

REC.ORDINARIO(c/d) núm.: 618/2017

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

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

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Cuarta
Sentencia núm. 350/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Luis María Díez-Picazo Giménez, presidente

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D^a. Celsa Pico Lorenzo

D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

D. José Luis Requero Ibáñez

En Madrid, a 15 de marzo de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso administrativo nº 618/2017 interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Domingo José Collado Molinero, en nombre y representación de la Asociación Unificada de Guardias Civiles, contra el Real Decreto 848/2017, de 22 de septiembre, por el que se aprueba el reglamento de destinos del personal de la Guardia Civil.

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 interpuso contra el Real Decreto 848/2017, de 22 de septiembre, por el que se aprueba el reglamento de destinos del personal de la Guardia Civil.

SEGUNDO.- Recibido el expediente administrativo, y con entrega del mismo a la parte recurrente, se confirió trámite para la formulación del correspondiente escrito de demanda.

En el escrito de demanda se solicita que se dicte sentencia por la que « estimando el presente recurso contencioso-administrativo, declare:

- **La nulidad del Real Decreto 848/2.017, de 22 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de destinos del personal de la Guardia Civil.-**

- Alternativamente, declara la nulidad de los siguientes preceptos del Real Decreto 848/2.017, de 22 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de destinos del personal de la Guardia Civil:

- **Artículo 5, apartado 2 del Reglamento de destinos.-**

- **Artículo 5, apartado 3 del Reglamento de destinos.-**

- **Artículo 8, apartado 2 del Reglamento de destinos.-**

- **Artículos 34, 56 y el apartado h) del artículo 61.1, del Reglamento de destinos.-**

- **Artículo 67, apartado 2 del Reglamento de destinos.- »**

TERCERO.- Conferido traslado de la demanda a la Administración General del Estado, se presentó escrito de contestación en el que, tras las alegaciones oportunas, suplica que se desestime el recurso contencioso administrativo interpuesto, con condena en costas a la parte recurrente.

CUARTO.- Acordado el recibimiento a prueba del pleito, se practicaron las pruebas propuestas por el recurrente y admitidas por la Sala, con el resultado que obra en las actuaciones.

QUINTO.- Se concedió a las partes plazo, por el orden establecido en la Ley jurisdiccional, para formular conclusiones. Trámite que evacuaron mediante la presentación de los correspondientes escritos.

SEXTO.- Se señaló para la deliberación y fallo del presente recurso el día 5 de marzo de 2019, en cuya fecha ha tenido lugar. Y el 7 de marzo siguiente se pasó a la firma la sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en este recurso el Real Decreto 848/2017, de 22 de septiembre, por el que se aprueba el reglamento de destinos del personal de la Guardia Civil.

En la demanda se denuncian los vicios formales y materiales que exponemos:

1º) Vicio formal: Se denuncia la omisión de trámites esenciales en la elaboración de la disposición reglamentaria, integrando ello el vicio de nulidad de pleno derecho previsto en el artículo 47.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Esta denuncia se hace tanto desde un punto de vista formal, de necesidad del informe de impacto en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, como material, de existencia de impacto y de su carácter relevante.

A juicio de la parte recurrente este vicio formal es consecuencia del incumplimiento de las previsiones establecidas en el artículo 26 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, en relación con:

a) la disposición adicional 5ª de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

b) el artículo 2.1 del Real Decreto 1885/2009, de 4 de diciembre, por el que se regula el Consejo Nacional de la Discapacidad.

c) el Real Decreto Ley 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

d) el Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo (antes el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo).

Desde el punto de vista material se afirma que la exigencia del informe de impacto está presente en el articulado de la norma reglamentaria, particularmente, en las previsiones de su Preámbulo y de sus artículos 47.1, 50.3.h), disposición transitoria segunda, y en la regulación de los artículos 34, 56 y 61.1,h).

Afirma que es ilustrativo de la inexistencia del informe de impacto en la norma reglamentaria el hecho de que el Gabinete Técnico de la Dirección General de la Guardia Civil -folio 1381 del expediente- solicitase la remisión de la memoria de análisis normativo actualizada “con los impactos en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad e impacto en la infancia y la familia, a la mayor brevedad posible”, obteniendo como respuesta -folio 1381- la remisión de un nuevo borrador donde se incluyen referencias expresas a tales impactos (nulo en igualdad de oportunidades y no discriminación por discapacidad). Además, que al folio 1384 está la Memoria de Análisis de Impacto Normativo que incluye un apartado de “OTROS IMPACTOS CONSIDERADOS” donde se dice lo siguiente “El proyecto no presenta impacto de carácter social y medioambiental, ni tiene impacto en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.”.

2º) Vicios sustantivos: Se denuncia que determinados preceptos del reglamento resultan contrarios a las previsiones de la Ley 29/2014, de 28 de noviembre, de Régimen del Personal de la Guardia Civil, que desarrolla, y de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que desarrolla. En concreto:

a) que el artículo 5.2 y 3 del Reglamento resulta contrario al artículo 27.1 y 2 de la Ley 29/2014.

b) que el artículo 8.2 es contrario al artículo 77.2 de la citada ley.

c) Que los artículos 34, 56 y 61.1.h) resultan contrarios al principio general de no discriminación en el régimen interno y en el funcionamiento de la Guardia Civil que se consagra en el artículo 3.1 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 que los artículos 78.1 y 100 de la Ley 29/2014, de 28 de noviembre, de Régimen del Personal de la Guardia Civil, que consagran el principio de no discriminación de las normas sobre destinos. También a los principios definidores de los derechos de las personas con discapacidad que consagra el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

SEGUNDO.- El examen de la demanda nos sitúa ante el control judicial del ejercicio de la potestad reglamentaria.

A tal efecto conviene señalar que tal actividad reglamentaria está subordinada a la Ley en sentido material (artículos 97 de la Constitución, 37 de la ley 39/2015 y 23 de la ley 50/97), en cuanto no podrán regularse reglamentariamente materias objeto de reserva de ley, material y formal, y ,sin perjuicio de la función de desarrollo o colaboración con respecto a la Ley, los reglamentos no pueden abordar determinadas materias, como las que indica el citado artículo 23 de la Ley 50/97, de 27 de noviembre, del Gobierno (tipificar delitos, faltas o infracciones administrativas, establecer penas o sanciones, así como tributos, cánones u otras cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público).

Desde el punto de vista formal el ejercicio de la potestad reglamentaria ha de sujetarse al procedimiento de elaboración legalmente establecido (artículos 24 y 25 Ley 50/97, con respeto al principio de jerarquía normativa y de inderogabilidad singular de los reglamentos, así como la publicidad necesaria para su efectividad (art. 9.3 de la Constitución), según establece el art. 37 de la Ley 39/2015.

Las delimitaciones sustantivas y formales de la potestad reglamentaria determinan el ámbito del control judicial de su ejercicio, atribuido a la Jurisdicción Contencioso Administrativa por el artículo 106 de la Constitución,

en relación con el art. 26 de la Ley 50/97 y el art. 1 de la Ley 29/98. Esta labor se plasma en el juicio de legalidad de la disposición general en atención a las referidas previsiones de la Constitución y el resto del ordenamiento, que incluye los principios generales del Derecho (interdicción de la arbitrariedad, proporcionalidad, ...), y que conforman las referidas exigencias sustantivas y formales a las que ha de sujetarse. Cumplidas éstas, queda a salvo y han respetarse la determinación del contenido y sentido de la norma, que corresponde al titular de la potestad reglamentaria que se ejercita y que no puede sustituirse por las valoraciones subjetivas de la parte o del propio Tribunal que controla la legalidad de la actuación, como resulta expresamente del artículo 71.2 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, precepto que, aun en el supuesto de anulación de un precepto de una disposición general, no permite determinar la forma en que ha de quedar redactado el mismo.

TERCERO.- Comenzando por el examen del vicio formal invocado en la demanda, referido al procedimiento legalmente establecido para la elaboración de disposiciones reglamentarias, lo que se alega es la omisión del informe de impacto en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, no constando el mismo en la Memoria de Análisis de Impacto Normativo, donde simplemente se dice que el Proyecto no tiene tal impacto, sin hacer añadir motivación alguna sobre ello.

Para el examen de este motivo del recurso conviene tener en cuenta que, según la jurisprudencia y como señala la sentencia de 13 de noviembre de 2000, la elaboración de las disposiciones generales «constituye un procedimiento especial, previsto por el artículo 105.1 y regulado con carácter general en el artículo 24 CE , y un límite formal al ejercicio de la potestad reglamentaria. Su observancia tiene, por tanto, un carácter "ad solemnitatem", de modo que, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala, la omisión del procedimiento o un defectuoso cumplimiento, que se traduzca en una inobservancia trascendente para el cumplimiento de la finalidad a que tiende su exigencia, arrastra la nulidad de la disposición que se dicte.». En tal sentido, cuando se alude a la trascendencia de la inobservancia denunciada, se está haciendo referencia a una interpretación funcional y teleológica de las garantías procedimentales establecidas para la elaboración de disposiciones

generales, que se justifican no por el puro formalismo de su realización sino por la finalidad a que responden, como señala la sentencia de 15 de diciembre de 1997.

También resulta procedente decir que la norma reglamentaria alude expresamente a personas con discapacidad, siendo éstas las que define o delimita el artículo 4 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social: “1. Son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás. 2. Además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.” Esta norma que ha derogado la anterior Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

La exigencia del trámite que se dice omitido no puede ponerse en cuestión. Efectivamente, el conjunto normativo citado en la demanda hace patente la necesidad de incorporar al procedimiento de elaboración de una disposición general el trámite de informe de impacto en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

Formalmente, esa necesidad deriva de que el artículo 26.3 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, incorpora al procedimiento de elaboración de reglamentos la necesidad de que “El centro directivo competente elaborará con carácter preceptivo una Memoria del Análisis de Impacto Normativo”, siendo el artículo 2.2 del Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo, que era la norma vigente al momento de la elaboración del Reglamento impugnado, el dispone que “La memoria del análisis de impacto normativo incluirá cualquier otro extremo que pudiera ser

relevante a criterio del órgano proponente, prestando especial atención a los impactos de carácter social y medioambiental y al impacto en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.". Finalmente, de manera totalmente precisa, la disposición adicional 5ª de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, establece que "Las memorias de análisis de impacto normativo, que deben acompañar a los anteproyectos de ley y a los proyectos de reglamento, incluirán el impacto de la norma en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, cuando dicho impacto sea relevante".

Materialmente, en razón a que el impacto de la norma sea relevante, la exigencia del trámite tampoco puede cuestionarse desde el momento en que los preceptos reglamentarios citados en la demanda tienen incidencia directa en los derechos profesionales de los miembros de la Guardia Civil afectados por aspectos referidos a la discapacidad. Así, el propio Preámbulo, después de hacer referencia a la trascendencia de la asignación y ocupación de los puestos de trabajo, viene a reconocer que "Cabe señalar que este nuevo marco legal recoge ciertas novedades respecto a determinadas ocupaciones temporales de puestos de trabajo, como las referidas a circunstancias excepcionales basadas en motivos de salud, discapacidad o rehabilitación, a través de las adscripciones temporales, o de comisiones de servicio, en su caso. Asimismo, se prevén circunstancias novedosas en torno a la solicitud y asignación de destinos". Y en ese aspecto, la norma reglamentaria regula:

(i) El artículo 5.3, un subcatálogo de puestos trabajo específicos que podrá ser ocupado únicamente por determinado personal declarado apto con limitaciones por insuficiencia de condiciones psicofísicas.

(ii) el artículo 47, la adscripción temporal a un puesto de trabajo por atención familiar con base en la concurrencia de circunstancias excepcionales de atención familiar, que estén basadas en motivos de salud, discapacidad o rehabilitación del propio guardia civil, su cónyuge, hijos u otros familiares hasta el segundo grado de consanguinidad;

(iii) el artículo 50.3.b), al desarrollar los derechos preferentes para ocupar vacantes de provisión por antigüedad o de concurso de mérito, contempla como una vicisitud de carácter personal la de "El guardia civil con hijos a cargo menores de doce años o con un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento tendrá derecho preferente con carácter absoluto para ocupar vacantes de provisión de

antigüedad, en unidades de la provincia de destino del cónyuge guardia civil, cuando sea distinta de la del solicitante.”;

(iv) la Disposición transitoria segunda, regula la situación del personal declarado apto con limitaciones por insuficiencia de condiciones psicofísicas con anterioridad a la entrada en vigor de la propia norma, disponiendo que “El personal que a la entrada en vigor de este real decreto estuviera declarado apto con limitaciones para ocupar determinados destinos por insuficiencia de condiciones psicofísicas, no se verá afectado por las previsiones contempladas en los artículos 34, 56 y el apartado h) del 61.1 del Reglamento que se aprueba con este real decreto, salvo que fuera objeto de una nueva declaración como consecuencia de la instrucción de un nuevo expediente de determinación de condiciones psicofísicas, iniciado con posterioridad a la entrada en vigor de este Reglamento.”;

(v) éstos preceptos a que alude la disposición transitoria segunda regulan la “Asignación de puestos de trabajo del subcatálogo específico para determinado personal declarado apto con limitaciones por insuficiencia de condiciones psicofísicas.” - artículo 34-, las “Restricciones para personal declarado apto con limitaciones por insuficiencia de condiciones psicofísicas” -artículo 56- y el cese en el destino por “Resultar declarado con alguna limitación incompatible con el destino que se ocupa, por insuficiencia de condiciones psicofísicas; sin perjuicio del nombramiento de la comisión de servicio a que hubiere lugar, previa a la asignación de un nuevo puesto de trabajo, conforme a lo previsto en los artículos 33 y 34.” -artículo 61.1.h)-.

(vi) La relevancia del contenido del artículo 34 y 61.1,h) se evidencia más aún si atendemos a las razones por la que se impugna tales preceptos, que derivan expresamente de la posible existencia de un trato discriminatorio. En el primer caso, por mantener que incluye una discriminación retributiva ya que el componente singular del complemento específico será distinto en los puestos de trabajo del subcatálogo. En el segundo, porque incluye como circunstancia que provocará el cese en el destino la de resultar declarado con alguna limitación incompatible con el destino que se ocupa, por insuficiencia de condiciones psicofísicas.

En definitiva, formal y materialmente el informe de impacto de la norma en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, era preceptivo por relevante. La propia contestación a la demanda no lo cuestiona abiertamente a pesar de que mantiene que la norma reglamentaria no tiene impacto apreciable sobre las

personas con discapacidad, sin que la mera alusión a una parte del informe del Consejo de Estado, que afirma genéricamente que la Memoria de Análisis ha evaluado también este aspecto, no permite llegar a conclusión contraria a la que hemos desarrollado. La Memoria de Análisis de Impacto Normativo no incorpora ese informe de impacto, no menciona que se haya emitido y no indica las razones de la falta de impacto que incluye.

Finalmente, ha quedado probado documentalmente en este proceso, a través del informe emitido el día 25 de julio de 2018 por la Secretaria del Consejo Nacional de Discapacidad, que la norma reglamentaria impugnada no fue informada por el Consejo Nacional de Discapacidad cuando el Real Decreto 1855/2009, de 4 de diciembre, por el que se regula el Consejo Nacional de la Discapacidad, otorga dicho órgano -artículo 2.2.d)- la función de “Emitir dictámenes e informes, de carácter preceptivo y no vinculante, sobre aquellos proyectos normativos y otras iniciativas relacionadas con el objeto del Consejo que se sometan a su consideración y, en especial, en el desarrollo de la normativa de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal.”.

Por todo ello la norma reglamentaria debe ser anulada al incurrir en el vicio de nulidad de pleno derecho denunciado.

CUARTO.- Le estimación del recurso determinará dos efectos legalmente previstos:

1º) que, de acuerdo con el artículo 139.1 de la Ley jurisdiccional 29/1998, deba hacerse imposición de las costas del proceso a la parte que ha visto desestimadas sus pretensiones pues no se aprecia motivo legal para excluirlo. No obstante, en uso de las facultades que nos otorga el párrafo 4 de ese precepto legal, fijados la cuantía de gastos a repercutir a la parte personada como demandada la suma de 2.000 euros, por todos los conceptos.

2º) que, en aplicación de los artículos 72.2 y 107.2 de la citada Ley 29/1998, la sentencia deberá ser publicada en el mismo diario oficial en que lo fue la disposición reglamentaria anulada. Por ello, una vez firme esta sentencia será publicada 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

1.- **ESTIMAR** el recurso contencioso administrativo núm. 618/2017, interpuesto por la Asociación Unificada de Guardias Civiles, contra el Real Decreto 848/2017, de 22 de septiembre, por el que se aprueba el reglamento de destinos del personal de la Guardia Civil.

2.- **ANULAR** el Real Decreto impugnado en cuanto que en su procedimiento de elaboración no se incorporó a la Memoria de Análisis de Impacto Normativo un informe de impacto en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

3.- **IMPONER** las costas, en los términos previstos en el último fundamento, a la parte demandada.

Notifíquese esta resolución a las partes , publíquese en el Boletín Oficial del Estado e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. ANTONIO JESÚS FONSECA-HERRERO RAIMUNDO, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

