



Roj: **STS 1758/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:1758**

Id Cendoj: **28079130042018100215**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **22/05/2018**

Nº de Recurso: **3805/2015**

Nº de Resolución: **837/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JORGE RODRIGUEZ-ZAPATA PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección Cuarta**

#### **Sentencia núm. 837/2018**

Fecha de sentencia: 22/05/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3805/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 08/05/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Jorge Rodriguez-Zapata Perez

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCIÓN 5

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

Transcrito por:

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 3805/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Jorge Rodriguez-Zapata Perez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección Cuarta**

#### **Sentencia núm. 837/2018**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jorge Rodriguez-Zapata Perez, presidente

D. Segundo Menendez Perez

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D<sup>a</sup>. Maria del Pilar Teso Gamella



D. Antonio Jesus Fonseca-Herrero Raimundo

D. Jose Luis Requero Ibañez

D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 22 de mayo de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación número 3805/2015, interpuesto por el Abogado del Estado, en representación y defensa de la Administración del Estado, contra la sentencia de 30 de septiembre de 2015, de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

Es parte recurrida la Asociación Unificada de Guardias Civiles, representada por el Procurador de los Tribunales don Domingo José Collado Molinero, bajo la dirección del Abogado don Mariano Casado Sierra.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jorge Rodriguez-Zapata Perez.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- La Orden INT/77/2014, de 22 de enero, del Ministro del Interior (BOE nº 26 de 30 de enero siguiente) regula el uso general del uniforme del Cuerpo de la Guardia Civil. La Asociación Unificada de Guardia Civiles interpuso contra ella recurso contencioso-administrativo, por escrito registrado ante la Audiencia Nacional el 26 de febrero de 2014. Pidió que se declarase la nulidad de la Orden por omisión del dictamen del Consejo de Estado, porque incide en competencias del Ministerio de Defensa y afecta al personal de las Fuerzas Armadas, por lo que debió ser dictada conjuntamente por los Ministerios de Interior y Defensa o por el Ministerio de la Presidencia y subsidiariamente la nulidad de su artículo 5 porque afecta a la uniformidad del personal retirado, vulnerando la Ley 42/1999, de 25 de noviembre, de Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil y, en concreto, su artículo 87.2, que reconoce el derecho de los retirados a usar el uniforme en actos institucionales y sociales solemnes, sin ninguna limitación.

**SEGUNDO.**- La Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia estimatoria del recurso interpuesto en sentencia de 30 de septiembre de 2015 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«ESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la Asociación Unificada de Guardias Civiles contra la Orden INT/77/2014, de 22 de enero, del Ministro del Interior, por la que se regula el uso general del uniforme del Cuerpo de la Guardia Civil, Orden que se declara NULA, por no ser conforme con el ordenamiento jurídico. Con expresa imposición de costas a la Administración demandada».

La sentencia impugnada limita su razonamiento a acoger la causa de impugnación basada en la inexistencia de dictamen del Consejo de Estado, en los siguientes términos:

«[...]Se reprocha en la demanda que no se haya recabado dictamen del Consejo de Estado, cuya Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, contiene una relación exhaustiva de los asuntos en los que debe de ser consultado, tanto actuando en Pleno (artículo 21), como su Comisión Permanente ( artículo 22). En concreto, se impone la obligación de consulta a la Comisión Permanente respecto de los "Reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las Leyes, así como sus modificaciones" (número 3 .º del artículo 22), entendiendo la actora que se ha realizado un desarrollo de la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre , reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil, y de la Ley 42/1999, citada, lo que niega la Abogada del Estado.

Cabe resaltar que la Ley Orgánica 11/2007 atribuye a "los miembros de la Guardia Civil", "el derecho y el deber de utilizar el uniforme reglamentario [...] de acuerdo con las normas que regulen dichos usos, en el ejercicio de sus funciones" (artículo 25 ); es decir, reconoce un derecho/deber condicionado a la regulación del uso que hagan otras normas, lo que supone expresamente una previsión de desarrollo que delimitará tal facultad/ obligación, como así ha ocurrido.

También hay que tener en cuenta que la Ley 42/1999 contiene algunas previsiones específicas sobre el uso del informe, lo que enlaza con la impugnación del artículo 5 de la Orden que también se hace en la demanda.

En efecto, el artículo 87 de la Ley 42/1999 se ocupa del "pase a retiro" , señalando los supuestos en que tiene lugar (apartado 1) y las consecuencias, pues, entre otras, "Los guardias civiles retirados [...] podrán usar el uniforme en actos institucionales y sociales solemnes [...]" (apartado 2, primer párrafo), añadiéndose que: "En los supuestos en que un guardia civil retirado esté incurso en alguna de las causas contenidas en las letras b) -pérdida de la nacionalidad española-, c) -pena principal o accesoria de pérdida de empleo, de inhabilitación



absoluta o de inhabilitación especial para empleo o cargo público- y d) -sanción disciplinaria de separación del servicio- del apartado 1 del artículo siguiente, sólo mantendrá el derecho a su permanencia en el Régimen Especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas en las condiciones establecidas en la normativa del mismo y los derechos pasivos que le correspondan" (apartado 2, segundo párrafo).

El artículo 5 de la Orden recurrida se refiere a la "Utilización del uniforme por el personal que haya cesado en la relación de servicios profesionales", y es del siguiente tenor literal: "El personal que haya cesado en la relación de servicios profesionales por pase a retiro, sólo podrá vestir el uniforme que corresponda, previa la solicitud y autorización oportuna, en actos institucionales solemnes, siempre que no esté ejerciendo cargos electos en órganos de representación pública y salvo los supuestos en que legalmente se prohíba. El que haya cesado en la relación de servicios profesionales por pérdida o renuncia de la condición de guardia civil no podrá utilizar el uniforme en ningún caso".

Confrontado el precepto de la Ley con el de la Orden resulta claro, a juicio de la Sección, el desarrollo que esta última hace de la primera, por cuanto que, asumiendo sus presupuestos, introduce modulaciones y matizaciones, lo que revela, sin entrar en la conformidad a Derecho de tales precisiones, aquél desarrollo, en concreto, instaurando un régimen de control previo que, se insiste, sin entrar a verificar su conformidad con el ordenamiento jurídico, no se recoge en la Ley que, precisamente, reconoce el derecho al uso del uniforme por el personal retirado, por más que el control previo no se limita al personal que haya cesado en la relación de servicios profesionales, sino, en algunas ocasiones, al que se encuentre en situación de actividad (artículo 3.4, a cuyo tenor, "la utilización del uniforme en las situaciones no contempladas en los apartados anteriores requerirá la previa solicitud y la autorización correspondiente [...]") o en situación de suspenso de empleo (artículo 4, que "sólo podrá vestir el uniforme correspondiente previa solicitud y concesión de autorización preceptiva").

Por tanto, la Orden va más allá de ser un mero reglamento interno u organizativo, mereciendo la calificación de ejecutivo y, por consiguiente, necesitado en su elaboración del previo dictamen del Consejo de Estado, a lo que no obsta que, por Orden General anterior no impugnada, existiera una regulación anterior, pues la omisión de la intervención del más alto Órgano consultivo del Estado supone un motivo de nulidad de pleno derecho, al tener tal trámite carácter esencial, sin que la inobservancia quede sanada por otra que, en parecidos términos, pudo producirse en la norma reglamentaria precedente. [...]».

**TERCERO.-** Notificada la anterior sentencia la Abogada del Estado anunció recurso de casación, que la Sala de instancia tuvo por preparado por diligencia de ordenación de 13 de noviembre de 2015, acordando el emplazamiento de las partes y la remisión de las actuaciones a esta superioridad.

**CUARTO.-** Recibidas las actuaciones el Abogado del Estado presentó el 22 de enero de 2016 escrito de interposición del recurso de casación, que articula en un único motivo, fomulado al amparo del artículo 88.1 d) de la LJCA. Considera infringidos los artículos 21 y 22 de la Ley orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado en cuanto dichos preceptos solo exigen el dictamen del Consejo de Estado en el caso de reglamentos ejecutivos y el que se anula por la sentencia es independiente por establecer normas internas u organizativas propias de la estructura administrativa o de régimen de sujeción especial. Invoca las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2003, 21 de abril de 2009 (rec. 167/2007) y 31 de mayo de 2011 (rec. 5345/2009), insistiendo en que la Orden desarrolla un ámbito de sujeción especial en un aspecto meramente interno y organizativo y el artículo 5 de la Orden no supone una innovación sustancial del ordenamiento jurídico.

Termina suplicando a la Sala que dicte resolución:

«[...] por la que, estimando el recurso de casación, revoque la sentencia recurrida y declare la desestimación del recurso con la imposición de las costas de la instancia a la Asociación recurrente».

**QUINTO.-** Comparecida la Asociación unificada de Guardias Civiles recurrida, por providencia de 25 de febrero de 2016 se admitió el recurso de casación y se remitieron las actuaciones a la Sección Séptima conforme a las reglas de reparto de asuntos.

**SEXTO.-** Concedido el oportuno traslado, el Procurador don Domingo José Collado Molinero, en nombre y representación de la Asociación Unificada de Guardias Civiles presentó el 28 de abril de 2016 escrito de oposición al recurso de casación, en el que tras alegar cuanto estimó oportuno suplicó a la Sala que:

«[...] dicte sentencia por la que se declare la desestimación del recurso con imposición de las costas a la Administración recurrente».

**SÉPTIMO.-** Debido a la reestructuración de la Sala, como consecuencia de la entrada en vigor del nuevo régimen del recurso de casación y, en aplicación de las nuevas normas de reparto vigentes a partir del día 22



de julio de 2016, aprobadas por acuerdo de la Sala de Gobierno de 14 de junio anterior (BOE núm. 163, de 7 de julio de 2016), se remitieron las actuaciones a esta Sección Cuarta por providencia de 13 de julio de 2016.

**OCTAVO.-** Concluidas las actuaciones, por providencia de 16 de febrero de 2018 se señaló para la votación y fallo del recurso la audiencia del día 8 de mayo de 2018, en cuya fecha tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El único motivo de casación se formula [ *ex artículo 88.1 d*) de la LJCA ] por infracción de los artículos 21 y 22 de la Ley orgánica 3/1980, de 22 de abril del Consejo de Estado, (en adelante LOCE) en cuanto que estos preceptos solo exigen dictamen preceptivo del Alto Cuerpo consultivo en el caso de los reglamentos ejecutivos y se sostiene que el que es anulado por la sentencia sería independiente y no ejecutivo.

Invoca también la jurisprudencia que ha interpretado estos preceptos, considerando independientes los que establecen normas internas u organizativas propias de la estructura administrativa o de régimen de sumisión especial (así la STS de 21 de abril de 2009, en recurso 167/2007). Se extiende la Administración en explicar lo que razona la sentencia, protestando que el reglamento tiene un carácter puramente organizativo y cree que no es bastante la simple conexión con una Ley para que sea necesario el dictamen. Añade en sus citas las sentencias de 12 de noviembre de 2003, 21 de abril de 2009 y la de 31 de mayo de 2011.

**SEGUNDO.-** El primer precepto legal que invoca el Abogado del Estado -artículo 21 LOCE- no tiene relieve en esta impugnación. El Consejo de Estado en Pleno no debe ser consultado en forma preceptiva en los casos que se contemplan. Sí puede traerse a colación el artículo 22.3 de la misma Ley orgánica, aunque matizando que su infracción se produciría por aplicación indebida.

A efectos de la consulta preceptiva al Consejo de Estado, que exige en el artículo 22.3 de la LOCE, y recuerda el artículo 24.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, la doctrina de esta Sala precisa que son «reglamentos ejecutivos» los que la doctrina tradicional denominaba «Reglamentos de ley», entendiéndolos como aquéllos que no eran obra espontánea de la autoridad ejecutiva administrativa.

Considera la Sala que son reglamentos ejecutivos los que están directa, inmediata y concretamente ligados a una Ley, a un artículo o artículos de una Ley, o a un conjunto de Leyes, de manera que dicha Ley (o Leyes) sea completada, desarrollada, pormenorizada, aplicada, cumplimentada o ejecutada por el Reglamento.

Se caracterizan, en primer lugar, por dictarse como ejecución o consecuencia de una norma de rango legal que, sin abandonar el terreno a una norma inferior, mediante la técnica deslegalizadora, lo acota al sentar los criterios, principios o elementos esenciales de la regulación pormenorizada que posteriormente ha de establecer el Reglamento en colaboración con la Ley.

Es también necesario, en segundo lugar, que el Reglamento que se expida en ejecución de una norma legal innove, en su desarrollo, el ordenamiento jurídico sin que, en consecuencia, deban ser considerados ejecutivos, a efectos del referido artículo 22.3 LOCE, los Reglamentos *secundum legem* o meramente interpretativos, entendiéndose por tales los que se limitan a aclarar la Ley según su tenor literal, sin innovar lo que la misma o los que no hacen una innovación trascendente del ordenamiento jurídico (así, sentencia de 12 de noviembre de 2003 (Rec. 12/2002)). No precisan de informe preceptivo del Consejo de Estado los Reglamentos que se limitan a seguir o desarrollar en forma inmediata otros Reglamentos y los Reglamentos independientes que - *extra legem* - establecen normas organizativas en el ámbito interno o doméstico de la propia Administración (Por todas, sentencia de esta Sala y Sección de 15 de julio de 1996; Rec. 606/1991).

**TERCERO.-** La intervención del Consejo de Estado es tradicional en nuestro Derecho desde principios del siglo XIX y se consagra ya con claridad en el artículo 45.1 de la Ley orgánica del Consejo de Estado de 1860.

Tras la Constitución de 1978 sirve, en los casos de Reglamentos ejecutivos, o *praeter legem*, a los principios de legalidad y de jerarquía normativa que consagra su artículo 9.3 y recuerda el artículo 21, en sus apartados 2 y 3, de la ya citada Ley 50/1997 del Gobierno. En la actualidad hay que traer a colación el artículo 128.3 de la Ley 39/2015 (LPACAP). Y todo ello en cuanto la potestad reglamentaria se sujeta a los principios, directrices o criterios que marca la Ley a desarrollar, y no se ejerce sólo según el buen criterio o la libre interpretación del Gobierno. La función consultiva que ejerce el Consejo de Estado es idónea para coadyuvar a los principios citados, porque se centra en velar por la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico (artículo 2.1 LOCE) lo que explica el carácter esencial que institucionalmente tiene para nuestra doctrina el dictamen previo de este órgano, como protección del principio de legalidad y garantía de la sumisión del reglamento a la Ley Y es que, aunque sin duda puede el Consejo de Estado entrar a valorar en su función aspectos de oportunidad y conveniencia, sólo lo hará en los casos en que la índole del asunto lo exija o la autoridad que consulta lo pida en forma expresa (artículo 2.1 LOCE, ya citado).



**CUARTO.-** No nos ofrece duda que la Orden Ministerial impugnada es un Reglamento ejecutivo que se dicta en ejecución de una Ley, cuya regulación viene a desarrollar y completar. Así lo consideró ya el informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior (folios 152 a 154 del tomo I del expediente), que señaló la procedencia de dictamen del Consejo de Estado al dictarse el reglamento en desarrollo (tal y como precisa el preámbulo de la propia norma del artículo 25 de la Ley orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil, así como de la Ley 42/1999, de 25 de noviembre, de Régimen de Persona del Cuerpo de la Guardia Civil) recomendando que apareciese en la fórmula que denominó promulgatoria la aprobación a propuesta de los Ministros de Interior y Defensa y la referencia al informe del Consejo de Estado, de conformidad con lo señalado en el artículo 2.2 *in fine* de la LOCE.

La sentencia recurrida en casación también acierta al señalar en forma razonada que la Orden desarrolla o pormenoriza el primero y el segundo de los preceptos legales citados, lo que compartimos. El motivo alude a la existencia de relaciones de supremacía especial pero, aunque es evidente que así ocurre, el razonamiento no es convincente. Además de que una jurisprudencia constitucional constante (por todas STC 81/2009, de 21 de marzo FJ 5) precisa que esas relaciones de supremacía especial no son ya un ámbito en el que la Administración pueda dictar normas sin habilitación legal previa -lo que a la vista del expediente se ha cuestionado respecto de algunos derechos y deberes relacionados con la obligatoriedad del uniforme que establece la norma- esa categoría no tiene relieve para la exigencia de dictamen del Consejo de Estado que nos ocupa. Si las normas de la Orden se quedasen en el ámbito doméstico o de pura organización interna y además regulasen sólo ese tipo de situaciones de supremacía especial, estarían eximidas de dictamen por la primera de las circunstancias y no por la segunda, porque la distinción se ciñe a diferenciar los reglamentos ejecutivos de ley y los independientes.

Al deberse desestimar el motivo, y confirmar la nulidad de la norma por falta del informe preceptivo y previo que se estudia, es improcedente examinar cuestiones de fondo, que, desde luego, no prejuzgamos en absoluto. Para corroborar que estamos ante un reglamento ejecutivo basta atender al artículo 25 de la Ley orgánica 11/2007, de 22 de octubre, para apreciar que el mismo llama a su desarrollo y pormenorización por normas inferiores y que ese mismo desarrollo afecta a algunos derechos, como se desprende del voto particular emitido en la reunión del Consejo de la Guardia Civil de 18 de julio de 2012, o por la sumisión a autorización previa y escrita del uso del uniforme en casos como los que contempla el artículo 87.2 de la Ley 42/1999, de 25 de noviembre.

Ninguna de las tres sentencias que invoca el Abogado del Estado sirve de apoyo a su impugnación. La sentencia de 21 de abril de 2009 (rec. 167/2007) declaró nulo un reglamento ejecutivo por omisión del dictamen del Consejo de Estado acogiendo una doctrina acorde a la que acabamos de expresar. La sentencia de esta Sección de 31 de mayo de 2011 (rec. 5345/2009) tampoco desvirtúa la doctrina expuesta sobre los reglamentos ejecutivos y no tiene relieve porque en esta sentencia nos referimos a la ejecución reglamentaria de una Ley en el seno de un ordenamiento homogéneo; no estamos ahora ante un reglamento autonómico limitado por normativa básica del Estado, como examina la sentencia de 31 de mayo de 2011. En parecido sentido la propia LOCE regula en forma específica la consulta al Consejo de Estado, en Pleno o en Comisión Permanente, respecto de la ejecución del Derecho de la Unión Europea (art. 21. 2 y 22.2 de la LOCE). Finalmente la sentencia de 12 de noviembre de 2003 (rec. 12/2002), última de las invocadas en el motivo, ha sido acogida y citada en apoyo de la desestimación de la casación que vamos a acordar.

**QUINTO.-** En consecuencia, procede declarar que no ha lugar al recurso de casación lo que conlleva la imposición de las costas a tenor de lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA, en la versión aquí aplicable, a la parte recurrente.

La Sala haciendo uso de la posibilidad de limitar la cuantía máxima de la condena a las mismas a la Administración recurrente, y siguiendo el criterio utilizado para asuntos semejantes fija en 3.000 euros la cantidad máxima a reclamar, por todos los conceptos, salvo el IVA.

## FALLO

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

1º) Desestimar el recurso de casación número 3805/2015, interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de 30 de septiembre de 2015 de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

2º) Imponer las costas a la parte recurrente en los términos del último fundamento jurídico de esta resolución.

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



Así se acuerda y firma.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior Sentencia, por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública, la Sala Tercera del Tribunal Supremo, lo que como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.-

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ