

Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7ª, Sentencia de 21 Mar. 2011, rec. 184/2008

Ponente: Murillo de la Cueva, Pablo Lucas.

Nº de Recurso: 184/2008

Jurisdicción: CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

LA LEY 29242/2011

Texto

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Marzo de dos mil once

SENTENCIA

Visto por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Séptima por los magistrados indicados al margen, el recurso contencioso-administrativo nº 184/2008, interpuesto por don Donato y por la ASOCIACIÓN STOP- DISCRIMINACIÓN, representados por el procurador don Luis Mellado Aguado, contra, primero, la desestimación por silencio y, después, la inadmisión por el Consejo de Ministros del recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 5 de octubre de 2007, de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, por la que se convoca oposición libre para cubrir plazas de alumnos del Centro de Formación, de la División de Formación y Perfeccionamiento, aspirantes a ingreso en la Escala Ejecutiva, categoría de Inspector, del Cuerpo Nacional de Policía; y contra la resolución de 26 de diciembre de 2007, también de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, por la que se publica la lista definitiva de admitidos y excluidos a la oposición de ingreso en la Escala Ejecutiva, categoría de Inspector, del Cuerpo Nacional de Policía, y se fija el calendario de realización de la primera prueba.

Se ha personado, como recurrida, la ADMINISTRACIÓN, representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito presentado el 10 de marzo de 2008 en el Registro General de este Tribunal Supremo, el procurador don Luis Mellado Aguado, en representación don Donato y de la Asociación STOP-Discriminación, interpuso recurso contencioso-administrativo contra la desestimación por silencio por el Consejo de Ministros del recurso de reposición que, conforme al artículo 107.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, interpusieron ante él contra la resolución de 5 de octubre de 2007, de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, por la que se convoca oposición libre para cubrir plazas de alumnos del Centro de Formación, de la División de Formación y Perfeccionamiento, aspirantes a ingreso en la Escala Ejecutiva, categoría de Inspector, del Cuerpo Nacional de Policía, y contra la resolución de 26 de diciembre de 2007, también de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, por la que se publica la lista definitiva de admitidos y excluidos a la oposición de ingreso en la Escala Ejecutiva, categoría de Inspector, del Cuerpo Nacional de Policía, y se fija el calendario de realización de la primera prueba y, presentadas alegaciones por las partes y por el Ministerio

Fiscal sobre la posible incompetencia de esta Sala para conocer del recurso y, en su caso, sobre la competencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por auto de 5 de noviembre de 2008 se acordó declarar la competencia de esta Sala.

SEGUNDO.- Por otro escrito, recibido el 1 de octubre de 2008, solicitó ampliación del recurso al acuerdo del Consejo de Ministros adoptado en su reunión de 13 de junio de 2008 por el que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la resolución anteriormente referida. Y, oídas las partes, se acordó dicha ampliación.

TERCERO.- Admitido a trámite, se requirió a la Administración demandada la remisión del expediente administrativo, ordenándole que practicara los emplazamientos previstos en el artículo 49 de la Ley de la Jurisdicción . Recibido, se dio traslado a la parte recurrente para que dedujera la demanda.

CUARTO.- Evacuando el traslado conferido, el procurador Sr. Mellado Aguado, en representación de los recurrentes, presentó escrito el 6 de julio de 2010 en el que, después de exponer los hechos y fundamentos que estimó pertinentes, solicitó a la Sala que

"(...) se dicte en su día sentencia por la cual, declarando probados los hechos mencionados en la presente demanda, se estime el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto contra las Resoluciones y actuaciones administrativas impugnadas en el presente proceso, y

- Se declare contrario a Derecho y nulo de pleno derecho, el requisito de la edad máxima exigido en la letra b) del artículo 2.1 de las Bases de la Convocatoria, aprobado por la Resolución de 5 de octubre de 2007 (...), procediendo a su anulación".

- Se declaren contrarias a Derecho y nulas de pleno derecho, la desestimación por silencio administrativo de nuestro recurso administrativo (...) interpuesto frente a la Resolución de 5 de octubre de 2007 y del Acuerdo del Consejo de Ministros, adoptado en la reunión de 13 de junio de 2008 (...) por el que se desestima (fuera de plazo) el recurso administrativo (...) interpuesto frente a la Resolución de 5 de octubre de 2007, procediendo a su anulación.

- Se declare contraria a Derecho y nula de pleno derecho, la exclusión del proceso selectivo impugnado de D. Donato y de cuantas personas han resultado excluidas por superar la edad máxima, exclusión que se declara en la Resolución impugnada de 26 de diciembre de 2007, de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil (...) procediendo a su anulación.

- Se declare contraria a Derecho y nula de pleno derecho el límite de edad contenido en la letra b) del artículo 7 del vigente Reglamento de los Procesos selectivos y de Formación en el Cuerpo Nacional de Policía (CNP) aprobado por Real Decreto 614/1995, de 21 de abril, publicado en el Boletín Oficial del Estado del 18 de mayo .

- Se declare el derecho de D. Donato a no ser discriminado por razón de edad y fecha de su nacimiento en la convocatoria impugnada y el ingreso en la categoría de Inspector de la Escala Ejecutiva del Cuerpo Nacional de Policía.

- Se declare el derecho de D. Donato , a ser restituido en su derecho a no ser discriminado por razón de edad en la convocatoria impugnada.

- Se elimine del Modelo de Instancia Oficial la declaración de reunir las condiciones de la convocatoria, puesto que dicha declaración impide la presentación de instancias a quienes se ven afectados por condiciones que consideran discriminatorias, impidiéndoles disfrutar del régimen normal establecido para los procesos selectivos: Bases, presentación de instancia, lista provisional, posibilidad de reclamación de la lista provisional y lista definitiva de admitidos y excluidos.

- Se condene a la Administración a estar y pasar por las anteriores declaraciones, restituyendo a las personas demandantes en su derecho a no ser discriminados por razón de edad, así como al

pago de las costas causadas en el presente proceso".

Por Primer Otrósí Digo relacionó los documentos adjuntados en encuadernación separada, solicitando que se tengan por debidamente presentados. Por Segundo, solicitó el recibimiento a prueba y señaló los hechos sobre los que debería versar. Por Tercero, formuló el trámite de conclusiones escritas, para el momento procesal oportuno. Y, por cuarto, fijó la cuantía del recurso en indeterminada, en función --dijo-- del objeto del mismo y en atención a lo que se dispone en el artículo 42.2 de la Ley de la Jurisdicción .

QUINTO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito presentado el 3 de septiembre de 2010 en el que suplicó a la Sala que inadmita el recurso por las dos causas de inadmisibilidad apuntadas en dicho escrito y, subsidiariamente, que se desestime.

SEXTO.- Denegado el recibimiento a prueba por auto de 14 de septiembre de 2010, se concedió a las partes el término sucesivo de diez días, a fin de que presentaran sus conclusiones. Trámite evacuado por escritos presentados el 4 y el 11 de noviembre del mismo año, incorporados a los autos.

SÉPTIMO.- Concluidas las actuaciones, mediante providencia de 13 de enero de 2011 se señaló para la votación y fallo el día 16 de marzo de este año, en que han tenido lugar.

En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **Pablo Lucas Murillo de la Cueva** , Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los recurrentes, don Donato y la Asociación STOP-Discriminación por él presidida, han impugnado la desestimación por silencio por el Consejo de Ministros del recurso de reposición que, conforme al artículo 107.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, interpusieron ante él contra la resolución de 5 de octubre de 2007, de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, por la que se convoca oposición libre para cubrir plazas de alumnos del Centro de Formación, de la División de Formación y Perfeccionamiento, aspirantes a ingreso en la Escala Ejecutiva, categoría de Inspector, del Cuerpo Nacional de Policía y, también, contra la resolución de 26 de diciembre de 2007, de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, por la que se publica la lista definitiva de admitidos y excluidos a la oposición de ingreso en la Escala Ejecutiva, categoría de Inspector, del Cuerpo Nacional de Policía, y se fija el calendario de realización de la primera prueba. Posteriormente, ampliaron el recurso al acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de junio de 2008 que inadmitió expresamente el referido recurso de reposición.

Los actores sostenían la nulidad del artículo 2.1 b) de la resolución de convocatoria en tanto imponía un límite máximo de edad a los aspirantes y, como quiera que ese requisito viene directamente establecido por el artículo 7 b) del Real Decreto 614/1995, de 21 de abril , por el que se aprueba el Reglamento de los Procesos Selectivos y de Formación en el Cuerpo Nacional de Policía , también afirmaban la nulidad del precepto y pidieron, en reposición, que la declarara el Consejo de Ministros, de conformidad con el citado artículo 107.3 , párrafo segundo.

El indicado artículo 2.1 b) de la resolución de 5 de octubre de 2007 exige para ser admitido a las pruebas selectivas que convoca:

"b) Tener dieciocho años de edad y no haber cumplido los treinta. No obstante lo anterior, para los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía en activo, que aspiren a ingresar en esta Categoría, la edad máxima se amplía a los treinta y cinco años".

Y el artículo 7 b) del Real Decreto 614/1995 dispone:

"Para ser admitido a la práctica de las pruebas selectivas será necesario reunir, antes de que termine el último día de plazo de presentación de solicitudes, los siguientes requisitos:

b) Tener dieciocho años de edad y no haber cumplido los treinta. No obstante lo anterior, para los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía en activo, que aspiren a ingresar en la categoría de Inspector, por el procedimiento de oposición libre, la edad máxima se amplía a los treinta y cinco años".

El acuerdo del Consejo de Ministros dictado el 13 de junio de 2008 inadmitió ese recurso por no apreciar legitimación en el Sr. Donato y en la Asociación STOP-Discriminación. En efecto, decía al respecto que

"(...) no se acredita en absoluto por el recurrente Sr. Donato , en cuanto persona física, ni por el citado en su condición del Presidente de la entidad asociativa y en representación de la misma, que el citado Sr. Donato ni los asociados integrados en ella, hayan participado o hayan estado en condiciones de participar en la convocatoria impugnada, o al menos, en convocatoria relacionada con la impugnada o hayan tenido relación alguna con procesos selectivos para ingreso en el Cuerpo Nacional de Policía".

SEGUNDO.- En su demanda se explica que el Sr. Donato , nacido el 8 de abril de 1974 y, por tanto, con más de treinta años en el momento de finalizar el plazo de presentación de solicitudes, fue excluido del proceso selectivo por resolución de 26 de diciembre de 2007, de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil (BOE del 9 de enero de 2008), precisamente por "falta del requisito de de edad". De ahí que no le parezca comprensible lo afirmado al respecto en el acuerdo del Consejo de Ministros a propósito de la legitimación.

En cuanto a la cuestión de fondo, desarrolla una muy extensa argumentación sobre el carácter discriminatorio de este límite de edad máxima. Argumentación de la que recogeremos sus aspectos sobresalientes.

Así, señala que dicho requisito si, de un lado, impide a quienes la hayan superado acceder a la función pública en la Escala y Cuerpo a que se refiere la convocatoria y crea incertidumbre sobre quienes podrán participar en ella, pues dependerá de cuando se publique, de otro no se justifica ya que las pruebas físicas y médicas garantizan por sí solas la idoneidad física de los aspirantes. Pruebas de las que destaca su rigor muy superior, dice, al de las previstas para acceder al Cuerpo de Mozos de Escuadra y a las Fuerzas Armadas. Señala que hay medios para garantizar las capacidades de los policías en activo por lo que el límite de edad máxima es innecesario aunque no discute que se establezca para determinados puestos de trabajo en los que se requiera una juventud acentuada. Además, precisa, la situación de segunda actividad permite atender los casos en que, antes de la edad de jubilación, se haya producido la pérdida de facultades necesarias para el adecuado desempeño de sus funciones (artículo 6.1 de la Ley 26/1994, de 29 de septiembre).

Por otro lado, la demanda apunta que las funciones policiales cada vez están más incardinadas con el uso de las tecnologías y menos con la fuerza física. Asimismo, menciona "innumerables ejemplos de extraordinaria capacidad incluso a edades muy superiores a la de treinta años" entre los que destaca a las de deportistas de variadas especialidades y que, de seguir el criterio de la resolución impugnada, diversos campeones de España, de Europa y del mundo y ganadores de medallas, no habrían podido participar en las competiciones en que lograron sus triunfos. Otro tanto dice respecto de la edad de participantes en las Olimpiadas de Policías y Bomberos de 2006.

También indica que el límite de edad no se puede justificar en el hipotético estrés de la profesión

policial ni en otros factores psicológicos y se fija en que para acceder por promoción interna a la categoría de Inspector no hay límite de edad y es de treinta y cinco años para los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía que aspiren a ello por oposición libre, mientras que, para ingresar en las escalas superiores a la Básica, los límites no bajan de los cuarenta años. Igualmente, observa que no los hay para ingresar en la categoría de Inspector de la Escala Ejecutiva de los Mozos de Escuadra y que en la Ertzaintza es de cuarenta y cinco años. Luego, afirma que no hay límites máximos de edad en Cuerpos de Policía de todo el mundo (FBI en Estados Unidos, Reino Unido, Israel, Suecia, Dinamarca, Finlandia, Noruega, Nueva Zelanda) y que tampoco los hay en los más importantes Cuerpos de Bomberos de España y otros países y que los existentes en cuerpos de élite de Fuerzas Armadas, como la Legión Extranjera francesa (cuarenta años), están muy lejos del impuesto por la resolución impugnada.

Termina estas consideraciones diciendo que en las últimas convocatorias a la Escala Ejecutiva del Cuerpo Nacional de Policía han quedado plazas sin cubrir en la categoría de Inspector y recordando la tendencia generalizada a eliminar o atrasar los límites de edad y la creciente sensibilidad social frente a la discriminación por razón de edad y el reforzamiento legislativo de su prohibición tanto en el Derecho interno como en el Comunitario Europeo. Luego avanza que tendrá un nulo impacto estadístico la eliminación del límite máximo de edad en el ingreso libre en la Escala Ejecutiva del Cuerpo Nacional de Policía.

A partir de aquí, desarrolla diversos razonamientos sustentados en los artículos 14 y 23.2 de la Constitución y en la aplicabilidad del Capítulo II, del Título II de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, dedicado a las "Medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato". Destaca que en él se trasponen las Directivas 2000/78/CE y 2000/43/CE. Antes ha recordado que el artículo 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ha incluido expresamente la edad entre las razones por las que prohíbe toda discriminación. Razona, después, la aplicabilidad de esas medidas a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y señala que otros países europeos están eliminando toda forma de discriminación basada en la edad dentro de los Cuerpos de Policía. Alega, además, la primacía del Derecho Comunitario, la interpretación más favorable a los derechos fundamentales conforme a los tratados internacionales, el carácter de valor superior del ordenamiento que la Constitución reconoce al principio de igualdad y el principio de interdicción de la arbitrariedad establecido por su artículo 9.3.

Desde estas premisas, ofrece estos términos de comparación para poner de manifiesto la discriminación de la que se queja: los nacidos antes del 12 de noviembre de 1977, los que cumplen en los primeros meses del año y los que lo hacen en los últimos, los aspirantes al ingreso en el Cuerpo Nacional de Policía y los que aspiran a acceder a otros cuerpos policiales funcional y estructuralmente análogos (Mozos de Escuadra), los funcionarios en activo del Cuerpo Nacional de Policía que pueden optar a las mismas plazas por promoción interna sin límite de edad, y los que lo hagan por oposición libre para los que el límite se fija en treinta y cinco años, frente a quienes como el Sr. Donato solamente pueden hacerlo hasta los treinta.

Finalmente, rechaza que el límite máximo de edad se justifique por criterios de capacidad y mérito o por presumir una distinta capacidad en función del día y mes de nacimiento. Tampoco admite que lo avale la mera pretensión de que el vínculo funcional tenga una duración determinada, ni la generación de derechos pasivos. Considera, por el contrario, falto de cobertura legal, irracional y desproporcionado el que se ha establecido en este caso, en el que ve, asimismo, desviación de poder porque este requisito no guarda relación con el adecuado desempeño de las funciones de la Escala de la que se trata. Insiste en que la igualdad ha de jugar más intensamente en el ingreso en la función pública y alega sentencias de distintos tribunales en las que se han anulado límites de edad, subrayando que aquí las razones de

nulidad son más claras todavía. Entre ellas se cuentan las dictadas por esta Sala el 31 de enero y el 28 de julio de 2006 (casación 2202/2000 y 846/2000, respectivamente), que anularon las exigencias de edad para acceder a plazas de Inspector del Cuerpo de Mozos de Escuadra.

TERCERO.- El Abogado del Estado pide la inadmisión del recurso por existir litispendencia y por falta de legitimación de los recurrentes. Denuncia, también, el que considera fraude procesal de los actores por servirse del recurso reposición *per saltum*. Subsidiariamente, solicita que desestimemos el recurso.

La contestación a la demanda, igualmente extensa, razona las causas de inadmisibilidad de este modo: (1º) sobre la litispendencia dice que pende el recurso de casación 4018/08 interpuesto por el Sr. Donato contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de abril de 2008, desestimatoria de su recurso contra la resolución de la Dirección General de la Policía de 2 de septiembre de 2004, de convocatoria del proceso selectivo para cubrir plazas de alumnos del Centro de Formación como aspirantes al ingreso en la Escala Ejecutiva del Cuerpo Nacional de Policía y contra la de 20 de diciembre siguiente que publicó la lista definitiva de admitidos y excluidos, figurando el actor entre los últimos por el límite de edad de treinta años. Por tanto, observa, se discute en él la misma cuestión que aquí y se da la triple identidad subjetiva, objetiva y causal; (2º) sobre la legitimación, además de remitirse a lo consignado al respecto por el acuerdo del Consejo de Ministros, añade que, careciendo del requisito de la edad, ni siquiera debió solicitar el recurrente tomar parte en las pruebas e invoca sentencias de esta Sala y Sección que no consideran irrazonable negar legitimación para impugnar procesos selectivos a quienes participan en ellos o lo intentan sin éxito por falta de los requisitos exigidos en la convocatoria; en cuanto a la Asociación STOP-Discriminación apunta que, no siendo persona física, no podía participar en la convocatoria y alega la jurisprudencia sobre la insuficiencia, para fundamentar la legitimación, de las autoatribuciones estatutarias.

En cuanto al fraude procesal, explica que lo adecuado habría sido recurrir en reposición la resolución impugnada ante el propio órgano directivo que la dictó y acudir contra su desestimación ante la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sin embargo, prosigue el Abogado del Estado, como el recurrente conocía que su pretensión había sido desestimada por la sentencia de 11 de abril de 2007 y por otra de 7 de junio del mismo año ha acudido al artificio de interponer el recurso de reposición *per saltum* cuando todas sus alegaciones se examinaron en los procesos en que se dictaron esas sentencias, ahora pendientes de recurso de casación.

Pasa, a continuación, el Abogado del Estado a rebatir las alegaciones de la demanda. Para ello explica las diferencias que existen entre las funciones propias de la Escala Básica y la Escala Ejecutiva del Cuerpo Nacional de Policía según el Real Decreto 1484/1987, de 4 de diciembre, y subraya que en ningún caso se excluye a esta última de tareas operativas. Igualmente, dice, a propósito de las fechas de las convocatorias, que se suelen producir todos los años en torno a las mismas con pocos días de diferencia y que la mayoría de los interesados saben que a lo largo del mes de septiembre se publica la correspondiente al año aunque puede suceder que en alguno no se convoquen plazas. Ofrece, asimismo, el número de las que se han convocado en los años que van desde 2006 hasta 2010 e informa de que la relación de opositores por plaza es de 32 por cada una y de que en los últimos cinco años se han cubierto todas. Por otro lado, dice que desde la finalización de los estudios necesarios para acceder a la Escala Ejecutiva hay tiempo suficiente para presentarse a varias convocatorias.

Después, señala que el artículo 6.1 c) de la Directiva 2000/78 /CE admite el establecimiento de una edad máxima para la contratación cuando se deba a los requisitos de formación del puesto de que se trate o a la necesidad de un período de actividad razonable previo a la jubilación. También indica que es el interés del servicio el que ha de tenerse presente y no los individuales

de los aspirantes. No ve incompatibilidad sino complementariedad entre las pruebas físicas y médicas y el límite máximo de edad, recalcando que la edad es determinante para el desarrollo de una auténtica carrera policial: habla de quienes desde la categoría de Inspector tienen por delante los años necesarios para adquirir la formación, experiencia y condiciones para ocupar en el futuro puestos de mando y dirección en el Cuerpo Nacional de Policía.

Ve aceptable el distinto trato dado al ascenso a Inspector por promoción interna en que quienes pueden beneficiarse de esa vía son personas ya ingresadas que han demostrado en procesos previos sus méritos, experiencia y capacidad para optar al ascenso de categoría. El límite de treinta y cinco años para acceder a Inspector por el turno libre los policías de la Escala Básica le parece admisible porque responde a la situación especial en que se hallan: al pertenecer ya al Cuerpo Nacional de Policía no son necesarias las pruebas físicas y médicas y la prolongación de la edad es una compensación al tiempo que dedicaron a la superación del proceso de selección y formación. Resalta las diferencias existentes con los deportistas de alto nivel y niega que sea cierta la tendencia de la que habla la demanda a la supresión o retraso por vía judicial de la edad máxima, con cita de la sentencia del Tribunal Constitucional 75/1983 y de varias del Tribunal Supremo y recuerda que la Directiva 2000/78 /CE, en su preámbulo, dice que no puede tener el efecto de obligar a las Fuerzas Armadas ni a los servicios de Policía a contratar o a mantener en su puesto de trabajo a personas que no tengan las capacidades necesarias para desempeñar cuantas funciones puedan tener relación con el objetivo legítimo de mantener el carácter operativo de dichos servicios. Aquí ve el Abogado del Estado la justificación del límite máximo de edad.

Termina la contestación a la demanda precisando que la sentencia del Tribunal Constitucional 37/2004 , invocada en la demanda, no prohíbe que el legislador tome en consideración la edad de los aspirantes y recogiendo los fundamentos de las sentencias que han desestimado los recursos presentados por los actores. En fin, pide que les condenemos en costas por su conducta procesal, es decir, por haber entablado este recurso estando pendiente uno de casación.

CUARTO.- Debemos comenzar nuestro examen por las causas de inadmisibilidad opuestas por el representante de la Administración.

Efectivamente, penden varios recursos de casación que, como dice la contestación a la demanda han sido interpuestos por el mismo recurrente, el Sr. Donato , y tienen el contenido que indica el Abogado del Estado. Más allá de que en ellos figure o no como recurrente también la Asociación STOP-Discriminación y de que se refieran a convocatorias diferentes, la razón principal por la que no advierte la Sala que esa circunstancia impida la admisibilidad del que ahora nos ocupa estriba en que ningún obstáculo hay para abordar directamente en este momento la cuestión controvertida. Dicho de otro modo, la existencia de esos procesos no condiciona la decisión que se ha de tomar en éste. Al contrario, planteada aquí no sólo la disconformidad a Derecho de una resolución administrativa, sino la de la norma reglamentaria que ha aplicado, no parece fuera de lugar afrontar ya esta cuestión sustancial y, desde la solución que se le dé, resolver después los recursos de casación. Al fin y al cabo, la Ley de la Jurisdicción dispone la tramitación preferente de los recursos interpuestos contra disposiciones generales (artículo 66) y todos los mencionados van a ser resueltos por esta misma Sala y Sección por lo que ningún riesgo hay de que se produzcan pronunciamientos contradictorios.

Tampoco es inadmisibile el recurso por falta de legitimación en cuanto lo interpone el Sr. Donato pues fue efectivamente excluido del proceso selectivo que nos ocupa por faltarle el requisito de la edad de manera que ha acreditado ser portador del interés legítimo exigido por el artículo 19.1 a) de la Ley de la Jurisdicción . De otro lado, la jurisprudencia que invoca el Abogado del Estado no es aplicable al caso porque, precisamente, lo que se discute en él es el requisito en

cuya virtud fue excluido el recurrente. Negarle legitimación para combatirlo equivaldría a privarle del derecho a impugnarlo. No ocurre lo mismo, sin embargo, con la Asociación STOP-Discriminación ya que no acredita más que el interés por la defensa de la legalidad, interés que la jurisprudencia considera insuficiente para sustentar la imprescindible legitimación.

Tampoco advertimos el fraude procesal denunciado por la contestación a la demanda. Según se ha dicho ya al resolver al respecto en el auto de 5 de noviembre de 2008 , a cuyos razonamientos nos remitimos: se daba en este caso el supuesto previsto en el artículo 107.3, párrafo segundo de la Ley 30/1992 por lo que los actores podían recurrir, como lo hicieron, ante el Consejo de Ministros. Es particularmente significativo a este respecto que su acuerdo de 13 de junio de 2008 no cuestionara el cauce utilizado para llegar a él y se limitara a inadmitir el recurso de reposición por falta de legitimación sin hacer mención alguna a la procedencia de interponerlo ante él. Por otro lado, no percibimos irregular la promoción de este proceso pese a pender otros en casación. Los recurrentes han hecho uso de los instrumentos que les ofrece el ordenamiento administrativo y procesal para defender su derecho de manera que no se les puede reprochar por ello.

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. Donato . *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 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.

SÉPTIMO.- Conforme a lo establecido por el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción , no se hace imposición de costas.

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

FALLAMOS

1º Que inadmitimos el recurso contencioso-administrativo nº 184/2008 en cuanto interpuesto por la Asociación STOP- Discriminación.

2º Que estimamos en lo sustancial ese mismo recurso en cuanto interpuesto por don Donato contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de junio de 2008 que inadmitió el recurso de reposición contra la resolución de 5 de octubre de 2007 de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil por la que se convoca oposición libre para cubrir plazas de alumnos del Centro de Formación y Perfeccionamiento, aspirantes a ingreso en la Escala Ejecutiva, categoría de Inspector, del Cuerpo Nacional de Policía; y contra la resolución de 26 de diciembre de 2007, también de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, por la que se publica la lista definitiva de admitidos y excluidos a la oposición de ingreso en la Escala Ejecutiva, categoría de Inspector, del Cuerpo Nacional de Policía, y se fija el calendario de realización de la primera prueba y

- a) anulamos el acuerdo del Consejo de Ministros impugnado;
- b) anulamos el requisito de edad establecido en la letra b) del artículo 2.1 de la resolución de 5 de octubre de 2007;
- c) anulamos, en cuanto le excluye por razón de edad, la de 26 de diciembre de 2007 y reconocemos el derecho del recurrente a no ser excluido por ese motivo del proceso selectivo a que se refieren las resoluciones recurridas;
- d) declaramos nulo el límite de edad establecido en el apartado b) del artículo 7 del Real Decreto 614/1995, de 21 de abril , por el que se aprueba el Reglamento de los Procesos selectivos y de formación en el Cuerpo Nacional de Policía .

3º Que no hacemos imposición de costas.

4º Publíquese esta sentencia en el Boletín Oficial del Estado.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .

PUBLICACIÓN.-

Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, estando constituida la Sala en audiencia pública en el día de su fecha, lo que, como Secretario de la misma, certifico.

laleydigital.es