

REC.ORDINARIO(c/d) núm.: 5073/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

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

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Cuarta
Sentencia núm. 709/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, presidente

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D^a. María del Pilar Teso Gamella

D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

D. José Luis Requero Ibáñez

D. Rafael Toledano Cantero



En Madrid, a 26 de abril de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso administrativo n.º 5073/2016, interpuesto por la Asociación Unificada de Guardias Civiles, representada por el procurador don Domingo Collado Molinero y asistido del letrado don Mariano Casado Sierra, contra el Real Decreto 641/2016, de 9 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento General de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, aprobado por el Real Decreto 1726/2007, de 21 de diciembre, publicado en el Boletín Oficial del Estado el 13 de diciembre de 2016.

Ha sido parte demandada la Administración, representada y asistida por el Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito registrado el 29 de diciembre de 2016 el procurador don Domingo Collado Molinero, en representación de la Asociación Unificada de Guardias Civiles, interpuso recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 641/2016, de 9 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento General de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, aprobado por el Real Decreto 1726/2007, de 21 de diciembre, publicado en el Boletín Oficial del Estado el 13 de diciembre de 2016.

SEGUNDO.- Admitido a trámite, se requirió a la Administración demandada la remisión del expediente administrativo y que practicara los emplazamientos previstos en el artículo 49 de la Ley de la Jurisdicción. Verificado, se tuvo por personado y parte demandada al Abogado del Estado, en representación de la Administración, y se dio traslado al representante procesal de la parte demandante, a fin de que formulara la demanda.

TERCERO.- Evacuando el trámite conferido, y una vez completado el expediente administrativo, el procurador don Domingo José Collado Molinero, en representación de la Asociación recurrente, presentó escrito de demanda en el que, después de exponer los hechos y fundamentos que estimó pertinentes, solicitó a la Sala que, previos los trámites legales procedentes, dicte sentencia en la que estimando el presente recurso, declare:

«- La nulidad del Real Decreto 641/2016, de 9 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento General de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, aprobado por Real Decreto 1726/2007, de 21 de diciembre».

Por Otrosí Digo, interesó el recibimiento a prueba, señalando los puntos sobre los que debería versar y proponiendo los medios a tal fin.

ASERCIVIL
C/ Baeza, 7
28002 MADRID

Por Segundo Otrosí, dijo que, a su parecer, la cuantía del presente recurso ha de ser tenida como indeterminada.

Y, por Tercero, solicitó el trámite de conclusiones.

En cuanto a las costas, manifestó, por Cuarto Otrosí, que resulta de aplicación el artículo 139 de la Ley 29/1998, de 13 de marzo, solicitando su imposición a la Administración demandada.

CUARTO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito de 26 de septiembre de 2017, en el que suplicó a la Sala la desestimación del recurso, con expresa imposición de costas, dijo, a la parte recurrente.

QUINTO.- Acordado el recibimiento a prueba por auto de 16 de octubre de 2017, fue propuesta y practicada con el resultado obrante en autos.

SEXTO.- No estimándose necesaria la celebración de vista pública, se concedió a las partes el término sucesivo de diez días, a fin de que presentaran sus conclusiones. Trámite evacuado por escritos de 27 de noviembre y 5 de diciembre de 2017, incorporados a los autos.

SÉPTIMO.- Declaradas concluidas las actuaciones, mediante providencia de 9 de febrero de 2018 se señaló para la votación y fallo el día 17 de abril siguiente y se designó magistrado ponente al Excmo. Sr. don Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

OCTAVO.- En la fecha acordada, 17 de abril de 2018, han tenido lugar la deliberación y fallo del presente recurso. Y el 25 siguiente se pasó la sentencia a firma de los magistrados de la Sección.

En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *El objeto del recurso contencioso-administrativo.*

La Asociación Unificada de Guardias Civiles impugna el Real Decreto 641/2016, de 9 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento General de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, aprobado por el Real Decreto 1726/2007, de 21 de diciembre.

Publicado en el Boletín Oficial del Estado del 13 de diciembre de 2016, su artículo único se limita a modificar el apartado 1 del artículo 14 del Reglamento General de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas aprobado por el Real Decreto 1726/2007 para incluir en la Junta de Gobierno del Instituto Social de las Fuerzas Armadas a

«7.º Un vocal en representación de todas las asociaciones profesionales de miembros de las Fuerzas Armadas con representación en el Consejo de Personal».

Y, al mismo tiempo, suprimir de entre sus componentes al Secretario General Adjunto del Instituto Social de las Fuerzas Armadas, incluido entre los vocales en la redacción anterior del Reglamento.

El preámbulo de este Real Decreto 641/2016 explica que la modificación obedece, por una parte, al propósito de incorporar a la Junta de Gobierno a un representante de las asociaciones profesionales de los miembros de las Fuerzas Armadas presentes en su Consejo de Personal habida cuenta de la importancia del Régimen Especial de la Seguridad Social que gestiona el Instituto. Antes, recuerda que el artículo 49.2 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, prevé que

«los vocales de las asociaciones que formen parte del Consejo elegirán, entre ellos, hasta tres representantes en los órganos de gobierno o dirección de las mutualidades, asociaciones y entidades de previsión social y asistencial cuyo ámbito de actuación incluya miembros de la Fuerzas Armadas y sus familias cuando así lo prevea su normativa específica».

Se refiere el precepto al Consejo de Personal de las Fuerzas Armadas regulado por esa Ley Orgánica 9/2011 como sede de la participación de las asociaciones profesionales de miembros de las Fuerzas Armadas y de interlocución con el Ministerio de Defensa.

También explica el preámbulo del Real Decreto recurrido que la introducción de un nuevo vocal no debía suponer la inaplicación del criterio de austeridad que llevó a la aprobación del Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo, por el que se regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades, cuyo artículo 6 autoriza al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas para clasificar a las entidades conforme a su naturaleza y a los criterios que sienta su artículo 5. Apunta el preámbulo que, según el apartado 2 de este artículo, salvo disposición legal en contrario, el número máximo de miembros del consejo de administración y órganos superiores de gobierno y administración de las entidades no podrá exceder de 15 miembros en las del grupo 1, de 12 en las del grupo 2 y de 9 en las del grupo 3 y que el Instituto Social de las Fuerzas Armadas ha sido incluido en el grupo 2 por el anexo de la Orden del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas de 6 de junio de 2012 que aprueba la clasificación de los organismos autónomos. De ahí que se excluyera de su Junta de Gobierno a su Secretario General Adjunto.

En la tramitación del proyecto, el Consejo de la Guardia Civil, de acuerdo con lo previsto en el artículo 54.2 de la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil, emitió informe favorable, si bien los vocales que representan a las asociaciones profesionales votaron en contra, salvo el vocal de la Asociación Pro Guardia Civil, que se abstuvo. Hicieron constar al respecto que

las asociaciones profesionales de guardias civiles deben estar en igualdad de condiciones que las de las Fuerzas Armadas.

El Consejo de Estado dictaminó favorablemente el proyecto que se le sometió formulando únicamente dos observaciones formales al preámbulo que fueron atendidas.

El artículo 14.1 del Reglamento General de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas dice:

«1. La Junta de Gobierno estará compuesta de la siguiente forma:

a) Presidente: El Secretario General Gerente del ISFAS.

b) Vocales:

1.º Los Directores de Personal de los Mandos o Jefaturas de Personal de los tres Ejércitos.

2.º El Jefe de Personal de la Guardia Civil.

3.º El Inspector General de Sanidad de la Defensa.

4.º El Subdirector de Prestaciones del ISFAS.

5.º El Subdirector Económico-Financiero del ISFAS.

6.º El Director General de Recursos o miembro del CNI en quien aquel delegue con rango, al menos, de Subdirector General.

7.º Un vocal en representación de todas las asociaciones profesionales de miembros de las Fuerzas Armadas con representación en el Consejo de Personal.

8.º El Asesor Jurídico del ISFAS, quien ejercerá, además, la función de Secretario.

9.º El Interventor Delegado del ISFAS».

SEGUNDO.- *La demanda de la Asociación Unificada de Guardias Civiles.*

La demanda, tras referirse al procedimiento de elaboración de este Real Decreto 641/2016, destaca que a partir de su entrada en vigor las asociaciones profesionales de miembros de las Fuerzas Armadas tendrán una participación importante en aspectos esenciales relativos a la protección social de los militares y de sus familias pero que, a pesar de que los militares de

carrera de la Guardia Civil son destinatarios y beneficiarios del Régimen Especial de la Seguridad Social que administra el Instituto Social de las Fuerzas Armadas y les alcanzan y afectan las decisiones que se tomen en su Junta de Gobierno, carecen de representación en ella, mientras que sí forma parte de la misma el Jefe de Personal de la Guardia Civil, al igual que los Directores de Personal de los Mandos o Jefaturas de Personal de los tres Ejércitos.

Para la demanda esta regulación comporta una discriminación negativa que afecta al principio de igualdad en relación con el derecho de asociación profesional reconocidos en los artículos 14 y 22 de la Constitución por lo cual el Real Decreto recurrido ha de ser declarado nulo a fin de que el Gobierno elabore otro que permita a los legítimos representantes de los guardias civiles representar sus intereses en la Junta de Gobierno del Instituto Social de las Fuerzas Armadas como el resto de los servidores públicos miembros de las Fuerzas Armadas.

Recuerda la recurrente el artículo 49.2 de la Ley Orgánica 9/2011 que reconoce a las asociaciones profesionales que formen parte del Consejo de Personal de las Fuerzas Armadas el derecho a elegir hasta tres representantes en los órganos de gobierno o dirección de las mutualidades, asociaciones y entidades de previsión social y asistencial cuyo ámbito de actuación incluya miembros de las Fuerzas Armadas y sus familias cuando así lo prevea la normativa específica. También trae a colación los artículos 38 y 54.6 de la Ley Orgánica 11/2007, de los cuales el apartado 2 del artículo 38 dice:

«3. Las asociaciones profesionales de Guardias Civiles podrán promover candidaturas para la elección de miembros del Consejo de la Guardia Civil y de cualesquiera otros órganos de participación o de representación que se establezcan, así como para la elección de miembros de los órganos de representación, gobierno y dirección de las mutualidades, asociaciones y restantes entes de previsión social y asistencial oficialmente constituidos por miembros de la Guardia Civil, cuando así lo prevea su normativa específica».

ASERCIVIL
C/ Baeza, 7
28002 MADRID

Y el artículo 54.6 dice:

«Artículo 54. Funciones del Consejo.

El Consejo de la Guardia Civil tendrá las siguientes facultades:

(...)

6. Participar en la gestión de obras sociales para el personal, cuando así lo determine la normativa correspondiente».

A partir de estos preceptos, la demanda resalta que ambas regulaciones incardinan en el núcleo esencial del derecho de asociación profesional la previsión y posibilidad de participar en los órganos de gobierno de los organismos en que se sustancian políticas de personal y de protección social. De ahí concluye la recurrente que no se ajusta a esas normas dejar fuera de la Junta de Gobierno del Instituto Social de las Fuerzas Armadas a las asociaciones profesionales de guardias civiles, lesiona su derecho de asociación y discrimina negativamente a los guardias civiles y a sus familias sin que medie ninguna justificación pues tienen la misma posición jurídica que los miembros de las Fuerzas Armadas.

Añade la demanda que puede considerarse arbitraria esa desigualdad e invoca la doctrina del Tribunal Constitucional recogida en su sentencia 200/2001. Precisamente, desde la perspectiva que ofrece, sostiene que el Real Decreto 641/2016 es nulo de pleno Derecho porque

«vulnera el principio de igualdad y la prohibición de no discriminación, al impedir sin justificación alguna, que los representantes de los guardias civiles, a través de las asociaciones profesionales representativas, cuenten con representación en la Junta de Gobierno del ISFAS, órgano en el que podrían hacer efectivo el ejercicio del derecho fundamental de asociación profesional en un asunto muy sensible, con mucha incidencia en la vida de los guardias civiles y de sus familias como es todo lo relativo a la protección social».

TERCERO.- *La contestación del Abogado del Estado.*

El Abogado del Estado recuerda las razones que, según su preámbulo, explican la modificación que lleva a cabo el Real Decreto 641/2016 del artículo 14.1 del Reglamento General de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas. También expone el alcance de esa modificación y señala que en el proceso de elaboración del Real Decreto recurrido se observaron todos los trámites y se recibieron todos los informes legalmente previstos, que relaciona.

Destaca, a continuación, que el recurso contencioso-administrativo no reprocha ninguna omisión o defecto en el procedimiento y que en la tramitación y en esos informes, que obran en el expediente, se recogen con toda nitidez los motivos por los que solamente se incorpora un nuevo miembro en representación de las asociaciones profesionales perteneciente a las Fuerzas Armadas. Recuerda que esa limitación obedece al criterio de austeridad en materia presupuestaria que establece el artículo 6.2 del Real Decreto 451/2012 y al anexo de la Orden del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas de 6 de junio de 2012. También apunta que el Real Decreto 1656/2012, de 7 de diciembre, modificó los estatutos de los organismos autónomos adscritos al Ministerio de Defensa para adaptarlos a ese Real Decreto 451/2012, dejando en doce el número de miembros del Consejo Rector y de la Junta de Gobierno del Instituto Social de las Fuerzas Armadas.

En función de todo ello, la contestación a la demanda concluye que faltan los requisitos necesarios para que pueda considerarse infringido el principio de igualdad por la indicada limitación a un vocal ya que, dice, falta la identidad de situaciones, por un lado, y, por el otro, la limitación del número de representantes, con las consecuencias que ello conlleva, está justificada de manera razonable.

Así, pues, el Abogado del Estado pide la desestimación del recurso.

CUARTO.- *El juicio de la Sala. El recurso debe ser estimado.*

A fin de resolver este recurso es menester resaltar que no hay controversia sobre el hecho de que al Régimen Especial de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas se acogen también los miembros de la Guardia Civil y sus familias. Así lo dispone el artículo 2 e) del propio Real Decreto 1726/2007, y eso, explica que entre los vocales que forman parte de la Junta de Gobierno del Instituto Social de las Fuerzas Armadas figure el Jefe de Personal de la Guardia Civil. Del mismo modo, esa circunstancia resalta el sentido de que el Consejo de la Guardia Civil debiera informarlo, de acuerdo con el artículo 54.2 de la Ley Orgánica 11/2007. Tampoco se discute que la presencia en esa Junta de Gobierno de una representación de las asociaciones profesionales de los miembros de las Fuerzas Armadas se encuadra en la participación que les abre la Ley Orgánica 9/2011. No niega, por otro lado, la contestación a la demanda que semejante proyección puede hacerse para las asociaciones profesionales de guardias civiles a la vista del tenor de los artículos 38.2 y 54.6 de la Ley Orgánica 11/2007, precepto en el que parece inspirarse el artículo 49.2 de esa Ley Orgánica 9/2011 que fundamenta la participación de las asociaciones de miembros de las Fuerzas Armadas representadas en el Consejo de Personal de las mismas a través del vocal que crea el Real Decreto 641/2016.

Desde estos presupuestos se pueden apreciar suficientes elementos de coincidencia, en lo que aquí interesa y, en particular, que las asociaciones profesionales de guardias civiles y las de miembros de las Fuerzas Armadas comparten el mismo interés, cuya relevancia está reconocida en ambos casos por el legislador orgánico, en participar en la entidad que gestiona el Régimen Especial de la Seguridad Social del que unos y otros y sus respectivos familiares son beneficiarios. El Abogado del Estado no lo niega sino que orienta su argumentación --sumamente escueta, como se ha visto-- hacia la limitación de integrantes de la Junta de Gobierno del Instituto Social de las Fuerzas Armadas dispuesta por el anexo de una orden ministerial, a su vez habilitada al efecto por una disposición reglamentaria.

Así, pues, la Administración sitúa, en realidad, la controversia en el terreno de si la diferencia de la que se queja la asociación recurrente está o no

justificada en razón de que no pueda superarse el número reglamentario de vocales de la Junta de Gobierno.

Es verdad que tanto el artículo 38.2 de la Ley Orgánica 11/2007, como el artículo 49.2 de la Ley Orgánica 9/2011 hacen un reconocimiento meramente formal del derecho de las asociaciones profesionales representadas, en el primer caso, en el Consejo de la Guardia Civil y, en el segundo, en el Consejo de Personal de las Fuerzas Armadas, a elegir miembros de los órganos de dirección de las entidades de previsión y asistencia social. Decimos que es formal porque según la formulación legal ese derecho solamente existirá cuando lo prevean las normas específicas. Y, ciertamente, así lo hace el Real Decreto 641/2016 recurrido para las asociaciones de miembros de las Fuerzas Armadas representadas en su Consejo de Personal pero no se ha hecho, que es lo que reprocha la recurrente, para las de guardias civiles a pesar de que también les afectan a ellos y a sus familiares las decisiones adoptadas por la Junta de Gobierno del Instituto Social de las Fuerzas Armadas.

Ahora bien, aunque sea en un reconocimiento condicionado a una ulterior previsión normativa, su sola existencia indica un contenido que para el legislador, no sólo es admisible, sino también valioso para las regulaciones de los órganos de gestión de las entidades de previsión social y asistenciales de los guardias civiles. Por tanto, sienta las premisas para una mayor exigencia de justificación de la decisión de no hacer efectiva esa participación cuando sí se abre a quienes representan a los otros beneficiarios del Régimen Especial de la Seguridad Social gestionado por la Junta de Gobierno del Instituto Social de las Fuerzas Armadas.

Si se tiene en cuenta este punto de partida y, además, se recuerdan los requisitos que el Tribunal Constitucional viene reclamando para considerar constitucionalmente aceptable la diferencia de trato dada a quienes se encuentran en la misma situación sustancial, de la que la sentencia invocada en la demanda es una muestra así como la n.º 110/2015 y las que en ella se citan, la Sala no encuentra suficiente la razón en la que el Abogado del Estado

ASERCIVIL
C/ Baeza, 7
28002 MADRID

sienta esa justificación: la limitación reglamentaria del número de vocales de la Junta de Gobierno del Instituto Social de la Fuerzas Armadas.

De un lado, la consistencia de ese argumento se resiente a la vista de que no ha habido problemas para, mediante el Real Decreto recurrido, alterar la composición reglamentaria del órgano y, sin aumentar el número de vocales, crear el vocal que representa a las asociaciones profesionales de miembros de las Fuerzas Armadas representadas en su Consejo de Personal. No parece, pues, que una razón de esa entidad sea bastante para fundamentar la diferencia de trato.

De otro lado, la limitación del número de componentes de la Junta de Gobierno descansa en una disposición reglamentaria --el Real Decreto 451/2012-- preocupada esencialmente por "lograr la máxima austeridad y eficacia en el sector público en general y en especial en el empresarial" --según dice su preámbulo-- y dedicada a regular "el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades", según su propio título. Disposición ciertamente condicionada por las circunstancias existentes cuando se dictó y, en todo caso, dirigida en especial a un ámbito --el sector público empresarial, contemplado también por el Real Decreto 1656/2012-- del que el Instituto Social de las Fuerzas Armadas se encuentra lejos. Por lo demás, no se han puesto de manifiesto razones retributivas específicas que impidan superar por vía reglamentaria una limitación impuesta en circunstancias diferentes a las actuales y para un ámbito distinto al de las entidades de previsión o de carácter asistencial también por vía reglamentaria.

En estas condiciones, la justificación ofrecida por el representante de la Administración se desvanece y, no advirtiéndose otra en el expediente, nos encontramos con una diferencia de trato no aceptable desde las exigencias que impone el principio de igualdad proclamado por el artículo 14 de la Constitución.

El recurso, por tanto, debe ser estimado y el Real Decreto 641/2016 declarado nulo.

QUINTO.- Conforme a lo establecido por el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción, no hacemos imposición de costas por las dudas que suscita la cuestión controvertida.

FALLO

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

(1.º) Estimar el recurso contencioso-administrativo nº 5073/2016, interpuesto por la Asociación Unificada de Guardias Civiles contra el Real Decreto 641/2016, de 9 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento General de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, aprobado por el Real Decreto 1726/2007, de 21 de diciembre, y declarar su nulidad.

(2.º) No hacer imposición de costas.

(3.º) Ordenar que se lleve a cabo en el Boletín Oficial del Estado la publicación prevista en los artículos 72.2 y 107.2 de la Ley de la Jurisdicción.

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.

ASERCIVIL
C/ Baeza, 7
28002 MADRID