

## JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 5 DE VALENCIA

Procedimiento Abreviado [PAB] - 000272/2020

Letrado/ Procurador: INMACULADA MARTIN TORTOSA

Demandado: AYUNTAMIENTO DE ALAQUAS y

Letrado/ Procurador:

Sobre: Función Pública

NIG: 46250-45-3-2020-0001862

### SENTENCIA Nº 000245/2021

En Valencia, a quince de marzo de dos mil veintiuno.

Vistos por el Ilmo. Sr. D. Marcos Marco Abato, Magistrado Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 de Valencia, los presentes autos de PROCEDIMIENTO ABREVIADO instados por D. [REDACTED], representado y defendido por la letrada D<sup>a</sup>. Inmaculada Martín Tortosa y siendo demandado al ayuntamiento de Alaquás, representado por la Procuradora doña [REDACTED] y defendido por la letrada doña [REDACTED], habiendo comparecido como codemandada doña [REDACTED], representada y defendida por el letrado [REDACTED]; en el ejercicio que confieren la constitución y las leyes, en nombre de S.M. el Rey, se ha dictado la presente sentencia con arreglo a los siguientes

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 02-06-20 tuvo entrada en el registro del Juzgado Decano de Valencia demanda de recurso contencioso-administrativo suscrita por la parte actora, que correspondió por turno de reparto a este juzgado, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables al caso, suplicando se dictara sentencia estimatoria del recurso interpuesto y las declaraciones correspondientes en relación con la actuación administrativa impugnada y, en consecuencia, el acogimiento pleno de sus pretensiones.

**SEGUNDO.-** Admitida la demanda y previa reclamación del expediente administrativo y su traslado a la parte actora, se señaló día y hora para la celebración del acto del juicio que tuvo lugar el 16-02-21, compareciendo las partes

en el día señalado y celebrándose la vista con el resultado que consta en la correspondiente grabación y al finalizar la misma se declararon los autos conclusos y vistos para sentencia.

**TERCERO.-** En la sustanciación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales y demás de pertinente aplicación.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El presente recurso tiene por objeto los siguientes acuerdos y resoluciones de la junta de gobierno local del Ayuntamiento de Alaquás sobre el proceso selectivo de 6 plazas de agente de policía local, 2 de ellas por el turno de movilidad:

1. decreto de 25 de abril de 2020, con número 1172, por el que se inadmite el recurso presentado frente a la impugnación de las bases del proceso selectivo y recursos frente a los acuerdos del tribunal de selección, en impugnación de la reserva de una plaza del turno de movilidad a favor de las mujeres, así como la propuesta de nombramiento;
2. Acuerdo sobre nombramiento como funcionario de carrera, agente de la policía local, de doña \_\_\_\_\_, por el turno de movilidad;
3. Bases del proceso de selección de 6 plazas, impugnando el turno de movilidad, publicadas en el BOP de 6 de marzo y 7 de junio de 2019 y corrección de errores de 5 de abril de 2019, en el apartado de reserva de una plaza de turno en movilidad a favor de las mujeres.

La parte actora solicita en el suplico de su demanda que se dicte sentencia por la que, previa estimación del recurso interpuesto, se declare la nulidad de los actos recurridos. Todo ello en el proceso de selección de 6 plazas de agente de la policía local, impugnando exclusivamente el turno de movilidad, y con estimación de su recurso se declare la nulidad de la reserva de una plaza de agente del turno de movilidad a favor de las mujeres, proponiendo y nombrando al actor funcionario de carrera, con todos los efectos económicos y administrativos a la fecha de nombramiento de la Sra \_\_\_\_\_, con todo lo demás a que hubiere lugar en derecho.

Como motivos de impugnación se establecen los siguientes

1.- En cuanto a la preferencia otorgada por la convocatoria en favor de las mujeres, señala la parte que:

A) respecto de la inadmisión de los recursos alegando impugnación extemporánea

de las bases la parte invoca la doctrina del Tribunal Supremo relativa a la procedencia de impugnar las bases respecto de sus actos aplicación, cuando se produce vulneración de los derechos fundamentales dando lugar a un vicio de nulidad de pleno derecho.

B.- En segundo lugar, se indica la nulidad de las bases por infracción de la ley 17/2017, de la policía local, en tanto que considera que la disposición transitoria séptima de la misma, sobre medidas correctoras de la desigualdad de género en los cuerpos de policía local, pretende la incorporación de la mujer a los cuerpos de policía local, por lo que interpreta que siendo la finalidad de la misma la equiparación en los cuerpos policiales del número de hombres y de mujeres, la preferencia en el turno de movilidad no produce tal incremento, sino que aumenta el número de mujeres en una plantilla con merma en otra, produciéndose un traslado de mujeres entre cuerpos policiales pero no una incorporación de la mujer, por lo que considera que la reserva resulta inaplicable al turno libre, pero no al de movilidad. Para la parte, tal interpretación encuentra su reflejo en el decreto 153/2019, 12 de julio, del Consell, de establecimiento de las bases y criterios generales para la selección, promoción y movilidad de los cuerpos de policía local de la Comunidad Valenciana que refiere la reserva a los "procesos selectivos", entre los que considera que no se incluye el concurso para la provisión de puestos de movilidad.

C) Vulneración por parte de la disposición transitoria séptima de ley 17/2017, de 13 de diciembre, de coordinación de policías locales de la Comunitat Valenciana, de la constitución española (artículo 9, 14, 23 y 103.3 CE) por constituir una discriminación por razón de sexo en vulneración de los principios de igualdad, mérito y capacidad. A tal efecto en la parte que cuando las plazas convocadas por el turno de movilidad sean 2 la reserva de una plaza favor de las mujeres incumple la propia disposición al afectar al 50% y no en cambio al 30% como señala la ley de policías locales.

D) La disposición vulneraría lo dispuesto en la directiva 2006/54/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, de acuerdo con la interpretación dada por la sentencia del tribunal de justicia de 6 de julio de 2000. Asimismo, se resalta la advertencia de la Comisión Europea a la Generalitat Valenciana sobre la infracción de la normativa comunitaria por parte de la disposición transitoria séptima de la ley 17/2017, de 13 de diciembre.

**SEGUNDO.-** Procede analizar en primer lugar la causa de inadmisibilidad que fue expuesta en el acto de la vista sobre la extemporaneidad de la impugnación de las bases de la convocatoria, ya que las mismas fueron publicadas en fecha 06-03-19 y no fue hasta el 26-02-20 cuando el recurrente formuló recurso contra las mismas (folio 182 y siguientes del expediente administrativo)

Alega la representación procesal del ayuntamiento demandado que no cabe la impugnación indirecta de las bases, por tratarse de un acto dirigido a una pluralidad

indeterminada de sujetos y no de una norma que pueda ser cuestionada a través de sus actos de aplicación.

La causa de inadmisibilidad no puede ser acogida en tanto que la impugnación se basa en la lesión del derecho fundamental a la igualdad consagrado en el artículo 14 de la CE en relación con el artículo 23.2 de la misma y también por la vulneración del derecho europeo y en particular de la directiva 2006/54/CE y la interpretación que de la misma se ha efectuado el tribunal de justicia.

Si bien las bases de la convocatoria de un proceso selectivo no tienen naturaleza de disposición de carácter general, y por tanto no cabe la impugnación indirecta de las mismas, la jurisprudencia ha permitido su cuestionamiento al discutir los actos de aplicación directa cuando se sostiene vulneración de derechos fundamentales o de los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Buena muestra de tales consideraciones se encuentra en la reciente sentencia de la sección segunda de la sala de lo contencioso-administrativo del TSJCV, número 105/2020, del 17 de febrero de 2020, recaída en el recurso 658/2017, que en su fundamento de derecho segundo establece:

*"Impugnación indirecta de las bases y de la convocatoria y sistema de libre designación elegido. La tacha de parcialidad del Tribunal Evaluador*

*Aceptamos la censura de la parte apelante sobre la posibilidad de impugnación indirecta de las bases de una convocatoria aceptadas pero que pueden ser atacadas con ocasión del nombramiento o adjudicación de la plaza cuando se vulneran derechos fundamentales o los principios de igualdad, mérito y capacidad. Así lo viene reconociendo el Tribunal Constitucional ( sentencias 193/87, 200/1991 y 93/195) y el Supremo según el amplio repertorio de jurisprudencia recogida en la apelación, habiéndolo reconocido también el TJUE en la sentencia de 28-10-2004, asuntos acumulados T-219/2002 y T-337/2002, de Olga Lutz Herrera contra Comisión, donde se afirma , 46) que un candidato una oposición puede invocar en apoyo de un recurso interpuesto contra la decisión de un Tribunal de oposición por la que se rechaza su participación en la oposición motivos basados en la supuesta irregularidad de la convocatoria de la oposición cuando existe una estrecha relación entre dichos motivos y la motivación de la decisión impugnada".*

El recurrente formuló su recurso administrativo con ocasión de las resoluciones dictadas por el tribunal de selección con la declaración de aprobados y propuesta de nombramiento en favor del aspirante hoy codemandada e invocó expresamente en su recurso la vulneración por la disposición transitoria séptima de la ley 17/2017 de la normativa europea en cuanto a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación y también cuestiona en el presente recurso la disconformidad de dicha normativa, y de las bases que la aplican en este proceso selectivo, con el principio de igualdad del artículo 14 CE y el derecho al acceso a las funciones y cargos

públicos en condiciones de igualdad del artículo 23.2 CE, en relación con el artículo 103. 3 de la misma, por lo que a la vista de la jurisprudencia expuesta la causa de inadmisibilidad no puede ser acogida.

**TERCERO.-** El recurrente se presentó como aspirante en el proceso selectivo de la convocatoria de 6 plazas de agente de la policía local, participando en el turno de movilidad en el que habían 2 plazas. De esas 6 plazas 2 estarían reservadas a mujeres en virtud de la reserva legal del 30% recogida en la convocatoria, perteneciendo una de ellas al turno libre y la otra el turno de movilidad.

A tenor de las calificaciones definitivas en el turno de movilidad quedó en primer lugar don ██████████ con 82,2 puntos, en segundo lugar el recurrente con 78,45 puntos y en tercer lugar la codemandada doña ██████████ con 61,5 puntos (folio 147 del expediente).

Existe una diferencia por tanto de 16,75 puntos entre el recurrente y la codemandada, con un diferencial de puntuación superior al 15% entre ambos (el 15% de la puntuación del aspirante con mayores puntos sería de 11,7375).

La Junta de Gobierno Local, en sesión de fecha 14 de febrero de 2019, aprobó las Bases de la convocatoria para proveer en propiedad cuarenta plazas de Agente Policía en las que se resolvía:

*"En cumplimiento de lo establecido en el Plan de Igualdad para empleadas y empleados del ayuntamiento, se declara circunstancia de infrarrepresentación a favor del sexo femenino al existir un porcentaje superior de hombres en el número total del personal funcionario de carrera, por lo que de cada uno de los turnos, y de conformidad con la disposición transitoria séptima de la ley 17/2017, de 13 de diciembre, se reserva el 30% de las plazas para mujeres, en concreto dos plazas para mujeres correspondiente una al turno libre y otra en el turno de movilidad".*

Procede analizar en primer lugar la alegada inaplicabilidad de la disposición transitoria séptima de la ley 17/2017, de 13 de diciembre, al turno de movilidad y tras ello su eventual infracción de la normativa europea y constitucional.

La Disposición transitoria séptima de la citada ley establece las medidas correctoras de la desigualdad de género en los cuerpos de Policía Local, determinando:

*"1. Con el fin de conseguir una composición equilibrada en las plantillas de Policía Local de la Comunitat Valenciana entre hombres y mujeres, se establecerán las acciones positivas previstas en la normativa de igualdad de género a través de los propios planes de igualdad. Para ello, los municipios en los que el número de mujeres no alcance el 40 % de la plantilla de Policía Local, y hasta que se alcance el citado porcentaje, en las convocatorias para la escala básica se establece una reserva del 30 % de las plazas para mujeres.*

*2. Si, alcanzado este objetivo, se evidenciara que perdura la desproporción en el*

*resto de las escalas, podrá regularse reglamentariamente la adopción de nuevas medidas de acción positiva en los procesos de selección que se convoquen".*

Tal y como establece la exposición de motivos del Decreto-ley 10/2020, de 24 de julio Como consecuencia de una denuncia sobre posible infracción, por parte de la Comunitat Valenciana, de 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 (refundición), la Comisión Europea como guardiana de los tratados dirigió una carta al Gobierno de España, exponiendo que la Disposición transitoria séptima de la Ley 17/2017, y la Disposición transitoria cuarta del Decreto 153/2019, a la luz de las normas comunitarias y de diversas interpretaciones realizadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se expresaba el parecer de la Comisión de que la referida reserva del 30% no estaría en consonancia con la jurisprudencia del TJUE y constituiría, por lo tanto, una vulneración del principio de igualdad de trato consagrado en el Derecho de la UE.

A la vista de todo ello se procedió a dictar el Decreto-ley 10/2020, de 24 de julio, de modificación de la Ley 17/2017, de 13 de diciembre, de coordinación de policías locales de la Comunitat Valenciana que modificaba la disposición transitoria séptima modulando el alcance de la reserva establecida, quedando redactada la norma en los siguientes términos:

*"1. Con el fin de conseguir una composición equilibrada en las plantillas de policía local de la Comunitat Valenciana entre hombres y mujeres, se establecerán las acciones positivas previstas en la normativa de igualdad de género a través de los propios planes de igualdad. Para ello, como regla general, hasta que los ayuntamientos no elaboren estos planes de igualdad, en los municipios en los que el número de mujeres no alcance el 40 % de la plantilla de policía local, y hasta que se alcance el citado porcentaje, en las convocatorias para la escala básica se establece una reserva del 30 % de las plazas para mujeres, aplicable únicamente a las plazas a las que se acceda por turno libre, y siempre que se convoquen más de 3 plazas en dicho turno.*

*2. En los procedimientos selectivos a los que se refiere el apartado anterior, la adjudicación de las vacantes convocadas se realizará siguiendo una única lista de las personas aspirantes que hayan superado la fase de oposición atendiendo al orden de puntuación obtenido y a los criterios de desempate legalmente existentes.*

*Cuando el objetivo del porcentaje al que se refiere el apartado anterior no se consiga atendiendo a lo que dispone el párrafo precedente, se dará preferencia a las candidatas mujeres sobre los candidatos hombres hasta cumplir el objetivo perseguido siempre que:*

*a) Haya una equivalencia de capacitación determinada por la superación de las pruebas y ejercicios de la fase de oposición del sistema selectivo.*

*b) Ninguna de las candidatas mujeres seleccionadas por la aplicación de esta preferencia tenga un diferencial de puntuación en la fase de oposición superior al 15 % frente a los candidatos hombres preteridos.*

*c) No concurren en otro candidato motivos legalmente previstos que, no siendo discriminatorios por razón de sexo, justifiquen la no aplicación de la medida, como la pertenencia a otros colectivos con especiales dificultades para acceder al empleo.*

*3. Si, alcanzado este objetivo, se evidenciara que perdura la desproporción en el resto de las escalas, podrá regularse reglamentariamente la adopción de nuevas medidas de acción positiva en los procesos de selección que se convoquen.*

*4. Estas medidas correctoras de la desigualdad de género no serán aplicables en los procesos de consolidación o estabilización de empleo temporal».*

**CUARTO.-** La primera cuestión es si la reserva de plazas del 30% resultaría aplicable al llamado turno de movilidad y a tal efecto hay que señalar que la ley 17/2017, de 13 de diciembre, refiere la reserva a las convocatorias para la escala básica en general, sin distinguir entre las del turno libre y del turno de movilidad. No es hasta el decreto ley 10/2020, de 24 de julio en cuando se efectúa una distinción entre ambos turnos y se establece expresamente que la reserva resulta "aplicable únicamente a las plazas a las que se acceda por turno libre".

El artículo 11 de la ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres establece que: "con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso".

Y su artículo 51 prescribe que "Las Administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias y en aplicación del principio de igualdad entre mujeres y hombres" deberán entre otras actuaciones "remover los obstáculos que impliquen la pervivencia de cualquier tipo de discriminación con el fin de ofrecer condiciones de igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el acceso al empleo público y en el desarrollo de la carrera".

En consecuencia, se trata de una obligación que viene referida cada administración pública en concreto y a su ámbito definido de competencias y así se refleja la literalidad de la disposición transitoria séptima de la ley 17/2017, que refiere dicha obligación a los municipios concretos en los que "el número de mujeres no alcance el 40 % de la plantilla de Policía Local, y hasta que se alcance el citado porcentaje".

A través del turno de movilidad del funcionario ingresa en el seno del cuerpo de la policía local de un determinado municipio, entidad dotada de personalidad jurídica propia (art. 140 CE), por lo que en puridad dicho turno no resulta propiamente una

forma al uso de provisión de puestos de trabajo concretos, sino que ofrece características propias que lo configuran a su vez como un modo de ingreso en la administración pública. En este sentido el artículo 29 del decreto 153/2019, de 12 de julio, establece que las personas nombradas por movilidad "se integrarán plenamente en el ayuntamiento de destino. En todo caso, el ayuntamiento quedará subrogado respecto de los derechos que tuviesen reconocidos de grado y antigüedad. El personal nombrado se someterá al régimen estatutario vigente en la corporación local a la que accede, en situación administrativa de servicio activo".

En consecuencia, y tratándose de un ingreso en una nueva administración, le alcanza al turno de movilidad el mandato de la disposición transitoria de establecer la reserva del 30%, interpretación que se ajusta a la finalidad de la ley que lo que persigue es que los porcentajes de presencia de la mujer en las plantillas se alcancen en relación a administraciones públicas concretas y no respecto del empleo público general. Por lo que el motivo de impugnación no puede ser acogido.

**QUINTO.-** En cuanto a la conformidad de la disposición transitoria a la constitución y a la normativa europea, lo primero que hay que señalar es que la norma europea aplicable es la directiva 2006/54 de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, la cual establece en su artículo 3 que "los Estados miembros podrán mantener o adoptar las medidas indicadas en el artículo 141, apartado 4, del Tratado con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral".

El Artículo 157 del tratado de funcionamiento de la Unión Europea (antiguo artículo 141.4 del tratado de Roma) establece: "Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales".

El Artículo 14. 1.a) De la directiva 2006/54 de 5 de julio prescribe que "no se ejercerá ninguna discriminación directa ni indirecta por razón de sexo en los sectores público o privado, incluidos los organismos públicos, en relación con: a) las condiciones de acceso al empleo, al trabajo por cuenta propia o a la ocupación, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación, cualquiera que sea el sector de actividad y en todos los niveles de la jerarquía profesional, incluida la promoción".

Por su parte el apartado 2 de ese precepto establece que: "los Estados miembros podrán disponer, por lo que respecta al acceso al empleo, incluida la formación pertinente, que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo no constituirá discriminación cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y



cuando su objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado".

Por otra parte, la directiva recoge la definición de "discriminación indirecta" definida como "la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios".

Desde la perspectiva del derecho constitucional hay que estar a lo señalado por el auto del pleno del tribunal constitucional núm.119/2018, de 13 de noviembre de 2018, recaído en el recurso de amparo 3883-2017 en el que se sintetizaba la doctrina existente sobre la constitucionalidad de acciones positivas en favor de la mujer, estableciendo las siguientes notas definitorias: "*(i) su fundamento constitucional es el artículo 9.2 CE, y su límite el derecho a la no discriminación del artículo 14 CE; (ii) para su exigibilidad es preciso una concreción normativa previa; (iii) la medida en todo caso debe resultar proporcionada; (iv) su vigencia se presupone temporal hasta que desaparezca la situación de desigualdad material que la propició; y (v) en el ámbito de procedimientos selectivos en la función pública, no puede suponer la conculcación de los principios constitucionales de mérito y capacidad (art. 103.3 CE)*".

En este sentido la representación procesal de la codemandada alegó que la norma no era contraria a la constitución, remitiéndose a las consideraciones de la resolución del Defensor del Pueblo de 12 de marzo de 2018 (documento número 1 aportado en el acto de la vista), pero dicha resolución que es de fecha anterior al auto del pleno del tribunal constitucional núm. 119/18 contradice la interpretación contenida en el mismo.

En cuanto al derecho de la unión europea como han recordado las conclusiones del abogado general presentadas el 10 de septiembre de 2019 en el:

*"El Derecho de la Unión somete sistemáticamente las medidas de acción positiva al criterio de la proporcionalidad, que exige que las excepciones se mantengan dentro de los límites de lo apropiado y necesario para lograr el objetivo perseguido. El principio de igualdad de trato debe conciliarse en la medida de lo posible con las exigencias del objetivo perseguido".*

A este respecto se han dictado por el tribunal de justicia diversas sentencias en esta materia entre las que cabe destacar la Sentencia de 17 de octubre de 1995, Eckhard Kalanke, C-450/93; que tras afirmar que *la directiva "autoriza medidas nacionales en el ámbito del acceso al empleo, incluida la promoción, que, favoreciendo especialmente a las mujeres, están destinadas a mejorar su capacidad de competir en el mercado de trabajo y desarrollar una carrera profesional en pie de igualdad con los hombres"* (consideración 19), se pronunciaba sobre las cuestiones planteadas y declaraba:

*"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 refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, 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".*

Posteriormente la jurisprudencia del TJUE aceptó esas acciones positivas de promoción de las mujeres, aunque exigiendo siempre el reconocimiento de la capacidad de apreciación objetiva por los órganos de selección de las situaciones particulares de naturaleza personal de los candidatos de ambos sexos de igual capacitación o cualificación (cláusulas de apertura, cuotas de resultado flexible). A esa exigencia respondieron las Sentencias de 11 de noviembre de 1997, Hellmut Marschall, C-409/95 (EU:C:1997:533); de 28 de marzo de 2000, Georg Badeck y otros, C- 158/97 (EU:C:2000:163); y de 6 de julio de 2000, Katarina Abrahamsson y Leif Anderson, C-407/98 (EU:C:2000:367).

La sentencia del tribunal de justicia de 11 de noviembre de 1997 (asunto 409/95, Marschall) venía a entender que la normativa que otorgaba una preferencia a la mujer resultaba respetuosa con la directiva 76/207/CEE cuando contiene una cláusula de apertura de forma que "contiene una cláusula de apertura no sobrepasa esos límites (los límites de la excepción establecida en el apartado 4 del artículo 2 de la directiva) si, en cada caso particular, garantiza, a los candidatos masculinos con igual capacitación que las candidatas femeninas, que las candidaturas serán objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta todos los criterios relativos a la persona de los candidatos de ambos sexos e ignore la preferencia concedida a las candidatas femeninas cuando uno o varios de esos criterios hagan que la balanza se incline a favor del candidato de sexo masculino. No obstante, debe recordarse, a este respecto, que tales criterios no podrán ser discriminatorios en perjuicio de las candidatas femeninas".

El tribunal contestaba a las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente que:

"los apartados 1 y 4 del artículo 2 de la Directiva no se oponen a una norma nacional que, en caso de que candidatos de ambos sexos presenten igual capacitación, desde el punto de vista de su aptitud, competencia y prestaciones profesionales, obliga a conceder preferencia en la promoción a las candidatas femeninas en aquellos sectores de actividad de la Administración que, en el nivel del puesto de que se trate, tengan un menor número de mujeres que de hombres, salvo que

concurran en la persona de un candidato masculino motivos que inclinen la balanza a su favor, siempre que:

— dicha norma garantice, en cada caso particular, a los candidatos masculinos con igual capacitación que las candidatas femeninas, que las candidaturas serán objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta todos los criterios relativos a la persona de los candidatos de ambos sexos e ignore la preferencia concedida a las candidatas femeninas cuando uno o varios criterios hagan que la balanza se incline a favor del candidato masculino,

y que

— tales criterios no sean discriminatorios en perjuicio de las candidatas femeninas".

En este sentido la sentencia del TJUE, del 06 de julio de 2000, *asunto C-407/98* contestó a las cuestiones prejudiciales planteadas en sus pronunciamientos 1,3, 4 que:

*"1) El artículo 2, apartados 1 y 4, 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, y el artículo 141 CE, apartado 4, se oponen a una normativa nacional según la cual un candidato a un empleo en la función pública perteneciente al sexo infrarrepresentado, con capacitación suficiente para dicho empleo, debe ser seleccionado con preferencia a un candidato del sexo opuesto que, en caso contrario, habría sido designado, cuando esta medida fuere necesaria para seleccionar al candidato del sexo infrarrepresentado y cuando la diferencia entre los respectivos méritos de los candidatos no sea tan considerable como para vulnerar la exigencia de objetividad en la provisión de los puestos".*

*3) El artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva 76/207 no se opone a una práctica jurisprudencial nacional, según la cual a un candidato perteneciente al sexo infrarrepresentado puede concedérsele la preferencia frente a un competidor del sexo opuesto, siempre que los candidatos posean méritos equivalentes o sensiblemente equivalentes y cuando las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta las situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos.*

*4) La apreciación de la conformidad de las normas nacionales que establecen una discriminación positiva para el acceso al empleo en la enseñanza superior no puede depender del nivel del puesto que se deba proveer".*

La STJUE del 19 de marzo de 2002 (Asunto C-476/99) recordó en su consideración 39 que una medida de acción positiva para eliminar las causas de que las mujeres tengan menos oportunidades de acceder a un empleo y de desarrollar una carrera

profesional por tratarse de una *"excepción a un derecho fundamental, como el de igualdad de trato entre hombres y mujeres consagrado por la Directiva, es necesario respetar el principio de proporcionalidad que exige que las excepciones no sobrepasen los límites de lo adecuado y necesario para conseguir el objetivo propuesto y exige conciliar, en la medida de lo posible, el principio de igualdad de trato con las exigencias del objetivo perseguido de este modo (sentencias, antes citadas, Johnston, apartado 38; Sirdar, apartado 26, y Kreil, apartado 23)."*

**SEXTO.-** La disposición transitoria séptima de la ley 17/2017, antes de su modificación por el decreto ley 10/2020, incurre en un claro automatismo proscrito por la normativa europea al establecer una reserva del 30% de las plazas para mujeres sin contener cláusula de apertura alguna que permita ignorar la preferencia cuando uno o varios criterios de valoración de los méritos inclinen la balanza a favor del candidato masculino.

Lo anterior hace que tras la aplicación de la preferencia se impida "una apreciación objetiva que tenga en cuenta las situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos", como exige la jurisprudencia europea. El carácter absoluto de la preferencia en cuanto al 30% de las plazas excluye el juego del principio de proporcionalidad, de modo que la norma no permite conciliar el principio de igualdad de trato con el objetivo perseguido de facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales, tal y como establece el artículo 157 del tratado de funcionamiento, en relación con el artículo 3 de la directiva 2006/54, de 5 de julio.

Como se ha señalado a la hora de establecer los hechos relevantes para la resolución se da en el presente supuesto un sacrificio desproporcionado del principio de igualdad de trato en términos de derecho europeo en relación con el objetivo perseguido de facilitar el acceso al sexo infrarrepresentado, puesto que el recurrente don ██████████ obtuvo 78,45 puntos y doña ██████████ 61,5 puntos, existiendo un diferencial de 16,75, superior al 15%.

Lo mismo ocurriría desde la perspectiva del derecho interno en la medida que la norma viene a desconocer en la práctica las exigencias del principio de proporcionalidad y puede suponer la preterición de candidatos con mayores méritos vulnerando los principios constitucionales de mérito y capacidad (art. 103.3 CE), situación proscrita constitucionalmente tal y como establece el auto del pleno del TC 119/2018, de 13 de noviembre.

Esta doble vulneración del derecho europeo y de la norma fundamental debe ser resuelta desde la doctrina llamada del "acte clair" o acto claro elaborada por el Tribunal de Justicia UE (TJCE Asunto C-28/81 p.16) a la luz del Artículo 234, tercer párrafo, del tratado constitutivo (art. 267 del Tratado de Funcionamiento) que lleva a apreciar que el juez nacional no está obligado a plantear la cuestión o cuando resulta evidente que el Tribunal ya ha abordado y decidido las cuestiones de derecho que se alegan, incluso cuando el asunto no es idéntico, "acto aclarado",

(TJCE Asunto C-283/81, CILFIT).

El Tribunal de Justicia estableció en la sentencia de 27 de marzo de 1963 (caso Da Costa y otros (asuntos acumulados 28/62 a 30/62) la doctrina del acto aclarado, según la cual la obligación de los jueces nacionales de plantear la cuestión prejudicial, adquiriría a pesar de la literalidad del artículo 177 TCE carácter facultativo en aquellos casos en que "la cuestión planteada es materialmente idéntica a una que ya fue objeto de una decisión con carácter prejudicial en un asunto análogo".

La sentencia de 6 de octubre de 1982, asunto CILFIT (C-283/81), estableció que el planteamiento de la cuestión prejudicial no resulta necesario en tres supuestos: 1) en los que no sea pertinente, esto es que no guarde una relación imprescindible para la resolución del asunto. 2) cuando el significado y alcance del acto comunitario sea claro. 3) cuando haya sido aclarado en decisiones previas. Estas tres circunstancias constituirían las excepciones "al imperativo de remisión."

Esto es precisamente lo que ocurre en el presente supuesto en el que la posibilidad de establecer medidas de acción positiva para la corrección de las situaciones de infra representación, con amparo en el artículo 157 del tratado de funcionamiento, en relación primero con la directiva 76/207/ CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, y después en el artículo 14.2 de la directiva 2006/54, de 5 de julio, ha sido aclarado en el sentido anteriormente expuesto por las sentencias del tribunal de justicia citadas.

La consecuencia de la vulneración del derecho europeo a la hora de resolver las cuestiones planteadas conduce al llamado "efecto del desplazamiento", según el cual la norma nacional afectada resulta inaplicable por pérdida de su eficacia.

La STC 232/2015 concluyó que no cabe apreciar vulneración del artículo 24 CE cuando el órgano jurisdiccional resuelve, como es el caso, sobre la base de un acto comunitario claro o aclarado y que el desconocimiento de la norma europea ya interpretada por el tribunal de justicia por el contrario "puede suponer una "selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso", lo cual conlleva una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 145/2012 , de 2 de julio, FFJJ 5 y 6). (Fundamento jurídico 5).

Con anterioridad la STC 78/2010, de 20 de octubre, había establecido que para la que el planteamiento de la cuestión prejudicial solamente resulta "preciso" cuando así lo exija el propio derecho comunitario y la apreciación de esta circunstancia corresponde a la jurisdicción ordinaria.

Una vez constatado el desplazamiento de la norma fuera de los parámetros del enjuiciamiento por ser disconforme con el derecho de la unión, carece de sentido el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, teniendo en cuenta la dilación que puede suponer para las partes del procedimiento el planteamiento ulterior de la cuestión prejudicial constitucional ya que a tenor de los artículos 163 CE y 35 LOTC

debe efectuarse una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, dando lugar a la suspensión provisional de las actuaciones en el proceso principal hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre su admisión o bien una vez admitida que se mantenga la suspensión hasta que el Tribunal Constitucional resuelva definitivamente.

En este sentido La STJUE de 22 de junio de 2010 (asunto Melki, C 188/10 y C 189/10) contesta a la cuestión prejudicial planteada en aquel procedimiento que "El artículo 267 TFUE se opone a una normativa de un Estado miembro que establece un procedimiento incidental de control de constitucionalidad de las leyes nacionales, en la medida en que el carácter prioritario de ese procedimiento tenga como efecto impedir, tanto antes de la remisión de una cuestión de constitucionalidad al órgano jurisdiccional nacional competente para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes como, en su caso, después de la resolución del citado órgano sobre dicha cuestión, que todos los demás órganos jurisdiccionales nacionales ejerzan su facultad o cumplan su obligación de plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia. En cambio, el artículo 267 TFUE no se opone a dicha legislación nacional, siempre que los demás órganos jurisdiccionales nacionales sigan estando facultados: 1) Para plantear al Tribunal de Justicia toda cuestión prejudicial que consideren necesaria, en cualquier momento del procedimiento que estimen apropiado, e incluso una vez finalizado el procedimiento incidental de control de constitucionalidad; 2) para adoptar toda medida necesaria para asegurar la tutela judicial provisional de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión; 3) para dejar inaplicada, una vez finalizado ese procedimiento incidental, la disposición legislativa nacional controvertida si la consideran contraria al Derecho de la Unión".

No cabe concluir otra cosa que de este modo la norma interna dejará de ser aplicable al caso y por tanto no resulta necesario el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, lo que se ve ratificado en el presente caso en la medida en que la norma cuya disconformidad al derecho europeo se aprecia, ha sido derogada por el decreto ley 10/2020, de 24 de julio.

**SÉPTIMO.-** Por último, procede abordar la alegación de la parte codemandada en el sentido de que su posición jurídica es la de un tercero de buena fe y que existen razones de equidad que ampararían su posición jurídica. En sus conclusiones la recurrente manifestó que no se oponía a tal argumentación, mientras que el ayuntamiento demandado no efectuó alegación alguna al respecto.

Ciertamente la recurrente tendría la condición de tercero de buena fe puesto que actuó en la confianza legítima de que la actuación administrativa resultaba conforme a derecho ya que existía una norma con rango de ley que traducía la voluntad del legislador de conceder una preferencia incondicionada respecto del 30% de las vacantes convocadas a las candidatas de estos procesos selectivos en los casos en que existiera una infra representación de la mujer en el cuerpo de la policía local,

cuestión que no ha sido discutida.

Desde esta perspectiva la recurrente participó en el proceso según lo que había sido determinado por la ley y atendiendo a lo acordado por la administración en las bases de la convocatoria.

Sin embargo, nos encontramos con que la codemandada se ha limitado a invocar la buena fe y la equidad, sin aportar ningún elemento de juicio que permita establecer si la recurrente tomó posesión de la plaza cuestionada, conteniéndose en el expediente administrativo tan sólo la resolución de la alcaldía de fecha 4 de marzo de 2020 que resolvía el proceso selectivo y la notificación de las mismas a los interesados y a los Ayuntamientos de procedencia, desconociéndose si se ha producido una efectiva toma de posesión en el puesto de trabajo.

La segunda cuestión es que a diferencia de los supuestos contemplados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS, de la sala tercera del Tribunal Supremo número 1272/2020, del 08 de octubre, STS número 361/2019 del 18 de marzo, recaída en el recurso 499/2016 o la STS núm. 243/2018 del 19 de febrero de 2018) no han transcurridos los periodos de tiempo tan largos que han fundamentado la decisión de la sala tercera y sin que se haya establecido la existencia de vacantes en la categoría de agente en la localidad que permitieran la permanencia de la codemandada en una plaza de la categoría que ocupa como consecuencia del proceso selectivo.

Por lo que procede la estimación del presente recurso, declarando la nulidad de los actos recurridos en cuanto a la reserva de una plaza de agente del turno de movilidad en favor del sexo infrarepresentado, nombrando al actor funcionario de carrera del ayuntamiento de Alaquás con todos los efectos económicos y administrativos a la fecha del nombramiento de la señora [REDACTED].

El presente recurso se ha interpuesto bajo la vigencia de la redacción del artículo 139 de la LJCA dada por la ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas agilización procesal que en su apartado primero prescribe la imposición de costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, sin que se aprecie la existencia de serias dudas de hecho o de derecho, por lo que procede la expresa imposición de costas, si bien al amparo del apartado 3 del precepto se limitan a una cuantía máxima de 375 €, sin inclusión del IVA. Condena que se limita al ayuntamiento demandado en virtud de lo razonado sobre la posición de la codemandada en el fundamento de derecho séptimo de la presente sentencia.

## **F A L L O**

**DEBO ESTIMAR** el recurso contencioso administrativo interpuesto por D. [REDACTED] [REDACTED] contra los actos enumerados en el fundamento de

derecho primero de la presente sentencia, declarando la nulidad de los mismos en cuanto a la reserva de una plaza de agente del turno de movilidad en favor del sexo infrarepresentado, nombrando al actor funcionario de carrera del ayuntamiento de Alaquás, con todos los efectos económicos y administrativos a la fecha del nombramiento de la señora [REDACTED]; con condena en costas al ayuntamiento demandado.

Contra esta Sentencia cabe recurso de apelación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 81.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Así por esta mi sentencia, de la que se unirá certificación a los autos originales, definitivamente juzgando en primera instancia, la pronuncio, mando y firmo.

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día ha sido leída y publicada en audiencia pública la anterior sentencia por el/la Ilmo./a. Magistrado/a-Juez. Doy fe.



Conforme a lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, para **RECURRIR** una resolución será necesario constituir **DEPÓSITO** por importe de **25 €** (si se recurre en reposición una resolución judicial que no pone fin al proceso o en revisión una resolución del Letrado de la Administración de Justicia) **o** por importe de **50 €** (si se recurre en **apelación** o revisión de sentencia firme) **o** por importe de **30 €** (si se recurre en queja). **Al interponerse** el recurso deberá acreditarse haberse consignado la cantidad objeto de depósito en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta a nombre de este Juzgado en BANCO SANTANDER. En ningún caso se admitirá una consignación por importe diferente al indicado. El depósito le será devuelto sólo en el caso de que el recurso sea estimado, total o parcialmente.

En el caso de que deba realizar otros pagos en la misma cuenta, deberá verificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase.

Están exentos de constituir el depósito para recurrir quienes tengan reconocido el derecho a litigar gratuitamente, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos.

**A)** Si se hace el ingreso en caja

Los **16 dígitos** que componen la cuenta-expediente en la que tiene que efectuar el ingreso son los siguientes:

F	F	F	F	G	G	G	G	H	H	M	M	M	M	N	N
4	4	0	5	0	0	0	0	2	2	0	*	*	*	*	*
1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	1

a) El **CONCEPTO** por el que hace el ingreso: se indicará el **código y nombre del recurso (ejemplo: 20 CONTENCIOSO-SÚPLICA)**. A continuación se indicará la fecha de la resolución recurrida con el formato **DD/MM/AAAA**.

b) **H H**: TIPO DE RECURSO: REPOSICIÓN CONTRA RESOLUCIÓN JUDICIAL: 20

REVISIÓN: 21

APELACIÓN: 22

QUEJA: 23

REVISIÓN SENTENCIA FIRME: 25

c) **M M M M**: NÚMERO DEL PROCEDIMIENTO, completando con ceros a la izquierda

d) **NN**: AÑO DEL PROCEDIMIENTO

**B)** Si se hace el ingreso por transferencia:

1. Emitir la transferencia a la cuenta bancaria de **20 dígitos** (CCC) siguiente:

Clave entidad	Clave sucursal	D.C.	Número de cuenta
0 0 4 9	3 5 6 9	9 2	0 0 0 5 0 0 1 2 7 4

I.B.A.N.: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274

2. En el campo **BENEFICIARIO**, se identificará al Juzgado que ordena el ingreso.

3. En el campo "**OBSERVACIONES O CONCEPTO DE LA TRANSFERENCIA**", se consignarán los **16 dígitos** del apartado A), seguidos de **ESPACIO, código y nombre del recurso** (ejemplo: **4405000020056209 20 CONTENCIOSO-SÚPLICA**). A continuación se indicará la fecha de la resolución recurrida con el formato **DD/MM/AAAA**.

**MUY IMPORTANTE:** Estos 16 dígitos correspondientes al Procedimiento tienen que consignarse en un solo bloque. Es importante que este bloque de 16 dígitos este separado de lo que se ponga en el resto del campo por espacios.

**Si no se consignan estos dieciséis dígitos o se escriben erróneamente, la transferencia será repelida por imposibilidad de identificación del expediente judicial y será devuelta a origen.**

Banco Santander tiene habilitada la línea telefónica **902 24 24 24** para **dudas, consultas, incidencias o reclamaciones** de ciudadanos y profesionales de la justicia relacionadas con los ingresos en las cuentas de depósitos y consignaciones judiciales.