



Roj: **STS 728/2022 - ECLI:ES:TS:2022:728**

Id Cendoj: **28079130042022100068**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **03/03/2022**

Nº de Recurso: **237/2021**

Nº de Resolución: **269/2022**

Procedimiento: **Recurso ordinario**

Ponente: **ANTONIO JESUS FONSECA-HERRERO RAIMUNDO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 269/2022

Fecha de sentencia: 03/03/2022

Tipo de procedimiento: REC.ORDINARIO(c/d)

Número del procedimiento: 237/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 01/03/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

Procedencia: CONSEJO MINISTROS

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

Transcrito por: MMC

Nota:

REC.ORDINARIO(c/d) núm.: 237/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 269/2022

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, presidente

D.^a Celsa Pico Lorenzo

D.^a María del Pilar Teso Gamella

D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

D. José Luis Requero Ibáñez



En Madrid, a 3 de marzo de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso administrativo nº 237/2021 interpuesto por la Asociación Profesional de Suboficiales de las Fuerzas Armadas (ASFASPRO), representada por el Procurador de los Tribunales don José Luis Barragues Fernández y defendido por la letrada doña María José Ruíz Félez, contra el Real Decreto 309/2021, de 4 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de ingreso y promoción en las Fuerzas Armadas (BOE núm. 107, de 5 de mayo).

Ha sido parte recurrida la Administración General del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El presente recurso contencioso-administrativo se interpuso contra el Real Decreto 309/2021, de 4 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de ingreso y promoción en las Fuerzas Armadas (BOE núm. 107, de 5 de mayo).

SEGUNDO.- Recibido el expediente administrativo, y con entrega del mismo a la parte recurrente, se confirió trámite para la formulación del correspondiente escrito de demanda.

En el escrito de demanda se solicita que se dicte sentencia por la que: "Sean declarados **NULOS**, los límites de edad que dispone el art. 17 del, Real Decreto 309/2021, de 4 de mayo para los Suboficiales que, por promoción, con y sin titulación previa quieran incorporarse a las Escalas de Oficiales de los Cuerpos Generales y de Infantería de Marina."

TERCERO.- Conferido traslado de la demanda a la Administración General del Estado, se presentó escrito de contestación en el que, tras las alegaciones oportunas, suplica que:"desestime este recurso con los demás pronunciamientos legales".

CUARTO.- Por diligencia de ordenación de 15 y 23 de diciembre de 2021 respectivamente, se concedió a las partes plazo, por el orden establecido en la Ley jurisdiccional, para formular conclusiones. Trámite que evacuaron mediante la presentación de los correspondientes escritos, quedando por diligencia de ordenación de 4 de enero de 2022 conclusas las actuaciones.

QUINTO.- Con fecha 26 de enero de 2022 se designó como magistrado ponente a don Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo y se señaló para la deliberación y fallo del presente recurso el día 1 de marzo de 2022, en cuya fecha han tenido lugar. Y el 2 de marzo siguiente la sentencia pasó a la firma de los Magistrados de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en este recurso contencioso administrativo el Real Decreto 309/2021, de 4 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de ingreso y promoción en las Fuerzas Armadas, norma que deroga el Real Decreto 35/2010, con sus modificaciones, entre ellas la introducida por Real Decreto 556/2020, de 9 de junio, que dio al artículo 16.1.a.3 y 4, la misma redacción que hoy tiene en artículo 17.1.a.2), que es el precepto que se impugna.

La modificación introducida por el Real Decreto 556/2020 fue objeto de impugnación ante esta misma Sala, siguiéndose el recurso contencioso administrativo 180/2020, que terminó con sentencia de 20 de julio de 2021 y en la que se declaró el recurso sin contenido por carencia de objeto, ello por causa de la derogación de la norma reglamentaria impugnada por el Real Decreto 309/2021.

El artículo 17 dispone que "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:

1. Escala de oficiales.

a) Para incorporarse a las escalas de oficiales de los Cuerpos Generales y de Infantería de Marina:

(...)

2.º Ingreso por promoción:



- i. Sin exigencia de titulación universitaria previa: 34 años, excepto para la especialidad fundamental Vuelo del Cuerpo General del Ejército del Aire, que se establece en 24 años.
- ii. Con exigencia de titulación universitaria previa, que pertenezcan a una de las ramas de conocimiento que figuran en el anexo I: 38 años."

En la demanda se ejercita una pretensión para obtener la declaración de nulidad de ese precepto por considerar que los límites de edad que establece son ilegales, por discriminatorios y carentes de justificación objetiva y científica. Para justificarla efectúa las siguientes alegaciones:

1ª) Ni en el Real Decreto 309/2021, de 4 de mayo, ni en el expediente aportado por el Ministerio de Defensa, se justifican con datos objetivos, ni científicos, los límites de edad que establece el artículo 17, ni se indican o justifican otro tipo de factores que no tengan que ver con la aptitud física, como pudieran ser: las funciones a desempeñar y las necesidades derivadas de la específica organización de los cuerpos afectados o cuestiones de planeamiento de efectivos.

Hace cita del Informe emitido por el Estado Mayor del Ejército de Tierra (página 47 del expediente administrativo), que pone de relieve esa falta de justificación remarcando que no considera necesario establecer límites de edad para el acceso directo, ni por promoción a los Cuerpos Comunes / Intendencia / Ingenieros.

También afirma que el Dictamen emitido por el Consejo de Estado núm. 243/2021 de fecha 22 de abril de 2021, se hace eco (página 256 del expediente administrativo) de la inexistencia de justificación adecuada a los límites de edad, en el presente recurso impugnados.

2ª) Los límites de edad impugnados van en contra de lo dispuesto en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público y en la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar. Afirma que el régimen de los ascensos y, en su caso, el cambio de Cuerpo o Escala, en la Ley 39/2007, de 19 de noviembre de la Carrera Militar, está basado en los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, principios que regulan el acceso a la carrera militar que traen causa de los artículos 14, 23.2 y 103.3 de la Constitución referentes a la igualdad, mérito y capacidad.

3ª) Los límites resultan contrarios a normativa de la Unión Europea, representada tanto por la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, pues constituyen una discriminación directa en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78/CE y sin estar contemplados en las excepciones previstas en los artículos 4, apartado 1, y 6, apartado 1, de la misma, siendo por tanto nulos de pleno Derecho. También contrarían el artículo 21 de Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que regula el principio de no discriminación.

4ª) El establecimiento de los citados límites no atiende a las exigencias de justificación científica para los límites de edad que sienta la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 12 de enero de 2010 en el asunto C-229/08 (Colin Wolf contra Stadt Frankfurt am Main), y remarca que esa falta de justificación científica sirvió como base fundamental para anular el límite de edad de las pruebas selectivas para la provisión de 15 plazas de agentes de la Policía Local en sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 13 de noviembre de 2014 en el asunto C-416/13 (Mario Vital Pérez contra Ayuntamiento de Oviedo). Mantiene que esos límites se deberían justificar más exhaustivamente para quien, siendo ya militar de carrera, lo que pretende es promocionar dentro de su Cuerpo para acceder a la escala de oficiales.

5ª) Los límites establecidos contradicen diversas sentencias de los Altos Tribunales Españoles.

a) STS de 9 de mayo de 2014 (ROJ: STS 2506/2014 - ECLI:ES:TS:2014:2506), dictada en recurso contencioso administrativo 529/2012, sobre ingreso directo en las escalas de oficiales de los Cuerpos de Intendencia de los Ejércitos y Armada, y que declara 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.

b) Sentencia de 6 de mayo de 2015, (ROJ: STS 2334/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2334) dictada en el recurso contencioso administrativo 474/2013, sobre ingreso directo en el Cuerpo Militar de Sanidad, especialidad fundamental Medicina, sin exigencia de titulación universitaria previa, y que declara la nulidad de los límites de edad máxima para participar en los procesos de selección para el ingreso en los centros docentes militares de formación.

c) Para el caso concreto de ingreso por promoción, la sentencia de 28 de enero de 2016 (ROJ: STS 214/2016 - ECLI:ES:TS:2016:214), dictada en el recurso contencioso administrativo 480/2014, interpuesto contra el



Real Decreto 378/2014, de 30 de mayo, por el que se modificaba el Reglamento de ingreso promoción y de ordenación de la enseñanza de formación en las Fuerzas Armadas, aprobado por Real Decreto 35/2010, de 15 de enero. Aprecia, en ese caso, la existencia de justificación que, por el contrario, aquí no existe.

6º) Finalmente, alega que el establecimiento de los límites de edad vulnera el principio de legalidad del artículo 9.3 de de la Constitución Española, que obliga a todos los poderes públicos y, de manera expresa, a la Administración de acuerdo con el artículo 103.1 de la Constitución Española. Afirma aquí que la Administración debe someterse a la Ley y al Derecho, con un total acatamiento de la actividad administrativa al ordenamiento jurídico completo, en el sentido de que nada puede hacerse en la Administración al margen del Derecho.

SEGUNDO.- El escrito de contestación a la demanda comienza afirmando que la Memoria del Análisis de Impacto Normativo (MAIN) definitiva que acompañó al proyecto del Real Decreto impugnado (folios 309 y ss del expediente administrativo) cumple la recomendación formulada en el dictamen del Consejo de Estado 243/2021, de 22 de abril, emitido en el procedimiento de elaboración de la norma, incorporando para ello un anexo justificativo de los límites de edad que se establecen y que se han reducido en comparación con los establecidos en el precedente Real Decreto 556/2020, de 9 de junio, por cuanto en el Real Decreto 309/2021, de 4 de mayo, se suprime la edad máxima para el ingreso, tanto por acceso directo como por promoción, con y sin titulación previa, a la totalidad de los Cuerpos Comunes, así como a los Cuerpos de Intendencia y de Ingenieros de los Ejércitos y la Armada, lo que implica ampliar las oportunidades de ingreso y promoción en las Fuerzas Armadas, respecto de la regulación anterior.

Además, atendiendo al preámbulo de la disposición que se impugna, refiere que el establecimiento de diferentes edades para el acceso directo o por promoción según cuerpos y escalas, responde a las necesidades de personal de las Fuerzas Armadas, de cara a la consecución de la misión que les ha sido encomendada, y de los requisitos que han de reunir sus efectivos para cumplir los cometidos asignados, de forma que la organización militar alcance la mayor eficacia posible con los recursos que tiene disponibles, particularmente, en los Cuerpos Generales y de Infantería de Marina, tanto para la escala de oficiales como de suboficiales, con y sin exigencia de titulación previa, por tratarse de los únicos Cuerpos que tienen por cometido la preparación y el empleo de la fuerza, tareas en las que la acción de mando alcanza su máxima y especial responsabilidad, para las que es necesario adquirir a lo largo de los años la capacidad y experiencia necesarias.

Manifiesta que debe recordarse, en este sentido, que tal justificación de los límites de edad es similar a la contenida en el Real Decreto 378/2014, de 30 de mayo, también impugnado por ASFASPRO ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo que en sentencia de 28 de enero de 2016 (ROJ: STS 214/2016 - ECLI:ES:TS:2016:214), dictada en recurso contencioso administrativo 480/2014, fue desestimado al rechazar todos y cada uno de los argumentos expuestos por la Asociación recurrente, de similar tenor, si no igual, que los contenidos en la presente demanda.

Alega que diversas sentencias del Tribunal Supremo, luego seguidas por otros órganos jurisdiccionales inferiores, han resuelto la cuestión en el sentido que propugna. Cita así:

1º) la sentencia de 4 de abril de 2011 (ROJ: STS 2940/2011-ECLI:ES:TS:2011:2940), dictada en el recurso contencioso administrativo 129/2010, en la que precisamente se examinaban los límites de edad fijados por el Real Decreto 35/2010, de 15 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de ingreso y promoción y de ordenación de la enseñanza de formación en las Fuerzas Armadas, en su redacción anterior al Real Decreto 378/2014, en la promoción a la Escala de Oficiales, afirmándose por la Sala que: "... En consecuencia, el establecimiento de ciertos límites de edad máxima, que no coincida con la edad de jubilación o pase a la reserva en las Fuerzas Armadas, no puede considerarse en principio irrazonable, sin que la actora haya demostrado que los límites establecidos en concreto en dicho precepto si lo fueran...";

2º) la sentencia de 28 de enero de 2016 (ROJ: STS 214/2016 - ECLI:ES:TS:2016:214), dictada en el recurso contencioso administrativo 480/2014, interpuesto contra el Real Decreto 378/2014, de 30 de mayo, que modifica el Real Decreto 35/2010, de 15 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de ingreso y promoción y de ordenación de la enseñanza de formación en las Fuerzas Armadas.

3º) la sentencia de 30 de mayo de 2012 (ROJ: STS 3842/2012- ECLI:ES:TS:2012:3842), dictada en el recurso contencioso administrativo núm. 63/2010, por la que se desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto contra el Real Decreto 35/2010, de 15 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de ingreso y promoción y de ordenación de la enseñanza de formación en las Fuerzas Armadas;

4º) la sentencia de 9 de mayo de 2014 (ROJ: STS 2506/2014-ECLI:ES:TS:2014:2506), dictada en el recurso contencioso administrativo 529/2012;

5º) la sentencia de 5 de abril de 2017 (05 de abril de 2017 (ROJ: STS 1321/2017-ECLI:ES:TS:2017:1321), dictada en el recurso contencioso administrativo núm. 1709/2015, donde se impugnaba el Real Decreto 35/2010, de



15 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de ingreso y promoción y de ordenación de la enseñanza de formación en las Fuerzas Armadas.

TERCERO.- La falta de justificación de los límites de edad debe ser acogida en este supuesto porque del expediente administrativo remitido a la Sala resulta con total claridad.

Es cierto que en el Real Decreto y en el expediente administrativo los límites de edad que establece el artículo 17 no constan acreditados con datos objetivos, ni científicos, ni se indican o justifican otro tipo de factores que no tengan que ver con la aptitud física, como pudieran ser, las funciones a desempeñar y las necesidades derivadas de la específica organización de los cuerpos afectados o por cuestiones de planeamiento de efectivos.

Esa falta de justificación fue puesta de manifiesto en el informe del Consejo de Estado núm. 243/2021 de fecha 22 de abril de 2021, emitido en el procedimiento de elaboración de la norma reglamentaria, tal y como se hace eco la demanda. Así, en la página 256 del expediente administrativo, consta lo siguiente: "Por último, debe hacerse una reflexión sobre una diferencia de orden formal que existe entre el expediente que ahora se examina y aquel sobre el que recayó el dictamen del Consejo de Estado n.º 200/2020. En aquel expediente, la memoria del análisis de impacto normativo contaba con un anexo cuyo objeto era "fundamentar, con criterios objetivos y razonados, teniendo en consideración las necesidades de las Fuerzas Armadas, el establecimiento de las edades máximas para la participación en los procesos de selección para el ingreso en los centros docentes militares de formación de todos los cuerpos y escalas del personal militar". El cuidado estudio que se hacía en el anexo tenía en cuenta, entre otros aspectos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia, incluyendo las sentencias de su Sala Tercera de 9 de mayo de 2014 y de 6 de mayo de 2015, que anularon ciertas edades máximas para el acceso a determinadas escalas, por considerar discriminatorio el límite de edad, que estaba falto de una justificación suficiente. Pues bien, entiende el Consejo de Estado -y pone especial énfasis en esta recomendación- que la memoria del análisis de impacto normativo que figura en el presente expediente debería contener un anexo semejante, para lo que bastaría adaptar el del expediente anterior a los cambios que en materia de límites de edad se han introducido en el proyecto de real decreto que se ahora se consulta".

Y esa afirmación no puede ser salvada con la alegación inicial del escrito de contestación a la demanda, consistente en que: "la Memoria del Análisis de Impacto Normativo (MAIN) definitiva que acompañó al proyecto del Real Decreto impugnado (folios 309 y ss del expediente administrativo) cumple la recomendación formulada en el dictamen del Consejo de Estado 243/2021, de 22 de abril, emito en el procedimiento de elaboración de la norma, incorporando para ello un anexo justificativo de los límites de edad que se establecen".

Y no puede salvarla porque esa MAIN incorporada en formato abreviado al final del expediente (i) nada dice para admitir que ha sido emitida con la finalidad que se le atribuye; (ii) no contiene una verdadera justificación de los límites máximos de edad impugnados y que estaban fijados en el artículo 17, precepto que en ningún momento aparece citado; (iii) lo único que se dice expresamente es que con el Real Decreto se vienen a mantener los límites de edad modificados por el Real Decreto 556/2020, incorporando un apéndice con una tabla resumen de los límites que la nueva norma incluye.

Desde luego, en nada se parece el contenido de la MAIN abreviada al contenido que resaltaba el informe del Consejo de Estado 200/2020, de 26 de marzo, que fue emitido en el procedimiento de elaboración del Real Decreto 556/2020, publicado en el BOE de 10 de junio de 2020. No contiene referencias a la relación entre edad y estado físico y no explica por qué se considera necesario establecer edades máximas para ingreso por promoción. Tampoco se hace alusión a que la limitación de la edad sea consecuencia de un requisito profesional esencial, ni a su carácter proporcionado y objetivo. Tampoco ofrece dato alguno sobre el hecho de que en esos cuerpos se ingrese con determinadas edades y el efecto que ello pueda tener para desarrollar una carrera profesional plena, incluyendo la posibilidad de optar a los empleos más altos de su Cuerpo, hecho que puede influir en la motivación para el desempeño de sus cometidos.

CUARTO.- Por todo ello procede la estimación del recurso, con anulación del Real Decreto 309/2021, de 4 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de ingreso y promoción en las Fuerzas Armadas (BOE núm. 107, de 5 de mayo), en el particular referido a los límites de edad que su artículo 17.1.a).2º dispone para los suboficiales que, por promoción, con y sin titulación previa, quieran incorporarse a las Escala de Oficiales de los Cuerpos Generales y de la Infantería de Marina.

De conformidad con el artículo 72.2 de la Ley jurisdiccional 29/1998, se ordena la publicación de esta sentencia en el Boletín Oficial del Estado.



QUINTO.- En materia de costas y en aplicación del artículo 139 de la Ley jurisdiccional 29/1998, se hace imposición de costas a la parte demandada. En aplicación de la facultad que legalmente se nos otorga se limita la cuantía a reclamar por la parte actora a la suma de 4.000 euros, por todos los conceptos.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1º.- ESTIMAR el recuso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de la Asociación Profesional de Suboficiales de la Fuerzas Armadas (ASFASPRO) contra el Real Decreto 309/2021, de 4 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de ingreso y promoción en las Fuerzas Armadas (BOE núm. 107, de 5 de mayo), anulando los límites de edad que su artículo 17.1.a).2º dispone para los suboficiales que, por promoción, con y sin titulación previa, quieran incorporarse a las Escala de Oficiales de los Cuerpos Generales y de la Infantería de Marina.

2º.- HACER imposición de las costas a la parte demandada en los términos fijados en el último de la Fundamentos de derecho de esta sentencia

3º.- Publíquese la sentencia en el Boletín Oficial del Estado.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.