

Sentencia de la Sala tercera de 19 de septiembre de 2022 (rec.937/2021)

Encabezamiento

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1.153/2022

Fecha de sentencia: 19/09/2022

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 937/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/09/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez

Procedencia: T.S.J. MADRID CON/AD SEC. 6

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

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 937/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1153/2022

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, presidente

D.^a Celsa Pico Lorenzo

D. Luis María Díez-Picazo Giménez

D.^a María del Pilar Teso Gamella

D. José Luis Requero Ibáñez

En Madrid, a 19 de septiembre de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación núm. **937/2021** , promovido por la **ASOCIACIÓN UNIFICADA DE GUARDIAS CIVILES (AUGC)** , representada por el procurador de los tribunales don Domingo José Collado Molinero y defendida por el letrado don Mariano Casado Sierra, contra la *sentencia número 547/2020, de 27 de noviembre de 2020, de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el procedimiento ordinario nº 439/2019* , que desestimó el recurso.

Siendo parte recurrida la **DIRECCIÓN GENERAL DE LA GUARDIA CIVIL (MINISTERIO DEL INTERIOR)** , representado y defendido por la Abogada del Estado en virtud de la representación que legalmente ostenta.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación tiene por objeto la *sentencia pronunciada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de noviembre de 2020* que desestimó el recurso planteado por la Asociación Unificada de Guardias Civiles contra la Orden General número 3 de 11 de abril de 2019, por la que se aprueban las **bases generales** por las que, han de regirse los procesos selectivos para el acceso al curso de capacitación para el ascenso al empleo de Cabo de la Escala de Cabos y Guardias de la Guardia Civil, así como las normas generales del curso de capacitación y su plan de estudios.

La sentencia recurrida contiene parte dispositiva del siguiente tenor literal:

"[...] FALLO

Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador Sr. Collado Molinero en representación de LA ASOCIACIÓN UNIFICADA DE GUARDIAS CIVILES contra la Orden General número 3 de 11 de abril de 2019, por la que se aprueban las **bases generales** por las que han de regirse los procesos selectivos para el acceso al curso de capacitación para el ascenso al empleo de Cabo de la Escala de Cabos y Guardias de la Guardia Civil, así como las normas generales del curso de capacitación y su plan de estudios y debemos declarar y declaramos que la misma es conforme con el ordenamiento jurídico. Se imponen las costas a la recurrente con el límite de 600 euros. [...]"

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, la Asociación Unificada de Guardias Civiles, presentó escrito preparando el recurso de casación, que la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de

Madrid tuvo por preparado, ordenando el emplazamiento de las partes y la remisión de las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones ante este Tribunal, por diligencia de ordenación de la Sala de lo Contencioso Administrativo, se tuvo por personados y partes en concepto de recurrente la Asociación Unificada de Guardias Civiles, y como recurrida la Administración del Estado.

CUARTO.- Por *auto de 11 de noviembre de 2021, la Sección Primera de esta Sala* acordó:

"[...] Primero.- Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación de la Asociación Unificada de Guardias Civiles contra la *sentencia de 27 de noviembre de 2020, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en los autos del procedimiento ordinario núm. 439/2019* .

Segundo.- Precisar que presentan interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia las siguientes cuestiones:

1º) Si dado el contenido y la finalidad de la Orden General de la Dirección General de la Guardia Civil núm. 3, de 11 de abril de 2019, esta ha de ser calificada como un acto administrativo con pluralidad de destinatarios, una disposición general de carácter reglamentario o si pudiera calificarse como una categoría intermedia entre las dos anteriores.

2º) En el caso de que dicha Orden General sea calificada, en todo o en parte, como disposición de carácter general, si tiene el rango jerárquico adecuado para desarrollar la regulación que incorpora, si se ha seguido y observado el procedimiento establecido para su elaboración y si ha sido suscrita por autoridad competente para ello; y

3º) Y si se entiende que resulta jurídicamente posible sostener que la Orden General tan citada no es propiamente un acto administrativo pero tampoco un reglamento, determinar cuál sería su naturaleza jurídica y cuáles las normas aplicables a su procedimiento de elaboración y aprobación.

Tercero.- Identificar como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación, los *artículos 97 , 53.1 y 103.3 de la Constitución española de 1978 ; el artículo 22.3 de la Ley Orgánica 3/1980, del Consejo de Estado ; el artículo 47.2 de la Ley 39/2015 ; el artículo 26 de la Ley 50/1997, del Gobierno ; el artículo 71.2 de la Ley 29/2014, de 28 de noviembre, del Régimen del Personal de la Guardia Civil y el artículo 11.2 del Reglamento de Enseñanza de la Guardia Civil* , aprobado por el Real Decreto 131/2018. Ello sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras normas jurídicas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso. [...]"

QUINTO.- Teniendo por admitido el recurso de casación por esta Sala, se emplazó a la parte recurrente para que, en treinta días, formalizara escrito de interposición, lo que realizó, suplicando:

"[...] SUPLICO A LA SECCIÓN CUARTA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO.: Tenga por presentado

este escrito, con sus copias, se sirva admitirlo y por interpuesto RECURSO DE CASACIÓN contra la *Sentencia, número 547, de fecha 26 de noviembre de 2020., dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid*, recaída en el procedimiento ordinario, número 439/2.019., seguido contra la "Orden General, número 3, de 11 de abril de 2019, por la que se aprueba las **bases generales** por las que han de regirse los procesos selectivos para el acceso al curso de capacitación para el ascenso al empleo de Cabo de la Escala de Cabos y Guardias de la Guardia Civil, así como las normas generales del curso de capacitación y su plan de estudios", conforme a lo previsto en el *artículo 92 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso- administrativa* y proceda a dar al mismo los trámites establecidos en el citado precepto, dictando sentencia en la que se anule íntegramente la sentencia de instancia con los demás pronunciamientos inherentes a tal declaración, sin perjuicio de los demás pronunciamientos que hayan de adoptarse a tenor de lo dispuesto en el apartado 1 del *artículo 93 de la citada Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*. [...].

SEXTO.- Por providencia de 19 de enero de 2022, se emplazó a la parte recurrida para que, en treinta días, formalizara escrito de oposición.

El Abogado del Estado en nombre y representación de la Administración del Estado presentó escrito, oponiéndose al recurso de casación suplicando a la Sala:

"[...] admita este escrito y su copia, tenga por formulado escrito de oposición de este recurso de casación y, en su día, dicte sentencia desestimatoria del mismo con los demás pronunciamientos legales. [...]."

SÉPTIMO.- De conformidad con lo previsto en el *artículo 92.6 de la Ley de esta Jurisdicción*, atendiendo a la índole del asunto, no se consideró necesaria la celebración de vista pública.

OCTAVO.- Mediante providencia de 22 de junio de 2022, se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. don Luis María Díez-Picazo Giménez y se señaló para votación y fallo la audiencia del día 13 de septiembre de 2022, en cuyo acto tuvieron lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación es interpuesto por la representación procesal de la Asociación Unificada de Guardias Civiles contra la *sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de noviembre de 2020*.

Los antecedentes del asunto son como sigue. La ahora recurrente interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Orden General nº 3 de 11 de abril de 2019, del Director General de la Guardia Civil, "por la que se aprueban las **bases generales** por las que han de regirse los procesos selectivos para el acceso al curso de capacitación para el ascenso al empleo de Cabo de la Escala de Cabos y Guardias de la Guardia Civil, así como las normas generales del curso de capacitación y su plan de estudios" (BOE de 30 de abril de 2019). La impugnación se fundó en considerar que la citada Orden General nº 3 tiene naturaleza reglamentaria, por lo que habría debido ser elaborada y aprobada ajustándose al procedimiento establecido para las disposiciones generales; lo que no se hizo. Además, combatió especialmente la limitación, recogida en la Orden General nº 3, a un máximo de cinco convocatorias para acceder al curso

de capacitación, de manera que tras no haberlo logrado en cinco ocasiones no hay ninguna oportunidad ulterior. En el *petitum* de la demanda se pedía la declaración de nulidad de la Orden General nº 3 en su conjunto, o subsidiariamente la de la letra g) de su art. 5, relativa al mencionado máximo de cinco convocatorias.

La sentencia ahora recurrida desestima el recurso contencioso-administrativo, esencialmente por entender que la Orden General nº 5 no es un reglamento, sino un acto administrativo general o acto plúrimo. Dice que no innova el ordenamiento jurídico, ya que se refiere tan sólo a aquellos Guardias Civiles que aspiran a ascender al empleo de Cabo. Y en cuanto al máximo de cinco convocatorias para acceder al curso de capacitación, observa que una previsión similar se encuentra en el Real Decreto 131/2018, para los cursos de capacitación para la promoción a las Escalas de Suboficiales y de Oficiales de la Guardia Civil. La consecuencia de todo ello, según la sentencia recurrida, es que la Orden General nº 5 no tenía por qué haber sido elaborada con arreglo al procedimiento de las disposiciones generales, de manera que no está aquejada de ningún vicio procedimental o formal.

SEGUNDO.- Preparado el recurso de casación, fue admitido por la *Sección Primera de esta Sala, mediante auto de 11 de noviembre de 2021*. Éste hace mención a la *sentencia de esta Sala de 18 de octubre de 2017 (rec. nº 2049/2017)*, relativa a una orden general sobre derechos de las asociaciones de Guardias Civiles, recordando que en aquel caso se concluyó que dicha orden general tenía naturaleza reglamentaria. Tras señalar este posible precedente, el auto de admisión declara varias cuestiones de interés casacional objetivo: primero, si la Orden General nº 3 es un reglamento o un acto administrativo general; segundo, en caso de concluir que tiene naturaleza reglamentaria, determinar -teniendo en cuenta su contenido- cuál debería ser su rango, su procedimiento de elaboración y la autoridad competente para aprobarla; y tercero, si pudiera tratarse de un *tertium genus*, es decir, de un acto que no responde propiamente a las características del reglamento ni del acto administrativo general.

TERCERO.- En el escrito de interposición del recurso de casación, se subraya que la Orden General nº 3 contiene una regulación general del ascenso al empleo de Cabo en la Guardia Civil; regulación que además, según la recurrente, carece de la necesaria cobertura o fundamento en la ley. De aquí infiere que esa regulación habría debido establecerse, al menos, en un reglamento ejecutivo; lo que habría exigido ajustarse a las garantías inherentes al procedimiento de elaboración de las disposiciones generales y, en especial, al preceptivo dictamen del Consejo de Estado. Por lo demás, insiste en que el máximo de cinco convocatorias para acceder al curso de capacitación resulta particularmente lesivo de los intereses de los Guardias Civiles.

CUARTO.- El Abogado del Estado, en su escrito de oposición al recurso de casación, se limita a reiterar la argumentación seguida por la sentencia recurrida, señalando además que la Orden General nº 3 es expresión de la potestad de autoorganización de la Administración y que, por ello, "no tiene vocación *ad extra*".

QUINTO.- Abordando ya el tema litigioso, es conveniente comenzar recordando algunas ideas básicas sobre la distinción entre reglamento y acto administrativo general o, si se prefiere otra terminología, entre disposición general y acto plúrimo.

En primer lugar, el reglamento tiene siempre un contenido normativo, es decir,

establece auténticas normas jurídicas. Ello significa que los preceptos reglamentarios se caracterizan por establecer mandatos o prohibiciones de alcance general y abstracto: no se dirigen a una o varias personas determinadas, sino a todos aquéllos que se encuentren en el supuesto de hecho de la norma (generalidad); y no regulan un único caso o situación, sino que se aplican a todos aquellos casos que en el futuro puedan producirse (abstracción). En este sentido, suele decirse que los reglamentos se instalan establemente en el ordenamiento jurídico y lo innovan. La mejor prueba de que los reglamentos no pueden contener prescripciones singulares ni concretas viene dada por el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos, consagrado actualmente en el *art. 37 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común*. Los actos administrativos generales, por el contrario, aun estando dirigidos a una pluralidad de personas que a menudo no puede concretarse con antelación, se refieren a un caso concreto y agotan su eficacia una vez aplicados al mismo. Si vuelve a producirse una situación similar, será necesario dictar un nuevo acto administrativo general. El acto administrativo general, precisamente por carecer de naturaleza normativa, no deja de ser un acto administrativo: no puede encontrar fundamento normativo en sí mismo, sino que debe apoyarse en auténticas normas jurídicas que prevean la correspondiente potestad habilitante. Y por esta misma razón, no puede innovar ni modificar el ordenamiento jurídico, entendido aquí como el conjunto de normas vigentes en un momento dado.

En segundo lugar, la distinción entre reglamento y acto administrativo general no sólo tiene un fuerte arraigo en la jurisprudencia y la doctrina, sino que responde a la existencia de dos regímenes jurídicos diferenciados en la legislación administrativa española. Así, sin ánimo exhaustivo, los reglamentos tienen su propio procedimiento de elaboración, actualmente regulado -a nivel estatal- en los *arts. 22 y siguientes de la Ley del Gobierno*, por no mencionar la *letra a) del art. 105 de la Constitución*; la invalidez de los reglamentos es siempre nulidad de pleno Derecho, según el *art. 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común*; y los reglamentos admiten ser impugnados indirectamente con ocasión de los actos administrativos de aplicación de los mismos, de conformidad con el *art. 26 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Estos rasgos no concurren en los actos administrativos generales, que siguen, en principio, el régimen jurídico del acto administrativo.

En tercer lugar, forzoso es reconocer que la distinción entre reglamento y acto administrativo general, con arreglo a los criterios normalmente aceptados que se acaban de recordar, no siempre es fácil de aplicar. Hay tipos de actos con respecto a los cuales puede ser arduo dilucidar si tienen o no tienen carácter normativo. Los giros de la jurisprudencia a propósito de las relaciones de puestos de trabajo o de las ponencias de valores catastrales, por citar sólo los ejemplos más visibles, son buena prueba de ello. Véanse a este respecto, entre otras, las *sentencias de esta Sala de 5 de febrero de 2014 (rec. nº 2986/2012)* y *de 16 de junio de 2022 (rec. nº 7303/2020)*. Pero importa destacar que esa dificultad no es conceptual, sino de calificación jurídica de ciertos tipos de actos que pueden hallarse -como ocurre a veces en la experiencia aplicativa del Derecho- en una zona gris.

En cuarto lugar, en íntima relación con lo anterior, conviene hacer otra observación: que en algunas contadas ocasiones sea difícil determinar si un tipo de acto es reglamento o acto administrativo general no da base para sostener que la distinción sea inútil o que deba ser superada. El dato incontestable, como se ha explicado, es que en la legislación española esa distinción existe y comporta dos regímenes jurídicos diferenciados. No hay base, en el estado actual del ordenamiento español, para afirmar la existencia de un *tertium genus* de actos de la

Administración Pública que, estando dirigidos a una pluralidad de personas, no sean reglamentos (disposiciones generales) ni actos administrativos generales (actos plúrimos). Así, un intento de introducción de esa pretendida tercera categoría por vía puramente interpretativa, lejos de contribuir a una mayor claridad y certidumbre, probablemente conduciría a oscurecer ulteriormente las cosas.

En quinto y último lugar, es preciso aclarar que la existencia de una dicotomía reglamento-acto administrativo general, sin cabida para un *tertium genus*, no impide que en un texto reglamentario pueda haber enunciados prescriptivos que no tienen carácter general y abstracto y, por tanto, que no son auténticas normas jurídicas. Ello ocurre con cierta frecuencia con los planes de urbanismo: que sean reglamentos, tal como viene siendo tradicionalmente afirmado por la jurisprudencia, no es obstáculo para que algunas de sus determinaciones se refieran a situaciones singulares y concretas. De aquí pueden surgir dificultades interpretativas y aplicativas con respecto a esos enunciados prescriptivos que no son generales y abstractos; pero ello no obsta a que el texto, considerado en su conjunto, deba calificarse como reglamento.

SEXTO.- Una vez sentado lo anterior, de la lectura de la Orden General nº 3 se desprende, sin sombra de duda, que no establece pautas y criterios para una determinada convocatoria de acceso al curso de capacitación de ascenso al empleo de Cabo, o de las enseñanzas y pruebas en que haya de consistir un curso determinado. Antes al contrario, tal como indica su propio título y se confirma con la lectura de su articulado, establece "las **bases generales** por las que han de regirse los procesos selectivos para el acceso al curso de capacitación para el ascenso al empleo de Cabo de la Escala de Cabos y Guardias de la Guardia Civil, así como las normas generales del curso de capacitación y su plan de estudios". Las prescripciones de la Orden General nº 3 rigen para todas las convocatorias y todos los cursos de esa índole que se celebren en el futuro y, en esa medida, tienen un innegable carácter reglamentario.

Las razones de signo opuesto desarrolladas en la sentencia recurrida no resultan convincentes. Es verdad que la Orden General nº 3 sólo afecta a aquellos Guardias Civiles que aspiran a ascender al empleo de Cabo; pero esto no altera su carácter abstracto, en el sentido de que la Orden General nº 3 está llamada a regir en todas las convocatorias de esa índole que se hagan en el futuro y, por ello mismo, se instala en el ordenamiento jurídico y lo innova. Además, ni siquiera es exacto decir que no afecta a todos los Guardias Civiles, pues todos ellos pueden, en principio, tener aspiraciones a la promoción.

Tampoco puede acogerse la idea de que la Orden General nº 3 va dirigida a los subordinados jerárquicos del Director General de la Guardia Civil, de quien aquélla emana. Nadie puede poner seriamente en tela de juicio que los subordinados del Director General de la Guardia Civil están obligados a obedecer y aplicar la Orden General nº 3, mientras esté en vigor. Pero esto no significa que se trate de una especie de instrucción de servicio o circular con eficacia meramente interna o, como llega a afirmar el Abogado del Estado, que es una medida puramente autoorganizativa y "no tiene vocación *ad extra*". La verdad, más bien, es que la Orden General nº 3 regula aspectos relevantes de la relación de servicio de empleados públicos, como son los Guardias Civiles, de manera que afecta a sus derechos, cargas y deberes. Y esto no puede nunca ser considerado como algo puramente interno a la Administración Pública: que exista una relación de sujeción especial e incluso una estructura acusadamente jerárquica no justifica que el superior pueda regular libremente las vicisitudes de la relación de servicio de sus subordinados, ni menos aún que tal regulación -en vez de calificarse de reglamento- se considere sin mayores precisiones

como una orden a los subordinados.

En fin, por lo que hace al máximo de cinco convocatorias para acceder al curso de capacitación, la sentencia recurrida afirma, como se dejó indicado más arriba, que una previsión similar se encuentra en el Real Decreto 131/2018 para los cursos de capacitación para la promoción a las Escalas de Suboficiales y de Oficiales de la Guardia Civil. Pero de aquí no cabe extraer ninguna conclusión: el establecimiento de un máximo de convocatorias similar para Suboficiales y Oficiales fue establecido mediante real decreto, no mediante orden general; y esto último es precisamente lo que en este proceso se discute.

SÉPTIMO.- A la vista de cuanto queda expuesto, la respuesta a la cuestión de interés casacional objetivo debe ser que la aquí examinada Orden General nº 3 es, dado su contenido y sus características, un reglamento o disposición general. Ello implica que habría debido ser elaborada por el procedimiento correspondiente a las disposiciones generales y aprobada por la autoridad que, con arreglo a la legislación reguladora del personal de la Guardia Civil, tiene encomendada la potestad reglamentaria de desarrollo de la misma. Debe asimismo responderse que, en el estado actual del ordenamiento español, no cabe hablar de un *tertium genus* de actos de la Administración con una pluralidad indeterminada de destinatarios, distintos de los reglamentos y de los actos administrativos generales.

OCTAVO.- Dado que la Orden General nº 3 habría debido ser elaborada y aprobada por el procedimiento correspondiente a las disposiciones generales y no lo fue, es claro que toda ella está aquejada de un vicio procedimental invalidante. Ello conduce necesariamente a casar la sentencia impugnada y a estimar íntegramente el recurso contencioso-administrativo, con la consiguiente anulación de la Orden General nº 3.

De conformidad con el *art. 72 de la Ley Jurisdiccional*, el fallo de la presente sentencia debe ser publicado en el Boletín Oficial del Estado.

NOVENO.- Según el *art. 93 de la Ley Jurisdiccional*, en el recurso de casación soportará cada parte sus propias costas. En cuanto a las de la instancia y con arreglo al *art. 139 del mismo cuerpo legal*, deben imponerse a la parte cuyas pretensiones sean íntegramente desestimadas. Procede así imponer las costas de la instancia a la Administración General del Estado, fijándolas en un máximo de 3.000 €; por todos los conceptos.

FALLO

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

PRIMERO.- Ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la Asociación Unificada de Guardias Civiles contra la *sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de noviembre de 2020*, que anulamos.

SEGUNDO.- Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la Asociación Unificada de Guardias Civiles contra la Orden General nº 3 de 11 de abril de 2019, del Director General de la Guardia Civil, que anulamos.

TERCERO.- Ordenamos la publicación del fallo de esta sentencia en el Boletín Oficial del Estado.

CUARTO.- No hacer imposición de las costas del recurso de casación e imponemos las costas del recurso contencioso-administrativo a la Administración General del Estado, fijándolas en un máximo de 3.000 €; por todos los conceptos.

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

Así se acuerda y firma.