

## **Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Febrero de 2012 (rec.611/2010)**

### **Encabezamiento**

#### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a siete de Febrero de dos mil doce.

La Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, Sección Cuarta, ha visto el recurso de casación número 611 de 2.010, interpuesto por el Letrado del Servicio Jurídico de la Generalidad Valenciana, en la representación que de ésta ostenta, contra la **Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia en la Comunidad Valenciana, de fecha quince de diciembre de dos mil nueve, en el recurso contencioso-administrativo número 1.074 de 2.006** .

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La *Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia en la Comunidad Valenciana, Sección Segunda*, dictó Sentencia, el quince de diciembre de dos mil nueve, en el Recurso número 1.074 de 2.006 , en cuya parte dispositiva se establecía: "Que debemos estimar y estimamos el recurso contencioso administrativo promovido por el Procurador D. Joaquín Francisco Funes Gracia en nombre y representación del Sindicato Libre de Farmacéuticos de la Comunidad Valenciana, contra el Decreto del Consell de la GV 56/2.006 de 28 de Abril, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación y Funcionamiento de la Inspección de Servicios Sanitarios de la Conselleria de Sanidad, (DOGV 15-5-2006 ), habiendo sido parte demandada en autos la Conselleria de Sanidad, declarando la nulidad del Decreto impugnado, sin expresa imposición de costas".

**SEGUNDO.-** En escrito de veintinueve de diciembre de dos mil nueve, el Letrado del Servicio Jurídico de la Generalidad Valenciana, en la representación que de ésta ostenta, interesó se tuviera por presentado el recurso de casación contra la *Sentencia mencionada de esa Sala de fecha quince de diciembre de dos mil nueve* .

La Sala de Instancia, por Providencia de catorce de enero de dos mil diez, procedió a tener por preparado el Recurso de Casación, con emplazamiento de las partes ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en el plazo de treinta días.

**TERCERO.-** En escrito de veintidós de febrero de dos mil diez, el Letrado del Servicio Jurídico de la Generalidad Valenciana, en la representación que de ésta ostenta, procedió a formalizar el Recurso de Casación, interesando la revocación de la Sentencia dictada por la Sala de instancia, y que se dicte en su día nueva resolución ajustada a Derecho, admitiéndose el mismo por Providencia de diez de mayo de dos mil diez.

**CUARTO .-** En escrito de dos de septiembre de dos mil diez, la Procuradora Doña Mercedes Rodríguez Puyol, en nombre y representación del Sindicato Libre de Farmacéuticos de la Comunidad Valenciana, manifiesta su oposición al Recurso de Casación y solicita se dicte sentencia por la que se declare no haber lugar al recurso y se impongan las costas al recurrente.

**QUINTO.-** Acordado señalar día para la votación y fallo, fue fijado a tal fin el día treinta y uno de enero de dos mil doce, en cuya fecha tuvo lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Santiago Martínez-Vares García, Magistrado de la Sala que expresa la decisión de la misma

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** La representación procesal de la Generalidad Valenciana interpone recurso de casación frente a la *sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia en la Comunidad Autónoma Valenciana, Sección Segunda, de quince de diciembre de dos mil nueve, pronunciada en el recurso número 1.074/2.006* deducido por el Sindicato Libre de Farmacéuticos de la Comunidad Valenciana contra el Decreto del Consejo de Gobierno de la Generalidad Valenciana 56/2.006, que aprobó el Reglamento de Ordenación y Funcionamiento de la Inspección de Servicios Sanitarios de la Consejería de Sanidad. La sentencia estimó el recurso y anuló el Decreto recurrido.

**SEGUNDO.-** La sentencia de instancia en el primero de sus fundamentos identificó el objeto del proceso manifestando que constituía el mismo "el recurso formulado por el Sindicato Libre de Farmacéuticos de la Comunidad Valenciana, (frente) al Decreto del Consell de la GV 56/2006 de 28 de abril por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación y Funcionamiento de la Inspección de Servicios Sanitarios de la Conselleria de Sanidad, (DOGV 15-5-2006), postulando el sindicato demandante en el suplico de su demanda en primer lugar que se declare la nulidad de dicho Decreto por haberse omitido en el procedimiento de elaboración el preceptivo informe sobre impacto por razón de género , en segundo término y con carácter subsidiario respecto a la pretensión anterior, que se declare dicha nulidad al haberse omitido en el trámite de elaboración la incorporación de la Memoria económica y del Informe de la Conselleria de Hacienda y empleo preceptivo y vinculante respecto a la existencia de crédito adecuado para hacer frente al incremento de gasto y en tercer lugar y subsidiariamente que se declare nulo en lo referente a los Inspectores farmacéuticos, el art. 21.1 letras a), b), c) y d) del Decreto".

Ya en el segundo de los fundamentos la sentencia se refiere a las alegaciones que el Sindicato recurrente opone a las causas de inadmisibilidad que se formularon en la contestación a la demanda de las que dice que son subsanables por lo que aportó Certificación del Acuerdo de impugnación del Decreto 56/06 y certificación de los estatutos del sindicato, por lo que no puede prosperar dichos defectos como causa de inadmisibilidad.

Y sobre el Decreto plantea las siguientes cuestiones: "en primer termino que el informe sobre impacto por razón de género tiene carácter preceptivo en aplicación de lo establecido en el *Art. 24, 1, b) segundo párrafo de la Ley 50/97 de 27 de diciembre, de Organización , Competencia y Funcionamiento del Gobierno*, en relación con la Disp Final 2ª de la Ley de la GV 5/1983 de 30 de diciembre, pues en esta se establece la supletoriedad y en el *Art 24, 1, b) de la Ley 50/97* que en todo caso los reglamentos deberán ir acompañados de un informe sobre impacto por razón de género , por lo que habiéndose omitido el decreto incurre en nulidad del *Art 62.2 Ley 30/92* . Asimismo razona que el *Art 28, bis del TR Ley Hacienda Pública Valenciana* exige incluir en el expediente la elaboración de la memoria económica, que en el caso de autos no existe, ni por tanto el preceptivo informe de la Conselleria de Hacienda sobre la existencia de crédito adecuado. Añade que contrariamente a lo que establece el informe de Abril-2004, la aplicación del Decreto 56/06, comporta un inevitable crecimiento del gasto, pues las nuevas competencias y funciones del servicio de inspección requieren mayores dotaciones por lo que nuevo gasto debería estar justificado en Memoria

económica y avalado por el Informe de la Conselleria de economía, sin que constituya tal informe el que consta en folio 253 del expediente que se limita a señalar por la Dirección General de presupuestos y gastos que el informe es favorable. Por último añade que el *Art. 21.1 del Decreto en sus letras a), b) c) y d) vulnera el principio de jerarquía normativa en relación con el Art 60 Ley 6/98 de 22 de junio de Ordenación Farmacéutica de la GV* , pues las facultades que otorga el Decreto a los Inspectores Farmacéuticos excede de las concedidas a los mismos en el *Art 60 de la Ley 6/98* .

La Conselleria de Sanidad se opone a la demanda alegando en primer lugar al amparo del *Art 69.b) LJCA* la falta de capacidad procesal y la indebida representación del Sindicato accionante, por falta de aportación de los Estatutos y del acuerdo del órgano correspondiente adoptando la decisión de interponer el presente recurso contencioso-administrativo.

Respecto a las cuestiones de fondo de la litis que se entabla, señala que en primer lugar en cuanto al alegado carácter preceptivo del informe sobre impacto por razón de género , se opone pues la supletoriedad del derecho estatal contemplada en el *Art 149.3 CE* se ha entendido por el TC en el sentido de que únicamente es aplicable el derecho estatal cuando no haya regla jurídica autonómica aplicable al supuesto de hecho, o se produzca laguna legal, teniendo en cuenta además que la falta de regulación no determina laguna normativa pues las CCAA pueden optar por no adoptar regulación específica, por lo que siendo así no es de aplicación el *Art 24.1.b) segundo párrafo de la Ley 50/97 de 27 de diciembre, de Organización , Competencia y Funcionamiento del Gobierno*, sin que la referencia a la Disp Final 2ª de la Ley de la GV 5/1983 de 30 de diciembre, relativa a lo no previsto en dicha ley pueda interpretarse como cláusula supletoria respecto al referido informe.

En segundo lugar tampoco se he producido la vulneración del *Art 28 de la Ley de Hacienda Publica Valenciana* , pues la Memoria económica y el informe de la Conselleria de economía y Hacienda solo es preceptivo si existe incremento del gasto, y en el caso de autos tal como consta en el folio 168, el decreto no comporta dicho incremento; añade que los *Art 16 , 17 y 18 del Decreto se mantienen en su redacción originaria del Decreto 15/03* que fue impugnado por el sindicato, y anulado por sentencia 325-04 sin que en dicho recurso alegara nada respecto a esta cuestión, y la relación de puestos de trabajo de su anexo II solo exige la oportuna transferencia de crédito entre las consellerias afectadas, pero no incremento, la norma contiene una reordenación de recursos y medios humanos y materiales sin incremento de gasto y en todo caso aunque se hubieran producido dichas omisiones las mismas no son causantes de la nulidad de la norma. Por último en cuanto a la nulidad que se pretende del *Art 20.1*, ya fue alegada en el recurso 641-03, sin que se anulara el Decreto por dicha causa en la Sentencia 325-04 de 27-2- 2004 y evidentemente no concurre pues las facultades que se reconocen se establecen de acuerdo con lo previsto en la *Ley 6/98*, por lo que solicita la integra desestimación del recurso entablado".

En el fundamento tercero la sentencia rechaza las causas de inadmisión del recurso al haber aportado el Sindicato accionante mediante escrito de 13-4-2007 Certificación de 17-7-2006 de adopción del acuerdo social de impugnación del Decreto 56-06 y certificación de los Estatutos del sindicato, por lo que quedan en consecuencia subsanados los defectos que fueron alegados por la Conselleria como causa de inadmisibilidad, la cual por tanto se desestima.

Y se refiere de nuevo en ese fundamento a las cuestiones de fondo que plantea el sindicato accionante, que si bien con carácter subsidiario, se refieren en primer lugar

a la falta de informe sobre impacto por razón de género , a la falta de memoria económica y de informe de la Conselleria de Economía y Hacienda y a la regulación ultra vires que la parte actora imputa a las facultades que se otorgan en el Art 20.1. a. b. c y d, por lo que procede por su orden al análisis de las causas impugnatorias alegadas.

La regulación de los informes que con carácter vinculante y preceptivo deben emitirse sobre el impacto por razón de género que causa una norma se establece en el *Art 24.1.b )*, *segundo párrafo de la Ley 50/97 de 27 de diciembre, de Organización , Competencia y Funcionamiento del Gobierno*, norma que establece: "Artículo 24 . Del procedimiento de elaboración de los reglamentos.

1. La elaboración de los reglamentos se ajustará al siguiente procedimiento:

a) La iniciación del procedimiento de elaboración de un reglamento se llevará a cabo por el centro directivo competente mediante la elaboración del correspondiente proyecto, al que se acompañará un informe sobre la necesidad y oportunidad de aquél, así como una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar.

b) A lo largo del proceso de elaboración deberán recabarse, además de los informes, dictámenes y aprobaciones previas preceptivos, cuantos estudios y consultas se estimen convenientes para garantizar el acierto y la legalidad del texto.

En todo caso, los reglamentos deberán ir acompañados de un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en el mismo".

Norma estatal que argumenta la parte actora que resulta de aplicación por cuanto la Disp Final 2ª de la Ley de la GV 5/1983 de 30 de diciembre establece " Para lo no previsto en esta Ley serán de aplicación las disposiciones legales del estado en la materia equiparándose los órganos por analogía de sus funciones".

La naturaleza del procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general aparece pergeñada en la *STS (3ª) de 13 noviembre 2000* , a cuyo tenor: "El procedimiento de elaboración de los reglamentos constituye un procedimiento especial, previsto por el *artículo 105.1 CE* 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. Orientación teleológica que tiene una doble proyección: una de garantía «ad extra», en la que se inscriben tanto la audiencia de los ciudadanos, directa o a través de organizaciones o asociaciones reconocidas por la ley, prevista en el artículo 24.1 c) LG , como la necesidad de una motivación de la regulación que se adopta, en la medida necesaria para evidenciar que el contenido discrecional que incorpora la norma no supone un ejercicio arbitrario de la potestad reglamentaria; otra de garantía interna encaminada a asegurar no sólo la legalidad sino también el acierto de la regulación reglamentaria, en la que se inscriben los informes y dictámenes preceptivos a que se refiere el artículo 24.1 b) LG".

Por otra parte procede realizar una exégesis respecto al carácter vinculante de la emisión de los informes sobre impacto de género , señalando en primer lugar que el

concepto de la discriminación indirecta por razón de sexo ha sido elaborado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, a la luz de la prohibición de discriminación por razón de sexo del art. 119 del Tratado de la Comunidad Económica Europea (actual art. 141 del Tratado de la Comunidad Europea) y las Directivas comunitarias de desarrollo. Puede resumirse en una fórmula reiterada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en múltiples de sus fallos (entre otras muchas, *SSTJCE de 27 de junio de 1990, asunto Kowalska* ; *de 7 de febrero de 1991, asunto Nimz* ; *de 4 de junio de 1992, asunto Bötzel* ; o *de 9 de febrero de 1999, asunto Seymour-Smith y Laura Pérez* ), a saber, que "es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que el Derecho comunitario se opone a la aplicación de una medida nacional que, aunque esté formulada de manera neutra, perjudique a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres, a menos que la medida controvertida esté justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo".

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, no define los conceptos de discriminación directa o indirecta. Basándose en el *artículo 13 del Tratado de la Comunidad Europea, el Consejo adoptó la Directiva 2000/43 / CE, de 29 de junio de 2000* , relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y la Directiva 2000/78 / CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que definen la discriminación directa o indirecta. La transposición de las Directivas 2000/43/ CE y 2000/78 / CE en el Derecho español se verificó por las Leyes 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales administrativas y del orden social. Posteriormente, en el marco del *art. 141.3 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, se adopta la Directiva 2002/73 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002* , que modifica la Directiva 76/207/CEE, incluyendo las definiciones de discriminación directa e indirecta por razón de sexo, en la línea de las definiciones contenidas en las Directivas de 2000 citadas.

De este modo, conforme a lo dispuesto en el art. 2.1 de la Directiva 76/207/CE, modificada por la Directiva 2002/73 /CE, "el principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar". Por "discriminación directa" se entiende "la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación comparable por razón de sexo", en tanto que es "discriminación indirecta", "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" (art. 2.2). La prohibición de discriminación directa o indirecta por razón de sexo en el acceso al empleo o una vez empleados, se recoge actualmente de modo expreso en los *arts. 4.2 .c) y 17.1 LET, redactados conforme a lo dispuesto por el art. 37 de la citada Ley 62/2003, de 30 de diciembre* , de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Consecuencia de dicho desarrollo es la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno, de la que procede en su Exposición de Motivos:

En el seno de la Unión Europea y como complemento a los objetivos de la acción comunitaria prevista para la promoción de la igualdad entre mujeres y hombres, se aprobó la Decisión del Consejo de 20 de diciembre de 2000, por la que se establece un programa de acción comunitaria sobre la estrategia a seguir en materia de igualdad entre hombres y mujeres (2001-2005), destacando que en la misma se articula la evaluación del impacto en función del sexo en distintos ámbitos de intervención de la estrategia marco comunitaria (vida económica, social, vida civil, roles, etc.), como una de las acciones a emprender para el logro de los objetivos mencionados en el referido programa.

Por otro lado, la Comisión de la Unión Europea ante la constatación de que decisiones políticas que, en principio, parecen no sexistas, pueden tener un diferente impacto en las mujeres y en los hombres, a pesar de que dicha consecuencia ni estuviera prevista ni se deseara, aprobó una comunicación sobre la transversalidad «mainstreaming» como un primer paso hacia la realización del compromiso de la Unión Europea de integrar la perspectiva de género en el conjunto de las políticas comunitarias y elaboró una «Guía para la Evaluación del Impacto en Función del Género» diseñada para proyectarse en el seno de la Comisión con objeto de evitar consecuencias negativas no intencionales que favorezcan situaciones de discriminación y para mejorar la calidad y la eficacia de las políticas comunitarias.

Así pues la citada Ley introduce: *Artículo Segundo. Modificación del art. 24.1.b) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno* .

Se añade un segundo párrafo en el *apartado 1.b) del art. 24 de la Ley 50/1997, del Gobierno* , con la siguiente redacción:

En todo caso, los reglamentos deberán ir acompañados de un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en el mismo.

El *art. 93 CE* atribuye a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de los tratados internacionales a que se refiere y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales y supranacionales a los que se haya cedido competencias derivadas de la Constitución. Este precepto tan sólo concreta lo dispuesto en el *art. 149.1.3 CE* , que reconoce la subjetividad internacional única del Estado. Este es el responsable único de la violación de los Tratados y Convenios de que es parte, por lo que debe contar con los poderes precisos para garantizar su cumplimiento. A tal efecto hay que distinguir la garantía de cumplimiento de los Tratados y Convenios y de las resoluciones de organizaciones internacionales y supranacionales (el Derecho derivado europeo, entre ellas) de las "medidas de ejecución" de aquellos Tratados y Convenios que corresponde a las Comunidades Autónomas (por ejemplo, según el *art. 20.3 EAPV*) en las materias de su competencia, como una consecuencia más de estas competencias. En cambio, la "garantía de cumplimiento" a que se refiere el *art. 93 CE* corresponde sólo a las Cortes Generales o al Gobierno, entendido éste como el "Ejecutivo", del que el Gobierno es vértice.

*Tribunal Constitucional Pleno, S 28-5-1992, núm. 79/1992* , BOE 144/1992, de 16 de junio de 1992, rec. 1081/1986 establece: "Por la misma razón las normas que han de servir de pauta para la resolución de estos conflictos son exclusivamente las de Derecho interno que establecen el orden de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, ya que, como este Tribunal ha declarado en anteriores ocasiones (*SSTC 252/1988* , *64/1991* , *76/1991* , *115/1991* y *236/1991* ), "la traslación de la normativa comunitaria derivada al Derecho interno ha de seguir

necesariamente los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, criterios que (...) no resultan alterados ni por el ingreso de España en la Comunidad Económica Europea ni por la promulgación de normas comunitarias", pues "la cesión del ejercicio de competencias en favor de organismos comunitarios no implica que las autoridades nacionales dejen de estar sometidas, en cuanto poderes públicos, a la *Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, como establece el art. 9.1* de la Norma fundamental".

Ni el Estado ni las Comunidades Autónomas pueden considerar alterado su propio ámbito competencial en virtud de esa conexión comunitaria. La ejecución de los Convenios y Tratados Internacionales en lo que afecten a las materias atribuidas a la competencia de las Comunidades Autónomas no supone, como resulta evidente, atribución de una competencia nueva, distinta de las que en virtud de otros preceptos ya ostenta la respectiva Comunidad Autónoma ( *STC 252/1988* , f. j. 2º ). De otro lado el Estado no puede ampararse por principio en su competencia exclusiva sobre las relaciones internacionales ( *art. 149.1.3 CE* ) para extender su ámbito competencial a toda actividad que constituya desarrollo, ejecución o aplicación de los Convenios y Tratados internacionales y, en particular, del Derecho derivado europeo. Si así fuera, dada la progresiva ampliación de la esfera material de intervención de la Comunidad Europea, habría de producirse un vaciamiento notable del área de competencias que la Constitución y los Estatutos atribuyen a las Comunidades Autónomas.

En definitiva, la ejecución del Derecho comunitario corresponde a quien materialmente ostente la competencia, según las reglas de Derecho interno, puesto que "no existe una competencia específica para la ejecución del Derecho comunitario" ( *STC 236/1991* , f. j. 9º). Dicho lo cual, tampoco cabe ignorar "la necesidad de proporcionar al Gobierno los instrumentos indispensables para desempeñar la función que le atribuye el *art. 93 CE* " ( *STC 252/1988* , f. j. 2º ), precepto al que el mismo *art. 20.3 EAPV* se remite expresamente; esto es, para adoptar las medidas necesarias a fin de garantizar el cumplimiento de las resoluciones de los organismos internacionales en cuyo favor se han cedido competencias (del Derecho derivado europeo, en lo que ahora interesa), función que sólo una interpretación inadecuada de los preceptos constitucionales y estatutarios puede obstaculizar. De ahí que sea imprescindible una interpretación sistemática de todos estos preceptos, lo que, máxime en materias de competencia compartidas o concurrentes entre el Estado y las Comunidades Autónomas, obliga a articular el ejercicio de las competencias propias de uno y otras de modo tal que "sin invadir el ámbito competencial ajeno, no obstaculicen el desempeño de las funciones que la Constitución y los Estatutos les atribuye ni echen cargas innecesarias sobre los administrados" ( *STC 252/1988* , f. j. 2º )".

Por todo lo expuesto y teniendo en cuenta que a falta de la consiguiente actividad legislativa de las Comunidades Autónomas, esa normativa estatal supletoria puede ser necesaria para garantizar el cumplimiento del Derecho derivado europeo, función que corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos ( *art. 93 CE* , conforme al que ha de interpretarse también al alcance de la cláusula de supletoriedad del *art. 149.3 CE* ), porque de lo contrario podría llegarse a la absurda conclusión de que, ante la pasividad normativa de todas o algunas Comunidades Autónomas, se vedara la aplicación de la norma comunitaria, resultado éste que nunca puede quedar justificado en virtud de una rígida interpretación del orden constitucional de competencias y que, precisamente, una cláusula de cierre como la del *art. 149.3 CE* contribuye a evitar.

Partiendo de lo hasta aquí razonado y teniendo en cuenta que el procedimiento

de elaboración de los reglamentos constituye un procedimiento especial, previsto por el *artículo 105.1 CE* 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 la reiterada jurisprudencia, 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, lo que determinará que en el caso de autos habiéndose producido la omisión en la emisión del informe sobre el impacto de género , la misma constituye una inobservancia trascendente que vicia de nulidad el procedimiento lo que determina en consecuencia que deba prosperar el recurso por dicha causa impugnatoria declarando la nulidad del Decreto impugnado".

**TERCERO.-** La representación y defensa de la Comunidad Valenciana interpone recurso de casación frente a la Sentencia que constituye el objeto del recurso y lo funda en un único motivo que formula al amparo del *apartado d) del número 1 del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción* por "infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate" por aplicación indebida del *artículo 149.3 de la Constitución* .

El motivo niega que ese precepto constitucional permita la aplicación supletoria a las Comunidades Autónomas de la Ley del Gobierno 50/1997. Refuta que eso pueda suceder en la Comunidad Valenciana que posee sus propias normas y cita el *artículo 43 de la Ley 5/1983, de 3 de diciembre* , a la vez que afirma que no existe norma de la Unión que exija el informe de género en la elaboración de las disposiciones de carácter general y las Directivas vienen referidas a cuestiones de empleo, condiciones de trabajo o promoción profesional.

Cita para sostener esa postura la *sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997* a partir de la cual esa cláusula de supletoriedad debe utilizarse restrictivamente.

Para que entre en juego esa causa de supletoriedad es preciso que el aplicador del derecho, utilizando los medios usuales de interpretación haya identificado una laguna en el ordenamiento y deberá colmarla acudiendo a las normas pertinentes, dictadas por el Estado en el ejercicio de las competencias que la Constitución le atribuye.

Considera el motivo que existe una norma autonómica que resuelve la cuestión en tanto que regula el tema de que se trata. Cita el *artículo 43 de la Ley 5/1983 de 30 de diciembre* .

Cita también las *sentencias de esta Sala de 5 de febrero de 2.009* , y de *15 de septiembre de 2.005, recurso de casación número 1.284/2.000* .

Añade a lo anterior que el Consejo Consultivo de la Comunidad Valenciana declaró que el Decreto cumplió con las normas previstas en la normativa de la Comunidad.

Considera también la infracción por aplicación indebida del *artículo 149.3 de la Constitución* y de la doctrina del Tribunal Constitucional y la Jurisprudencia de este Tribunal Supremo en tanto que la sentencia recurrida exige la existencia del informe de género previsto en la Ley del Gobierno como consecuencia de la aplicación del Derecho Comunitario Europeo.



Ese argumento no se utilizó en la demanda sino que lo utiliza la sentencia. Lo que consideró el sindicato recurrente era que ese informe resultaba de lo dispuesto en la *Disposición Final segunda de la Ley 5/1983*, y es la sentencia la que se refiere a las normas comunitarias. Todas esas normas se refieren a aspectos relacionados con el empleo: Acceso, condiciones de trabajo, promoción y formación profesional. Y de ninguna de ellas deriva la obligación de solicitar un informe sobre impacto de género en el procedimiento de elaboración de los reglamentos.

Menciona la ley 30/2003 y la posterior Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres que regula los supuestos en que se ha de producir ese informe. Cita la STC 162/2009 y la de esta Sala de 26/10/1999.

Se opone por la recurrida que la razón de decidir de la sentencia se encuentra en que el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales en la Comunidad Valenciana se rige por lo dispuesto en la *Ley 5/1983, y su Disposición Final segunda*.

Además de lo anterior considera que a tenor de lo dispuesto en el *artículo 149.1. 3ª de la Constitución* en relación con el 93 de la misma el único responsable de la aplicación de los tratados y convenios internacionales es el Estado, y añade que en muchos supuestos en nuestro Estado ese cumplimiento corresponde a las Comunidades Autónomas y ya refiriéndose a este caso en concreto en ejecución de la Decisión del Consejo 2000/51/CE, de 20 de diciembre que establecía un programa de acción comunitaria en materia de igualdad entre mujeres y hombres el Estado materializó una de sus medidas en la Ley 30/2003 incorporando la valoración del impacto de género en las disposiciones que elaborara el Gobierno y esa medida la incorporaron determinadas Comunidades Autónomas, lo que hicieron posteriormente otras pero no la Comunidad Valenciana por lo que estaría justificada la cláusula de supletoriedad del *artículo 149. 3 de la CE*.

**CUARTO.-** El motivo y el recurso deben estimarse. El Estatuto de la Comunidad Autónoma Valenciana, *Ley Orgánica 5/1.982, de 1 de julio, afirma en su artículo 29* que el Consejo de Gobierno ostenta la potestad reglamentaria, y la *Ley 5/1.983, de 30 de diciembre, del Consejo regula en su artículo 18* las funciones del mismo en materia normativa que se concretan en las siguientes competencias: f) Ejercer la potestad reglamentaria, y reitera ese mandato en el *artículo 31 al disponer que la ejerce de acuerdo con la Constitución*, el Estatuto de Autonomía y las Leyes. Y es en el *artículo 43 de esta misma norma* legal en el que se regula el procedimiento de elaboración de los reglamentos que emanan del Consejo. En ese artículo se contiene una completa regulación del procedimiento de elaboración de las disposiciones generales que proceden del Consejo de la Generalidad Valenciana y que no necesita ser completado por ninguna norma del Estado en virtud del principio de supletoriedad a que se refiere el *artículo 149.3 de la Constitución Española*.

Es bien cierto que la *Ley 50/1.997, del Gobierno, de 27 de noviembre, que en su artículo 24 regula el procedimiento de elaboración de los reglamentos, en su número 1*. b) in fine dispone que "en todo caso, los reglamentos deberán ir acompañados de un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en el mismo" y el desarrollo reglamentario de la Ley por el Real Decreto 1.083 de 2.009 que regula la denominada memoria del análisis de impacto normativo insiste en esa línea, como no podía ser de otro modo, y, además, expresa cuál debe ser el contenido de ese informe y cuáles los objetivos del mismo.

Pues bien dicho lo anterior es igualmente cierto que el *artículo 24 de la Ley del Gobierno* constriñe su ámbito de aplicación a la potestad reglamentaria del Gobierno de la Nación, de modo que el mismo no puede reputarse como procedimiento administrativo común a efectos del *artículo 149.1.18 de la CE* que respeta las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas, y precisamente por ello, tampoco, y como erróneamente entendió la sentencia de instancia, puede constituir derecho supletorio de acuerdo con lo dispuesto por el *artículo 149.3 de la Constitución*, porque como ya expusimos la *Ley 5/1983, del Consejo de la Comunidad Autónoma Valenciana en el artículo 43* contiene una regulación completa del procedimiento de elaboración de las disposiciones reglamentarias que hace innecesaria por superflua esa supletoriedad del derecho estatal, sin que contradiga esta afirmación la invocación de la *disposición final segunda de la Ley 5/1.983* que se refiere precisamente al supuesto de la existencia de una laguna en la regulación autonómica, único supuesto en que sería posible de acuerdo con la doctrina del *Tribunal Constitucional sentencias 118/1.996*, y *61/1.997*, la aplicación supletoria del derecho del Estado.

En consecuencia se estima el recurso y se casa la sentencia que se declara nula y sin ningún valor ni efecto en cuanto anuló el Decreto 56/2.006 del Consejo de Gobierno de la Generalidad Valenciana al estimar que el mismo era nulo de pleno derecho al omitir en su elaboración un informe sobre el impacto de género de las medidas que en el mismo se establecían.

**QUINTO.-** Casada la sentencia por la razón expuesta y al impugnarse el Decreto 56/2.006 de la Generalidad Valenciana que aprobó el Reglamento de Ordenación y Funcionamiento de la Inspección de Servicios Sanitarios de la Consejería de Sanidad procede disponer la retroacción de actuaciones para que la Sala de instancia que es la competente para el conocimiento del proceso resuelva las demás cuestiones tanto de forma como de fondo por las que por el sindicato recurrente se impugnó el Decreto citado.

**SEXTO.-** Al estimarse el recurso de conformidad con lo dispuesto en el *artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción* no procede hacer expresa condena en costas.

**EN NOMBRE DE SU MAJESTAD**

**EL REY**

**Y POR LA POTESTAD QUE NOS CONFIERE LA CONSTITUCIÓN**

**FALLAMOS**

**Ha lugar** al recurso de casación **número 611/2.010** interpuesto por la representación procesal de la Generalidad Valenciana frente a la *sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia en la Comunidad Autónoma de Valencia, Sección Segunda, de quince de diciembre de dos mil nueve, pronunciada en el recurso número 1.074/2.006* deducido por el Sindicato Libre de Farmacéuticos de la Comunidad Valenciana contra el Decreto del Consejo de Gobierno de la Generalidad Valenciana 56/2.006, que aprobó el Reglamento de Ordenación y Funcionamiento de la Inspección de Servicios Sanitarios de la Consejería de Sanidad, que **casamos** y declaramos nula y sin ningún valor ni efecto, y disponemos la retroacción de actuaciones para que la Sala de instancia que es la competente para el conocimiento del proceso resuelva las demás cuestiones tanto de forma como de fondo

por las que por el sindicato recurrente se impugnó el Decreto citado. No hacemos expresa condena en costas.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Don Santiago Martínez-Vares García, Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo el mismo día de la fecha, de lo que como Secretario doy fe.