



Roj: **STS 2506/2014 - ECLI:ES:TS:2014:2506**

Id Cendoj: **28079130072014100195**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **09/05/2014**

Nº de Recurso: **529/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **NICOLAS ANTONIO MAURANDI GUILLEN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Mayo de dos mil catorce.

Visto por la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida por los señores arriba anotados, el recurso contencioso-administrativo que con el número 529/2012 ante la misma pende de resolución, interpuesto por don Agustín , representado por el Procurador don Luis Mellado Aguado, frente a la desestimación del recurso planteado "per saltum" ante el Consejo de Ministros contra la Resolución 452/38052/2012, de 30 de mayo, de la Subsecretaría del Ministerio de Defensa, por la que se convocaron los procesos de selección para el ingreso en los centros docentes militares de formación, para incorporarse como militar de carrera o adscribirse como militar de complemento en diferentes Cuerpos y Escalas de las Fuerzas Armadas y se aprueban las bases comunes y específicas que los regulan.

Siendo parte recurrida la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado y habiendo intervenido también el MINISTERIO FISCAL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por don Agustín se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la actuación administrativa que antes ha sido mencionada, motivando la reclamación del expediente que, una vez recibido, se puso de manifiesto a la parte recurrente para que formalizase la demanda dentro del correspondiente plazo; y así lo verificó con un escrito en el que, después de exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, pidió en el "SUPPLICO" lo siguiente:

"(...) 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 para el ingreso en los centros docentes militares de formación, para incorporarse como militar de carrera a las Escalas de Oficiales del Cuerpo Jurídico Militar, del Cuerpo Militar de Intervención y de los Cuerpos de Intendencia de los Ejércitos y de la Armada y que viene establecido y materializado en las diferentes resoluciones y actuaciones administrativas impugnadas en el presente proceso y que se señalan en la primer página de la presente demanda.

- Se declare contraria a Derecho y nula de pleno derecho, la exclusión del demandante, por razón del límite de edad señalado, de los procesos selectivos impugnados para el ingreso en los centros docentes militares de formación, para incorporarse como militar de carrera a las Escalas de Oficiales del Cuerpo Jurídico Militar, del Cuerpo Militar de Intervención y de los Cuerpos de Intendencia de los Ejércitos y de la Armada.

- Se declare el derecho del demandante a recuperar la oportunidad eventualmente perdida de concurrir a los mencionados procesos selectivos sin ser discriminado por razón de su edad.

- Se declare el derecho del demandante a ser restituido en su derecho a no ser discriminados por razón de edad en las convocatorias impugnada.



- Se condene a la Administración a resarcir al demandante de los daños y perjuicios ocasionados trato discriminatorio padecido, incluyendo los daños morales eventualmente ocasionados \pm o trato discriminatorio.
- 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 él presente proceso".

Por el "Primer Otrosí Digo" se relacionaron los documentos adjuntados, en encuadernación separada, solicitando que se tuviesen por debidamente presentados .

Por el "Segundo Otrosí Digo" se interesó dejar solicitado para el momento procesal oportuno el recibimiento del pleito a prueba sobre

"el hecho de la inexistencia de justificación alguna sobre el límite de edad exigido, la existencia de Cuerpos de Policía que no necesitan imponer un límite análogo para el ingreso libre en los mismos, la ausencia de relación entre la edad y las capacidades necesarias para el desempeño de las funciones propias de los miembros de las Escalas de Oficiales del Cuerpo Jurídico Militar, del Cuerpo Militar de Intervención y de los Cuerpos de los Ejércitos y de la Armada, la existencia de personas con plena capacidad a edades superiores a la edad límite, la existencia, o la posibilidad de establecer mecanismos para asegurar la plena capacidad de los miembros de las Escalas de Oficiales del Cuerpo Jurídico Militar, del Cuerpo Militar de Intervención y de los Cuerpos de Intendencia de los Ejércitos y de la Armada para el desarrollo de sus funciones, la ausencia de relación entre la edad y la efectividad en el desempeño de dichas funciones, así como cada uno de los hechos y elementos fácticos de la presente demanda y de la contestación a la misma".

Por el "Tercer Otrosí Digo" se interesó dejar solicitado para el momento procesal oportuno la formulación de conclusiones escritas.

Y por el "Cuarto Otrosí Digo" se fijó la cuantía del recurso en indeterminada, en función --se dijo-- del objeto del mismo y en atención a lo que se dispone en el artículo 42.2 de la Ley de la Jurisdicción .

SEGUNDO.- El señor ABOGADO DEL ESTADO, en la representación que le es propia, se opuso a la demanda con un escrito que efectuó alegaciones en las que sostuvo que debía aplicarse en el actual litigio la misma solución desestimatoria que fue seguida en la sentencia de esta Sala de 4 de abril de 2011 (dictada en el recurso 129/2010 interpuesto contra los artículos 16 y 17 del Reglamento de ingreso y promoción y de ordenación de la enseñanza de formación en las Fuerzas Armadas, aprobado por Real Decreto 35/2010, de 15 de enero).

TERCERO.- El MINISTERIO FISCAL, en el trámite de alegaciones que le fue conferido, postuló lo siguiente:

*"(...) se dicte sentencia por la que sea íntegramente **DESESTIMADO** el recurso interpuesto por la representación de D. Agustín , con imposición de costas al recurrente de acuerdo con lo previsto en el artículo 139.1 LJCA "*

CUARTO.- No hubo recibimiento a prueba y, una vez evacuado el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo la audiencia del día 23 de abril de 2014.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Nicolas Maurandi Guillen, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El actual proceso fue iniciado por don Agustín , por los trámites del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, mediante un recurso contencioso-administrativo dirigido, en primer lugar, contra la desestimación presunta del recurso administrativo interpuesto "per saltum" ante el Consejo de Ministros frente a la Resolución 452/38052/2012, de 30 de mayo, de la Subsecretaría del Ministerio de Defensa, por la que se convocaron los procesos de selección para el ingreso en los centros docentes militares de formación, para incorporarse como militar de carrera o adscribirse como militar de complemento. en diferentes Cuerpos y Escalas de las Fuerzas Armadas y se aprueban las bases comunes específicas que los regulan.

Y, en segundo lugar, contra la resolución de 1 de septiembre de 2012, de la Subsecretaría del Ministerio de Defensa, que desestimó de forma expresa el anterior recurso-administrativo.

En ese recurso administrativo se había reclamado que se declarara nulo el límite de edad de treinta y un años establecido para el ingreso directo en las bases específicas que la anterior convocatoria incluía para el acceso a la escala de oficiales del Cuerpo de Intendencia (Anexo I base 2.1), del Cuerpo Jurídico Militar (Anexo III base 2.1) y del Cuerpo Militar de Intervención (Anexo IV base 2.1).

Lo razonado en apoyo de lo anterior fue, en esencia, lo siguiente:



(a) que esos límites de edad eran reproducción de lo establecido en el artículo 16 del Reglamento de ingreso y promoción y de ordenación de la enseñanza de formación en las Fuerzas Armadas, aprobado por Real Decreto 35/2010, de 15 de enero, y en la disposición transitoria quinta de este Real Decreto aprobatorio;

(b) que debían ser declarados nulos de pleno derecho por ser discriminatorios y, en cuanto tales, vulneradores de los artículos 14 y 23 de la Constitución; y

(c) que se acudía directamente ante el Consejo de Ministros en virtud de lo establecido en el artículo 107.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común [LRJ/PAC], por ser dicho órgano el que había dictado el Real Decreto 35/2010.

El escrito de interposición del actual recurso jurisdiccional, para justificar la utilización del procedimiento especial elegido, ha invocado expresamente la vulneración de esos antes mencionados artículos 14 y 23 de la Constitución; y ha reiterado a este respecto que el límite de edad que pretende combatirse es arbitrario por ser injustificado.

SEGUNDO.- La demanda comienza por concretar cual es la actuación administrativa impugnada.

Como tal señala, en primer lugar, la desestimación presunta, por parte del Consejo de Ministros, del recurso planteado frente a la convocatoria antes mencionada y la resolución de 11 de septiembre de 2012 de la Subsecretaría de Defensa que también antes se mencionó.

En segundo lugar las resoluciones que declararon la exclusión del recurrente en los procesos selectivos de ingreso en el Cuerpo Jurídico Militar y en el Cuerpo Militar de Intervención y en el Cuerpo de Intendencia de los Ejércitos y la Armada.

Y en tercer lugar, por vía indirecta, el límite de edad establecido en el artículo 16 del Reglamento de ingreso y promoción y de ordenación de la enseñanza de formación en las Fuerzas Armadas, aprobado por Real Decreto 35/2010, de 15 de enero, y en la disposición transitoria quinta de este mismo Real Decreto aprobatorio.

Las pretensiones luego ejercitadas en el "suplico" final de esa demanda (transcrito en los antecedentes de esta sentencia), expuestas aquí en lo esencial, se pueden reconducir a esta triple petición:

(i) la nulidad de todas esas actuaciones administrativas que son objeto de impugnación;

(ii) el reconocimiento al recurrente del derecho a recuperar la oportunidad eventualmente perdida a concurrir a los procesos selectivos a que se refería la convocatoria litigiosa y del derecho a ser restituido a no ser discriminado por razón de su edad en esa misma convocatoria; y

(iii) la condena a la Administración a resarcir los daños y perjuicios ocasionados por el trato discriminatorio padecido por el recurrente, con inclusión de los daños morales.

Y así delimitados los términos principales de la controversia, lo primero que es de interés resaltar aquí es el contenido que en la fecha de la convocatoria litigiosa tenían esos preceptos del Reglamento aprobado por el Real Decreto 35/2010 y del propio Real Decreto en cuya nulidad pretende fundar el demandante las pretensiones que deduce en su demanda.

El contenido del artículo 16 del Reglamento era éste:

« **Requisitos específicos de edad.**

1. Para participar en los procesos de selección para cursar las enseñanzas de formación que a continuación se indican, no se deberán cumplir ni haber cumplido en el año en que se publique la correspondiente convocatoria, las siguientes edades máximas: (...).

b) Para incorporarse a las diferentes escalas de oficiales de los Cuerpos de Intendencia y de Ingenieros del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, y de los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas:

1.º Ingreso directo: 30 años, excepto para la especialidad fundamental de Medicina del Cuerpo Militar de Sanidad y para la especialidad fundamental de Dirección del Cuerpo de Músicas Militares, que se establece en 33 años, o en 37 en el supuesto de requerirse estar en posesión de un título de médico especialista. (...).

Y el de la disposición transitoria quinta de ese repetido Real Decreto 35/2010 era el siguiente:

« **Ampliación de los límites máximos de edad.**

1. Para participar en los procesos de selección que se convoquen durante los años 2010, 2011 y 2012 para cursar las enseñanzas de formación que se indican, no se deberá cumplir ni haber cumplido en el año en que se publique la correspondiente convocatoria, las siguientes edades máximas:

Año-edad

**Enseñanzas para la incorporación a escalas Acceso directo 2010 2011 2012**

Oficiales Cuerpos Generales y de Infantería de Marina. Sin titulación 23 22 21

Oficiales de:

Cuerpos de Intendencia y de Ingenieros del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire.

Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas excepto la especialidad de Medicina del Cuerpo Militar de Sanidad y la de Dirección del Cuerpo de Músicas Militares. Con titulación 33 32 31

TERCERO.- La demanda tiene un primer apartado de "HECHOS" en el que se incluyen los datos fácticos que se consideran relevantes para el litigio, y los que en tal sentido se relacionan se refieren básicamente a lo siguiente:

- las bases de la convocatoria referidas a la edad y que estas son una reproducción de lo establecido en el Reglamento de ingreso y promoción y de ordenación de la enseñanza de formación en las Fuerzas Armadas, aprobado por Real Decreto 35/2010;
- las funciones que tienen asignadas las Escalas de Oficiales de los Cuerpos Jurídico Militar, Cuerpo Militar de Intervención y de Intendencia de los Ejércitos de Tierra y del Aire y de la Armada;
- la fecha de nacimiento del demandante y su exclusión por razón de la edad del proceso selectivo litigioso;
- la existencia de un baremo único para las pruebas de aptitud física que no toma en consideración la edad;
- la existencia de pruebas físicas y médicas en la fase de oposición que garantizan por sí solas la idoneidad física de los aspirantes;
- la existencia de medios para garantizar las capacidades de los miembros en activo de las Escalas de Oficiales de esos Cuerpos de los que se viene hablando;
- la existencia de reconocimientos de aptitud psicofísica que garantizan la idoneidad psicofísica de quienes están en activo;
- la existencia de situaciones que dan debida respuesta a la disminución psicofísica a al cumplimiento de determinada edad (baja temporal, cese en el destino y retiro);
- la posibilidad de establecer específicos límites de edad para el acceso a cursos o puestos donde se considere necesaria una juventud acentuada;
- la existencia de innumerables ejemplos de capacidad física en edades muy superiores a los treinta años (principalmente se citan a este respecto casos de practicas deportivas a nivel olímpico);
- la consideración actual de que es una idea equivocada entender que el máximo rendimiento deportivo se puede alcanzar antes de la treintena;
- el retraso o la eliminación del limite de edad para los suboficiales, tropa y marinería y oficiales de complemento;
- la inexistencia de límites de edad en los Cuerpos de Policía de bastantes países (se menciona a Estados Unidos, Reino Unido, Israel, Suecia Dinamarca, Finlandia, Noruega y Nueva Zelanda);
- la inexistencia de límites de edad en Cuerpos de Bomberos de España y el extranjero;
- la existencia de un límite de edad muy alejado de los treinta años en Cuerpos de élite de Fuerzas Armadas, como lo es la Legión Extranjera Francesa;
- la tendencia generalizada a nivel administrativo, legislativo y judicial a eliminar o retrasar los límites de edad;
- la creciente sensibilidad social frente a la discriminación por razón de la edad, y consiguiente reforzamiento legislativo de su prohibición;
- la constatación por organismos oficiales (como la Comisión Europea) de que los límites de edad se apoyan frecuentemente en prejuicios injustificados de que los mayores de 50 años no desarrollan su trabajo con eficacia;
- el pronunciamiento de varias instituciones sobre la conveniencia de eliminar los límites de edad en el acceso a los cuerpos de policía y bomberos;
- la evolución experimentada en cuanto al nivel de formación y edad de finalización de los estudios universitarios;



- la amplitud de la formación y capacidades desarrolladas por el demandante, exteriorizada por las titulaciones que posee, y la indebida importancia que frente a lo anterior se otorga a su edad; y
- el nulo impacto estadístico que tendría la eliminación del aquí discutido límite de edad sobre la edad media de los miembros de las Fuerzas Armadas.

Luego incluye un apartado de "FUNDAMENTO DE DERECHO" que, tras insertar un inicial bloque (A) sobre los presupuestos procesales, estructura el desarrollo argumental sobre la controversia de fondo suscitada en estos principales bloques que continúan.

(B) Delimitación de la normativa aplicable al fondo.

Se invocan a este respecto los artículos 1.1, 14, 23.2 y 103.2 de la Constitución (CE); 21.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales; 2.1 y 21.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el capítulo relativo a las medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato contenido en la Ley 62/2003, de 30 de diciembre; artículos 56.1.c) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público; 56.3 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre de la Carrera Militar; 16.1.b) del Reglamento de ingreso y promoción y de ordenación de la enseñanza de formación en las Fuerzas Armadas, aprobado por Real Decreto 35/2010, de 15 de enero, y disposición transitoria quinta del propio Real Decreto.

Con esa base normativa se aduce que la edad, en cuanto elemento de exclusión, es un factor de discriminación; que los derechos fundamentales deben ser interpretados de conformidad con lo establecido en los Tratados Internacionales (ex artículo 10.2 CE); y que la Constitución también incluye el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

(C) Términos de comparación.

Se señalan los representados por quienes no han alcanzado la edad de 31 años a lo largo de 2012; los suboficiales y militares profesionales de tropa y marinería; y los militares de complemento; y también se cita la sentencia de esta Sala y Sección de 21 de marzo de 2011.

(D) Aplicación de la normativa al límite de edad impugnado.

Se incluye un desarrollo argumental cuyas ideas principales vienen a ser éstas: la proscripción en el acceso a la función pública de requisitos ajenos al mérito y capacidad; la especial intensidad del principio de igualdad en ese acceso; y la irracionalidad, falta de proporcionalidad y no necesidad del límite de edad establecido en el actual caso litigioso.

(E) Interpretación de la normativa aplicable.

Se trae a colación la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el principio de interpretación del ordenamiento jurídico en el sentido más favorable a los derechos fundamentales.

(F) Indemnización de daños y perjuicios.

Inicialmente se invoca como fundamento jurídico de esta pretensión lo establecido en los artículos 106.2 CE, 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y 31 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción (LJCA). Luego se aduce el principio de reparación integral en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración. A continuación se citan y transcriben parcialmente las decisiones de la Asamblea General de la ONU a través de la A/RES/53/144, de 9 de marzo de 1998 y de la A/RES/60/147, de 16 de diciembre de 2005, y, por último, se esgrime también el criterio jurisprudencial sobre la indemnizabilidad del daño moral.

CUARTO.- El ABOGADO DEL ESTADO, en su escrito de alegaciones, limitó su oposición a invocar lo resuelto por esta Sala en su sentencia de 4 de abril de 2011.

QUINTO.- El MINISTERIO FISCAL, en lo que concierne al problema de fondo suscitado en la demanda, realiza estas tres observaciones previas que siguen.

(A) Manifiesta su coincidencia con el recurrente sobre la dimensión constitucional de su pretensión.

(B) Invoca los precedentes que significan las sentencias de esta Sala y Sección de 4 de abril de 2011 y 30 de mayo de 2012, alude a su posición mantenida en el recurso 5837/2011 y señala que la jurisprudencia aplicable no permite sin más dar por homologado en abstracto el contenido del artículo 16 del Real Decreto 35/2010, en cuanto obliga a la Administración a examinar de manera pormenorizada el fundamento que ofrece la Administración para justificar la diferencia de trato en cada uno de los distintos supuestos que en él se regulan.



(C) Dice que, en relación con el anterior punto, ha de estarse a la doctrina jurisprudencial sobre que recae en la Administración la carga de justificar objetivamente la razón de la distinción por razón de la edad, y sobre que ello no es incompatible con exigir a quien alega la infracción del principio de igualdad que aporte un término válido de comparación y no se limite a una invocación abstracta, genérica e indeterminada; y finaliza este apartado diciendo que la función que corresponde al Fiscal es comprobar si, sean o no admisibles los argumentos de la parte actora, el Poder Público ha cumplido suficientemente su cometido de justificar la diferencia de trato que el actor tacha de discriminatoria.

Después de esas observaciones previas, afirma el Ministerio Público que el método a seguir para resolver el actual litigio no puede ser hipotético o especulativo, pues ha de ser la comprobación empírica de cuales son en realidad, objetivamente, los términos de la norma impugnada y las razones que la justifican, ya deriven de la propia normativa afectada o de las explicaciones complementarias que en el curso del expediente administrativo haya aportado la Administración.

A continuación adelanta su criterio de que las normas reglamentarias aquí controvertidas (el artículo 16 del tantas veces mencionado Reglamento aprobado por el Real Decreto 35/2010, y la disposición transitoria quinta de ese Real Decreto aprobatorio) no infringen la ley ni la Constitución ni, más concretamente, los derechos fundamentales de los artículos 14 y 23 CE; y dice que a esa conclusión se llega a través de la justificación que fue ofrecida por la Subsecretaría de Defensa en su resolución que antes se mencionó, como también a través de un análisis objetivo, contextual, teleológico y sistemático de dichas normas sobre las que versa la actual polémica.

Señala después que la argumentación de la Administración es muy parecida a la que sirvió de base a los pronunciamientos de las sentencias de esta Sala y Sección de 4 de abril de 2011 y 30 de mayo de 2011.

Invoca posteriormente lo establecido sobre ascensos y tiempos de permanencia en los artículos 90 y 113 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar; y afirma que la intersección de ambos preceptos evocan una carrera sincronizada con unos elementos de tiempos de formación e idoneidad para el ascenso, y de tiempos mínimos de permanencia, a lo que se agregan ciertas normas de cierre (relativas a las situaciones de reserva o retiro); y todo ello *"son los datos esenciales para comprender por qué el modelo de organización arrastra, no ya como un criterio razonable de conveniencia, sino casi como una consecuencia prácticamente ineludible, la necesidad de fijar una edad límite para incorporarse a ese complejo engranaje"*.

Concluye con base en lo anterior en que hay una justificación objetiva y suficiente, conforme al canon del Tribunal Constitucional y a los parámetros admitidos por esta Sala, para la limitación de edad aquí discutido, por lo que ésta no puede considerarse incompatible con los artículos 14 y 23.2 CE sino que se configura como herramienta objetivamente justificada para la consecución de otros fines de rango igualmente constitucional, como es el eficaz desempeño de las funciones asignadas en el artículo 8. CE a las Fuerzas Armadas.

Finaliza, tras todo lo que antecede, pidiendo la íntegra desestimación de la demanda; y añade lo siguiente:

"Es oportuno, en cualquier caso, advertir que aún cuando se estimara la pretensión principal del actor en todo o en parte, seguiría resultando improcedente acceder a su petición de indemnización en concepto de daños y perjuicios, habida cuenta de que ni especifica en qué han consistido, ni los cuantifica, (...), con lo que, a tales efectos indemnizatorios, no asume el demandante la carga procesal que le corresponde de acreditar la existencia de un daño real y efectivo no traducible en meras especulaciones o expectativas, según la dicción real del artículo 139.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (por todas, STS, de 22 de mayo de 2012, Sala 3ª, secc. 4ª, rec. 4677/2010; y STS de 21 de diciembre de 2012, Sala 3ª, secc. 6ª, rec. 5521/2010)".

SEXTO.- Los planteamientos de los litigantes y del Ministerio Fiscal que han quedado expuestos ponen de manifiesto que la cuestión principal a decidir en el actual proceso es la siguiente: la conformidad o no con el derecho de igualdad de acceso a las funciones públicas, reconocido por los artículos 14 y 23.2 de la Constitución (CE), de esos límites de edad establecidos tanto en el artículo 16 del Reglamento de ingreso y promoción y de ordenación de la enseñanza de formación en las Fuerzas Armadas, aprobado por Real Decreto 35/2010, de 15 de enero, como en la disposición transitoria quinta de este Real Decreto aprobatorio.

Esos límites de edad reglamentariamente establecidos tienen su habilitación legal en el artículo 56 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar; precepto legal que regula los *"Requisitos generales para el ingreso en los centros docentes de formación"* y, en el último párrafo de su apartado 3, dispone:

"Reglamentariamente se establecerán los límites de edad que no se pueden superar y la titulación que hay que poseer o estar en condiciones de obtener en el plazo que se señale en la convocatoria".

Mas esa habilitación legal no es suficiente para afirmar la definitiva validez de esos polémicos límites de edad dispuestos reglamentariamente porque, al significar para las personas a quienes afectan un claro impedimento



en el acceso a la función pública, su corrección constitucional, desde el parámetro de la igualdad contenido en esos citados artículos 14 y 23.2 CE , requiere una clara justificación de su necesidad o conveniencia.

Una justificación que resulta especialmente obligada en el caso litigioso desde el momento en que, tratándose de Cuerpos cuyos cometidos no requieren una especial forma física, el importante obstáculo que para su acceso significan tales límites de edad exige una explicación muy intensa tanto de las finalidades y necesidades públicas tomadas en consideración para establecerlos, como de la necesidad de las concretas edades dispuestas para dar debida satisfacción a dichas finalidades y necesidades.

Debe subrayarse así mismo con especial énfasis que es a la Administración que ha ejercitado esa potestad reglamentaria a la que incumbe expresar y demostrar dicha justificación (como tiene declarado esta Sala y Sección en las sentencias de 31 de enero y 28 de junio de 2006 , dictadas en los recursos de casación 2202/2000 y 846/2000).

Y llegados a este punto de la ineludible necesidad de justificar los límites de edad que aquí son objeto de discusión, lo primero que debe ponerse de manifiesto es que los precedentes jurisprudenciales existentes sobre la validez de otros límites de edad no resultan trasladables al actual caso litigioso.

No es aplicable el de la sentencia de 30 de mayo de 2012 (recurso 63/2010) porque el discutido límite de edad en el caso por ella enjuiciado ya estaba directamente establecido en una norma con rango legal (la Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería). Y es bien sabido que la libertad de configuración normativa que corresponde a la leyes es muchísimo más amplia que la que corresponde al reglamento, y son también muy diferentes las exigencias profesionales y necesidades públicas que en orden a establecer la estructuración de la carrera han de ser ponderadas, de un lado, en las escalas de Tropa y Marinería y, de otro, en esos Cuerpos de Intendencia, Jurídico Militar y Militar de Intervención a los que está referido el actual litigio.

Y tampoco lo es el de la sentencia de 4 de abril de 2011 (recurso 129/2010) porque son también muy diferentes las necesidades públicas concernidas en el caso por ella enjuiciado, referido al acceso de quienes son ya Suboficiales a las escalas de oficiales, frente al que ahora se enjuicia, pues éste versa sobre el acceso a esos específicos Cuerpos de Intendencia, Jurídico Militar y Militar de Intervención, cuyas singulares funciones hace que no sean directamente extensibles los criterios de estructuración establecidos para otros Cuerpos Militares que son muy diferentes en cuanto a los cometidos profesionales que tienen atribuidos.

SÉPTIMO.- Desde los anteriores presupuestos, la conclusión que aquí ha de sentarse es que, por lo que hace a esos concretos Cuerpos de Intendencia, Jurídico Militar y Militar de Intervención, no están debidamente justificados esos límites de edad que aquí son objeto de controversia.

Esa necesaria justificación no aparece en el preámbulo del Real Decreto 35/2010 ni en el Expediente Administrativo remitido a esta Sala. Únicamente pretende hacerla la resolución de la Subsecretaría de Defensa de 1 de septiembre de 2012, pero lo que esta aduce con esta finalidad no puede compartirse por lo que seguidamente se explica.

Lo que al respecto de lo anterior debe decirse, en primer lugar, es que esas normas que la resolución de la Subsecretaría invoca, esto es, el artículo 56.3 de la Ley 38/2007, la Directiva 2000/78/CE y el artículo 34 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre , no regulan directamente las edades especiales que aquí son objeto de controversia, pues se limitan a enunciar la mera posibilidad de que sean establecidas y, además, la conectan con la eventual existencia de concretas razones que puedan justificarlas. Lo cual supone que la validez definitiva de la edad especial dependerá de la precisa justificación que acompañe a la norma reglamentaria que de manera efectiva la haya establecido.

Lo que en segundo lugar procede señalar es que tampoco es aceptable la explicación que la resolución ofrece sobre que en las Fuerzas Armadas no sólo es necesario ponderar que las personas reclutadas permitan atender las necesidades numéricas a corto plazo, sino que es preciso tener en cuenta la estructuración de la carrera militar con puestos de diferentes jerarquías a las que se debe acceder tras un desempeño anterior basado en la experiencia y los méritos.

No lo es porque no basta tan sólo con apuntar en términos abstractos, como se hace, una idea o criterio general que podría justificar reglas especiales en cuanto a la edad de acceso, ya que resulta necesario justificar de manera detallada los particulares elementos que hacen necesario o conveniente el concreto límite de edad que haya sido establecido, y esto ha de hacerse mediante la definición de cuales son los tramos de carrera que se ponderan para ello, el número de efectivos que resultan necesarios en cada uno de ellos y la singular razón que conduce a la concreta edad establecida y aquí controvertida.

Y lo que debe añadirse, en tercer lugar, es que resulta así mismo inválido el precedente de la sentencia de esta Sala 30 de mayo de 2012 , al no ser trasladable al actual caso por lo que ya antes se explicó.



Finalmente, debe decirse que la tesis y conclusión final del Ministerio Fiscal tampoco pueden ser compartidas. Hay un planteamiento inicial del litigio que es acertado, pero no lo es la conclusión sobre la justificación que acaba acogiendo para estimar válido el límite de edad objeto de controversia; y no lo es porque, moviéndose esta conclusión en esos mismos términos genéricos que ha seguido la resolución de la Administración que acaba de mencionarse, merece la misma respuesta negativa que se ha dado a la Administración y por las mismas razones que acaban de ser expresadas.

OCTAVO.- La consecuencia que deriva de esa falta de justificación de los límites de edad que son objeto de impugnación en el actual proceso contencioso-administrativo es que debe accederse a la nulidad de los apartados de la convocatoria que los establecen y de los actos administrativos que con base en los mismos decidieron la exclusión recurrente; como también procede declarar la nulidad de las normas del Real Decreto 35/2010 que regulan dichos límites y en cuya aplicación se dictaron la convocatoria y los actos de exclusión.

Sin embargo, no procede estimar la pretensión indemnizatoria deducida en la demanda, ya que el restablecimiento de la situación jurídica del recurrente afectada por la actuación administrativa que acaba de mencionarse se logra en su plenitud anulando el límite de edad que le impedía participar en los procesos selectivos de acceso en esos Cuerpos de las Fuerzas Armadas de los que se ha venido hablando; y ha de coincidir con el Ministerio Fiscal en que no se ofrecen concretos datos de hecho o justificaciones que permitan dar por acreditados unos daños y perjuicios reales y efectivos que merezcan ser indemnizados.

NOVENO.- Procede, pues, la estimación parcial del recurso contencioso-administrativo en los términos que resultan de todo lo antes razonado, y no son de apreciar razones para hacer una especial imposición de las costas.

FALLAMOS

1.- Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo número 529/2012 interpuesto por don Agustín frente a las siguientes actuaciones administrativas:

- la Resolución 452/38052/2012, de 30 de mayo, de la Subsecretaría del Ministerio de Defensa, por la que se convocaron los procesos de selección para el ingreso en los centros docentes militares de formación, para incorporarse como militar de carrera o adscribirse como militar de complemento en diferentes Cuerpos y Escalas de las Fuerzas Armadas y se aprueban las bases comunes específicas que los regulan;

- la desestimación presunta, por parte del Consejo de Ministros, del recurso administrativo planteado "*per saltum*" frente a la convocatoria antes mencionada;

- la resolución de 11 de septiembre de 2012 de la Subsecretaría de Defensa que decidió de forma expresa el anterior recurso administrativo;

- las resoluciones administrativas que declararon la exclusión del recurrente en los procesos selectivos de ingreso en el Cuerpo Jurídico Militar y en el Cuerpo Militar de Intervención y en el Cuerpo de Intendencia de los Ejércitos y la Armada iniciado como consecuencia de la convocatoria antes mencionada; y

- el límite de edad establecido en el artículo 16 del Reglamento de ingreso y promoción y de ordenación de la enseñanza de formación en las Fuerzas Armadas, aprobado por Real Decreto 35/2010, de 15 de enero, y en la disposición transitoria quinta de este mismo Real Decreto aprobatorio.

2.- Declarar la nulidad del límite de edad máxima para participar en los procesos de selección para el ingreso en los centros docentes militares de formación con el fin de incorporarse, por ingreso directo, a las escalas de oficiales de los Cuerpos de Intendencia del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército de Aire, del Cuerpo Jurídico Militar y del Cuerpo Militar de Intervención; establecido en la Convocatoria antes mencionada y, de manera especial en el artículo 16 del Reglamento de ingreso y promoción y de ordenación de la enseñanza de formación en las Fuerzas Armadas, aprobado por Real Decreto 35/2010, de 15 de enero, y en la disposición transitoria quinta de este mismo Real Decreto aprobatorio.

3.- Anular así mismo el acuerdo del Consejo de Ministros, la resolución de la Subsecretaría de la Defensa y las resoluciones de exclusión del recurrente que antes se han mencionado como actuaciones igualmente impugnadas en el actual proceso.

4.- Desestimar la pretensión de daños y perjuicios ejercitada por el recurrente en su demanda y absolver de la misma a la Administración demandada.

5.- No hacer imposición de costas.



6.- Publicar este fallo en el Boletín Oficial del Estado de conformidad con lo establecido en el artículo 72.2 de la Ley de la Jurisdicción .

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **PUBLICACIÓN**.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal, el mismo día de su fecha, lo que certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ