

REC.ORDINARIO(c/a) núm.: 452/2018

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

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

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Cuarta
Sentencia núm. 1000/2022

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, presidente

D.^a Celsa Pico Lorenzo

D. Luis María Díez-Picazo Giménez

D.^a María del Pilar Teso Gamella

D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

En Madrid, a 14 de julio de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso administrativo nº 452/2018
interpuesto por doña _____ representada por el
procurador de los Tribunales don Luis Mellado Aguado y defendido por el
letrado don Javier García Espinar, contra:

1) Desestimación por silencio administrativo del recurso administrativo
interpuesto el día 24/5/2018, *per saltum* ante el Consejo de Ministros, frente al
acuerdo del Tribunal Calificador del proceso selectivo de ingreso en la Escala
Básica de la Policía Nacional por el que se declara a doña _____
como no apta, excluyéndola del proceso selectivo convocado
mediante resolución de 18/04/2017 del Director General de la Policía, por no
reunir el requisito de altura exigido por el artículo 2.1.1.f de las bases.

Firmado por: ANTONIO JESUS
FONSECA-HERRERO RAIMUNDO
18/07/2022 09:36
Minerva

Firmado por: LUIS MARIA DIEZ-PICAZO
GIMENEZ
18/07/2022 10:16
Minerva

Firmado por: CELSA PICO LORENZO
18/07/2022 10:57
Minerva

Firmado por: PILAR TESO GAMELLA
18/07/2022 13:15
Minerva

Firmado por: PABLO MARIA LUCAS
MURILLO DE LA CUEVA
18/07/2022 13:22
Minerva

2) Acuerdo del Tribunal Calificador del proceso selectivo de ingreso en la Escala Básica de la Policía Nacional por el que se declara a la recurrente como no apta, excluyéndola del proceso selectivo convocado mediante resolución de 18/04/2017 del Director General de la Policía, por no reunir el requisito de altura exigido por el artículo 2.1.1.f de las bases (Acuerdo que fue recurrido, *per saltum*, ante el Consejo de Ministros).

3) Por vía indirecta, frente al requisito de estatura mínima establecido en el artículo 7.c del Reglamento de los procesos selectivos y de formación del Cuerpo Nacional de Policía (aprobado mediante Real Decreto 614/1995, de 21 de abril), en su redacción vigente, introducida por el artículo único del Real Decreto 440/2007, de 3 de abril, por el que se modifica el Reglamento de procesos selectivos y de formación en el Cuerpo Nacional de Policía, aprobado por Real Decreto 614/1995, de 21 de abril.

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

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El presente recurso contencioso-administrativo se interpone contra:

1) Desestimación por silencio administrativo del recurso administrativo interpuesto el día 24/5/2018, *per saltum* ante el Consejo de Ministros, frente al Acuerdo del Tribunal Calificador del proceso selectivo de ingreso en la Escala Básica de la Policía Nacional por el que se declara a doña [redacted] como no apta, excluyéndola del proceso selectivo convocado

mediante Resolución de 18/04/2017 del Director General de la Policía, por no reunir el requisito de altura exigido por el artículo 2.1.1.f de las bases.

2) Acuerdo del Tribunal Calificador del proceso selectivo de ingreso en la Escala Básica de la Policía Nacional por el que se declara a la recurrente como no apta, excluyéndola del proceso selectivo convocado mediante resolución de 18/04/2017 del Director General de la Policía, por no reunir el requisito de altura exigido por el artículo 2.1.1.f de las bases (Acuerdo que fue recurrido, *per saltum*, ante el Consejo de Ministros).

3) Por vía indirecta, frente al requisito de estatura mínima establecido en el artículo 7.c del Reglamento de los procesos selectivos y de formación del Cuerpo Nacional de Policía (aprobado mediante Real Decreto 614/1995, de 21 de abril), en su redacción vigente, introducida por el artículo único del Real Decreto 440/2007, de 3 de abril, por el que se modifica el Reglamento de procesos selectivos y de formación en el Cuerpo Nacional de Policía, aprobado por Real Decreto 614/1995, de 21 de abril.

SEGUNDO.- Recibido el expediente administrativo, así como complemento del mismo, a solicitud de la parte actora y en virtud del artículo 19.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se acordó por decreto de 18 de noviembre de 2019 la suspensión de la tramitación del proceso por tiempo de sesenta días, transcurrido dicho término sin que por las partes se hiciera manifestación alguna en relación al posible acuerdo extraprocésal se acuerda por decreto de 7 de febrero de 2020 el archivo provisional de las actuaciones.

TERCERO.- Por auto de fecha 17 de diciembre de 2021 se declaró la caducidad del recurso y constando presentado escrito de formalización de demanda en fecha 21 de diciembre de 2021, dentro del plazo otorgado en diligencia de ordenación de 12 de noviembre de 2021, se acuerda por auto de 21 de diciembre de 2021 dejar sin efecto el auto de 17 de diciembre de 2021, en el que se declaraba la caducidad, teniendo por formalizada la demanda en la que se solicita:

« 1) Plantee **CUESTIÓN PREJUDICIAL ANTE EL TJUE** a fin de que dicho Tribunal pueda pronunciarse sobre las cuestiones cuyo planteamiento solicitamos mediante Cuarto Orosí, en relación a las violaciones del Derecho de la Unión Europea que denunciarnos en el presente escrito, y con el fin de que pueda así aclararse la correcta interpretación del Derecho de la Unión Europea en relación a las misas.

2) **DECLARE**, de acuerdo con lo establecido en el art. 34.1 LJCA, **CONTRARIO A DERECHO y NULO DE PLENO DERECHO**, el **requisito de estatura mínima exigido para el ingreso al Cuerpo Nacional de Policía**; y como consecuencia de ello declare nula de pleno derecho la consiguiente **exclusión** de mi patrocinada del procedimiento selectivo convocado mediante Resolución de 18/4/2017 del Director General de la Policía (DOCUMENTO Nº. 2), y que se recoge y materializa en las diferentes resoluciones y disposiciones administrativas impugnadas en el presente proceso y que se señalan en la primera página de la presente demanda, procediendo a la **ANULACIÓN de dicho requisito de estatura mínima y de las Resoluciones administrativas impugnadas** en cuanto materializan ese requisito de estatura mínima y la exclusión de mi patrocinada del proceso selectivo por razón de su estatura e, indirectamente, por razón de su sexo.

3) Declare que tanto el **requisito de estatura mínima impugnado** en el presente proceso y que se señalan en la primera página de la presente demanda, y la consiguiente **exclusión** de mi patrocinada del procedimiento selectivo convocado mediante Resolución de 18/4/2017 del Director General de la Policía (DOCUMENTO Nº. 2), **vulneran el derecho fundamental de mi patrocinada a no ser discriminada** por razón de su estatura, e indirectamente, por sexo, en el acceso a la función pública (con vulneración de los derechos reconocidos en los artículos 14, 23.2 y 35.1 CE).

4) **Declare**, de acuerdo con lo establecido en el art. 34.2 LJCA; **el derecho** que tenía y tiene mi patrocinada a participar en el proceso selectivo del que se ha visto excluida, en condiciones de igualdad real con el resto de aspirantes, disponiendo lo necesario para hacer efectivo ese derecho; y el derecho a que, en caso de superar el proceso selectivo, se le reconozca la antigüedad y los efectos administrativos, económicos y de escalafonamiento que les correspondería si hubiese superado el proceso selectivo en su debido momento (si no se hubiese visto indebidamente excluida del procedimiento selectivo), junto al resto de compañeros de la promoción correspondiente a la convocatoria impugnada.

5) Condene a la Administración a estar y pasar por las anteriores declaraciones, restituyendo a mi patrocinada a no ser discriminada por razón de estatura y sexo, e indemnizándola por los daños y perjuicios ocasionados en la cuantía que se determine en ejecución de sentencia.

6) Condene a la Administración al pago de las **costas** causadas en el presente proceso, en todo caso, **incluso si se desestimaran las pretensiones de esta parte**, teniendo en cuenta que la Administración ha obligado a mi patrocinada a acudir a la vía jurisdiccional al no dar respuesta alguna a su recurso administrativo, incumpliendo la obligación de resolver dicho recurso.»

CUARTO.- Conferido traslado de la demanda a la Administración General del Estado, se presentó escrito de contestación a la demanda en el que suplica «dicte sentencia que desestime el recurso contencioso administrativo interpuesto, con costas.»

QUINTO.- Por auto de 17 de febrero de 2022 se acordó el recibimiento a prueba, con el resultado que obra en autos, y concluido el periodo de proposición y práctica de prueba, no habiendo solicitado ninguna de las partes a celebración de vista ni la presentación de conclusiones, quedó el pleito concluido y pendiente de señalamiento para votación y fallo cuando por turno corresponda.

SEXTO.- Por escrito presentado por la representación procesal de don Luis Mellado Aguado de fecha 10 de marzo de 2022 se solicitó la ampliación de hechos al amparo del artículo 286 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y por decreto de 18 de abril de 2022 se concedió plazo de diez días al representante del actor para presentar escrito de conclusiones sucintas sobre los hechos por él alegados y motivos jurídicos en que se apoye, conforme al artículo 64 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

SÉPTIMO.- Presentado escrito de conclusiones por la parte actora de fecha 9 de mayo de 2022, por diligencia de ordenación de 10 de mayo de 2022 se dio traslado a la parte demanda para presentar el correspondiente escrito de conclusiones, trámite evacuado por escrito de 11 de mayo de 2022.

OCTAVO.- Por providencia de 23 de mayo de 2022 se señaló para votación y fallo el día 12 de julio de 2022, en cuya fecha ha tenido lugar. Y el 13 de julio siguiente pasó a la firma de los Magistrados de la Sección.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La resolución de 18 de abril de 2017, de la Dirección General de la Policía, convocó oposición libre para cubrir plazas de alumnos de la Escuela Nacional de Policía, de la División de Formación y Perfeccionamiento, aspirantes a ingreso en la Escala Básica, categoría de Policía, del Cuerpo Nacional de Policía (en adelante CNP).

La base 2.1.1 estableció que "Para ser admitido a la práctica de las pruebas selectivas será necesario reunir, a la fecha de finalización del plazo de presentación de solicitudes, los siguientes requisitos: f) Tener una estatura mínima de 1,65 metros los hombres y 1,60 las mujeres."

El acuerdo de 26 de abril de 2018 del tribunal calificador del proceso selectivo de ingreso en la Escala Básica de la Policía Nacional declaró a la ahora recurrente, doña. "NO APTO. EXCLUIDO DEL PROCESO. NO REÚNE REQUISITO 2.1.1.f) DE LA CONVOCATORIA. Altura de 1,567 metros".

La Sra. interpuso contra esa decisión recurso de alzada *per saltum* ante el Consejo de Ministros en virtud de lo establecido en el art. 112.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que dispone que "Los recursos contra un acto administrativo que se funden únicamente en la nulidad de alguna disposición administrativa de carácter general podrán interponerse directamente ante el órgano que dictó dicha disposición", y en cuanto que cuestionaba la validez del requisito fijado en el artículo 7.c) del Real Decreto 614/1995, de 21 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de los procesos selectivos y de formación del Cuerpo Nacional de Policía. Ese recurso administrativo fue desestimado por silencio.

En este recurso contencioso administrativo se solicita la nulidad de todos los actos administrativos alegando como motivo para ello la nulidad del artículo del artículo 7.c) del citado Real Decreto 614/1995, en la redacción

dada por el Real Decreto 440/2007, de 3 de abril, en cuanto exige como requisito de participación en las pruebas selectivas reunir el requisito de "Tener una estatura mínima de 1,65 metros los hombres y 1,60 metros las mujeres". Cita para ello los artículos 47.1.a) y 48.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP). Por la vía del artículo 26.1 de la Ley jurisdiccional 29/1998 solicita también la nulidad del citado precepto reglamentario.

En apoyo de estas pretensiones alega la vulneración de los artículos de que contemplan el derecho de igualdad y a la no discriminación por razón de sexo en la Constitución (artículos 1.1; 9.3; 14; 23.2), en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículo 14 y Protocolo número 12), en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículos 2.1 y 21.2), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 26 y 25.c), en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículo 20, art. 21.1 y art. 23), en la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (artículo 14.1); en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (artículo 3, 5 y 6), y en el Estatuto Básico del Empleado Público (artículo 55.1). Trae a colación la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ha establecido el principio de interpretación del ordenamiento jurídico en el sentido más favorable para el ejercicio de los derechos fundamentales: "Como reiteradamente ha indicado este Tribunal, la Constitución ha introducido un principio de interpretación del ordenamiento jurídico en el sentido más favorable al ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales que ha de ser tenido en cuenta por todos los poderes públicos y, muy especialmente, por los órganos jurisdiccionales en su función de aplicación de las Leyes" (STC 76/1987 FJ 2).

La recurrente mantiene que la norma cuestionada es contraria a la doctrina fijada por la sentencia del TJUE de 18 de octubre de 2017, dictada en el asunto Kalliri (C-409/16, EU:C:2017:767), que considera contrario a las Directivas europeas de igualdad entre hombres y mujeres el establecimiento

de un requisito de estatura mínima que perjudique mucho más a las mujeres que a los hombres.

Justifica esa vulneración por el hecho de que los aspirantes de sexo masculino se ven sometidos a un requisito de estatura mínima menos exigente (en el sentido de que excluye a un porcentaje de hombres menor que el de mujeres que resultan excluidas por la estatura que se les exige a ellas) y las aspirantes mujeres se ven sometidas a un requisito de estatura mínima más exigente (en el sentido de que excluye a un porcentaje de mujeres mayor que el de hombres que resultan excluidos por la estatura que se les exige a ellos), y ello cuando ambos realizan funciones policiales enteramente análogas, sin que exista ninguna justificación para que exista un mayor nivel de exigencia en el acceso de las mujeres. Con ello nos viene a decir que es mucho mayor el porcentaje de mujeres que el de hombres que no alcanzan la altura requerida para cada uno de ambos sexos por la norma.

Junto a ello alega que el requisito de estatura mínima establecido para el ingreso en el CNP no obedece a ninguna necesidad objetiva derivada de las funciones asignadas al CNP, debiendo tenerse en cuenta que en el proceso selectivo existen pruebas físicas y médicas que garantizan por sí solas la idoneidad física y médica para el desarrollo de las funciones atribuidas a la Policía. También nos dice que dentro de la estructura de la Policía existen multitud de áreas funcionales que ni tan siquiera necesitan para su adecuado desempeño ninguna condición física especial, y mucho menos tener una estatura más o menos elevada, haciendo exposición de una serie de unidades en las que la estatura mínima no guarda ninguna relación con las funciones que tienen asignadas.

Por otra parte, afirma que existen otros cuerpos policiales como la Guardia Civil, e incluso las Fuerzas Armadas, que establecen unos requisitos de estatura mínima por debajo de los que se exigen para la CNP, de lo que deja constancia en el hecho sexto de la demanda.

Ya en relación con la concreta impugnación indirecta del artículo 7.c) del Real Decreto 614/1995, alega la falta de cobertura legal de la norma pues de conformidad con el artículo 55.1 de la CE, sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de los derechos fundamentales. Por tanto, un requisito como el de la estatura mínima, que debe entenderse incluido entre los factores de discriminación mencionados en los artículos 14 y 23.2 CE debería contar con una previsión expresa en la Ley y, sin embargo, los requisitos de estatura mínima se establecen por vía reglamentaria sin la necesaria cobertura legal. En este sentido resalta que no se puede olvidar que la estatura es una característica física que viene determinada, en gran medida, por nacimiento, vía genética, de tal manera que las diferenciaciones realizadas en base a ese factor pueden resultar especialmente injustas y discriminatorias.

El suplico de la demanda viene a solicitar (i) que se declare contrario a Derecho y nulo de pleno Derecho el requisito de estatura mínima exigido para el ingreso al Cuerpo Nacional de Policía por el artículo 7 c) del Reglamento de los procesos selectivos y de formación del Cuerpo Nacional de Policía, aprobado mediante Real Decreto 614/1995, de 21 de abril, en la redacción dada por el Real Decreto 440/2007, de 3 de abril, así como por la base 2.1.1 de la resolución de 18 de abril de 2017, de la Dirección General de la Policía, convocó oposición libre para cubrir plazas de alumnos de la Escuela Nacional de Policía, de la División de Formación y Perfeccionamiento, aspirantes a ingreso en la Escala Básica, categoría de Policía, del Cuerpo Nacional de Policía; (ii) la anulación de su exclusión del proceso selectivo y que en caso de superarlo finalmente, se le reconozca la antigüedad y los efectos administrativos, económicos y de escalafonamiento que les correspondería si hubiese superado el proceso selectivo en su debido momento.

SEGUNDO.- La Administración General del Estado contesta a la demanda oponiéndose a la alegación de vulneración del principio de igualdad por negar que el requisito de estatura mínima fijado integre un supuesto de discriminación de la mujer. Aduce que los funcionarios de Policía, con independencia del sexo, deben poseer unas características que permitan una

polivalencia (ocupar distintos puestos de trabajo y realizar diferentes tareas, dependiendo de las necesidades) en el desempeño de las funciones que tienen encomendadas. Dentro de estos requisitos la altura y otros condicionamientos físicos pueden tener relevancia para el desarrollo de las funciones encomendadas a los funcionarios de la Policía Nacional, que se encuentran relacionadas con el mantenimiento de la seguridad ciudadana.

En esa línea nos dice que la exigencia de una altura y en general de unas determinadas condiciones físicas para las mujeres que pretendan ingresar en el Cuerpo de Policía no puede considerarse discriminatoria con respecto a los varones, sino que lo que pretende es precisamente permitir la participación plena de ambos sexos en las funciones que son propias de dicho Cuerpo de Policía, sin que por ello las mujeres queden reducidas a la realización de determinadas tareas, reservando otras a los varones, lo que sí presentaría un carácter discriminatorio.

En cuanto a la invocación de la sentencia del TJUE de 18 de octubre de 2017 afirma que debe destacarse el hecho de que el propio Tribunal de Justicia puso de relieve (apartados 33 y 34) que es al propio órgano jurisdiccional de cada país al que le corresponde decidir en función de las circunstancias concretas del caso si el requisito está justificado, poniendo de relieve la sentencia que "el artículo 2, apartado 2, segundo guión, de la Directiva 76/207 resulta que dicha normativa no constituye una discriminación indirecta prohibida por esa Directiva si está objetivamente justificada por un objetivo legítimo y si los medios para alcanzar ese objetivo son adecuados y necesarios" y que corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar la existencia de tal justificación, para lo cual no puede prescindirse de las circunstancias concretas.

Además, con cita de los artículos 39.3 de la LPACAP y 12 del Real Decreto 614/1995, se opone a la pretensión de la recurrente de que, en caso de estimarse su recurso declarándose la indebida exclusión del proceso selectivo y de superar las restantes pruebas del proceso selectivo, se le reconozcan la antigüedad y los efectos económicos y administrativos y de

escalafonamiento que le hubieran correspondido de haber superado en su momento el proceso selectivo. Afirma que el reconocimiento de tales derechos está vinculado a la efectiva toma de posesión, y la pretensión de la recurrente supondría la retroacción de efectos a un momento en el que no se había completado el proceso selectivo.

TERCERO.- Existe un doble plano en la cuestión planteada pues se alega que el requisito de estatura mínima para que una mujer pueda ser admitida a la práctica de las pruebas selectivas de ingreso en el CNP conlleva tanto la vulneración del principio de no discriminación como la vulneración del principio de legalidad y de reserva de ley, siendo estas infracciones, como acabamos de ver, las que sustentan las pretensiones de nulidad ejercitadas.

El preámbulo de la Ley Orgánica 9/2015, de 28 de julio, de Régimen de Personal de la Policía Nacional, destaca el papel de "la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres como un principio informador de la interpretación y aplicación de sus preceptos, en especial en el ámbito del ingreso, la formación, la promoción profesional y las condiciones de trabajo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres". Por ello su artículo 3.3 dispone que: "3. La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, como principio informador del ordenamiento jurídico, se observará en la interpretación y aplicación de las normas que regulan el acceso, la formación, la promoción profesional y las condiciones de trabajo de los Policías Nacionales, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres." Y el punto 2 del mismo artículo dispone que será de aplicación directa al régimen de personal de los Policías Nacionales el artículo 55 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (hoy en día, artículo 55 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público).

Esta Ley Orgánica da cumplimiento al mandato establecido por la CE, en su artículo 104, cuando establece que: "las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, mandato que se extiende a la determinación de las funciones, principios básicos de actuación y estatutos de las Fuerzas y Cuerpos de

Seguridad, lo cual deberá llevarse a cabo a través de una ley orgánica". En lo que ahora nos afecta, la Ley Orgánica desarrolla el estatuto profesional del personal de la Policía Nacional.

La citada norma orgánica regula la adquisición de la condición de funcionario de carrera -artículo 4- fijando como primer escalón para ello el de superar los procesos selectivos, siendo el artículo 26.1 el que fija los requisitos que los aspirantes deberán reunir para participar en los procesos selectivos, siendo cierto que entre ellos no se incluye expresamente el de la estatura mínima.

Ahora bien, esa falta de previsión expresa no permite apreciar la vulneración del principio de reserva de ley, que no supone la prohibición total de acceso a la misma de la potestad reglamentaria, aunque si la posibilidad de que se aprueben reglamentos independientes. En este caso la ley orgánica 9/2015 establece el marco normativo básico sobre la materia dejando a la colaboración reglamentaria un ámbito concreto referido a la determinación de las causas de exclusión en función de las capacidades necesarias para el desempeño de las funciones. Así, la norma orgánica contiene una clara habilitación reglamentaria en el artículo 26.1.d), cuando dispone que será requisito de participación el "No hallarse incluido en ninguna de las causas de exclusión física o psíquica que impidan o menoscaben la capacidad funcional u operativa necesaria para el desempeño de las tareas propias de la Policía Nacional. El catálogo de exclusiones médicas para el ingreso en la Policía Nacional se establecerá reglamentariamente", que se completa con su disposición final novena. Y, con base en ello, el Real Decreto 614/1991 ahora cuestionado fija el requisito de estatura mínima, que se complementa con el Real Decreto 326/2021, de 11 de mayo, por el que se aprueba el cuadro médico de exclusiones para el ingreso en la Policía Nacional, y consideramos que ese desarrollo reglamentario no vulnera los límites de la remisión

Por ello debe rechazarse la denuncia de vulneración del principio de legalidad y de reserva de ley. Pasamos a analizar si esa exigencia es o no discriminatoria.

CUARTO.- La otra vertiente del recurso es la relativa a la denuncia de discriminación de la mujer en el acceso al CNP por establecer el reglamento una estatura mínima más restrictiva que para el hombre.

Como hemos visto, la parte recurrente apoya la denuncia de infracción del principio de igualdad y no discriminación en el hecho de que los aspirantes de sexo masculino se ven sometidos a un requisito de estatura mínima menos exigente (1,65 cm), en el sentido de que excluye a un porcentaje de hombres menor que el de mujeres que resultan excluidas por la estatura que se les exige a ellas, y las aspirantes mujeres se ven sometidas a un requisito de estatura mínima más exigente (1,60 cm), en el sentido de que excluye a un porcentaje de mujeres mayor que el de hombres que resultan excluidos por la estatura que se les exige a ellos. Es decir, en que es mucho mayor el porcentaje de mujeres (25%) que el de hombres (3%) que no alcanzan la altura requerida para cada uno de ambos sexos por la norma reglamentaria, de manera que sólo una estatura mínima de 1,54 cm para las mujeres reestablecería la necesaria igualdad. Alega que esa discriminación es consecuencia de que los límites fijados no atienden a los estándares de estatura media actuales de hombres (1,74) y mujeres (1,63) entre los 20 y 49 años que se acreditan con el documento núm. 7 de la demanda, y que ello se constata en la prueba pericial aportada como documento núm. 9 de la demanda, prueba que ha sido ratificada a presencia judicial y con contradicción entre las partes y que así la concluye. El efecto discriminatorio de la regulación cuestionada queda así acreditada.

Ahora bien, como viene a apuntar el escrito de contestación a la demanda, la discriminación prohibida constitucionalmente no se identifica con cualquier diferencia de trato, sino solamente con aquellas que carezcan de una justificación objetiva y razonable.

Sin embargo, consideramos que en este caso el límite de acceso a las pruebas de ingreso consistente en el establecimiento de una estatura mínima

de 1,60 cm para las mujeres, a diferencia de los 1,65 cm para los hombres, carece de válida justificación por las siguientes razones:

a) En primer lugar, porque incumbe a la Administración la carga de demostrar la existencia de esas razones objetivas y legítimas que han de concurrir en una diferencia de trato para que no sea discriminatoria y cubra el canon de constitucionalidad que significa el principio de igualdad (artículo 14 CE). Así, el artículo 19.1 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, dice que: "Los Estados miembros adoptarán con arreglo a sus sistemas judiciales nacionales las medidas necesarias para que, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato presente, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato.". Del mismo modo, el artículo 60.7 de la Ley jurisdiccional 29/1998 dispone que "en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón del sexo, corresponderá al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad."

b) En segundo lugar, porque ninguna justificación se ofrece en el preámbulo de la norma reglamentaria.

c) En tercer lugar, porque lo que genéricamente se alega por la Administración en el escrito de contestación a la demanda es que los funcionarios de policía, con independencia del sexo, deben poseer unas características que permitan una polivalencia (ocupar distintos puestos de trabajo y realizar diferentes tareas, dependiendo de las necesidades) en el desempeño de las funciones que tienen encomendadas, pero nada nos dice sobre la justificación de la diferente estatura mínima en relación con esa polivalencia y su influencia en el mantenimiento de la seguridad ciudadana.

d) En cuarto lugar, porque la alegada finalidad de la norma, de permitir la participación plena de ambos sexos en las funciones que son propias de dicho Cuerpo de Policía, en nada se relaciona con ese requisito de estatura mínima diferente que, como ha quedado acreditado con las pruebas

realizadas, es en sí mismo discriminatorio por restrictivo para el acceso de la mujer.

e) En quinto lugar, porque tratándose en este caso de un proceso selectivo para el acceso a la Escala Básica, categoría de Policía, del Cuerpo Nacional de Policía, sorprende que ninguna valoración concreta se haga del requisito de la estatura mínima, que se fija reglamentariamente para el acceso a toda escala y categoría, en relación con las funciones propias de la categoría y escala objeto de la convocatoria. Y ello es particularmente relevante si reparamos en lo siguiente: (i) en que, como pone de relieve la parte recurrente, dentro de la estructura de la Policía existen multitud de áreas funcionales que ni tan siquiera necesitan para su adecuado desempeño ninguna condición física especial, y mucho menos tener una estatura más o menos elevada, haciendo exposición de una serie de unidades en las que la estatura mínima no guarda ninguna relación con las funciones que tienen asignadas, exposición no cuestionada en el escrito de contestación a la demanda; (ii) en que este criterio funcional específico fue admitido por esta Sala en sentencia de 31 de enero de 2016 (ROJ: STS 441/2006 - ECLI:ES:TS:2006:441), dictada en recurso de casación 2202/2000, como justificación válida de un requisito de estatura mínima en el acceso al cuerpo de inspectores de la policía autonómica de la Comunidad Autónoma de Cataluña.

f) En sexto lugar, porque en el proceso selectivo, como advierte la demanda, existen pruebas físicas y médicas que garantizan por sí solas la idoneidad física y médica para el desarrollo de las funciones atribuidas a la Policía. Así se desprende del artículo 26.1,d) y 27.2 de la Ley Orgánica 9/2015, el artículo 8 del Real Decreto 614/1995, y de las bases de la convocatoria (base 2 -requisitos- y anexo III).

QUINTO.- Para resaltar aún más el carácter discriminatorio de la previsión reglamentaria, hay que tomar en consideración la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de octubre de 2017 en el asunto c-409/2016 (STJUE) cuando aplica los artículos 1 y 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 refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. Estas previsiones están actualmente contempladas en los artículos 1 y 2 la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Conviene destacar lo siguiente:

Primero.- La citada STJUE de 18 de octubre de 2017 está referida a un supuesto de inadmisión al concurso para el ingreso en las Escuelas de oficiales y agentes de la policía helénica correspondiente al año académico 2007-2008, y en ella se incluyen estos considerandos:

A) "25. Pues bien, al disponer que las personas que midan menos de 1,70 m no pueden ser admitidas al concurso para el ingreso en la Escuela de Policía griega, la normativa controvertida en el litigio principal afecta a las condiciones de contratación de esos trabajadores y, por lo tanto, debe considerarse que establece disposiciones relativas al acceso al empleo público en el sentido del artículo 3, apartado 1, letra a), de la Directiva 76/207 (véanse, por analogía, las sentencias de 13 de noviembre de 2014, Vital Pérez, C-416/13, EU:C:2014:2371, apartado 30, y de 15 de noviembre de 2016, Salaberría Sorondo, C258/15, EU:C:2016:873, apartado 25)."

B) "28. A este respecto, es preciso señalar que la normativa citada trata de manera idéntica, independientemente de su sexo, a las personas que presenten su candidatura al concurso para el ingreso en la Escuela de Policía.

29. Por consiguiente, esa normativa no establece una discriminación directa, en el sentido del artículo 2, apartado 2, primer guion de la Directiva 76/207."

C) "32. En el presente caso, el propio órgano jurisdiccional remitente declaró en su resolución que un número mucho mayor de mujeres que de hombres tiene una estatura inferior a 1,70 m, de modo que, conforme a esa normativa, aquéllas sufrirían claramente un perjuicio frente a éstos en lo que se refiere a la admisión al concurso para el ingreso en las Escuelas de oficiales y agentes de la Policía helénica. De ello se deduce que la normativa controvertida en el litigio principal crea una discriminación indirecta."

D) Partiendo de que según la Directiva 76/207/CEE no constituye una discriminación indirecta prohibida la previsión normativa que este

objetivamente justificada por un objetivo legítimo y si los medios para alcanzar ese objetivo son adecuados y necesarios, dice: "36. Es preciso recordar que el Tribunal de Justicia ha declarado que el interés en garantizar el carácter operativo y el buen funcionamiento de los servicios de Policía constituye un objetivo legítimo [véanse, en relación con el artículo 4, apartado 1, de 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 (DO 2000, L 303, p. 16), cuya estructura, disposiciones y objetivo son en gran medida comparables a los de la Directiva 76/207, las sentencias de 13 de noviembre de 2014, Vital Pérez, C-416/13, EU:C:2014:2371, apartado 44, y de 15 de noviembre de 2016, Salaberría Sorondo, C-258/15, EU:C:2016:873, apartado 38].

È) "37. Así las cosas, es preciso determinar si la exigencia de una estatura física mínima, como la prevista en la normativa controvertida en el litigio principal, es adecuada para garantizar la consecución del objetivo perseguido por dicha normativa y no va más allá de lo necesario para alcanzarlo.

38. A este respecto, si bien es cierto que el ejercicio de las funciones de policía relativas a la protección de las personas y bienes, la detención y la custodia de los autores de hechos delictivos y las patrullas preventivas, pueden requerir el empleo de la fuerza física e implicar una aptitud física particular, no lo es menos que algunas funciones de policía, como el auxilio al ciudadano o la regulación del tráfico, no precisan aparentemente un esfuerzo físico elevado (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de noviembre de 2014, Vital Pérez, C-416/13, EU:C:2014:2371, apartados 39 y 40).

39. Por otra parte, aun suponiendo que todas las funciones ejercidas por la policía helénica exigieran una aptitud física particular, no parece que dicha aptitud esté necesariamente relacionada con la posesión de una estatura física mínima y que las personas de una estatura inferior carezcan naturalmente de dicha aptitud.

42. En cualquier caso, el objetivo perseguido por la normativa controvertida en el procedimiento principal podría alcanzarse mediante medidas que no perjudicaran tanto a las personas de sexo femenino, como una preselección de los candidatos al concurso para el ingreso en las Escuelas de oficiales y agentes de Policía basada en pruebas específicas que permitan verificar sus capacidades físicas."

F) 43. De las consideraciones anteriores resulta que, sin perjuicio de las comprobaciones que corresponda realizar al órgano jurisdiccional remitente, dicha normativa no está justificada.

44. En tales circunstancias, procede responder a la cuestión planteada que las disposiciones de la Directiva 76/207 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una

normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que supedita la admisión de los candidatos al concurso para el ingreso en la Escuela de Policía de dicho Estado miembro, independientemente de su sexo, a un requisito de estatura física mínima de 1,70 m, toda vez que esa normativa supone una desventaja para un número mucho mayor de personas de sexo femenino que de sexo masculino y que la citada normativa no parece adecuada ni necesaria para alcanzar el objetivo legítimo que persigue, circunstancia que corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar”.

Y, en virtud de todo ello la citada STJUE de 18 de octubre de 2017 declara que:

“Las disposiciones 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 refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, en su versión modificada por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que supedita la admisión de los candidatos al concurso para el ingreso en la Escuela de Policía de dicho Estado miembro, independientemente de su sexo, a un requisito de estatura física mínima de 1,70 m, toda vez que esa normativa supone una desventaja para un número mucho mayor de personas de sexo femenino que de sexo masculino y que la citada normativa no parece adecuada ni necesaria para alcanzar el objetivo legítimo que persigue, circunstancia que corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar.”

Segundo.- Y si decimos que esta STJUE es determinante para corroborar la discriminación injustificada que para la mujer introducé la norma reglamentaria al fijar para las mujeres una estatura mínima más restrictiva que para los hombres, es por lo siguiente:

1º.- Los razonamientos del TJUE, aunque aquí nos encontremos con requisitos de estatura diferentes para hombres y mujeres y no ante una estatura mínima común, son plenamente trasladables al presente caso ya que, de cualquier modo y como ha quedado demostrado a través de las pruebas practicadas, los límites de estatura mínima establecidos diferenciadamente para hombres y mujeres siguen afectando de manera mucho más intensa a las mujeres que a los hombres pues en función de los límites fijados, los estándares de estatura media actuales de hombres y mujeres, es mucho mayor el porcentaje de mujeres (25%) que el de hombres (3%) que no

alcanzan la altura requerida para cada uno de ambos sexos por la norma reglamentaria, de manera que sólo una estatura mínima de 1,54 cm para la mujeres reestablecería la necesaria igualdad. Por ello, también aquí nos encontramos ante un caso de discriminación indirecta por sexo.

La discriminación indirecta que se produce al fijar las mismas alturas para mujeres y hombres, que es lo que rechazaba la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de octubre de 2017, no se salva con el mero hecho de fijar estaturas mínimas diferentes si al hacerlo sigue sin atenderse a las funciones que han de realizar y a las acreditadas diferencias de estatura media, por sexo, de la población española.

2º.- La norma reglamentaria que fija el requisito de estatura mínima para el ingreso en el CNP nada dice sobre el hecho de que pueda obedecer a alguna necesidad objetiva derivada de las funciones asignadas al CNP y, aunque las funciones ejercidas por la policía exigieran una aptitud física particular, no parece que dicha aptitud esté necesariamente relacionada con la posesión de una estatura mínima y que las personas de una estatura inferior carezcan naturalmente de dicha aptitud. Es más, como ya se ha dejado dicho en el fundamento de Derecho cuarto, en el proceso selectivo existen pruebas físicas y médicas que garantizan por sí solas la idoneidad física y médica para el desarrollo de las funciones atribuidas a la Policía, máxime cuando dentro de la estructura de la policía, como alega la demanda y no cuestiona la Administración, existen áreas funcionales que ni tan siquiera necesitan para su adecuado desempeño ninguna condición física especial, y mucho menos tener una estatura más o menos elevada.

3º.- Finalmente, cabe añadir que existen otros cuerpos policiales, como la Guardia Civil, que según el artículo 9 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, integran los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, que tienen identidad esencial de cometidos según sus artículos 11 y 12, donde se establecen unos requisitos de estatura mínima por debajo de los que se exigen para el CNP. Así se establece en el Anexo I de la Orden PCI/155/2019, de 19 de febrero, por la que se aprueban las normas por

las que han de regirse los procesos de selección para el ingreso en los centros docentes de formación para la incorporación a la Escala de Cabos y Guardias de la Guardia Civil, donde la estatura mínima para hombres es de 1,60 cm y para mujeres de 1,55 cm.

Lo mismo cabe decir, aunque aquí la identidad de funciones no es la misma, de los integrantes de las Fuerzas Armadas, donde se fijan los mismos límites que para la Guardia Civil a tenor del Apartado A.1 del Cuadro médico de exclusiones exigible para el ingreso en los centros docentes militares de formación (aprobado mediante Orden PCI/6/2019, de 11 de enero).

En conclusión, el requisito de estatura mínima y diferente para hombres y mujeres para el acceso al CNP, teniendo en cuenta los concretos valores establecidos para cada sexo, constituye una discriminación indirecta contraria al principio de igualdad entre hombres y mujeres que perjudica a éstas frente a aquellos en el acceso al empleo público (artículo 14.1 de la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, y artículos 3 y 5 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres).

SEXTO.- Por todo lo expuesto procede la estimación de las pretensiones de nulidad ejercitadas, declarando: (i) la nulidad del requisito de "Tener una estatura mínima de ... y 1,60 las mujeres" que para ser admitido a la práctica de las pruebas selectivas de ingreso fijan tanto el artículo 7.c) del Real Decreto 614/1995, de 21 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de los procesos selectivos y de formación del Cuerpo Nacional de Policía, como la base 2.1.2 de la Resolución de 18 de abril de 2017, de la Dirección General de la Policía, por la que se convocó oposición libre para cubrir plazas de alumnos de la Escuela Nacional de Policía, de la División de Formación y Perfeccionamiento, aspirantes a ingreso en la Escala Básica, categoría de Policía, del Cuerpo Nacional de Policía; (ii) la nulidad de los actos administrativos impugnados que acordaron la exclusión de la recurrente por incumplir ese requisito ilegal.

También debe ser acogida la pretensión de reconocimiento de situación jurídica individualizada. La consecuencia de la anterior declaración de nulidad es que la recurrente debió y debe ser admitida a la realización del proceso selectivo por oposición libre convocado por la resolución de la Dirección General de la Policía de 18 de abril de 2017, para cubrir plazas de alumnos de la Escuela Nacional de Policía, de la División de Formación y Perfeccionamiento, aspirantes a ingreso en la Escala Básica, categoría de Policía, del Cuerpo Nacional de Policía. Y el alcance final de este derecho ha de ser el postulado por la parte recurrente, con el consiguiente reconocimiento de su derecho a realizar las pruebas previstas en la convocatoria, para lo que la Administración deberá arbitrar las medidas necesarias. Todo ello con la consecuencia de que, de superar el proceso selectivo, los derechos económicos y administrativos correspondientes, incluida antigüedad y escalafonamiento, surtirán efecto desde el mismo momento en que se produjeron para los aspirantes que resultaron nombrados en virtud de la convocatoria de que fue excluida. Este es el criterio fijado por esta Sala en numerosas sentencias, de las que son ejemplo las dictadas el 1 de febrero de 2016 en el recurso de casación 969/2013 (ROJ: STS 299/2016 - ECLI:ES:TS:2016:299), y el 1 de junio de 2022 en los recursos de casación 1321 y 1960/2021 (ROJ: STS 2128/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2128) y (ROJ: STS 2126/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2126), respectivamente.

SÉPTIMO.- En materia de costas procesales, la sentencia resolverá sobre las costas de la instancia conforme a lo establecido en el artículo 139.1 de la Ley jurisdiccional 29/1998, razón por la que se hace imposición a la parte demandada y, haciendo uso de la potestad prevista en el artículo 139.4, en atención a las particulares circunstancias del caso y el vicio de nulidad estimado, se fija en cuatro mil (4.000) euros la cantidad máxima a reclamar por doña _____ por todos los conceptos.

OCTAVO.- En cumplimiento del mandato establecido en el artículo 72.2 de la Ley jurisdiccional 29/1998, este pronunciamiento de nulidad del artículo 7.c) del Real Decreto 614/1995, de 21 de abril, por el que se aprueba el

Reglamento de los procesos selectivos y de formación del Cuerpo Nacional de Policía, deberá publicarse en el Boletín Oficial del Estado.

FALLO

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

1º.- ESTIMAR el recurso de contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de doña _____ contra la desestimación presunta del recurso de reposición por ella interpuesto contra el Acuerdo de 26 de abril de 2018 del Tribunal Calificador del proceso selectivo de ingreso en la Escala Básica de la Policía Nacional que la declaró excluida del proceso por oposición libre convocado por la Resolución de la Dirección General de la Policía de 18 de abril de 2017, para cubrir plazas de alumnos de la Escuela Nacional de Policía, de la División de Formación y Perfeccionamiento, aspirantes a ingreso en la Escala Básica, categoría de Policía, del Cuerpo Nacional de Policía.

2º.- ANULAR el artículo 7.c) del Real Decreto 614/1995, de 21 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de los procesos selectivos y de formación del Cuerpo Nacional de Policía, y la base 2.1.2 de esa Resolución de 18 de abril de 2017, en cuanto fijan el requisito de "Tener una estatura mínima ... y 1,60 las mujeres" que para ser admitido a la práctica de las pruebas selectivas de ingreso.

3º.- HACER IMPOSICIÓN de costas en los términos previstos en el último fundamento de Derecho de esta sentencia.

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



Así se acuerda y firma.