

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por doña Encarnación Roca Trías, Presidenta, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Antonio Narváez Rodríguez y don Ricardo Enríquez Sancho, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 2699-2016, promovido por don A.R.S., representado por el Procurador de los Tribunales don Felipe de Juanas Blanco y asistido por el abogado don Enrique Antonio Delgado Carravilla, contra los siguientes actos de los poderes públicos: (i) la Resolución de 5 de junio de 2012 de la Directora General de Coordinación de la Dependencia, perteneciente a la Consejería de Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid, sobre “Reconocimiento de la situación de dependencia y determinación del programa individual de atención” al aquí recurrente; (ii) la resolución desestimatoria por silencio, del recurso de alzada promovido contra la anterior; (iii) la Sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 18 de diciembre de 2014, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra las dos resoluciones administrativas mencionadas; (iv) el Auto de 26 de febrero de 2015, de la misma Sala y Sección del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que denegó la preparación del recurso de casación promovido por la misma parte contra la Sentencia indicada; (v) el Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 16 de julio de 2015, que desestimó el recurso de queja interpuesto contra este último Auto y, (vi) el Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 2016, que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones formalizado contra el Auto de 16 de julio de 2015. Ha comparecido la Letrada de la Comunidad de Madrid en representación de ésta. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Ricardo Enríquez Sancho, quien expresa el parecer del Tribunal.

I.- Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el 17 de mayo de 2016, el Procurador de los Tribunales don Felipe de Juanas Blanco, actuando en nombre de don A.R.S., interpuso demanda de amparo contra las resoluciones indicadas en el encabezamiento.

2. Los hechos con relevancia para el presente recurso de amparo y a los que se refiere la demanda presentada, son los siguientes:

a) El 30 de septiembre de 1996, la Directora General de Servicios Sociales de la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid, visto el dictamen emitido en la misma fecha por el Equipo de Valoración y Orientación competente, el cual hizo constar que el aquí recurrente en amparo presentaba una minusvalía psíquica por trastornos de la personalidad, del sesenta y cinco por ciento -65%- (discapacidad global por retraso mental moderado del 60% y otros 4,5 “puntos” por factores sociales complementarios), resolvió reconocerle la condición de minusválido.

b) En el expediente aparece una copia del documento nacional de identidad del recurrente, en el que consta que éste nació en Madrid el 16 de abril del año 1945.

c) Por resolución del 24 de febrero de 2010 del Director General de Coordinación de la Dependencia, Consejería de Familia y Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid, se reconoció al aquí recurrente la situación de dependencia en Grado I (dependencia moderada), nivel 1, con base en lo previsto en el art. 28 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, “de Promoción de la Autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia”, y de acuerdo con la valoración técnica efectuada.

d) Contra esta resolución se interpuso una solicitud de revisión mediante escrito de 14 de julio de 2010, “por considerar que la valoración no se ajusta a la situación real de A.R.S.”. En el expediente abierto al efecto, se recabó distinta documentación que incluía un Informe Psicosocial de un Equipo Multidisciplinar de la Fundación Betesda (entidad privada), fechado el 12 de noviembre

de 2010, haciendo constar que el recurrente se encontraba ingresado en el Centro de Personas con Discapacidad Intelectual Belisana, perteneciente a dicha Fundación, desde el año 2007.

e) El 5 de junio de 2012 se emitió por el Coordinador del Servicio, una “Propuesta Técnica de Programa Individual de Atención”, donde se hacía constar lo siguiente:

“* Servicio/prestación solicitado por el usuario: Servicio de atención residencial para personas con discapacidad intelectual y transitoriamente prestación económica vinculada al servicio.

* Requisitos específicos que incumple: Requisito de edad, el solicitante tiene 67 años.

* Resultado de la entrevista presencial: la hermana del solicitante, insiste en demandar servicio de atención residencial para personas con discapacidad. Se le explica reiteradas veces que su hermano no cumple requisito de edad para acceder a dichas plazas y no es posible meterle en lista de espera. Tanto M. E. (hermana del solicitante), como su abogada, insisten en querer firmar el trámite de consulta para acceder a plaza de discapacitados. No se le pone impedimento aun sabiendo que no se podrá tramitar dicho servicio. Se les informa de ello.

Por lo que se resuelve con: servicio de atención residencial para personas mayores y prestación económica vinculada al servicio de forma transitoria.

* Motivos por los cuales se propone una modalidad o modalidades distintas a la preferencia del usuario: el solicitante, no cumple con requisito de edad para acceder a una plaza de atención residencial para personas con discapacidad”.

f) El mismo día 5 de junio de 2012, la Directora General de Coordinación de la Dependencia de la Consejería de Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid, dictó Resolución de “Reconocimiento de la situación de dependencia y determinación del Programa Individual de Atención” al recurrente, en la que tras invocar las normas que regulan su competencia, resolvió lo siguiente:

“Primero.- Reconocer la situación de dependencia de A.R.S. en grado II nivel 1.

Segundo.- Aprobar el Programa Individual de Atención de D./Dº A.R.S., estableciendo como modalidad de intervención más adecuada para su atención:

- Servicio de atención residencial para personas mayores.

Tercero.- Incorporar a D./Dº A.R.S., y en tanto no sea posible adjudicarle la plaza pública correspondiente a dicho servicio, el/los siguiente/s servicio/s o prestación transitoria:

- Prestación económica vinculada a cualquier servicio del catálogo del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia debidamente acreditado.

El abono de la citada prestación económica se hará efectivo una vez aprobado el gasto. La resolución de concesión de la prestación será debidamente notificada.

Quinto.- La adjudicación por parte de la Consejería de Asuntos Sociales de una plaza del servicio de atención residencial para personas mayores, y el posterior ingreso en ella de D./Dº A.R.S., será causa de extinción del derecho a disfrutar del servicio o prestación transitoria reconocida. En caso de no ingresar en la plaza, D./Dº A.R.S. será excluido/a de la lista de acceso única, y podrá continuar con la prestación o servicio transitorio reconocido como modalidad de intervención más adecuada para su atención”.

En cumplimiento de lo acordado, la Subdirectora General de Prestaciones y Servicios de la Dependencia, Consejería de Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid, dictó resolución en

diciembre de 2012 reconociendo al recurrente como beneficiario de una prestación económica vinculada al servicio, “en cuantía mensual de 300 euros a partir del 1 de diciembre de 2012, así como 2690,32 euros en concepto de atrasos devengados desde la fecha de efectos (02/03/2012) hasta el 30 de noviembre de 2012”. A esta resolución se acompaña un certificado de importes abonados por el beneficiario entre los meses de marzo a noviembre 2012, con un importe mensual de 1.475 euros, excepto agosto (que fueron 737,50 euros).

g) Contra la resolución de 5 de junio de 2012 de la Directora General de Coordinación de la Dependencia, se interpuso recurso de alzada ante la Consejería de Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid en el que se precisa que la discapacidad intelectual que sufre el aquí recurrente requiere de ayuda para la realización de actividades básicas de su vida diaria, así como ayuda especializada para promover su autonomía, razón por la que se hallaba ingresado en un centro especializado en atención de personas con discapacidad, de la Fundación Betesda de Madrid; instalaciones y personal especializado del que no dispone una residencia de la tercera edad. Añade que “sus problemas intelectuales hacen necesario un tipo de actividades específicas que son las que se programan en las residencias especiales para personas con discapacidad intelectual”.

Alega también el escrito de alzada, en lo que aquí importa, que la negativa al acceso a una residencia específica para personas con discapacidad, por razón de la edad, “no solo es incongruente con la letra y el espíritu de la ley de dependencia, sino claramente discriminatorio, pues niega a una persona la asistencia que necesita en el centro adecuado por una simple razón de edad, lo que va en contra de la Ley 11/2003 de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid y la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006.

h) Tras la desestimación de la alzada por silencio negativo, la representación procesal del aquí demandante de amparo promovió recurso contencioso-administrativo ordinario, cuyo conocimiento recayó en la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Admitido a trámite el mismo (procedimiento ordinario núm. 421-2013), se formalizó demanda en la que, luego de formular diversas consideraciones en el plano de la legalidad ordinaria, denuncia el padecimiento de una discriminación con relevancia constitucional. Resalta que es paradójico que se le haya concedido una prestación económica vinculada al servicio asistencial (Fundación Betesda) “especializada en la atención de personas con discapacidad intelectual, y a la vez se le deniegue por razón de edad el acceso a esa misma plaza en

la misma residencia a través del PIA”. Lo resuelto por las resoluciones impugnadas resulta “claramente discriminatorio, pues niega a una persona la asistencia que necesita en el centro adecuado por una simple razón de edad”, haciendo invocación de los principios de la autonómica Ley 11/2003 y la Convención Internacional de 2006.

Sostiene además, en relación con la aplicación que se ha hecho del art. 3 de la Orden 1363/1997, de 24 de junio, de la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales, donde se prevé como límite para la prestación del servicio de atención por discapacidad mental, el tener 60 años de edad, que esta norma “se opone diametralmente a la normativa de rango superior existente en esta materia, y debe anularse en consecuencia, no procediendo su aplicación, con el límite temporal y la discriminación por razón de edad que se derivan del mismo”.

En el suplico del escrito de demanda solicita, junto a la declaración de nulidad de los actos recurridos, que se reconozca en sentencia como modalidad de intervención más adecuada para el recurrente, “el servicio de atención residencial para personas con discapacidad intelectual”.

i) La Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó Sentencia el 18 de diciembre de 2014 desestimando el recurso interpuesto. Tras resumir las alegaciones deducidas por las distintas partes, y expresar en el Fundamento de Derecho tercero que el recurrente nació, según la Administración demandada, “en el año 1954”, la Sala razona en el Fundamento Cuarto la decisión adoptada, en los términos siguientes:

“Denuncia la parte recurrente que el artículo 3 de la Orden 1363/1997, de 24 de junio, de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales, por la que se aprueba el procedimiento de tramitación de solicitudes y adjudicación de plazas en los centros de atención a personas con minusvalía, afectadas de deficiencia mental, que integran la red pública de la Comunidad de Madrid vulnera el principio de igualdad y de no discriminación proclamado en la Ley de Dependencia y en la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre derechos de las personas con discapacidad.

Así las cosas, la estimación de la pretensión ejercitada en la demanda en orden a que por la Sala se anule la resolución que aprobó el Programa Individual de atención del recurrente y en su lugar, se reconozca como modalidad de intervención más adecuada el servicio de atención residencial para personas con discapacidad intelectual tendría que venir fundamentada en la previa anulación del citado precepto.

Sin embargo no ha sido objeto de impugnación por el recurrente el artículo 3 de la tan citada Orden, por lo que hemos de convenir con la Administración demandada en que el recurrente no reunía el requisito de edad establecido en el artículo 3 de la Orden 1363/1997, de

24 de junio, de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales, por la que se aprueba el procedimiento de tramitación de solicitudes y adjudicación de plazas en los centros de atención a personas con minusvalía, afectadas de deficiencia mental, que integran la red pública de la Comunidad de Madrid”.

j) Por escrito presentado ante la Sección Juzgadora el 25 de febrero de 2015, el representante procesal del aquí recurrente anunció su intención de promover recurso de casación contra la antedicha Sentencia. En el escrito se invoca como base para la procedencia del recurso los entonces vigentes arts. 86.2.b) (procederá la casación “cuando se trate del procedimiento especial para la defensa de los derechos fundamentales”, cualquiera que sea su cuantía) y 86.3 (“Cabrá en todo caso recurso de casación contra las Sentencias de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia que declaren nula o conforme a Derecho una disposición de carácter general”) de la Ley 29/1998, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LRJCA). Señala que el recurso se formaliza al amparo del art. 88.1.d) LRJCA, denunciando como infringidos, entre otros: el “Artículo 14 CE al negar la Comunidad de Madrid asistencia especializada para persona mayor discapacitada por RAZON DE LA EDAD”, y los “Artículos 3, 4, 19 y 25 de la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006”.

k) La Sección Octava dictó Auto el 26 de febrero de 2015, acordando no haber lugar a tener por preparado el recurso de casación, tras hacer cita del art. 86 LRJCA, por el siguiente motivo: “al ser la cuantía del presente recurso determinable y en todo caso inferior a los 600.000 euros que establece el citado artículo 86.2.b) de la Ley de la Jurisdicción”.

l) Interpuesto por el recurrente recurso de queja contra este Auto, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo dio respuesta al mismo dictando Auto el 16 de julio de 2015 (recurso de queja núm. 60-2015) en sentido desestimatorio, con arreglo a los siguientes razonamientos:

“TERCERO.- El artículo 86.2.b) de la Ley de esta Jurisdicción exceptúa del recurso de casación las sentencias recaídas, cualquiera que fuere la materia, en asuntos cuya cuantía no exceda de 600.000 euros (a salvo el procedimiento especial para la defensa de los derechos fundamentales, que no hace al caso).

Pues bien, en el presente caso nos encontramos ante un asunto en el que la parte recurrente no cuestiona que la cuantía del recurso no alcanza el límite legal de los 600.000 euros establecido en el artículo 86.2.b) de la Ley de esta Jurisdicción.

No obstante, como ha dicho reiteradamente esta Sala (por todos, AA TS de 18 marzo de 2010 -recurso de casación número 883/2009- y de 13 de diciembre de 2012 -recurso de queja número 72/2011-), en los litigios que versen sobre el derecho a exigir prestaciones periódicas de carácter vitalicio, cual aquí sucede, resulta de aplicación, para fijar la cuantía del asunto, la regla

séptima del artículo 251 de la LEC vigente, que determina la multiplicación por diez de las prestaciones correspondientes a una anualidad, cantidad que, notoriamente, no supera el límite legal para el acceso al recurso de casación, por lo que, en consecuencia, el recurso de queja debe de ser desestimado.

CUARTO.- No obstan a la anterior conclusión las alegaciones de la parte recurrente pues el procedimiento seguido en la instancia ha sido el ordinario, y la invocación de derechos fundamentales cuando el procedimiento en el que ha recaído la resolución impugnada no es el especial para la defensa de los derechos de esta naturaleza no está comprendida, como ha dicho reiteradamente esta Sala, (por todos, Autos de 24 de febrero de 2011 -recurso de casación número 3517/2009- y de 12 de julio de 2012 -recurso de casación número 1071/2012-) en la excepción del artículo 86.2.b) ‘in fine’ de la Ley de esta Jurisdicción”.

m) Por escrito registrado el 16 de noviembre de 2015, se promovió incidente de nulidad de actuaciones por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Con cita del ATC 10/2010, de 25 de enero, donde se precisa que la vulneración del derecho al recurso se anuda a la decisión de inadmisión y no a un trámite de audiencia previo, defiende que su recurso de casación debió ser admitido porque “la materia inicial sobre la que versa” el procedimiento era la tutela de derechos fundamentales. Pero además y de manera concreta, por ser incorrecto el razonamiento contenido en el Auto del Tribunal Supremo desestimatorio de la queja, donde califica su pretensión como de reclamación de prestaciones periódicas de carácter vitalicio y, de acuerdo con ello, invoca su propia jurisprudencia sobre el cálculo del valor de la pretensión en esos casos, la cual aplica para reputar no recurrible la Sentencia de instancia. Al hacerlo así la Sala *ad quem*, dice el escrito de nulidad, procedió a “valorar de nuevo la cuantía para no admitir a trámite el recurso de casación”.

n) La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Alto Tribunal dictó Auto el 10 de marzo de 2016, desestimándolo. En apoyo a su decisión, se afirma en el Razonamiento Jurídico Segundo que:

“...las alegaciones de la parte recurrente lo que ponen de manifiesto es una discrepancia con la declaración de desestimación del recurso de queja y con los razonamientos jurídicos que fundan dicho pronunciamiento, utilizando el incidente de nulidad de actuaciones como si de un recurso de súplica se tratara...”.

E insiste en la consecuencia derivada del cauce procedimental seguido en la instancia:

“...debiendo reiterarse que el procedimiento del que deriva la sentencia que se pretende recurrir en casación es un proceso ordinario y no uno de los especiales para la protección de los derechos fundamentales de la persona (artículos 114 a 122 de la Ley Jurisdiccional 29/1998), siendo doctrina reiterada de esta Sala que la invocación de lesión de derechos fundamentales no altera el régimen general de los recursos (por todos, AATS de 17 de abril de 2008 -recurso de casación número 6349/2006- y de 22 de enero de 2015 -recurso de casación número 6349/2006

-), todo ello a salvo el supuesto del artículo 86.2.b), inciso final, de la Ley Jurisdiccional, que no es aplicable al presente supuesto”.

3. La demanda de amparo plantea dos quejas constitucionales. La primera de ellas, que atribuye a todas las resoluciones recurridas, es por vulneración del principio de igualdad y no discriminación del art. 14 CE. La segunda es la vulneración del derecho al recurso, integrado en el fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), debido a la inadmisión indebida del recurso de casación interpuesto contra la Sentencia desestimatoria del recurso contencioso-administrativo:

a) En lo que se refiere a la primera queja (lesión del art. 14 CE), la demanda afirma como punto de partida que las resoluciones de la Comunidad de Madrid, confirmadas en vía judicial, han privado al recurrente de una atención individualizada en un centro de asistencia a personas discapacitadas, al excluirle de ello por razón de edad, en aplicación de lo dispuesto en el art. 3 de la Orden 1363/1997, de 24 de junio, de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales antes citada.

Desde esta perspectiva, el escrito aduce dos motivos de impugnación: (i) en primer lugar un error de hecho, puesto que el recurrente no había alcanzado la edad límite cuando formuló su solicitud en 2009, ni tampoco cuando se dictó la resolución denegatoria el 5 de junio de 2012, ya que consta como hecho probado en el Fundamento jurídico tercero de la Sentencia, que don A. nació en 1954, por ello contaba todavía entonces con 58 años.

(ii) En segundo lugar, ya dejando al margen que no le fuese aplicable la regla de exclusión, se cuestiona que las resoluciones (administrativas y judiciales) hayan aplicado una limitación por razón de la edad (art. 3 de la Orden 1363/1997), que vulnera el art. 14 CE al hallarse desprovista de una justificación objetiva y razonable y resultar desproporcionada. Recuerda la demanda que este Tribunal Constitucional ha considerado que la edad es uno de los factores que se integran en la cláusula de prohibición de discriminación del art. 14 CE, por lo que la decisión adoptada no supera el canon de constitucionalidad. Insiste en que ha sido la edad el único motivo para denegarle la asistencia en centro especializado para personas con discapacidad, derivándole a una residencia geriátrica, y que en estas últimas no se dispone de las instalaciones ni del personal adecuado para atender a sus necesidades.

Cita más adelante en su apoyo, en ese orden, las SSTC 66/2015, de 13 de abril, acerca del derecho a la no discriminación por razón de edad, y la 22/1981, de 2 de julio sobre el derecho a la

igualdad, y la aplicación a este ámbito de la cláusula de interpretación del contenido de los derechos fundamentales del art. 10.2 CE. De nuevo en relación con la Orden 1363/1997, considera que la misma quedó sin efecto por la posterior Orden 625/2010, de 21 de abril. Esta última ya no contempla una limitación similar, distinguiendo únicamente en la atención residencial a dependientes entre “residencias para personas mayores” y “residencias para personas con algún tipo de discapacidad” [art. 3.1.e)]. Por tanto, la Orden de 1997 es contraria a la posterior Orden 625/2010, por lo que en virtud de la disposición derogatoria única, e), de esta última, queda derogada “cualquier otra orden o disposición de igual o inferior rango que se opongan a lo dispuesto en la presente norma”.

No obstante y en la hipótesis de que este Tribunal Constitucional entendiera que la limitación por razón de edad de la Orden 1363/1997 sigue vigente, la demanda solicita que se “entienda nulo” dicho precepto, “por conculcar el artículo 14 de la CE porque ni la norma ni la decisión cuentan con NINGUN TIPO DE JUSTIFICACIÓN de la legitimidad constitucional al establecer el límite de la solicitud en los 60 años”.

Se invoca por último la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, en concreto sus arts. 3 (que prohíbe cualquier tipo de discriminación), 19 (sobre el deber de los Estados partes de adoptar medidas efectivas que permitan la inclusión de la persona discapacitada en la comunidad) y 25 (sobre el derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por su discapacidad); así como el art. 25 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, el cual prevé que el servicio residencial se preste en los centros habilitados “según el tipo de dependencia, grado de la misma e intensidad de cuidados que precise la persona”, no en función de la edad. Concluye la demanda sobre esta primera queja, afirmando que en ninguna norma posterior a dicha Ley 39/2006 se establece “que las personas mayores de 60 con discapacidad tengan que ser tratadas en un centro geriátrico para mayores”.

b) La segunda queja de la demanda de amparo, como se adelantó, plantea la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho de acceso al recurso, como consecuencia de la inadmisión indebida de su recurso de casación. Se argumenta en este sentido, que contrariamente a lo que sostienen los Autos del Tribunal Superior de Justicia y la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, “la materia inicial sobre la que versa el objeto del proceimiento versa [sic] sobre derechos fundamentales”, en concreto la

discriminación padecida por razón de la edad, que le ha impedido acceder a una residencia especializada. Y en concreto, que no es un litigio relativo a prestaciones periódicas de carácter vitalicio como indica el Auto desestimatorio del recurso de queja. Cita en su apoyo la STC 87/1992, de 8 de junio, respecto de la doctrina sobre vulneración del derecho al recurso en los supuestos de inadmisión de éstos, así como el art. 86.2.b) de la Ley Jurisdiccional 29/1998, que garantiza el carácter recurrible de la sentencia sin importar la cuantía del procedimiento, cuando éste ha versado como aquí en la defensa de derechos fundamentales.

Por lo que respecta al requisito de la especial trascendencia constitucional del recurso, ex arts. 49.1 y 50.1.b) LOTC, la demanda justificó su concurrencia desde una triple perspectiva:

“...a) La trascendencia que supone para el estado de bienestar el estructurar uno de los cuatro ejes en los que se basa y sobre los que la Ley de Dependencia debe pivotar. La presente Sentencia debe servir como un elemento fundamental para definir los criterios con los que las Administraciones Públicas deben establecer los itinerarios personalizados para los beneficiarios de la Ley de Dependencia, distinguiendo entre dependientes por razones de la edad y dependientes por razones de discapacidad, con independencia de su edad.

b) La jurisprudencia analizada al tratar el tema de la no discriminación por razón de edad se centra en cuestiones de relaciones laborales fundamentalmente y la cuestión de la jubilación forzosa en el ámbito de la empresa privada, sin embargo, no existen antecedentes respecto de la no discriminación por razón de la edad en la concesión de servicios públicos.

c) El argumento principal para justificar la trascendencia constitucional del presente asunto se debe a la situación triste y desamparada en la que se encuentra no sólo Don A.R. sino todas y cada una de las personas con discapacidad intelectual que llegadas a la edad de 60 años son derivadas a Residencias de Mayores. En estas Residencias de Mayores al no existir personas especializadas, no se realizan trabajos ni educativos, ni de socialización, ni terapéuticos para la correcta atención de estas personas con discapacidad, ni tan siquiera médicos al ser conocido en el sector el alto grado de medicación al que se ven sometidos para evitar situaciones a veces tensas con el resto de personas de las Residencias Generalistas, como consecuencia de los brotes u otras situaciones límites como consecuencia de sus condiciones diagnosticadas”.

Finalmente, el suplico del escrito de demanda pide que este Tribunal dicte Sentencia que reconozca al recurrente la lesión de su derecho a la igualdad y a la no discriminación (art. 14 CE), con nulidad del Auto del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2016, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 18 de diciembre de 2014 y la resolución de la Comunidad de Madrid de

5 de junio de 2012, “dictando una nueva en la que se reconozca como modalidad de intervención más adecuada para la atención de Don A.R.S. el servicio de atención residencial para personas con discapacidad intelectual”.

4. Con carácter previo a resolverse sobre la admisión del recurso, se dictó diligencia de ordenación por la Secretaría de Justicia de la Sección Cuarta de este Tribunal, el 23 de mayo de 2016, requiriendo al representante procesal del aquí recurrente para que en el plazo de diez días aportara copia del Auto de 16 de julio de 2015 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo; acreditase fehacientemente la fecha de notificación del Auto de 10 de mayo de 2016 de la misma Sala y Sección del Tribunal Supremo, y presentase escritura de poder original acreditativa de su representación. Dicha documentación fue cumplimentada por escrito del Procurador actuante, presentado el 8 de junio de 2016, en el que consta que el último Auto citado se notificó en fecha 31 de marzo de 2016.

De igual manera, también por diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sección Cuarta, de 26 de septiembre de 2016, se acordó dirigir atenta comunicación a la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, a fin de que remitiera a la mayor brevedad posible certificación o copia adverada de las actuaciones correspondientes al procedimiento ordinario núm. 421-2013. Por escrito de 6 de octubre de 2016, el Letrado de la Administración de Justicia de la Sección *a quo* remitió copia testimoniada de las actuaciones que se le solicitaron.

Finalmente, por diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sección Cuarta, de 19 de octubre de 2016, se acordó “dirigir atentas comunicaciones a la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo a fin de que, a la mayor brevedad posible, se remita a esta Sala certificación o fotocopia adverada del escrito de incidente de nulidad de actuaciones presentado por el recurrente contra el auto de dicha Sala y Sección de fecha 16 de julio de 2015 recaído en el recurso de queja 60/2015; así como a la Consejería de Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid a fin de que, a la mayor brevedad posible, se remita a esta Sala certificación o fotocopia adverada del Expediente Administrativo nº 15156/2009 sobre reconocimiento de situación de dependencia y determinación del programa individual de atención del recurrente”.

La Secretaría de Justicia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo cumplimentó el requerimiento mediante oficio de fecha 26 de octubre de 2016, que tuvo entrada en este Tribunal el 3 de noviembre de 2016. Por su parte, el Consejero de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad de Madrid cumplió con aquel requerimiento, por escrito que tuvo entrada en este Tribunal el 1 de diciembre de 2016.

5. La Sección Cuarta de este Tribunal dictó providencia el 13 de febrero de 2017, admitiendo trámite el recurso, “...apreciando que concurre en el mismo una especial trascendencia constitucional (art. 50.1 LOTC) toda vez que el recurso puede dar ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental [STC 155/2009, FJ 2, b), así como que el asunto suscitado trasciende del caso concreto porque plantea una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica [STC 155/2009, FJ 2, g)]”.

Asimismo, la providencia acordó lo que sigue: “en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 de la LOTC, diríjase atenta comunicación a Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo a fin de que, en plazo que no exceda de diez días, remita certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al Recurso de Queja nº 60/2015. Diríjase igualmente atenta comunicación a Sección 8ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid a fin de que, en relación a su Procedimiento Ordinario nº 421/2013, proceda al emplazamiento de quienes hubieren sido parte en el procedimiento, excepto la parte recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días puedan comparecer, si lo desean, en el presente recurso de amparo”.

6. La Letrada de la Comunidad de Madrid, actuando en representación y defensa de esta última, formalizó escrito de 14 de marzo de 2017, el cual tuvo entrada en este Tribunal el 16 de marzo de 2017, con el fin de personarse como parte en el presente recurso de amparo, solicitando que se entendieran con ella las actuaciones.

7. Por diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sala Segunda de este Tribunal, de 12 de abril de 2017, se acordó tener por personada y parte en el procedimiento a la Letrada de la Comunidad de Madrid, en nombre y representación de dicha Comunidad Autónoma, acordándose entender con ella las sucesivas actuaciones. Asimismo, se acordó dar vista de las

actuaciones recibidas a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, por plazo común de veinte días, a fin de poder formular las alegaciones que estimasen pertinentes, *ex art. 52.1 LOTC*.

8. El representante procesal del recurrente en amparo presentó escrito de alegaciones registrado el 23 de mayo de 2017, por el que reiteró las vulneraciones denunciadas en su demanda y solicitó su estimación en Sentencia.

Por su parte, la Letrada de la Comunidad de Madrid formalizó sus alegaciones mediante escrito que tuvo entrada en este Tribunal el 26 de mayo de 2017, interesando se dictase Sentencia inadmitiendo el recurso o, en su defecto, desestimándolo. En tal sentido, se afirma en primer lugar que concurren los siguientes óbices de inadmisión:

a) La extemporaneidad de la demanda por la interposición de un recurso manifiestamente improcedente, art. 50.1.a) en relación con el art. 43.2 LOTC, pues una vez desestimado el recurso de queja por la no preparación del recurso de casación, mediante Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2015, no cabía promover contra este último un incidente de nulidad de actuaciones, como sin embargo se hizo. El escrito de alegaciones destaca en negritas el párrafo del ATS de 10 de marzo de 2016, resolutorio del referido incidente de nulidad, donde se indica que conforme con el art. 495.2 LEC no cabe recurso contra el Auto que resuelve un recurso de queja y que la Sentencia recurrida se dictó en un proceso ordinario, no de protección de derechos fundamentales. Por ello, señala la Administración comparecida, el plazo para venir en amparo debía contarse desde el día siguiente a la notificación del ATS de 16 de julio de 2015, la cual a su vez se produjo el 27 de julio siguiente, expirando veinte días después. Incluso seguiría estando fuera de ese plazo de veinte días si este se cuenta desde la notificación del Auto resolutorio del incidente de nulidad. Con todo, para el “supuesto hipotético” de que este Tribunal Constitucional apreciara que el plazo aplicable era de treinta días, solicita se cuente éste desde la notificación del Auto de 16 de julio de 2015, lo que llevaría igualmente a la extemporaneidad del recurso.

b) Se aduce como segundo óbice, el del art. 44.1.c) en relación con los arts. 43.1 y 50.1.a) LOTC, esto es, la falta de invocación de la lesión del derecho fundamental que se trae en amparo, tan pronto como ésta hubiera sido conocida. Alega el escrito que durante el proceso en instancia, el recurrente no alegó la lesión del derecho a la igualdad del art. 14 CE atribuida en amparo a las resoluciones administrativas, limitándose a pedir en su recurso contencioso-administrativo su

anulación y que se le reconociera como modalidad de intervención más adecuada, la del servicio de atención residencial para personas con discapacidad intelectual. No se menciona “ni una sola vez el artículo 14 CE, ni la vulneración de un derecho susceptible de amparo como fundamento de interposición del mismo”, además de que no se siguió el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona de los arts. 114 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa 29/1998 (LRJCA). Fue en el escrito de preparación del recurso de casación cuando por primera vez se hizo referencia al art. 14 CE.

c) En tercer y último lugar, con base en los arts. 50.1.a) y 49.1 LOTC, se opone la falta de justificación “suficiente” del requisito de la especial trascendencia constitucional, al entender que la demanda no despliega esfuerzo argumental alguno para “vincular la vulneración constitucional alegada con los criterios del art. 50.1.b) LOTC, limitándose en apenas cuatro párrafos a este cometido”. De ellos, la Letrada de la Comunidad de Madrid selecciona el último de ellos, que alude a la situación particular del recurrente, concluyendo que éste confunde la vulneración de fondo con el requisito de la especial trascendencia constitucional del recurso, lo que ha de llevar a su inadmisión, también por esta causa.

Ya en cuanto a las quejas de fondo, la Administración autonómica comparecida defiende que no se ha producido la vulneración del “principio de Igualdad y Prohibición de no Discriminación del artículo 14 de la CE”, denunciada por la demanda. Ante todo, porque la Sentencia aplicó la normativa en vigor, respondiendo en términos de legalidad ordinaria a lo planteado por el recurrente, que, se insiste, no hizo uso del cauce del art. 114 y siguientes de la LRJCA.

Además, explica que la Orden 1363/1997 “establece un mismo tratamiento para todas las situaciones idénticas”, mientras que la Ley 11/2003, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid, diseñó el sistema público de tales servicios en función a tres sectores de edad de los destinatarios: menores (0-18 años), adultos (18-65 años) y mayores (a partir de los 65 años). De acuerdo con ello, la red “de atención a personas con discapacidad de la Comunidad de Madrid atiende a personas adultas con discapacidad, es decir, personas de entre 18 y 65 años. Su artículo 20.1 prevé la continuidad de atenciones sociales de las personas ya atendidas cuando pasen de una etapa a otra y la adaptación flexible de los límites de edad señalados. Por tanto, lo que determina el tipo de atención que el sistema público puede proporcionar es el momento en el que se solicita el recurso y se accede al mismo. En este sentido, es necesario regular el acceso a cada uno de los recursos conforme a unos rangos de edad, motivo por el cual el artículo 3 de la citada Orden

1363/1997 establece que las solicitudes deben presentarse entre los 18 y los 60 años de edad. D. A.R.S. tiene adquirido, con fecha de efectos 2 de marzo de 2012, un derecho a plaza de atención residencial en la red de mayores conforme a lo que establece la normativa vigente. Desde la Administración se le ha ofertado una plaza residencial de estas características que él o sus representantes legales han rechazado. Conviene asimismo reseñar que, en estos momentos percibe una prestación económica vinculada al servicio por importe de 300 euros mensuales que están destinados a cofinanciar el coste de una plaza de residencial privada”. De no inadmitirse, concluye que el recurso de amparo por ello debe ser desestimado.

Precisa finalmente el escrito de alegaciones que resulta erróneo afirmar, como de contrario hace la demanda, que al recurrente se le denegó lo pedido con infracción de lo previsto en el art. 3 de la Orden referida porque tenía menos de 60 años cuando realizó su solicitud, al haber nacido en el año de 1954. Lo cierto, aclara, es que el recurrente según su DNI nació el 16 de abril de 1945, por lo que cuando se dictó la Resolución de 5 de junio de 2012, contaba ya con 68 años de edad.

9. El Fiscal ante este Tribunal Constitucional presentó su escrito de alegaciones con fecha 26 de mayo de 2017, interesando de este Tribunal se dicte Sentencia estimatoria del recurso que declare vulnerado el derecho fundamental del recurrente a la no discriminación (art. 14 CE), acordando la nulidad de la resolución administrativa de 5 de junio de 2012 y de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de diciembre de 2014. Así, tras la relación de los hechos relevantes del caso el Fiscal pasa a la fundamentación jurídica, con recordatorio tanto de cuáles son las resoluciones administrativas y judiciales impugnadas, como de los argumentos esgrimidos por la demanda de amparo, centrándose a continuación en el análisis de las dos quejas constitucionales vertidas, si bien invirtiendo para ello el orden de la demanda:

a) Comienza el Ministerio Público con la alegada vulneración del derecho al recurso (art. 24.1 CE) producida por la inadmisión del recurso de casación contra la Sentencia dictada en instancia única por el Tribunal Superior de Justicia. Tras referirse al contenido esencial del mencionado derecho al recurso, con cita de la STC 7/2015, de 22 de enero, FJ 5, pasa a hacer aplicación de la doctrina sobre el caso aquí planteado, coligiendo que este primer motivo de la demanda de amparo ha de ser desestimado, pues fue la parte con sus actos quien cerró la vía del recurso de casación ex art. 86.2.b) in fine LRJCA, al no haber instado en la instancia la apertura del procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales, con lo que sólo podía acceder a casación por el criterio

de la cuantía, el cual no se cumplía según razonamiento del propio Tribunal Supremo que tampoco resultaba reprochable.

A partir de esta conclusión, reconoce el Fiscal que el recurso de casación interpuesto podría reputarse manifiestamente improcedente, lo que podría plantear si el segundo motivo de la demanda por vulneración del art. 14 CE resulta extemporáneo, por alargamiento artificial de la vía judicial previa. Sin embargo, acota de inmediato, debe tenerse en cuenta que el recurrente en todo momento, ya en su demanda de recurso contencioso-administrativo, planteó la dimensión constitucional de su pretensión en términos de haber sufrido una discriminación por razón de la edad, al no haberle sido reconocida la modalidad de atención más adecuada que era la del servicio de atención residencial para personas con discapacidad, debido a que había cumplido los 60 años. Un debate que ha mantenido también en sede de recurso, y que a este Tribunal Constitucional debe servirle “al menos para entender que la vía escogida por la parte de mandante de amparo a la hora de agotar la vía judicial previa no fue absolutamente inidónea”.

b) Por lo que atañe a la otra queja de la demanda de amparo, relativa a la vulneración del art. 14 CE, empieza el escrito del Fiscal recordando el contenido esencial del derecho a la igualdad ante la ley, previsto en el primer apartado de aquel precepto constitucional, así como el derecho a no sufrir discriminación reconocido en el segundo apartado, citando al efecto la STC 63/2011, de 16 de mayo de 2013, la que también sirve para recordar que este Tribunal ha incluido a la edad como una de las circunstancias personales que no pueden traducirse en factor de discriminación. De acuerdo con las singularidades del supuesto enjuiciado en cada ocasión, dice el escrito, el resultado ha sido heterogéneo en la doctrina constitucional, no siempre apreciándose que haya habido discriminación; citando como ejemplos las SSTC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 3; 31/1984, de 7 de marzo, FJ 11; 69/1991, de 8 de abril, FJ 4; 149/2004, de 20 de septiembre, 280/2006, de 9 de octubre y 341/2006, de 11 de diciembre.

Con aplicación de la doctrina constitucional al caso concreto, afirma el Fiscal que tanto la Resolución de la Dirección General de Coordinación de la Dependencia de 5 de junio de 2012, como su confirmación en la alzada mediante silencio negativo, denegaron al recurrente lo que solicitaba por no haber cumplido con el requisito del art. 3 de la Orden 1363/1997. Al haberlo resuelto así, “la Administración competente no debía haber prescindido ni del hecho cierto de la específica naturaleza de la discapacidad intelectual de aquél ni, en relación con ello, de las cláusulas antidiscriminatorias y de las medidas protectoras resultantes de lo dispuesto en el art. 3 de la

Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, en el art. 14 CE, en los arts. 3, 13, 25 y 29 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, y en el art. 3 de la Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid”. Por ello se le aplicó al recurrente “con todo rigor” un precepto (el art. 3 de la Orden 1363/1997) “que era en realidad inaplicable” a su situación, otorgándole un trato que no le correspondía ni por razón de la edad, “ni en atención a sus circunstancias personales, ni en atención a sus reales necesidades de asistencia (...) que ha perjudicado al interesado al privarle sin motivo de un servicio asistencial al que debería de haber accedido con toda normalidad”.

En lo atinente a la posterior Sentencia que resolvió el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra aquellas resoluciones administrativas, señala el Fiscal que la misma “no se pronuncia en absoluto sobre el contenido esencial de la demanda”, esto es, la discriminación padecida que se alegaba, pues lejos de ellos la Sala desestimó el recurso aduciendo no solamente que el recurrente no había impugnado el art. 3 de la tan citada Orden, lo que no era cierto. De este modo, colige el Ministerio Fiscal que: “es precisamente esa falta de pronunciamiento, pero también el carácter manifiestamente irrazonable de la motivación que conduce a la desestimación del recurso contencioso-administrativo, lo que permite concluir que la sentencia impugnada incurrió en la vulneración denunciada por la parte demandante de amparo”.

10. Con fecha 31 de mayo de 2017, la Sección Cuarta de este Tribunal dictó providencia acordando unir a las actuaciones los escritos de alegaciones presentados, al tiempo de dirigir sendas comunicaciones a la Dirección General de Atención a Personas con Discapacidad de la Comunidad de Madrid y a la Dirección General de Atención a la Dependencia y al Mayor de la propia Comunidad, a fin de informar sobre los centros y residencias disponibles para atender a personas con trastornos mentales de más de 65 años, contestando el primero de ellos que no era tema de su competencia, y el segundo (escrito con entrada en este Tribunal el 29 de junio de 2017) que existían dos centros residenciales de esta clase (el Complejo Asistencial Benito Menni, y el Centro San Juan de Dios, ambos en la localidad de Ciempozuelo).

11. La Secretaría de Justicia de la Sala Segunda de este Tribunal dictó diligencia de ordenación el 26 de julio de 2017, acordando unir a las actuaciones los escritos procedentes de las dos Direcciones Generales mencionadas, dando traslado de las mismas a la parte recurrente, a la Letrada de la Comunidad de Madrid y al Ministerio Fiscal, por plazo común de diez días, a fin de

poder presentar las alegaciones que tuvieran por pertinentes, ex art. 52.1 de la Ley Orgánica de este Tribunal.

En su respuesta, el Ministerio Fiscal presentó escrito de alegaciones de 13 de septiembre de 2017, que tuvo entrada en este Tribunal en la misma fecha, ratificándose en su informe del 25 de mayo de 2017. Por su parte, también el 13 de septiembre de 2017 presentó escrito la representación procesal del recurrente, manifestando que la Administración comparecida alegando que la Comunidad dispone de un mayor número de plazas en centros concertados “como la Fundación Betsda”. No presentó alegaciones en este trámite la Letrada de la Comunidad de Madrid.

12. Mediante providencia de fecha 18 de enero de 2018, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 22 del mismo mes y año.

II.- Fundamentos Jurídicos

1. Se interpone el presente recurso de amparo, de un lado, contra las resoluciones de la Consejería de Asuntos Sociales de la Comunidades de Madrid que denegaron al aquí recurrente, por motivo de edad, su solicitud para que se autorizara un programa de atención individualizada en un centro de asistencia a personas discapacitadas. A ellas les atribuye la demanda la vulneración del derecho fundamental a no padecer discriminación del art. 14 apartado segundo CE, así como a la Sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en cuanto desestimatoria del recurso contencioso-administrativo promovido contra las anteriores, dejando de reparar la lesión denunciada.

De otro lado, la demanda se dirige contra los Autos que impidieron que se tramitara el recurso de casación promovido contra dicha Sentencia, uno de la Sección Juzgadora de instancia (teniendo por no preparado el recurso) y dos de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (desestimando un recurso de queja contra la no preparación, y en desestimación de un incidente de nulidad de actuaciones instado contra la decisión de la queja). A estos tres Autos se les achaca la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de acceso al recurso.

La Letrada de la Comunidad de Madrid, actuando en la representación que legalmente ostenta, ha opuesto tres óbices procesales de inadmisión y, en su defecto, ha pedido que se desestime el recurso. El Ministerio Fiscal, finalmente, interesa que se otorgue el amparo por el primer motivo, el de la vulneración del art. 14 CE y, aunque no suscita formalmente ningún óbice, plantea ciertas dudas sobre el agotamiento de la vía judicial previa por parte del recurrente.

Ha de indicarse de una vez que con el fin de preservar la intimidad del recurrente en amparo, de quien el expediente administrativo y las resoluciones impugnadas aportan datos personales sobre su situación de discapacidad mental, del mismo modo como hemos resuelto en ocasiones similares “en aplicación de las potestades atribuidas a este Tribunal por el artículo 86.3 LOTC y el acuerdo del Pleno de 23 de julio de 2015 ‘por el que se regula la exclusión de los datos de identidad personal en la publicación de las resoluciones jurisdiccionales’ (‘BOE’ núm. 178, de 27 de julio de 2015), la presente Sentencia no incluye la identificación completa de dicha persona ni, a estos mismos efectos, la de sus parientes inmediatos que aparecen mencionados en las actuaciones [SSTC 141/2012, FJ 8; en el mismo sentido, SSTC 182/2015, de 7 de septiembre; 13/2016, de 1 de febrero, FJ 1; 22/2016, FJ 1; 34/2016, de 29 de febrero, FJ 1; 50/2016, de 14 de marzo, FJ 1; 132/2016, de 18 de julio, FJ 1 c), y 31/2017, de 27 de febrero, FJ 1 c)]” [STC 85/2017, de 3 de julio, FJ 1].

2. Así trabado el debate, con carácter previo a enjuiciar las quejas de fondo de la demanda ha de darse contestación a las excepciones de inadmisibilidad invocadas por dos de las partes intervinientes en el proceso. Se adelanta que todas ellas alcanzan un resultado desestimatorio:

a) Respecto de la alegación de la Letrada de la Comunidad de Madrid, de que la demanda de amparo resulta extemporánea por alargamiento indebido de la vía judicial previa, deben formularse dos precisiones antes de resolver: (i) la primera, es que conforme a doctrina reiterada de este Tribunal la causa de inadmisión que deriva de interponer un medio de impugnación “manifiestamente improcedente”, ha de ser aplicada siempre de manera restrictiva, solo para aquellos casos en que se constate que la parte ha tenido la intención de prolongar artificialmente la vía judicial previa o cuando dicha improcedencia “derive de manera terminante, clara e inequívoca del propio texto legal, sin dudas que hayan de resolverse con criterios interpretativos de alguna dificultad” [entre otras, SSTC 200/2012, de 12 de noviembre, FJ 3; 186/2014, de 17 de noviembre, FJ 2.a); y 145/2015, de 25 de junio, FJ 2, así como las que en ellas se citan].

(ii) La segunda precisión, es que cuando la demanda de amparo denuncia, como aquí, la lesión de uno o más derechos fundamentales por actos de las Administraciones públicas, y también la lesión de uno o más derechos fundamentales producidos durante el proceso abierto para el control jurisdiccional de aquellos actos, estamos ante un recurso de amparo “mixto” en el que a falta de previsión expresa en nuestra Ley Orgánica 2/1979, el plazo para interponer la correspondiente demanda de acuerdo con doctrina de este Tribunal, es de treinta días por asimilación con el previsto en el art. 44.2 LOTC (AATC 211/2009, de 8 de julio, FJ 2; y 32/2017, de 27 de febrero, FJ 2).

Sentado esto, resulta que en el presente caso el recurrente promovió un incidente de nulidad de actuaciones contra el Auto desestimatorio de su recurso de queja, promovido este último a su vez contra la no preparación de su recurso de casación acordada inicialmente por el órgano de instancia. No es determinante para calificar la “manifiesta improcedencia” del incidente, a los particulares efectos que ahora se analizan, el que el art. 495.3 LEC (al que se remite el art. 89.4 LRJCA) no prevea recurso contra la resolución de la queja, pues el incidente de nulidad de actuaciones no es un “recurso” en sentido técnico-procesal, sino que se configura por el art. 241 LOPJ como un mecanismo de impugnación de resoluciones judiciales firmes, por vulneración de los derechos fundamentales del art. 53.2 CE. Lo que realmente cobra importancia, es el contenido del escrito de nulidad que se presenta.

En este sentido, como ya se expuso en los Antecedentes, el recurrente no solamente reiteró en el incidente de nulidad su tesis del recurso de queja de que la casación interpuesta era procedente con arreglo al art. 86.2.b) LRJCA, al haberse discutido en la instancia sobre la lesión de un derecho fundamental, sino que impugnó el pronunciamiento del Auto del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2015 que, con el fin de suplir la escueta respuesta dada por el Tribunal Superior de Justicia (el cual se limitó a no tener por preparada la casación diciendo que la cuantía del recurso era determinable e inferior a 600.000 euros), precisó la naturaleza de la pretensión ejercitada como de reclamación de prestaciones periódicas de carácter vitalicio, aplicando su jurisprudencia sobre el cálculo de la cuantía del proceso en tales casos, concluyendo así que la Sentencia dictada no era recurrible en casación.

Bajo esta perspectiva, en la que el Auto resolutorio de la queja amplía e integra la motivación para denegar la preparación del recurso, era factible que el recurrente albergara dudas sobre la necesidad de atacar y no aquietarse con esos nuevos argumentos, que resultaban objetivamente relevantes en cuanto a la lesión de su derecho al recurso (art. 24.1 CE), tal y como

luego ha afirmado en la demanda de amparo; unido al canon de aplicación restrictiva de la figura del “recurso manifiestamente improcedente”, conforme con nuestra doctrina arriba citada, descarta dar semejante calificación al incidente de nulidad así promovido.

Por último y dentro de esta misma impugnación por extemporaneidad de la Administración comparecida, siendo el plazo de interposición de la demanda de amparo, según se indicó antes, el de treinta días a contar desde el siguiente a la notificación del Auto del 10 de marzo de 2016, lo que a su vez tuvo lugar el 31 de marzo de 2016, esto implica que el plazo finalizaba el 17 de mayo de 2016, justamente la fecha en que se interpuso la demanda, por tanto de manera temporánea. Se rechaza por ello en todos sus argumentos, este primer óbice de la Letrada de la Comunidad de Madrid.

b) También en relación con la extemporaneidad de la demanda de amparo, aunque sin plantearlo como óbice sino como una reflexión tras entender que ha de desestimarse el motivo de la demanda sobre la vulneración del derecho al recurso, el Fiscal manifiesta en su escrito de alegaciones que podría entenderse que el recurso de casación intentado contra la Sentencia de instancia era manifiestamente improcedente, pues si la vía de acceso a casación era la del art. 86.2.b) LRJCA (Sentencia dictada en el proceso especial de protección de derechos fundamentales), en este caso fue la parte la que voluntariamente optó por promover un procedimiento ordinario y no el especial de los arts. 114 y siguientes LRJCA, cerrando así aquella posibilidad posterior de acceso. Al mismo tiempo precisa, sin embargo, que la pretensión de dimensión constitucional se incluyó ya en la demanda del recurso contencioso-administrativo, lo que le lleva a concluir -e implícitamente a solicitar a este Tribunal- que no debe inadmitirse el recurso de amparo por esta causa.

Pues bien, sin adentrarnos ahora en el análisis del segundo motivo de la demanda de amparo, y por tanto sin tener que enjuiciar si los Autos del Tribunal Superior de Justicia y del Tribunal Supremo que tuvieron por no preparado el recurso de casación promovido por el recurrente contra la Sentencia de instancia, son respetuosos o no con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por tratarse de decisiones que adolecen de arbitrariedad, irracionalidad o error patente, basta para despejar la duda suscitada por el Fiscal y rechazar que la casación intentada fuese un recurso manifiestamente improcedente, con observar lo siguiente:

(i) Con independencia de cuál fuera la línea de defensa seguida por el recurrente en el recurso de queja, incidente de nulidad y demanda de amparo, a partir del tenor de los Autos que se

fueron dictando en denegación de su recurso, importa considerar a los efectos estrictos de su extemporaneidad ex arts. 44.2 y 50.1.a) LOTC, cuál fue el contenido del escrito de preparación de su recurso de casación, donde figuran los motivos que lo fundaban.

En el escrito de preparación presentado, como ya se dejó constancia en el Antecedente 2.i) de esta Sentencia, se esgrimieron no uno, sino dos motivos para su procedencia: el primero, el fundado en el ya varias veces citado art. 86.2.b), en la dicción entonces vigente, de la Ley 29/1998 (que se trate de sentencia recaída en el proceso especial de tutela de derechos fundamentales), y uno segundo, fundado en el también entonces vigente art. 86.3 de la misma Ley, a cuyo tenor: “Cabrán en todo caso recurso de casación contra las sentencias de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia que declaren nula o conforme a Derecho una disposición de carácter general”.

(ii) Como resulta igualmente del Antecedente 2.g), la demanda del recurso contencioso-administrativo impugnó las resoluciones administrativas que denegaban al recurrente su solicitud de atención residencial para personas con discapacidad intelectual, por incumplir el requisito de edad máxima de 60 años previsto en la Orden 1363/1997, de 24 de junio, de la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid. Y lo hizo, en lo que ahora nos importa, alegando no solo la infracción del principio de jerarquía normativa (cuestión de legalidad ordinaria) sino también la denuncia de “la discriminación por razón de edad” derivada de la aplicación de aquella regla de exclusión; así como la discriminación resultante de la vulneración del Convenio de la ONU sobre derechos de las personas con discapacidad (queja constitucional),

Pese a esta impugnación expresa de la Orden 1363/1997, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia señaló, en su Fundamento de Derecho Cuarto, que para estimar la pretensión del recurrente ésta debía haberse fundado en la anulación del citado precepto, añadiendo con error que: “Sin embargo, no ha sido objeto de impugnación por el recurrente el artículo 3 de la tan citada Orden...”.

(iii) Por tanto, y sin entrar en el debate sobre si la Sentencia resultaba también recurrible en casación por la vía del art. 86.2.b) LRJCA, el recurso de casación no era manifiestamente improcedente, cuanto menos, por la vía invocada del art. 86.3 LRJCA. En el proceso en instancia se dedujo una pretensión de nulidad contra una disposición general, el apartado del art. 3 de la Orden 1363/1997 que contemplaba -y contempla- el límite de los 60 años, bien que era un recurso contencioso-administrativo indirecto contra dicha disposición general, deducido ex art. 26 LRJCA,

y la Sala no cuestionó su aplicación al caso pese a disponer de instrumentos procesales para ello, como más adelante se especificará (fundamento 6, f).

c) El razonamiento que antecede nos sirve igualmente para desestimar el segundo de los óbices opuestos por la Letrada de la Comunidad de Madrid, al afirmar que el recurrente no había denunciado la lesión del derecho fundamental alegado en amparo, en la previa demanda del recurso contencioso-administrativo. Sí que lo hizo, como se ha visto ya, e invocó también la inobservancia de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, en relación con el principio de no discriminación consagrado en ésta. El que no se haya hecho cita literal del art. 14 CE no determina el defecto de falta de invocación de la lesión constitucional [art. 44.1.c) LOTC], puesto que nuestra doctrina lo que exige es que la persona haya aportado al órgano judicial los datos de hecho suficientes para que este último pueda reconocer la existencia de la lesión del derecho fundamental que ante él se deduce (SSTC 191/2011, de 12 de diciembre, FJ 2; 4072012, de 29 de marzo, FJ 3; 41/2012, de 29 de marzo, FJ 4). No suscita duda alguna que tal cosa se ha cumplido por la demanda de instancia.

d) Por último, la Administración comparecida afirma que la demanda de amparo no ha justificado de manera suficiente la concurrencia del requisito de la especial trascendencia constitucional del art. 50.1.b) LOTC, al limitarse a hacer referencia a la situación personal del recurrente. El propio escrito de alegaciones reconoce que la demanda dedica cuatro párrafos a esta cuestión, de entre los cuales entresaca el más endeble para la objetivación del recurso, donde el recurrente alude a su situación material. Mas ese bloque de argumentación debe valorarse en su conjunto, y en él desde luego se alegan dos causas de especial trascendencia constitucional vinculadas a la importancia de las normas reguladoras del sistema de asistencia social a cargo de las Administraciones públicas, tras la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, “de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia”, desde la perspectiva del derecho a la no discriminación (art. 14 CE) por motivo de edad ni de discapacidad, y en aplicación de una regla de exclusión genérica, lo que nos da la oportunidad de aclarar nuestra doctrina constitucional sobre el derecho a la no discriminación en esos dos ámbitos.

3. Despejados los obstáculos procesales para poder analizar las dos quejas de fondo de la demanda de amparo, el orden para su enjuiciamiento será el establecido por doctrina reiterada de este Tribunal para los recursos de amparo mixtos, lo que “... ‘determina que analicemos en primer término las eventuales vulneraciones que serían imputables a la actuación administrativa para

efectuar con posterioridad, en su caso, el enjuiciamiento de las lesiones constitucionales imputadas a la resolución judicial' (STC 195/2005, de 18 de julio, FJ 2)...” [STC 198/2016, de 28 de noviembre, FJ 2]; puesto que, de estimarse la lesión deducida ex art. 43 LOTC, “haría innecesario el examen de la queja encauzada por la vía del art. 44 LOTC (por todas, SSTC 5/2008, de 21 de enero, FJ 3, 113/2008, de 29 de septiembre, FJ 2, 31/2014, de 24 de febrero, FJ 2, y 199/2014, de 15 de diciembre, FJ 2)” [STC 117/2016, de 20 de junio, FJ 3].

Al ser así, no hace falta alterar el orden de las quejas que trae la demanda de amparo, de modo que comenzaremos con la primera de las deducidas, que se refiere a la vulneración del derecho a la no discriminación del apartado segundo del art. 14 CE, ocasionada por la denegación al recurrente del régimen asistencial para personas discapacitadas que solicitaba, al aplicársele una exclusión por razón de edad prevista en el art. 3.1.2.a).a.4, de la Orden autonómica 1363/1997, de 24 de junio, “por la que se aprueba el procedimiento de tramitación de solicitudes y adjudicación de plazas en los centros de atención a personas con minusvalía, afectadas de deficiencia mental, que integran la red pública de la comunidad de Madrid”.

Como ya se explicitó en el Antecedente 3 de esta Sentencia, la defensa del recurrente en amparo fundamenta esta queja por dos motivos diferenciados: en primer lugar, cuestiona de plano que el recurrente hubiera alcanzado la edad de 60 años necesaria para que opere la regla de exclusión, pues al haber nacido en 1954 contaba todavía con 58 años a la fecha (5 de junio de 2012) en que se dictó la resolución administrativa que le resultó adversa. En segundo lugar y aunque hubiera alcanzado la edad reglamentaria, se cuestiona la aplicación de una regla de exclusión que produce una discriminación por razón de la edad (art. 14 CE), carente de justificación y cuya consecuencia es la imposibilidad de acceder al tratamiento médico especializado que requiere su minusvalía psíquica.

Así expuesto, procede desestimar de una vez el primero de los dos motivos. Su propia formulación ya resulta dudosa desde la óptica del derecho a no ser discriminado, pues lo que se cuenta atañe más bien a un hipotético error de hecho que, de no producirse, hubiera evitado aplicar aquella regla de exclusión. En todo caso, el motivo no se ajusta a los datos de la realidad, pues según consta en el Antecedente 2, b) de esta Sentencia, obra una copia del documento nacional de identidad del recurrente en el expediente administrativo de la causa, donde figura que su fecha de su nacimiento es la del 16 de abril de 1945. Por tanto, éste no nació en 1954 y sí había

cumplido los 60 años cuando se dictó la resolución que aplicaba la norma cuestionada, por lo que se hallaba concernido por esta última.

4. El segundo motivo de la primera queja constitucional deducida, ataca por discriminatoria la regla de exclusión por razón de edad prevista por la Orden 1363/1997 de la Comunidad de Madrid y su aplicación al caso. Para resolverlo, debemos precisar antes nuestra doctrina constitucional relativa al derecho fundamental a la no discriminación del art. 14 CE, en relación con la edad y la discapacidad como circunstancias personales protegidas por dicho precepto, con especial atención a su tratamiento en instrumentos jurídicos internacionales suscritos por España para su protección, los cuales, además de formar parte de nuestro ordenamiento (art. 96.1 CE), sirven para la interpretación del contenido del derecho fundamental en examen de acuerdo con la cláusula del art. 10.2 CE, lo que incluye, conforme nuestra doctrina, a la jurisprudencia que emana de los órganos de garantía creados por esos mismos instrumentos (últimamente, SSTC 66/2015, de 13 de abril, FJ 3; 11/2016, de 1 de febrero, FJ 3; 226/2016, de 22 de diciembre, FJ 5; y 13/2017, de 30 de enero, FJ 6):

a) La cláusula de no discriminación se contiene en el segundo inciso del art. 14 de nuestra Constitución. Este precepto dispone que: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

El canon de control aplicable cuando se alega que una norma jurídica conculca el art. 14 apartado segundo CE, por cualquiera de las circunstancias personales que merecen protección, se define por la STC 126/1997, de 3 de julio, FJ 8, a partir de su diferencia con el canon de ponderación aplicable al apartado primero del mismo precepto constitucional: “si el principio de igualdad ‘no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia de trato’, las prohibiciones de discriminación, en cambio, imponen como fin y generalmente como medio la parificación de trato legal, de manera que sólo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica [...]. Lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto y que implica un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad”.

En cambio, cuando la discriminación se deba no al tenor de una norma, sino a la interpretación y aplicación que de ella hace el órgano judicial con tal resultado de desigualdad, habrá vulneración del derecho, como explica la STC 69/1991, de 8 de abril, FJ 4 (en un caso,

por cierto, de discriminación por razón de la edad), cuando: “entre varias presunciones igualmente sostenidas a la luz de la experiencia cotidiana, el Juez acepte una para basar en ella un trato que discrimina al justiciable en razón de una circunstancia personal no contemplada por la norma ni relevante de ningún modo para la finalidad perseguida por ésta, equivale a establecer en la aplicación de la norma una diferencia no objetiva ni razonable, sino arbitraria y lesiva por tanto del derecho a la igualdad ante la Ley”.

b) La consideración de la edad como factor de discriminación del art. 14 CE, ya fue reconocida en la STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 2, donde declaramos que: “La edad no es de las circunstancias enunciadas normativamente en el art. 14, pero no ha de verse aquí una intención tipificadora cerrada que excluya cualquiera otra de las precisadas en el texto legal, pues en la fórmula del indicado precepto se alude a cualquier otra condición o circunstancia personal o social, carácter de circunstancia personal que debe predicarse de la edad”. Desde entonces y a lo largo de los años, la aplicación de los indicados cánones de enjuiciamiento en procesos de constitucionalidad de la norma y en recursos de amparo, ha dado lugar a una heterogeneidad de resultados tal como destaca la STC 66/2015, de 13 de abril, FFJJ 3 y 4, dada la singularidad como es lógico de cada caso.

c) En el ámbito del Consejo de Europa, el art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) recoge también el principio de no discriminación por una serie de circunstancias personales que enuncia y en la que no aparece incluida la edad, pero con una cláusula abierta al final (“El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”), donde sí tiene cabida, como ha reconocido la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos -TEDH- (Sentencias de 10 de junio de 2010, *asunto Schwizgebel contra Suiza*, §§ 84 y 85; y 15 de septiembre de 2016, *asunto British Gurkha Welfare Society y otros contra Reino Unido*, § 88).

d) Y en lo que respecta al derecho comunitario, en relación con la interpretación y aplicación de instrumentos para la lucha contra la discriminación por razón de la edad, aparece en primer término y para el sector laboral, 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” (arts. 2 y 6); sobre cuya compatibilidad con algunas normas españolas

se ha pronunciado por cierto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en las Sentencias de 13 de noviembre de 2014 (cuestión prejudicial C-416/213, *asunto Mario Vital Pérez y Ayuntamiento de Oviedo*) y 15 de noviembre de 2016 (cuestión prejudicial C-258/15, *asunto Gorka Salaberria Sorondo contra Academia Vasca de Policía y Emergencias*). A partir de su jurisprudencia, como recuerda a su vez nuestra STC 66/2015, FJ 3, el TJUE ha reafirmado “el carácter de ‘principio general del Derecho de la Unión’ que alcanza esta concreta prohibición (Sentencia de la Gran Sala de 19 de enero de 2010, C-555/07, *asunto Küçükdeveci c. Swedex GmbH*, FJ 21)”.

En segundo lugar y ya con un alcance general, el art. 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, vinculante ex art. 6 del Tratado de la Unión Europea, y que entró en vigor junto con el Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009 (si bien en España y a los estrictos efectos del art. 10.2 CE, la Carta lo hizo el 1 de agosto de 2008, conforme con el art. 2 y la DF única de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio), prohíbe expresamente toda clase de discriminación y en particular la ejercida, entre otras circunstancias, por razón de la edad. El valor de la Carta, como observa la citada STJUE de 19 de enero de 2010, es la misma que la de los Tratados constitutivos (FJ 22), siempre que se aplique a una materia propia del Derecho de la Unión (FJ 23).

5. La doctrina de este Tribunal Constitucional también ha reconocido que el padecimiento de una discapacidad constituye una circunstancia personal a la que protege el art. 14 CE, contra cualquier forma de discriminación:

a) Así, la STC 269/1994, de 3 de octubre, en relación con la discapacidad física, declara en su FJ 4 que: “La discriminación, tal como es prohibida por el art. 14 de la Constitución, impide la adopción de tratamientos globalmente entorpecedores de la igualdad de trato o de oportunidades de ciertos grupos de sujetos, teniendo dicho tratamiento su origen en la concurrencia en aquéllos de una serie de factores diferenciadores que expresamente el legislador considera prohibidos, por vulnerar la dignidad humana. No siendo cerrado el elenco de factores diferenciales enunciado en el art. 14 C.E., es claro que la minusvalía física puede constituir una causa real de discriminación”. Y señala que las medidas que se instrumentan para procurar la igualdad de oportunidades y la integración social y profesional de las personas con discapacidad, incluyendo aquellas de acción positiva, tiene una estrecha conexión “genéricamente, con el mandato contenido en el art. 9.2 C.E., y, específicamente, con su plasmación en el art. 49 C.E”.

Este último precepto señala que: “Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”.

Con alcance a todas las situaciones de discapacidad (física o psíquica), la STC 10/2014, de 27 de enero, FJ 4, precisa que ha de estarse al marco normativo específico del derecho que pretende ejercitar la persona en cada momento, puesto en relación con “el art. 14 CE que prohíbe ‘discriminación alguna’ por ‘cualquier circunstancia o condición personal’ y el art. 49 CE que, sin reconocer derechos fundamentales, sí ordena a los poderes públicos realizar una política de integración de los discapacitados. Estos preceptos, como este Tribunal ha venido afirmando desde la temprana STC 38/1981, de 23 de noviembre, FJ 4, han de ser interpretados, en virtud del art. 10.2 CE, a la luz de lo dispuesto en los tratados internacionales que España haya celebrado sobre la materia”.

También destacando la importancia del art. 49 CE, recuerda recientemente la STC 18/2017, de 2 de febrero, FJ 3, que: “de manera más específica para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, el art. 49 CE exige también a los poderes públicos que les ampare ‘especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos’...”.

b) La aplicación de la cláusula del art. 10.2 CE, nos lleva a otorgar especial relevancia a la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006 (instrumento de ratificación de 23 de noviembre de 2007, BOE núm. 96 del 21 de abril de 2008, entrada en vigor el 3 de mayo de 2008). A los efectos que aquí importa destacar, la Convención protege en su art. 1 a todos aquellos quienes “tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Y proscribire de inmediato en su art. 2 la “discriminación por motivo de discapacidad”, ante “cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables”; señalando el art. 5.3 que los

Estados partes “adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables”.

Por tanto, según el Convenio existe discriminación por razón de la discapacidad tanto si se acredita un propósito de causar perjuicio a la persona por el mero hecho de ser discapacitada, como si se constata que se ha producido un resultado (el “efecto”, en palabras del art. 2) debido a la acción de un responsable, que causa la “distinción, exclusión o restricción” de alguno de los derechos de quién es discapacitado, sin que tenga que concurrir la afectación de ninguna otra circunstancia personal.

De allí, la importancia que la propia Convención confiere a quien tiene a su cargo el evitar esas barreras restrictivas, de emplear los “ajustes razonables” que eviten el resultado discriminatorio, esto es, “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales” (art. 2).

Al menos dos Sentencias de este Tribunal se han referido a la necesidad de adoptar “ajustes razonables” con base en la Convención de diciembre de 2006, aunque a propósito de supuestos distintos de aquel que aquí se plantea: (i) la STC 10/2014, de 27 de enero, antes citada, acerca del derecho a una educación inclusiva para personas con discapacidad, que no dé lugar a su sujeción a un régimen de educación especial excepto cuando la adopción de “ajustes razonables” en el régimen ordinario no resultare suficiente (FFJJ 4 y 6); y (ii) la STC 77/2014, de 22 de mayo, FJ 2, sobre la salvaguarda del derecho de defensa del presunto discapacitado psíquico durante la instrucción penal, debiendo agotar al efecto el juez las diligencias necesarias (ajuste del procedimiento ex art. 13.1 de la Convención ONU) para poder determinar, previo reconocimiento médico, su nivel de comprensión del procedimiento abierto en su contra y las consecuencias que le puede deparar el ponerse al margen de él y ser juzgado en ausencia, al cumplirse los requisitos legales para ello.

La propia Convención, en lo que interesa a este recurso de amparo, en fin, prevé en su art. 25 que los Estados partes: “Impedirán que se niegue, de manera discriminatoria, servicios de salud o de atención de la salud (...) por motivos de discapacidad” (apartado “f”).

c) El modelo de protección jurídica de los derechos de las personas con discapacidad previsto en el citado Convenio de la ONU, ha sido trasladado a nuestro ordenamiento interno por el Real Decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, “por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social” (cuya Exposición de Motivos hace referencia a dicho Convenio). A partir de una definición similar de la discapacidad en el art. 4 (aunque emplea el término “previsiblemente permanente”, en vez de “a largo plazo” de la Convención, y reconoce en todo caso como tal, a la que haya sido reconocida en un “grado igual o superior al 33 por ciento”, como sucede por cierto con el demandante de este amparo), se consagra también el principio de no discriminación por razón de la discapacidad (art. 3.a), sea directa como indirecta [art. 2 c) y d)], así como la exigencia a las autoridades para la adopción de “los ajustes razonables” que se requieran [arts. 2.m) y 66].

Y a los efectos de este amparo, se garantiza entre otros el derecho a la salud, que incluye “la prevención de la enfermedad y la protección, promoción y recuperación de la salud, sin discriminación por motivo o por razón de discapacidad, prestando especial atención a la salud mental y a la salud sexual y reproductiva” (art. 10.1); disponiendo que las Administraciones públicas “prestarán atención específica a las necesidades de las personas con discapacidad, conforme a la legislación sanitaria general y sectorial vigente” (art. 10.2).

d) Por su parte, en la Sentencia de 30 de abril de 2009, *asunto Glor contra Suiza*, §80, el TEDH ha declarado que el principio de no discriminación consagrado en el art. 14 CEDH se refiere también a los discapacitados, a través de la cláusula final de dicho precepto, incluyéndolo dentro de los grupos que considera como “particularmente vulnerables” (también SSTEDH de 22 de marzo de 2016, *asunto Guberina contra Croacia*, §73; y 23 de marzo de 2017, *asunto A.-M.V. contra Finlandia*, § 73). A tal efecto, reconoce como fuente para la interpretación de las garantías del CEDH de 1950, a la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (STEDH de 23 de marzo de 2017, *asunto A.-M.V. contra Finlandia*, cit., §74), y toma también de ella la exigencia a los Estados partes para que adopten los “ajustes razonables” que resulten necesarios para evitar la discriminación (STEDH de 23 de febrero de 2016, *asunto Çam contra Turquía*, §§ 65 y 69).

e) En lo que concierne al derecho de la Unión Europea, el ya citado art. 21 de la Carta de Derechos Fundamentales incluye también a la discapacidad como uno de los factores expresos de protección contra discriminaciones, mientras que el art. 26 “reconoce y respeta el derecho de

las personas discapacitadas” a beneficiarse de medidas para su integración. Por su parte, la Decisión 2010/48/CE, del Consejo, de 26 de noviembre de 2009, “relativa a la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad”, ha integrado esta última en el ordenamiento de la Unión.

Como resultado, el propio TJUE, a propósito del planteamiento de cuestiones prejudiciales sobre la Directiva 2000/78/CE ya citada, viene utilizando la Convención de la ONU de 2006 como fuente interpretativa del derecho a la no discriminación por razón de la discapacidad en el trabajo, haciendo suyo el concepto de discapacidad que trae ésta: SSTJUE de 11 de abril de 2013, C-335/11 y C-337/11 acumulados, *asunto HK Danmark y otros contra HK Danmark y otros*, FFJJ 37 a 41, 47 y 93; de 18 de marzo de 2014, Gran Sala, C-363/12, *asunto Z. contra A Government department and the Board of management of a community school*, FFJJ 76 y 77 (si bien ésta precisa, en el FJ 90, que la Convención de la ONU no es por sí solo un parámetro de validez de la Directiva 2000/78/CE, pero “debe ser interpretada en la medida de lo posible de conformidad con esta Convención”); 18 de diciembre de 2014, C-354/13, *asunto Fag og Arbejde (FOA) contra Kommunernes Landsforening (KL)*, FFJJ 53, 54, 64 y 65; 1 de diciembre de 2016, C-395/15, *asunto Mohamed Daouidi contra Bootes Plus, S.L. y Otros*, FFJJ 42 a 45, y la de 9 de marzo de 2017, C-406/15, *asunto Petya Milkova contra Izpalnitelen direktor na Agentsiata za privatizatsia i sledprivatizatsionen kontrol*, FJ 36.

f) Finalmente, no cabe olvidar que las situaciones de discriminación pueden afectar de manera simultánea a más de un derecho humano, lo que se conoce con el nombre de “discriminación múltiple”. Los supuestos más frecuentes se refieren al sexo y al origen étnico, y/o a la condición de inmigrante de los afectados, pero desde luego no cabe descartar otras combinaciones posibles. De estas situaciones advierte el Preámbulo apartado p) y el art. 6.1 de la citada Convención de la ONU de diciembre de 2006, y a nivel institucional lo ha hecho también la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA, por sus siglas en inglés) en su informe de febrero de 2011 presentado al Parlamento europeo (EU-MIDIS 05-2010: “Enquête de l’union européenne sur les minorités et la discrimination”), así como en el más reciente de 2017 (“Informe sobre los derechos fundamentales”, apartado 2 “Igualdad y no discriminación”, Opinión 2.4).

Aunque sin utilizar esta denominación formal, se conocen al menos dos casos de discriminación múltiple enjuiciados por el TEDH y que han supuesto la declaración de haberse

vulnerado el CEDH de 1950: las Sentencias de 24 de julio de 2012, *asunto B.S. contra España* (discriminación por el origen étnico y ser mujer, vulneración de los arts. 3 y 14 del Convenio, por no investigar eficientemente una denuncia de maltrato policial); y 25 de julio de 2017, *asunto Carvalho Pinto de Sousa Morais contra Portugal* (discriminación por sexo y edad: reducción indebida de la cuantía indemnizatoria por daños en intervención ginecológica, al tratarse de una mujer de 50 años de edad, vulneración de los arts. 14 y 8 de la Convención).

6. Expuesto lo anterior, nos encontramos ya en condiciones de resolver la queja de la demanda de amparo por haber sido excluido de la prestación sanitaria solicitada, cuyo resultado, se adelanta, será de estimación conforme a las razones siguientes:

a) Según consta en los Antecedentes, el recurrente tenía reconocida por la Administración competente, ya en el año de 1996, un sesenta por ciento de minusvalía psíquica, que junto a otros factores sociales se elevaba al sesenta y cinco por ciento (65%). A pesar de esto, el recurrente, salvo por la devolución de un porcentaje de lo gastado en tratamientos, no ha podido ser beneficiario todavía del sistema de dependencia al que tenía derecho y que gestiona en este caso la Comunidad Autónoma de Madrid, donde tiene su residencia. La resolución administrativa impugnada de 5 de junio de 2012, si bien le reconoció el grado de dependencia solicitado conforme a la Ley 39/2006, negó el tratamiento de servicio residencial para personas con discapacidad que en consecuencia pedía, por una única razón: haber rebasado la edad de 60 años establecida en el art. 3 de la Orden 1363/1997, de 24 de junio, norma vigente entonces y todavía hoy, que es el límite para poder gozar de dicho servicio asistencial. En cambio, le concedió plaza en una residencia para personas mayores, sin tratamiento para su discapacidad, y una asignación de 300 euros mensuales (y devolución de las cantidades correspondientes al periodo vencido hasta entonces) hasta tanto no ingresase en ella.

b) La mencionada decisión se adoptó prescindiendo de toda valoración médica acerca de su estado y de las necesidades de tratamiento especializado. Dicho con otras palabras: no se le denegó la asistencia residencial para personas con discapacidad porque no la necesitase, sino porque estaba excluido por razón de edad. Tampoco la resolución ha tenido en cuenta -o por lo menos no consta ni en ella, ni en informe alguno del expediente-, cuál puede ser el impacto que supondría para las personas residentes en el centro de mayores donde el recurrente obtuviere plaza, la convivencia diaria con una persona que, como él, presenta un cuadro de discapacidad psíquica severa crónica.

c) La Orden 1363/1997, de 24 de junio, de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid, “por la que se aprueba el procedimiento de tramitación de solicitudes y adjudicación de plazas en los centros de atención a personas con minusvalía, afectadas de deficiencia mental, que integran la red pública de la Comunidad de Madrid”, con arreglo a la cual se adjudica plaza en alguno de los centros de los que esta última dispone y gestiona (residenciales, de día, ocupacionales o con fines específicos) para atender a personas con discapacidad psíquica (en el lenguaje de la Orden y de la época: minusvalía y deficiencia mental), exige como requisito de acceso en el art. 3.1.2.a).a.4: “Tener una edad comprendida, en el momento de formalizar la correspondiente solicitud, entre los dieciocho y los sesenta años”. Sin excepciones ni modulación alguna.

d) La Orden 1363/1997, no contiene ni en su breve preámbulo, ni en ningún inciso de su articulado, justificación alguna a esta regla de exclusión por edad. No brinda tampoco semejante explicación, la resolución de la Dirección General dictada al recurrente, ni menos todavía el silencio a su recurso de alzada. La Letrada de la Comunidad de Madrid, en representación y defensa de la Administración comparecida en este amparo, ha señalado en su escrito de alegaciones del art. 52 LOTC, que aquel precepto establece “un mismo tratamiento para todas las situaciones idénticas” (se entiende: que todo el que llega a los 60 años sale del sistema), pero que en todo caso otra norma de superior rango, la Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid, aunque articula un régimen algo parecido, permite en su art. 20.1 la continuidad de los servicios sociales que venían disfrutando quienes pasen de una etapa a otra (0-18 años; 18-65 años; + 65 años). Y en efecto, en el art. 20.1 de dicha Ley se dispone que la agrupación de los beneficiarios en tres sectores de edad (menores, adultos y mayores, en las franjas que ha indicado la Letrada de la Comunidad de Madrid) “no impedirá la continuidad de las atenciones sociales requeridas por la misma persona cuando pase de una etapa a otra”.

Ni la Ley 11/2003 citada, como tampoco la Orden 625/2010, de 21 de abril, de la Consejería de Familia y Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid, “por la que se regulan los procedimientos para el reconocimiento de la situación de dependencia y para la elaboración del Programa Individual de Atención”, dictada en desarrollo y ejecución de las previsiones de la Ley 39/2006, de dependencia, que resultaba de aplicación al caso (Orden sustituida por la actualmente vigente núm. 54/2015, de 21 de mayo, que no altera lo que aquí se trata -arts. 9 y 13-), contienen una regla de exclusión por edad, planteando antes bien un modelo flexible que, si bien se vertebra

por sectores de edad, no impide la prestación del tratamiento que requiera la persona necesitada por pasar de un grupo a otro.

e) Por tanto, existían normas jurídicas autonómicas de mayor rango y de fecha posterior al cuestionado art. 3 de la Orden 1363/1997, que podían haber sido aplicadas en su lugar pese a no estar esta última derogada, evitando así la privación del derecho a la asistencia sanitaria debida que aquella traía consigo. Es doctrina reiterada de este Tribunal, que la selección de la norma legal o reglamentaria aplicable para la resolución de un caso, es materia de legalidad ordinaria en la que no cabe inmiscuirse, excepto cuando con ella “resulte afectado el núcleo constitutivo de un derecho o de una libertad pública como es la igualdad ante la Ley, en cuyo caso la interpretación de la norma adquiere relevancia constitucional en amparo (SSTC 78/1990 y 209/1987)” [STC 20/1994, de 27 de enero, FJ 1], dando así lugar a un resultado discriminatorio (art. 14 apartado segundo CE), como sucede también en este caso.

Esa discriminación del recurrente lo es, en primer término, por razón de su discapacidad conforme al ordenamiento de protección ya analizado en el fundamento 5, toda vez que el resultado de la aplicación de aquella norma autonómica ha conllevado, se insiste, la pérdida del derecho a la asistencia médica que necesita por su discapacidad psíquica. Que el criterio que funda esa norma se identifique con una circunstancia de orden personal (podría haber sido de otro tipo), como es la edad, configura una segunda causa de discriminación que no desplaza, sino que se suma, a la anterior (discriminación múltiple), en cuanto el recurrente no va a tener la atención que necesita, tanto para su salud como para su integración social, frente a quienes en su misma situación de discapacidad sí disponen de dicha asistencia únicamente por no tener 60 años. En este caso, la exigencia de “ajustes razonables” (Convención ONU 2006; Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social, de 2013, así como la jurisprudencia ya citada) pasaba justamente por asegurar la prestación del servicio asistencial adaptado a sus necesidades de discapacidad; reconociendo la Administración en el requerimiento efectuado por este Tribunal, que dispone de centros para ello.

f) Y si el aplicador primario de la norma disponía de posibilidades para no incurrir en un resultado discriminatorio, en sede de control jurisdiccional también disponía la Sala de instancia de potestades suficientes para haber levantado los efectos perjudiciales que al recurrente le había causado dicha regla de exclusión, mediante el uso de los arts. 6 LOPJ (en cuya virtud: “Los Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa”, como hemos recordado en alguna

ocasión: ATC 54/2006, de 15 de febrero, FJ 2) y 26 LRJCA antes citado, acordando la nulidad de las resoluciones impugnadas por aplicar aquella disposición general con vulneración de la Constitución (art. 14), con estimación del recurso contencioso-administrativo presentado.

En definitiva, el problema que aquí se nos plantea no se centra tanto en la inconstitucionalidad del citado apartado del art. 3 de la Orden 1363/1997, el cual desde luego *prima facie* resulta contrario al art. 14 CE, sino en la negativa de las resoluciones aquí impugnadas en evitar la aplicación de aquella norma de exclusión, pese a disponer de instrumentos jurídicos suficientes para que tal aplicación no tuviera lugar. Al facilitar que se materializara la situación de discriminación múltiple por razón de edad y de discapacidad del recurrente, en los términos que se han sucedido, aquéllas vulneraron su derecho a la no discriminación del art. 14 CE, cuyo contenido venimos a interpretar de acuerdo con los Convenios internacionales suscritos por España en la materia (art. 10.2 CE), que expresamente han invocado el recurrente y el Ministerio Fiscal en sus escritos. Lo que conduce, como ya se adelantó, a estimar este motivo del recurso sin que resulte necesario ya acometer el examen de la queja referida a la lesión del derecho al recurso (art. 24.1 CE).

7. El otorgamiento del amparo ha de traer consigo la nulidad de todas las resoluciones dictadas en este caso, tanto administrativas como judiciales, y como medida efectiva para el restablecimiento del derecho fundamental conculcado, ex art. 55.1.c) LOTC, la retroacción del procedimiento hasta el momento inmediatamente anterior a aquel en el que la Dirección General competente ha de resolver el expediente de solicitud de reconocimiento de servicio de atención residencial para persona con discapacidad del recurrente, dictando una nueva resolución en términos que resulten respetuosos con el derecho fundamental reconocido.

F A L L O

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar el recurso de amparo interpuesto por don A.R.S. y, en consecuencia:

1º) Declarar que ha sido vulnerado su derecho fundamental a no ser discriminado por razón de edad y de discapacidad (art. 14 CE).

2º) Restablecerle en la integridad de su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de los actos impugnados: (i) Resolución de 5 de junio de 2012 de la Directora General de Coordinación de la Dependencia de la Comunidad de Madrid; (ii) Resolución desestimatoria por silencio del recurso de alzada contra aquella; (iii) Sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 18 de diciembre de 2014 (recurso ordinario núm. 421-2013); (iv) Auto de 26 de febrero de 2015 de la propia Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid; (v) Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 16 de julio de 2015 (recurso de queja núm. 60-2015) y (vi) Auto de la Sección Primera de la misma Sección Primera de la de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 2016.

3º) Como medida para la restitución del derecho, se acuerda la retroacción de las actuaciones al momento inmediato anterior al de resolverse por la Dirección General competente de la Comunidad de Madrid, el expediente de solicitud de reconocimiento de servicio de atención residencial para persona con discapacidad, a fin de que dicte nueva resolución que resulte respetuosa con el derecho fundamental declarado.

Publíquese esta Sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.

Dada en Madrid a veintidós de enero de dos mil dieciocho.