

Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, Sentencia 1357/2022 de 24 Oct. 2022, Rec. 2644/2021

Ponente: Requero Ibáñez, José Luis.

Nº de Sentencia: 1357/2022

Nº de Recurso: 2644/2021

Jurisdicción: CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

ECLI: *ES:TS:2022:3793*

Los militares no pueden ser excluidos de los procesos de promoción interna solo por usar lentes intraoculares

INTERÉS CASACIONAL. FUERZAS ARMADAS. Promoción interna. Cuadro médico de exclusiones para ingreso en los centros docentes militares de formación. Uso de lentes intraoculares. Interpretación atemperada por el principio de proporcionalidad. La exigencia de las condiciones psicofísicas generales para el acceso a dichos centros debe modularse para la promoción interna por cambio de escala cuando en el momento de ingresar en las Fuerzas Armadas no existía la causa de exclusión que se pretende aplicar al aspirante y además ejerce funciones análogas a las que realizaría en el cuerpo o escala al que trata de promocionar. Respeto al principio de proporcionalidad y al derecho a la carrera profesional. El Tribunal Supremo estima el recurso de interés casacional contra la sentencia del TSJ Madrid que confirmó la exclusión del militar recurrente en las pruebas selectivas de acceso por promoción por cambio de escala a la Escala de Suboficiales y le declara apto en la última de las pruebas, con las consecuencias económicas derivadas si ingresa finalmente en la Escala de Suboficiales correspondiente, en cuyo caso surtirán efecto al momento en que ingresaron otros militares profesionales de tropa y marinería que no fueron excluidos en la misma convocatoria.

TEXTO

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1.357/2022

Fecha de sentencia: 24/10/2022

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 2644/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 18/10/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez

Procedencia: T.S.J.MADRID CON/AD SEC.3

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

Transcrito por: rsg

Nota:

R. CASACION núm.: 2644/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1357/2022

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, presidente

D.^a Celsa Pico Lorenzo

D. Luis María Díez-Picazo Giménez

D.^a María del Pilar Teso Gamella

D. José Luis Requero Ibáñez

En Madrid, a 24 de octubre de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación registrado con el número **2644/2021** interpuesto por **DON Jose Pedro** representado por el procurador don Javier Freixa Iruela y asistido del letrado don Antonio Suárez-Valdés González, frente a la sentencia 73/2021, de 3 de febrero (LA LEY 28677/2021), dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso contencioso-administrativo 9/2020. Ha comparecido como parte recurrida la Administración del Estado, representada y asistida por la Abogacía del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de don Jose Pedro interpuso ante la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el recurso contencioso-administrativo 9/2020 (LA LEY 28677/2021) contra la resolución de 29 de noviembre de 2019, del Subsecretario de Defensa, que desestima el recurso de alzada contra las siguientes resoluciones que lo excluyen del proceso selectivo de acceso por promoción por cambio de escala a la Escala de Suboficiales: la resolución de 30 de julio de 2019, del órgano de selección del proceso selectivo de acceso a la Escala de Suboficiales por promoción, por la que se hicieron públicos los resultados del reconocimiento médico; la resolución del mismo órgano por la que se hacen públicos los resultados del Tribunal Médico Militar de Apelación y la resolución de 12 de agosto de 2019, por la que se publican las calificaciones finales del proceso selectivo.

SEGUNDO.- Dicho recurso fue desestimado por la sentencia 73/2021, de 3 de febrero.

TERCERO.- Notificada la sentencia, se presentó escrito por la representación procesal de don Jose Pedro ante dicha Sala, informando de su intención de interponer recurso de casación y tras justificar en el escrito de preparación la concurrencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada, identificar la normativa a su parecer infringida y defender que concurre en el caso interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en los términos que señala en su escrito, la Sala sentenciadora, por auto de 6 de abril de 2021, tuvo por preparado el recurso, con emplazamiento de las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

CUARTO.- Recibidas las actuaciones en este Tribunal y personados don Jose Pedro como recurrente y la Administración del Estado como recurrida, la Sección de Admisión de esta Sala acordó, por auto de 20 de enero de 2022 (LA LEY 4569/2022), lo siguiente:

" Primero. La admisión a trámite del recurso de casación preparado por la representación procesal de don Jose Pedro contra la sentencia de 3 de febrero de 2021, de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, procedimiento ordinario núm. 9/2020 (LA LEY 28677/2021).

" Segundo. La cuestión en la que, en principio, se entiende existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, es, si las causas de exclusión previstas en la Orden PCI/6/2019, de 11 de enero (LA LEY 120/2019), por la que se aprueba el cuadro médico de exclusiones exigible para el ingreso en los centros docentes militares de

formación, actúan de forma automática, o han de interpretarse a partir del principio de proporcionalidad, a fin de valorar si inhabilitan para el ejercicio de los contenidos propios del grupo profesional al que se pretende acceder, en el Cuerpo Militar en el que ingresó, sin que la misma casusa (sic) fuera impedimento para ello, y cuando en el momento del proceso selectivo ejerce funciones profesionales cualificadas en la rama del Ejército cuyo ascenso pretende.

" A su vez, se identifican como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación las contenidas en los artículos 35 Ley 39/2015, de 1 de octubre (LA LEY 15010/2015), de Procedimiento Administrativo de las Administraciones Públicas, en relación con art. 9 (LA LEY 2500/1978), 23.2 (LA LEY 2500/1978) y 103 Constitución española (LA LEY 2500/1978).

" Todo ello, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras normas o cuestiones jurídicas, si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso."

QUINTO.- Por diligencia de ordenación de 7 de febrero de 2022 se dispuso la remisión de las actuaciones a esta Sección Cuarta para su tramitación y decisión, y se confirió a la parte recurrente el plazo de treinta días para presentar su escrito de interposición.

SEXTO.- La representación procesal de don Jose Pedro evacuó dicho trámite mediante escrito de 11 de marzo de 2022, en el que precisó las normas del ordenamiento jurídico y jurisprudencia infringidas, y a los efectos del artículo 92.3.b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LA LEY 2689/1998) (en adelante, LJCA (LA LEY 2689/1998)), solicitó, en resumen:

" 1º) Que con estimación del presente recurso de casación se anule la sentencia impugnada, con imposición de las costas del recurso a la parte recurrida.

" 2º) Que como consecuencia de la estimación del recurso de casación y la consiguiente anulación de la sentencia impugnada, este Tribunal se sitúe en la posición procesal propia del Tribunal de instancia, y entre al examen del fondo del asunto, procediendo a la resolución del litigio en los términos en que quedó planteado el debate procesal en la instancia.

" 3º) Y en consecuencia se estime el recurso contencioso-administrativo interpuesto por esa parte, dictando sentencia que anule la resolución recurrida y por la que se declare al recurrente Apto en la prueba de reconocimiento médico de la Convocatoria publicada por Resolución 452/07227/19, de 7 de mayo, de la Subsecretaría de Defensa (BOD Núm. 93

de 14 de mayo de 2019), y con todos los pronunciamientos económicos y administrativos añadidos y con condena en costas de la demandada.

" 4º) Que con carácter general se establezca por este Tribunal que la causa de exclusión prevista en la letra H, número 10, párrafo segundo, de la [Orden PCI/6/2019, de 11 de enero \(LA LEY 120/2019\)](#), por la que se aprueba el cuadro médico de exclusiones exigible para el ingreso en los centros docentes militares de formación, relativa a las lentes fáquicas para el resto de Cuerpos, Escalas y militares profesionales de tropa y marinería, no podrá aplicarse de forma automática, sino que habrá de interpretarse a partir del principio de proporcionalidad, a fin de valorar si dichas lentes inhabilitan para el ejercicio de los contenidos propios del Cuerpo y grupo profesional al que se pretende acceder. "

SÉPTIMO.- Por providencia de 21 de marzo de 2022 se acordó tener por interpuesto el recurso de casación y en aplicación del [artículo 92.5 de la LJCA \(LA LEY 2689/1998\)](#) dar traslado a la Abogacía del Estado como parte recurrida y personada, para que presentase escrito de oposición en el plazo de treinta días, lo que efectuó mediante escrito de 25 de marzo de 2022. En él solicita que se desestime el recurso de casación y se confirme la sentencia impugnada conforme a la interpretación que defiende de los preceptos identificados en el auto de admisión de este recurso, y añade:

"... de forma que el juicio de proporcionalidad entre determinadas causas médicas de exclusión y las funciones públicas a desarrollar puede efectuarse también mediante una disposición de carácter general, en este caso la [Orden PCI/6/2019, de 11 de enero \(LA LEY 120/2019\)](#), por la que se aprueba el cuadro médico de exclusiones exigible para el ingreso en los centros docentes militares de formación, constituyendo motivación suficiente a efectos del [artículo 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas \(LA LEY 15010/2015\)](#) (en adelante, Ley 39/2015) de la declaración de no apto de un aspirante en el reconocimiento médico la referencia a aquella disposición de carácter general que establece esa causa de exclusión."

OCTAVO.- Conclusas las actuaciones, considerándose innecesaria la celebración de vista pública, mediante providencia de 22 de julio de 2022 se señaló este recurso para votación y fallo el 18 de octubre de 2022, fecha en que tuvo lugar tal acto y se designó Magistrado oponente al Excmo. Sr. Dº. José Luis Requero Ibáñez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- PLANTEAMIENTO DEL PLEITO.

1. Don Jose Pedro, demandante en la instancia y ahora recurrente en casación, es militar profesional de tropa desde el 28 de mayo de 2018 y al tiempo de ingresar en las Fuerzas Armadas tenía implantadas lentes fáquicas, lentes a las que nos referiremos sin más como intraoculares. Esto no le fue impedimento pues ingresó bajo la vigencia de la Orden PRE/2622/2007, de 7 de septiembre (LA LEY 9379/2007), cuyo anexo regulaba el Cuadro Médico de Exclusiones y respecto del "Aparato de la visión" (apartado 3. letra H) no se preveía como causa de exclusión las lentes intraoculares.

2. Como militar profesional de tropa, Ejército del Aire, desempeña sus funciones en la Especialidad Fundamental de Protección y Apoyo a la Fuerza, subespecialidad de Defensa y Seguridad. Así las cosas, concurrió a las pruebas selectivas convocadas por resolución 452/07227/19, de 7 de mayo, para el ingreso en los centros docentes militares de formación mediante promoción para cambio de escala, con y sin exigencia de titulación de Técnico Superior, para la incorporación como militar de carrera a las Escalas de Suboficiales de los Cuerpos Generales y de Infantería de Marina. Según el recurrente, como suboficial aspiraba a las especialidades de Protección y Apoyo a la Fuerza, Control Aéreo, Mantenimiento de Electrónica y Mantenimiento Aeronáutico.

3. En la última prueba del proceso selectivo fue excluido por usar lentes intraoculares pues en la [Orden PCI/6/2019, de 11 de enero \(LA LEY 120/2019\)](#) -derogatoria de la Orden PRE/2622/2007 (LA LEY 9379/2007)- se prevé el uso de tales lentes como causa de exclusión. Así en el apartado 3.H.10 del citado cuadro médico de exclusiones se prevé en cuanto a las "Técnicas de corrección refractiva" que para los " *Cuerpos, Escalas y militares profesionales de tropa y marinería se deberá considerar este apartado en función del resultado de la cirugía refractiva corneal, y habiéndose realizado la cirugía al menos 90 días antes del reconocimiento. No se admitirán lentes fáquicas*".

4. En su demanda, el ahora recurrente sostuvo que, ciertamente, tiene implantadas esas lentes intraoculares pero no le limitan, ni impiden o dificultan su labor como militar, para lo que aportó pruebas médicas y lo demuestra, además, que ingresase en las Fuerzas Armadas teniéndolas implantadas. Por el contrario, la Administración sostuvo que las bases de la convocatoria fueron consentidas, a lo que añadió la presunción de validez y acierto de los informes médicos oficiales que establecieron la causa de inaptitud y que la resolución está suficientemente motivada.

5. La sentencia ahora impugnada desestimó la demanda con base en estas razones:

1º Las bases de la convocatoria, que no impugnó, se remiten a la [Orden PCI/6/2019 \(LA LEY 120/2019\)](#) ya citada, que derogó la Orden PRE/2622/2007 (LA LEY 9379/2007), también citada.

2º Las causas de exclusión se establecen de forma objetiva en las bases, con carácter previo y para todos los candidatos, y su apreciación no puede hacerse depender de si un concreto candidato, pese a presentar una causa de exclusión, podría desempeñar funciones militares.

3º Rechaza el planteamiento del recurrente para el que lo relevante no son las lentes intraoculares, sino valorar si le impiden o dificultan sus funciones profesionales como militar, luego si son un impedimento para ascenso a la Escala de Suboficiales.

4º Cita nuestra sentencia de la antigua Sección Séptima, de 14 de noviembre de 2000 (recurso de casación 3433/1996 (LA LEY 7385/2001)), sobre la fuerza probatoria de los informes de los Tribunales Médicos, salvo que se demuestre que incurren en errores relevantes; sin embargo en este caso la causa de exclusión concurre y así lo reconoce el ahora recurrente, aunque según los informes médicos que aporta no impida ninguna labor en las Fuerzas Armadas.

5º No se vulnera ni el [artículo 23.2 de la Constitución \(LA LEY 2500/1978\)](#) ni el [artículo 25 \(sic\) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas \(LA LEY 15010/2015\)](#), sobre motivación de los actos.

SEGUNDO.- CUESTIÓN DE INTERÉS CASACIONAL Y PLANTEAMIENTO DE LAS PARTES.

1. Como se ha expuesto en el Antecedente de Hecho Cuarto, *la cuestión de interés casacional se centra en si las causas de exclusión del anexo de la [Orden PCI/6/2019 \(LA LEY 120/2019\)](#), " actúan de forma automática, o han de interpretarse a partir del principio de proporcionalidad, a fin de valorar si inhabilitan para el ejercicio de los contenidos propios del grupo profesional al que se pretende acceder, en el Cuerpo Militar en el que ingresó, sin que la misma casusa (sic) fuera impedimento para ello, y cuando en el momento del proceso selectivo ejerce funciones profesionales cualificadas en la rama del Ejército cuyo ascenso pretende".*

2. En su recurso de casación *don Jose Pedro alega, en síntesis, lo siguiente:*

1º La sentencia infringe el [artículo 35 de la Ley 39/2015 \(LA LEY 15010/2015\)](#) antes citada en relación con los [artículos 9 \(LA LEY 2500/1978\)](#), [23.2 \(LA LEY 2500/1978\)](#) y [103.3 de la Constitución \(LA LEY 2500/1978\)](#) así como la jurisprudencia sobre la discrecionalidad

técnica. Insiste en que las lentes intraoculares no le suponen limitación alguna y así lo probó en la instancia, a lo que añade cuál es su actual cometido sin que la Administración haya explicado en qué medida el uso de esas lentes intraoculares limita, impide o dificulta su labor como militar. Por tanto, se le ha aplicado una causa de exclusión de forma genérica y no proporcionada.

2º Invoca la infracción de la sentencia de esta Sala, antigua Sección Séptima, [de 26 de enero de 2015 \(recurso de casación 3053/2013 \(LA LEY 4470/2015\)\)](#) que se remite a la sentencia de la misma Sección, de 24 de septiembre de 2009 (recurso de casación 1309/2008 (LA LEY 184192/2009)) y que apoyan su tesis de que las causas de exclusión no pueden aplicarse de manera genérica sino que, desde el principio de mérito y capacidad, debe atenderse a si, efectivamente, inhabilitan para el ejercicio de los cometidos propios del cuerpo al que se opta.

3. La Abogacía del Estado se opone alegando, también en síntesis, lo siguiente:

1º La causa de exclusión aplicada al recurrente se introdujo -como para la Guardia Civil y Policía Nacional- tras estudios médicos que concluyeron que el uso de lentes intraoculares conlleva importantes riesgos en la visión como consecuencia de traumatismos en la cabeza (accidentes de tráfico, agresiones, etc.) dándose complicaciones como la luxación de la lente o hemorragias vítreas. Expone los pormenores quirúrgicos que conlleva su implantación más los riesgos de complicaciones.

2º No hay norma alguna que impida que una disposición general establezca una causa de exclusión inhabilitante para desempeñar las tareas propias de determinadas funciones públicas, máxime cuando se basa en la evidencia científica; y en esa línea, nada impide que para otras enfermedades, lesiones o anomalías, sí se prevea que no son incompatibles y que exigen apreciarlo caso a caso.

3º La consecuencia es que el juicio de proporcionalidad entre determinadas causas de exclusión y la naturaleza de las funciones a desempeñar, ya se efectuó en la [Orden PCI/6/2019 \(LA LEY 120/2019\)](#), por lo que no es preciso repetirla para cada aspirante y a efectos de motivación la declaración de no apto tras el reconocimiento médico se funda en una motivación *in aliunde*, esto es, en la [Orden PCI/6/2019 \(LA LEY 120/2019\)](#).

TERCERO.- JUICIO DE LA SALA.

1. La cuestión de interés casacional exige una precisión porque lo que se plantea es si las causas de exclusión para el ingreso en los centros militares de formación se aplican de manera automática o si el principio de proporcionalidad permite modularlas cuando el

aspirante ya pertenece a las Fuerzas Armadas, sin que cuando ingresó existiese la causa de exclusión que se le aplica al pretender el cambio de escala y, además, ejerce funciones análogas a las que realizaría en el cuerpo o escala a la que pretende promocionar. De esta manera en tal cuestión confluyen dos aspectos: la proporcionalidad en la aplicación del uso de lentes intraoculares como causa de exclusión y la efectividad del derecho a la carrera profesional.

2. No está de más recordar que durante su vida profesional el militar está sujeto a un régimen de evaluación de las aptitudes psicofísicas. Así lo prevé la Ley 17/1999, de 18 de mayo (LA LEY 2149/1999), de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas [cfr. artículos 103, 107, 145.2.d)], lo desarrolla el Reglamento para la determinación de la aptitud psicofísica del personal de las Fuerzas Armadas, aprobado por Real Decreto 944/2001, de 3 de agosto (LA LEY 1198/2001) y se concreta en la Orden Ministerial 54/2014, de 11 de noviembre. Yendo a lo que interesa en este pleito, en esa norma el uso de lentes intraoculares no es causa de pérdida de la aptitud psicofísica, sí padecer alguna de las enfermedades o padecimientos relacionados en el anexo y que incluye el deterioro en la visión.

3. En el caso de autos se plantea la incidencia de la exclusión litigiosa en el derecho a la carrera profesional de militares que usan lentes intraoculares. Así tenemos que en sede de "Enseñanza en las Fuerzas Armadas", la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar (LA LEY 11513/2007), se regula el acceso a los distintos centros docentes militares de formación, lo que puede consistir en acceso directo a las Fuerzas Armadas, bien sea de ciudadanos en general bien de militares (artículo 56.1 a 61 de la citada ley) y los que ya son militares pueden acceder a tales centros mediante convocatorias de promoción interna para cambio de escala o, en su caso, de cuerpo (artículo 62).

4. Para el acceso a los centros militares de formación se exigen ciertas condiciones psicofísicas: lo prevé el artículo 56.5 de la Ley 39/2007, lo reitera el artículo 8.3 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 (LA LEY 113/2010), norma vigente en la convocatoria de autos. Esas condiciones psicofísicas llevan a un cuadro médico de exclusiones, lo que prevé la norma Décima de la Orden DEF/780/2011 (LA LEY 29088/2011) antes citada, todo lo cual se concreta en la Orden PCI/6/2019 (LA LEY 120/2019), norma en cuyo anexo el uso de lentes intraoculares es causa exclusión.

5. El caso de autos se centra en las pruebas de promoción interna mediante cambio de escala, en particular a la Escala de Suboficiales por parte de militares profesionales de tropa y marinería, lo que para estos es la forma principal de ingreso en esa Escala tal y como prevé la Orden DEF/780/2011, de 31 de marzo (LA LEY 29088/2011). Lo relevante es que para esa clase de personal militar, el cambio de escala implica ejercer su derecho a la carrera profesional en su modalidad de promoción interna (cfr. artículo 15 de la Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería (LA LEY 3897/2006) y artículo 62 de Ley 39/2007 (LA LEY 11513/2007)).

6. Pues bien, no es cuestión litigiosa lo que pudiera haber de razonable en que el uso de lentes intraoculares impida el acceso a las Fuerzas Armadas, de ahí que estén de más las razones médicas que, en abstracto, justifican esa exclusión y que centran la oposición de la Abogacía del Estado. Lo que sí se cuestiona es que esa exclusión se aplique sin considerar el caso y que impida promocionar mediante cambio de escala -luego ejercer el derecho a la carrera profesional- a quien las tiene implantadas sin que hubiera sido ni causa de exclusión cuando accedió a las Fuerzas Armadas, ni causa de pérdida sobrevenida de aptitud psicofísica ni consta impedimento alguno según la especialidad a la que se aspira en la Escala de Suboficiales.

7. Se deduce así que para la promoción interna por cambio de escala debe modularse la exigencia de las condiciones psicofísicas generales que rigen para el acceso a centros docentes militares: no es congruente que un militar sea idóneo para su cometido previo o actual, pero inidóneo con carácter general, absoluto y sin matiz alguno para un cambio de escala. De no entenderse así lo cuestionado sería tanto el principio de proporcionalidad como el derecho a la carrera profesional.

8. Pero, además, entenderlo de otra forma afectaría al principio de proporcionalidad tal y como ha declarado esta Sala. El recurrente cita nuestra sentencia, antigua Sección Séptima, de 26 de enero de 2015 (recurso de casación 3053/2013 (LA LEY 4470/2015)) que se remite a la sentencia de 24 de septiembre de 2009 (recurso de casación 1309/2008 (LA LEY 184192/2009)). En aquel caso se refería a un supuesto de daltonismo y respecto del acceso a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y declaramos que tal causa de exclusión -discromatopsias- para que sea atendible debe ir acompañada de la expresión de aquellas circunstancias que condicionen su aplicación y que, por su gravedad o intensidad, impidan el ejercicio de las funciones propias del cuerpo en el que se pretende ingresar.

9. Cabe añadir que la Administración ha modulado el efecto retroactivo de la prohibición de lentes intraoculares como causa de exclusión para el acceso a los centros docentes militares respecto de la Escala de Suboficiales, y lo ha modulado según se trate de convocatorias de ingreso directo o de promoción mediante cambio de escala. Un ejemplo fue la convocatoria por resolución 452/38049/2015, para ingreso directo, y que, pese a ser anterior a la [Orden PCI/6/2019 \(LA LEY 120/2019\)](#), ya anticipaba esa causa de exclusión; no ocurrió lo mismo dos años después con la convocatoria hecha por resolución 452/07550/17, mediante promoción para cambio de escala, que no anticipó esa causa de exclusión tratándose de militares profesionales de tropa y marinería y que concurrían a una convocatoria de promoción como la de autos.

10. Por tanto y a los efectos del [artículo 93.1 de la LJCA \(LA LEY 2689/1998\)](#), declaramos:

1º Que quienes ya pertenezcan a las Fuerzas Armadas y, ejerciendo el derecho a la carrera profesional, pretendan acceder a un centro docente militar de formación promocionando mediante cambio de escala, como regla general no pueden quedar excluidos por el hecho de usar lentes intraoculares si no era causa de exclusión cuando accedieron a las Fuerzas Armadas, ni les ha supuesto una valoración negativa de su aptitud psicofísica actual.

2º Declaramos también que el principio de proporcionalidad exige que, en tales casos, no cabe excluir al aspirante cuando en la nueva escala realizará funciones sustancialmente coincidentes con las que realizaba en el cuerpo o escala de procedencia y que si para el cambio de escala se opta por una especialidad que implicará un cometido que justificaría la aplicación de la causa de exclusión ahora controvertida, deben razonarse las circunstancias por las que se aplica.

CUARTO.- RESOLUCIÓN DE LAS PRETENSIONES.

1. La consecuencia de lo expuesto es que, conforme a lo razonado en el anterior Fundamento de Derecho, se estima el recurso de casación, luego se casa y anula la sentencia de instancia, correspondiendo a esta Sala resolver las cuestiones controvertidas en la instancia conforme al [artículo 93.1 de la LJCA \(LA LEY 2689/1998\)](#)

2. Para estimar la demanda no es obstáculo que el recurrente no haya impugnado las bases de la convocatoria, unas bases que, en sí, son conformes a Derecho pues respecto de las causas de exclusión prevén estar a la [Orden PCI/6/2019 \(LA LEY 120/2019\)](#) tal y como prevé la norma décima.2 de la Orden DEF/780/2011 (LA LEY 29088/2011); cosa distinta es la interpretación y aplicación hecha por la Administración de la causa de exclusión litigiosa en este tipo de convocatorias de promoción por cambio de escala,

atendiendo a lo ya expuesto y a las circunstancias del demandante, luego el perjuicio jurídico se manifiesta más bien en su interpretación y aplicación.

3. Por otra parte, partimos de los hechos referidos en el Fundamento Primero de esta sentencia, en particular que *son hechos no cuestionados que don Jose Pedro tenía implantadas lentes intraoculares y que viene desempeñando sus funciones como militar profesional de tropa -Ejército del Aire- en la Especialidad Fundamental de Protección y Apoyo a la Fuerza, subespecialidad de Defensa y Seguridad y en los exámenes médicos periódicos fue declarado apto como Controlador de Tráfico Aéreo. Añádase que como suboficial aspiraba a las especialidades de Protección y Apoyo a la Fuerza, Control Aéreo, Mantenimiento de Electrónica y Mantenimiento Aeronáutico.*

4. Es también un hecho incontrovertido que *en la fase de concurso obtuvo 34165 puntos, pero quedó excluido por la prohibición prevista en el apartado 3.H.10 de la Orden PCI/6/2019 (LA LEY 120/2019) según el cual "No se admitirán lentes fáquicas". Ha bastado el hecho de usar esas lentes para su exclusión, pese a no impedirle desempeñar sus funciones actuales como tampoco consta que las funciones de las especialidades a las que aspira exijan un mayor esfuerzo, de forma que el uso de esas lentes impida su correcto desempeño.*

5. Estimada por lo expuesto la demanda, en cuanto su alcance, la pretensión de plena jurisdicción era que el efecto de la declaración de nulidad de los actos impugnados se hiciese "con los pronunciamientos económicos y administrativos añadidos". *Pues bien la consecuencia administrativa es que don Jose Pedro es apto en la última de las pruebas en que consiste el concurso-oposición (cfr. norma sexta.1 inciso primero de la Orden DEF/780/2011 (LA LEY 29088/2011)), debiendo continuar para él lo previsto en las bases undécima a decimotercera de la convocatoria. Y las consecuencias económicas serán las derivadas si ingresa finalmente en la Escala de Suboficiales correspondiente, en cuyo caso esas consecuencias surtirán efectos al momento en que ingresaron otros militares profesionales de tropa y marinería que no fueron excluidos en la misma convocatoria.*

QUINTO.- COSTAS.

1. De conformidad con lo dispuesto en el [artículo 139.3 de la LJCA \(LA LEY 2689/1998\)](#) en relación con el [artículo 93.4 de la LJCA \(LA LEY 2689/1998\)](#), cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad al no apreciarse temeridad ni mala fe en ninguna de las partes.

2. En cuanto a las de la instancia no se hace pronunciamiento al presentar la cuestión litigiosa razonables dudas de Derecho (artículo 93.4 en relación con el [artículo 139.1 de la LJCA \(LA LEY 2689/1998\)](#)).

FALLO

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

PRIMERO.- Conforme a lo declarado en el Fundamento de Derecho Tercero.10 de esta sentencia, se estima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de **DON Jose Pedro** contra la sentencia 73/2021, de 3 de febrero, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso contencioso-administrativo 9/2020 (LA LEY 28677/2021), sentencia que se casa y anula.

SEGUNDO.- Se estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **DON Jose Pedro** contra las resoluciones reseñadas en el Antecedente de Hecho Primero de esta sentencia con el alcance expuesto en el Fundamento de Derecho Cuarto.5 de esta sentencia.

TERCERO.- En cuanto a las costas, estese a lo declarado en el último Fundamento de Derecho.

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

Así se acuerda y firma.