las dictadas por la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que anularon una base de la resolución de convocatoria de pruebas selectivas para acceder a plazas de Inspector del Cuerpo de Mozos de Escuadra que fijaba en veintiún años la edad mínima para acceder a ellas y en cuarenta la máxima. Entonces, tuvimos que resolver un motivo de casación según el cual:

"(...) la fijación de esos límites mínimos y máximos de edad sí está plenamente justificada y no se basa en una decisión arbitraria de la Administración sino en razones que tienen su sentido práctico.

Respecto de la limitación de no superar los 40 años, se argumenta que tiene en cuenta que el Cuerpo de Mossos d'Esquadra es todavía un Cuerpo policial en evolución, por lo que interesa que sus miembros puedan disponer de una promoción continuada y constante a través de las diferentes escalas y categorías; y

este es el motivo de ese límite de los 40 años, ya que así se facilita la promoción a las categorías superiores (intendentes, comisarios y mayores) y, a la vez, se establece una proximidad con los inferiores. Y se añade que no se trata de calibrar la capacidad para realizar funciones sino de facilitar a quienes accedan a la promoción en su carrera administrativa.

En cuanto a la edad mínima de 21 años, se aduce que es la que habrá de tenerse tanto para estar en posesión de la titulación (del Grupo B) que se exige, como para reunir el periodo de 2 años de servicios en la categoría inferior que son necesarios para acceder por el turno de promoción interna. También se dice que es una manera de que las plazas las ocupen personas jóvenes con una cierta experiencia y madurez personal y profesional, condiciones -se dice- que difícilmente se adquieren antes de los 21 años (...).

Y dijimos al respecto:

"Sobre el primero, hay que comenzar recordando que incumbe a la Administración la carga de demostrar la existencia de esas razones objetivas y legítimas que han de concurrir en una diferencia de trato para que no sea discriminatoria y cubra el canon de constitucionalidad que significa el principio de igualdad (artículo 14 CE).

Con esta premisa ha de compartirse el razonamiento de la sentencia recurrida de que, por no existir suficiente justificación sobre él, debe considerarse inválido ese límite máximo de edad establecido en la convocatoria; y debe decirse que no puede considerarse lo aducido en esta casación para intentar demostrar esa justificación porque, sin haber denunciado por el correspondiente cauce casacional una posible incongruencia omisiva, se realiza sobre esta cuestión un planteamiento y se hacen unos alegatos que rebasan los términos de la controversia delimitada por la sentencia de instancia para su enjuiciamiento y a los que aquí es obligado ajustarse.

En cuanto al límite mínimo de edad (21 años), debe de ratificarse lo que razona la sentencia recurrida de que no se justifica suficientemente la sustitución del límite de la mayoría de edad, porque, si se busca una cierta experiencia, para la evaluación de este factor ya existe en el proceso selectivo la fase de concurso".

Y, también, se ha de recordar que el artículo 34.2 de la Ley 62/2003 , a propósito de la no discriminación en el trabajo, contemplando, en particular el acceso al empleo, además de expresar que el principio de igualdad supone la ausencia de discriminación directa o indirecta, entre otras circunstancias personales, por la edad , establece que las diferencias de trato que se fundaran en ella "no supondrán discriminación cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o del contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituye un requisito profesional esencial y determinante, siempre que el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado".

Pues bien a la vista de todo ello, no encontramos la debida justificación del límite máximo de edad cuestionado en este proceso, es decir, que sea esencial y determinante para desempeñar los cometidos propios de la Escala Ejecutiva del Cuerpo Nacional de Policía. Conclusión que se ve reforzada por las referencias, no desvirtuadas, que hace la demanda a lo dispuesto sobre el particular en otras policías.

Solamente nos falta añadir para completar nuestro razonamiento que no advertimos en este pronunciamiento contradicción con lo manifestado en la sentencia 75/1983 del Tribunal Constitucional , ni con la Directiva 2000/78/CE, invocadas ambas por el Abogado del Estado. No lo hace con la primera pues en ella se trataba de la edad máxima de sesenta años para acceder a un concreto y singular y muy relevante puesto municipal en el Ayuntamiento de Barcelona. Y tampoco con la segunda, transpuesta por la Ley 62/2003, pues nuestra razón de decidir es la falta de justificación razonable de por qué es necesario limitar a quienes no hayan cumplido treinta años el acceso por el turno libre a la Escala Ejecutiva del Cuerpo Nacional de Policía"».

Aunque la sentencia precitada se refiere a un proceso selectivo para ingreso en la Escala Ejecutiva de la Policía Nacional las razones expuestas en la misma deben ser igualmente atendibles en relación con la Guardia Civil.

TERCERO.- Trasladando la doctrina expuesta en el fundamento inmediatamente precedente al caso actualmente sometido a decisión, pues así lo exigen los principios de igualdad en la aplicación de la ley y unidad de doctrina, hemos de estimar el recurso de casación, anular la sentencia impugnada y, de conformidad con lo establecido en el artículo 95.2 d) de la LJCA , resolver la controversia en los términos en que apareciere planteada.

Y, como en aquéllos, se impone, desde luego, la estimación del recurso contencioso- administrativo deducido en la instancia, limitado únicamente a la recurrente que ha de comportar la anulación de las

resoluciones administrativas impugnadas en cuanto le excluyeron por razón de edad de la oposición libre para cubrir plazas de alumnos del centro de formación como aspirantes a ingreso en la escala facultativa superior de la Guardia Civil y el consiguiente reconocimiento del derecho de la recurrente a realizar las pruebas previstas en la convocatoria, para lo que la Administración deberá arbitrar las medidas necesarias. Todo ello con la consecuencia de que, de superar el proceso selectivo, los derechos económicos y administrativos correspondientes surtirán efecto desde el mismo momento en que los produjeron para los aspirantes que resultaron nombrados en virtud de la convocatoria de que fue excluida.

CUARTO.- De lo hasta aquí expuesto resulta claro que el artículo 18.3.b del Real Decreto 597/2002 de 28 de junio no es conforme a derecho y por tanto de conformidad con el artículo 27.3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo procede su anulación.

QUINTO.- A tenor de lo establecido por el artículo 139 de la LJCA , no hacemos imposición de costas en la instancia, debiendo correr cada parte con las suyas del recurso de casación.

En atención a cuanto se ha expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que nos contiene la Constitución Española.

FALLAMOS

1º. - Que ha lugar al recurso de casación num. 969/2013, interpuesto por Doña Daniela , representada por el Procurador de los Tribunales D. Luis Mellado Aguado, contra la sentencia dictada el 2 de noviembre de 2012 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid , en el recurso ordinario número 1893/2007 que anulamos.

2º.- Declaramos nulo el artículo 18.3.b del Real Decreto 597/2002 .

3º. - Que estimamos en lo sustancial el recurso contencioso administrativo núm. 1893/2007, anulamos las resoluciones administrativas impugnadas en la medida en que excluyen por razón de edad a la recurrente a quien reconocemos:

a) su derecho a no ser excluida por razón de edad de la oposición libre convocada por la resolución de la Subsecretaria del Ministerio de Defensa de fecha 30 de marzo de 2007, por la que se convocaban pruebas selectivas para ingreso en los centros docentes de formación para incorporación a la escala facultativa superior de la Guardia Civil.

b) su derecho a seguir el proceso selectivo conforme a lo previsto en esa convocatoria y, de superarlo, a ingresar en el centro de formación para incorporación a la escala facultativa de la Guardia Civil con efectos desde la fecha en que se produjo para los aspirantes ingresados en virtud de la misma.

c) No ha lugar al resto de las pretensiones.

4º.- Que no hacemos imposición de costas en la instancia, debiendo correr cada parte con las suyas del recurso de casación.

5º .- Publíquese el fallo de esta sentencia en el BOE conforme a la dispuesto en el artículo 72.2 de la LJCA .

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **PUBLICACION.-** Léida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo Sr. Magistrado Ponente de la misma, Don Jose Manuel Sieira Miguez, hallándose celebrando audiencia pública, ante mi el Letrado de la Administración de Justicia, certifico.