

Roj: STS 3413/2012
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 7
Nº de Recurso: 5096/2011
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 22/05/2012
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: JOSE DIAZ DELGADO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

PROCESO SELECTIVO PARA EL ACCESO AL CUERPO DE LOS MOZOS DE ESCUADRA. NO RESULTA DISCRIMINATORIO ESTABLECER COMO CONDICIÓN DE ADMISIÓN AL PROCESO SELECTIVO UNA TALLA MÍNIMA DIFERENTE EN LOS ASPIRANTES MASCULINOS FRENTE A LAS ASPIRANTES FEMENINAS.

Encabezamiento

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Mayo de dos mil doce.

Visto por la Sala Tercera (Sección Séptima) del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados Excmos. Sres. anotados al margen, el recurso de casación número [5096/2011](#) que pende ante ella de resolución, interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Carmelo Olmos Gómez en representación de D. Feliciano , contrasentencia nº 616 de fecha 28 de mayo de 2010 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sección Cuarta), recaída en el recurso contencioso-administrativo número 1005/2006. Ha sido parte recurrida la Generalidad de Cataluña, representada por el Abogado de la Generalidad.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La citada Sala del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, dictó sentencia el 17 de junio de 2011, cuya parte dispositiva es la siguiente:

"FALLAMOS: 1º) Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Feliciano contra la resolución arriba indicada. 2º) Sin imponer las costas."

SEGUNDO .- Notificada dicha sentencia a las partes, el demandante presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en providencia de la Sala de instancia que ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, el Procurador de los

Tribunales D. Carmelo Olmos Gómez ha comparecido en su representación, interponiendo recurso de casación mediante escrito con entrada en este Tribunal en fecha 6 de octubre de 2010, en el que, tras exponer cuantos hechos y fundamentos jurídicos tuvo por conveniente, solicitó literalmente a la Sala: <<(…) se dicte Sentencia por la que se acuerde casar y anular la sentencia recurrida y dictando nueva sentencia resuelva lo suplicado en nuestra demanda y estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el recurrente contra la Resolución del Conseller de Interior de la Generalitat de Catalunya de 25 de octubre de 2006 por no ser conforme al Ordenamiento jurídico.>>.

CUARTO.- Concedido el oportuno traslado a la representación de la Generalidad de Cataluña, por el Abogado de la Generalidad, se presentó escrito de oposición al recurso en el cual interesaba la desestimación del recurso de casación, confirmando íntegramente la Sentencia recurrida, con expresa imposición de las costas procesales del presente recurso a la parte recurrente.

QUINTO.- Mediante diligencia de ordenación de 3 de mayo de 2011, se declararon concluidas las actuaciones, quedando pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo cual se señaló para el 16 de mayo de 2012, habiéndose celebrado en debida forma. En la tramitación del presente recurso se han observado las formalidades legales.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Diaz Delgado,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El demandante impugnó en la instancia la Resolución del Departamento de Interior de la Generalidad de Cataluña, de 25 de octubre de 2006, que convocaba pruebas selectivas para el ingreso a la categoría de mozo de escuadra de la Generalidad de Cataluña, publicada en el DOGC, de 6 de noviembre de 2006. Se impugnaba la exigencia de acceso contenida en la base de "tener una estatura mínima de 1,70 m. los hombres y 1,60 m. Las mujeres" (Base 2.1.d), al considerarse que tal limitación constituía una discriminación injustificada en el acceso a la función pública, que infringía lo establecido en los arts. 14, 23.2 y 103. de la CE, así como de la Directiva de la CEE 76/207, entre otras normas.

La sentencia, ahora recurrida, desestimó la demanda planteada al entender ajustada a Derecho la exigencia que se combatía.

En síntesis, la ratio decidendi seguida por la sentencia de instancia que ahora se impugna en casación señala:

<<... Cuarto.- En orden a la limitación genérica, como decíamos en nuestra Sentencia de 20 de diciembre de 1999, la "razón de ser de este requisito deriva del propio contenido de la función policial, de tal manera que una determinada constitución física de los miembros del cuerpo policial puede ser idónea para las intervenciones que realicen y para el cumplimiento de sus funciones, de ahí que se exijan determinadas condiciones físicas, entre ellas la altura, que desde este punto de vista son razonables." Es cierto que esta Sección anuló una base de idéntico

contenido para una convocatoria de acceso al Cuerpo de Inspectores, pero también lo es que tal pronunciamiento fue anulado por la STS dictada por la Sección 7 de 31 de enero de 2006, dictada en recurso de casación 2202/2000, que declaró conforme a Derecho tal exigencia incluso para la categoría de Inspector, que era el caso examinado, subrayando que "la altura exigida no está dirigida simplemente a lograr una determinada apariencia sino a asegurar unas condiciones físicas que se estiman necesarias para las funciones que han de realizar los funcionarios de la categoría de inspector.". En consecuencia, la impugnación de la limitación genérica no puede prosperar al no ser irracional ni arbitraria sino obedecer a las características especiales de la función a desempeñar por un cuerpo policial.

la diferencia de altura mínima para uno y otro sexo, resulta plenamente justificada. Así hemos dicho que "nos parece razonable que se distinga entre la altura exigible al hombre y a la mujer, puesto que se parte de situaciones de hecho diferentes, con medidas de estatura distintas en cada uno de los sexos, de manera que los conceptos valorativos en el marco social difieren según se trate de persona de uno u otro sexo. Así podríamos decir que un hombre, con la misma estatura de una mujer, puede ser conceptualizado de estatura media en la concepción social en tanto que la mujer puede ser considerada de estatura alta en ese mismo caso. Por tanto la diferenciación obedece a situaciones de hecho diferentes y responde a criterios de razonabilidad y proporcionalidad".

Y es que, como nos dice el TC, en relación con el principio de igualdad: "a) no toda desigualdad de trato en la Ley supone una infracción del artículo 14 de la CE, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; b) el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional; c) el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados; y d) por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita, no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos" (STC 10/2005, de 20 de enero y las que en ella se citan). Y es que "(...) el principio de igualdad en la Ley consiste en que, ante supuestos de hecho iguales, las consecuencias jurídicas que se extraigan deban ser, asimismo, iguales, el primer aspecto que ha de verificarse es si las situaciones que se comparan en la demanda de amparo reflejan un término adecuado y suficiente de comparación ya que, como hemos señalado en múltiples ocasiones, el juicio de igualdad es relacional y requiere como presupuesto "que situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso" (STC 199/2004, de 15 de noviembre y las que en ella se citan). >>.

Contra esta sentencia desestimatoria, formuló

recurso de casación el interesado demandante.

SEGUNDO.- El recurso de casación interpuesto por la representación de D. Feliciano se plantea mediante un único motivo, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa, señalando que <<...se ha aplicado erróneamente el sistema de fuentes al no aplicarse correctamente el Art. 23.2 de la Constitución Española en relación al 14 y 103.2 CE que son infringidas por las bases de la Convocatoria impugnada...Se justifica la relevancia de la normativa estatal invocada, de conformidad al art. 89.2 LJCA, que ha sido determinante y relevante del fallo del artículo 23.2 de la C.E. en relación al 14 y 103.2 por cuanto y es por tanto relevante para la resolución del pleito la aplicación del artículo 23.2 (en relación al 14 y 103.2 C.E) por cuanto la convocatoria impugnada discrimina a mi principal por razón de sexo, el Tribunal a quo no ha aplicado esta normativa estatal, contraviniendo tanto la doctrina del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional de que nuestra Constitución prohíbe cualquier discriminación.>>.

Reconoce el recurrente que esta Sala ha tenido ocasión de señalar, en anteriores resoluciones, el ajuste a Derecho de la medida de acceso a la función pública consistente en establecer una estatura mínima dentro de las bases de una convocatoria para Mozos de Escuadra, pero señala que en esta ocasión no es ese el motivo principal del actual recurso sino que esta altura mínima sea desigual en función de si se es hombre o mujer. Junto a la mención de los anteriores preceptos constitucionales señala la parte recurrente, de forma ciertamente escueta, como infringida la doctrina recogida en la sentencia del TJCE de 19 de mayo de 1995, Asunto C-450/93 Eckart Kalanke contra Freie Hansestadt Bremen, al entender que la Convocatoria impugnada vulneraba por una razón puramente estética sus derechos fundamentales arriba citados.

TERCERO.- Entrando a conocer del fondo del asunto, debe recordarse en primer lugar que la sentencia del Tribunal de Justicia C.E. caso Kalanke, mencionada se dictó, efectivamente, con cierta relación al marco litigioso que nos ocupa y enfocada a resolver un asunto que trataba sobre la existencia de una discriminación laboral por razón de sexo, favorable según la alegación de parte a una aspirante femenina respecto al acceso a un puesto de trabajo público; esta sentencia se dictó cumplimentando una cuestión prejudicial planteada por un Tribunal alemán, a fin de que se efectuase una interpretación prejudicial del artículo 177 del Tratado CE, respecto a los apartados 1 y 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refería al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; todo ello a fin de comprobar el ajuste a Derecho del artículo 4 de la Ley del Land de Bremen de 20 de noviembre de 1990, relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en la Función Pública, que contenía diversos preceptos relativos a la selección, provisión de puestos de trabajo y promoción. Este artículo, en definitiva, establecía que al efectuarse la selección, incluso para proveer un puesto de funcionario o de juez, que no tuviera fines de formación, se concedería preferencia a las mujeres, frente a los candidatos masculinos con la misma capacitación en aquellos sectores en los que estuviesen "infrarrepresentadas", es decir, en aquellos sectores en los cuales se diera menor número de empleadas que de empleados.

La cuestión de fondo que ocupaba el proceso en Alemania, iba referida a dos empleados de jardines públicos de Bremen, uno de sexo

masculino y otra de sexo femenino. Se daba la circunstancia de que habiendo sido evaluados como de igual capacidad y mérito para optar a un ascenso, había sido preferida la empleada en detrimento de su compañero, aplicándose este artículo litigioso. Evidentemente, la cuestión no era tan sencilla, pero circunscribiéndonos a los términos objetivos de la cuestión que nos ocupa, lo cierto es que el Tribunal de Justicia resolvió en sus motivos 22, 23 y 24:

<<22.-Pues bien, una normativa nacional que garantiza la preferencia absoluta e incondicional de las mujeres en un nombramiento o promoción va más allá de una medida de fomento de la igualdad de trato y sobrepasa los límites de la excepción establecida en el apartado 4 del artículo 2 de la Directiva.

23.-Además, procede añadir que un sistema de dicha naturaleza, en la medida en que pretende establecer una igualdad de representación de la mujer en relación con el hombre en todos los grados y niveles de un servicio, sustituye la promoción de la igualdad de oportunidades contemplada en el apartado 4 del artículo 2 por su resultado, que sólo podría alcanzarse a través de la aplicación de dicha igualdad de oportunidades.

24.- Por consiguiente, procede responder al órgano jurisdiccional nacional que los apartados 1 y 4 del artículo 2 de la Directiva se oponen a una normativa nacional que, como sucede en el presente asunto, en caso de candidatos de distinto sexo que concurren a una promoción con la misma capacitación, concede automáticamente preferencia a las candidatas femeninas en los sectores en los que las mujeres están infrarrepresentadas, considerando que existe infrarrepresentación cuando las mujeres no cubren al menos la mitad de los puestos en cada uno de los grados de la categoría de personal de que se trate y sucede lo mismo en todos los niveles de función previstos en el organigrama. >>.

Sin perjuicio de que en posteriores resoluciones el Tribunal de Justicia de la C.E. haya tenido ocasión de conocer sobre múltiples recursos planteados, a lo largo de los años, en relación con diversas medidas de fomento y promoción en el trabajo, lo cierto es que la sentencia traída ahora a colación y alegada como infringida por la parte recurrente (que no desarrolla dónde ni cómo se producía la lesión) contiene unos términos que no son extrapolables o aplicables al presente caso. Desde luego, no nos encontramos ante una disposición general que establezca, en el supuesto de candidatos de distinto sexo que concurren a una promoción con la misma capacitación, la concesión automática de preferencia a las candidatas femeninas en los sectores en los que las mujeres están infrarrepresentadas. Ello supone que no pueda ser admitido el argumento planteado en este aspecto, en el sentido de que la sentencia recurrida en casación infrinja la normativa comunitaria interpretada en la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1995, caso Kalanke versus Freie Hansestadt Bremen.

CUARTO.- Entrando en el examen del otro argumento planteado, conviene señalar que el recurso de casación no es el examen de nuevo, sin limitación alguna, de la totalidad de los aspectos fácticos y jurídicos de la cuestión o cuestiones litigiosas, sino el más limitado de enjuiciar, en la medida en que se denuncien a través de los motivos de casación que la Ley autoriza, las hipotéticas infracciones jurídicas en que haya podido incurrir el órgano judicial "a quo", bien sea "in iudicando", esto es, al aplicar el ordenamiento jurídico o la jurisprudencia al

resolver aquellas cuestiones, bien sea "in procedendo", es decir, quebrantando normas procesales que hubieran debido ser observadas.

De esta limitación de objeto deriva también que la regulación procesal del recurso de casación imponga al recurrente el cumplimiento riguroso de determinados requisitos formales que persiguen, en síntesis, preservar la eficacia de la función jurisdiccional encomendada al Tribunal Supremo, abriendo el cauce de aquel recurso sólo cuando, en determinados procesos, no en todos, sea una infracción de aquéllas la que efectivamente se plantee. Además, el efecto jurídico-procesal derivado de una concreta infracción puede ser distinto según la naturaleza de ésta, abriendo o no la posibilidad de que este Tribunal Supremo, una vez apreciada la infracción, entre a conocer de las cuestiones planteadas en la instancia en el modo en que allí lo fueron.

Todo ello explica que el recurrente en casación deba identificar las concretas infracciones que imputa a la decisión adoptada por el órgano judicial "a quo", subsumiendo cada una de ellas en el concreto motivo de casación (los autorizados por la Ley) que se corresponde con su naturaleza y que determina los efectos ligados a su estimación. La argumentación del presente recurso, en cuanto plantea la infracción de los arts. 14,23.2y103.2 de la C.E., también posteriormente del art. 24 C.E., se limita a aportar un cúmulo de referencias jurisprudenciales, afirmando una y otra vez que se ha lesionado su derecho al acceso a cargo público, pero sin detallar ni expresar, siquiera, una mínima crítica fundada en Derecho de la extensaratio decidendi del contenido del Fallo recogidos en la sentencia que se combate.

Como ya señala la propia parte actora, esta misma Sección y Sala, ha tenido ocasión de pronunciarse anteriormente sobre el carácter no discriminatorio de esta misma regulación en SS.T.S. de 31 Ene. 2006 (RC 2202/2000) y 28 Sep. 2009 (RC 4433/2005); y si bien es cierto que esos pronunciamientos no coincidían exactamente con la cuestión planteada y desestimada por la sentencia de instancia y nuevamente mencionada en casación, no es menos cierto que, dada la naturaleza de este tipo de recursos y la ausencia de una mínima crítica efectiva a la sentencia impugnada, según hemos expuesto anteriormente, sólo cabe desestimar íntegramente el recurso de casación planteado.

QUINTO .- Procede, de conformidad con todo lo antes razonado, desestimar el recurso de casación e imponer las costas procesales a la parte recurrente de acuerdo con lo establecido en el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional, y por aplicación de la habilitación de dicho precepto, se fija la cifra máxima a que asciende la imposición de costas por honorarios de abogado de la parte contraria en la cantidad de 1.600 euros.

FALLAMOS

Que debemos desestimar, y desestimamos, el recurso de casación número [5096/2011](#) , interpuesto por D. Feliciano , contrasentencia nº 616 de fecha 28 de mayo de 2010 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sección Cuarta), recaída en el recurso contencioso-administrativo número 1005/2006, con imposición de costas a la parte recurrente en casación en los términos establecidos en el último fundamento de esta sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y

firmamos PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Jose Diaz Delgado, estando constituida la Sala en audiencia pública en el día de su fecha, lo que, como Secretario de la misma, certifico.