



Roj: **STSJ M 1076/2019** - ECLI: **ES:TSJM:2019:1076**

Id Cendoj: **28079330082019100009**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **04/03/2019**

Nº de Recurso: **287/2018**

Nº de Resolución: **97/2019**

Procedimiento: **Contencioso**

Ponente: **MARIA DEL PILAR GARCIA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 1076/2019**,
AATSJ M 177/2019

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Octava

C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004

33009750

NIG: 28.079.00.3-2018/0010990

Derechos Fundamentales 287/2018 O - 07

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN OCTAVA

PROCEDIMIENTO DERECHOS FUNDAMENTALES Nº **287/2018**

SENTENCIA Nº 97/2019

Ilmos/as Sres/as.

Presidenta:

D. Amparo Guilló Sánchez Galiano

Magistrados/as:

D. Rafael Botella García Lastra

D^a Juana Patricia Rivas Moreno

D^a María del Pilar García Ruiz

En Madrid, a cuatro de marzo de dos mil diecinueve.

Vistos por la Sala, constituida por los Sres/as. Magistrados/as relacionados al margen, el recurso contencioso-administrativo registrado con el número **287/2018** y seguido por el PROCEDIMIENTO PARA LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA frente a la Resolución nº 452/38082/2018, de 23 de abril, de la Subsecretaría, Ministerio de Defensa, por la que se convocan procesos de selección para el ingreso en centros docentes militares de formación, mediante las formas de ingreso directo



y promoción, para la incorporación como militar de carrera a los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas, por la posible vulneración del derecho a la igualdad y de la prohibición de discriminación por razón de sexo.

Son partes en dicho recurso, como demandante D^a Guadalupe , representada por la Procuradora de los Tribunales D^a Olga Romojaro Casado, y como demandada la Administración del Estado (Ministerio de Defensa), representada por y dirigida por la Abogacía del Estado.

Conforme a las prescripciones legales, ha tenido igualmente intervención en el proceso el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora de los Tribunales D^a Olga Romojaro Casado, en nombre y representación de D^a Guadalupe , se interpuso recurso contencioso-administrativo por el procedimiento especial para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona contra la resolución a la que antes se ha hecho referencia. Reclamado y recibido el expediente administrativo, se ordenó seguir las actuaciones poniéndose de manifiesto al recurrente, junto con el expediente administrativo, a fin de que procediese a formalizar demanda acompañando a la misma los documentos que estimase conveniente para la defensa de su pretensión.

SEGUNDO.- Formalizada la demanda, se dio traslado al Ministerio Fiscal y a la Administración demandada al objeto de que formularan sus alegaciones y acompañasen los documentos que estimasen oportunos; trámite que dio como resultado el que obra en autos y se tiene ahora por reproducido.

TERCERO.- Acordado el recibimiento a prueba, se practicó la que consta en autos, declarándose más tarde concluidas las actuaciones y señalándose para el acto de votación y fallo el día 16 de enero de 2019.

CUARTO.- Por Providencia de fecha 16 de enero de 2019, la Sala acordó lo siguiente:

" Visto el estado que presentan estas actuaciones, y dado que por la Administración demandada no se practicaron los emplazamientos a que venía obligada conforme al artículo 49 de la Ley Jurisdiccional, se acuerda la suspensión del señalamiento hecho para el día de la fecha a fin de que por el Ministerio de Defensa se proceda a emplazar, para su posible comparecencia en el presente recurso, en el plazo legalmente previsto, a cuantas personas pudieran resultar interesadas en el mismo por tener la condición de aspirantes seleccionados en el proceso selectivo convocado por Resolución n^o 452/38082/2018, de 23 de abril, de la Subsecretaría de Defensa, o, en caso de no haber finalizado aún dicho proceso selectivo, a aquellos aspirantes que hayan superado las pruebas celebradas hasta la fecha de ésta nuestra resolución".

QUINTO.- Por Oficio de fecha 31 de enero de 2019, de la Subdirección General de Reclutamiento y Orientación Laboral de la DIGEREM, se informó a esta Sala que *"no se ha procedido a emplazamiento alguno al no existir ninguna aspirante que pudiera verse afectada en el proceso selectivo convocado por Resolución 452/38082/2018, de 23 de abril, de la Subsecretaría, por la que se convocan procesos de selección para el ingreso en los centros docentes militares de formación, mediante las formas de ingreso directo y promoción, para la incorporación como militar de carrera a los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas"*.

SEXTO.- A la vista de dicho escrito, por Providencia de 13 de febrero de 2019, el presente recurso fue señalado de nuevo para el acto de votación y fallo el día 27 de febrero de 2019, en cuya fecha tuvo lugar.

SÉPTIMO.- En la sustanciación de las presentes actuaciones se han observado los preceptos y prescripciones legales en vigor.

Siendo Ponente la Magistrada Ilma. Sra. D^a María del Pilar García Ruiz, quien expresa el parecer de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso seguido por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona se ha interpuesto frente a Resolución n^o 452/38082/2018, de 23 de abril, de la Subsecretaría, Ministerio de Defensa, por la que se convocan procesos de selección para el ingreso en centros docentes militares de formación, mediante las formas de ingreso directo y promoción, para la incorporación como militar de carrera a los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas, como consecuencia de la posible lesión del derecho a la igualdad y de la prohibición de discriminación por razón de sexo.

En concreto, la actora dirige el recurso a la impugnación de la Base Décima de la Convocatoria, apartado 2.3.3, en el extremo relativo a la aplicación del Cuadro Médico de Exclusiones recogido en la Orden PRE/2622/2007, de 7 de septiembre (BOE N^o 220, de 13 de septiembre), y, en particular, el requisito relativo a la altura que debe alcanzar como mínimo el aspirante, independientemente del sexo, fijada en 160 cm. En bipedestación.



SEGUNDO.- La parte demandante interesa se dicte una Sentencia estimatoria por la que se declare la vulneración del derecho fundamental de cuya preservación aquí se trata, instando igualmente el restablecimiento del mismo en los términos que se contienen en el suplico de la demanda.

En concreto, solicitó la parte actora (1) que se declare contraria a Derecho la resolución recurrida, por cuanto resulta discriminatoria por razón de sexo al exigir a las mujeres la misma altura mínima que a los hombres. (2) Modificar el contenido de la convocatoria que contiene la resolución impugnada en el sentido de exigir a las mujeres candidatas a obtener una de las plazas convocadas la altura mínima de 155 cm. (3) Imponer a la demandada las costas procesales. En esencia, la parte actora apoya tales pretensiones en la infracción del derecho fundamental a la igualdad y de la prohibición de discriminación por razón de sexo en la medida en que la convocatoria, al exigir a candidatos, sin distinción de sexo, un requisito igual consistente en una altura mínima de 160 cm. en bipedestación, estaría perjudicando en mayor medida a las posibles aspirantes de sexo femenino ya que, dice, la mayoría de los hombres tienen unas condiciones físicas (entre ellas, la estatura) superiores a las de las mujeres, lo que hace que el porcentaje de mujeres que no pueden acceder a estos procesos selectivos sea muy superior al de los aspirantes hombres, y favoreciendo, por ello, el que los posibles Oficiales de los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas sean en mayor medida hombres y no mujeres. Se apoya además la recurrente en el pronunciamiento dictado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Sentencia de 18 de octubre de 2017 en la que interpreta, en un asunto similar a éste, la Directiva 76/207/CEE y la posterior Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional.

Dado traslado al Ministerio Fiscal, éste formula alegaciones instando la estimación parcial del recurso por entender que es nula de pleno Derecho la Base de la Convocatoria impugnada (Base Décima, apartado 2.3.3) en la medida en que exige una altura mínima igual para los aspirantes del proceso selectivo, sin diferenciación por sexos. Entiende el Ministerio Fiscal que tal requisito contiene una discriminación indirecta por razón de sexo siendo razonable la distinción entre la altura exigible al hombre y a la mujer candidatos en el mismo proceso selectivo. Pone el ejemplo de que un hombre, con la misma estatura de una mujer, puede ser considerado socialmente como de estatura media, mientras que la mujer, en el caso opuesto, puede ser considerada de estatura alta.

Por su parte, la Administración demandada, oponiéndose a la demanda, solicita que se declare la inadmisibilidad del presente recurso, por falta de legitimación activa de la recurrente, o, en su defecto, que el mismo se desestime por entender que de la resolución impugnada no se deriva vulneración alguna de ningún derecho fundamental. En cuanto a la falta de legitimación activa de la recurrente, sostiene la Abogacía del Estado que ha de presumirse así dado que la actora no ha acreditado el haber participado en el proceso selectivo del que aquí se trata, ni tampoco, en tal caso, el haber sido excluida del mismo al no alcanzar la altura mínima exigible. En relación con la cuestión de fondo, sostiene la representación procesal de la Administración que la Resolución por la que se convocan las pruebas de acceso a los centros de formación militar no puede, en virtud del principio de inderogabilidad singular de los reglamentos, ir en contra de la Orden por las que se aprueba del Cuadro Médico de Exclusiones aplicable para dicho tipo de procesos de selección. Niega, igualmente, la Abogacía del Estado la vulneración que la actora imputa a la resolución recurrida, de los artículos 14 y 23.2 de la Constitución al no constar, insiste en ello, que haya una decisión administrativa de exclusión de la demandante del proceso selectivo en cuestión. Por último, la demandada afirma, subsidiariamente a lo anterior, que si lo pretendido es impugnar la legalidad de la Orden Ministerial de 7 de septiembre de 2007, esta Sala carecería de competencia objetiva para conocer de tal pretensión por corresponder la misma a la Sala de igual clase que ésta pero de la Audiencia Nacional.

TERCERO.- Expuesto lo anterior, procede que entremos ya a examinar y decidir las cuestiones suscitadas en este recurso comenzando, como es de obligada observancia, por la relativa a la posible inadmisibilidad del presente recurso, tal como ha sido aducida por la Administración demandada por falta de legitimación activa de la recurrente, al amparo de lo previsto en el artículo 69.b), en relación con el artículo 19.b), ambos de la Ley Jurisdiccional.

En relación con la legitimación activa esta Sala tiene reiteradamente declarado que la misma viene determinada en este orden jurisdiccional por la invocación en el proceso de la titularidad de un derecho o interés legítimo que suponga una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de manera que la estimación del recurso produzca un beneficio o la eliminación de un perjuicio para el recurrente. Todo ello según doctrina jurisprudencial consolidada tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional.

El Tribunal Supremo viene modulando las posibles manifestaciones de la institución jurídica de la legitimación de forma continuada y pacífica a través de sus pronunciamientos. A título puramente ilustrativo, pueden citarse, entre otras, la STS de 7 de abril de 2005 (Rec. Cas. 5572/2002) con cita de las sentencias de 29 de octubre



de 1986 , 18 de junio de 1997 y de 22 de noviembre de 2001 (Rec. Cas. 2134/1999), en la cual razona que " el concepto de legitimación encierra un doble significado: la llamada legitimación " ad processum" y la legitimación "ad causam". (...) Consiste la primera en la facultad de promover la actividad del órgano decisorio, es decir, la aptitud genérica de ser parte en cualquier proceso, lo que "es lo mismo que capacidad jurídica o personalidad, porque toda persona, por el hecho de serlo, es titular de derechos y obligaciones y puede verse en necesidad de defenderlos". (...) La legitimación "ad causam", de forma más concreta, se refiere a la aptitud para ser parte en un proceso determinado, lo que significa que depende de la pretensión procesal que ejercite el actor o, como dice la sentencia antes citada, consiste en la legitimación propiamente dicha e "implica una relación especial entre una persona y una situación jurídica en litigio, por virtud de la cual es esa persona la que según la Ley debe actuar como actor o demandado en ese pleito " .

Se acoge la anterior doctrina en más reciente Sentencia de 17 de julio de 2014 y 27 de octubre de 2014 (Rec. Cas. (R/4490/12) asentando el concepto de legitimación en los siguientes criterios: "1º.- Al percutir el juicio sobre la legitimación en el acceso a la jurisdicción debe jugar con eficacia el principio pro actione en un ámbito tradicionalmente antiformalista como es el contencioso-administrativo, en el que en su momento se forjó jurisprudencialmente el criterio del interés legítimo. 2º.- Ese juicio está vinculado a la relación material que media entre el recurrente y el objeto de la pretensión que se ejercita en el proceso, por lo que la legitimación ad causam, como manifestación concreta de la aptitud para ser parte en un proceso determinado, depende de la pretensión procesal que ejercite el actor. 3º.- Tiene que haber una concreta ventaja o beneficio que se derive de una sentencia estimatoria. No basta la sola referencia a la incidencia en el interés general, lo que es una conexión genérica y abstracta. Por tanto, la anulación del acto o disposición impugnada debe producir beneficio o efecto positivo o bien evitar uno negativo, un perjuicio actual o futuro, pero cierto. 4º El interés legítimo es más amplio que el directo, pero es interés en sentido propio, cualificado o específico y distinto del mero interés por la legalidad. 5º Se exige que la anulación del acto o disposición repercuta directa o indirectamente, en la esfera jurídica del recurrente, pero de un modo efectivo y acreditado, no meramente hipotético">

Habrà de tenerse en cuenta igualmente la doctrina jurisprudencial sobre el interés legítimo, que implica una relación unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto impugnado) y comporta que su anulación produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto (STS de 1/10/90); presupone que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir , no meramente hipotético, potencial y futuro , en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación; y en todo caso ha de ser cierto y concreto, sin que baste su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento (SSTS de 4 de febrero de 1991 , 17 de marzo y 30 de junio de 1995 , 12 de febrero de 1996 , 9 de junio de 1997 y 8 de febrero de 1999 , entre otras muchas; y SSTC núm. 60/1982 , 62/1983 , 257/1988 , 97/1991 , 195/1992 , 143/1994 y ATC 327/1997).

Por su parte el Tribunal Constitucional en STC 28/2014, de 24 de febrero (Rec. Amparo 9192/2009) razona lo siguiente: "Constituye doctrina reiterada de este Tribunal que, a partir de una lectura sistemática e integradora de los arts. 161.1, letra b), CE y 46.1, letra b), LOTC, para que concorra legitimación activa no es suficiente con haber sido parte en los distintos procedimientos que conforman la vía previa al amparo constitucional (SSTC 257/1988, de 22 de diciembre, FJ 3 ; 47/1990, de 22 de marzo, FJ 2 ; 92/1997, de 8 de mayo, FJ 1 ; 84/2000, de 27 de marzo, FJ 1 ; y 158/2002, de 16 de septiembre , FJ 1), sino que es preciso que el demandante acredite un interés legítimo en el asunto que ha de ventilarse, sin que pueda confundirse dicho interés con un "interés genérico en la preservación de derechos", sino que ha de tratarse de un "interés cualificado y específico" en la preservación de los derechos fundamentales cuya tutela se impetra (SSTC 148/1993, de 29 de abril, FJ 2 , y 144/2000, de 29 de mayo , FJ 5)".

En este caso, la Abogacía del Estado opone la falta de legitimación activa de la recurrente basándose en la falta de acreditación por ésta de su participación en el proceso selectivo del que aquí se trata y, en su caso, en la ausencia de alguna resolución que la excluyera del mismo por no reunir el requisito cuya exigencia considera discriminatoria en el sentido que indica en su demanda. Sin embargo, una vez estudiados uno y otro motivo, la Sala ha decidido que resulta imposible acoger cualquiera de ellos, por las razones que se pasa a exponer.

De entrada, el examen del expediente administrativo y la documental incorporada a los autos permiten afirmar que, en efecto, la actora fue admitida para su participación en el proceso de selección convocado por la Resolución que se impugna en este proceso. Así se deriva de la publicación por la Dirección General de Reclutamiento y Enseñanza militar, por Resolución de 23 de mayo de 2018, del listado de admitidos por el sistema de ingreso directo para el Cuerpo de Intervención. El hecho de que no exista ninguna resolución de exclusión de la recurrente del proceso selectivo, además de ser innecesaria -puesto que por su mera participación ya estaría legitimada activamente para recurrir las bases de la convocatoria a la que ha decidido presentarse- resulta fácilmente explicable teniendo en cuenta que la prueba de reconocimiento médico (Base



Décima, apartado 2.3) es una de las tres que sirven para verificar la aptitud psicofísica; pruebas que se realizan, con las de conocimientos y lengua inglesa, en todo caso tras la fase de concurso en la que sólo puede participar el aspirante, es obvio, si ha sido admitido en el proceso selectivo.

Ha de recordarse además que el artículo 12.2 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, dispone que

"2. La capacidad y legitimación para intervenir en los procesos civiles, sociales y contencioso-administrativos que versen sobre la defensa de este derecho corresponden a las personas físicas y jurídicas con interés legítimo, determinadas en las Leyes reguladoras de estos procesos".

En consecuencia, por lo expuesto, no cabe sino concluir que la actora está investida de la legitimación activa necesaria para la interposición y mantenimiento del presente recurso por lo que así ha de declararse junto con el rechazo de la causa de inadmisibilidad opuesta por la Administración demandada.

CUARTO.- Una vez despejado el anterior óbice procesal, para entrar a resolver la cuestión de fondo suscitada en el presente recurso (la vulneración o no por la resolución recurrida del principio, valor y derecho fundamental a la igualdad y de la prohibición de discriminación por razón de sexo), dado que el presente recurso nos sitúa en el ámbito del Procedimiento Especial para la Protección de los Derechos Fundamentales, según hemos dicho, entre otras, en Sentencia de 7 de octubre de 2016 (Rec. Apel. 579/2016), habremos de recordar con carácter previo que la Ley Jurisdiccional determina en relación con este procedimiento, concretamente en su artículo 114.2, que podrán hacerse valer por este cauce procesal las pretensiones a que se refieren los artículos 31 y 32, siempre que tengan como finalidad la de restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales el recurso hubiere sido formulado.

Tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional han sentado una doctrina reiterada que impide fundamentar este tipo de procedimientos preferentes y sumarios en cuestiones de legalidad ordinaria -pues las mismas se reservan al ámbito de conocimiento del proceso contencioso administrativo ordinario- si bien ha de tenerse presente la delimitación contenida en el artículo 121.2 de la propia Ley Reguladora de esta Jurisdicción, a cuyo tenor "La sentencia estimará el recurso cuando la disposición, la actuación o el acto incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder, y como consecuencia de la misma vulneren un derecho de los susceptibles de amparo".

En este sentido, el Tribunal Constitucional en su ya antigua STC 212/1993, de 28 de junio de 1993 (Rec. 1398/1990), aclaró que

"...la existencia del proceso especial contencioso administrativo no implica un derecho a disponer libremente de tal proceso con la mera invocación por el recurrente de un derecho fundamental. Por el contrario, los órganos judiciales pueden, de modo constitucionalmente legítimo, haciendo uso de las facultades que al efecto le corresponde, velar por el cumplimiento de los presupuestos exigidos para el tipo especial de proceso y cuando prima facie pueda afirmarse sin duda alguna que el acto impugnado no ha repercutido en el ámbito de los derechos fundamentales alegados, la consecuencia puede ser lícitamente la inadmisión del recurso".

Ello es una lógica consecuencia de que la elección del procedimiento no sea una cuestión voluntaria que dependa del albedrío del recurrente, y de armonizar con la naturaleza de las pretensiones que en él se están ejerciendo, sin ser de recibo, sin embargo, admitir que, cualquier pretensión y por cualquier motivo o argumento, pueda ser encauzada por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona por ser éste un procedimiento especial y sumario, que tiene ventajas procesales (como son la rapidez, brevedad de los plazos, posibilidad de segunda instancia, exención de tasas procesales y otras), pero a cambio cuenta con limitaciones sobre el enjuiciamiento que cabe válidamente efectuar en dicho procedimiento.

Junto a lo anterior, al estar en debate si la Administración demandada actuó o no en este caso vulnerando el principio de igualdad y la prohibición de discriminación que consagran, con carácter general, el artículo 14, y, específicamente en el ámbito de la función pública, el artículo 23.2, ambos de la Constitución Española, será útil que ahora recordemos la consolidada doctrina (por todas, la STC 200/2001, de 4 de octubre) en la que el Tribunal Constitucional enseña que el juicio de igualdad es de carácter relacional; esto es, que el análisis de su posible infracción ha de ponerse en relación con otro derecho fundamental de modo que la vulneración de este último produzca una efectiva desigualdad material que adquirirá relevancia constitucional a los efectos de considerar infringido el derecho, valor y principio consagrado en el artículo 14 del Texto Fundamental cuando la referida desigualdad carezca de una justificación objetiva y razonable. La vulneración de la igualdad requiere, por tanto, como presupuestos obligados, de un lado, que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas (STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 10) y, de otro, que las situaciones subjetivas que quieran traerse



a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso (SSTC 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 6 ; 29/1987, de 6 de marzo, FJ 5 ; 1/2001, de 15 de enero , FJ 3).

El desarrollo de los preceptos constitucionales sobre los que gira la jurisprudencia reseñada se produjo por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres; una norma cuyo artículo 5 impone la igualdad de trato y de oportunidades en el acceso al empleo, en la formación y en la promoción profesionales, y en las condiciones de trabajo. En concreto, señala el párrafo primero del citado artículo que

"El principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, aplicable en el ámbito del empleo privado y en el del empleo público, se garantizará, en los términos previstos en la normativa aplicable, en el acceso al empleo, incluso al trabajo por cuenta propia, en la formación profesional, en la promoción profesional, en las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, y en la afiliación y participación en las organizaciones sindicales y empresariales, o en cualquier organización cuyos miembros ejerzan una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas".

En coherencia con lo anterior, el artículo 6 de la misma Ley Orgánica 3/2007 citada, distingue entre discriminación directa e indirecta del siguiente modo:

"1. Se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable.

2. Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.

3. En cualquier caso, se considera discriminatoria toda orden de discriminar, directa o indirectamente, por razón de sexo".

Finalmente, la Ley Orgánica 3/2007 establece en su artículo 7, apartado 1 que

"1. Con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso".

La Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, como ley especial, también es explícita a la hora de consagrar el principio de igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito de las Fuerzas Armadas. Lo hace en su artículo 6.apartado 1 diciendo que

"1. La igualdad de trato y de oportunidades es un principio que en las Fuerzas Armadas se aplicará de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y que estará especialmente presente en el desarrollo y aplicación de esta ley en lo relacionado con el acceso, la formación y la carrera militar".

QUINTO.- La Base Común Décima de la Convocatoria de la que aquí se trata dispone en su apartado 2.3.3:

"Reconocimiento Médico: (...)

Se aplicará el cuadro médico de exclusiones indicado en la Orden PRE/2622/2007, de 7 de septiembre ("BOE" número 220, del 13), exigible para el ingreso en los centros docentes militares de formación, modificada por la Orden PRE/528/2009, de 2 de marzo ("BOE" número 55, del 5)".

Por su parte, el artículo 2 del Anexo de la referida Orden, dispone lo siguiente que es de interés resaltar en relación con la exclusión por la estatura de los aspirantes, sin distinción de sexo, en un proceso selectivo como el que aquí nos ocupa:

"A. Parámetros biológicos, enfermedades y causas generales.

Parámetros biológicos:

1. Talla:

a) En bipedestación:

Inferior a 160 cm. o superior a 203 cm. con las excepciones siguientes:

a.1) Para militar profesional de tropa y marinería: Inferior a 155 cm. o superior a 203 cm.



a.2) Para la Escala Superior de Oficiales y Escala de Oficiales (especialidad fundamental de operaciones aéreas) del Cuerpo General del Ejército del Aire: Inferior a 160 cm. o superior a 196 cm.

SEXTO.- En este caso, la aplicación de los preceptos constitucionales y legales más arriba referidos así como la jurisprudencia reseñada debe conducir a la estimación parcial del presente recurso, por las razones que se pasa a exponer.

La Base Común Décima de la Convocatoria remite a la Orden que establece el Cuadro Médico de Exclusiones a aplicar a los aspirantes del proceso selectivo del que se trata en estos autos. Y tal Cuadro Médico, como se ha dejado expuesto también, establece como causa de exclusión, sin distinguir entre aspirantes hombres y mujeres, el no alcanzar una altura, en bipedestación, de 160 cm.

En una primera y superficial aproximación al contenido de la norma en cuestión, podría considerarse que la unificación de la exigencia de una talla mínima para todos los aspirantes, sin distinción de sexo, cumpliría el canon constitucional de igualdad de trato y de oportunidades en el acceso a la carrera militar. Sin embargo, una reflexión más detenida y profunda como la que postula la actora en su demanda, y comparte el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones, conduce precisamente a la conclusión opuesta.

Esta causa de exclusión desconoce, a juicio de esta Sala, la realidad morfológica del ser humano, que, en función del sexo, suele mostrar que el hombre, por regla general, es más alto que la mujer, lo que, sin necesidad de mayor razonamiento, permite afirmar que, en comparación entre ambos sexos, a priori, habrá más hombres que mujeres que superen el 1,60 m. de estatura. Éste, para la Sala, es un hecho notorio que, por tanto, no precisa de prueba alguna a tenor de lo dispuesto en el artículo 281.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Si la regla general es que, por naturaleza, hay más hombres que mujeres que superen el 1,60 de estatura, en una convocatoria como la que aquí nos ocupa el resultado será que habrá más posibilidades de que las mujeres aspirantes sean finalmente excluidas por no cumplir este concreto requisito y que, en consecuencia, en los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas haya siempre más hombres que mujeres, tan sólo porque aquéllos, por su propia constitución y morfología, suelen ser más altos que éstas.

Lo anterior, dado que la Administración no ha ofrecido en la disposición aplicable ningún argumento que pudiera justificar la exigencia del requisito cuestionado en estos autos (en particular, para el acceso al Cuerpo de Intervención, que es de lo que aquí se trata), ello constituye a juicio de la Sala un paradigma de discriminación indirecta -de la mujer, en este caso- que resulta contrario al principio de igualdad consagrado, con carácter general, en el artículo 14 de la Constitución ; en particular, en el artículo 23.2 de la misma cuando de lo que se trata, como aquí, es del acceso al empleo público, en este caso, a la carrera militar. Ello debe conducir, como se dijo, a la estimación del presente recurso en el concreto extremo que ahora estamos examinando, declarando la nulidad de la punto 2.3.3 de la Base Común Décima de la Convocatoria en la medida en que remite a otra norma reglamentaria que resulta contraria a la Constitución y a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo.

La conclusión que por los hechos del caso alcanza la Sala tiene además y prioritariamente su apoyo en la interpretación que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea hace, en su Sentencia de 18 de octubre de 2017 (Asunto C -409) de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo en su versión modificada por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002. Directivas que, recuérdese, fueron incorporadas al Ordenamiento jurídico español precisamente por la ya citada Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo.

El Tribunal de Justicia en la referida STJUE de 18 de octubre de 2017 , resolviendo una cuestión prejudicial planteada dentro de un asunto suscitado ante los Tribunales de Grecia (en la que se preguntaba "si las disposiciones de las Directivas 76/207 y 2006/54 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el asunto principal, que supedita la admisión de los candidatos al concurso para el ingreso en la Escuela de Policía de dicho Estado miembro, independientemente de su sexo, al requisito de tener una estatura mínima de 1,70 m"), razonó lo que ahora será de interés reproducir:

" Según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, existe discriminación indirecta cuando la aplicación de una medida nacional, aunque formulada de manera neutra, perjudica de hecho a un número muy superior de mujeres que de hombres. (...).

Así las cosas, es preciso determinar si la exigencia de una estatura física mínima, como la prevista en la normativa controvertida en el litigio principal, es adecuada para garantizar la consecución del objetivo perseguido por dicha normativa y no va más allá de lo necesario para alcanzarlo.



A este respecto, si bien es cierto que el ejercicio de las funciones de policía relativas a la protección de las personas y bienes, la detención y la custodia de los autores de hechos delictivos y las patrullas preventivas pueden requerir el empleo de la fuerza física e implicar una aptitud física particular, no lo es menos que algunas funciones de policía, como el auxilio al ciudadano o la regulación del tráfico, no precisan aparentemente un esfuerzo físico elevado (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de noviembre de 2014, Vital Pérez, C 416/13 , EU:C:2014:2371 , apartados 39 y 40).

Por otra parte, aun suponiendo que todas las funciones ejercidas por la policía helénica exigieran una aptitud física particular, no parece que dicha aptitud esté necesariamente relacionada con la posesión de una estatura física mínima y que las personas de una estatura inferior carezcan naturalmente de dicha aptitud".

Termina por declarar el Tribunal de Justicia en la repetida Sentencia que

"Las disposiciones de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, en su versión modificada por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que supedita la admisión de los candidatos al concurso para el ingreso en la Escuela de Policía de dicho Estado miembro, independientemente de su sexo, a un requisito de estatura física mínima de 1,70 m, toda vez que esa normativa supone una desventaja para un número mucho mayor de personas de sexo femenino que de sexo masculino y que la citada normativa no parece adecuada ni necesaria para alcanzar el objetivo legítimo que persigue, circunstancia que corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar".

SÉPTIMO.- La conclusión anunciada y ya razonada sobre la estimación parcial del presente recurso debe ser cerrada en este Fundamento exponiendo las razones por las que no pueden acogerse íntegramente las pretensiones ejercitadas en el suplico del escrito rector; en particular, la segunda que formula la actora así: "(2) Modificar el contenido de la convocatoria que contiene la resolución impugnada en el sentido de exigir a las mujeres candidatas a obtener una de las plazas convocadas la altura mínima de 155 cm.".

La parte recurrente sostiene que la estatura unificada para los aspirantes, hombres y mujeres, en este proceso selectivo, fijada en 160 cm. resulta discriminatoria para la mujer en las condiciones y ante las circunstancias que ya se han acogido por esta Sala con base en los razonamientos expuestos. Sin embargo, la fijación en esta Sentencia de una determinada altura (que la actora pretende en 155 cm.) para la modificación que se realice de esta convocatoria carece en absoluto de fundamento puesto que ninguna prueba ha ofrecido sobre el hecho de que tal concreto límite objetivo sea más conforme al canon de constitucionalidad exigible en función del principio de igualdad y no discriminación, y para las concretas funciones que habrán de realizar, una vez superado el proceso selectivo, los miembros del Cuerpo de Intervención de las Fuerzas Armadas. Además, ha de recordarse que la convocatoria de pruebas selectivas de acceso al empleo público forma parte de la potestad de organización de la Administración siendo, pues, de naturaleza discrecional. Pero, más allá de la existencia o no prueba sobre ello en el proceso, no puede olvidarse que el artículo 71 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción prohíbe a los órganos jurisdiccionales determinar el contenido discrecional de los actos, como el aquí impugnado, que sean anulados. Es decir, lo que la Administración, en definitiva, no podía hacer era establecer en la convocatoria un requisito que, como se ha dicho, resulta frontalmente contrario al principio de igualdad; pero nada impide que, en ejercicio de la discrecionalidad ínsita en la potestad de autoorganización para la que está habilitada por el ordenamiento jurídico, determine cuál debe ser la estatura exigible para la mujer aspirante en este proceso selectivo y cuál para el hombre.

Tan sólo a mayor abundamiento, no puede la Sala dejar de constatar que en el BOE nº 11, de fecha 12 de enero de 2019, se publicó la Orden PCI/6/2019, de 11 de enero, por la que se aprueba el cuadro médico de exclusiones exigible para el ingreso en los centros docentes militares de formación. Esta Orden ya distingue entre la talla mínima exigible a mujeres (155 cm.) y a hombres (160 cm.) aspirantes en los procesos selectivos iguales al que aquí nos ocupa. Y lo explica del modo siguiente:

"Por otra parte, se trata de evitar la discriminación que se produce al fijar las mismas alturas para mujeres y hombres al ser diferente la estatura media, por sexo, de la población española. Esta medida se ajusta a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de octubre de 2017 , en contra de establecer unas estaturas mínimas comunes para ambos sexos por considerarla causa de "discriminación indirecta". La altura exigida en esta nueva norma revisa la establecida en la Orden PRE/2622/2007, de 7 de septiembre, aplicada hasta ahora, estando dirigida la nueva talla mínima a asegurar unas condiciones físicas que se estiman necesarias para las funciones tan exigentes que han de realizar".

Entiende la Sala, pues, que aun cuando en el Fallo de esta Sentencia no es posible acoger la segunda pretensión ejercitada en el suplico del escrito rector, como ya se ha explicado, lo anteriormente expuesto sobre la



publicación de la nueva normativa reguladora hace más patente, si cabe, la necesidad de estimar en parte este recurso y de exponer ahora que la disposición ahora vigente resultará, cuando menos, orientativa para determinar el modo en que, coherentemente, esta Sentencia habrá de ejecutarse en su día.

OCTAVO.- Por último, con una relevancia que no es precisamente menor respecto de lo ya expuesto, tampoco esta Sala puede dejar de resaltar que la nulidad que se declarará en el Fallo de esta Sentencia alcanzará tan sólo a la Resolución que contiene la Convocatoria impugnada en este recurso.

No obstante, al haberse apoyado la misma en lo establecido en el Cuadro Médico de Exclusiones contenido en la Orden PRE/2622/2007, de 7 de septiembre, exigible para el ingreso en los centros docentes militares de formación, modificada por la Orden PRE/528/2009, de 2 de marzo, y entendiendo que dicha Orden, en el concreto extremo que aquí nos ha ocupado, resulta contraria al principio de igualdad y a la prohibición de discriminación por razón de sexo, al carecer esta Sala de competencia objetiva para así declararlo en relación con tal disposición, habrá de procederse en su caso, cuando esta Sentencia alcance firmeza, conforme a lo previsto en los artículos 27.1 y 123 a 125, todos ellos de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, planteando la cuestión de ilegalidad para su resolución por la Sala de igual clase que esta de la Audiencia Nacional, por ser dicho órgano jurisdiccional el competente para ello a tenor de lo dispuesto en el artículo 11.1.a) del mismo texto legal que se acaba de citar.

NOVENO.- De conformidad con lo previsto en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, la estimación parcial del presente recurso hace improcedente cualquier especial pronunciamiento en materia de costas procesales.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

1.- RECHAZAR la causa de inadmisibilidad opuesta por la Administración demandada al amparo del artículo 69.b) de la Ley Jurisdiccional.

2.- ESTIMAR EN PARTE el recurso contencioso-administrativo número **287/2018**, seguido por el procedimiento especial para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, interpuesto por la representación procesal de D^a Guadalupe contra la Resolución nº 452/38082/2018, de 23 de abril, de la Subsecretaría, Ministerio de Defensa, por la que se convocan procesos de selección para el ingreso en centros docentes militares de formación, mediante las formas de ingreso directo y promoción, para la incorporación como militar de carrera a los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas

3.- DECLARAR LA NULIDAD de la resolución impugnada en el extremo relativo a la exigencia, conforme al Cuadro Médico de Exclusiones contenido en la Orden PRE/2622/2007, de 7 de septiembre, modificada por la Orden PRE/528/2009, de 2 de marzo, de una talla, en bipedestación, inferior a 160 cm. sin distinción del sexo de los aspirantes.

4.- DESESTIMAR el recurso en cuanto al resto de las pretensiones ejercitadas en el suplico de la demanda.

5.- Sin hacer un especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales causadas en el presente recurso.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de **treinta días**, contados desde el siguiente al de su notificación, acreditándose en el escrito de preparación del recurso el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, con justificación del interés casacional objetivo que presente. Ello previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2582 0000 93 0287 18 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo **concepto** del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" 24 Contencioso-Casación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92- 0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente nº 2582 0000 93 0287 18 en el campo "Observaciones" o "Concepto de la transferencia" y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Por esta nuestra Sentencia, de la que se extenderá testimonio para su unión a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Fdo.: Amparo Guilló Sánchez Galiano Fdo.: Rafael Botella García Lastra



Fdo.: Juana Patricia Rivas Moreno Fdo.: María del Pilar García Ruiz

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ