

# Anexo E.5

---

## SOLICITUDES DE INTERVENCIÓN ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



## ÍNDICE

5.1. RECURSOS DE INCONSTITUCIONALIDAD.....	1
5.1.1. Solicitudes de interposición .....	1
Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude .....	1
Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito.....	5
Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses .....	12
Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social.....	29
Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética, y Real Decreto-ley 2/2013, de 1 de febrero, de medidas urgentes en el sistema eléctrico y en el sector financiero.....	31
Ley 16/2012, de 27 de diciembre, que adopta diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica.....	37
Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013.....	42
Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.....	52
Ley 2/2013, de 29 de mayo, de Protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas.....	54
Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas.....	100
Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas.....	116
Ley 10/2013, de 24 de julio, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 2010/84/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2010, sobre farmacovigilancia, y 2011/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, sobre prevención de la entrada de medicamentos falsificados en la cadena de suministro legal, y se modifica la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.....	118
Real Decreto-ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de la Seguridad Social .....	123
Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita .....	126
Real Decreto-ley 8/2013, de 28 de junio, de medidas urgentes contra la morosidad de las administraciones públicas y de apoyo a las entidades locales con problemas financieros .....	129

Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico ....	131
Decreto-ley de la Comunidad Autónoma de Andalucía 5/2013, de 2 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas sobre el empleo del personal funcionario interino en la Administración General de la Junta de Andalucía .....	132
Decreto-ley de la Comunidad Autónoma de Andalucía 6/2013, de 2 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la propiedad.....	144
Ley de la Comunidad Autónoma de Aragón 9/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma para el ejercicio 2013 .....	146
Ley de la Comunidad Autónoma de Canarias 10/2012, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma para 2013 .....	152
Decreto-ley de la Comunidad Autónoma de Cataluña 5/2012, de 18 de diciembre, del impuesto sobre los depósitos en entidades de crédito .....	158
Ley de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears 3/2013, de 17 de julio, de modificación de la Ley 6/2006, de 12 de abril, balear de caza y pesca fluvial .....	159
Decreto-ley de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears 5/2013, de 6 de septiembre, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en relación con la implantación, para el curso 2013-2014, del sistema de tratamiento integrado de las lenguas en los centros docentes no universitarios de las Illes Balears .....	165
Ley de la Comunidad de Madrid 5/2012, de 20 de diciembre, de Viviendas Rurales Sostenibles .....	168
Ley de la Comunidad de Madrid 7/2012, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales para el año 2013 .....	189
Ley de la Comunidad de Madrid 8/2012, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas .....	192
Ley de la Comunidad Foral de Navarra 10/2013, de 12 de marzo, de modificación de la Ley Foral 2/1995, de 10 de marzo, de Haciendas Locales de Navarra .....	214
Decreto-ley de la Comunitat Valenciana 7/2012, de 19 de octubre, de Medidas de Reestructuración y de Racionalización del Sector Público Empresarial y Fundacional de la Generalitat .....	216
Decreto-ley de la Comunitat Valenciana 2/2013, de 1 de marzo, de actuaciones urgentes de gestión y eficiencia en prestación farmacéutica y ortoprotésica.....	224
5.1.2. Sentencias recaídas.....	226
Ley 15/2007, de 27 de diciembre, de la Generalitat Valenciana, de Presupuestos para el ejercicio 2008 (disposición adicional undécima) .....	226
5.2. RECURSOS DE AMPARO .....	227

## 5.1. RECURSOS DE INCONSTITUCIONALIDAD

### 5.1.1. Solicitudes de interposición

#### **Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude**

Mediante escrito presentado ante esta Institución el día 22 de noviembre de 2012, un ciudadano solicitó la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 7/2012, de 29 de octubre, por considerar que el apartado segundo, punto Uno.1 del artículo 7 de la mencionada ley, infringe el principio de igualdad constitucional del artículo 14, al establecer una excepción en el tratamiento para las personas físicas, con la única justificación de que su residencia se encuentre fuera del territorio español.

Se acordó no interponer el recurso solicitado en razón de la fundamentación siguiente:

#### ***Fundamento único de la resolución***

Se alega la inconstitucionalidad del apartado segundo Uno.1. del artículo 7 de la Ley 7/2012, de 29 de octubre, basada en un solo motivo, consistente en la infracción del artículo 14 CE, al considerar que incurre en discriminación prohibida, al tratarse de una medida desproporcionada y carecer de justificación razonable la diferencia que introduce en la cuantía entre residentes en España y personas con domicilio fiscal fuera del país para el pago en efectivo.

La razón aludida en el escrito es que dicha medida tiene la finalidad de controlador fiscal de los residentes en España. Efectivamente, según señala la propia exposición de motivos de la ley se trata de limitar los pagos en efectivo que “facilitan notablemente los comportamientos defraudatorios”. En este punto no hay que olvidar que según afirma el Tribunal Constitucional “... la lucha contra el fraude fiscal «es un fin y un mandato que la Constitución impone a todos los poderes públicos singularmente al legislador y a los órganos de la Administración tributaria» (SSTC 79/1990, 46/2000, y 194/2000). No cabe duda de que el legislador puede perseguir esta finalidad mediante medidas de carácter tributario de muy diversa índole, cuya

legitimidad ha sido declarada por este Tribunal en múltiples ocasiones (STC 76/1990)...”.

De acuerdo con lo argumentado en el escrito la norma quiebra el principio de igualdad del artículo 14 CE, para lo cual según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional se tienen que dar los siguientes requisitos:

1. El presupuesto esencial para proceder a un enjuiciamiento desde la perspectiva del artículo 14 es que los supuestos de hecho, las situaciones subjetivas que se pretende comparar, sean efectivamente comparables (STC 76/1986) y ello entraña que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso (STC 148/1986).

Cuando la desigualdad de trato se atribuye al legislador, lo que se requiere para hacer posible un juicio de igualdad es que el legislador haya atribuido las consecuencias jurídicas que el recurrente estima diversificadoras a grupos o categorías personales creadas por el propio legislador, pues es entonces cuando la introducción de factores diferenciales o de elementos de diferenciación ha de ser debidamente fundamentada, según ha considerado el Tribunal Constitucional en Sentencias 42/1986 y 162/1985, entre otras.

No se puede, sin embargo, exigir una igualdad de trato al legislador cuando las situaciones son originariamente diversas, siempre que la finalidad perseguida por la norma sea coherente con esa diferencia de partida (STC 148/1986).

2. Una segunda exigencia para que pueda hablarse de trato desigual es la aportación de un *tertium comparationis*, esto es, un término de comparación que sirva de base para razonar acerca de la posible vulneración del principio de igualdad (STC 14/1985).

Esta exigencia viene dada porque para que una persona o un grupo de ellas sean objeto de un trato desigual, hace falta que otras se hallen en mejor posición, gozando de un régimen jurídico más favorable.

3. El principio de igualdad de trato exige que la diferenciación persiga una determinada finalidad, que ha de ser legítima, es decir, que ha de fundamentarse en una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados cuya exigencia debe aplicarse en relación con la finalidad y efecto de la medida considerada (STC 75/1983).

4. El principio de igualdad requiere también un juicio de racionalidad, en el sentido de que exista una relación efectiva entre el trato desigual que se establece y el fin perseguido (STC 114/1987).

5. La finalidad perseguida ha de guardar una razonable relación de proporcionalidad con las medidas adoptadas (STC 123/1987).

La Ley 7/2012, de 29 de octubre, cuya constitucionalidad se cuestiona, no cumple requisito alguno según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, anteriormente expuesta, para que pueda considerarse que infringe el artículo 14 de la Constitución española, ya que no se parte de situaciones de hecho iguales pues las obligaciones fiscales están condicionadas a la sujeción de los ciudadanos con el Estado, a lo que hay que añadir, según se ha indicado, que la finalidad de evitar conductas defraudatorias es una imposición derivada del artículo 31.1 CE para todos los poderes públicos.

No cabe duda de que se trata de una norma tributaria que persigue la eliminación del fraude a la Hacienda pública y como tal hay que considerarla. Así las cosas, es indudable que la cualidad o condición de no residente puede justificar desde la perspectiva del artículo 31.1 CE un trato dispar, dado que históricamente razones de política económica internacional dirigidas a atraer inversiones extranjeras han venido justificando el distinto trato que los diferentes ordenamientos jurídicos dispensan a los residentes y los no residentes, el propio artículo 11 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, establece como criterio de vinculación al poder tributario español la residencia en España. Y de la residencia se han servido las leyes reguladoras de los tributos personales (Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, Sociedades, Sucesiones y Donaciones, Patrimonio y la Renta de los No Residentes), no sólo para vincular a los perceptores de renta o titulares de un patrimonio con el poder tributario español sino incluso para diferenciar los gravámenes (STC 96/2002).

El respeto al principio de proporcionalidad se tiene que valorar desde el punto de vista de la finalidad perseguida por la norma, que ya hemos visto que obedece a un fin legítimo. Pues bien, partiendo de la base de que la medida introducida pretende dificultar los comportamientos defraudatorios, que son contrarios al interés general y cuya persecución deriva de un deber impuesto por el artículo 31.1 CE, que obliga a todos a contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, se ha de considerar equilibrada a su logro. Sobre la proporcionalidad en sentido estricto se ha pronunciado el Tribunal Constitucional señalando "... que tiene que ser una medida ponderada o

equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (SSTC 207/1996 y 70/2002)". Todos estos requisitos concurren en el presente supuesto pues es indudable que la limitación de los pagos en efectivo dificulta los comportamientos fraudulentos.

De todo ello se deduce que no se parte de realidades iguales cuando la norma se refiere al tratamiento de las relaciones con los empresarios y profesionales por los residentes en España vinculados directamente con la Hacienda pública española y las personas físicas sin residencia fiscal en España, que no cuentan con dicha vinculación, siendo además el fin perseguido legítimo y proporcionado desde el punto de vista constitucional, al producir más beneficios para el interés general que perjuicios.

Por las razones expuestas no se puede considerar de forma indubitada que la norma adoptada infrinja el principio de igualdad constitucional de los artículos 14 y 31.1.

### **Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito**

Un ciudadano solicitó del Defensor del Pueblo el ejercicio de su legitimación para la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, por considerar contrario a los artículos 14 y 31 CE el apoyo financiero público a las entidades de crédito. También estimaba que el Estado no podía suscribir el Memorando de Entendimiento sin el consentimiento previo de las Cortes Generales.

Se desestimó la solicitud de interposición de recurso con la fundamentación siguiente:

#### ***Fundamentos de la resolución***

PRIMERO. Entiende el interesado que la norma cuya inconstitucionalidad pretende no respeta el contenido del artículo 31 de la Constitución porque el gasto acordado por el Estado en la misma no sirve al interés general. Del mismo modo considera que la decisión de intervenir en las entidades de crédito no está amparada en el artículo 128 CE.

Efectivamente, el artículo 31.2 CE vincula el gasto público a la asignación equitativa de los recursos públicos y su ejecución y programación a los criterios de eficiencia y economía. Existe un importante acuerdo doctrinal en considerar la actividad de gasto público como una actividad de naturaleza política, pues las necesidades del Estado son cambiantes. En el ámbito de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha admitido la discrecionalidad política en las decisiones sobre el gasto, en concreto en la STC 134/1987, fundamento jurídico 7, que dice:

“Se trata de objetivos de la acción legislativa, en que no se puede olvidar que las medidas económicas que en cada momento existen para alcanzarlos son limitadas y que corresponde al legislador determinar su aplicación sin que pueda este Tribunal Constitucional censurar la acción legislativa salvo que traspasen los límites que a esa acción establece la norma suprema. En este caso no se prueba que ello haya ocurrido, con independencia, claro está, del juicio de oportunidad que esa acción merezca en cada momento, juicio que, como es notorio, cae fuera de la jurisdicción de este Tribunal”.

Esta argumentación se vuelve a reiterar con mayor contundencia en la STC 13/1992, cuyo fundamento jurídico 2 dice textualmente:

“Y, de otra, evitar asimismo que la extremada prevención de potenciales ingerencias competenciales acabe por socavar las competencias estatales en materia financiera, el manejo y la disponibilidad por el Estado de sus propios recursos y, en definitiva, la discrecionalidad política del legislador estatal en la configuración y empleo de los instrumentos esenciales de la actividad financiera pública”.

Esta misma doctrina se ha venido repitiendo de forma reiterada por el Tribunal Constitucional, pero ello no significa que no existan límites constitucionales a la distribución del gasto público, que puedan ser controlados por el propio Tribunal, ya que la actividad de los poderes públicos se vincula por el artículo 9.1 CE al ordenamiento jurídico. En la Constitución se recogen un conjunto de valores, intereses y necesidades cuya consecución debe velar el Estado. Así las cosas, el interés general ha de presidir toda la acción de la Administración, y en esta línea el preámbulo I de la norma expone:

“Estas peculiaridades de las entidades de crédito requieren que toda medida de supervisión o de regulación de las mismas vaya ante todo encaminada a dar seguridad al público del cual la entidad capta su pasivo, y por ende a preservar la estabilidad del sistema financiero.

A su vez, estas necesidades justifican que determinadas situaciones de inviabilidad transitoria de entidades de crédito deban ser superadas mediante la inyección de fondos públicos. La finalidad principal de estas inyecciones es la salvaguardia de los ahorros y depósitos de todos aquellos clientes que, de otro modo, en caso de que estos apoyos faltaran y que debiese procederse sin más a la liquidación de la entidad de crédito, podrían perder una parte importante de su patrimonio.

Una vez admitida la necesidad de apoyos financieros públicos en determinados casos, es preciso que la normativa destinada a regularlos guarde el necesario equilibrio entre la protección del cliente de la entidad de crédito y la del contribuyente, minimizando el coste que tenga que asumir el segundo con el fin de salvaguardar al primero, y sin olvidar que en la mayoría de los casos coinciden en los ciudadanos una y otra condición. El mayor equilibrio se consigue cuando los fondos públicos inyectados pueden ser recuperados en un plazo razonable por medio de los beneficios generados por la entidad apoyada.

Por todas las razones anteriores, los poderes públicos deben prestar un apoyo decidido, aunque equilibrado, a la viabilidad de las entidades de crédito, y deben regular la forma y los casos en que se produce dicho apoyo, que supone necesariamente una modulación de los principios de universalidad y de *pars conditio creditorum* que rigen los procedimientos de insolvencia”.

El límite para las normas es el contenido en la Constitución que en ningún caso prevé cuál ha de ser la política económica, más allá del modelo de economía de mercado recogido en el artículo 38 de la Constitución española, si bien el sometimiento de toda la riqueza del país al interés general permite la iniciativa pública en la actividad económica (artículo 128 de la Constitución) o, lo que es lo mismo, la intervención pública en los mercados tiene que estar justificada en la consecución del interés general.

La Constitución contiene un modelo cuya amplia formulación, como es usual en las constituciones, permite albergar opciones variadas de política económica: el progreso económico (artículos 40.1, 130.1 y 131.1); el principio de igualdad en sus dos vertientes de equilibrio entre espacios territoriales (artículos 138 y 158) y de nivelación de rentas personales (artículos 130, 131.1 y 140.1); la unidad de mercado (artículo 139.2); la estabilidad económica (artículo 40.1), la productividad (artículo 38), el fomento de algunos sectores, la defensa del consumidor (artículo 51). Todos estos principios han sido aislados por la doctrina más solvente como los parámetros económicos de la norma fundamental, pues constituyen la obligada referencia para los poderes públicos en sus estrategias de política económica.

Entre las técnicas o instrumentos puestos al servicio de estos principios inspiradores, a los efectos que aquí interesa, está el previsto en el artículo 128.2 CE, a cuyo tenor «se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general».

La iniciativa pública en la actividad económica supone reconocer, de acuerdo con una tradición legislativa que viene de muy atrás en términos históricos, la posibilidad de que los entes públicos participen o actúen como protagonistas en el proceso de producción de bienes o de prestación de servicios (STC 1/1982). Según la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional (STC 26/1981 y 51/1986) el texto constitucional se refiere a aquellos servicios directamente ligados al funcionamiento de la sociedad con las características que son las adecuadas a nuestra época. Se comprenderá que tales servicios sean muy variados en una civilización dominada por

las revoluciones industrial, tecnológica y urbana. Pero en ningún caso quedan excluidos los servicios financieros como pretende el compareciente de la intervención pública, tal y como está concebida por el mencionado artículo 128 CE.

No se puede tachar de arbitraria una norma por la adopción de medidas para la adaptación de un sector a la realidad socioeconómica a que han de enfrentarse cuando existe un motivo lícito que lo justifica, como ha quedado demostrado en el preámbulo citado, ya que el objetivo fundamental de la Ley 9/2012 es la protección de los ciudadanos en su condición de usuarios de los servicios financieros.

Por último, cabe afirmar que el Tribunal Constitucional es cauteloso al momento de enjuiciar los actos del legislador, señalando que «el control de constitucionalidad de las leyes debe ejercerse de forma que no imponga constricciones al poder legislativo y respete sus opciones políticas», no debiendo olvidarse el dogma básico de todo el sistema democrático, según el cual la ley es expresión de la voluntad popular, como expresamente dice el preámbulo de la Constitución (STC 108/1986).

Una vez que ha quedado despejada la duda de constitucionalidad sostenida por el interesado en relación con la finalidad del gasto público y la posibilidad de intervención estatal en el mercado financiero, se pasa a continuación a analizar los aspectos del compromiso adquirido por el Estado en la adopción de esta norma.

SEGUNDO. En cuanto a la posible vulneración del artículo 94 de la Constitución española por la falta de autorización previa de las Cortes Generales para la suscripción del “Memorando de Entendimiento” del que la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito trae causa, hay que tener presente el marco normativo en que esta decisión se adopta.

España está condicionada en sus decisiones, en algunas materias, desde su adhesión a la Unión el 12 de junio de 1985, convirtiéndose en miembro de pleno derecho a las entonces “Comunidades Europeas” el 1 de enero de 1986, fecha en que entró en vigor el Tratado de Adhesión. Desde su entrada, España ha apoyado todos los pasos dados en el proceso de formación de la identidad común europea, comenzando por la aprobación del Acta Única en 1986, y el Tratado de la Unión Europea en 1992, con el objetivo, entre otros, de mejorar la situación económica y social mediante la profundización de las políticas comunes. Esto ha conllevado que España tenga que aplicar los tratados y resoluciones elaboradas en el seno de la Unión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución española.

Existe una extensa y exigente normativa de la Unión Europea dirigida a evitar déficits excesivos de los Estados miembros y a poner límites al volumen de la deuda pública de esos Estados, cuya manifestación más elevada se encuentra en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; normativa que es de aplicación prevalente y preferente respecto de la estatal y que ya es de obligado cumplimiento para todos los Estados miembros, entre ellos, España. El citado tratado establece en su artículo 5 la necesidad de que los Estados miembros coordinen sus políticas económicas en el seno de la Unión Europea, y prevé que el Consejo pueda adoptar medidas con este fin, en particular las orientaciones generales de dichas políticas.

Las políticas económicas de cada uno de los Estados miembros son supervisadas por la Unión, de tal forma que si se comprueba que un Estado miembro contradice las orientaciones generales anteriormente citadas, o puede poner en peligro el correcto funcionamiento de la Unión Económica y Monetaria, la Comisión puede dirigir una advertencia a dicho Estado miembro. Además, el Consejo, por recomendación de la Comisión, puede dirigir las recomendaciones necesarias al Estado miembro de que se trate (artículo 121).

El tratado igualmente prevé que los Estados miembros eviten déficits públicos excesivos, debiendo supervisar la Comisión la evolución de la situación presupuestaria y del nivel de endeudamiento público de los Estados miembros (artículo 126).

Junto al Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea, el Reglamento (UE) 1466/1997, de 7 de julio, de reforzamiento de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas, modificado por Reglamento (UE) 1055/2005, de 27 de junio y 1175/2011, de 16 de noviembre, tiene por objeto regular los programas de estabilidad y convergencia en el marco de la supervisión multilateral que realizan el Consejo y la Comisión, para prevenir que se produzcan déficits públicos excesivos e impulsar la supervisión y la coordinación de las políticas económicas.

Esta función supervisora está igualmente presente en distintos reglamentos adoptados en el seno de la Unión Europea. Así, cabe destacar el Reglamento (UE) 1173/2011, de 16 de noviembre, sobre ejecución efectiva de la supervisión presupuestaria en la zona del euro, que establece un sistema de sanciones para potenciar el cumplimiento de los componentes, preventivo y corrector del Pacto de estabilidad y crecimiento en la zona del euro; o el Reglamento (UE) 1176/2011, de 16 de noviembre, relativo a la prevención y corrección de los desequilibrios macroeconómicos.

La necesidad de mejorar la gobernanza económica y de adoptar medidas de respuesta a la crisis, se ha puesto de manifiesto en la Declaración de los Jefes de Estado y de Gobierno de la Zona del Euro, de 9 de diciembre de 2011, con objeto de lograr un nuevo pacto presupuestario y una coordinación reforzada de las políticas económicas, y el desarrollo de instrumentos de estabilización para hacer frente a los desafíos a corto plazo.

Por ello, se ha aprobado el Tratado de 2 de marzo de 2012, de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria, destinado a reforzar el pilar económico mediante la aprobación de un conjunto de normas destinadas a promover la disciplina presupuestaria a través de un pacto presupuestario, a reforzar la coordinación de sus políticas económicas y a mejorar la gobernanza de la zona del euro, respaldando así la consecución de los objetivos de la Unión Europea en materia de crecimiento sostenible, empleo, competitividad y cohesión social (artículo 1).

Según lo previsto en el artículo 9, las Partes Contratantes se comprometen a cooperar en aras de una política económica que fomente el correcto funcionamiento de la unión económica y monetaria y el crecimiento económico mediante una convergencia y competitividad reforzadas. Con este fin, adoptarán las iniciativas y medidas necesarias en todos los ámbitos que sean esenciales para el correcto funcionamiento de la zona euro, de conformidad con los objetivos de fomento de la competitividad, promoción del empleo, contribución a la sostenibilidad de las finanzas públicas y refuerzo de la estabilidad financiera. Todas las grandes reformas de política económica que las Partes Contratantes proyecten llevar a cabo deben debatirse previamente y coordinarse entre sí; participando en tal coordinación las instituciones de la Unión Europea según lo requiera el Derecho de la Unión Europea.

En esta misma línea y avanzando en la unión económica y monetaria el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece a partir de su artículo 127 la regulación del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo, que es el encargado de dirigir la política monetaria y bancaria de la Unión, teniéndose que adaptar las decisiones de los Estados miembros sobre la materia a sus dictados.

De todo ello se deduce, según hemos afirmado al principio de este fundamento, que las decisiones de política económica y monetaria en España están condicionadas a las decisiones de la Unión, por lo que no necesitan el consentimiento previo de las Cortes Generales. En cualquier caso, el Tribunal Constitucional en el Auto 412/2004, fundamento jurídico 2, llega a la siguiente conclusión:

“... pero una vez que tal tratado se incorpora al Ordenamiento jurídico interno mediante su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» no es posible su derogación, modificación o suspensión sino en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional (artículo 96.1 CE)”.

## **Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses**

Se presentaron, por diversas entidades y ciudadanos, solicitudes para la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la citada norma. A continuación se recogen las resoluciones adoptadas por la Institución.

### **I**

Desde el otoño de 2012 se recibieron numerosos escritos que expresaban su discrepancia, primero con el proyecto de Ley de Tasas Judiciales y, posteriormente, solicitaban del Defensor del Pueblo la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 10/2012, de 20 de noviembre. Entre otros organismos se dirigieron al Defensor del Pueblo el Consejo General de la Abogacía Española; cuatro organizaciones sindicales de ámbito estatal; dos sindicatos de funcionarios, uno de ellos de trabajadores de la Administración de Justicia; una asociación de jueces; el Defensor del Pueblo de Navarra; el Síndic de Greuges de Cataluña; un diputado de las Cortes Generales, y varias corporaciones locales. El número de personas e instituciones que solicitaron la interposición de recurso fue de casi tres mil. A ello han de sumarse los más de novecientos escritos contrarios al proyecto de ley remitidos al Defensor del Pueblo entre el verano y el otoño de 2012. Se criticaba tanto la adecuación a la Constitución del concepto de "tasa judicial" como las cuantías establecidas en la nueva ley.

### ***Fundamentos de la resolución***

PRIMERO. Como ha sucedido en otras ocasiones (baste citar la Ley 37/2011, de Medidas de Agilización Procesal), ante el incremento de la litigiosidad, ante la llamada "masificación de la justicia", no se responde por los poderes públicos con un incremento proporcional de medios personales y materiales, no se responde por la vía de una mayor "oferta" de justicia, sino reduciendo, o procurando reducir, la "demanda" por ministerio de la ley. Al propio tiempo, los esfuerzos de los sucesivos Gobiernos para dotar de medios a la Justicia parecen haber ido siempre a remolque de una litigiosidad que aumenta sin cesar para el servicio público a ritmos muy elevados. Por ello, indicaba el Preámbulo de la ley 37/2011, se pretendía "asegurar la sostenibilidad del sistema". Ahora, la Ley 10/2012, según su Preámbulo, "pretende racionalizar el ejercicio de la potestad jurisdiccional", insertándose en la misma dirección doctrinal. No es casual que ambas reformas, aun produciéndose en legislaturas y con mayorías

parlamentarias distintas, se enmarcan en la misma y profunda crisis económica y de financiación de los servicios públicos.

No es misión del Defensor del Pueblo tomar partido entre las diferentes formas en que puede financiarse la Justicia. Nuestro país ha conocido, vigente la Constitución, y sucesivamente, un sistema de financiación mixto (1979-1986), un sistema de financiación vía impuestos (1987-2002), un sistema de financiación predominantemente impositivo con algunas pequeñas tasas (2003-2012) y el actual, predominantemente impositivo y con unas tasas de cuantía significativa. El Tribunal Constitucional, por su parte, ha avalado la pluralidad de sistemas de financiación en la STC 20/2012: "Optar por un modelo de financiación de la justicia civil mediante impuestos o por otro en el que sean los justiciables quienes deben subvenir a los gastos generados por su demanda de justicia mediante tasas o aranceles, o bien por cualquiera de los posibles modelos mixtos en donde el funcionamiento de los tribunales del orden civil es financiado parcialmente con cargo a los impuestos y con cargo a las tasas abonadas por quienes resultan beneficiados por la actuación judicial, en distintas proporciones, es una decisión que en una democracia, como la que establece la Constitución española, corresponde al legislador" (FJ 8).

Sí es misión del Defensor del Pueblo defender los derechos fundamentales. En este sentido, debe constatarse que el sistema de tasas judiciales se relaciona directamente con el derecho fundamental a la tutela judicial (artículo 24.1 CE), con el llamado "acceso a la Justicia". La "sostenibilidad o racionalización del sistema judicial" (dicho sea parafraseando el lenguaje de las dos reformas legislativas antes citadas) no puede llevarse a cabo al precio de impedir el acceso a la Justicia o lesionar otros derechos que pudieran verse afectados.

SEGUNDO. El Defensor del Pueblo tiene a su disposición diversos instrumentos para la defensa de los derechos que le ha sido encomendada. Entre otros, la legitimación activa ante el Tribunal Constitucional (artículo 162 CE y 29 de la Ley Orgánica 3/1981); la formulación de resoluciones, como son las recomendaciones, sugerencias, recordatorios de deberes legales y advertencias (artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981); o la realización de gestiones, desde una vocación mediadora, en orden a obtener cambios normativos o de las prácticas administrativas. Todo ello desde una completa autonomía (artículo 6.1 de la Ley Orgánica 3/1981: "El Defensor del Pueblo no estará sujeto a mandato imperativo alguno. No recibirá instrucciones de ninguna autoridad. Desempeñará sus funciones con autonomía y según su criterio") y procurando prontitud y eficacia en la defensa de aquellos derechos. Desde estos parámetros ha de decidirse la opción u opciones más adecuadas, en función de las circunstancias concurrentes en cada caso.

TERCERO. Una característica del sistema de tasas judiciales adoptado por el Gobierno es que está indisolublemente unido a lo que disponga la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita. En efecto, el artículo 4.2.a) de la Ley de Tasas Judiciales, declara exentos de pagar tasa a quienes "se les haya reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita".

Se comparta o no esta orientación de política legislativa, es evidente que la valoración del sistema de tasas judiciales dependerá de cómo se configure el mencionado derecho a la asistencia jurídica gratuita; en este sentido, es preocupación del Defensor del Pueblo que pudiera haber personas impedidas del acceso a la Justicia, o seriamente obstaculizadas, en razón de la cuantía de las tasas, y hay una clara relación entre esta posibilidad y el elenco de beneficiarios de justicia gratuita.

Se da la circunstancia de que el Consejo de Ministros había informado el 11 de enero de 2013 un anteproyecto de Ley de Justicia Gratuita que alteraría sustancialmente, de convertirse en ley, la situación vigente, aumentando el número de personas y procedimientos exentos. Se trataba en puridad de un proyecto de reforma no de la Ley de Tasas, pero sí del sistema. Dice la exposición de motivos del anteproyecto: "Como corolario a esa estrecha relación entre estas dos leyes (se refiere a la de Tasas y a la de Justicia Gratuita), en ambas se recoge la exención del pago de la tasa a todos los beneficiarios de justicia gratuita. La insuficiencia de recursos es el único supuesto en el que afrontar los gastos procesales podría vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por la Constitución. El reconocimiento de la justicia gratuita conlleva la exención de la tasa, que pese a ser de inferior cuantía a otros gastos -especialmente los honorarios profesionales- sí representa una carga económica. No obstante, ambas leyes han querido ir más lejos, de forma que la exención no se limita sólo a aquellos casos en los que el beneficio se deriva del segundo inciso del artículo 119 de la Constitución, sino también en todos los demás casos en los que la ley ha considerado necesario garantizar el acceso a la justicia gratuita, con independencia de la situación económica del beneficiario. Ese aspecto resulta especialmente destacable en el caso de las personas jurídicas, ya que según reiterada jurisprudencia constitucional, no pueden en ningún caso considerarse amparadas por el primer inciso del artículo 119 de la Constitución, de ahí que todos los supuestos en los que se les reconoce este beneficio, y por ende la exención de la tasa judicial, se deban a la voluntad del legislador por considerar que concurren razones de interés general, pero partiendo siempre de un criterio restrictivo". Nos encontrábamos, pues, en un momento decisivo, crítico, para la determinación de la posición del ciudadano en este importante asunto en los próximos años.

CUARTO. Esta particular coyuntura aconsejó al Defensor del Pueblo, que asume muchos de los postulados de los ciudadanos que se han dirigido a la Institución y considera excesivas algunas de las tasas establecidas, a optar por trasladar al Gobierno un elenco de propuestas de reforma, considerando que era éste el servicio más eficaz que podía prestar para la consecución a corto plazo de un sistema más justo, socialmente equilibrado y que garantice a todas las personas el acceso a la Justicia.

La situación aconsejaba, pues, propiciar más un debate de fondo, conducente al cambio normativo, que de constitucionalidad, conducente a la expulsión de preceptos del ordenamiento, cuestión esta última sobre la que tendrá que pronunciarse de todas formas el Tribunal Constitucional, en virtud de los recursos presentados por otros sujetos legitimados.

Esta vía, para una institución de perfil fuertemente mediador como es el Defensor del Pueblo, debe reservarse para situaciones en las que no es posible ejercer tal mediación, circunstancia que no concurría en la que nos ocupa, pues acontecía que una norma capital para la fijación del sistema de tasas (la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita) estaba en trance inminente de reforma integral.

QUINTO. Un pronunciamiento particular exige la petición formulada de que se recurra la disposición final segunda, que deroga el apartado 3 del artículo 23 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa. Este apartado decía: "Podrán, no obstante, comparecer por sí mismos los funcionarios públicos en defensa de sus derechos estatutarios, cuando se refieran a cuestiones de personal que no impliquen separación de empleados públicos inamovibles". Significa que los funcionarios quedan ahora sometidos al régimen general de la postulación en lo contencioso-administrativo. Se trata de una decisión que elimina un tratamiento singularizado, por lo que no cabe reproche alguno de inconstitucionalidad.

Sobre este asunto, el informe del Consejo General del Poder Judicial al anteproyecto de ley, en la conclusión novena, decía: "El cambio proyectado redundará en un mayor grado de seguridad jurídica, pero también producirá efectos económicos adversos para aquellos. Por tanto, en sintonía con la regulación estatuida para los trabajadores, que en el orden jurisdiccional social están excluidos del devengo de tasas, sería oportuno establecer una exención subjetiva para los funcionarios públicos, respecto de los litigios que promuevan en defensa de sus derechos estatutarios". Esta petición del Consejo General del Poder Judicial ha sido acogida en el artículo 4.1.d) de la ley.

SEXTO. En otro orden de ideas, los sindicatos trasladan a la Defensora del Pueblo un problema interpretativo que está surgiendo en la aplicación de las tasas en el orden social, y solicitan su intervención al respecto.

Como es sabido, los trabajadores y beneficiarios del sistema de Seguridad Social están exentos del pago de la tasa en el orden social, dado que tienen reconocido el beneficio de justicia gratuita (artículo 2.d) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, en conexión con el artículo 4.2.a) de la Ley de Tasas). Por su parte, el artículo 20.4 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, establece que las organizaciones sindicales "gozarán del beneficio legal de justicia gratuita cuando ejerciten un interés colectivo en defensa de los trabajadores y beneficiarios de la Seguridad Social".

Estos artículos coexisten con lo dispuesto en el artículo 4.3 de la Ley de Tasas, que establece que "en el orden social, los trabajadores, sean por cuenta ajena o autónomos, tendrán una exención del 60 por ciento en la cuantía de la tasa que les corresponda por la interposición de los recursos de suplicación y casación".

Manifiestan los sindicatos comparecientes que "se vienen dando casos en los que Secretarios Judiciales consideran que en el orden social el pago de la tasa previsto para los recursos de suplicación o casación sólo puede modularse con arreglo a la reducción del 60 por ciento en su cuantía que se ha previsto para los trabajadores por cuenta propia o ajena, pero que fuera de este caso las demás previsiones han de entenderse inaplicables y en resumidas cuentas, no se aplica ninguna exención para los trabajadores". Esta situación, añaden, "está generando indefensión a los trabajadores, que se ven inmersos en el abono de tasas en cuantías que en ocasiones son importantes dada la materia controvertida y que dificultan objetivamente el acceso a los recursos".

Solicitan a la Institución que debe adoptarse la interpretación más favorable al ejercicio de los derechos de los afectados, y en concreto la siguiente:

"1. Que las organizaciones sindicales, los trabajadores y los beneficiarios del sistema de Seguridad Social, gozan del beneficio legal de justicia gratuita, en los términos que establece la Ley 1/1996, de asistencia jurídica gratuita, y la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, que se encuentran plenamente vigentes y no han sido derogadas por la Ley 10/2012 de tasas judiciales.

2. En consecuencia, estos sujetos, lo mismo que cualquier otro que goza del beneficio de justicia gratuita, están completamente exentos del pago de tasas

judiciales, tanto en el ámbito del orden social y concursal, así como en los procesos contenciosos.

3. Que a los referidos sujetos no les resulta exigible cumplimentar el impreso de liquidación de las tasas, ni el pago de las mismas.

4. Que se dispongan los medios necesarios para que los Secretarios Judiciales cumplan esos criterios, y se proceda de oficio a la devolución de cualesquiera cantidades cuyo pago se les hubiera impuesto en concepto de tasas judiciales".

El Defensor del Pueblo comparte esta interpretación, que es la más favorable a los intereses de los afectados. Parece evidente la antinomia existente entre la exención total vinculada a la condición personal, beneficiaria de asistencia jurídica gratuita y por tanto exenta de tasas, y la reducción del 60% (dicho de otro modo, el pago del 40% de la tasa). Esta última norma sólo tiene sentido en el contexto de un nuevo régimen de la justicia gratuita. En efecto, el artículo 2.4 del anteproyecto de 11 de enero de 2013 dispone: "En el orden jurisdiccional social, se reconocerá el derecho a la asistencia jurídica gratuita para la primera instancia y sin necesidad de acreditar previamente carecer de recursos a los trabajadores y beneficiarios del sistema de Seguridad Social. Los trabajadores tendrán también reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita en los procesos concursales de su empresa. Para el reconocimiento del derecho en segunda instancia, incluidos los recursos de apelación contra las resoluciones recaídas en procesos concursales, o para la presentación de recurso de casación los trabajadores y beneficiarios del sistema de Seguridad Social deberán acreditar el cumplimiento de los requisitos previstos en el apartado 1 de este artículo".

La intención del Gobierno es, pues, que en el futuro sólo estén exentos de tasas en el orden social los trabajadores y beneficiarios del sistema de Seguridad Social que reúnan los requisitos económicos generales; pero precisamente por ser una previsión pro futuro, procede interpretar ahora que el cobro de las tasas en el orden social no debiera producirse hasta que quede establecido el nuevo régimen del beneficio de justicia gratuita.

SÉPTIMO. En virtud de la decisión metodológica indicada en el Fundamento Cuarto, la Defensora del Pueblo dio traslado al Ministro de Justicia, el 12 de febrero de 2012, de las siguientes recomendaciones:

"1) La dificultad de objetivar el carácter excesivo o muy elevado de una tasa a los efectos de formular al mismo un reproche de inconstitucionalidad, no

merma la preocupación del Defensor del Pueblo si se diere el caso de que un ciudadano no pudiera acceder a la jurisdicción (artículo 24.1 CE), en razón meramente de la cuantía de la tasa, particularmente en la primera instancia civil o contencioso-administrativa.

En efecto, la tasa variable en primera instancia civil y contencioso-administrativa podría alcanzar miles de euros, con el límite de diez mil, en razón de la cuantía del litigio, sin que ello signifique necesariamente que el ciudadano tenga la liquidez necesaria para hacer frente a pagos de esa entidad, aun cuando tuviere ingresos que impidan su acceso al beneficio de justicia gratuita. El Defensor del Pueblo considera por ello que deberían reducirse considerablemente las tasas de la primera instancia civil y contencioso-administrativa, no tanto porque en abstracto sean per se lesivas de derecho alguno, sino porque existe un alto riesgo de que pudieran serlo en casos individualizados.

2) Asimismo, y como caso especial, en el procedimiento administrativo sancionador, será frecuente que la tasa se aproxime mucho al valor del litigio, y la posible condena en costas de la Administración es tan matizada (artículo 139.1 de la Ley 29/1998: no cabe aun cuando la Administración perdiere el proceso si existen «serias dudas de hecho o de derecho») que no resulta suficiente mecanismo compensatorio.

Por ello, se deberían eliminar las tasas establecidas en primera instancia en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo cuando se enjuicien procedimientos administrativos sancionadores.

3) El Defensor del Pueblo ha mostrado especial sensibilidad en el último año al problema de las ejecuciones hipotecarias, en el contexto de la situación económica del país. No parece que la posición jurídica del ejecutado se vea beneficiada si ha de pagar las tasas abonadas por el ejecutante como consecuencia de una condena en costas o ha de abonar tasas si reconviene. Debería establecerse también en la ejecución hipotecaria bien la exención de tasas bien, en el caso del ejecutado, una norma que le eximiera del abono de las costas de la parte contraria.

4) Por las mismas razones de interés social, y en el contexto de la grave situación económica de nuestro país, que está produciendo una fuerte destrucción de empleo y el empeoramiento general de las condiciones

laborales, sería conveniente eximir al orden social del pago de tasas en los recursos de suplicación y casación.

5) Por razones de coherencia doctrinal, no parece lógico que las actuaciones judiciales que deben producirse si fracasa la solución extrajudicial de conflictos que es el arbitraje (ejecución en el arbitraje) estén sometidas a tasa. Sin duda que es acertado que se procure la solución de pequeños conflictos por vías extrajudiciales, como también que el artículo 8.5 de la Ley de Tasas establezca la devolución del 60 por ciento de la tasa cuando se alcance, iniciado el proceso, una solución extrajudicial del litigio. La coherencia del sistema se completaría no devengando tasa la ejecución en el arbitraje.

6) El artículo 35.2.d) de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que restableció las tasas judiciales, declaraba exentos a los sujetos pasivos que tuvieran la consideración de entidades de reducida dimensión, de acuerdo con lo previsto en la normativa reguladora del Impuesto sobre Sociedades. El criterio de la capacidad económica a que se refiere esta previsión de la Ley 53/2002 debiera recuperarse para establecer tasas más o menos elevadas, en función de las diferentes circunstancias que pueden concurrir en las personas jurídicas.

7) Si bien el «derecho a los recursos» no tiene la misma entidad constitucional que el derecho a la tutela judicial (artículo 24.1 CE), sería conveniente moderar las tasas establecidas, de modo que los impedimentos para el acceso a los recursos que establecen las leyes procesales no puedan considerarse excesivos para garantizar el doble conocimiento de los asuntos - cuando el legislador así lo quiere- y la tarea unificadora de la jurisprudencia en condiciones de igualdad para todos los interesados.

8) La vigente Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, no se redactó tomando en consideración que los beneficiarios de la misma estarían exentos de tasas, pues éstas no existían. Teniendo en cuenta que, de conformidad con el artículo 4.2.a) de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, no pagarán tasas «las personas a las que se les haya reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita, acreditando que cumplen los requisitos para ello de acuerdo con su normativa reguladora», se constata que, desde esta perspectiva, la Ley de 1996 deviene claramente obsoleta. Es necesaria una nueva ley que permita configurar un sistema de tasas más justo. Si bien hubiera sido deseable que la nueva Ley de Asistencia Jurídica Gratuita se tramitase simultáneamente a la de Tasas, debe valorarse positivamente el

anteproyecto informado por el Consejo de Ministros el 11 de enero de 2013. Pero es un hecho que dicho anteproyecto dista de haberse convertido en ley, y que desde el 17 de diciembre de 2012 los ciudadanos deben abonar tasas sin el contrapeso de una nueva Ley de Justicia Gratuita a la altura de las circunstancias. Esta carencia debe corregirse mediante:

a) Una tramitación diligente y receptiva a las observaciones de los sectores interesados.

b) La compensación a los afectados que, habiendo debido pagar tasas bajo la vigencia de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita de 1996, hubieran quedado exentos bajo la vigencia de la nueva Ley de Asistencia Jurídica Gratuita que se apruebe".

OCTAVO. El 20 de febrero de 2013 ha tenido entrada en el Registro del Defensor del Pueblo un escrito del Ministro de Justicia. En el mismo, se compromete ante el Defensor del Pueblo a reformar la Ley de Tasas Judiciales, la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita de 1996 de manera inmediata, con los siguientes objetivos:

1) Reducir en un 80% las tasas variables de las personas físicas en primera instancia en los órdenes jurisdiccionales civil y contencioso-administrativo (están exentos los órdenes penal y social). Pasarán del 0,50% del valor del litigio con el límite de 10.000 euros, al 0,10% del valor del litigio, con el límite de 2.000 euros.

2) Reducir en un 80% las tasas variables de las personas físicas en los recursos en los órdenes jurisdiccionales civil, contencioso-administrativo y social. Pasarán del 0,50% del valor del litigio con el límite de 10.000 euros, al 0,10% del valor del litigio, con el límite de 2.000 euros.

3) Eliminar por completo las tasas para un mayor número de personas, adelantando los efectos del anteproyecto de Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, publicado el pasado mes de enero. Se elevan los umbrales de renta para ser beneficiario de la exención de tasas, que también se aplica a víctimas de violencia de género, de terrorismo, de trata de seres humanos, de accidentes de tráfico y menores o discapacitados víctimas de abuso o maltrato.

4) Eliminar por completo la posibilidad de que el ejecutado hipotecario, o su avalista, de una vivienda habitual pague las tasas abonadas por el banco ejecutante en virtud de una condena en costas.

5) Eliminar por completo las tasas en la ejecución de laudos arbitrales de consumo.

6) En los procesos contenciosos relativos a multas y otras sanciones administrativas, además de producirse la reducción del 80% de las tasas variables antes indicadas, se establece como límite de la tasa el 50% de la cuantía de las multas.

7) Devolver a los nuevos beneficiarios de justicia gratuita las tasas pagadas desde el pasado 17 de diciembre hasta la inminente entrada en vigor de la reforma legal anunciada.

Además, el Gobierno se compromete a estudiar una reducción de las tasas que paguen las empresas según su capacidad económica, en la futura Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.

La Defensora del Pueblo ha constatado que la respuesta a sus recomendaciones constituye una modificación sustancial del sistema vigente de tasas judiciales. El Ministerio de Justicia se compromete a una fuerte reducción de la cuantía de las tasas judiciales actualmente vigentes y a la supresión de algunas de ellas.

Con independencia de las diversas posiciones políticas que pueden legítimamente defenderse relativas a la financiación de la Justicia, y sobre las que el Defensor del Pueblo no debe pronunciarse, la valoración del sistema de tasas judiciales en nuestro país tras la aceptación de las recomendaciones del Defensor del Pueblo no mueve a la presentación de recurso de inconstitucionalidad.

Finalmente, puede concluirse que la mediación y las recomendaciones efectuadas por la Institución perfeccionarán la legislación, y han constituido expresión de la "defensa de los derechos comprendidos en el título I de la Constitución" (artículo 1 de la Ley Orgánica 3/ 1981, de 6 de abril) que al Defensor del Pueblo corresponde.

## II

Mediante diversos escritos, promovidos varios de ellos por Jueces y Magistrados y otro por un miembro del cuerpo de Secretarios Judiciales, se solicitó del Defensor del Pueblo el ejercicio de su legitimación para la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la disposición final cuarta de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre. El precepto de la Ley 10/2012 contra el que se solicitaba la interposición

del recurso modifica el artículo 3 y añade un nuevo artículo 5 bis del Real Decreto 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad. Mediante este precepto se articula, en lo que aquí interesa, la supresión de la paga extraordinaria correspondiente al mes de diciembre de 2012 para, entre otros colectivos, los jueces, magistrados y secretarios judiciales a los que pertenecen los solicitantes de recurso.

La resolución denegatoria se fundamentó en las consideraciones siguientes:

### ***Fundamentos de la resolución***

PRIMERO. La lectura del precepto contra el que se solicita recurso pone de manifiesto que su objeto no es la modificación del contenido actual de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y más en concreto de los preceptos relativos al régimen y los componentes retributivos de los jueces, magistrados y secretarios judiciales, sino a la modificación del Real Decreto-ley 20/2012 en lo que hace a la medida en él contemplada de supresión de la paga extraordinaria correspondiente al mes de diciembre de 2012 para determinados colectivos de empleados públicos. La tacha de inconstitucionalidad, por consiguiente, habría que entenderla referida a la última norma citada en la redacción que introduce la disposición final contra la que se dirige la petición de recurso, de modo que la cuestión se centraría, por tanto, en el examen del nuevo texto del artículo 3 del Real Decreto-ley 20/2012 para comprobar si su contenido supone, como se afirma, una modificación encubierta de preceptos de una ley orgánica en materia reservada a este concreto vehículo normativo, lo que sería contrario al artículo 81.2 de la Constitución.

Hay que precisar que el citado artículo 81.2 lo que previene es el régimen de aprobación, modificación y derogación de las leyes orgánicas para lo que exige una mayoría cualificada (absoluta) en una votación sobre el conjunto del proyecto correspondiente, requisito este que no puede cumplirse en el supuesto de un real decreto-ley o de una ley ordinaria. Lo que subyace, sin embargo, en la solicitud de recurso, aunque se cite ese precepto, es otra cuestión diferente que guarda relación, por un lado, con la reserva que la Constitución hace de determinadas materias a favor de ley orgánica, de manera que únicamente a través de ese concreto instrumento normativo pueden regularse tales materias y, por otro, con la prohibición de que los decretos-ley regulen ciertas materias, las cuales en buena medida son coincidentes con las reservadas a las leyes orgánicas. Serían de cita pertinente, por tanto, los artículos 81.1 y 86.1 de la Constitución.

Asimismo, sería pertinente la cita del artículo 122 de la Constitución, el cual establece que “la Ley Orgánica del Poder Judicial determinará la constitución, funcionamiento y gobierno de los juzgados y tribunales, así como el estatuto jurídico de los jueces y magistrados de carrera, que formarán un cuerpo único, y del personal al servicio de la Administración de Justicia”. Es aquí concretamente donde se establece que la materia antes citada está reservada a la ley orgánica y que, en consecuencia, su regulación no puede efectuarse a través de un real decreto-ley ni de una ley ordinaria.

Desde un punto de vista formal, como ya se ha mencionado, ni el precepto ni la norma que lo incorpora disponen la modificación de lo previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Desde un punto de vista material, tampoco parece que exista una afectación directa de tales contenidos ya que el nuevo texto del artículo 3 del Real Decreto-ley 20/2012 se limita a establecer determinadas precisiones para cierto tipo de personal, entre el que se incluye el perteneciente al Cuerpo de Secretarios Judiciales, para la aplicación de la supresión de la paga extraordinaria de diciembre de 2012 prevista por dicho real decreto-ley para el conjunto del personal al servicio del sector público.

La Ley Orgánica del Poder Judicial al regular el “estatuto jurídico” del personal al servicio de la Administración de Justicia, más concretamente del personal del Cuerpo de Secretarios Judiciales, establece los rasgos más característicos y esenciales de este colectivo para garantizar su independencia y su autonomía en el ejercicio de las funciones que le corresponden, incluyéndose en esta regulación la determinación de su sistema retributivo y de los conceptos que tal sistema retributivo incorpora. El nuevo artículo 3 del Real Decreto-ley 20/2012 no altera ni modifica el régimen retributivo de este personal, manteniendo su estructura y sus componentes y limitándose únicamente a determinar el modo en el que se aplica la previsión general para todo el sector público de supresión de la paga extraordinaria o adicional correspondiente al mes de diciembre de 2012.

SEGUNDO. Lo expuesto en el fundamento anterior apunta a que la tacha de inconstitucionalidad alegada, es decir, la invasión de materia propia de ley orgánica por parte de una norma que no tiene tal carácter, no se estaría produciendo en el presente caso. De hecho, más bien parece que el nuevo texto del artículo 3 del Real Decreto-ley 20/2012 lo que modifica realmente no es la Ley Orgánica del Poder Judicial sino la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el pasado año, al ser este el instrumento normativo en el que se fijaba la cuantía de las retribuciones concretas a percibir por parte del personal afectado por tal disposición.

Podrían alegarse otras razones para justificar esta idea, pero tal labor parece innecesaria, habida cuenta de la modificación introducida en la Ley Orgánica del Poder Judicial con posterioridad a la aprobación de la Ley 10/2012 que dejaría sin objeto el eventual procedimiento de inconstitucionalidad que se iniciase si se llegara a considerar fundamentada la invasión por parte de dicha ley de materias propias de ley orgánica. En efecto, mediante Ley Orgánica 8/2012, de 27 de diciembre, se introdujo en la Ley Orgánica de Poder Judicial una nueva disposición transitoria cuadragésima primera con la siguiente redacción:

“Cuadragésima primera. Suspensión de la percepción de la paga extraordinaria del mes de diciembre de 2012.

La supresión de la percepción de la paga extraordinaria del mes de diciembre de 2012 a los miembros del Cuerpo de Secretarios Judiciales y al resto del personal al servicio de la Administración de Justicia tendrá lugar en la forma que establece el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, adecuando dicha paga a fin de que la minoración resultante sea análoga a la de los restantes funcionarios”.

Como se deduce de la lectura de esta nueva disposición transitoria, es la propia Ley Orgánica del Poder Judicial la que asume la medida adoptada por el Real Decreto-ley 20/2012 con el texto de su artículo 3 modificado por la Ley 10/2012, remitiéndose en cuanto a su aplicación a las previsiones concretas establecidas en el real decreto-ley. A juicio de esta Institución, el reconocimiento expreso contenido en la Ley Orgánica del Poder Judicial de esta medida hace innecesaria cualquier consideración adicional sobre la constitucionalidad de la Ley 10/2012 desde la perspectiva de la reserva material de ley orgánica.

TERCERO. En lo que se refiere al supuesto carácter expropiatorio y la consiguiente vulneración, entre otros, de los artículos 9.3 y 33.3 de la Constitución, ya tuvo ocasión de pronunciarse esta Institución a raíz de las numerosas solicitudes de interposición de recurso contra el real decreto-ley, cuyo artículo 3 ahora se modifica. Se recordaba entonces que la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional llevaba a desechar la alegación por cuanto, como ha venido reiterando desde la ya lejana Sentencia 99/1987,

“... en el campo de la relación funcional, el funcionario adquiere y tiene derechos subjetivos que la ley ha de respetar..., pero una cosa es o son esos derechos y otra la pretensión de que aparezcan como inmodificables en su contenido concreto. El funcionario que ingresa al servicio de la Administración

Pública se coloca en una situación jurídica objetiva, definida legal y reglamentariamente y, por ello, modificable por uno u otro instrumento normativo de acuerdo con los principios de reserva de ley y de legalidad, sin que, consecuentemente, pueda exigir que la situación estatutaria quede congelada en los términos en que se hallaba regulada al tiempo de su ingreso..., porque ello se integra en las determinaciones unilaterales lícitas del legislador, al margen de la voluntad de quien entra al servicio de la Administración, quien, al hacerlo, acepta el régimen que configura la relación estatutaria (art. 103.3 CE)”.

El Tribunal Constitucional pone de manifiesto, por tanto, que en el ámbito de las expectativas de derecho, en contraposición con los derechos adquiridos, hay que atender a lo que la legislación establezca en cada momento, puesto que para los empleados públicos su patrimonio jurídico se integra exclusivamente por los derechos que le reconozca el estatuto aplicable en cada momento sin que del mismo se deriven expectativas de que en el futuro se mantenga inalterable tal régimen jurídico.

Entiende esta Institución que con los debidos matices derivados de la función pública trascendental que tienen encomendada los integrantes de los cuerpos al servicio de la Administración de Justicia, que implica la garantía de su independencia económica y la regulación de su estatuto jurídico mediante ley orgánica, la doctrina reseñada es aplicable en sus líneas generales a este colectivo.

Más en concreto y en referencia a los recortes retributivos –como el que aquí subyace en la suspensión de la paga extraordinaria de diciembre de este año- dice el Tribunal en su Auto 184/2011:

“Igualmente por remisión a lo ya decidido en el citado ATC 179/2011, de 13 de septiembre, procede descartar la duda de constitucionalidad planteada en cuanto a la pretendida vulneración del artículo 33 CE en cuanto que el Real Decreto-ley 8/2010 recortaría derechos económicos adquiridos de los funcionarios públicos reconocidos para toda la anualidad presupuestaria por la Ley 26/2009 de Presupuestos Generales del Estado para 2010. En efecto, como ya señalamos en el ATC 179/2011, FJ 7.c) «tal argumento carece de fundamento, por cuanto la reducción de retribuciones impuesta por el artículo 1 del Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, mediante la modificación de los artículos 22, 24 y 28 de la Ley 26/2009, de Presupuestos Generales del Estado para 2010, lo es con efectos de 1 de junio de 2010 respecto de las retribuciones vigentes a 31 de mayo de 2010, esto es, afecta a derechos económicos aún no devengados por corresponder a mensualidades en las que

aún no se ha prestado el servicio público y, en consecuencia, no se encuentran incorporados al patrimonio del funcionario, por lo que no cabe hablar de derechos adquiridos de los que los funcionarios hayan sido privados sin indemnización (art. 33.3 CE), ni de una regulación que afecta retroactivamente a derechos ya nacidos»”.

No puede dejar de observarse, como hacen algunos de los escritos recibidos, que el Real Decreto-ley cuyo artículo 3 modifica la disposición final cuarta de la Ley 10/2012 aquí examinada se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* correspondiente al día 14 de julio de 2012, entrando en vigor al día siguiente de su publicación, igual que la modificación entró en vigor al día siguiente de la suya, que fue el 21 de noviembre, lo que plantea alguna duda respecto a si en esa fecha alguno de los derechos económicos afectados eran tales por haberse ya consolidado o si eran meras expectativas no susceptibles de ser tomadas aquí en consideración. Las pagas extraordinarias, como afirma una reiterada doctrina jurisprudencial (por todas, Sentencia de 21 de abril de 2010 de la Sala de lo Social, Sección Primera, del Tribunal Supremo), “constituyen una manifestación del llamado salario diferido, se devengan día a día, aunque su vencimiento tiene lugar en determinados meses del año, y su importe debe equipararse al salario regularmente percibido por el trabajador, salvo que por norma convencional de carácter prioritario se establezcan exclusiones, o bien, importes específicos”. La indudable naturaleza salarial de las pagas o gratificaciones extraordinarias, tanto en el ámbito del Derecho laboral (art. 31 ET) como en el ámbito de la Función Pública (art. 22 del Estatuto Básico del Empleado Público), y en el presente caso en el artículo 4.3 de la Ley 15/2003 para los miembros de la carrera judicial y fiscal, han llevado a concluir a la jurisprudencia, como ya se ha mencionado, que responden al trabajo efectivamente realizado durante el período al que las mismas hagan referencia, ya sea éste anual o semestral, en razón de lo que puede variar el período de cómputo pero que no altera la naturaleza propia de estas pagas o gratificaciones extraordinarias.

En el presente caso, el artículo 2 del Real Decreto-ley 20/2012, si bien con carácter excepcional, suprime la paga extraordinaria correspondiente al mes de diciembre para el personal del sector público, decisión normativa que entra en vigor el día 15 de julio de 2012 cuando, ya sea en cómputo semestral o anual, el personal afectado había prestado parte de los servicios que retribuye dicha paga. Como antes se ha visto, el Tribunal Constitucional no aceptó la alegación relativa al carácter expropiatorio de alguno de los preceptos del Real Decreto ley 8/2010, que imponían reducciones retributivas para este personal, sobre la base de que tales reducciones afectaban a retribuciones futuras y no a las ya devengadas en razón del período de tiempo trabajado, distinguiendo así lo que eran derechos adquiridos del personal y lo

que eran meras expectativas, para concluir que respecto de las segundas y por su propia naturaleza no era admisible la alegación sobre el carácter expropiatorio de la medida. La aplicación de esta misma doctrina al presente caso podría apuntar hacia una solución diversa de la entonces alcanzada si se entendiera que al menos una parte de la paga o gratificación extraordinaria suprimida correspondía a un período de trabajo que la hubiera ya devengado.

CUARTO. Las reservas a las que se ha hecho referencia en el apartado anterior sobre la medida prevista de supresión de la paga extraordinaria de diciembre deben matizarse al tomar en consideración la previsión contenida en el número 4 del artículo 2 del real decreto-ley modificado, a tenor de la cual las cantidades derivadas de la supresión de la paga extraordinaria y de las pagas adicionales de complemento específico, o pagas adicionales equivalentes, habrán de destinarse en ejercicios futuros a realizar aportaciones a planes de pensiones o contratos de seguro colectivo que incluyan la cobertura de la contingencia de jubilación.

Se trataría entonces no tanto de una supresión cuanto de una suspensión de la retribución diferida que es de por sí la paga extraordinaria, al preverse su ulterior ingreso en los planes de pensiones o contratos de seguro a que acaba de hacerse referencia. Sin embargo, la concreción del precepto no permite deducir si las cantidades a ingresar serán las correspondientes a la paga extraordinaria de cada afectado por su supresión o si, más genéricamente, lo previsto es destinar la cuantía global ahorrada con la supresión a esas aportaciones, aunque sin correspondencia con las detracciones realizadas a cada empleado público.

Si esta última interpretación del precepto es la correcta, no quedan despejadas las dudas antes referidas ni cabe excluir tampoco taxativamente que la previsión examinada suponga una restricción o limitación de derechos con carácter retroactivo de incierta compatibilidad con el artículo 9.3 de la Constitución. Además, pueden plantearse problemas en relación con el principio de igualdad dado que no todos los empleados públicos, ni siquiera todos los funcionarios públicos, son titulares de esos fondos de pensiones o contratos de seguro colectivo en los que en algún momento compensar la pérdida económica que supone la supresión de la paga extraordinaria de diciembre de este año 2012.

A todo ello hay que añadir que la previsión de la norma está sometida -sin mayores concreciones- “a lo establecido en la Ley Orgánica 2/2012 de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera”, y que se aplicará cuando proceda “en los términos y con el alcance que se determine en las correspondientes leyes de presupuestos”. Como resulta de todo punto evidente, los aspectos hasta aquí

reseñados ponen de manifiesto la fragilidad, la debilidad y la inconcreción de esta incierta garantía en relación con la certeza inmediata de la pérdida de la paga extraordinaria o equivalente del personal al servicio del sector público.

Ahora bien, las dudas suscitadas -al margen de la decisión de otros sujetos legitimados de interponer recurso de inconstitucionalidad frente a la medida general de supresión de la paga extraordinaria prevista en el artículo 2 del Real Decreto-ley 20/2012- no son suficientes para fundamentar el ejercicio responsable por parte de esta Institución de la acción de inconstitucionalidad solicitada. Por ello, se decidió en su momento no atender a las numerosas solicitudes de interposición de recurso contra el real decreto-ley citado y en su lugar se consideró procedente dar traslado de cuanto antecede a la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas recomendando la interpretación de las previsiones del real decreto-ley, de manera que se restringiese su aplicación a la cuantía no devengada de la paga extraordinaria referida al momento de su publicación e instando, asimismo, la concreción del destino de las cantidades derivadas de la supresión de la misma y la habilitación de fórmulas adicionales a las previstas de manera que puedan beneficiarse de ellas la totalidad de los empleados públicos afectados por la supresión de la paga.

La Secretaría de Estado ha rechazado ambas recomendaciones, reconociendo únicamente el derecho a la parte proporcional de la paga extra al personal al que por cualquier causa (baja, cese, cambio de situación administrativa, etc.) se hubiera practicado una liquidación de haberes entre los días 1 de junio y 14 de julio de 2012. La Secretaría de Estado únicamente aduce, para justificar su rechazo, que “como consecuencia de la supresión de la paga extraordinaria y adicional quedan derogadas, con efectos de 15 de julio y para 2012, por imposible aplicación respecto de dicha paga, cualquier norma referida al devengo de la misma”.

Esta Institución ha expresado su desacuerdo a la Secretaría de Estado en los términos contenidos en el escrito remitido a dicho centro directivo en fecha 21 de diciembre de 2012 y que puede consultar en el siguiente enlace:

[http://www.defensordelpueblo.es/es/Prensa/Institucional/Documentos/rechazada\\_recomendacion.pdf](http://www.defensordelpueblo.es/es/Prensa/Institucional/Documentos/rechazada_recomendacion.pdf)

Conforme a todo ello, se considera que concurre en el presente caso el supuesto previsto en el artículo 30.2 de la Ley Orgánica 3/1981, ya que siendo posible una solución positiva a juicio de esta Institución no se ha obtenido ésta, por lo que se incluirá este asunto en el próximo informe anual que se presente ante las Cortes Generales, de acuerdo con lo previsto en el precepto citado.

**Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social**

Mediante escrito que tuvo su entrada en esta Institución el día 11 de febrero de 2013, una ciudadana particular solicitó del Defensor del Pueblo el ejercicio de su legitimación para la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 3.2 de la Ley 13/2012.

El precepto de esa Ley 13/2012, contra el que se solicita la interposición del recurso, da una nueva redacción al artículo 9 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en el que se establecen las obligaciones de auxilio y colaboración con la mencionada inspección.

La solicitante de interposición de recurso afirmaba, sin mayores concreciones, que de los artículos 30 y 31 de la Constitución se deriva el derecho de los ciudadanos a que no se les imponga “ningún deber de colaboración”, aludiendo para ello a la Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1990, de cuya doctrina deduce que la imposición de tales obligaciones ha de restringirse a aquellos supuestos en los que sin tal colaboración resulte prácticamente imposible el cumplimiento de los fines constitucionales. A juicio de la solicitante de recurso esta circunstancia no se da en la norma que cuestiona, al establecer la obligación de colaboración, en concreto, para “las autoridades, cualquiera que sea su naturaleza”; “las demás entidades públicas; “quienes, en general, ejerzan funciones públicas”, y “Cámaras, Corporaciones, Colegios y Asociaciones profesionales”, sin especificar ni razonar por qué estos supuestos concretos, y no otros de los previstos en la norma, se consideran inconstitucionales.

***Fundamento único de la resolución***

PRIMERO. No es cierto, como afirma la solicitante de recurso, que de los artículos 30 y 31 de la Constitución se derive el derecho de los ciudadanos a que “no se les imponga ningún deber de colaboración”. El establecimiento de prestaciones personales de carácter público y, más en general, el establecimiento de deberes y obligaciones no sólo no está prohibido sino que está expresamente autorizado por la Constitución, siempre y cuando tales prestaciones se regulen mediante ley (art. 31.3) que es el vehículo normativo idóneo para regular el ejercicio de los derechos y libertades (art. 53). Por tanto, es perfectamente legítimo que el legislador restrinja ciertos ámbitos de libertad -como ocurre siempre que se establecen obligaciones, ya sean de hacer o de abstención- para la salvaguardia de otros derechos o intereses legítimos. Otra cuestión distinta es que esas restricciones, además de impuestas por la

ley y no por otro medio, deban ser las mínimas imprescindibles para alcanzar la finalidad que las justifica y que respeten los restantes límites constitucionales, y en particular el contenido mínimo y esencial de los derechos afectados.

En el presente caso, la función que el ordenamiento jurídico asigna a la Inspección de Trabajo -la garantía del respeto a la legislación del orden social y, por ende, a los derechos de los trabajadores- justifica sobradamente la imposición de deberes a quienes el legislador considera que han de cooperar para posibilitar y facilitar la tarea encomendada a la Inspección.

Como se deduce claramente de la lectura del precepto, las obligaciones de auxilio y colaboración que se establecen en el apartado de la norma antes transcrito hacen referencia única y exclusivamente a autoridades, organizaciones y entidades que ejercen funciones públicas o a entidades de naturaleza corporativa o asociativa que representen intereses profesionales o sociales de sus integrantes, sin establecer deber alguno a sujetos particulares. Por otra parte, la colaboración se circunscribe al suministro de datos, informes y antecedentes con trascendencia para la Inspección y no a cualesquiera otros y, además, el deber de auxilio y colaboración se somete a los límites legales relativos a la intimidad de la persona, al secreto de la correspondencia y al secreto estadístico y a la protección de datos personales.

No parece pues que la imposición de estos deberes de auxilio y colaboración en los términos en que lo hace la ley infrinja precepto alguno de la Constitución, siendo tales deberes, a juicio de esta Institución, razonables y proporcionados en relación con el fin que los justifica.

**Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética, y Real Decreto-ley 2/2013, de 1 de febrero, de medidas urgentes en el sistema eléctrico y en el sector financiero**

Mediante escrito suscrito por el interesado, en nombre y representación de una organización especializada en cuestiones energéticas, presentado ante esta Institución el día 25 de febrero de 2013, se solicitó la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, y contra el Real Decreto-ley 2/2013, de 1 de febrero, por considerar que el impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica contraría el principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 de la Constitución española.

***Fundamento único de la resolución***

La solicitud de recurso de inconstitucionalidad va dirigida contra dos normas con un elemento común, cual es las consecuencias económicas de su aplicación para los productores de energía fotovoltaica. De un lado, la creación de un nuevo tributo dirigido a la producción e incorporación al sistema eléctrico de energía eléctrica medida en barras de central, con independencia de su origen y, de otro la limitación de la actualización de retribuciones. El único argumento aportado en parámetros de constitucionalidad es el posible incumplimiento de los principios contenidos en el artículo 9.3.

En primer término nos vamos a referir al principio de seguridad jurídica que, según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, es “suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad”, es una suma de estos principios equilibrada de tal suerte que permite promover en el orden jurídico la justicia y la igualdad en libertad (STC 27/1981; 99/1987; 227/1988; 150/1990) aunque ello no quiere decir que no tenga valor en sí mismo (STC 99/1987; 225/1998).

Cuando se alude a la seguridad jurídica hay que referirse a la certeza de la norma y en la norma, así lo ha entendido el Tribunal Constitucional, en Sentencia 104/2000, cuyo fundamento jurídico 7º, dice textualmente:

"Es decir, la seguridad jurídica entendida como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados, como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho, como la claridad del legislador y no la confusión normativa. En suma, sólo si, en el ordenamiento

jurídico en que se insertan y teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma infringe el principio de seguridad jurídica"(FJ 7º).

En el caso concreto que se analiza ambas normas están claramente formuladas y formalmente publicadas, luego no generan incertidumbre sobre el régimen a aplicar. Es más, en un contexto económico como el actual no es imprevisible que se pretenda no sobrecargar las economías domésticas, razón aludida por el legislador como fundamento de la reforma. Además, hay que tener en cuenta que el riesgo regulatorio de las energías renovables que cuentan con una prima siempre está presente, al margen de otras vías de compensación o solución.

Este principio de seguridad jurídica no constituye un valor absoluto, admitiendo el Tribunal Constitucional los cambios normativos sin que por ello se produzca su vulneración, así en Sentencia 126/1987, llega a la conclusión de que el principio de seguridad jurídica no puede entenderse como un derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen fiscal, en los siguientes términos:

“Ahora bien, el principio de seguridad jurídica no puede erigirse en valor absoluto por cuanto daría lugar a la congelación del ordenamiento jurídico existente, siendo así que éste, al regular relaciones de convivencia humana, debe responder a la realidad social de cada momento como instrumento de perfeccionamiento y de progreso” (FJ 11º).

De acuerdo con dicha doctrina no se infringe el principio de seguridad jurídica porque el legislador lleve a cabo modificaciones en las normas legales, pues “la potestad legislativa no puede permanecer inerte e inactiva ante la realidad social y las transformaciones que la misma impone” (STC 70/1988; 99/1987). El respeto que merece el campo de acción del legislador y las posibilidades de reforma del ordenamiento, propios de un Estado social y democrático de Derecho, hacen que, aun en la hipótesis de existencia de un derecho subjetivo y con más razón tratándose de expectativas, no podrá invocarse el principio de seguridad jurídica para hacerlos valer frente al legislador (STC 108/1986).

Una vez sentado que las modificaciones introducidas, no infringen el principio de seguridad jurídica se abordan las manifestaciones más estrictas de este principio,

como son la arbitrariedad en que pueden incurrir las normas y la irretroactividad prohibida por el artículo 9.3, invocada por el interesado.

Si bien el compareciente no hace alusión expresa a la posible arbitrariedad de la norma, esta resolución quedaría incompleta sin una mención a la misma, pues del escrito presentado se percibe una alusión a su transgresión. En este sentido, el Tribunal Constitucional es cauteloso al momento de enjuiciar los actos del legislador desde la arbitrariedad, señalando que “el control de constitucionalidad de las leyes debe ejercerse de forma que no imponga constricciones al poder legislativo y respete sus opciones políticas” no debiendo olvidarse el dogma básico de todo el sistema democrático según el cual la ley es expresión de la voluntad popular, como concretamente dice el Preámbulo de la Constitución (STC 108/1986). No puede considerarse arbitraria una norma por el mero hecho de mantener una discrepancia con el legislador. En palabras del propio Tribunal Constitucional:

“Consiguientemente, si el poder legislativo opta por una configuración legal de una determinada materia o sector del ordenamiento -en este caso, público- no es suficiente la mera discrepancia política -ínsita en otra opción- para tachar a la primera de arbitraria, confundiendo lo que es arbitrio legítimo con capricho, inconsecuencia o incoherencia creadores de desigualdad o de distorsión en los efectos legales, ya en lo técnico legislativo, ora en situaciones personales que se crean o estimen permanentes. Ello habría que razonarlo en detalle y ofrecer, al menos, una demostración en principio convincente” (STC 99/1987, FJ 4º).

No se ofrece en el escrito de solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad razonamiento alguno de los motivos por los que se considera que las nuevas normas incurren en irretroactividad prohibida por el artículo 9.3 CE. Más bien parece que se hace una reflexión sobre la modificación sufrida por el régimen de producción de energía fotovoltaica en los últimos años, que ha supuesto que las perspectivas económicas creadas en 2007 se hayan visto reducidas.

La reiterada doctrina del Tribunal Constitucional distingue tres tipos de retroactividad: a) retroactividad de grado máximo, aplicación de la nueva norma a la relación o situación básica creada bajo el imperio de la norma antigua y a todos sus efectos consumados o no; b) retroactividad de grado medio, aplicación de la nueva norma a los efectos nacidos con anterioridad pero aún no consumados o agotados, y c) retroactividad de grado mínimo, cuando la norma sólo tiene efectos para el futuro, aunque la relación o situación básica haya surgido conforme a la anterior (por todas, STC 330/2005).

Lo que prohíbe el artículo 9.3 es la retroactividad entendida como incidencia en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos en cuanto a su proyección hacia el futuro no pertenece al campo estricto de la retroactividad sino al de la protección que tales derechos, en su caso, hayan de recibir (SSTC 42/1986; 108/1986; 65/1987; 99/1987; 227/1988; 97/1990; 199/1990). El artículo 9.3 no impide la incidencia de la nueva norma, en cuanto a su proyección hacia el futuro, en derechos en curso de adquisición, con base en una legislación anterior que la nueva deroga (70/1988; 134/1987; 97/1990).

Esta línea interpretativa se ha mantenido en el tiempo, entre otras en las SSTC 112/2006, FJ 17 y 389/2008, FJ 4, que dicen:

“El tema del fundamento y alcance de la prohibición de retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, prevista en el artículo 9.3 CE, ha sido tratado repetidas veces por este Tribunal Constitucional en una jurisprudencia que ha venido a matizar dichos fundamento y alcance. A los exclusivos efectos de resolver las cuestiones relacionadas con aquéllos, y planteadas por los recurrentes, conviene recordar que hemos dicho que la interdicción absoluta de cualquier tipo de retroactividad conduciría a situaciones congeladoras del ordenamiento contrarias al artículo 9.2 CE (por todas, SSTC 6/1983, de 4 de febrero, F 3, y 126/1987, de 16 de julio, F 11) y que dicha regla de irretroactividad no supone la imposibilidad de dotar de efectos retroactivos a las leyes que colisionen con derechos subjetivos de cualquier tipo, sino que se refiere a las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas o en la esfera general de protección de la persona (por todas, STC 42/1986, de 10 de abril, F 3). Por otra parte, lo que se prohíbe es la retroactividad, entendida como incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la retroactividad, sino al de la protección que tales derechos, en el supuesto de que experimenten alguna vulneración, hayan de recibir (por todas, SSTC 42/1986, de 10 de abril, F 3, y 97/1990, de 24 de mayo, F 4). El precepto constitucional, de este modo, no permitiría vigencias retroactivas que produzcan resultados restrictivos o limitaciones de los derechos que se habían obtenido en base a una legislación anterior (STC 97/1990, de 24 de mayo, F 5), aunque, sin embargo, la eficacia y protección del derecho individual –nazca de una relación pública o de una privada– dependerá de su naturaleza y de su asunción más o menos plena por el sujeto, de su ingreso en el patrimonio del individuo, de manera que la irretroactividad sólo es aplicable a los derechos

consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados y expectativas (por todas, SSTC 99/1987, de 11 de junio, F 6 b), o 178/1989, de 2 de noviembre, F 9), de lo que se deduce que sólo puede afirmarse que una norma es retroactiva, a los efectos del artículo 9.3 CE, cuando incide sobre «relaciones consagradas» y afecta a «situaciones agotadas» (por todas, STC 99/1987, de 11 de junio, F 6 b).

Resulta relevante, igualmente, para el caso que nos ocupa, recordar que hemos establecido (por todas, SSTC 126/1987, de 16 de julio, F 11, y 182/1997, de 28 de octubre, F 11) una distinción entre aquellas disposiciones legales que con posterioridad pretenden anudar efectos a situaciones de hecho producidas o desarrolladas con anterioridad a la propia ley, y ya consumadas, que hemos denominado de retroactividad auténtica, y las que pretenden incidir sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales aún no concluidas, que hemos llamado de retroactividad impropia. En el primer supuesto –retroactividad auténtica– la prohibición de retroactividad operaría plenamente y sólo exigencias cualificadas del bien común podrían imponerse excepcionalmente a tal principio. En el segundo –retroactividad impropia– la licitud o ilicitud de la disposición resultaría de una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso teniendo en cuenta, de una parte, la seguridad jurídica y, de otra, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico, así como las circunstancias concretas que concurren en el caso.”

Son múltiples y diversas las referencias constitucionales al interés general como legitimador del sacrificio de algunos derechos y como base para la intervención pública en la sociedad y los mercados y fundamento de la legislación. En aras precisamente del bien común el Tribunal Constitucional admite el incumplimiento de algunos principios, así la STC 176/2011, FJ 5, reconoce:

“En particular, en los supuestos de retroactividad «auténtica» la doctrina de este Tribunal ha venido afirmando que «sólo cualificadas excepciones» podrían oponerse al principio de seguridad jurídica (STC 197/1992, de 19 de noviembre, F 4), por lo que la licitud o ilicitud de la disposición y, por tanto, el sacrificio de ese principio, dependerá de la concurrencia o no de exigencias cualificadas «del bien común» (STC 126/1987, de 16 de julio, F 11) o de «interés general» (STC 182/1997, de 20 de octubre, F 11 d), razón por la cual, pueden reputarse conformes con la Constitución modificaciones con cualquier grado de retroactividad cuando «existieran claras exigencias de interés general» (STC 173/1996, de 31 de octubre, F 5 C)”.

Por último, para que una norma pueda ser expulsada del ordenamiento jurídico por ser tachada de inconstitucional, ha de no encajar en la Constitución de forma indubitada, pues si es posible una interpretación *secundum constitutionem* el precepto debe mantenerse, así lo ha entendido el Tribunal Constitucional, entre otras, en Sentencia 138/2005, cuyo fundamento jurídico 5º dice:

“(…) este Tribunal ha declarado reiteradamente que, en virtud del principio de conservación de la ley, sólo cabe declarar la inconstitucionalidad de aquellos preceptos «cuya incompatibilidad con la Constitución resulte indudable por ser imposible llevar a cabo una interpretación conforme a la misma» (SSTC 111/1993, y las que en ella se citan, o 24/2004). Y que puesto que «la validez de la ley ha de ser preservada cuando su texto no impide una interpretación adecuada a la Constitución» (STC 108/1986), será preciso explorar las posibilidades interpretativas del precepto cuestionado, por si hubiera alguna que permitiera salvar la primacía de la Constitución (SSTC 76/1996 y 233/1999)”.

Por todo ello y en base a las consideraciones que anteceden, la Defensora del Pueblo ha estimado conveniente no interponer recurso de inconstitucionalidad.

**Ley 16/2012, de 27 de diciembre, que adopta diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica**

Un ciudadano solicitó del Defensor del Pueblo la interposición de recursos de inconstitucionalidad contra el artículo 19 de la Ley 16/2012, de 27 de diciembre, y contra el Decreto-ley de Cataluña 5/2012, de 18 de diciembre, del impuesto sobre los depósitos en entidades de crédito.

Alega el compareciente la falta de respeto al sistema competencial, establecido en la Constitución y en los Estatutos de autonomía, de la norma que crea el Impuesto sobre los Depósitos en las Entidades de Crédito y enerva su tributación con la cuota 0.

***Fundamentos de la resolución***

PRIMERO. En primer término respecto a la solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad contra el Decreto-ley de Cataluña 5/2012, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre depósitos en las entidades de crédito, hay que señalar que ha sido objeto de impugnación por el Presidente del Gobierno ante el Tribunal Constitucional. La Providencia de dicho Tribunal de 15 de enero de 2013 ha admitido a trámite el recurso con el número 7279-2012, en la que a su vez acuerda la suspensión de su vigencia y aplicación desde el día 28 de diciembre de 2012, por lo que esta Institución no se va a pronunciar sobre esta cuestión. El motivo de esta decisión radica en que son idénticos los planteamientos efectuados para solicitar la impugnación y los alegados ante el Tribunal Constitucional.

SEGUNDO. Se abordan a continuación las alegaciones sobre la Ley 16/2012, de 27 de diciembre. Los preceptos constitucionales y del bloque de constitucionalidad, cuya infracción se invoca, hacen referencia a las competencias tributarias de las comunidades autónomas, que han sido limitadas por el artículo 19 de dicha ley. En este sentido, hay que señalar que, en supuestos como el presente, en que la eventual tacha de inconstitucionalidad se circunscribe a la invasión de competencias de las comunidades autónomas por parte del Estado, la institución del Defensor del Pueblo tiene como criterio no intervenir haciendo uso de su legitimación para interponer recurso de inconstitucionalidad -a no ser que la cuestión afecte de modo directo al ejercicio de algunos derechos o libertades fundamentales que contiene el título I de la Constitución española-, ya que, de acuerdo con el artículo 32 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, para la defensa de sus propias competencias están legitimados los órganos colegiados ejecutivos y las Asambleas de las Comunidades Autónomas.

Por otra parte, hay que tener presente que, de acuerdo con el artículo 133.1 de la Constitución la potestad originaria para establecer tributos corresponde al Estado y que es responsabilidad del propio Estado garantizar el equilibrio económico general para lo cual puede adoptar las medidas necesarias. Así lo explica el Tribunal Constitucional en Sentencia 62/2001, fundamento jurídico 4, de la siguiente forma:

“Con base en el principio de coordinación delimitado por la LOFCA cabe, pues, justificar que el Estado acuerde una medida unilateral con fuerza normativa general susceptible de incidir en las competencias autonómicas en materia presupuestaria, siempre que aquélla tenga una relación directa con los mencionados objetivos de política económica”.

En cuanto a la constitucionalidad de la limitación de la potestad tributaria de las comunidades autónomas, el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse en numerosas sentencias, entre otras en la STC 49/1995, en el siguiente sentido:

“... la potestad tributaria de las Comunidades Autónomas no se configura constitucionalmente con carácter absoluto, sino que aparece sometida a límites intrínsecos y extrínsecos que no son incompatibles con el reconocimiento de la realidad constitucional de las Haciendas autonómicas, entre cuyos límites algunos son consecuencia de la articulación del ámbito competencial-material y financiero correspondiente al Estado y a las comunidades autónomas. Así, la subordinación a los principios proclamados por el artículo 156.1 de la CE (coordinación con la Hacienda estatal y de solidaridad con todos los españoles) a los que hay que añadir los que resultan respecto de los impuestos propios de las comunidades autónomas de los artículos 157.2 de la CE y 6.9 de la LOFCA”.

Este amplio margen concedido por la Constitución al Estado para el establecimiento de nuevos tributos se refleja en la Sentencia 162/2012, cuyo fundamento jurídico 3º, señala:

“... el Estado «goza de amplio margen de configuración, pudiendo en principio establecerlos sobre cualquier fuente de capacidad económica, en ejercicio de su competencia para establecer y regular tributos (arts. 133.1 y 149.1.14.ª CE). El hecho de que la materia juego y apuestas sea de competencia exclusiva de las comunidades autónomas en sus respectivos territorios debe ser deslindado del ámbito competencial en materia tributaria, pues la competencia material no

incide sobre la potestad del Estado para establecer impuestos que tomen como base la capacidad económica puesta de manifiesto por esta actividad económica, aunque de acuerdo con la doctrina *ut supra* citada (SSTC 37/1981; 149/1991; 204/2002) sí pudiera en determinadas circunstancias, limitar el establecimiento de las tasas, por estar estas vinculadas estrechamente al ejercicio de competencias materiales»”.

Continúa el mismo fundamento jurídico:

“... es evidente que forma parte de la libertad de configuración del legislador estatal, con respecto de estos impuestos, la regulación del hecho imponible que se lleva a cabo en el art. 36 aquí impugnado, lo que es coherente con la propia regulación de las tasas sobre rifas, como parte de los «tributos sobre el juego», y su configuración en el bloque de la constitucionalidad como impuesto cedido, que la recurrente no ha cuestionado en ningún momento”.

De ello se deduce que el Estado en ejercicio de su competencia originaria para crear nuevos tributos cuenta con unas facultades amplias. En este marco el Estado ha creado un impuesto con una finalidad diferente de la tributaria, pues busca un tratamiento común en todo el territorio para el buen funcionamiento del sistema financiero, ha establecido un impuesto con un objeto no recaudatorio cual es, según al apartado XII del preámbulo de la ley “... asegurar un tratamiento fiscal armonizado que garantice una mayor eficiencia en el funcionamiento del sistema financiero”; y sobre la constitucionalidad de los impuestos con fines no fiscales el Tribunal Constitucional, en Sentencia 37/1987, fundamento jurídico 13, ha dicho:

“Es cierto que la función extrafiscal del sistema tributario estatal no aparece explícitamente reconocida en la Constitución, pero dicha función puede derivarse directamente de aquellos preceptos constitucionales en los que se establecen principios rectores de política social y económica (señaladamente, artículos 40.1 y 130.1), dado que tanto el sistema tributario en su conjunto como cada figura tributaria concreta forman parte de los instrumentos de que dispone el Estado para la consecución de los fines económicos y sociales constitucionalmente ordenados. Por otra parte, dicha función está expresamente enunciada en el artículo 4 de la vigente Ley General Tributaria, según el cual «los tributos, además de ser medios para recaudar ingresos públicos, han de servir como instrumentos de la política económica general, atender a las exigencias de estabilidad y progreso sociales y procurar una mejor distribución de la renta nacional». A ello no se opone tampoco el principio de capacidad económica establecido en el art. 31.1 de la Constitución, pues el

respeto a dicho principio no impide que el legislador pueda configurar el presupuesto de hecho del tributo teniendo en cuenta consideraciones extrafiscales. (...) Es constitucionalmente admisible que el Estado, y las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias, establezcan impuestos que, sin desconocer o contradecir el principio de capacidad económica o de pago, respondan principalmente a criterios económicos o sociales orientados al cumplimiento de fines o a la satisfacción de intereses públicos que la Constitución preconiza o garantiza”.

También en el mismo sentido se pronuncia la Sentencia 186/1993, fundamento jurídico 4º, cuando dice:

"... que constitucionalmente nada cabe objetar a que, en general, a los tributos pueda asignárseles una finalidad extrafiscal y a que, ya más en particular, las Comunidades Autónomas puedan establecer impuestos con ese carácter, si bien ello ha de realizarse dentro del marco de las competencias asumidas y respetando las exigencias y principios derivados directamente de la Constitución española”.

En esta misma línea, el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 3º de la Sentencia 179/2006, entre otras, tras hacer referencia a que la potestad tributaria de las Comunidades Autónomas no se configura con carácter absoluto, se pronuncia sobre la constitucionalidad de los tributos como vehículos de la política económica, tanto los que establece el Estado como las Comunidades Autónomas, de la siguiente forma:

“Por otra parte conviene señalar que ya el artículo 4 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, general tributaria, preveía que los tributos «además de ser medios para recaudar ingresos públicos, han de servir como instrumento de la política económica general, atender a las exigencias de estabilidad y progresos sociales y procurar una mejor distribución de la renta nacional». Hoy es el artículo 1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria, el que reconoce que «los tributos, además de ser medios para obtener los recursos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos, podrán servir como instrumento de la política económica general y atender a la realización de los principios y fines contenidos en la Constitución». Es decir, el tributo puede no ser sólo una fuente de ingresos, una manera de allegar medios económicos a los entes territoriales para satisfacer sus necesidades financieras (fin fiscal), sino que, también, puede responder a políticas sectoriales distintas de la puramente recaudatoria (fin extrafiscal), esto es, el legislador puede «configurar

el presupuesto de hecho del tributo teniendo en cuenta consideraciones básicamente extrafiscales»”.

Las anteriores razones, habida cuenta de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional sobre los tributos con fines extrafiscales y la amplia potestad del Estado para actuar en este campo, como es el presente caso, llevan a considerar la improcedencia de la intervención de esta Institución en el asunto planteado, además de las razones indicadas al inicio de este fundamento.

## **Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013**

Mediante escrito presentado en esta Institución el 26 de febrero de 2013, un ciudadano solicitó del Defensor del Pueblo la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra el apartado cinco del artículo 6; el uno del artículo 13; el artículo 53, y el apartado dos b) del artículo 54 de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre. Se alegaba la inconstitucionalidad por arbitrariedad de la inclusión en los Presupuestos Generales del Estado para el año 2013 de la previsión de ingresos y gastos de la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria (Sareb). También se consideraba que dicha norma es contraria a la igualdad y al derecho de propiedad de los contribuyentes.

La desestimación de la solicitud se fundamentó en los motivos que a continuación se transcriben:

### ***Fundamentos de la resolución***

PRIMERO. La cuestión planteada gira en torno a la inclusión en la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, de la autorización de gastos y obligaciones que conlleva el Fondo de Reestructuración Bancaria (FROB) y la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria (SAREB), por lo que antes de abordar las alegaciones efectuadas por el interesado en su escrito de solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la citada ley, hay que hacer obligada referencia al contenido de estas leyes especiales y a la libertad del legislador en sus decisiones.

El artículo 134 CE se refiere a las leyes de presupuestos con una función específica y definida: son las leyes que cada año aprueban los Presupuestos Generales del Estado incluyendo la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal y la consignación del importe de los beneficios fiscales que afecten a los tributos del Estado.

En términos del artículo 32 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, los Presupuestos Generales del Estado “constituyen la expresión cifrada, conjunta y sistemática de los derechos y obligaciones a liquidar durante el ejercicio por cada uno de los órganos y entidades que forman parte del sector público estatal”. Por su parte el artículo 2 de la mencionada Ley detalla los organismos,

entidades, sociedades, fundaciones y consorcios que forman parte del sector público estatal. Por consiguiente, formando parte el FROB y la SAREB del sector público estatal, también es obligado incluir las obligaciones económicas que conllevan en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013. Pero la Ley de Presupuestos, además de la expresión contable del Estado, sirve para la adopción de decisiones de carácter político, sin que por ello se vea afectada la Constitución, en este sentido ha sido calificada por el Tribunal Constitucional como “vehículo de dirección y orientación de la política económica” (STC 27/1981, F 2 y 65/1987, F 4).

Existe un importante acuerdo doctrinal en considerar la actividad de gasto público como una actividad de naturaleza política, pues las necesidades del Estado son cambiantes. En el ámbito de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha admitido la discrecionalidad política en las decisiones sobre el gasto, en concreto en la STC 134/1987, fundamento jurídico 7, que dice:

“Se trata de objetivos de la acción legislativa, en que no se puede olvidar que las medidas económicas que en cada momento existen para alcanzarlos son limitadas y que corresponde al legislador determinar su aplicación sin que pueda este Tribunal Constitucional censurar la acción legislativa salvo que traspasen los límites que a esa acción establece la Norma suprema. En este caso no se prueba que ello haya ocurrido, con independencia, claro está, del juicio de oportunidad que esa acción merezca en cada momento, juicio que, como es notorio, cae fuera de la jurisdicción de este Tribunal”.

Esta argumentación se vuelve a reiterar con mayor contundencia en la STC 13/1992, cuyo fundamento jurídico 2 dice textualmente:

“Y, de otra, evitar asimismo que la extremada prevención de potenciales ingerencias competenciales acabe por socavar las competencias estatales en materia financiera, el manejo y la disponibilidad por el Estado de sus propios recursos y, en definitiva, la discrecionalidad política del legislador estatal en la configuración y empleo de los instrumentos esenciales de la actividad financiera pública”.

De lo anterior se deduce que la Ley de Presupuestos Generales como vehículo de dirección de la política económica ha incluido la habilitación de gastos para 2013 de todo el sector público, entre el que se encuentra el FROB, lo que el interesado estima inconstitucional.

SEGUNDO. Una vez centrada la pretensión y siguiendo el orden establecido en los antecedentes de esta resolución en primer término se aborda la posible afección de los artículos 1, 9.1, 9.3 y el artículo 10.1 de la Constitución. En realidad la posible infracción de los citados preceptos tiene un núcleo común pues se refieren al necesario respeto de la norma suprema por el legislador, para lo cual tiene que tener presente los valores superiores del ordenamiento jurídico, ya que en caso contrario incurre en arbitrariedad, que es lo que estima el interesado que ha sucedido con la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013.

El Tribunal Constitucional es cauteloso cuando analiza los actos del legislador en relación con el respeto al principio de interdicción de la arbitrariedad del artículo 9.3 CE, señalando que “el control de la constitucionalidad de las leyes debe ejercerse de forma que no imponga constricciones indebidas al poder legislativo y respete sus opciones políticas”, no debiendo olvidarse el dogma básico de todo sistema democrático según el cual la ley es expresión de la voluntad popular, como dice el preámbulo de la Constitución. Si el poder legislativo opta por una configuración legal de determinada materia o sector del ordenamiento, no es suficiente la mera discrepancia política para tachar aquella de arbitraria. En palabras del propio Tribunal Constitucional, STC 239/1992, FJ 5:

“Ahora bien, como este Tribunal ha declarado reiteradamente (SSTC 27/1981, 66/1985, 99/1987, 227/1988, entre otras), «la noción de arbitrariedad no puede ser utilizada por la jurisprudencia constitucional sin introducir muchas correcciones y matizaciones en la construcción que de ella ha hecho la doctrina del Derecho administrativo, pues no es la misma la situación en la que el legislador se encuentra respecto de la Constitución, que aquella en la que se halla el Gobierno, como titular del poder reglamentario, en relación con la ley». Al contrario, la ley es la expresión de la voluntad popular y, si bien es cierto que el legislador también «está sujeto a la Constitución y es misión de este Tribunal velar por que se mantenga esa sujeción (...) ese control de la constitucionalidad de las leyes debe ejercerse, sin embargo, de forma que no imponga constricciones indebidas al poder legislativo y respete sus opciones políticas. El cuidado que este Tribunal ha de tener para mantenerse dentro de los límites de ese control ha de extremarse cuando se trata de aplicar preceptos generales e indeterminados, como es el de interdicción de la arbitrariedad» (STC 108/1986). Dicho de otra manera, «si el poder legislativo opta por una configuración legal de una determinada materia o sector del ordenamiento (...), no es suficiente la mera discrepancia política -ínsita en otra opción- para tachar a la primera de arbitraria, confundiendo lo que es arbitrio legítimo con capricho, inconsecuencia o incoherencia creadores de desigualdad o distorsión en los

efectos legales» (STC 99/1987). Por eso, al examinar un precepto legal impugnado desde este punto de vista, «el análisis se ha de centrar en verificar si tal precepto establece una arbitrariedad, o bien, si aun no estableciéndola, carece de toda explicación racional, lo que también evidentemente supondría una arbitrariedad, sin que sea pertinente un análisis a fondo de todas las motivaciones posibles de la norma y de todas sus eventuales consecuencias» (SSTC 108/1986 y 65/1990). En todo caso, quien alega la arbitrariedad de la ley debe, conforme a sus criterios, razonarlo en detalle y ofrecer una demostración en principio convincente.

Aplicando esta doctrina general al artículo 5.1.c) de la Ley 7/1988 de la Asamblea Regional de Murcia, es claro que tal precepto no vulnera el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Primero, porque no genera ninguna discriminación constitucionalmente inaceptable, pues, aunque es cierto que establece una desigualdad con los llamados a participar en los órganos rectores de las Cajas de Ahorro en otras comunidades autónomas, dicha desigualdad se justifica precisamente por la autonomía del legislador regional, que puede extenderse a regular de la manera que considere más conveniente para su Comunidad los porcentajes de participación de los distintos grupos básicos de representación, tal y como declaramos en SSTC 48/1988 y 49/1988 sin afectar por ello a las posiciones jurídicas fundamentales de todos los ciudadanos. En segundo término, porque no puede decirse que la opción del legislador murciano carezca de fundamento desde el punto de vista de la finalidad de democratización de las Cajas de Ahorro que le impone la normativa básica. Así, lo cierto es que ni atribuye a un solo grupo de representación una situación de predominio frente a los demás, ni priva al grupo de impositores de una presencia significativa, aunque minoritaria, ni deja de tener explicación desde aquella óptica democratizadora y participativa que se incrementa la representación de las Entidades fundadoras, máxime cuando, como los recurrentes apuntan, se está pensando en una Entidad que tiene su propia legitimación democrática. En realidad, lo que los recurrentes discuten es la proporcionalidad de los porcentajes de participación asignados a cada grupo. Pero, como dijéramos a este respecto en la STC 49/1988 «entrar en un enjuiciamiento de cuál sería su medida justa supone discutir una opción tomada por el legislador que, aunque pueda ser discutible, no resulta arbitraria ni irracional».

De todo lo cual se deduce que, en principio, el legislador goza de un amplio margen de decisión y el hecho de no compartir su criterio no significa que la norma incurra en arbitrariedad. Según el Tribunal Constitucional cuando se examina un

determinado precepto legal desde la perspectiva de la supuesta arbitrariedad, el análisis se ha de centrar en verificar si engendra desigualdad o establece una discriminación o bien si, aun no estableciéndola, carece de toda explicación racional (SSTC 65/1990 y 108/1986). De acuerdo con esta tesis, se pasa a continuación a analizar los preceptos de la norma en relación con el principio de igualdad. Sobre el alcance de este principio el Tribunal Constitucional ha elaborado en numerosas sentencias una detallada doctrina cuyos rasgos esenciales pueden resumirse como sigue:

“a) No toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del art. 14 CE, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable.

b) El principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional.

c) El principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas, por no venir fundadas en criterios objetivos y suficientemente razonables, de acuerdo con juicios de valor generalmente aceptados.

d) Para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable, además, que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos (por todas, SSTC 76/1990, FJ 9 A); y 214/1994, FJ B).

e) Es también doctrina reiterada de este Tribunal que la igualdad ante o en la ley impone al legislador el deber de dispensar un mismo tratamiento a quienes se encuentran en situaciones jurídicas iguales, con prohibición de toda desigualdad que, desde el punto de vista de la finalidad de la norma cuestionada, carezca de justificación objetiva y razonable o resulte desproporcionada en relación con dicha justificación (SSTC 3/1983, FJ 3º; 75/1983, FJ 2º; 6/1984, FJ 2º; 209/1988, FJ 6º; 76/1990, FJ 9º; 214/1994, FJ

8º; 9/195, FJ 2º; 164/1995, FJ 7º; 134/1996, FJ 5º; 117/1998, FJ 8º; y 46/1999, FJ 2º, por todas)".

De acuerdo con esta doctrina la acomodación a la CE de una norma depende de la finalidad perseguida por la misma por lo que no se puede comprender la decisión del legislador sin acudir al Preámbulo de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, que declara: "Este nuevo marco normativo persigue garantizar la sostenibilidad financiera de todas las Administraciones Públicas, fortalecer la confianza en la estabilidad de la economía española, y reforzar el compromiso de España con la Unión Europea en materia de estabilidad presupuestaria. El logro de estos tres objetivos contribuirá a consolidar el marco de una política económica orientada al crecimiento económico y la creación de empleo". Esta finalidad marca la posible desigualdad en el trato por las normas cuya inconstitucionalidad se propugna, aunque esta se encuentra bastante diluida, pues un sistema financiero a la deriva perjudica la economía de todo el país.

Una vez aclarado que la posible desigualdad generada por el gasto que puede implicar a los contribuyentes la inclusión del FROB y la SAREB en los Presupuestos Generales del Estado, hay que traer nuevamente a colación la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el contenido material de dichos presupuestos, así en la STC 238/200/, FJ 4º, dice:

"... la integración de los proyectos de inversión en los presupuestos generales del Estado debe sumarse que, aun cuando la elaboración de éstos es labor del Gobierno –en la medida que constituyen el instrumento de dirección y orientación de su política económica–, su examen, enmienda y aprobación le corresponde a las Cortes Generales (artículos 66.2 y 134.1, ambos de la CE), que ejercen una función específica y constitucionalmente definida, a través de la cual, no sólo otorgan una verdadera autorización a la Administración del Estado sobre la cuantía y el destino del gasto, sino que cumplen tres objetivos especialmente relevantes, cuales son, asegurar el control democrático del conjunto de la actividad financiera pública (artículos 9.1 y 66.2, ambos de la CE), participar de la actividad de dirección política al aprobar o rechazar el programa político, económico y social que ha propuesto el Gobierno y que los presupuestos representan, y controlar que la asignación de los recursos públicos se efectúe, como exige expresamente el artículo 31.2 CE, de una forma equitativa" (por todas, STC 3/2003, FJ 4).

Las anteriores razones llevan a concluir que no se traspasan los límites de la Constitución, aunque se comprenda la discrepancia del compareciente con el

contenido de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013. En la Constitución se recogen un conjunto de valores, intereses y necesidades cuya consecución debe velar el Estado. Hay que acudir al origen de esta decisión para valorar si la misma se acomoda a la Constitución y como afirma el propio interesado esta decisión trae causa de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de Reestructuración y resolución de entidades de crédito, que a su vez trae causa de la suscripción por España del Memorando de Entendimiento, que no obedece a un capricho sino que de acuerdo con su Preámbulo I vela por el interés general:

“Estas peculiaridades de las entidades de crédito requieren que toda medida de supervisión o de regulación de las mismas vaya ante todo encaminada a dar seguridad al público del cual la entidad capta su pasivo, y por ende a preservar la estabilidad del sistema financiero.

A su vez, estas necesidades justifican que determinadas situaciones de inviabilidad transitoria de entidades de crédito deban ser superadas mediante la inyección de fondos públicos. La finalidad principal de estas inyecciones es la salvaguarda de los ahorros y depósitos de todos aquellos clientes que, de otro modo, en caso de que estos apoyos faltaran y que debiese procederse sin más a la liquidación de la entidad de crédito, podrían perder una parte importante de su patrimonio.

Una vez admitida la necesidad de apoyos financieros públicos en determinados casos, es preciso que la normativa destinada a regularlos guarde el necesario equilibrio entre la protección del cliente de la entidad de crédito y la del contribuyente, minimizando el coste que tenga que asumir el segundo con el fin de salvaguardar al primero, y sin olvidar que en la mayoría de los casos coinciden en los ciudadanos una y otra condición. El mayor equilibrio se consigue cuando los fondos públicos inyectados pueden ser recuperados en un plazo razonable por medio de los beneficios generados por la entidad apoyada.

Por todas las razones anteriores, los poderes públicos deben prestar un apoyo decidido, aunque equilibrado, a la viabilidad de las entidades de crédito, y deben regular la forma y los casos en que se produce dicho apoyo, que supone necesariamente una modulación de los principios de universalidad y *de pars conditio creditorum* que rigen los procedimientos de insolvencia”.

Por todo ello esta Institución estima que las normas se fundamentan en un fin constitucionalmente admisible no incurriendo en arbitrariedad ni en las infracciones constitucionales señaladas.

TERCERO. A juicio del interesado se produce una vulneración del derecho de propiedad del artículo 33 CE, al extenderse a los contribuyentes la responsabilidad patrimonial que debería ser asumida exclusivamente por las personas que suscribieron sus contratos con las entidades financieras que han resultado insolventes.

Efectivamente, el artículo 33 CE recoge el derecho a la propiedad privada y a la herencia y le es aplicable la garantía del necesario respeto a su contenido esencial, en virtud de lo dispuesto en el artículo 53.1 del propio texto constitucional. Por consiguiente, hay que fijar su contenido esencial de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional según la cual existen dos caminos a seguir, que no son alternativos, sino complementarios:

“El primero es tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar el derecho. Según esta idea (...) constituye el contenido esencial de un derecho aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin los cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas cuando se trate de derechos constitucionales.

El segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido de derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección” (STC 11/1981, FJ 8º).

En esta misma línea la STC 112/2006 insiste en que la determinación del contenido esencial de cualquier tipo de derecho subjetivo -y, por tanto, también de los derechos fundamentales de las personas- viene marcada, en cada caso, por el elenco de “facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose, por

decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales”.

Para conocer si los preceptos de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, respetan el contenido esencial del derecho de propiedad hay que acudir a la regulación que del mismo efectúa el artículo 33 CE que, como ya hemos dicho, reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia, pero en su apartado 2 establece que la función social de los mismos delimita su contenido, de acuerdo con las leyes. Por lo que a continuación se pasa a analizar la posible tacha de inconstitucionalidad de los artículos invocados de la mencionada ley.

El derecho de propiedad privada constitucionalmente reconocido y su función social ha sido ampliamente estudiado por el Tribunal Constitucional a lo largo de su jurisprudencia, siendo esencial en esta materia la doctrina sentada por la Sentencia 37/1987, que al respecto dice:

“La referencia a la «función social» como elemento estructural de la definición misma del derecho a la propiedad privada o como factor determinante de la delimitación legal de su contenido pone de manifiesto que la Constitución no ha recogido una concepción abstracta de este derecho como ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general. Por el contrario, la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir. Por ello, la fijación del «contenido esencial» de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes” (STC 37/1987, FJ 2).

De acuerdo con esta doctrina el derecho de propiedad tiene dos proyecciones individual y colectiva, quedando supeditado su ejercicio al interés general, en el presente caso como ha quedado acreditado en el fundamento segundo de esta resolución es la consecución del interés general la que motiva las decisiones del legislador. Es más, la norma que aquí se cuestiona no priva a los ciudadanos del derecho de propiedad, sino que como contribuyentes del sostenimiento de los gastos públicos van a sufragar durante el ejercicio 2013 las obligaciones derivadas del FROB y de la SAREB, lo que no implica una pérdida patrimonial por ese motivo como pretende el compareciente. Conviene aclarar que los presupuestos contienen una habilitación de gasto, lo que supone una autorización para gastar con el límite en ellos incluido, sin que necesariamente signifique que dicho gasto se vaya a producir.

En consecuencia, estamos en presencia de una norma que, cumpliendo los mandatos constitucionales ha incluido los presupuestos de todo el sector público estatal como no podía ser de otra forma, y ha adaptado sus decisiones a la realidad social en que deben regir que no es otra cosa que la referencia al momento histórico en que se ha de aplicar.

Por último, para que una norma pueda ser expulsada del ordenamiento jurídico por ser tachada de inconstitucional, ha de no encajar en la Constitución de forma indubitada, pues si es posible una interpretación *secundum constitutionem* el precepto debe mantenerse, así lo ha entendido el Tribunal Constitucional, entre otras, en Sentencia 138/2005, cuyo fundamento jurídico 5º dice:

“(…) este Tribunal ha declarado reiteradamente que, en virtud del principio de conservación de la ley, sólo cabe declarar la inconstitucionalidad de aquellos preceptos “cuya incompatibilidad con la Constitución resulte indudable por ser imposible llevar a cabo una interpretación conforme a la misma” (SSTC 111/1993, y las que en ella se citan, o 24/2004). Y que puesto que «la validez de la Ley ha de ser preservada cuando su texto no impide una interpretación adecuada a la Constitución» (STC 108/1986), será preciso explorar las posibilidades interpretativas del precepto cuestionado, por si hubiera alguna que permitiera salvar la primacía de la Constitución (SSTC 76/1996; y 233/1999)”.

## **Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social**

Mediante escrito presentado a esta institución el día 8 de agosto de 2013, dos plataformas ciudadanas solicitaron la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 1/2013, de 14 de mayo, por consideraciones referidas a los afectados por las ejecuciones hipotecarias y los desahucios. En apoyo de esta solicitud se recibieron, además, 20 peticiones individuales que cumplían con los mínimos requisitos establecidos en la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo para ser registrados.

### ***Fundamento único de la resolución***

Con carácter preliminar, conviene aludir a la exacta pretensión de las entidades interesadas, que no piden de esta Institución que proceda a realizar un examen jurídico de la norma controvertida para establecer un criterio sobre la inconstitucionalidad de sus preceptos y proceder, en su caso, a presentar un recurso de inconstitucionalidad contra aquellos que estime incompatibles con la norma fundamental. De hecho, significativamente, la solicitud para que esta Institución actuase ante el Tribunal Constitucional se presentó el 8 de agosto, una semana antes de concluir el plazo de interposición de recurso.

Asimismo, las entidades interesadas mantienen en todo momento que han elaborado un recurso de inconstitucionalidad, con un concreto contenido, que es el que pretenden que llegue a conocimiento del Tribunal Constitucional, puesto que consideran que disponen de la "capacidad jurídica y política para elaborarlo". En definitiva, lo que se busca del Defensor del Pueblo -y también de otros legitimados para la interposición de dicho recurso- es que presten su legitimación de manera incondicional para hacer viable el planteamiento de un proceso constitucional que no está previsto que pueda iniciarse directamente por los ciudadanos o por los grupos en los que estos pueden integrarse. En defensa de tal pretensión se aduce que el texto elaborado "también expone como fundamento de derecho el poder constituyente de una sociedad movilizadora a favor de una vivienda digna y en contra de tantos abusos y corruptelas".

Este planteamiento de los comparecientes no puede asumirse, dado que resulta contrario a las normas más básicas que regulan nuestro modelo constitucional de responsabilidad de los poderes públicos y, más específicamente, a lo previsto en la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora de esta Institución, cuyo artículo 6

previene que "el Defensor del Pueblo no estará sujeto a mandato imperativo alguno... Desempeñará sus funciones con autonomía y según su criterio".

La decisión de interponer o no un recurso es adoptada por el Defensor del Pueblo, tras el examen de todas las circunstancias relevantes y como fruto del análisis sobre una norma con rango o valor de ley que se lleva a cabo a través de sus servicios. Lógicamente, en esta labor se toman en consideración los razonamientos aportados por los solicitantes de recurso, pero la Institución no queda limitada o condicionada por ellos, sino que sus decisiones se adoptan de forma libre y con plena independencia.

Precisamente en el presente caso un grupo parlamentario con amplia representación en ambas Cámaras de las Cortes Generales ha anunciado su intención de hacer uso de la legitimación reconocida al menos a 50 diputados o 50 senadores. Dicho recurso ha sido presentado ante el Registro del Tribunal Constitucional en el día de la fecha y aborda las cuestiones planteadas en el antecedente segundo.

Constituye criterio habitual de esta Institución no ejercitar la legitimación que le confiere el artículo 162.1.a) de la Constitución española, el artículo 32.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, y el artículo 29 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, cuando la acción sea iniciada por cualesquiera de los restantes sujetos legitimados para ello. El rango constitucional de la Institución, su condición de comisionado parlamentario, junto a la autoridad moral de la que gozan sus resoluciones, parecen aconsejar la inhibición del Defensor del Pueblo de aquellos procedimientos constitucionales en que su intervención no resulte imprescindible para procurar la garantía de los derechos fundamentales y las libertades públicas, así como para salvaguardar la adecuación constitucional del ordenamiento jurídico.

La decisión que en su día tome el alto tribunal deberá examinar las concretas tachas de inconstitucionalidad formuladas y podrá extenderse a cualquier otro precepto de la misma norma por conexión o consecuencia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 39 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

En consecuencia, planteadas ya las cuestiones de fondo al Tribunal Constitucional, por otro de los sujetos legitimados para ello, esta Institución no debe formular pronunciamiento alguno al respecto, sino aguardar a la decisión del alto intérprete de la Constitución.

## **Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas**

Se presentaron, por diversas entidades y ciudadanos, solicitudes para la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la citada norma. A continuación se recogen las resoluciones adoptadas por la Institución.

### **I**

Varias asociaciones ecologistas y plataformas ciudadanas solicitaron del Defensor del Pueblo la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 2/2013, de 29 de mayo, por las consecuencias negativas ambientales de una desprotección de la costa, y de sus repercusiones en todos los demás órdenes sociales.

La resolución incluye las recomendaciones dirigidas al Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente.

### **Fundamentos de la resolución**

PRIMERO. Sobre el artículo primero de la Ley 2/2013 la solicitud se refiere en primer lugar a su apartado Dos, modificación del artículo 3 LC.

Dice la solicitud que la delimitación de la zona marítima-terrestre, piedra angular de la LC, en tanto define qué es y qué no es dominio público marítimo-terrestre ("dpm-t"), se modifica y en lugar de definirla los temporales como hasta ahora ("el límite hasta donde alcanzan las olas en los mayores temporales conocidos"), se introduce la expresión "de acuerdo con los criterios técnicos que se establezca reglamentariamente", una variable desconocida pues no se sabe cuáles son esos criterios ni si existen, lo que impide conocer qué es, o mejor qué será dpm-t. Esta forma de legislar introduce inseguridad jurídica, contra el artículo 9.3 CE. La solicitud prosigue la exposición de las dependencias particulares del dpm-t:

En el caso de marismas, albuferas, marjales y esteros, la Ley 2/2013 habla de "las partes" y con ello pretende que de una marisma sólo sea dpm-t la parte que se inunda, y que no lo sea la que no se encharca. Hasta ahora se incluía en el dpm-t el conjunto del ecosistema, por la dificultad de separar las partes o de establecer límites definidos de la parte de una marisma que se inunda, que suele ser variable en función de la intensidad de las mareas, frecuencia de temporales, etc.; y presentar límites irregulares y difusos. La exclusión del dpm-t de la parte de las marismas, albuferas,

marjales y esteros que no se inundan crea un relevante margen de incertidumbre y de inseguridad jurídica que no se aviene con las necesidades científicas y técnicas de estos espacios, ni con la función ambiental de prevención de avenidas e inundaciones.

Según la solicitud otro tanto cabe decir de las "salinas". Se excluyen del dpm-t las inundadas artificial y controladamente, salvo que antes de la inundación fueran dpm-t. Se crea así una exigencia de prueba difícil de cumplir. ¿Cómo eran las salinas antes? ¿Cuándo? ¿En tiempo de los romanos? Para la entidad solicitante de nuevo se añade a la definición un elemento antes inexistente que crea inseguridad jurídica y permite sustraer terrenos del dpm-t. Esta previsión se completa con las salinas que se excluyen del dpm-t por la modificación de la disposición transitoria primera de la LC (artículo primero, apartado Treinta y nueve de la Ley 2/2013), que la solicitud expone más tarde (siguiente FUNDAMENTO DECIMOQUINTO), y permite excluir del dpm-t las salinas que se inundan de forma natural.

Lo mismo con las "dunas": se excluyen del dpm-t las que "no sean necesarias para garantizar la estabilidad de la playa y la defensa de la costa", mas el problema está en quién define qué es necesario para la estabilidad de la playa. También aquí hay una definición con amplio margen de incertidumbre, con inseguridad jurídica sobre qué es y no es dpm-t.

La entidad solicitante se pregunta cuántas salinas, marismas, albuferas, marjales y esteros se excluirán por esta vía del dpm-t. Ella lo ignora pero el legislador también. Solicitada esta información por la entidad solicitante durante el período de elaboración del anteproyecto, no obtuvo respuesta.

Por otro lado, prosigue, esta forma de legislar no cumple el deber de uso racional de los recursos naturales, pues la exclusión de estos ecosistemas marítimo-terrestres del dominio público permite cualquier tipo de explotación, la más probable será la que otorga mayor rendimiento económico (la urbanística), que acarrea su desnaturalización y la extinción de la fauna y flora asociada a estos espacios, y quizá lo más importante, la desaparición de la función ambiental de estos espacios para la prevención de avenidas e inundaciones. Se incumple pues el deber proclamado en el artículo 45.2 CE, de que los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. En este imperativo constitucional se incluyen las playas, dunas, marjales, esteros y salinas.

La institución del Defensor del Pueblo considera sobre lo anterior que la alegación basada en el artículo 9.3 CE (inseguridad jurídica) no deja de tener fundamento, pero no resulta convincente que se busque precisamente disminuirla. La modificación introducida por la Ley 2/2013 vendría a aumentarla dependiendo de la aplicación que de la ley se haga. El artículo 132 CE no determina físicamente el dpm-t, salvo en cinco dependencias que cita por su nombre, el resto queda remitido a la ley. Por tanto, no es evidente la valoración de si hay o no inseguridad jurídica ni de si se reduce o se aumenta la protección de la costa.

Tampoco es aceptable el alegato sobre que en una marisma o una salina sólo sea dpm-t la parte que se inunda, y que ya no lo sea la que no se encharca. Se trata de una cuestión sin duda opinable, valorable, pero no es una cuestión que afecte a la constitucionalidad de la ley.

Esta Institución no encuentra inconstitucional tampoco la deslegalización operada, la reserva de ley establecida por el artículo 132 CE no es ni puede ser completa, de lo cual es muestra la existencia de un reglamento de ejecución de la Ley de Costas. No es cierto que una deslegalización de estas características produzca sin más inseguridad jurídica.

El imperativo constitucional incluye por su nombre sólo las playas, no las dunas, marjales, esteros ni salinas, cómo estos espacios y hasta dónde forman parte de la zona marítimo-terrestre es asunto del legislador.

SEGUNDO. Sobre el artículo primero de la Ley 2/2013 la solicitud aduce lo siguiente en cuanto a su apartado tres, modificación del artículo 4.3 LC.

Según la solicitud, hasta ahora eran dpm-t los terrenos que, invadidos por el mar, pasaran a formar parte de su lecho. Con la reforma se excluyen del dpm-t los terrenos que reuniendo dicha circunstancia no sean navegables, se impone pues un requisito más, lo que no se dice es cómo se determina la navegabilidad, ni cómo se acredita, seguramente por vía reglamentaria. Esta vía acarrea el riesgo de su fácil modificación, por real decreto, lo que lleva a la ciudadanía a percibir que dpm-t es lo que diga el Gobierno de turno en cada momento. Un criterio claro hasta ahora es sustituido por otro confuso. De nuevo la reforma introduce una definición con amplio margen de incertidumbre, que crea inseguridad jurídica y vulnera el artículo 9.3 de la CE. Del nuevo criterio también se ignoran las consecuencias, ¿qué extensión se excluirá por esta vía del dpm-t? La entidad solicitante dice ignorarlo y que los autores de la ley también, un nuevo motivo de inseguridad jurídica.

Indica que el litoral español ya está deslindado en más del 96%, por lo que repetir el deslinde de prácticamente toda la costa española por un cambio en los criterios que lo determinan, sin justificar de forma clara el motivo de tal cambio, y cuál será el beneficio para el medio natural y la ciudadanía, vulnera el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE). La solicitud se pregunta si acaso depende del legislador qué es y qué no es dpm-t. La entidad solicitante considera que no, que el dpm-t viene determinado por sus características físicas, su carácter inundable o no por el mar, y que no pueden intervenir factores -como la coyuntura económica- para reducirlo o limitarlo, porque estos factores son cambiantes, y aun llamando 'zona urbana' al terreno inundable, no por eso dejará de sufrir los efectos del mar, y la Administración tendrá que soportar las consecuencias de la situación -daños personales y patrimoniales- con lo que en nada se habrá beneficiado la economía española, fin que también se menciona como motor de la reforma.

Los promotores de la reforma, en el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, tienen en su poder el Estudio sobre delimitación del Dominio Público Hidráulico (DPH) y mapas de peligrosidad de inundaciones de todo el territorio nacional, elaborado en diciembre de 2011 a instancias del Ministerio de Medio Ambiente, Medio Rural y Marino, hoy de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, donde se muestra porciones de terreno que son inundables, quedan sustraídas del dpm-t con la reforma (los núcleos urbanos que se mencionan en el anexo de la Ley 2/2013); pero siguen siendo inundables, esto no cambia porque se excluyan del dpm-t.

La institución del Defensor del Pueblo considera sobre lo anterior que, en primer lugar, vale lo ya expuesto en el FUNDAMENTO PRIMEROI en cuanto a que aquí la deslegalización no sería contraria a la reserva de ley del artículo 132 CE.

En segundo lugar, esta Institución considera que el litoral español, ya deslindado en más del 96%, padecerá las consecuencias de repetir el deslinde de prácticamente toda la costa española por un cambio en los criterios que lo determinan, pero esas consecuencias no necesariamente han de ser negativas. La alegación de la entidad solicitante cita aquí por primera vez un estudio que utilizará durante todo su escrito sobre ciertas porciones de terreno, sustraídas al dpm-t con la reforma legal. Los núcleos urbanos que se mencionan en el anexo son inundables y, en efecto, esto no cambia porque se excluyan del dpm-t. Pero esto no crea inseguridad jurídica.

Qué es y qué no es dpm-t depende del legislador, pero no sólo depende del legislador, también depende de la Constitución por encima, y del deslinde por debajo, si es hecho a juicio científico y con información y participación públicas, bajo la eventual supervisión ulterior del juez. Ha de compartirse con la solicitante que el dpm-

t, por imperativo constitucional y con expreso y claro respaldo del TC, viene determinado por sus características físicas, sea inundable o no por el mar, y en esto no intervienen factores como la coyuntura económica, menos aún para reducirlo o limitarlo. Llamar 'zona urbana' a un terreno inundable no hace que deje de padecer los efectos del mar, y eran hasta ahora éstos los que daban la base y fundamento de la definición legal del dpm-t, conforme a la Constitución, que describe el dpm-t con el único criterio de la morfología física, sobre todo a partir del concepto central de línea oficial de ribera del mar. Ciertamente, son después las administraciones las que, con base legal, valoran las consecuencias.

Este motivo ha de ser por tanto desestimado.

TERCERO. Sobre el artículo primero de la Ley 2/2013 la solicitud se refiere a su apartado cuatro, modificación del artículo 6.1 LC con que se permite que el propietario de terrenos que limiten con el dpm-t, para defenderse del avance del mar o de la arena pueda realizar obras que invadan la playa. Antes se exigía que estas obras de defensa no ocupasen el dpm-t, ahora pueden hacerlo si no lo perjudican. Si hay o no perjuicio lo determina el propietario en su declaración responsable, que es luego tratada. Esta facultad supone un incumplimiento del deber de protección de los bienes de dpm-t que se impone a todos -a la Administración pero también al legislador- y que impedirá su adecuada conservación y el uso por la ciudadanía, lo que vulnera según la solicitud los artículos 45 y 132 CE.

La institución del Defensor del Pueblo considera que no estamos ante medidas que necesariamente faciliten la ocupación ni la destrucción de la costa.

CUARTO. El apartado ocho del artículo primero de la Ley 2/2013 modifica el artículo 13 bis LC. La solicitud dice al respecto que la modificación consiste en que la transformación del derecho de propiedad en concesión reconocida a los titulares de derechos sobre terrenos que pasan a ser dpm-t, en vez de ser concedida por 30 años con posibilidad de prórroga por otros 30, pasa ahora a durar 75 años, en ambos casos sin pago de canon alguno.

Ya se ha visto, prosigue, que con arreglo a la modificación que introduce la Ley 2/2013 se van a excluir numerosos terrenos del dpm-t (en dunas, salinas, zonas inundables no navegables), por lo que con los nuevos deslindes se reducirá el dpm-t. Esta interpretación se confirma en la propia Ley 2/2013 que en su Artículo segundo dispone que estos plazos se apliquen a los titulares de concesiones ya otorgadas.

La entidad solicitante considera que esta redacción es inconstitucional porque el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 149/1991, declaró que la transformación en los derechos de los propietarios de bienes en dpm-t (cuyo derecho de propiedad pasa a ser de concesión, por treinta años prorrogables por otros treinta, a contar desde la entrada en vigor de la LC, el 29 de julio de 1998, sin pago de canon alguno) era ajustada a la Constitución dada la función social del dpm-t; que el valor de estos derechos se podía considerar el precio de la expropiación, y que era justo y cumplía la legalidad. Por lo que la entidad solicitante deduce si aquella indemnización era un precio justo conforme a Derecho, conceder un nuevo plazo de 75 años, contados desde el 2013, no puede serlo también. Así, hay arbitrariedad del legislador, que considera tan justa una indemnización de sesenta años como una de ciento cinco (105: 30+75), contra el artículo 9.3 CE que prohíbe la arbitrariedad. También vulneraría la Carta Magna porque el plazo de 75 años se cuenta desde los 30 iniciales de prórroga, con lo que el plazo de la concesión se pone en más de 100 y esto implica, de un lado, la desnaturalización del litoral por la pérdida de horizonte para que esa porción de costa vuelva a su estado inicial (vulneración de los artículos 45 y 132.3 CE, que para el medio ambiente y el dpm-t, respectivamente, proclaman el deber de su defensa y conservación, 'restaurar' llega a decir el artículo 45); por otro, la privación a más de dos generaciones del disfrute de esa porción de dpm-t, atenta contra el artículo 132.1, que dispone la inalienabilidad y el uso público, libre y gratuito para los bienes de dpm-t.

Establecer tales plazos también vulnera los artículos 14 y 149.1.1.<sup>a</sup> CE, en su versión de derecho de igualdad, porque para que un ciudadano pueda disfrutar en exclusiva del dpm-t por 105 años hay que privar de su derecho al resto de la ciudadanía. Con la reforma se declara preferente el derecho del titular de la concesión sobre el derecho de los demás ciudadanos. Lo cual vulneraría también el principio de solidaridad, que para estos bienes proclama el artículo 45 CE.

Dice que la ciudadanía contaba con poder disfrutar de estas porciones del dpm-t en 2058 (1998+30+30), pero con la reforma no será hasta el 2088 (2013+75), de nuevo una vulneración del principio de seguridad jurídica, y, en particular, por la aplicación retroactiva de una norma restrictiva de derechos individuales, vulneración también por este motivo de la CE en su artículo 9.3. Los ciudadanos que viven ahora y que se hacían la previsión de disfrutar del dpm-t, no podrán ya disfrutarlo en la fecha tantos años esperada. Más de una generación se verá privada de este disfrute del dpm-t.

En nada ayudan a paliar las consecuencias de esta decisión para la ciudadanía que los dueños realicen obras que supongan un ahorro energético o ahorro de agua,

pues el riesgo lo crea tanto el plazo de duración de la concesión -más de 100 años- como la posibilidad de que estas obras se realicen sin autorización administrativa. La Ley 2/2013 dispone que las citadas obras puedan realizarse con una mera declaración del titular, vulnerando una vez más el principio de igualdad. La solicitante se pregunta por qué los dueños de derechos en el dpm-t, que es una zona de mayores limitaciones por razón de su naturaleza, destino y funciones, tienen más ventajas que los ciudadanos con casas fuera del dpm-t, en terrenos que no tienen esas limitaciones.

Según la entidad solicitante otra posible vulneración del principio de igualdad proviene de que la Ley 2/2013 para la autorización de estas obras se remite y transcribe el artículo 71 bis de la Ley 30/1992, de Procedimiento Administrativo Común, sobre los casos en que el ciudadano puede ejercitar sus derechos por la mera comunicación a la Administración. El concesionario puede pues realizar obras en dpm-t con una mera declaración suya, hecha ante el órgano urbanístico de autorización de obras, afirmando que son conformes a Derecho. Esta 'autorización tácita' (en expresión de la entidad solicitante) contradice el principio general de que nadie adquiera por silencio facultades sobre el dominio público, artículo 43.2 del mismo cuerpo legal (que transcribe).

Con esto, dice la solicitud, al exceptuar el dpm-t del resto del dominio público, permitir adquirir facultades por la mera declaración del interesado, vulnera el principio de igualdad, recogido en el artículo 149.1.1.<sup>a</sup> de la CE. También afectaría al carácter inalienable de este dominio, en tanto hay facultades -la de realizar obras- de las que dispone libremente el interesado, contraviniendo el artículo 132.1 de la CE. Por último, la entidad solicitante manifiesta su preocupación por que se puedan adquirir facultades sobre el dpm-t mediante la simple declaración del interesado; esto atenta contra la seguridad jurídica del dpm-t, pues habrá que esperar a las actividades de inspección para detectar posibles incumplimientos y lograr la protección (o restitución), otra vulneración más del artículo 9.3 CE. Por supuesto, termina esta alegación, autorizar tales actuaciones en el medio natural también es causa de otras infracciones: de los principios de cautela, prevención y precaución que para el medio ambiente establece el artículo 191 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (versión consolidada, Lisboa, 13 de diciembre de 2007, en adelante TFUE).

La institución del Defensor del Pueblo considera sobre lo anterior que no todo se encuentra correctamente fundado. Para despejar el alegato de varios errores, que esta Institución no podría en modo alguno compartir con la solicitante, ha de quedar sentado lo siguiente:

- Es incorrecto deducir que si una sentencia del TC juzga que determinado precepto legal es constitucional, entonces cualquier modificación del precepto es ipso facto inconstitucional; por ejemplo, si una indemnización es considerada por el TC un precio justo conforme a Derecho, reconocer una indemnización distinta no necesariamente es injusto. No hay ahí necesariamente arbitrariedad.

- El reconocimiento de una ventaja a personas determinadas, o en menor número del de las personas que por el contrario se ven privadas de una expectativa o de un interés legítimo, no implica necesariamente que haya aplicación retroactiva ni que se trate de una norma restrictiva de derechos individuales.

- Es incorrecto aducir una vulneración del principio de igualdad basando el argumento en el artículo 149.1.1.<sup>ª</sup> CE. Aquí se recoge una regla competencial, una reserva a la exclusiva competencia del Estado frente a las comunidades autónomas de la determinación de las condiciones básicas del ejercicio de los derechos en todo el territorio nacional; ese precepto tiene sin duda que ver con el principio de igualdad, pero el principio no está ahí recogido, sino en el artículo 14 CE, y su aplicación desde el punto de vista de la distribución territorial del poder político se encuentra en el artículo 139. Esta alegación de la entidad solicitante se repite una y otra vez durante el escrito anejo a la solicitud, y no puede ser estimada. Valga esta mención para cuantos FUNDAMENTOS siguen, referidos a la errónea invocación por la entidad solicitante del artículo 149.1.1.<sup>ª</sup> CE como pretendida expresión del principio de igualdad.

- La vulneración del Derecho europeo no es causa de inconstitucionalidad, aunque puede estar conectada con una causa de inconstitucionalidad y desde luego puede acarrear responsabilidad al Reino de España ante la UE.

Sentado esto, no hay argumentos que sostengan la inconstitucionalidad de la Ley 2/2013 en este punto:

- No hay “arbitrariedad del legislador” por implantar un plazo de concesión por encima de los 100 años.

- Tampoco por la “privación a más de dos generaciones” del disfrute de porciones de dpm-t, el artículo 132.1 CE dispone la inalienabilidad y el uso público, libre y gratuito para estos bienes, pero esto no es un absoluto ni sin límites ni modulaciones.

- La reforma viene a declarar preferente el derecho del titular de la concesión sobre el derecho de los demás ciudadanos, pero ello ni vulnera el principio de solidaridad que para estos bienes proclama el artículo 45 CE.

- La ciudadanía, que contaba con poder disfrutar de estas porciones del dpm-t en 2058, con la reforma no lo verá hasta 2088, pero con seguridad jurídica, que no excluye la posibilidad de nuevas reformas legislativas.

- La Ley 2/2013 dispone que ciertas obras pueden realizarse con una mera declaración del titular, pero esto no vulnera el principio de igualdad, no hay desigualdad prohibida por el trato desigual a situaciones desiguales.

- La 'autorización tácita' no contradice el principio general de que nadie adquiera por silencio facultades sobre el dominio público (artículo 43.2 LPC), porque al excepcionar el dpm-t del resto del dominio público ello se hace con una disposición con rango de ley (*lex posterior, lex specialis*).

- Se puede adquirir facultades sobre el dpm-t mediante la simple declaración del interesado; pero esto no es siempre un "atentado a la seguridad jurídica del dpm-t", pues no lo es prescindir en algunos casos del control previo.

QUINTO. El artículo primero de la Ley 2/2013 en su apartado diez introduce un nuevo apartado en el artículo 23.3 LC, con la reducción de la servidumbre de protección de 100 a 20 metros en el caso de algunos ríos, en atención a sus características, pero no se definen estas. Para la entidad solicitante, el resultado es el siguiente:

Primero, esta forma de regulación crea inseguridad jurídica, pues en modo alguno se sabe cuáles son las 'características' que van a permitir que en un río se reduzca la servidumbre de 100 a 20 m y, por tanto, cuándo habrá libre disponibilidad de esa franja de 80 m (vulneración del artículo 9.3 CE).

Segundo, que las 'características' queden relegadas al rango reglamentario implica que podrán ser fácilmente cambiadas, y que lo que hoy es zona de servidumbre de protección -con las limitaciones de usos y actividades que ello implica- mañana no lo es, de nuevo contra el principio de seguridad jurídica.

Por otro lado, le parece chocante que el motivo aducido para reducir la anchura de la zona de servidumbre de protección sea "un uso más sostenible del litoral", cuando la consecuencia inmediata es que en esta franja de terreno -los 80 m excluidos- desaparecen todas las limitaciones y prohibiciones que establece la LC -edificaciones, vertidos, yacimientos de áridos, publicidad, carreteras, tendidos eléctricos- con la consecuencia de que el dpm-t queda desprotegido. Si el objetivo de la reforma es la protección del litoral, lo lógico sería ampliar la servidumbre de protección a 200 m, tal y como prevé la LC. Y si la protección se logra reduciendo la servidumbre de protección, esto tendría que realizarse en todas las franjas del litoral necesitadas de protección y no solo en las de los ríos, para no vulnerar el principio de igualdad. Con esta modificación no hay por tanto ni uso sostenible del litoral ni seguridad jurídica.

La institución del Defensor del Pueblo considera que esta alegación tampoco tiene fundamento. La reducción de la servidumbre de protección es una posibilidad del legislador estatal, como ampliarla -dentro de los límites fijados por el Estado- lo es de las comunidades autónomas. Puede compartirse con la entidad solicitante que esta nueva regulación crearía inseguridad, pero ello sólo si las 'características' que llevarán a que la ribera de un río vea reducir la anchura de su zona de protección fueran indeterminadas, mas lo serán en una disposición reglamentaria.

SEXO. Sobre el artículo primero de la Ley 2/2013 la solicitud se refiere a continuación a su apartado once, de modificación del artículo 25 LC, apartados 1.c) y 2 y añadido de un punto 4. Para la solicitante una vez más se trata de desproteger el litoral exigiendo más requisitos para poder aplicar las limitaciones y prohibiciones que se imponen en la zona de servidumbre de protección. Por ejemplo, para aplicar la prohibición de destrucción de yacimientos de áridos se exige que se trate de yacimiento natural, que no esté consolidado y que el material sea de tipo arena o grava, queda excluida la roca o la arena compactada, con lo que la Ley 2/2013 da un paso en la desprotección del litoral.

A la prohibición de publicidad, también se le reconocen excepciones, se podrá instalar con las condiciones que reglamentariamente se determinen.

La Ley 2/2013, dice la entidad solicitante, crea incertidumbre sobre cuáles son las condiciones por las que se excepciona la prohibición de destrucción de yacimientos de áridos y de publicidad; no están claras ni se han motivado, con lo que se vulnera el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE), el artículo 45 CE (medio ambiente y, por tanto, el dpm-t, que requiere defensa y conservación); y el artículo 14, pues al no darse los motivos de por qué unos yacimientos de áridos se pueden explotar y otros no, los titulares de los yacimientos que no lo sean se verán discriminados y sin posibilidad de remover la causa que se lo impide, pues desconocen la causa o el fundamento.

La institución del Defensor del Pueblo considera sobre lo anterior que no necesariamente es desproteger el litoral modificar las limitaciones y prohibiciones características de la zona de servidumbre de protección.

SÉPTIMO. El artículo primero de la Ley 2/2013 en su apartado doce introduce un nuevo apartado 6º en el artículo 33 LC. Se trata ahora de ampliar los usos permitidos en el dpm-t, y para ello se distingue entre "tramos naturales de las playas" y "tramos urbanos de las playas". La consecuencia de la distinción es que en los primeros solo se autorizarán las ocupaciones indispensables, pero en los segundos

todos los necesarios para garantizar una adecuada prestación de los servicios que sean compatibles con el uso. Es decir, no se trata simplemente de autorizar ocupaciones para usos necesarios, o, dando un paso más, usos relacionados con la playa; sino que pasan a ser autorizables todos los usos -relacionados o no con el dpm-t- para los que la existencia de la playa no sea un impedimento. El punto culminante supone autorizar en las playas eventos turísticos.

Esta modificación supone para la entidad solicitante dejar vacío de contenido el artículo 32 LC que, de acuerdo con el principio de inalienabilidad proclamado en el artículo 132.1 CE, no admitía otra ocupación del dpm-t más que para aquellos usos que no pudieran tener otra ubicación. Establecer que en la playa, que es dominio público, puedan realizarse todas las actividades que no sean incompatibles con ella supone la alienabilidad, de la que no se exceptúan las playas urbanas (artículo 132.1 CE).

También implica fomentar la desnaturalización del dpm-t, y más concretamente de las playas, lo que vulnera los artículos 45 y 132.3 CE (deber de su defensa y conservación, imperativos de proteger, mejorar y restaurar el medio ambiente).

Dice la entidad solicitante que el medio ambiente no es un concepto abstracto, el medio ambiente lo forman todos los elementos naturales, y por tanto la playa, aun cuando se califique de urbana. El concepto de medio ambiente del convenio sobre "acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente", hecho en Aarhus( Dinamarca), el 25 de junio de 1998, ratificado por España, BOE número 40, de 16 de febrero de 2005, y la Unión Europea, mediante Decisión del Consejo de 17 de febrero de 2005, DOCE de 17 de mayo de 2005.

La institución del Defensor del Pueblo considera sobre lo anterior que ampliar los usos permitidos en el dpm-t distinguiendo los "tramos naturales de las playas" y los "tramos urbanos de las playas" sí busca tanto garantizar en estos una adecuada prestación de los servicios compatibles con el uso como incluir entre los usos autorizables los no relacionados con el dpm-t, si la playa no es un impedimento. Poder autorizar en las playas eventos turísticos, como regla general, no necesariamente es desproteger el litoral.

Esta modificación legislativa no supone vaciar el artículo 32 LC que, de acuerdo con el principio de inalienabilidad (artículo 132.1 CE), no admitía más ocupación del dpm-t que para usos que no pudieran tener otra ubicación. Establecer que en la playa puedan realizarse actividades que no sean incompatibles con ella no

supone su alienabilidad, ni ipso facto aumentar el riesgo de daños y fomentar su pérdida.

El motivo ha de ser pues desestimado.

OCTAVO. El artículo primero, apartado trece, modifica el apartado 1 del artículo 38 LC. Se trata de ampliar los usos permitidos en el dpm-t autorizando la implantación de soportes publicitarios. Dice la entidad solicitante que los carteles anunciadores suponen un obstáculo al movimiento de arena que se realiza en las playas y dunas, un obstáculo a la dinámica eólica natural y dificultan la recuperación natural de la playa, y entonces será imprescindible la intervención artificial para retomar las arenas desplazadas a su lugar original.

La decisión de permitir carteles no instaura una “nueva forma de deterioro” de la costa, puede consistir, dependiendo del uso que se haga de la nueva regla, en un uso sostenible del litoral. Los criterios que facultan para esta excepción no son “inciertos” y su justificación no es una exigencia para el legislador.

La institución del Defensor del Pueblo considera que ampliar los usos permitidos en el dpm-t a la implantación de soportes publicitarios no es una medida legislativa de desprotección de la costa.

NOVENO. Sobre el artículo primero de la Ley 2/2013 la solicitud se refiere acto seguido a su apartado quince, de modificación del apartado 6 del artículo 44 LC. Se permite la construcción de colectores en los paseos marítimos. Sostiene la entidad solicitante que teniendo en cuenta cómo algunos de ellos se han realizado sobre las dunas y son objeto de inundaciones, entonces esto no es una decisión que otorgue seguridad -son frecuentes su rotura o destrucción por los temporales- ni supone un desarrollo sostenible del litoral. Es más, atenta contra su conservación e impide la futura restauración de la duna o playa (artículo 45 CE).

La institución del Defensor del Pueblo considera que permitir la construcción de colectores donde antes estaba prohibido, en los paseos marítimos, no es necesariamente una medida de desprotección de la costa; al revés, no se atenta necesariamente contra la conservación ni se impide la restauración de la duna o playa, y aquí puede haber un desarrollo sostenible del litoral.

DÉCIMO. El artículo primero de la Ley 2/2013 en su apartado dieciséis añade un apartado 4º al artículo 49 LC. Se permiten usos comerciales y restaurantes en el dpm-t, decisión que para la entidad solicitante vulnera el carácter inalienable que

establece el artículo 132 CE para la zona marítima-terrestre; no es un uso sostenible que permita conservar la costa, sino que contribuye a su ocupación y desnaturalización, con lo que también vulneraría el artículo 45.

La institución del Defensor del Pueblo considera que estamos ante otro caso análogo a los anteriores: permitir usos comerciales y restaurantes en el dpm-t no va contra su carácter inalienable, que no es absoluto, ni es un uso insostenible que no permita conservar la costa.

UNDÉCIMO. El artículo primero de la Ley 2/2013 en su apartado diecisiete modifica el apartado 4 del artículo 52 LC: las instalaciones de temporada en dpm-t, generalmente playas, pasan de tener un período que no excedía de un año de duración a tenerlo de cuatro. Dice la entidad solicitante que la presencia de chiringuitos u otros obstáculos en las playas altera su capacidad de respuesta en caso de temporal, la instalación funciona como un obstáculo a la capacidad de recolocación de la arena desplazada y, al impedir el movimiento, se produce un aumento de la erosión a cada lado del chiringuito. Consecuencia, la playa queda perjudicada y debe repararse por la Administración con una actuación artificial y específica de regeneración de la playa, y soportar su coste. Este problema de erosión no se plantearía si en las épocas de mayores temporales (invierno) no hubiera instalación alguna en la playa. La extensión de los plazos de ocupación para usos de temporada de uno a cuatro años tiene pues consecuencias perjudiciales para la estabilidad de las playas y para su conservación, además de ocasionar gastos a la Administración, por lo que contraviene el deber de defensa y conservación (artículo 45 CE para el medio ambiente y 132.3 para el dominio público).

Prosigue la entidad solicitante alegando que una autorización de temporada por un año es renovable transcurrido este período. Es solo una garantía de que transcurrido ese año, cuando han podido cambiar las circunstancias en que fue otorgada la autorización, será revisada, con ventajas para todos los implicados, autorizados y ciudadanía. Una vez más el interés particular de los titulares de las instalaciones prevalece sobre el interés general de los ciudadanos, representado por un lado en el derecho a disfrutar de la playa en su integridad y de forma gratuita; y por otro en que la playa se conserve de forma natural, sin deterioro por la regresión y sin necesidad de costosas obras. Se incumple el deber de solidaridad para la protección del medio ambiente que impone el artículo 45 CE, pues para beneficiar a los titulares de los chiringuitos se perjudica el medio (la playa) y el derecho de toda la ciudadanía.

En cuanto a la pretendida seguridad jurídica que concede a los titulares del chiringuito, dice la entidad solicitante que tampoco se logrará pues ésta necesita de

una seguridad física, que la localización en dpm-t no permite; las instalaciones quedarán afectadas por los fenómenos meteorológicos como tormentas, temporales, avenidas, y sufrirán daños que serán reclamados a la Administración, que incurrirá en nuevos gastos.

Esta Institución no considera viables estos alegatos de la entidad solicitante: las instalaciones de temporada en dpm-t sin duda inciden, pero no son necesariamente dañinas para los arenales naturales.

Las autorizaciones de temporada por un año no daban la seguridad al titular del dpm-t que puede dar una de duración mayor, esto incluso puede hacer confluír el interés particular de los titulares de las instalaciones (económico) y el general de la ciudadanía de disponer de instalaciones. La alegación ha de desestimarse.

DUODÉCIMO. En el presente FUNDAMENTO se tratan los razonamientos de la entidad solicitante referidos a las concesiones, artículo primero de la Ley 2/2013, apartados diecinueve, veintiuno y veintidós.

El diecinueve introduce un nuevo apartado 2º en el artículo 64 LC. Para la solicitante hablar de que el concesionario tendrá derecho al uso privativo de los bienes de dominio público es, cuando menos, una expresión desacertada, sobre los bienes dpm-t no caben usos privativos, artículo 132 CE.

La institución del Defensor del Pueblo considera que aquí la solicitud incurre en un error terminológico, que invalida la alegación. Sobre cualquier bien de dominio público en los que se reconozca, al amparo de la ley, un uso por alguien que excluya el uso por los demás (reconocimiento generalmente mediante autorización o concesión) se está entonces reconociendo un uso privativo, y eso es lo que hacen las leyes, también desde luego la LC en su redacción original. Simplemente: el concesionario tiene derecho -por la concesión- al uso privativo de bienes de dominio público, y esto no sólo no es una expresión desacertada, pues el uso por uno excluye el uso por los demás, sino que es un término normalizado, que no vulnera por ello el artículo 132 CE.

La entidad solicitante se refiere a continuación al apartado veintiuno, que modifica los apartados 2 y 3 del artículo 66 LC: las concesiones en dpm-t pasan de tener un período de duración que no excedía de treinta (30) años a tenerlo de setenta y cinco (75). La figura de la concesión supone una excepción al principio general del artículo 132 CE, de inalienabilidad de los bienes de dominio público, lo que implica su uso libre, público y gratuito. Esta excepción tiene por ello carácter temporal, con lo que

la ocupación no priva a la ciudadanía del derecho de uso de forma definitiva y se posibilita su vuelta al estado natural originario del dpm-t ocupado. Pero ¿se puede decir lo mismo si el plazo son 75 años? Cree la entidad solicitante que no, una concesión por 75 años implica tanto una privatización de facto de esa porción del dpm-t, pues una generación y media de la población no podrá disfrutar de ella, vulnerando el artículo 132.1 CE; como una desnaturalización, pues tras ese largo período el dpm-t será irrecuperable, incumpléndose el deber de defensa, conservación y restauración que proclaman los artículos 45 y 132.3 CE. Este plazo incurre en vicio de inconstitucionalidad a juicio de la solicitante. No se logra pues con la reforma el pretendido objetivo de protección y uso sostenible del litoral. Y es discutible que se consiga el de seguridad jurídica para el concesionario. Desde el punto de vista empresarial, las previsiones se hacen a un máximo de 25 años, en plazos más largos hay ya una desviación considerable respecto a la realidad. El plazo de 75 años no busca la seguridad jurídica del sector empresarial ni el fomento, ese sector no necesita tan largo plazo, con 25 bastaba. De hecho, en materia de puertos los plazos son de treinta años (cita y transcribe el artículo 54 de la Ley 27/1992, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante). El plazo de 75 años tampoco otorga seguridad física. Si se repasa el Estudio sobre delimitación del Dominio Público Hidráulico, citado antes (diciembre de 2011), dice la entidad solicitante que comprobaremos cómo las previsiones son que las actuales ocupaciones de la franja litoral deberán ser revisadas para adaptarlas a la variabilidad de la línea de costa, en orden a garantizar la seguridad de personas y bienes. Si lo que se quería era dar seguridad habría que, siguiendo las directrices de la Unión Europea, dar alternativas a la ubicación de estas industrias (por ejemplo facilitando su establecimiento en polígonos industriales contiguos al litoral, en vez de sobre el dpm-t) y no fomentar la ocupación del dpm-t, la consolidación de la línea de costa ya ocupada y las inversiones a largo plazo en ella, con riesgos que pueden tener un alto coste (personal y patrimonial) tanto para los concesionarios como para la Administración del Estado y que en la Ley 2/2013 no aparecen evaluados.

Estas previsiones vulneran el principio de cautela del artículo 191 TFUE. El mismo sentir se recoge en el Libro Blanco, sobre Adaptación al cambio climático: Hacia un marco europeo de actuación (Bruselas, 1 abril 2009, COM 2009, 147 final), y en el Informe sobre Gestión Integral de Zonas Costeras, capítulo "Integrar la adaptación en las políticas de la UE: Aumentar la resistencia de zonas costeras y marinas".

Por otro lado, prosigue la entidad solicitante, este extenso plazo supone un quebranto para la Hacienda pública, pues la fijación de un canon a 75 años necesariamente implicará una pérdida de ingresos para la Administración otorgante,

que se verá impedida de adecuar su cuantía y adaptarlo a las circunstancias. De hecho en las actuales concesiones de 30 años ya había llamativos desfases en el importe del canon.

No cabe argumentar, según la entidad solicitante, que la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas establezca plazos semejantes porque, primero, para dichos bienes no hay un artículo 45 o 132.2 de la CE que específicamente se refiere a la necesidad de protección, defensa, conservación y restauración de estos espacios marítimo-terrestres motivado por ser núcleos esenciales generadores de vida (el 132 menciona específicamente las playas) ni se dan los riesgos (como el de afección por el cambio climático) que existen en el dpm-t; y, segundo, porque en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas son setenta y cinco años y no setenta y cinco más treinta, o más treinta y treinta, como sucede ahora con la Ley 2/2013, que se aplica a concesiones que ya han disfrutado de 30 años previos (cita y transcribe el artículo 93.3 de la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas).

Sin entrar en las garantías que otorga la Ley 33/2003 en materias como publicidad en el BOE (artículo 91) de las concesiones de Patrimonio de las Administraciones Públicas, y que en la Ley 2/2013, no existen, para buscar similitudes la entidad solicitante ve más semejanza entre las concesiones sobre dpm-t y las concesiones portuarias. Así, según la solicitud la Ley 2/2013 rompe el principio de igualdad (artículos 14 y 149.1.1.<sup>a</sup> CE) entre los que gozan de derechos sobre los bienes de dominio público según sean o no marítimo-terrestres, en perjuicio de estos últimos bienes y sin motivación.

La institución del Defensor del Pueblo considera sobre lo anterior, ante todo, que aumentar el período de duración de las concesiones no es desproteger el litoral, ni ir directamente contra las directrices constitucionales de disponer de protección suficiente. Con la nueva regla el legislador no incumple el deber que le toca de legislar en defensa, conservación y restauración de la costa.

La concesión es una excepción perfectamente válida a la inalienabilidad del dominio público. La excepción es temporal, la ocupación no priva a la ciudadanía del uso definitivo ni absolutamente. La nueva regla prorroga pero no dificulta ni impide la vuelta al estado natural de la zona demanial ocupada. Ha de compartirse con la entidad solicitante que una concesión por 75 años del demanio marítimo-terrestre tiene el aspecto de una privatización, pero no de facto sino también de iure de la zona.

Ha de aceptarse también que la regla no concuerda con los plazos concesionales de otras leyes, como la de Puertos del Estado y la de Patrimonio de las

Administraciones Públicas (en ésta los setenta y cinco años son el máximo, artículo 93.3 Ley 33/2003; para cumplir esta ley efectivamente de los 75 años de duración de la concesión se deberían restar los 30 ya disfrutados) mientras que la nueva ley permite mucho más. Pero se trata de disposiciones con rango de ley (*lex posterior, lex specialis*).

Las directrices UE (alternativas de ubicación de industrias, uso de polígonos industriales contiguos, no en dpm-t), el TFUE y el Libro Blanco sobre adaptación al cambio climático, de 2009, no son elementos del canon de constitucionalidad. No es correcto afirmar que la fijación de un canon a 75 años impida su revisión.

No hay motivo para temer que no vaya a haber garantías en materias tales como publicidad y participación pública, a salvo las prácticas encontradas frecuentemente por esta Institución de administraciones que intentan sustraer al público el conocimiento de los expedientes.

Finalmente la entidad solicitante impugna el apartado veintidós, que modifica el apartado 2 del artículo 70 LC. El principal cambio es la transmisibilidad inter vivos de las concesiones sobre dpm-t. En dominio público, y por tanto en el dpm-t, rige el principio de inalienabilidad (artículo 132.1 CE). Los bienes de dominio público son *res extra commercium*, no están en el tráfico porque con ellos no se persigue obtener lucro, sino el interés general, el uso público por la ciudadanía. Permitir el lucro de particulares que se enriquecen transmitiendo sus derechos sobre el dominio público - las concesiones- contraviene el principio de inalienabilidad, establecido en la Constitución española. Considera la solicitante que esta decisión incurre en inconstitucionalidad.

Dice también que un concesionario puede sustituir a otro, pero ha de intervenir la Administración para fijar las condiciones al nuevo concesionario, en el que concurren circunstancias distintas del primero, y fijar las adaptaciones que deriven del cambio en la situación, física, normativa o económica. No es conciliable con los principios que rigen el dominio público que éste salga de forma absoluta del control de la Administración y sean los particulares los que se lucren negociando requisitos, condiciones y precio, máxime si la duración de estos derechos -de concesión- pasa de 30 a 75 años, y en ocasiones a más de 100. Reconocer una concesión fuera de la intervención administrativa durante un período de 75 años es privatizar la porción de terreno a que se refiere. Todos tenemos en mente las concesiones otorgadas en los años 60 para vertidos, depósitos de materiales, etc., que a día de hoy son inadmisibles, tanto desde el punto de vista físico (por su localización en las inmediaciones de ciudades, con riesgo para la salud de su población), como jurídico

(por el cambio de la normativa aplicable, que las coloca fuera de ordenación) y económico (se pagan precios ridículos por un extenso número de hectáreas). Estas situaciones, generadas al amparo de una legislación que desconocía la importancia del medio natural, han creado otras esta vez irreversibles, espacios irrecuperables. Situación que es inadmisibles con la actual legislación (artículos 45 y 132 CE); a lo que se añade los compromisos de mejora ambiental asumidos con la UE en el TFUE.

Por otro lado, termina la entidad solicitante, la transmisibilidad dificulta la recuperación del dpm-t por la Administración, que ha de ser objetiva. Hasta ahora, cuando el concesionario inicial dejaba de estar interesado en la concesión, negociaba con la Administración su terminación y el dpm-t volvía al uso libre, público y gratuito de la ciudadanía. Ahora, con la Ley 2/2013, el concesionario busca la venta de la concesión, dificultando la recuperación para el uso público, con lo que también se fomenta que se perpetúe la ocupación, se consolide la desnaturalización del dpm-t y se incumplan los deberes de defensa, conservación y restauración proclamados (artículos 45 y 132.3 CE).

La institución del Defensor del Pueblo considera que la transmisibilidad inter vivos de las concesiones sobre dpm-t es neutral respecto de la protección de los recursos naturales. Es cierto que en dominio público rige la inalienabilidad (artículo 132.1 CE), que los bienes de dominio público son res extra commercium, y que esto impide el lucro de particulares que se enriquezcan por la mera transmisión de sus derechos sobre el dominio público, pero ello no hace que toda transmisión sea inadecuada para la protección del demanio litoral. Es fácil pensar en situaciones en que la mejor solución, dadas las circunstancias para por ejemplo una playa, es transmitir la concesión a un tercero.

De otro lado, si un concesionario puede sustituir a otro, entonces ha de intervenir la Administración para fijar nuevas condiciones, como en tantos contratos, incluso fijar adaptaciones, por cambios en la situación física, legal, económica u otras circunstancias. Esto no queda impedido con la nueva Ley. La transmisibilidad no dificulta por sí misma la recuperación del dpm-t por la Administración.

Las alegaciones han de ser pues desestimadas, en los términos expuestos por esta Institución.

DECIMOTERCERO. En este FUNDAMENTO se tratan los razonamientos de la entidad solicitante referidos a las sanciones y a la restitución (artículo primero de la Ley 2/2013, apartados Veintinueve y Treinta y cuatro).

El apartado Veintinueve modifica el artículo 90 LC. Este artículo regula las infracciones administrativas, y en esa búsqueda de la desprotección del litoral determina que, para ser infracción una ocupación del dpm-t no basta que se carezca de título, hace falta además que "se hubiera desatendido el requerimiento expreso de la Administración para la cesación de la conducta abusiva".

La entidad solicitante entiende que el carácter inalienable de los bienes de dominio público y el deber de su defensa y conservación que se impone a las administraciones públicas, con carácter general en el artículo 45 CE y en el 132 específicamente para el dpm-t, también exigen que toda ocupación sin título sea ilegal y haya que cesar en ella enseguida, sin necesidad de esperar el requerimiento administrativo, entre otros motivos porque, dado lo extenso de nuestras costas y la disminución de los efectivos a ella dedicados (personales y económicos), mantener esta exigencia permitirá consolidar situaciones de hecho incompatibles con un dominio público, imprescriptible por definición, con lo que se vulneran los citados artículos de la CE.

Esta Institución también ha de desestimar la alegación. Exigir ahora que una infracción lo sea sólo si ha habido un requerimiento administrativo y éste es desatendido, no disminuye el rigor de la protección dada hasta ahora a la costa. No se reduce el efecto disuasorio de la ocupación sin título, cabe hacerse y puede ser duradera, no será ilícito sancionable ni habrá de cesar enseguida, al ocupante le cabe esperar el requerimiento y atenderlo, con consolidación de situaciones de hecho incompatibles con el dominio público. Pero esta modificación legislativa no tiene por finalidad desproteger ni dar uso insostenible al litoral, sino facilitar usos y ocupaciones.

El treinta y cuatro modifica el artículo 95 LC: se establece un plazo de caducidad para la obligación de reparar el dpm-t perjudicado. La entidad solicitante considera que el carácter imprescriptible del dominio público, y por tanto del dpm-t, impide que sobre él se adquieran facultades y, por tanto, el derecho a no reparar el daño causado. El perjuicio causado al dpm-t siempre tendrá que ser reparado, permitir la extinción por caducidad de la obligación vulnera el artículo 132 CE.

La institución del Defensor del Pueblo considera que éste no es un caso de desprotección del litoral. Propiamente la obligación de reparar el dpm-t perjudicado no puede "caducar", sino más bien prescribir, que es lo que el texto legal dice. Es connatural al carácter imprescriptible del dominio público que sobre él no puedan adquirirse facultades por el paso del tiempo, mas ello no afecta a la obligación de reparar el daño causado pues determinar la extinción por prescripción de la obligación de reparación de un bien imprescriptible no necesariamente vulnera el artículo 132 CE.

DECIMOCUARTO. El artículo primero de la Ley 2/2013, apartado treinta y ocho, añade un apartado 2º al artículo 119 LC. Introduce un elemento de control de la actuación de las corporaciones locales con la posibilidad de que la Administración General del Estado suspenda los actos de las entidades locales cuando afecten a la integridad del dpm-t o supongan un uso prohibido en la servidumbre de protección. Al respecto la entidad solicitante dice querer la máxima protección del dominio público marítimo-terrestre, lo que significa protección de la integridad física (mantenerlo a salvo de la destrucción, desnaturalización, daños, deterioro, contaminación) y jurídica (mantenerlo libre de ocupaciones privadas, detenciones perpetuas), pero considera que ello no se logrará con intervenciones excepcionales a posteriori, sino trabajando para que todas las administraciones implicadas asuman los principios del medio ambiente, los recogidos en los artículos 45 y 132 de la CE.

Considera pues que la regla incurre en inconstitucionalidad por atentar contra el principio de autonomía local recogido en la CE (no lo cita expresamente, pero está refiriéndose sin duda al artículo 140 de la Constitución).

Por otro lado, algunas autonomías (Andalucía, Cataluña) han asumido competencias en la gestión del dpm-t y será a ellas a quienes corresponderá la tutela de dicho dominio y determinar si hay o no afección a la integridad. Por lo que este control excepcional a posteriori no será ejercitable por la Administración del Estado en estas autonomías. Cita el artículo 67 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL). Existe, por tanto, ya una previsión legal para estos supuestos, a la que cabrá acudir cuando con medidas de coordinación pueden solventarse los problemas.

La institución del Defensor del Pueblo considera que esta alegación tampoco puede ser estimada. No es inconstitucional que al amparo del artículo 149.12.18.ª CE el Estado pueda dictar reglas como la examinada. Lo mismo que el artículo 67 de la Ley 7/1985, de Bases del Régimen Local (LBRL), la disposición no atenta contra la autonomía local, que no es soberanía ni es una autonomía ilimitada ni sin controles. Incluso cabe pensar que las autonomías que han asumido competencias en la gestión del dpm-t son las apoderadas para ejercer esta función, pero como entes territoriales que gestionan el dominio público litoral por cuenta del Estado. En efecto es a ellas a quienes corresponde la tutela del demanio costero, y, por tanto, determinar si hay o no afección a su integridad, luego el control sobre la actuación de las entidades locales no es propiamente “excepcional”, aunque sí es posterior, y será ejercitable por la Administración del Estado aunque no siempre directamente, sino mediante los entes autonómicos. Finalmente, es cierto que existe ya una previsión legal para tales

supuestos (suspensión de actos de las entidades locales cuando afecten a la integridad del dpm-t o supongan un uso prohibido en la servidumbre de protección), a la que cabe acudir cuando con otras medidas no pueden solventarse los problemas; pero lo que aquí hace el legislador es concretar para un caso determinado la regla general de la LBRL, nada más.

DECIMOQUINTO. El artículo primero de la Ley 2/2013, apartado treinta y nueve, reforma los apartados 2 y 3 de la disposición transitoria primera LC, y añade un apartado 5º.

La disposición transitoria primera (DT 1ª) de la LC regula la situación de los titulares de derechos, reconocidos por sentencia firme, que, en virtud de la nueva regulación de la LC, pasan a estar en el dpm-t o en el mar territorial, a los que transforma su derecho de propiedad en uno de concesión por treinta (30) años prorrogables por otros treinta (30), sin pago de canon alguno. Esta transformación de derechos de propiedad en concesión fue declarada conforme a la Constitución por el Tribunal Constitucional en la STC 149/1991 (4 de julio de 1991, recursos de inconstitucionalidad contra la Ley de 28 de julio de 1988, de Costas). Tras reconocer la rotundidad del artículo 132 de la CE que impone desde el momento mismo de la promulgación del texto constitucional (que), todos los espacios enumerados en el art. 132.2 se integran en el dominio público (transcribe el FJ 8º A), 5). Así pues el TC reconoce que esta privación de derechos está motivada legalmente y que la indemnización es suficiente.

Para la entidad solicitante, con la modificación los derechos reconocidos a los titulares por sentencia firme se extienden a los que tengan derechos inscritos en el Registro de la Propiedad, amparados por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, y el plazo de disfrute se amplía a setenta y cinco años desde la Ley 2/2013, esto es, se suman los 75 a los 30 que les concede originalmente la LC. No encuentra la solicitante justificación a, de un lado, que los derechos reconocidos por sentencia firme sean equiparados a los derechos inscritos, no olvidemos que en múltiples ocasiones esta inscripción se practica por una simple declaración del titular en documento público (bastan dos transmisiones para conseguirla) o por acta de notoriedad (i. e., casos de Registros destruidos en la Guerra civil, de pérdida de títulos, rotura de la cadena de transmisiones), lo que vulneraría el principio de igualdad (artículo 149.1.1.ª CE) y genera inseguridad jurídica. Tampoco hay motivo, prosigue, ni se alega cuál pueda ser, para el aumento de la indemnización en setenta y cinco años, pues si la citada STC 149/1991 apreció que la indemnización inicialmente fijada, de 30 + 30 años, era suficiente como precio expropiatorio, no entiende cómo puede ser también justa la de 30 + 75. Por lógica, si la primera indemnización es justa entonces la segunda ha de

constituir un exceso, un desequilibrio, un sacrificio del interés general en beneficio del interés particular, contraria por tanto al artículo 132 CE que exige que, en estos bienes, prevalezca el interés general.

La entidad solicitante considera que la prevalencia de los derechos de los particulares sobre el interés general en zona de dpm-t, del uso privativo y excluyente (de los propietarios protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria) sobre el uso general, libre, público y gratuito de todos los ciudadanos, incurre en ilegalidad, pues la CE en su artículo 132 dice que en estos bienes debe prevalecer el interés general.

Termina la modificación excluyendo del dpm-t los terrenos inundados controladamente destinados a cultivo marino o salinas marítimas. Muchas de estas zonas dedicadas a salinas y acuicultura eran inundables de forma natural, pero se han realizado obras para controlar esa inundación, por lo que en la actualidad su inundación es artificial. Estas zonas son especialmente ricas en biodiversidad (fauna, avifauna, flora, sensibles a la alteración por los efectos del cambio climático: subida del nivel del mar, fenómenos meteorológicos adversos, temporales) y su exclusión del dpm-t implica autorizar su transformación, lo que supondrá tanto la destrucción de enclaves de gran valor ambiental como la pérdida de las funciones que realizaban: laminación de avenidas e inundaciones, zona de amortiguamiento de temporales, con incumplimiento de los deberes de defensa y conservación del dpm-t proclamados en el artículo 132.3 CE. No es pues esta propuesta, a juicio de la entidad solicitante, un paso hacia la sostenibilidad de la costa, sino a su desnaturalización y destrucción, paso contrario a la Constitución, artículo 45, pues como afirmó la STC 149/1991 (transcribe el FJ 8º A, 4 y 5).

Es decir, que el legislador ordinario no está facultado para hacer exclusiones del dpm-t y, por tanto, no puede sustraer las salinas, dunas, etc., de los bienes de dpm-t.

La institución del Defensor del Pueblo considera que la alegación no puede ser estimada. Con la modificación, los derechos reconocidos a los titulares por sentencia firme se extienden a los que tengan derechos inscritos en el Registro de la Propiedad, amparados por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, y el plazo de disfrute se amplía a setenta y cinco años desde la Ley 2/2013, se suma los 75 a los 30 reconocidos originalmente en la LC. Lo dicho en anteriores FUNDAMENTOS sobre la ampliación del plazo de concesión, vale aquí tal cual. Puede equipararse por disposición legal el reconocimiento de derechos por sentencia judicial a los derechos inscritos por mera declaración del titular en documento público o por acta de notoriedad; no es una vulneración de la igualdad ni producción de inseguridad jurídica. Tampoco es

aceptable lo alegado sobre la exclusión del dpm-t de los terrenos inundados controladamente destinados a cultivo marino o salinas marítimas, pues no necesariamente acarreará la destrucción de enclaves de gran valor ambiental ni la pérdida de su función (laminación de avenidas e inundaciones, zona de amortiguamiento de temporales).

Ya ha quedado dicho lo insostenible de que como una primera indemnización fue juzgada justa, entonces cualquier otra sea injusta. Tampoco es exacto que el legislador ordinario no esté facultado para hacer exclusiones del dpm-t, sino que está facultado para (y obligado a) definir qué es dpm-t más allá de lo expresamente señalado por la Constitución.

DECIMOSEXTO. Prosigue la solicitud con el examen del artículo primero de la Ley 2/2013, apartado cuarenta, que modifica las letras a), b) y c) del apartado 2 de la disposición transitoria cuarta LC, y añade un apartado 3º.

La DT 4ª regula la situación en que quedan las obras e instalaciones anteriores a la LC, que necesitando autorización o concesión, no la solicitaron. Para las que son legalizables se prevé su acomodo a la nueva normativa, y para las que no, se regula su progresiva extinción.

El elemento decisivo para posibilitar la legalización de las instalaciones era antes si necesitaban del dpm-t. La LC, siguiendo el artículo 132 de la CE, estableció un principio básico y general, que el dpm-t debe estar dedicado al uso público, libre y gratuito de la ciudadanía, con una excepción: que se trate de actividades que por su naturaleza no puedan tener otra ubicación.

Pero con la Ley 2/2013 cambia este principio, y ahora las obras no acordes a la legalidad mejoran su situación, se consolidan -en el texto que ahora examinamos- y se mantienen -el artículo segundo de la Ley 2/2013 permite que se mantengan durante 75 años más. Cree la solicitante que conceder a los titulares de situaciones fuera de ordenación los mismos derechos que los que se acomodaron a la legalidad con el coste que ello les supuso (i. e., traslado de depósitos de hidrocarburos a polígonos industriales) vulnera el principio de igualdad, que considera la solicitante proclamado en el artículo 149.1.1.ª CE.

La nueva redacción de la DT 4.ª, prosigue, beneficia sustancialmente la situación de estos titulares de derechos fuera de ordenación en el dpm-t, mantienen su derecho por otros 75 años y, además, no pareciendo suficiente estas ventajas les permite realizar obras de consolidación, mejora y modernización, y para facilitarlas

arbitra un sistema de silencio positivo y la sustitución de la autorización administrativa por la mera declaración del interesado.

La entidad solicitante sostiene que las industrias fuera de ordenación, que no necesitan estar ubicadas en dpm-t, no pueden ocupar esta valiosa zona, porque en ella rige la inalienabilidad por exigencia de la CE. Otra forma de proceder incurre en inconstitucionalidad, artículo 132. Esta imposibilidad no se salva porque el órgano urbanístico emita informe favorable, porque la Administración encargada de la protección del dpm-t controle que se respeta la servidumbre de protección, ni porque las obras supongan una mejora energética o empleen mecanismos de ahorro de agua. La CE establece que en esta zona no debe haber usos privativos para actividades que admitan otra ubicación, y este principio general ha de respetarse, y no hacerlo implica incurrir en vicio de inconstitucionalidad.

En cuanto al primer beneficio, el silencio positivo, la modificación establece que cuando la Administración encargada de la protección del dpm-t no se manifieste sobre si las obras respetan o no la servidumbre de protección, se entenderá que el informe es favorable. Esta redacción impuesta por la Ley 2/2013 supone una nueva excepción, ahora al principio general de imprescriptibilidad, artículo 132 CE, que significa que sobre el dominio público no se adquieran facultades por silencio administrativo (artículo 43 de la Ley 30/1992, del Procedimiento Administrativo Común, citado ya respecto del punto ocho, supra). Además, se vulnera el principio de igualdad.

Sobre el segundo beneficio, la solicitante se opone a la posibilidad de realizar las obras sin autorización administrativa, con simple declaración del titular, por quien se ha mantenido más de treinta años fuera de ordenación (el texto legal invoca el artículo 71 bis LPC, transcrito antes). Puede iniciarlas con una mera declaración ante el órgano urbanístico, encargado de autorizar las obras, de que son conformes a Derecho el titular de la instalación fuera de ordenación. Esta conducta, que afecta al dpm-t y a la servidumbre de tránsito, le parece inadmisibles y contraria, no ya sólo a la LPC sino también a la misma CE, al deber de todos, y, por tanto, también del legislador, de defender y conservar el dpm-t (artículos 45 y 132.3 CE).

La entidad solicitante no ve adecuado romper con estos dos principios, y menos para actividades que no necesitan ubicarse en el dpm-t y que lo desnaturalizan. En él lo primario y esencial es la conservación de su integridad física y jurídica; otra forma de proceder vulneraría el artículo 45 de la CE en su modalidad de defensa y restauración del medio con apoyo en la indispensable solidaridad colectiva. Porque la solidaridad que predica la CE ha de ser en beneficio de la conservación del dpm-t, en su integridad y en beneficio de la ciudadanía, lo que implica que los concesionarios

situados fuera de ordenación desalojen el dpm-t, lo devuelvan a su estado natural originario y permitan su disfrute por el resto de personas; no como aquí, donde se pretende que se degrade de forma irreversible el dpm-t y que la ciudadanía no recupere el uso, todo con la finalidad del disfrute de los actuales ocupantes privilegiados, fuera de ordenación. No acierta a ver el interés general en esta nueva legislación, que amplía las ventajas para los usos industriales en la costa no acordes a la legalidad, en perjuicio de la ciudadanía y que permite la degradación irreversible del medio.

La institución del Defensor del Pueblo considera sobre lo anterior que con la nueva ley las obras e instalaciones anteriores a la LC que necesitaban autorización o concesión y no la solicitaron o no la obtuvieron (no legalizadas por tanto, desde julio de 1988), pueden ahora legalizarse si son compatibles con el destino del dpm-t, o serán extinguidas. Se trata pues técnicamente de una prórroga a la posibilidad de legalización o a la presencia en el dpm-t de construcciones hasta ahora ilegales e incompatibles con el demanio.

DECIMOSÉPTIMO. El artículo primero de la Ley 2/2013, apartado cuarenta y uno, introduce en la LC una nueva disposición adicional décima, para las urbanizaciones marítimo-terrestres. La solicitante cita de nuevo la STC 149/1991. Dice que tras la aprobación de la CE no caben derechos de particulares en el dpm-t, y esto no implica privación de derechos.

Cree la entidad solicitante que esta nueva regulación constituye un fraude de ley. La CE no permite derechos de particulares en el dpm-t, no autoriza a excluir porciones del dpm-t, pero la nueva ley crea un nuevo concepto, el de las "urbanizaciones marítimo-terrestres", de las que dice que no son dpm-t y pueden ser propiedad privada, por tanto lo que baña el mar ya no es zona marítima-terrestre sino "urbanizaciones marítimo-terrestres" y pueden dejar de ser dominio público. Resultado, se reconoce la propiedad privada en el dpm-t.

Para la entidad solicitante, excluir del dpm-t las "urbanizaciones marítimo-terrestres" vulnera el artículo 132.2 de la CE.

La institución del Defensor del Pueblo considera sobre lo anterior que la argumentación no es correcta. Efectivamente esta Institución sostiene (ya ha sido razonado en FUNDAMENTOS anteriores) que no es exacto afirmar que la CE no admita derechos de particulares en el dpm-t. Propiamente, tampoco es inconstitucional que la reserva de ley impuesta por la Constitución a la definición detallada del dpm-t (y su ulterior determinación concreta en cada lugar mediante el deslinde) impida "excluir

porciones del dpm-t", pues la finalidad tanto de la definición (en la ley) y determinación (durante el deslinde) del dpm-t consiste precisamente en que al quedar unas zonas incluidas, otras quedan excluidas del demanio costero.

DECIMOCTAVO. El artículo primero de la Ley 2/2013, apartado cuarenta y dos introduce una nueva disposición adicional undécima en la LC, para los bienes de interés cultural. Para la entidad solicitante una vez más se trata de facilitar la ocupación privativa del dpm-t, esta vez con la excusa de que se trata de bienes de interés cultural. La entidad solicitante considera que el legislador ordinario carece de competencia para fomentar la ocupación de bienes de dpm-t para usos privativos. Fomentar la ocupación privativa de los bienes de dpm-t vulnera el principio de inalienabilidad proclamado en el artículo 132.1 CE y fomenta su desnaturalización, artículo 45 CE.

La institución del Defensor del Pueblo considera que esta alegación tampoco puede ser estimada. La disposición examinada establece, en suma, que los bienes declarados de interés cultural (BIC) situados en dpm-t quedan sujetos al régimen concesional previsto en la LC, pero que en las zonas de servidumbre de tránsito, de protección o de influencia se aplican las medidas propias de los BIC con preferencia a las de la LC, sin perjuicio de lo previsto en la disposición transitoria tercera, apartado 3.3ª (esta disposición sufre a su vez un muy importante cambio con la Ley 2/2013). No puede deducirse de esto directamente que con ello se busque facilitar la ocupación privativa del dpm-t, aunque indudablemente se está dando preferencia al destino artificial (objeto de la legislación del patrimonio histórico) sobre la recuperación como recurso natural. A juicio de la institución del Defensor del Pueblo, la clave de este asunto se encuentra precisamente en la nueva redacción de la disposición transitoria tercera apartado 3.3ª, y es ahí donde ha de examinarse y adonde nos remitimos (FUNDAMENTO VIGÉSIMO SEXTO).

DECIMONOVENO. El artículo segundo de la Ley 2/2013 introduce una concesión de 75 años generalizada para todos los usos en el dpm-t existentes actualmente. Reitera la solicitante que la CE sienta un principio básico y general, que el dpm-t debe estar dedicado al uso público, libre y gratuito de la ciudadanía, y sólo excepcionalmente puede permitirse la sustracción a este principio (artículo 132), por lo que la atribución general de un plazo de setenta y cinco años a las concesiones -usos privativos y excluyentes- para todas las actualmente existentes -incluidas las que están en fase de extinción o fuera de ordenación- es contraria al precepto constitucional. También estas prórrogas a los concesionarios son a costa de la ciudadanía, que pierde su derecho a recobrar este dpm-t, por lo que podría considerarse que hay una aplicación retroactiva (la Ley 2/2013 se aplica a las

concesiones actualmente existentes en fase de extinción, caducidad) de disposiciones restrictivas de derechos individuales (los derechos de la ciudadanía al uso y disfrute del dpm-t), posibilidad expresamente prohibida por el artículo 9.3 de la CE.

Le es especialmente llamativo que este derecho se conceda para usos no acordes con la legalidad vigente: industrias extractiva, energética, química, petroquímica, textil y papelera, instaladas con anterioridad a la LC (desde la vigencia de esta, al admitirse otra ubicación no podían ser autorizadas) por lo que estaban en vías de extinción, y así poder acomodar el uso del dpm-t a la nueva legalidad. Ahora se ven extraordinariamente favorecidas en su permanencia. Se vulnera aquí, ante todo, el principio de igualdad (artículo 14 CE): ¿por qué los titulares de usos industriales que no se acomodaron a la legalidad vigente se ven tan favorecidos? En perjuicio de los que sí lo hicieron, aquellos que teniendo los mismos usos en dpm-t, que se molestaron en cumplir la legalidad y desalojaron la zona soportando el gasto del desmantelamiento y a costa de su patrimonio, cumpliendo así la LC.

Por otro lado, el deber de todos de proteger, defender, conservar y restaurar el medio ambiente, proclamado en el artículo 45 de la CE, aplicable al dpm-t, impide fomentar usos que lo desnaturalizan y hacen imposible su recuperación. Un nuevo motivo de vulneración de la CE.

Prosigue la entidad reclamante alegando que el objetivo declarado de la reforma es “dar seguridad jurídica a estos concesionarios” pero ésta no se consigue, ni física ni jurídica. No hay seguridad jurídica porque no sólo se modifican los derechos de los particulares ocupantes del litoral, que los ven prorrogados y mejorados sin motivo alguno, sino también los del resto de la ciudadanía que, sin razón alguna, se ve privada de su expectativa de uso libre, público y gratuito de estas porciones de dominio público marítimo-terrestre, expectativa que -ésta sí- queda expresamente protegida en la Constitución, con quebranto de la seguridad jurídica. Por último, no hay seguridad física, porque estas porciones de terreno están sometidas a los efectos del cambio climático: subida del nivel del mar, erosión y regresión de la costa, agravamiento de los efectos de catástrofes naturales vinculadas a fenómenos meteorológicos adversos, y para ello no hay que esperar a que sea emitido un informe, como dice la disposición final octava de la Ley 2/2013, pues ya existen estudios sobre el particular, a nivel europeo, los ya citados, y específicos para España (el Estudio sobre delimitación del Dominio Público Hidráulico, 2011), por lo que la Administración no está en condiciones de otorgar seguridad a la ocupación; y fomentar y autorizar inversiones en esas zonas sólo dará lugar a más reclamaciones contra la Administración del Estado por los daños -personales y patrimoniales- que los titulares sufran en ellas (recuerda las inundaciones de septiembre de 2012 en Málaga).

Afirma la entidad solicitante que la seguridad en el dpm-t es una utopía. Los titulares gozarán de un plazo sine día -los actuales concesionarios no conocerán el fin de sus concesiones- pero ¿podrán disfrutar de su concesión durante todo este tiempo? Cree que no. La única solución a largo plazo para las empresas radicadas en el litoral vendría de la alternativa de ubicarlas en polígonos industriales cercanos, oferta factible dada su actual desocupación por la crisis. Esta es la auténtica seguridad, propugnada por recomendaciones y directivas comunitarias (Recomendación 20021413/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2002, sobre la aplicación de la gestión integrada de las zonas costeras en Europa, y Directiva 2007/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2007, de Evaluación y gestión de los riesgos de inundación).

El artículo segundo de la Ley 2/2013 también vulnera la CE en materia de competencia, pues si corresponde a la comunidad autónoma la gestión del medio ambiente, deberá ser ella quien decida por qué procedimiento y en qué plazo se comprueba la situación de estas industrias.

La institución del Defensor del Pueblo considera que la alegación no puede ser estimada. Sobre la nueva regla de ampliar la duración de toda concesión a 75 años, vale lo ya expuesto en un anterior FUNDAMENTO. Se ha de ser cuidadoso en cuanto a reconocer que esta “prórroga” a favor de los concesionarios sea de aplicación retroactiva y que consista en una disposición restrictiva de derechos individuales. No encontramos que haya retroactividad prohibida, pues la Constitución (y el TC) no prohíben toda retroactividad, sino sólo la llamada “de primer grado” (modificación para el futuro de los efectos pasados y terminados de actos jurídicos pasados) cuando va referida a derechos individuales. No parece que haya tal en este caso, una prórroga no implica retroactividad, ni los derechos de la ciudadanía al uso y disfrute del dpm-t son como tales derechos individuales.

Tampoco puede coincidirse con la solicitante en que este artículo segundo de la Ley 2/2013 vulnere la CE en cuanto a la distribución competencial. Si corresponde a la comunidad autónoma la gestión del medio ambiente, seguirá siendo ésta la que decida el procedimiento y plazos de las autorizaciones industriales, extinguidas éstas automáticamente se extinguen las concesiones de dpm-t.

VIGÉSIMO. La disposición adicional segunda de la Ley 2/2013 obliga a la Administración a iniciar de oficio la revisión de los deslindes.

Los nuevos deslindes tienen por finalidad, a juicio de la entidad solicitante, excluir porciones de terreno del dpm-t; no benefician el interés general, por lo que no deberían ser realizadas de oficio por la Administración que defiende el interés general, sino promovidas por los particulares beneficiados. Las administraciones, en materia de medio ambiente, tienen el deber de defenderlo, artículo 45 CE, por lo que promover de oficio un deslinde que implica excluir porciones del dpm-t es directamente contrario a la Constitución.

La institución del Defensor del Pueblo no comparte este fundamento de la solicitud. Han sido 25 años de vigencia de la LC, con grandes gastos a cargo del erario público para realizar los deslindes, con casi todo el litoral español deslindado, muchas veces con sentencias firmes que ratificaron los deslindes, tan atacados (lógicamente) por las personas afectadas. Ahora el legislador decide acometer un nuevo deslinde y no hay en ello inconstitucionalidad.

VIGÉSIMO PRIMERO. La disposición adicional tercera de la Ley 2/2013, introduce el criterio del paseo marítimo como límite del dpm-t. Con frecuencia los paseos marítimos se han construido en una zona de dinámica litoral, encima de la playa (Platja de Piles), de las dunas (los Arenales del Sol) o del cordón litoral (Peñíscola), de ahí la frecuencia con que estos paseos marítimos sufren inundaciones y destrozos (Matalascañas, casi todos los años), lo que no es sino una manifestación de que su ubicación no es adecuada, que esa franja de terreno es zona marítima-terrestre.

Esta localización de los paseos marítimos, sigue diciendo la entidad solicitante, altera la morfología del litoral, dificulta su capacidad de respuesta frente a la dinámica marina y aumenta el tiempo de recuperación de una playa tras un temporal. El paseo causa la reflexión del oleaje, impide la regeneración de las playas y destruye los ecosistemas de los fondos marinos inmediatos a la costa, precisamente los de mayor riqueza biológica.

Fomentar estos paseos vulnera el artículo 45 CE en su vertiente de utilización racional de los recursos naturales, pues se fomenta un uso irracional de las dunas, cordón litoral, etcétera. Si lo que se pretende, según dice la exposición de motivos de la Ley 2/2013, es mejorar la capacidad protectora del medio marino, debe entonces ser la actividad humana la que se pliegue a las necesidades del medio, no podemos esperar que la situación mejore interrumpiendo sus funciones como la regeneración natural de las playas.

La entidad solicitante termina su alegación manifestando que convertir el paseo marítimo en la piedra angular del deslinde no es una buena idea y vulnera la CE, el artículo 45 en su vertiente de deber de las administraciones públicas de utilización racional de los recursos naturales. La línea de deslinde ha de determinarse por la zona que se inunda de forma natural por el efecto de las mareas, no por la voluntad política; y también vulnera la CE, el artículo 45 en su vertiente de restaurar el medio ambiente, porque en lugar de corregir los defectos cometidos (la ocupación de dunas y del condón litoral por los paseos marítimos), y de promover la recuperación de esta franja marítima-terrestre, se ahonda en el error consolidando la ocupación con la urbanización del resto de duna o cordón, en perjuicio del medio natural, cuando la playa sufra mayor erosión por falta de su barrera natural amortiguadora de temporales y avenidas.

La institución del Defensor del Pueblo no comparte esta alegación, es facultad del legislador determinar las porciones del dpm-t, por tanto determinar cuáles no lo son; si lo es en el momento del deslinde, más lo es en el momento de legislar.

VIGÉSIMO SEGUNDO. La disposición adicional cuarta de la Ley 2/2013 faculta para un nuevo deslinde en la isla de Formentera. El deslinde de Formentera fue llevado a cabo por peritos y técnicos especialistas de los Ministerios de Medio Ambiente y de Universidades, y fue ratificada por el Tribunal Supremo, dando seguridad jurídica a que el dominio público marítimo-terrestre tenía las características físicas deslindadas, y que el deslinde no fue ilegal sino plenamente válido. Por lo que iniciar un segundo deslinde, al cambiar los criterios sin justificación científica ni técnica que motive el cambio, incurre en vulneración del principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE).

La entidad solicitante prosigue aduciendo que un segundo deslinde en zonas escogidas es también contrario al principio de igualdad. Por qué unas islas, o unas zonas, se vuelven a deslindar y otras no. Máxime cuando hay zonas del litoral español que todavía no han sido deslindadas por primera vez. Por qué la isla de Formentera y no Palma o Eivissa o Tenerife, en todas ellas concurre algo de excepcional, son una realidad única. No quiere pensar la solicitante que sea porque hay una Asociación de Damnificados de la Isla de Formentera que ha presionado más que el resto de perjudicados, porque esto vulneraría, otra vez, la igualdad ante la ley.

Los criterios elegidos para este segundo deslinde (el período de retorno de cinco años y la superficie plana de las playas) son inaceptables y crean, de nuevo, inseguridad jurídica.

La entidad solicitante que la Directiva 2007/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2007, sobre evaluación y gestión de los riesgos de inundación, se aplica a las zonas costeras (artículo 3) y considera como probabilidad media de inundación un período de retorno de 100 años. En España, para efectos del dimensionado de las obras marítimas, se utilizan períodos de retorno entre 100 y 500 años, pero la disposición final 4ª de la Ley 2/2013 fija para la isla de Formentera un período de retorno en cinco (5) años y exige una frecuencia de temporales de al menos tres (3) en este corto lapso de tiempo, para poder considerarlo zona inundable. Considera la solicitante que esta regulación no respeta los principios de prevención y precaución (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) y vulnera la Directiva 2007/60/CE; y con ello atenta contra la seguridad jurídica (artículo 9.3 CE).

La irresponsabilidad de fijar un período de retorno tan escaso y exigir en ese período tal frecuencia de temporales para considerar la zona como inundable, se pone de relieve en los estudios científicos realizados (cita el de un catedrático de Ingeniería Hidráulica de la Universidad de Granada).

El otro factor a tener en cuenta en el nuevo deslinde lo constituyen los requisitos que han de tener las playas para ser dpm-t, no basta con que sean zonas inundables, hace falta además que sean planas, sin vegetación y de arena o piedras; quedan fuera los bajos de los acantilados, las playas con pinar o matorral mediterráneo. Pues bien, dice la entidad solicitante que escapa a su conocimiento los motivos de tal arbitrariedad y le parece que desde luego no cumplen el objetivo de un uso sostenible del litoral, sino de fomentar su desnaturalización (artículo 45 CE).

También aduce que en tanto supone la no ejecución de las sentencias firmes del Tribunal Supremo que aprobaron el deslinde anterior de la isla de Formentera, hay vulneración del derecho a la ejecución de lo juzgado (artículo 118 CE), pues es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los jueces y Tribunales. Incluso más, esos deslindes que perjudican a los propietarios, benefician al resto de ciudadanos, que ve cómo unas sentencias no se ejecutan y una norma restrictiva de derechos, la Ley 2/2013, se aplica con carácter retroactivo (otra vulneración del artículo 9.3 de la CE).

De nuevo ve criticable la entidad solicitante que sea la Administración Pública, que debe defender el interés general y el medio ambiente, la que promueva el nuevo deslinde de Formentera para excluir del dpm-t zonas de salinas, partes de playas, y afirma que esta previsión vulnera el artículo 45 de la CE en su vertiente de que las administraciones públicas deben promover una utilización racional de los recursos naturales, pues es irracional excluir las salinas del dpm-t por la función de protección

ambiental que realizan; y de defender y restaurar el medio ambiente, pues excluirlas implica su desprotección y posible transformación y desnaturalización y con ella la desaparición de toda la fauna que albergan; esto es, actuar en perjuicio del medio costero.

La institución del Defensor del Pueblo tampoco comparte esta alegación plenamente, por los motivos ya expresados en FUNDAMENTOS anteriores, que no se plasman aquí en aras de la brevedad y que son aplicables analógicamente.

VIGÉSIMO TERCERO. La disposición adicional sexta de la Ley 2/2013 reintegra el dominio del terreno de las urbanizaciones marítimo-terrestres. Reitera la entidad solicitante lo dicho en cuanto que las urbanizaciones marítimo-terrestres incluyen partes del dpm-t, y que sobre éste no puede reconocerse propiedad privada, por mandato del artículo 132 de la CE, tal y como reitera la STC 149/1991, que ha citado ya varias veces.

La institución del Defensor del Pueblo se remite en este apartado a lo ya dicho en el anterior FUNDAMENTO DECIMOSÉPTIMO, y, por tanto, el motivo ha de ser desestimado.

VIGÉSIMO CUARTO. La disposición adicional séptima de la Ley 2/2013 excluye determinados núcleos de población del dpm-t.

Como ya dijo, la entidad solicitante no admite que esté en manos del legislador ordinario decir qué es dpm-t y qué no, o como se hace ahora, excluir "determinados núcleos de población" del dpm-t. Lo que es dpm-t lo definió el artículo 132 CE y no hay facultad del legislador, ordinario ni orgánico, para decidir sobre esto. Por ello, esta decisión es inconstitucional.

A mayor abundamiento, se vulnera el principio de igualdad. ¿Por qué estos doce "determinados núcleos de población" y no más, o menos, u otros? No se dice a qué criterios responde esta decisión, con lo que no se puede controlar su legalidad, convirtiéndose en arbitraria e infundada y por ende inconstitucional (artículo 9.3, principio de interdicción de la arbitrariedad) y el artículo 14 CE por vulnerar la igualdad de todos los ciudadanos.

Añade la entidad solicitante como NOTA que esta exclusión implica, por un lado, la declaración de que no son zonas que se vean afectadas por la influencia del mar (las que lo son, según la CE deben ser dominio público) y por otro, una

desprotección de éstas al desaparecer las limitaciones de usos y ocupación que rigen para las zonas de dpm-t.

Pues bien, algunos de los núcleos excluidos del dominio público marítimo-terrestre están comprendidos dentro de las zonas calificadas como Áreas con riesgo potencial significativo de inundación, según la "Evaluación de zonas costeras en riesgo de inundación". Pasa la entidad solicitante a un examen algo más pormenorizado de los núcleos:

1. Núcleos de población de El Palo y Pedregalejo en el término municipal de Málaga, provincia de Málaga.- Según el informe técnico elaborado por el Centro de Estudios y Experimentación de Obras Públicas (CEDEX) del Ministerio de Fomento, a petición del Ministerio de Medio Ambiente, Medio Rural y Marino, hoy Agricultura Alimentación y Medio Ambiente, sobre "Evaluación de zonas costeras en riesgo de inundación", realizado en cumplimiento de la Directiva 2007/60/CE sobre evaluación preliminar del riesgo de inundación: los núcleos de población de El Palo y Pedregalejo tienen riesgo potencial significativo de inundación.

Así se puede ver en el mapa 20 - Área con riesgo potencial significativo de inundación, El Palo y Pedregalejo, Málaga, del mismo estudio. Evaluación preliminar de riesgos de inundación y selección de áreas con riesgo potencial significativo de inundación, en zonas costeras de la Demarcación Cuencas Mediterráneas Andaluzas.

2. Núcleo de población de Empuriabrava, término municipal de Castelló d'Empuries, provincia de Girona.- Lo mismo sucede con este núcleo, según el informe técnico del CEDEX: riesgo potencial significativo de inundación.

Así se puede ver en el mapa 13 - Área con riesgo potencial significativo de inundación por causas marítimas, Empuriabrava-Santa Margarida, Girona. Evaluación preliminar de riesgos de inundación y selección de áreas con riesgo potencial significativo de inundación en zonas costeras de la Demarcación Cuencas Internas de Cataluña.

3. Núcleo de población de Oliva, término municipal de Oliva, provincia de Valencia.- También se encuentra en riesgo potencial significativo de inundación, según el mismo informe CEDEX.

Mapa 10 - Área con riesgo potencial significativo de inundación por causas marítimas, de playa Oliva a playa de Les Deveses, Valencia. Evaluación preliminar de

riesgos de inundación y selección de áreas con riesgo potencial significativo de inundación en zonas costeras de la Demarcación del Júcar.

4. Núcleos de Caño del Cepo y Casco urbano, ambos en el término municipal de Isla Cristina, provincia de Huelva.- También considerados áreas con riesgo potencial significativo de inundación, mismo informe CEDEX.

Mapa 4 - Área con riesgo potencial significativo de inundación Isla Cristina, Huelva. Evaluación preliminar de riesgos de inundación y selección de áreas con riesgo potencial significativo de inundación en zonas costeras de la Demarcación del Guadiana.

En esta zona el área con riesgo de inundaciones es la playa central, no las zonas que se pretende deslindar. Si bien señala que en la cartografía que posee la entidad solicitante, facilitada por el Ministerio de Medio Ambiente, Medio Rural y Marino, actualizadas a 30 de junio de 2011, las zonas de dominio público marítimo-terrestre, que en la LPL aparecen como ya deslindadas, todavía no lo están.

5. Núcleo poblacional de Ría Punta Umbría, término municipal de Punta Umbría, provincia de Huelva.- Otro tanto puede decirse (riesgo potencial significativo de inundación, informe CEDEX), si bien aquí la coincidencia no es total.

Así se puede ver en el mapa 3-4 Área con riesgo potencial significativo de inundación, Punta Umbría. Evaluación preliminar de riesgos de inundación y selección de áreas con riesgo potencial significativo de inundación en zonas costeras de la Demarcación Tinto-Odiel-Piedras.

En resumen, de los doce (12) núcleos desafectados, poseen riesgo potencial significativo de inundación por causas marítimas 4 núcleos urbanos (Castelló d'Empuries, Playa de la Oliva, El Palo y Pedregalejo), e indirecta o parcialmente 3 (Punta Umbría, el casco urbano y Caño del Cepo en Isla Cristina). La exclusión de estos núcleos de población del dpm-t implica la eliminación de las limitaciones que rigen para esta franja en materia de construcciones, ocupaciones para usos industriales, densidad de edificación, etc., y que la hasta ahora vigente LC, aplicando la CE, impone para todas las zonas que pueden verse afectadas por la influencia de las mareas; la nueva Ley 2/2013 transmite la imagen de que son zonas de habitabilidad seguras, lo que no es cierto, estos núcleos de población ahora excluidos están bajo la influencia de las mareas y pueden verse inundados por sus efectos, por lo que deberían mantenerse las prohibiciones de usos que hasta ahora preveía la LC.

Por ello la reforma impuesta por la Ley 2/2013 atenta contra la seguridad jurídica, pues se declara estables y seguros varios núcleos de población que no lo son.

Termina la entidad solicitante reseñando que estos datos sobre inundabilidad de los núcleos urbanos constan al Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente desde diciembre de 2011; sin embargo, ha promovido esta reforma, que propone su exclusión del dominio público marítimo-terrestre, aprobada por la Ley 2/2013.

La institución del Defensor del Pueblo considera sobre lo anterior que, como ya ha quedado dicho, corresponde al legislador ordinario definir qué es dpm-t dentro del marco constitucional, y a la administración deslindarlo. Lo que es dpm-t en definición del artículo 132 CE queda fuera de la facultad del legislador ordinario. Es claro entonces que esta decisión no es inconstitucional.

VIGÉSIMO QUINTO. La disposición adicional novena de la Ley 2/2013 se refiere a las depuradoras que por sentencia firme del Tribunal Supremo se declaró que debían ser demolidas, porque en el dpm-t no podía ubicarse una instalación que por su naturaleza no necesitaba de este dominio (artículo 32 LC). Permitir por ley esta posibilidad implica hacer inefectiva una sentencia y vulnera el derecho a la ejecución de lo juzgado (artículo 118 CE).

Como ejemplo cita la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera, Sección Quinta, de 7 de diciembre de 2011, recurso de casación 6328/2007, a favor de la Asociación para la Defensa de los Recursos Naturales de Cantabria, ARCA).

La institución del Defensor del Pueblo considera sobre lo anterior que estamos, una vez más visto el uso dado por el legislador a este modo de operar, ante la desactivación por vía legislativa de decisiones judiciales firmes. Aunque no es expresamente citado por la entidad solicitante, es evidente que además de al artículo 118, se está refiriendo también al artículo 24 CE, pues la nueva regla vendría a privar de tutela judicial efectiva a quien hubiera obtenido una sentencia estimatoria de su pretensión (en el ejemplo que cita, una asociación para la defensa de los recursos naturales). Pero es notorio, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que estas decisiones del legislador no vulneran la Constitución. Estamos ante una nueva ley, que deja sin efecto -indirectamente- una sentencia, pero ello es porque una situación antes ilegal ya no lo es ahora.

VIGÉSIMO SEXTO. La disposición transitoria primera de la Ley 2/2013 amplía los supuestos de exclusión de núcleos de población del dpm-t.

En esta ocasión, el modo de reducir el dpm-t consiste en permitir que las disposiciones transitorias de la LC, que regulaban el paso de la situación preconstitucional a la establecida por la CE, se apliquen a los actos realizados una vez en vigor la LC y permitan legalizar ocupaciones de dpm-t realizadas ya en vigor la CE.

Una vez más, reitera la entidad solicitante lo dicho sobre la CE y la STC, no está en manos del legislador decir qué es dpm-t, ni excluir del mismo porciones de terreno. Le resulta extremadamente preocupante que esta decisión (decidir qué es dpm-t) quede en manos de la Administración urbanística, a la que califica de “el principal enemigo de la protección del litoral”, por tener intereses enfrentados con éste, el del lucro inmediato que se consigue con su recalificación (el paso de zona de servidumbre de protección del dpm-t a suelo urbano) y que la única medida de control (el informe de la autoridad encargada de la protección de dicho dominio) esté regulado con silencio positivo, cuando el artículo 43.1 de la Ley 30/1992 establece el principio general de que sobre el dominio público no se adquieren facultades por silencio administrativo (v. supra puntos Ocho, que introduce el artículo 13bis en la LC, y Cuarenta, que modifica la Disposición transitoria cuarta LC, véanse anteriores FUNDAMENTOS). Por lo que le parece inadmisibles que se diga que con esta reforma se pretende lograr un uso sostenible del litoral y dar seguridad jurídica.

Considera que esta posibilidad de que la Administración urbanística pueda reducir la servidumbre de protección en 80 metros (reducirla de 100 a 20 m) vulnera el artículo 132 CE; perjudica el medio, artículo 45; y crea inseguridad jurídica, artículo 9.3. Además de suponer la inejecución de las sentencias que determinaban lo contrario, que estos terrenos eran dpm-t o servidumbre de protección, artículo 118.

La institución del Defensor del Pueblo, conforme a lo ya razonado en FUNDAMENTOS anteriores que no es preciso reiterar, considera que la alegación ha de ser desestimada.

VIGÉSIMO SÉPTIMO. Ya se ha señalado que no es correcta la argumentación de la solicitante referida al artículo 149.1.1.<sup>a</sup> CE. Es utilizada por la entidad solicitante para razonar en sus Comentarios preliminares acerca de la Exposición de motivos de la Ley. Es cierto sin embargo que la reforma contenida en la Ley 2/2013 se realiza al amparo de la competencia del Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales (artículo 149.1.1.<sup>a</sup> CE), y que en el texto hay excepciones al régimen general, que se legisla de forma excepcional en algunos casos, pero no sin motivo. Se crean reglas especiales para algunos deslindes;

determinados núcleos de población quedan excluidos del dominio público marítimo-terrestre; concesiones a las que se otorga una prórroga generosa en duración y condiciones; se reduce la servidumbre de protección de 100 a 20 metros, etcétera (véase el FUNDAMENTO siguiente).

VIGÉSIMO OCTAVO. En síntesis, esta Institución estima que la Ley 2/2013 no vulnera los artículos 9.3, 14, 24, 45, 118 y 132 CE.

Ahora bien, en el momento de ser aplicada la Ley 2/2013 y las nuevas reglas insertadas en la LC ha de ser la Administración muy cuidadosa con que no se reduzca la protección de la costa sino que se preserve o aumente. El legislador no sólo no ha de velar por la utilización racional de los recursos naturales, ha de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente costero, apoyándose en la solidaridad colectiva.

Ha de compartirse con la entidad solicitante su sentir por el riesgo de que, con apoyo en el nuevo texto, se busque desproteger el litoral con la genérica justificación del “desarrollo económico”. La STC 149/1991 dejó bien sentado al juzgar la LC que el enunciado del artículo 132 CE es rotundo al utilizar sólo conceptos referidos a la realidad física y no categorías jurídicas, y que esto hace imposible otra determinación que no sea la de entender que desde el momento mismo de la promulgación del texto constitucional, todos los espacios enumerados en el artículo 132.2 se integran en el dominio público del Estado, aunque se encomiende al legislador el establecimiento de su régimen jurídico y, por supuesto, a actuaciones ulteriores de la Administración la delimitación de sus confines, mediante el deslinde. Según el TC, la tarea constitucionalmente encomendada al legislador es establecer el régimen de dominio público inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, y también dar soluciones concordantes con esos principios, y con el derecho de propiedad, a los problemas por la eventual existencia de títulos dominicales sobre zonas que por mandato constitucional quedan integradas en el dominio público estatal (FJ 8º A, 4 y 5).

No es misión del Defensor del Pueblo tomar partido entre las diferentes formas en que puede protegerse la costa y dársele un uso sostenible. Ésa es misión del legislador, y de la administración pública al aplicar la ley. Nuestro país ha conocido, vigente la Constitución, un sistema plasmado en la LC de 1988, que fue declarada ajustada a la Constitución por STC 149/1991, salvo en pequeños aspectos competenciales que han quedado clara y rotundamente instalados en la conciencia jurídico-administrativa de nuestro país.

Sí es misión del Defensor del Pueblo defender los derechos fundamentales, entre los cuales está el derecho a un medio ambiente adecuado y el de disponer de una protección y restauración efectivas de los recursos naturales, en este caso la costa, que resulta ser dominio público en su franja marítima-terrestre, en las playas y mar adentro.

El Defensor del Pueblo tiene a su disposición diversos instrumentos para la defensa de los derechos que le ha sido encomendada. Entre otros, la legitimación activa ante el Tribunal Constitucional (artículo 162 CE y 29 de la Ley Orgánica 3/1981); la formulación de resoluciones, como son las recomendaciones, sugerencias, recordatorios de deberes legales y advertencias (artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981); o la realización de gestiones, como institución mediadora, para obtener cambios normativos o de la práctica administrativa. Todo ello desde una completa autonomía (artículo 6.1 de la Ley Orgánica 3/1981 y procurando prontitud y eficacia en la defensa de aquellos derechos. Desde estos parámetros ha de decidirse la opción u opciones más adecuadas, en función de las circunstancias concurrentes en cada caso.

Es preocupación del Defensor del Pueblo que la ciudadanía pueda quedar impedida del acceso al dominio público litoral o éste quede seriamente obstaculizado por nuevas ocupaciones y usos, o por la prórroga desmesurada de los plazos de ocupación privativa; y que vea que entra en regresión el proceso de recuperación de la costa, no sólo en la parte pública sino también en la franja inmediata (de protección). Hay una clara relación entre esta posibilidad y los beneficios ahora otorgados a los ocupantes de zonas litorales y a quienes realizan usos que poco o nada tienen de sostenibles si están implantados en la costa.

La situación aconseja, pues, propiciar un desarrollo normativo, más que un juicio de constitucionalidad conducente a la expulsión del ordenamiento de preceptos inconstitucionales, cuestión ésta sobre la que tendrá que pronunciarse de todas formas el Tribunal Constitucional en virtud de otros recursos anunciados por otros sujetos legitimados.

En virtud de la decisión metodológica indicada, la Defensora del Pueblo traslada con esta fecha al ministro de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, las siguientes recomendaciones:

#### 1. Generales

El desarrollo reglamentario de la Ley 2/2013 debería tener en cuenta los siguientes criterios básicos o generales:

a) La definición de la zona marítima-terrestre debe hacerse exclusivamente con criterios físico-morfológicos y científicos, sin consideraciones de otra naturaleza.

b) El reglamento deberá expresar de forma clara que el plazo de prescripción de la obligación de reparar el dominio público perjudicado al que se refiere la ley, no implica que dicha obligación prescriba en el tiempo.

Asimismo, el reglamento debería declarar expresamente que la obligación de reparar el dominio público perjudicado es imprescriptible, conforme a lo previsto en el artículo 132 CE.

c) Debe garantizarse la participación pública durante el proceso de elaboración del reglamento. Esta participación no termina con la intervención del Consejo Asesor de Medio Ambiente. Conforme a unas recomendaciones formuladas en 2010 y aceptadas por el ministerio, ha de identificarse qué entidades y personas tienen conforme a la Ley 27/2006 la cualidad de público, de modo que ha de difundirse en modo inteligible y suficiente que se está en proceso de elaboración del reglamento, no sólo en su fase de anteproyecto sino durante todo el lapso en que las posibilidades y decisiones estén abiertas.

d) Las remisiones que la ley hace al reglamento han de cumplimentarse con criterios expresos, sustantivos y formales.

e) El reglamento, al fijar las condiciones para autorizar la publicidad, deberá incluir como criterios expresos que no se altere el paisaje, no se produzca ruido, no se creen pantallas visuales, no haya vibraciones, y criterios análogos.

Asimismo el reglamento deberá expresar claramente que en los tramos urbanos de las playas deberá garantizarse no sólo una “adecuada prestación de los servicios”, sino que quede garantizado el uso principal (libre, público y gratuito de los recursos naturales).

f) En relación a la disposición adicional novena, el reglamento deberá establecer expresamente el plazo temporal durante el cual se permitirá el funcionamiento de las instalaciones de depuración de aguas residuales de interés general, construidas en dominio público marítimo-terrestre; antes de que haya finalizado dicho plazo se iniciarán las actuaciones tendentes a la adecuada sustitución de aquellas y, en su caso, a su reubicación en cumplimiento de las correspondientes resoluciones judiciales.

## 2. Espacios desprotegidos

a) El reglamento debe precisar que los espacios que puedan quedar desprotegidos (zonas que son ahora excluidas del dpm-t, reducción de la anchura de la zona de protección) sean claramente definidos de acuerdo con criterios físicos y morfológicos, no con criterios de otra naturaleza tales como los urbanísticos, constructivos o económicos.

El reglamento debe precisar que cualquier elemento de la zona marítima-terrestre es siempre dpm-t. Aunque la Ley 2/2013 no haya modificado la definición general de zona marítima-terrestre, el hecho es que excluye del dpm-t espacios que sí podrían tener esa naturaleza física y además prevé el modo de “reintegrarlos” a los anteriores dueños particulares.

## 3. Sobre los usos y ocupaciones de la costa. Obras

a) La "declaración responsable" de aquellas obras que puedan producir impacto ambiental deberá ir acompañada de aval o caución que garantice la restitución a su estadio anterior, en línea con el artículo 76.f) y preceptos análogos de la Ley de Costas. Asimismo debe señalarse en el reglamento cuál es el contenido mínimo de la declaración responsable, de modo que esta sea efectiva y el firmante sepa a qué atenerse y qué responsabilidad está asumiendo.

b) La publicidad solo podrá autorizarse cuando quede garantizada la preservación del paisaje, se eviten pantallas sobre las vistas así como toda clase de ruidos y vibraciones; también se garantizará la no producción de molestias a vecinos, insalubridad o daños a la costa.

c) Las instalaciones de temporada y chiringuitos deberían desmontarse después de cada temporada aunque la autorización sea por cuatro años, y así procurar la regeneración de las playas. En todo caso, transcurrido el plazo de la autorización el dpm-t afectado debe quedar restablecido a su estado anterior, a cargo del ocupante. El incumplimiento de esta cláusula deberá inhabilitar al responsable para poder obtener una nueva autorización.

d) El reglamento debe precisar que cuando se autoricen “eventos de interés general con repercusión turística” las medidas preventivas y de restitución han de ser a cargo del promotor-organizador.

#### 4. Información pública

a) Promover la participación pública en todos los procedimientos de deslinde y de autorización, concesión o comunicación de declaraciones responsables, incoación de deslinde, de procedimientos sancionadores, señalamiento de línea oficial ribera del mar y de línea de probable deslinde; también en la revisión de los deslindes, en la declaración de situación de 'regresión grave' del dominio público marítimo-terrestre.

El reglamento debe establecer la obligación de las administraciones de dar información al público sobre varios procedimientos y datos. Además de lo señalado debería tenerse presente:

- Dar información clara y precisa sobre si los bienes objeto de concesión son o no área abierta al público. La justificación habría de ser aprobada por las tres administraciones y quedar expuesta al público.

- Incluso en zonas sin acceso al público habría de estudiarse la promoción del uso libre público y gratuito. Es decir, que la apertura del uso privativo al libre acceso y tránsito, no tenga en cuenta sólo a las autoridades y funcionarios por "razones de defensa nacional, de salvamento, seguridad marítima, represión del contrabando, para el ejercicio de las funciones de policía de dominio público marítimo-terrestre", sino que también en determinadas zonas no afectadas por dichas causas se tengan en cuenta funciones asociadas al uso libre público y gratuito.

b) Facilitar más información mediante la página web del ministerio, con el fin de que los afectados puedan presentar alegaciones directamente y que los ciudadanos conozcan con anterioridad las intenciones de la Administración Pública. También debería difundirse la línea de probable deslinde, y en general todos los actos administrativos relevantes.

Con relación a la isla de Formentera y en atención al "carácter excepcional y especial configuración geomorfológica de la isla" la apertura del deslinde debería darse a conocer muy ampliamente al público.

Puede concluirse que las recomendaciones efectuadas por la Institución perfeccionarán la legislación, y constituyen expresión de la "defensa de los derechos comprendidos en el título 1 de la Constitución" (artículo 1 de la Ley Orgánica 3/ 1981, de 6 de abril) que al Defensor del Pueblo corresponde.

La presente resolución, por todo lo dicho, ha de ser desestimatoria de la solicitud.

## II

Los interesados, tres alcaldes y un concejal de la provincia de Pontevedra, en nombre y representación de sus respectivos ayuntamientos, solicitaron del Defensor del Pueblo la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra el apartado 4 de la disposición transitoria primera de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, ante la prohibición de edificar viviendas que afecta a los propietarios de los terrenos que quedan fuera de la servidumbre de protección del dominio público marítimo-terrestre situados en la franja de 20 a 100 metros. Con la fundamentación que a continuación se transcribe, se rechazó la interposición de recurso.

### *Fundamentos de la resolución*

PRIMERO. Sobre el objeto de la solicitud, quede sentado que la Ley 2/2013 podría vulnerar la Constitución si fuera interpretada en el sentido de que reduciría la protección de la costa, pero no porque la aumentara o la preservara. El legislador, por mandato de los artículos 45 y 132 CE, no debe promover ni fomentar la edificación en el litoral, sino más bien impedirla o dificultarla; la ley debe dirigirse contra la desnaturalización y extinción de los recursos naturales, incluida la fauna y flora asociadas a los espacios litorales, con desaparición de su función ambiental, incluida la prevención de avenidas e inundaciones. Este es el sentido de las limitaciones (no 'delimitaciones') existentes, antes y ahora, sobre los terrenos de las zonas de servidumbre (de tránsito y protección) y de influencia. El legislador debe velar por la utilización racional de los recursos naturales, proteger y mejorar la calidad de la vida, y defender y restaurado el medio costero.

La solicitud del Ayuntamiento interpreta el apartado 4 de la disposición transitoria primera de la Ley 2/2013 en el sentido contrario: apoyarse en la solidaridad colectiva pero no para la defensa del medio sino para su destrucción, pues la edificación en la zona de protección (de protección del dominio público) va inherentemente contra la función social del uso de la costa conforme a su destino natural. Incluso en el área de influencia de 500 metros se prohíbe a la administración urbanística planificar en el sentido de formación de pantallas arquitectónicas.

La LC fue declarada ajustada a la Constitución por STC 149/1991, salvo en pequeños aspectos competenciales. Los problemas aparecidos no han estado en la

LC sino en su aplicación por las administraciones. Es misión del Defensor del Pueblo defender los derechos fundamentales, entre los cuales está el derecho a un medio ambiente adecuado y el de disponer de una protección y restauración efectivas de los recursos naturales, en este caso la costa.

La disposición transitoria primera de la Ley 2/2013 se refiere a la aplicación de la disposición transitoria tercera, apartado 3, de la LC. Consiste en lo siguiente:

- Establece un plazo de dos años para instar que el régimen de la disposición transitoria 3ª.3 LC se aplique a los núcleos o áreas que, no estando antes clasificados como suelo urbano, en ese momento reúnan los conocidos requisitos de urbanización o consolidación por la edificación.
- La disposición se aplica a los núcleos o áreas delimitados por el planeamiento o por la administración urbanística, previo informe favorable del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente. Las administraciones urbanísticas deben solicitar al ministerio el informe antes del 30 de septiembre de 2013.
- En estos núcleos y áreas (suelo urbano que ahora quede fuera de la zona de protección) no pueden autorizarse nuevas construcciones de las prohibidas en el artículo 25 LC. Es decir, no pueden reconocerse derechos nuevos de ese tipo, lo mismo que antes.

SEGUNDO. Esta Institución no encuentra que el apartado 4 de la disposición transitoria primera de la Ley 2/2013 sea inconstitucional por infringir los artículos 1, 9, 10, 24.1, 33.1, 137, 140, 148.1.3.ª, 149.1.18.ª; ni los preceptos de los tratados internacionales citados (respecto de éstos, sólo cabría hablar de inconstitucionalidad si fueran referidos a los derechos fundamentales).

No es inconstitucional que una ley carezca de motivación, en el sentido de que el legislador no está obligado, según ha establecido reiteradamente el Tribunal Constitucional, a justificar las leyes, lo que no quiere decir que pueda legislar sin motivo ni arbitrariamente. Tampoco es inconstitucional que un texto legislativo se modifique durante la tramitación parlamentaria, lo que la Constitución exige es que se siga el procedimiento y que el texto final sea aprobado por mayoría, en este caso mayoría simple.

Es discutible y opinable si reducir el ancho de la zona de servidumbre es una buena o mala opción de política legislativa, pero la orientación del legislador sólo está limitada por la Constitución, no por las técnicas urbanísticas ni ambientales, siempre con el límite de la arbitrariedad. Sobre el llamado 'informe Auken' del Parlamento Europeo no cabe entrar, pues no es constitutivo de canon de constitucional.

No es cierto que el apartado 4 de la disposición transitoria primera de la Ley 2/2013 “prive” a los propietarios de terrenos incluidos dentro del área de los 80 m, cuando se reduzca la servidumbre de protección de 100 a 20, de su derecho a edificar. Esto sólo cabe decirse de quienes tuvieran el derecho a edificar y ahora lo perdieran, no de quienes nunca tuvieron ese derecho, derecho que nace no antes del cumplimiento de los deberes urbanísticos o al menos de la clasificación como urbano de los terrenos. Ni la LC ni la Ley 2/2013 clasifican suelo ni declaran el cumplimiento de los deberes urbanísticos ni otorgan ni deniegan o revocan o anulan licencias.

Las alegaciones sobre la posible infracción de los valores superiores (libertad, justicia, igualdad) son genéricas, lo mismo que las relativas a que no se promueve con el precepto impugnado las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas. Estas alegaciones solo serían viables si fueran conectadas con concretas y determinadas situaciones de no libertad o de desigualdad, que son siempre relativas y nunca absolutas, es decir, que hay situaciones que la Constitución reconoce como de falta de libertad o de igualdad que no resultan inconstitucionales. No toda privación de libertades ni toda desigualdad es causa de inconstitucionalidad. Como hemos visto y aún veremos, si se impide o dificulta la libertad y la igualdad de los individuos, será en términos del derecho a edificar, y este derecho no es fundamental y está sujeto a muy notables limitaciones, por las leyes (estatales, autonómicas) y disposiciones municipales (ordenanzas y planes urbanísticos).

La cuestión central es si es válido con arreglo a la Constitución limitar mediante ley estatal la edificación de tipo residencial, y resulta serlo, esto ya quedó establecido en la STC 149/1991, por tanto no es preciso aquí un examen muy detallado de esta tan debatida y resuelta cuestión: el Estado es perfectamente competente para, en determinados casos y espacios, prohibir ciertas clasificaciones y calificaciones urbanísticas, y ello no vulnera la competencia autonómica ni la municipal. Ninguna de las tres competencias es plena ni absoluta.

Es incierto que haya retroactividad de disposiciones restrictivas de derechos individuales, ya se ha dicho que el precepto no está “restringiendo derechos” adquiridos. Además de que será la sentencia judicial, con recurso iniciado antes de la entrada en vigor de la Ley 2/2013, la que aplique (o no aplique) el precepto, el reconocimiento de una ventaja o desventaja a personas indeterminadas no implica necesariamente que haya aplicación retroactiva ni que se trate de una norma restrictiva de derechos individuales. No encontramos que haya retroactividad prohibida, pues la Constitución (y el TC) no prohíben toda retroactividad, sino sólo la llamada “de primer grado” (modificación para el futuro de los efectos pasados y

terminados de actos jurídicos pasados) cuando va referida a derechos individuales. No parece que haya pues tal efecto en este caso.

Téngase presente que el suelo litoral no es edificable porque quede fuera de la zona de servidumbre de protección, sino que lo es porque -no siendo no edificable con arreglo a las leyes estatales o autonómicas- hay un plan urbanístico que así lo establece, porque se cumplen determinados requisitos y hasta deberes urbanísticos de hacer, e incluso porque se obtiene licencia para edificar. No hay ninguna “inseguridad jurídica total” porque sigan siendo no edificables los terrenos que ya antes no lo eran tampoco.

Tampoco se infringe el artículo 24 CE porque la promulgación de la Ley 2/2013 no causa “total indefensión” a los propietarios de terrenos que queden incluidos en la zona de protección, unos podrán recurrir los actos administrativos que consideren no ajustados a derecho, otros no podrán obtener una resolución favorable a sus intereses porque tales intereses no serán legítimos, es decir, no estarán amparados en las leyes ni en el planeamiento. Incluso, como el propio Ayuntamiento dice, se podrá instar al juez que plantee una cuestión de inconstitucionalidad. Defensa es posibilidad de defenderse, posibilidad que no queda cerrada por la Ley 2/2013 ni se reconoce respecto de aquello a lo que uno no tiene derecho.

No se infringe el artículo 33 CE porque no se está “privando” del derecho a edificar si ese derecho no existe. La Ley 2/2013 no contiene ninguna “expropiación”, sino a lo sumo una delimitación de los derechos, general y aplicable a todos los titulares de terrenos que se encuentren objetivamente en tal o cual situación jurídica.

Respecto de los artículos 148 (más bien de los Estatutos de Autonomía, este precepto no es atributivo de competencia autonómica) y 149 CE, es incierto que la competencia en materia del territorio, urbanismo y vivienda de las comunidades autónomas sea absoluta ni que la Ley 2/2013 les prive de ellas, esto quedó ya sentado en la STC 149/1991. El precepto no deja de garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, primero porque la igualdad no es igualitarismo (no todos tenemos exactamente los mismos derechos siempre y en todo caso), y segundo porque no todos los terrenos son sin excepción edificables, es decir, no todos los propietarios tienen ni han necesariamente de tener derecho a edificar. Posiblemente en los que queden en la franja de 80 m no ha habido nunca derecho a edificar. Es incierto que una vez reducida la servidumbre de protección del dominio público de 100 a 20 m, de conformidad con la LC, los terrenos queden por ello excluidos ni incluidos en el suelo rústico de protección de costas ni pasan a tener clasificación de suelo urbano, la LC no

clasifica el suelo, antes ni ahora. Es incierto que los ayuntamientos “tienen la competencia urbanística completa”, ningún poder público tiene “competencias completas”; no sólo es incierto sino que no es siquiera una expresión correcta que los municipios tengan “libertad plena” para ejercer su iniciativa en toda materia que no esté excluida de su competencia o atribuida a otra autoridad, realmente los municipios no tienen “libertades”. La reducción de la servidumbre de protección es una posibilidad del legislador estatal, como ampliarla -dentro de los límites fijados por el Estado- lo es de las comunidades autónomas.

### **Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas**

Mediante escrito presentado ante esta Institución el día 7 de junio de 2013, se dirigieron al Defensor del Pueblo dos ciudadanos, a los que se había reconocido una ayuda estatal directa a la entrada en el marco del Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012, aprobado por Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre, y que, no obstante, estaban encontrando dificultades para hacer efectiva dicha ayuda. Solicitaban dichos ciudadanos que se estudiara la interposición de un recurso de inconstitucionalidad, con el argumento de que la disposición adicional segunda de la Ley 4/2013 podía vulnerar el párrafo 3 del artículo 9 de la Constitución, al eliminar con carácter retroactivo el reconocimiento del derecho a unas ayudas financieras, acordado antes de la entrada en vigor de la norma. A esta solicitud se añadieron otras formuladas por otras plataformas ciudadanas para la defensa de la subsidiación de la vivienda protegida, y otros interesados.

#### ***Fundamentos de la resolución***

PRIMERO. A pesar de que las peticiones recibidas hacen alusión a la disposición adicional segunda de la Ley 4/2013, los razonamientos se concretan exclusivamente en el apartado a) de la misma, relativo a la subsidiación de préstamos convenidos, y tan solo en un caso se alude al apartado b), referente a las ayudas estatales directas a la entrada.

Con el objeto de ordenar los asuntos a tratar, procede hacer un deslinde inicial entre los que se refieren de manera directa a vulneraciones del orden constitucional de otras cuestiones conexas.

Comenzando por estas últimas, respecto a las consideraciones realizadas sobre el artículo 35 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, ha de señalarse que esta Institución estudió en su día una solicitud de inconstitucionalidad que fue resuelta en sentido negativo, al no objetivarse fundamentos suficientes para interponer el recurso. Como es sabido, el plazo de interposición del recurso de inconstitucionalidad concluye a los tres meses de la fecha de la publicación oficial de la norma, por lo que, en este momento, la invocación a una presunta inconstitucionalidad de dicha norma carece de virtualidad práctica, dado que la única vía abierta sería la cuestión de inconstitucionalidad que debe suscitarse por los jueces y tribunales al tiempo de decidir en un proceso para cuyo planteamiento no está legitimada esta Institución.

Más allá de ello, los solicitantes de recurso cuestionan la actuación seguida por la Administración General del Estado, que ha extendido la supresión de las ayudas de subsidiación de préstamos convenidos prevista en esta norma para el Plan de Vivienda 2009-2012 a todos los planes anteriores. Tal cuestión es ajena a lo que aquí se examina -esto es, adoptar una decisión sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la Ley 4/2013-, dado que no se está dilucidando el contenido de una norma o acto con rango o valor de ley, que es lo que corresponde a un recurso de inconstitucionalidad, sino la aplicación de una norma por parte de la Administración Pública. Como los propios solicitantes de recurso señalan, para esta situación los interesados cuentan con una vía directa para acudir a los tribunales ordinarios con el objeto de que se revise la actuación administrativa.

Por su parte, esta Institución mantiene abiertas actuaciones con el Ministerio de Fomento para determinar las razones por las que la norma del artículo 35 del Real Decreto-ley ya citado se ha aplicado al conjunto de las ayudas de subsidiación reguladas en todos los planes de vivienda vigentes y no únicamente al que se alude directamente en el referido precepto. Una vez que ya se ha recibido la información solicitada a dicho ministerio sobre este régimen de aplicación normativa, la Institución dirigirá a ese departamento las conclusiones alcanzadas.

Los solicitantes plantean también su oposición a la práctica administrativa de no facilitar los formularios necesarios para la presentación de las solicitudes, so pretexto de que estas ya habrían sido eliminadas. Ha de recordarse que nuestro Derecho administrativo asume un planteamiento informalista en lo referido a la forma de las solicitudes que se dirijan a las administraciones públicas, por lo que la ausencia de un formulario no es condición suficiente para que no pueda presentarse una determinada solicitud y para que esta deba ser objeto de tramitación y resolución. Al margen de ello, esta Institución queda a disposición de los ciudadanos que puedan encontrar dificultades de cualquier tipo para presentar las solicitudes que convengan a su interés.

También se alude por los solicitantes de recurso la perplejidad que les provoca el hecho de que, dos meses antes de la promulgación de la Ley 4/2013, que en su disposición adicional segunda recorta de forma sustancial el alcance de las subsidiaciones de préstamos, el artículo 9 del Real Decreto 233/2013, de 5 de abril, por el que se regula el Plan Estatal de fomento del alquiler de vivienda, la rehabilitación edificatoria, y la regeneración y renovación urbanas, 2013-2016, contuviera un programa de subsidiación de préstamos convenidos.

Se señala, además, que la exposición de motivos desarrolla una explicación particularmente relevante a estos efectos, en la que se indica lo siguiente:

"El programa de subsidiación de préstamos convenidos mantiene las ayudas de subsidiación de préstamos convenidos. La creciente dificultad de las familias para poder afrontar el cumplimiento de las obligaciones de los préstamos hipotecarios que suscribieron para la adquisición de una vivienda protegida, que se manifiesta, por ejemplo, en los casos de ejecución hipotecaria que culminan en procedimiento de desahucio, exige un esfuerzo decidido para mantener estas ayudas de subsidiación a todas aquellas familias que las vinieran percibiendo. Este esfuerzo es, además, coherente con el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos".

Ciertamente, los términos de esta exposición se compadecen mal con la decisión legislativa posterior, pero esta cuestión no tiene relevancia jurídica-constitucional. En concreto, la norma aludida es un reglamento, esto es, una creación del ejecutivo que debe acomodarse al marco legal vigente en el momento de su promulgación, en el que se contemplaba la subsidiación de préstamos. Por el contrario, la segunda norma tiene rango legal y proviene del poder legislativo, no limitada o condicionada jurídicamente por las disposiciones reglamentarias.

Además de lo expuesto, ha de repararse en que la dicción del artículo 9 del Real Decreto que se viene comentando resulta más limitada de lo que la exposición de motivos pudiera hacer pensar, dado que precisa que el programa de subsidiación de préstamos convenidos "tiene por objeto, el mantenimiento de las ayudas de subsidiación regulados en los planes estatales de vivienda anteriores que cumplan con el ordenamiento vigente en la materia". Por tanto, lo que aquí se dispone no es un genérico mantenimiento de los programas de subsidiación, sino sólo de aquellos que cumplan con las exigencias establecidas o que puedan establecerse. De hecho, este precepto no ha quedado vaciado de contenido tras la aprobación de la Ley 4/2013, puesto que dicha norma mantiene las ayudas de subsidiación de préstamos convenidos, reconocidas bajo determinadas condiciones, con lo que el programa no podrá extinguirse hasta tanto estas ayudas concluyan su período de vigencia.

SEGUNDO. Dentro ya de las cuestiones de relevancia constitucional, se argumenta por los peticionarios de recurso que la disposición adicional segunda incurre en una retroactividad lesiva de derechos individuales, por lo que vulnera la proscripción establecida al respecto en el párrafo tercero del artículo 9 de la Constitución.

Como ya se indicó en los antecedentes, los solicitantes de recurso parten de la premisa de que las ayudas de subsidiación han de considerarse derechos adquiridos, en tanto que fueron reconocidas en su día y la continuidad de las mismas está sometida a prórrogas o renovaciones periódicas, que no suponen reconsideración de la solicitud, sino tan solo el examen de que los interesados siguen cumpliendo las condiciones generales establecidas.

El análisis de esta alegación obliga, en primer término, a determinar si tal afirmación es correcta. Para ello resulta necesario acudir a la normativa reguladora de estas figuras. Pues bien, es común que los diversos planes de vivienda distingan entre la concesión inicial y la renovación o prórroga. Así, a título de ejemplo, puede acudirse al texto del Plan Estatal de vivienda y rehabilitación 2009-2012, cuyo artículo 43, párrafo 3, en su redacción original indicaba "la cuantía y los períodos de subsidiación serán los que se indican a continuación: (...) La subsidiación se concederá por un período inicial de 5 años que podrá ser renovado durante otro período de igual duración y por cuantía que corresponda, con las siguiente condiciones...".

La modificación operada en este precepto a través del Real Decreto 1713/2010, de 17 de diciembre, no afectó al sentido de dicha previsión. De hecho, el uso del término "podrá" es el más común en los planes de vivienda (ver art. 4.2 Plan de Vivienda 1996-1999, aprobado por Real Decreto 2190/1995; o el art. 18.2 Plan de Vivienda 2002-2005, aprobado por Real Decreto 1/2002). En todos los planes, la redacción de la correspondiente normativa no configura las prórrogas o renovaciones como actos de mero trámite en el marco de una decisión que ya se tiene por adoptada. Bien al contrario, se exige la presentación de una nueva solicitud, se somete a la misma a un proceso de evaluación que no puede calificarse de automático y esta solicitud ha de concluir con una resolución que, en caso positivo, concederá el disfrute de un nuevo período de tiempo en el que el préstamo podrá continuar beneficiándose de la subsidiación.

El carácter condicional de la redacción de estos preceptos, en lo tocante a la renovación o prórroga de la renovación, no se explica sólo por la posibilidad de que el interesado haya dejado de reunir las condiciones establecidas para continuar acogiéndose a este tipo de ayuda, sino que también puede ponerse en conexión con exigencias de naturaleza externa, como son las derivadas de la necesidad de contar con programas presupuestarios de financiación con crédito suficiente o, como es el caso que ahora nos ocupa, con la posibilidad de modificación sobrevenida del marco normativo.

Así las cosas, y dado que, como señala el primer inciso del párrafo a) de la disposición adicional segunda, "se mantienen las ayudas de subsidiación de préstamos convenidos que se vinieran percibiendo. Asimismo, se mantienen las ayudas reconocidas, con anterioridad al 15 de julio de 2012, que cuenten con la conformidad del Ministerio de Fomento al préstamo, siempre que éste se formalice por el beneficiario en el plazo máximo de dos meses desde la entrada en vigor de esta ley", en puridad no estamos ante una disposición que tenga en sentido propio efecto retroactivo, tomando en consideración la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al respecto.

En particular, es necesario tener presente que el alto intérprete de la Constitución ha precisado lo siguiente:

"Como se ha dicho ya en otras ocasiones por este Tribunal, sólo puede afirmarse que la norma es retroactiva, a efectos del art. 9.3 CE, cuando incide sobre relaciones consagradas y afecta a situaciones agotadas, de tal modo que la incidencia en los derechos, en cuanto a su protección en el futuro no pertenece al campo estricto de la retroactividad -SSTC 42/1986 y 99/1987-. Por lo que procede excluir la presencia de efectos retroactivos constitucionalmente prohibidos en el presente caso, en cuanto que no se ven afectados los derechos consolidados a la prestación ni se priva a los beneficiarios de las prestaciones devengadas, proyectándose los efectos de la aplicación de la norma sólo en relación a situaciones futuras" (STC 199/1990, FJ 2).

En la misma línea cabe citar otras sentencias, como la que se sigue:

"Conviene recordar que hemos dicho que la interdicción absoluta de cualquier tipo de retroactividad conduciría a situaciones congeladoras del ordenamiento contrarias al art. 9.2 CE (por todas, SSTC 6/1983, F 3, y 126/1987, F 11). Y que dicha regla de irretroactividad no supone la imposibilidad de dotar de efectos retroactivos a las leyes que colisionen con derechos subjetivos de cualquier tipo, sino que se refiere a las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas o en la esfera general de protección de la persona (por todas, STC 42/1986, F 3). Por otra parte, lo que se prohíbe es la retroactividad, entendida como incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la retroactividad, sino al de la protección que tales derechos, en el supuesto de que experimenten alguna vulneración, hayan de recibir (por todas, SSTC 42/1986, F 3 y 97/1990, F 4). El precepto

constitucional, de este modo, no permitiría vigencias retroactivas que produzcan resultados restrictivos o limitaciones de los derechos que se habían obtenido en base a una legislación anterior (STC 97/1990, F 5), aunque, sin embargo, la eficacia y protección del derecho individual -nazca de una relación pública o de una privada- dependerá de su naturaleza y de su asunción más o menos plena por el sujeto, de su ingreso en el patrimonio del individuo, de manera que la irretroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados y expectativas [por todas, SSTC 99/1987, F 6.b), o 178/1989, F 9], de lo que se deduce que sólo puede afirmarse que una norma es retroactiva, a los efectos del art. 9.3 CE, cuando incide sobre «relaciones consagradas» y afecta a «situaciones agotadas» [por todas, STC 99/1987, F. 6 b)].

Resulta relevante, igualmente, para el caso que nos ocupa, recordar que hemos establecido (por todas, SSTC 126/1987, F 11 y 182/1997, F 11) una distinción entre aquellas disposiciones legales que con posterioridad pretenden anudar efectos a situaciones de hecho producidas o desarrolladas con anterioridad a la propia ley, y ya consumadas, que hemos denominado de retroactividad auténtica, y las que pretenden incidir sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales aún no concluidas, que hemos llamado de retroactividad impropia. En el primer supuesto -retroactividad auténtica-la prohibición de retroactividad operaría plenamente y sólo exigencias cualificadas del bien común podrían imponerse excepcionalmente a tal principio. En el segundo -retroactividad impropia- la licitud o ilicitud de la disposición resultaría de una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso teniendo en cuenta, de una parte, la seguridad jurídica y, de otra, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico, así como las circunstancias concretas que concurren en el caso" (STC 112/2006, FJ 17).

También se efectúa la misma tacha de retroactividad por uno de los solicitantes de recurso respecto del párrafo b) de la tan repetidamente citada disposición adicional segunda, que regula el régimen de las ayudas estatales directas a la entrada. Dichas ayudas fueron suprimidas en su mayor parte por el Real Decreto 1713/2010, de 17 de diciembre. La norma contenida en la Ley 4/2013 dispone que las ayudas subsistentes sólo podrán obtenerse "cuando cuenten con la conformidad expresa del Ministerio de Fomento a la entrada en vigor de esta ley y siempre que el beneficiario formalice el préstamos en un plazo de dos meses desde la entrada en vigor de la misma".

Los datos aportados por los solicitantes de recurso referidos en el antecedente primero impiden conocer la circunstancia por la que la ayuda estatal directa a la entrada se consideró no afectada por la supresión realizada en el año 2010, lo que resulta determinante para establecer los requisitos para considerar concedida la ayuda y, muy especialmente, el régimen de conformidad que corresponde otorgar al Ministerio de Fomento, así como cuándo debía producirse éste con arreglo a los convenios establecidos con las comunidades autónomas y con las entidades de crédito para la ejecución del Plan de Vivienda 2009-2012.

Haciendo abstracción del concreto caso planteado, lo cierto es que la norma no contiene una disposición que pueda calificarse propiamente de retroactiva, puesto que la aplicación de la misma se extiende a aquellas solicitudes aprobadas por la Administración autonómica correspondiente, pero mediante dicha resolución en el presente supuesto no puede entenderse que el derecho en cuestión haya quedado incorporado al patrimonio del interesado, ya que este se halla sometido a condición. Así, en la normativa y los convenios reguladores de estas ayudas se dispone que la conformidad del Ministerio competente ha de ser expresa y que la efectividad de la ayuda requerirá de la previa formalización del préstamo convenido. Faltando tales requisitos no puede considerarse que la ayuda concedida forme parte de los "derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto", a que se refiere el Tribunal Constitucional para apreciar la existencia de una retroactividad vulneradora del artículo 9.3 de la Constitución.

TERCERO. También se argumenta en las solicitudes recibidas que la modificación realizada en el régimen de las ayudas de subsidiación de préstamos convenido perjudica la seguridad jurídica que también consagra el apartado tercero del artículo 9 de la Constitución.

En lo que toca específicamente a la seguridad jurídica, el Tribunal Constitucional afirmó en su Sentencia 71/1982 (FJ 4) que esta "se enlaza con el principio de reserva de ley y, en el sentido más general, con el de legalidad, y también la seguridad jurídica requiere certeza en la regla del Derecho y proscrib[e] fórmulas proclives a la arbitrariedad". De igual modo, se precisa que "el principio de seguridad jurídica puede entenderse como la confianza que los ciudadanos pueden tener en la observancia y respeto de las situaciones derivadas de la aplicación de normas válidas y vigentes" (STC 147/1986, FJ 4). Sobre tales bases el propio Tribunal ha ido elaborando una sólida línea argumentativa que se contiene adecuadamente sistematizada en el siguiente extracto de su jurisprudencia:

"Señalábamos en las mencionadas SSTC 27/1981 y 99/1987 que la seguridad jurídica es «suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad», sin perjuicio del valor que por sí mismo tiene aquel principio. En el caso que ahora nos ocupa, es obvio que las normas a las que se imputa la inseguridad no son normas inciertas o faltas de la indispensable claridad, no obstante la inevitable exégesis que de las mismas haya de hacerse; tampoco contradicen la jerarquía normativa y han sido formalmente publicadas; no inciden en irretroactividad desfavorable a los derechos individuales, aunque dispongan un nuevo régimen más restrictivo aplicable en lo porvenir a situaciones jurídicas preexistentes, cuyo respeto no puede producir una congelación del ordenamiento jurídico o impedir toda modificación del mismo, como ya se ha expuesto, y, por último, no incurrir en arbitrariedad ni carecen de razonabilidad por relación a los lícitos propósitos con que el legislador pretende dar respuesta a la cambiante realidad social. De todo ello se sigue que la ley no conculca el principio de seguridad jurídica, el cual, debe insistirse, no ampara la necesidad de preservar indefinidamente el régimen jurídico que se establece en un momento histórico dado en relación con derechos o situaciones determinadas" (STC 227/1988, FJ 10).

Descendiendo al supuesto aquí planteado, el apartado a) de la disposición adicional segunda implica, evidentemente, una situación menos favorable para los interesados que la precedente, pero no puede considerarse que vulnere la seguridad jurídica en los términos en que dicho concepto es entendido por el Tribunal Constitucional, según ha quedado expuesto en el presente fundamento.

También se argumenta en diversas solicitudes de recurso que como resultado de la nueva regulación, la relación de derechos y obligaciones que para la Administración y para los beneficiarios deriva de la calificación de vivienda protegida sufre un cambio notable en exclusivo perjuicio de los ciudadanos. Dicho argumento parte de la premisa de que esta relación debe ser sinalagmática. Además, el grado de afectación real que se produzca respecto de cada caso resultará muy variable, en función de circunstancias temporales y económicas. Sin embargo, en estrictos términos constitucionales, la Administración Pública, cuya misión de acuerdo con el artículo 103 de la norma fundamental es servir con objetividad los intereses generales, precisa para llevar a cabo dicha misión de una serie de potestades que, en lo que aquí interesa, incluyen determinadas capacidades de intervención en el mercado de la vivienda respecto de unos inmuebles en los que se han invertido recursos públicos y cuya existencia misma responde de manera directa a la tarea de promoción de las

condiciones necesarias para la efectividad del derecho a una vivienda que el artículo 47 de la Constitución encomienda a los poderes públicos.

Desde un plano distinto al del examen de constitucionalidad de la norma, esto es, desde una política pública atenta a las dificultades que los ciudadanos en situación económica más vulnerable están padeciendo, nada obsta para que se adopten medidas legislativas que tomen en consideración el cambio de la normativa sobre subsidiación de préstamos convenidos y, en virtud del impacto que dicha medida pueda tener sobre las situaciones particulares, permitan flexibilizar el régimen jurídico de disposición de estos inmuebles por parte de sus titulares. Precisamente, en el marco de las actuaciones que el Defensor del Pueblo está llevando a cabo sobre esta materia con las administraciones competentes del gobierno central y de las diferentes comunidades autónomas (incluida la supresión de las ayudas objeto de esta resolución), en el contexto general de crisis económica, esta Institución está considerando formular una serie de recomendaciones en el sentido apuntado (es decir, la flexibilización, con o sin carácter transitorio, de las condiciones del régimen de protección de la vivienda, en particular para los supuestos concretos en los que se haya manifestado una alteración sobrevenida de las condiciones para los beneficiarios). Algunas de esas recomendaciones serán abordadas en el marco de estudio de los problemas que afectan globalmente al régimen de protección pública de viviendas que el Defensor del Pueblo está desarrollando, sin perjuicio de proponer previamente medidas que amortigüen los efectos inmediatos derivados de las alteraciones jurídicas producidas.

CUARTO. En estrecha conexión con la seguridad jurídica o, si se prefiere, con el principio de confianza legítima, se encuentra la cuestión planteada por las solicitudes de recurso sobre la existencia de una diferencia de trato vulneradora del artículo 14 de la Constitución entre ciudadanos que, encontrándose en las mismas circunstancias, presentaron su solicitud de prórroga o renovación de la subsidiación (que podía ser presentada durante todo el quinto año de vigencia del período de subsidiación que fuera a agotarse) antes de la entrada en vigor de la norma y los que pretendían hacerlo después. Parecida situación aprecian respecto de las personas que solicitaron la capitalización de la ayuda y los que no lo hicieron.

Sin embargo, esta alegación no puede acogerse, puesto que, como recuerda la jurisprudencia del Tribunal Constitucional transcrita en el fundamento anterior, un cambio normativo lleva implícita la posibilidad de que afecte a la situación de las personas que, en uso de su libertad, hayan decidido postergar la presentación de una determinada solicitud o acogerse a uno u otro sistema de abono de la ayuda.

Al mismo tiempo, si bien el listado de factores susceptibles de discriminación que se contiene en el artículo 14 de la Constitución no ha de considerarse una lista cerrada, lo cierto es que la fórmula en la que se basa la solicitud de recurso no se compadece bien con la cláusula final del propio precepto constitucional, que alude a "cualquier otra condición o circunstancia personal o social". Por muy amplio entendimiento que se haga de la expresión "condición o circunstancia personal o social", parece difícil afirmar que pueda llegar a englobar los efectos genéricos de una actuación legislativa o la elección del momento de presentación de una solicitud.

QUINTO. Otra de las alegaciones de inconstitucionalidad formuladas mantiene que las medidas adoptadas contrarían la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para hacer efectivo el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, recogido en el artículo 47 del texto constitucional, ya que aumenta la precariedad de muchas familias en situación vulnerable, a consecuencia del incremento que se producirá en las cuantías de amortización de sus préstamos hipotecarios, como consecuencia de la supresión de la subsidiación.

El Tribunal Constitucional señaló que "la política de vivienda junto a su dimensión estrictamente económica, debe tener un señalado acento social, en atención al principio rector que establece el artículo 47 de la norma fundamental, siendo así que uno y otro aspecto -el económico y el social-se revelan difícilmente separables (STC 152/1988, FJ 2)".

En un auto más reciente, el alto tribunal efectúa al respecto las siguientes precisiones:

"El derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna ex art. 47 CE es uno de los principios rectores de la política social y económica. Sobre ellos hemos dicho que «al margen de su mayor o menor generalidad de contenido, enuncian proposiciones vinculantes en términos que se desprenden inequívocamente de los arts. 9 y 53 de la Constitución (STC 19/1982, F 6). Ahora bien, es también claro que, de conformidad con el valor superior del pluralismo político (art. 1.1 de la Constitución), el margen que estos principios constitucionales dejan al legislador es muy amplio» (STC 14/1992, F. 11), siendo él quien ha de determinar (las técnicas apropiadas para llevar a cabo la plasmación de ese principio rector" (ATC 247/2012 FJ 3).

Respecto de la cuestión aquí tratada, ha de señalarse que el destinatario, primero del artículo 47, como del conjunto de los preceptos agrupados en el capítulo

tercero del título primero de la Constitución, es el legislador, a quien corresponde desarrollar las modalidades prácticas a través de las cuales se atenderá el compromiso de los poderes públicos de promover las condiciones necesarias y establecer las normas pertinentes para hacer efectivo el derecho a una vivienda digna y adecuada. Ciertamente, la principal tarea del legislador a la hora de abordar cualquier actuación de desarrollo de los principios rectores ha de procurar, en palabras del propio Tribunal Constitucional (STC 189/1987 FJ 10), "que la realidad se acerque a los principios rectores".

Ahora bien, ni del tenor del precepto constitucional comentado, ni de la incardinación de éste en los principios rectores de política social y económica, ni de la lectura conjunta de este precepto con otros, como, por ejemplo, los artículos 9.2 o 40.1 del propio texto constitucional, cabe deducir un mandato al legislador para que dicha política deba incluir determinadas ayudas financieras o cualquier otro tipo concreto de medidas. Tampoco la previa existencia de tales medidas limita esta libertad del legislador para decidir lo que considere más conveniente a cada situación económica y social. Una decisión del legislador para primar el uso de unas medidas respecto de otras puede dar lugar a debates de naturaleza política, pero no resulta suficiente para sustentar una impugnación de inconstitucionalidad.

SEXTO. Los solicitantes de recurso disienten igualmente del hecho de que la disposición adicional segunda fuera incorporada a la ley en el Senado, a través de una enmienda, la número 105, presentada por el Grupo Parlamentario Popular. Indican también que dicha enmienda no guarda conexión material con el objeto de la ley en la que se ha insertado. Aun cuando los solicitantes de recurso que aluden a esta cuestión no lo indican, tal argumento pivota sobre la interpretación que se dé al artículo 90 de la Constitución.

La doctrina tradicional del Tribunal Constitucional al respecto dejaba a salvo la capacidad del Senado de introducir enmiendas en términos amplios. No obstante, esta jurisprudencia se ha visto matizada de manera importante a partir de la Sentencia 119/2011. El propio tribunal hace la exégesis de su criterio en una sentencia posterior de la siguiente manera:

"Aunque este Tribunal había señalado que «no existe ni en la Constitución ni en los reglamentos de ambas Cámaras norma alguna que establezca una delimitación material entre enmienda y proposición de Ley» [STC 99/1987 F 1.b)] y que los arts. 90.2 CE y 107 del Reglamento del Senado «no limitan el alcance de las enmiendas senatoriales que modifiquen el texto del proyecto enviado por el Congreso de los Diputados» (STC 194/2000, F 3), sin embargo,

también había afirmado que uno de los requisitos de los que debe revestirse el ejercicio de la facultad de enmendar es el de que "versen sobre la materia a que se refiere el proyecto de ley que tratan de modificar», de modo tal que haya una «correlación entre proyecto y enmienda» (STC 23/1990, F 5). Correlación material entre la enmienda y el texto enmendado, indicábamos, que «es inherente al carácter subsidiario o incidental, por su propia naturaleza, de toda enmienda respecto al texto enmendado», no bastando para cumplir con este requisito «una genérica correlación material entre la enmienda y el texto enmendado», al ser necesario no sólo «que se inscriban en el mismo sector material", sino también «que verse sobre el mismo objeto que el del texto enmendado» o, lo que es lo mismo, que haya «una relación de homogeneidad» entre las enmiendas y el texto enmendado y que aquellas sean «congruentes» con este" (ATC 118/1999, de 10 de mayo, F 4).

Con el objeto de revisar y clarificar la anterior doctrina, la reciente STC 119/2011 ha analizado las diferentes resoluciones dictadas en la materia, tanto en procesos de control de constitucionalidad de disposiciones con rango de ley como en recursos de amparo, concluyendo, en primer lugar, y con carácter general, que desde la perspectiva constitucional cabe extraer una «exigencia general de conexión u homogeneidad entre las enmiendas y los textos a enmendar» que derivaría «del carácter subsidiario que, por su propia naturaleza, toda enmienda tiene respecto al texto enmendado», habida cuenta de que «la enmienda, conceptual y lingüísticamente, implica la modificación de algo preexistente, cuyo objeto y naturaleza ha sido determinado con anterioridad», razón por la cual «[l]a enmienda no puede servir de mecanismo para dar vida a una realidad nueva, que debe nacer de una, también, nueva iniciativa» (F 6).

En segundo término, y en lo que se refiere específicamente al Senado, «que la intención del constituyente es que la aprobación de los textos legislativos se produzca siempre, en primer lugar, en el Congreso», por lo que «parece lógico concluir que la facultad de enmienda senatorial a la que se refiere el art. 90.2 CE se entendió, al elaborar la Constitución, limitada a las enmiendas que guarden una mínima relación de homogeneidad material con los proyectos de ley remitidos por el Congreso», ya que «[e]sta interpretación es, sin duda, la que mejor se adecúa a las disposiciones constitucionales que regulan la facultad de iniciativa legislativa del Senado y el procedimiento legislativo general» [...] (F. 6).

Por último, «que para determinar si concurre o no esa conexión material o relación de homogeneidad entre la iniciativa legislativa y la enmienda presentada, el órgano al que reglamentariamente corresponda efectuar ese análisis contará con un amplio margen de valoración», sin olvidar «que esta valoración debe hacerse en el seno de un procedimiento, el procedimiento legislativo en el que las dos Cámaras no están situadas en una misma posición», ya que «el Congreso y el Senado no actúan ni en el mismo momento ni son exactamente las mismas sus facultades formales dentro del proceso de adopción de la ley» (F 7).

A la vista de las disposiciones normativas analizadas y de la doctrina de este Tribunal Constitucional, nuestro punto de partida ha de ser que el derecho de enmienda al articulado, como forma de incidir en la iniciativa legislativa, debe ejercitarse en relación con ésta, cuya oportunidad y alcance sólo podrá cuestionarse a través de las enmiendas a la totalidad, si de un proyecto de ley se tratara, o en el debate de la toma en consideración, en el caso de las proposiciones de ley. Por esta razón, toda enmienda parcial tiene que tener un carácter subsidiario o incidental respecto del texto a enmendar, de modo que una vez que una iniciativa ha sido aceptada por la Cámara como texto de deliberación, no cabe alterar su objeto mediante las enmiendas al articulado. Con ello se evita que a través del procedimiento parlamentario se transmute el objeto de las propuestas presentadas por quienes están así legitimados para ello, aprovechando el procedimiento legislativo activado para la introducción ex novo de materias ajenas al mismo. En consecuencia, no caben enmiendas al articulado ajenas a la materia de la iniciativa, esto es, que no guarden una conexión de homogeneidad mínima con la misma.

Cuando el ejercicio del derecho de enmienda al articulado no respete dicha conexión mínima de homogeneidad con el texto enmendado se estará afectando, de modo contrario a la Constitución, al derecho del autor de la iniciativa (art. 87 CE), quien tiene la prerrogativa de decidir qué materias serán sometidas al conocimiento, debate, y, en su caso, aprobación de las Cortes Generales. Además, tal desviación en el ejercicio del derecho de enmienda parcial afecta al carácter instrumental del procedimiento legislativo (art. 66.2 CE) y, en consecuencia, a la función y fines asignados al ejercicio de la potestad legislativa por las Cámaras, provocando un vicio en el desarrollo del citado procedimiento que podría alcanzar relevancia constitucional, si alterase de forma sustancial el proceso de formación de voluntad en el seno de las Cámaras. Lo que ocurrirá si con tal alteración se pone en tela de juicio la participación de las minorías en dicho procedimiento, lo que, a su vez, podría

provocar un déficit democrático en el proceso de elaboración de una norma que eventualmente pudiera contradecir el valor del pluralismo político sobre el que se fundamenta el ordenamiento constitucional del Estado democrático y que debe presidir necesariamente la tramitación de toda iniciativa legislativa (art. 1.1 CE). Y es que, de acuerdo con reiterada doctrina constitucional, no toda infracción de los reglamentos de las Cámaras y, por tanto, no toda violación del procedimiento legislativo, convierte en inconstitucional al resultado normativo final. En efecto, dado el carácter instrumental que tienen las reglas del procedimiento legislativo respecto de los valores superiores de nuestro ordenamiento, el principio democrático y el pluralismo político (art. 1.1 CE), la inobservancia de los preceptos que regulan el procedimiento legislativo sólo podrá viciar de inconstitucionalidad la Ley «cuando esa inobservancia altere de modo sustancial el proceso de formación de voluntad en el seno de las Cámaras» [SSTC 99/1987, de 11 de junio, F 1.a); y 103/2008, F 5]. Valores y principios que han de ser respetados también en la tramitación de las leyes que, como la ley impugnada, tengan un contenido heterogéneo, si bien en este caso la conexión de homogeneidad ha de entenderse de modo flexible que atienda también a su funcionalidad; y es que la pluralidad de las materias sobre las que versa en tales casos la iniciativa legislativa no las convierte en leyes de contenido indeterminado, ya que éste queda delimitado en el concreto texto presentado para su tramitación parlamentaria.

En todo caso, no cabe descartar que, en determinadas circunstancias, el uso indebido del derecho de enmienda en una Cámara pueda constituir también una limitación ilegítima al ejercicio de los derechos y facultades que integran el estatuto constitucionalmente relevante de los representantes políticos y, en consecuencia, tanto de su derecho a ejercer la función parlamentaria (art. 23.2 CE), como, en íntima conexión con éste, del derecho de participación ciudadana en los asuntos públicos (art. 23.1 CE), si es que priva a los representantes de los ciudadanos de ejercer con plenitud las funciones propias del cargo para el que han sido democráticamente designados. Hay que tener presente que uno y otro derecho «encarnan el derecho de participación política en el sistema democrático» (STC 210/2009, F 1). Ahora bien, de la misma manera que, como hemos señalado anteriormente, no toda violación del procedimiento legislativo convierte en inconstitucional al resultado normativo final, tampoco «toda infracción de los reglamentos de las Cámaras, per se, constituye una violación de derechos fundamentales susceptibles de tutela mediante el recurso de amparo de no redundar en una lesión constitucional» (STC 36/1990, F. 2), pues los posibles vicios en los que puedan incurrir los actos que se insertan en la tramitación del procedimiento legislativo sólo

pueden constituir el objeto idóneo de un recurso de amparo cuando se trate de «preservar el derecho fundamental de participación" de quienes están legitimados en el mismo (ATC 135/2004, F 7), Y no así, por ejemplo, ante vicios de una «insuficiente entidad" (STC 36/1990, F 2) o cuando aun existiendo un vicio se han respetado los derechos de participación política de los parlamentarios y grupos parlamentarios (ATC 659/1987, F 2).

En concreto, en el caso analizado en la citada STC 119/2011, de 5 de julio, hemos considerado lesionado el derecho de acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad (art. 23.2 CE) de una serie de Senadores, no sólo por haberse negado la Mesa del Senado «a valorar la existencia de homogeneidad entre la enmiendas propuestas y la iniciativa a enmendar», sino también por haberse constatado «la absoluta falta de homogeneidad» entre unas y otra (enmiendas de modificación del Código Penal que no guardaban relación material alguna con el contenido de la Ley de Arbitraje remitida por el Congreso de los Diputados). Ello supuso tanto «violentar la posición institucional del Senado» como lesionar «el derecho de los Senadores recurrentes a ejercer sus funciones en el marco del procedimiento legislativo establecido por la Constitución» al ver «restringidas sus posibilidades de deliberación sobre un nuevo texto que planteaba una problemática política por completo ajena a la que hasta el momento había rodeado al debate sobre la Ley de Arbitraje, frente a la que no pudieron tomar una postura que se concretase en propuestas de enmienda o veto». Por tanto concluimos que «[l]a calificación como enmiendas de lo que, por carecer de relación alguna de homogeneidad con el texto enmendado, suponía en verdad una iniciativa legislativa nueva, impidió a los recurrentes utilizar los mecanismos previstos en el art. 90.2 CE, que constituyen la esencia de su función representativa como Senadores» (F 9)" (STC 136/2011, FF JJ 7 y 8).

De tan prolija exposición cabe extraer una serie de claves para analizar la pretensión de los solicitantes de recurso. La primera de ellas es que el Tribunal considera necesaria la existencia de una conexión material entre las enmiendas y el texto a enmendar, cuya existencia, aun a falta de precepto expreso en el Reglamento de la Cámara legislativa, debe verificar el órgano parlamentario correspondiente (en el caso del Senado la Mesa de la Cámara). Se aclara, no obstante, que en esa labor de verificación el órgano que corresponda contará con un amplio margen de valoración. Se indica también que la introducción de enmiendas alejadas del objeto del proyecto o proposición de ley que se trate perjudica, en primer término, el derecho del autor de la iniciativa parlamentaria y la prerrogativa que éste tiene de decidir qué materias serán sometidas al conocimiento de las Cortes Generales. También se asume que este

modo de proceder puede llegar a contrariar el derecho de participación de las minorías e incluso el derecho a ejercer la función parlamentaria, vinculado estrechamente al derecho de participación ciudadana. El Tribunal, no obstante, se ha resistido a vincular los vicios en el procedimiento legislativo e incluso la lesión de derechos fundamentales -aun apreciando su existencia-con la inconstitucionalidad de la norma o del precepto introducido por esta vía de enmienda.

Aplicando todo lo anterior al caso ahora analizado, observamos que la iniciativa en cuestión es un proyecto de ley y que la enmienda fue introducida por el Grupo Parlamentario que da soporte al Gobierno. Por otra parte, considera esta Institución, que si parlamentarios de los grupos minoritarios -tanto del Senado como del Congreso de los Diputados, al que volvió el proyecto para su aprobación final, pudieron sentirse violentados en su función a causa de la tramitación tardía de esta enmienda, tienen a su disposición la posibilidad de acudir directamente ante el Tribunal Constitucional, en defensa de una competencia que les es propia. Habida cuenta de ello, y dado que la eventual apreciación de una lesión del procedimiento legislativo no conduciría necesariamente a la declaración de inconstitucionalidad de la norma controvertida, esta Institución considera que no se dan las condiciones para hacer uso de su legitimación.

## **Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas**

Mediante escrito presentado ante esta Institución el día 18 de julio de 2013, una ciudadana solicitó la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 8/2013, de 26 de junio. La solicitante considera inconstitucional la desproporcionada carga que se impone a los propietarios de los inmuebles con la obligación de sufragar el Informe de Evaluación de Edificios (antes Inspección Técnica de Edificios, ITE) y los deberes asociados (evaluación energética de edificios).

La desestimación de la solicitud de recurso tuvo la fundamentación siguiente:

### ***Fundamento único de la resolución***

Ante todo ha de señalarse que la intervención de la Junta de Coordinación en el presente procedimiento es consultiva, está prevista en la normativa interna de la Institución, como garantía adicional de la corrección técnica y jurídica de la decisión que adopta la Defensora del Pueblo bajo su sola y exclusiva responsabilidad.

Como la petición se basa en argumentos similares a los expresados por la solicitante en el expediente número 11020076, esta Institución ha de remitirse a ellos en aras de la brevedad, pues ninguno de los argumentos contenidos en la solicitud que es ahora objeto de la presente resolución han podido llevar al convencimiento de esta Institución de que los de la resolución de entonces fueran erróneos o hayan de verse modificados.

Basta pues señalar ahora lo siguiente:

- La Ley 8/2013 no vulnera los artículos 33 ni 47 de la Constitución porque imponga como obligatoria la ITE (actualmente "Informe de Evaluación de Edificios", en adelante IEE, que debe incluir una evaluación del estado de conservación del edificio). El derecho a disfrutar de una vivienda digna, por cualquier título patrimonial, sobre todo el de propiedad, es inviable si el inmueble carece de unas condiciones mínimas de seguridad, salubridad, accesibilidad, y hasta de ornato; ello requiere cumplir la ya bastante antigua obligación común (y legal, establecida en las leyes expresamente) de conservar el inmueble.

- La obligación no resulta a esta Institución superflua, indiscriminada ni abusiva; al contrario, la encuentra justificada en la Constitución y en los tratados internacionales. Basta comprobarlo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

- El derecho de propiedad inmobiliaria incluye, y siempre ha incluido, como muchos otros derechos, también deberes y obligaciones.

De ello se deduce que la nueva solicitud tampoco puede ser estimada en este caso. No añade, a la anterior, argumentos convincentes; de hecho contiene valoraciones y opiniones muy respetables, pero que bien se encuentran en franca contradicción con lo que la Constitución, las leyes y los tratados dicen, o con lo que los tribunales interpretan al respecto, bien carecen de alcance constitucional. La imposición de la obligación del IEE no depende de la capacidad económica del propietario, esta capacidad podría a lo sumo modular el alcance de la obligación en cada caso, pero no afecta a la esencia de la obligación. La exposición de la solicitante sobre el contenido del derecho de propiedad, la función social de la propiedad y en concreto la diferente función social de la propiedad inmueble sobre otros bienes, no se ajusta -al entender de esta Institución- a lo que expresamente vienen diciendo los textos legales y jurisprudenciales.

No es función del Defensor del Pueblo la potestad legislativa. La posibilidad de sustituir la evaluación del estado de conservación del inmueble y sus deberes asociados (evaluación energética) (todo lo cual ha de reflejarse en el IEE) mediante la técnica del seguro obligatorio no es absurda, pero no puede ser objeto de examen en la presente resolución, pues es una posibilidad fuera de un juicio de constitucionalidad. No encuentra esta Institución que en este caso se confunda la responsabilidad del propietario con la obligación de prevenir los riesgos, más bien se trata de que la responsabilidad puede aparecer si la obligación se incumple, y son numerosos los casos (no solo en la propiedad inmueble) en que existe, incluso en forma cuantificada, el deber expreso y claro de prevenir.

Respecto de la expropiación por causa de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, incluidas las medidas por causa de ornato, el razonamiento de la solicitud parece a esta Institución directamente contrario a lo que ya vienen reconociendo las leyes y tribunales desde mediados del siglo XX. No es posible aceptar pues una argumentación con la cual, más allá de su respetabilidad, se enfrenta una larga tradición jurídica que puede ya contarse por décadas.

Esta Defensoría llega por tanto, una vez más, a la convicción de que las funciones que constitucionalmente tiene atribuidas por el artículo 54 CE, dentro del capítulo cuarto del mismo título I, como garante de las libertades y derechos fundamentales, no le imponen tampoco en este caso el deber de hacer uso de la legitimación activa que le confiere el artículo 162.1.

**Ley 10/2013, de 24 de julio, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 2010/84/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2010, sobre farmacovigilancia, y 2011/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, sobre prevención de la entrada de medicamentos falsificados en la cadena de suministro legal, y se modifica la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios**

Mediante escrito que tuvo su entrada en esta Institución el día 18 de octubre de 2013, el interesado, actuando en nombre propio y en representación de una confederación de sindicatos médicos de ámbito estatal, solicitó del Defensor del Pueblo la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra las disposiciones finales quinta y sexta de la Ley 10/2013, de 24 de julio, que, en lo que aquí interesa, modifican, respectivamente, la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, y la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias.

Los preceptos de la ley contra los que se solicita la interposición del recurso dan una nueva regulación a la situación de servicio activo, a la de servicios de gestión clínica, y establecen las condiciones para el pase a la situación de servicios de gestión clínica desde situaciones distintas al servicio activo.

El solicitante de recurso fundamenta su solicitud en la vulneración de lo dispuesto en el artículo 37 de la Constitución, que garantiza el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios. Al respecto, se manifiesta que las modificaciones normativas antes mencionadas, según informó el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, se incluyeron en la norma a petición del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, sin informar con la antelación debida a las asociaciones sindicales más representativas del sector, que sólo tuvieron noticia de tal asunto en una reunión informal celebrada el 19 de julio de este año 2013. Entiende el solicitante de recurso que con tal actuación se vulnera el derecho a la negociación colectiva y a través de él el derecho a la libertad sindical que reconoce el artículo 28.1 de la Constitución, además de los diversos preceptos que regulan la negociación colectiva de los empleados públicos en el vigente Estatuto que los regula (Ley 7/2007).

***Fundamentos de la resolución***

PRIMERO. En razón del contenido de los preceptos que antes se han transcrito y de las modificaciones que incorporan en las respectivas leyes a las que afectan, no está muy clara la vinculación que dichos preceptos tengan con las materias que habitualmente son objeto de negociación colectiva en el ámbito de las administraciones públicas.

La desconexión parece evidente en lo que se refiere a la modificación de la Ley 44/2003, de ordenación de las profesiones sanitarias, ya que el precepto cuestionado hace referencia a la organización troncal de las especialidades en Ciencias de la Salud y a la duración del período formativo troncal que tales especialidades deban tener.

Algo más próximo, aunque sin una conexión evidente con el derecho a la negociación colectiva y a la libertad sindical, es el precepto que modifica la Ley 55/2003, reguladora del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud. La modificación afecta al régimen de situaciones administrativas de este personal estatutario, incluyendo dentro del “servicio activo” al personal que desempeñe funciones de gestión clínica y regulando a su vez la situación denominada de “servicios de gestión clínica”, así como los criterios para el acceso a esta situación administrativa desde situaciones distintas a las de “servicio activo”. Tal regulación no afecta -al menos de manera directa- a la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados de la Administración Pública, que es el ámbito propio de la negociación colectiva, sino a los criterios y circunstancias a tener en cuenta para determinar la situación administrativa en la que deberán clasificarse, en razón de su vinculación con la Administración y con la prestación de servicios que realicen, así como las consecuencias que se derivan de la adscripción a una u otra situación.

No resulta preciso, sin embargo, entrar con más detalle en el aspecto que se ha esbozado antes, ya que con carácter previo es necesario examinar la aplicabilidad a los empleados públicos de los derechos de libertad sindical y negociación colectiva, - que la Constitución establece, como bien afirma el solicitante de recurso, “entre los representantes de los trabajadores y empresarios”- y en qué términos afecta a este sector profesional “la fuerza vinculante de los convenios”.

SEGUNDO. Al fin expresado, conviene recordar la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional sobre las consecuencias que se derivan de la naturaleza estatutaria de la relación que une a los funcionarios públicos -y también al personal al que se refiere esta solicitud de recurso- con la Administración, doctrina esta que el Tribunal ha venido reiterando desde la ya lejana Sentencia 99/1987. En esa sentencia se afirma:

“El funcionario que ingresa al servicio de la Administración Pública se coloca en una situación jurídica objetiva, definida legal y reglamentariamente y, por ello, modificable por uno u otro instrumento normativo de acuerdo con los principios de reserva de ley y de legalidad, sin que, consecuentemente, pueda exigir que la situación estatutaria quede congelada en los términos en que se hallaba regulada al tiempo de su ingreso..., porque ello se integra en las determinaciones unilaterales lícitas del legislador, al margen de la voluntad de quien entra al servicio de la Administración, quien, al hacerlo, acepta el régimen que configura la relación estatutaria (art. 103.3 CE)”.

Esta peculiar posición de los funcionarios públicos y asimilados tiene consecuencias también en el ámbito de sus derechos a la sindicación y a la negociación colectiva. En concreto, el Tribunal Constitucional incide en la distinta posición de los trabajadores y de los funcionarios en el marco de la Constitución y, consecuentemente, en orden a la aplicación a unos y otros del artículo 37.1 de la misma. En sus Sentencias 98/1985 y 57/1982, se pronuncia al respecto, manifestando en esta última:

“... en la actualidad la negociación colectiva de las condiciones de trabajo del personal vinculado a cualquiera de las Administraciones Públicas, sólo es posible legalmente cuando se trate de personal sometido al Derecho Laboral, pero no en cambio, en relación al personal vinculado al Derecho Administrativo, sea funcionario en cualquiera de sus modalidades de carrera o empleo o asimilado, por tener una relación funcional sujeta a esta última rama del derecho, donde no está admitido tal sistema por ausencia de aceptación y regulación y por contradecir el régimen legalmente establecido”.

No obstante, y con visión premonitoria de lo que la legislación ordinaria diría años después de tales pronunciamientos, ya en esas sentencias el Tribunal advertía:

“... aparece una tendencia, favorable a propiciar la intervención representativa de los funcionarios públicos en la determinación de la prestación de servicios o de condiciones de empleo como mera participación en el sistema de consulta o información, sin vinculación alguna para los poderes públicos, que no alteran ni podían hacerlo el significado y alcance que tiene la regulación de la función pública y que no suponen una verdadera negociación colectiva para esa función pública estatal o para la función pública local, tal y como está prevista en el artículo 37.1 de la Constitución Española y regulada en el título III del Estatuto de los Trabajadores de 10 de marzo de 1980, como facultad de concertar convenios entre los trabajadores y los empresarios sobre la

regulación de condiciones de empleo, con fuerza vinculante de lo acordado en tales instrumentos.”

Esa tendencia de la que habla el Tribunal se ha plasmado en la legislación sobre Función Pública en la que, primero, a través de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas y, más recientemente, a través de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, se han concretado los derechos de los funcionarios públicos en este ámbito.

Sin embargo, la Sentencia citada (57/1982) advierte que “del derecho de sindicación de los funcionarios públicos no deriva como consecuencia necesaria la negociación colectiva, y menos todavía con efectos vinculantes...”, y asimismo que “... tampoco surge el derecho de negociación colectiva de las condiciones de empleo, de la igualdad de tratamiento de los trabajadores y los funcionarios deducida de la Constitución y desde la perspectiva del derecho de sindicación..., toda vez que prueba lo contrario el expreso contenido de los artículos 28.1 y 37.1 de la Constitución española y la propia dicción de sus artículos 35.2 y 103.3, que remiten respectivamente a la ley para la regulación, por un lado del Estatuto de los Trabajadores y por otro al Estatuto de los Funcionarios Públicos, pues sin duda la carta fundamental parte del hecho de tratarse de situaciones diversas por su contenido, alcance y ámbito diferente de función y actuación, y por eso independiza y diversifica su regulación legislativa, sometiéndolas a regulaciones diferenciadas...”.

TERCERO. Complementando esa argumentación del Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 20 de enero de 1995, pone de manifiesto que el artículo 37.1 de la carta magna, en el que reside el título constitucional de la negociación colectiva, circunscribe ésta a la que se desarrolla “entre los representantes de los trabajadores y empresarios”, ámbito subjetivo en el que no está incluida la Administración, de lo que debe deducirse que no existe base constitucional para un derecho de negociación colectiva en el ámbito de la Administración Pública, ni para que en sede constitucional pueda sostenerse la integración de la negociación colectiva en el contenido esencial del derecho de libertad sindical en la Administración Pública.

En este sentido, debe recordarse que el derecho de negociación colectiva no es en sí un derecho fundamental, como ya afirmó la Sentencia del Tribunal Constitucional 98/1985, ya mencionada, cuando hizo notar que su significación desde el punto de vista de la libertad sindical “no transforma la negociación colectiva en uno de los derechos fundamentales y libertades públicas, en el sentido y con las

consecuencias que da a este concepto la Constitución...”, doctrina confirmada, entre otras, en las Sentencias números 118/1983, de 13 de diciembre, y 45/1986, de 27 de marzo, y a la que añadió posteriormente una precisión adicional al afirmar en su Sentencia 80/2000 que el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos no deriva necesariamente de su derecho de sindicación, sino que el mismo “se integra como contenido adicional de la libertad sindical”, lo que implica que su contenido y alcance, e incluso su existencia, dependen de la voluntad del legislador ordinario y no de un imperativo constitucional.

CUARTO. Todo lo anterior conduce a la consecuencia, como afirma el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) en su Sentencia núm. 1219/2012, de 8 de noviembre, de que lo concerniente a la dinámica del ejercicio del derecho a la negociación colectiva o a las vulneraciones del mismo, no es problema afectante al derecho fundamental de libertad sindical sino materia de pura legalidad ordinaria, lo que implica que no puede existir vulneración de ese derecho fundamental por las hipotéticas infracciones de la normativa rectora del derecho a la negociación colectiva en la Administración Pública.

Por consiguiente, si no cabe la alegación de la vulneración del derecho fundamental a la libertad sindical, referido a los eventuales incumplimientos del régimen vigente en materia de negociación colectiva de los funcionarios públicos y asimilados, no es posible sobre tal fundamentación -que es la alegada por el solicitante de recurso- acceder a lo solicitado y hacer uso de la legitimación que ostenta el Defensor del Pueblo.

**Real Decreto-ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de la Seguridad Social**

Diversos ciudadanos a título particular, una asociación estatal de pensionistas, una federación de organizaciones de mayores y una organización sindical, ambas de ámbito autonómico, solicitaron del Defensor del Pueblo la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto-ley 28/2012, de 30 de noviembre, alegando sustancialmente la vulneración de los artículos 9.3 de la Constitución, especialmente en lo referido a la prohibición de las disposiciones restrictivas de derechos individuales; 50, dado que se renunciaba a su precepto, y 86, al apreciar un uso del decreto-ley que consideraban inadecuado por falta de urgencia.

La citada norma dejaba sin efecto para 2012 y suspendía para 2013 la revalorización automática de las pensiones públicas, prevista por los artículos 48 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social y 27 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas.

***Fundamento único de la resolución***

Como se puede apreciar por la lectura del debate sobre la convalidación del Real Decreto 28/2012 en el Pleno del Congreso de los Diputados (ver *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*; Pleno y Diputación Permanente, X Legislatura, núm. 81, de 13 de diciembre de 2012, pp. 4 a 29), la promulgación de la referida norma ha venido acompañada de una fuerte disputa política, en la que los aspectos controvertidos coinciden sustancialmente con las alegaciones de inconstitucionalidad presentadas ante esta Institución. En dicho debate se avanzó por varios grupos políticos la intención de acudir al Tribunal Constitucional, posibilidad que, dado el número de parlamentarios vinculados a tales grupos, resultaba numéricamente viable.

De hecho, en fecha 26 de febrero de 2013 siete fuerzas políticas con representación parlamentaria presentaron en el registro del Tribunal Constitucional una demanda de inconstitucionalidad, frente al apartado uno del artículo 2 del Real Decreto-ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de la Seguridad Social.

Constituye criterio habitual de esta Institución no ejercitar la legitimación que le confiere el artículo 162.1.a) de la Constitución española, el artículo 32.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, y el artículo 29 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de

abril, cuando la acción sea iniciada por cualquiera de los restantes sujetos legitimados para ello.

El rango constitucional de la Institución, su condición de comisionado parlamentario, junto a la autoridad moral de la que gozan sus resoluciones, parecen aconsejar la inhibición de esta Institución de aquellos procedimientos constitucionales en que su intervención no resulte imprescindible para cumplir adecuadamente su misión de garantizar los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos.

Ciertamente, en el asunto analizado se plantea una cuestión de relevancia y con gran incidencia práctica, cual es el alcance de la proscripción de la retroactividad en las disposiciones restrictivas de derechos individuales en lo que se refiere a disposiciones de desarrollo del artículo 50 de la Constitución y, en conexión con ello, la determinación del momento en que deba entenderse generado el derecho a consolidar la revalorización de las pensiones públicas para que estas mantengan su poder adquisitivo y la eventual retroactividad que una medida que afecta a dicha revalorización, cuando el año natural a que tal medida se refiere ya se ha iniciado. Este precisamente es uno de los puntos centrales del recurso formulado, por lo que, como se ha indicado, el Tribunal Constitucional podrá en su momento resolver lo que proceda y establecerá con ello una doctrina especialmente valiosa, sin que la intervención del Defensor del Pueblo resulte necesaria a estos efectos.

Sin perjuicio de lo expuesto, esta Institución no puede dejar de considerar que la medida adoptada implica una pérdida de capacidad adquisitiva para el conjunto de los perceptores de pensiones públicas. Tal medida, además de su efecto inmediato conllevará una pérdida acumulada si no se corrige en el momento en que ello resulte económicamente viable.

La institución del Defensor del Pueblo entiende que el consenso político y social, articulado a través del “Pacto de Toledo”, debe ser preservado, puesto que constituye un elemento esencial para mantener la confianza de los ciudadanos en el sistema público de Seguridad Social, instrumento este de gran relevancia para asegurar el mayor prestigio del orden político y de la paz social. Por esta razón, no es posible pasar por alto el hecho de que las complicadas circunstancias presentes, puestas de manifiesto en la exposición de motivos del real decreto-ley analizado y en el debate de convalidación en el Congreso de los Diputados, han dado lugar a un nuevo episodio -ya el segundo en nuestra historia reciente- de desatención al principio general consagrado en la recomendación undécima de dicho pacto, de mantener el poder adquisitivo de las pensiones, mediante la revalorización automática de las

mismas, en función de la evolución de precios al consumo, y a través de fórmulas estables.

Así pues, si en el criterio del Gobierno de la nación ha resultado necesario excepcionar de forma temporal la aplicación de las normas que convierten el referido principio de revalorización en una obligación jurídica para los poderes públicos, y con independencia de lo que en su momento pueda resolver el Tribunal Constitucional, esta Institución considera que tal medida debería ir acompañada del compromiso público y solemne del propio Gobierno y de las Cámaras parlamentarias, de adoptar medidas de compensación de esta pérdida de capacidad adquisitiva en el primer momento en que ello resulte posible.

Por tal razón esta Institución ha formulado una RECOMENDACIÓN a la Ministra de Empleo y Seguridad Social para que el Gobierno de la nación asuma el compromiso de compensar la pérdida de capacidad adquisitiva que vienen sufriendo las pensiones públicas, en el momento en que se recupere el equilibrio de las cuentas de la Seguridad Social y no resulte necesario acudir al Fondo de Reserva para garantizar la liquidez del sistema.

Asimismo, y con el fin de asegurar que una medida de esta naturaleza goce del mayor respaldo político, esta Institución se ha dirigido a las Cortes Generales, de acuerdo con lo previsto en el artículo 28.2 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, poniéndoles de manifiesto la recomendación efectuada, por si consideran oportuno sumarse con alguna iniciativa parlamentaria al referido compromiso de compensación futura por las pérdidas de capacidad adquisitiva padecidas por los ciudadanos perceptores de pensiones públicas.

### **Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita**

Si bien la Defensora del Pueblo, a través de la mediación, obtuvo el compromiso del Ministro de Justicia de aprobar de manera inmediata una reforma de la Ley de Tasas Judiciales de 2002 (lo que, en efecto, se produjo mediante el Real Decreto-ley 3/2013), se solicitó del Defensor del Pueblo que impugnara ante el Tribunal Constitucional el Real Decreto-ley citado. Se reiteraban algunos de los argumentos aducidos con respecto a la Ley de 2012 de Tasas Judiciales y, además, se cuestionaba el requisito constitucional de la extraordinaria y urgente necesidad que legitima al Gobierno para el empleo de esta forma legislativa, así como la reserva de ley formal en materia tributaria y la prohibición de que los decretos-ley afecten al régimen de los derechos, deberes y libertades del título I de la Constitución.

Con la fundamentación que a continuación se transcribe, se rechazó la interposición de recurso.

#### ***Fundamentos de la resolución***

PRIMERO. Conoce el compareciente, que fue también solicitante de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 10/2012 y recibió la Resolución de 20 de febrero de 2013, la posición de la Defensora del Pueblo sobre la regulación de las tasas judiciales. La clave del debate jurídico es si son o no excesivas. Este debate no deja de ser abstracto y remite necesariamente a la situación individual de cada ciudadano, que podría ver afectado su derecho fundamental de acceso a la justicia. En términos más generales, la Defensora del Pueblo consideró excesivas las tasas establecidas en la Ley 10/2012, y actuó procurando y consiguiendo su reducción. Sin entrar ahora en cuestiones de detalle perfectamente conocidas, baste decir que sólo la reducción en un 80% de las tasas variables, el aumento de los beneficiarios de justicia gratuita y la disminución de las expectativas de ingresos de la Hacienda Pública en decenas de millones de euros (no sólo el 5% que se ha indicado por algunos medios, pues este pequeño porcentaje se refiere a previsiones de ingresos por tasas fijas, no a expectativas de ingresos por tasas variables, que son el grueso de la reforma), constituyen mejoras cuya importancia se expresa por sí sola. Si las tasas judiciales resultantes siguen siendo o no excesivas desde una perspectiva constitucional lo determinará el Tribunal Constitucional en su día, resolviendo los recursos de inconstitucionalidad que han presentado otros sujetos legitimados, pues es evidente que ha mutado el objeto de los recursos presentados, dado que la ley no dice ya lo que antes decía y los recursos pendientes han de versar sobre el nuevo texto.

SEGUNDO. Pero la solicitud de recurso no se refiere tan solo a los motivos que impulsaron la primera solicitud; se refiere también al real decreto-ley en sí mismo. Dice el compareciente que "hemos procedido a examinar si el Real Decreto-ley ha respetado la concurrencia de la extraordinaria y urgente necesidad que legitima al Gobierno para su empleo, la reserva de ley en materia tributaria y la prohibición de afectar al régimen de los derechos, deberes y libertades del Título 1 de la Constitución". Si se observa, estos tres motivos se pueden expresar así: que el decreto-ley se habría excedido en cuanto a su oportunidad y contenidos del marco constitucional en el que puede utilizarse la forma normativa denominada "decreto-ley".

A este respecto, es preciso realizar una afirmación de principio: el Real Decreto-ley 3/2013 es el fruto de la mediación de la Defensora del Pueblo, que quiso una reducción de tasas judiciales que además fuese "rápida". Era patente la "extraordinaria y urgente necesidad" de aliviar las cargas tributarias de los ciudadanos. Y en cuanto a las cuestiones de fondo (posible alcance de un decreto-ley), las cautelas constitucionales y la *legitimatío ad causam* de la Defensora del Pueblo tendrían todo el sentido si se hubiera pretendido con el decreto-ley empeorar la situación de los ciudadanos, reducir derechos; siendo justo lo contrario lo que se pretendía y lo que se consiguió, decae la legitimidad impugnatoria de esta Institución. De lo contrario, ¿cómo podríamos explicar a los ciudadanos que recurrimos una rebaja de tasas por la mera razón de la forma normativa mediante la que se ha producido?

Pero es que, además, *venire contra factum proprium non valet*. La doctrina de los actos propios significa que no pueden combatirse los propios actos ni sus consecuencias, aquí evidentemente positivas. La buena fe exige tener un comportamiento consecuente. Esta Institución no puede combatir jurídicamente en mayo lo que ha propiciado en febrero.

Finalmente, teniendo en cuenta que la Administración no está obligada a aceptar las recomendaciones del Defensor del Pueblo (puede limitarse a razonar por qué no las acepta), el hecho de que no se haya obtenido la totalidad de lo que se pretendía con aquellas, pero sí una parte sustancial, no puede ser un argumento para que esta Institución mantenga abierta indefinidamente la controversia. Es legítimo combatir el actual modelo de financiación de la justicia y trabajar por otro que se considere mejor desde la abogacía, la sociedad o la política. Pero sobre el debate jurídico constitucional, esta Institución ya fijó su posición y su metodología el pasado mes de febrero, obtuvo resultados concretos e inmediatos al servicio de los ciudadanos y no se aprecian nuevos elementos de juicio que no fueran tenidos en

cuenta en su momento para optar por la vía de actuación que se consideró más adecuada y, a la postre, ha resultado más eficaz.

**Real Decreto-ley 8/2013, de 28 de junio, de medidas urgentes contra la morosidad de las administraciones públicas y de apoyo a las entidades locales con problemas financieros**

Mediante escrito recibido en esta Institución el día 17 de julio de 2013, los representantes de una federación de entidades locales menores de ámbito nacional solicitaron la interposición de recurso de inconstitucionalidad, contra el artículo 14 del Real Decreto-ley 8/2013, de 28 de junio, al considerar incumplida la Constitución, por no incluirse en el plan de pagos a proveedores a las entidades locales menores.

Se desestimó la solicitud de interposición de recurso con la fundamentación siguiente:

***Fundamento único de la resolución***

La petición de recurso de inconstitucionalidad se basa exclusivamente en la falta de inclusión de las entidades locales menores en el ámbito del “denominado mecanismo de financiación para el pago a proveedores”, adoptado como medida coyuntural y extraordinaria para ayudar a las administraciones autonómicas y locales a reducir su deuda comercial acumulada, ya que, según afirman los interesados, las entidades locales menores también son administraciones públicas.

En primer término hay que aclarar que el artículo 137 de la Constitución española, dedicado a la organización territorial del Estado, no hace mención alguna a las entidades locales menores, ya que dice: “El Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las comunidades autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses”. Esta ausencia del artículo 137 ha llevado a que el Tribunal Constitucional determine que no se extienda a dichas entidades locales menores la garantía institucional que se deriva del citado precepto (STC 214/1989, fundamento jurídico 4). Es más, el propio Tribunal en Sentencia 214/1989, fundamento jurídico 15, declara a las entidades locales menores “de carácter puramente contingente o voluntario en cuanto a su existencia misma”, lo que conlleva que no puedan equipararse plenamente a los municipios.

En cuanto al fondo de la cuestión, los interesados pretenden la interposición de un recurso contra el artículo 14 del Real Decreto-ley 8/2013, de 28 de junio, de medidas urgentes contra la morosidad de las administraciones públicas y de apoyo a entidades locales con problemas financieros, por la ausencia en su ámbito de aplicación subjetivo de dichas entidades locales.

Del propio contenido de la solicitud se infiere, por tanto, la imposibilidad de fundamentar jurídicamente el recurso solicitado, por cuanto la inconstitucionalidad de un precepto no puede derivarse, en principio, de lo que no regula, sino de lo que regula, pudiendo apreciarse que una omisión incurre en inconstitucionalidad únicamente cuando el texto constitucional impone al legislador el establecimiento de una determinada medida. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha declarado que la inconstitucionalidad por omisión “solo existe cuando la Constitución impone al legislador la necesidad de dictar normas de desarrollo constitucional y el legislador no lo hace” (SSTC 24/1982, de 13 de mayo, FJ 3º, y 74/1987, de 25 de mayo, FJ 4º), de forma que “la inconstitucionalidad de una norma por omisión solo puede entenderse producida cuando es la propia Constitución la que impone al legislador la necesidad de integrar su texto en aspectos no contemplados por ella” (STC 317/1994, de 28 de noviembre, FJ 4º).

De la doctrina transcrita, se deduce la imposibilidad de atender a los razonamientos contenidos en la solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad desde la perspectiva analizada, ya que, como se ha indicado, del artículo 137 de la Constitución no se deriva ningún mandato al legislador para que adopte una medida en el sentido pretendido por los comparecientes.

En cuanto a la repercusión que la norma, cuya inconstitucionalidad se pretende, puede producir en los derechos de los habitantes de este tipo de entidades, hay que tener presente que la pertenencia al municipio es la que fija la vecindad y los derechos y obligaciones de éstos, conforme aparecen en el artículo 18 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, siendo indiferente su adscripción o no administrativa a una entidad local menor. Así, los ciudadanos se beneficiarán, en su caso, de la aplicación del plan de pago a proveedores en función de la participación que en el mismo tenga el municipio en que su entidad local menor esté integrada.

**Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico**

Un ciudadano, a través del Procurador del Común de Castilla y León, solicitó del Defensor del Pueblo la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, alegando la falta de seguridad jurídica de la nueva disposición sobre la financiación del sistema eléctrico.

***Fundamento único de la resolución***

El mencionado real decreto-ley ha sido impugnado ante el Tribunal Constitucional con un objeto que coincide sustancialmente con su petición por otro sujeto con legitimación para ello. La intervención del Defensor del Pueblo, así como su apreciación acerca de la inconstitucionalidad o no de las normas sometidas a su consideración, responde al criterio, en principio, de no intervenir. Por esta razón, tras la reunión de la Junta de Coordinación y Régimen Interior de esta Institución, celebrada el 11 de octubre de 2013, en que ésta conoció e informó sobre la solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, se consideró procedente no hacer uso en la presente ocasión de la legitimación conferida.

Dicho criterio de no intervención se fundamenta en la necesaria neutralidad de la Institución y en la ponderación y medida en el ejercicio de la legitimación que el Defensor del Pueblo ostenta para recurrir ante el Tribunal Constitucional leyes y disposiciones con fuerza de ley, dada la trascendencia jurídica de su empleo y la repercusión que una medida de esta naturaleza puede tener.

No obstante, dado el desarrollo y transformación que se ha operado en el sector eléctrico, así como la trascendencia social y económica de las diferentes modificaciones normativas, esta Institución estudia posibles acciones ante el Ministerio de Industria, Energía y Turismo y ante la Comisión Nacional de la Energía en un marco general que también abarca las energías renovables. Todo ello se pondrá en su conocimiento en el momento oportuno.

### **Decreto-ley de la Comunidad Autónoma de Andalucía 5/2013, de 2 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas sobre el empleo del personal funcionario interino en la Administración General de la Junta de Andalucía**

Diversos ciudadanos a título particular, una organización sindical de funcionarios del ámbito de esa comunidad autónoma y el representante de los empleados públicos de la Administración General de la Junta de Andalucía solicitaron del Defensor del Pueblo la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra el Decreto-ley 5/2013, de 2 de abril. Consideraron los comparecientes que, según la norma, la selección de este personal se realizará en primer lugar entre el personal funcionario interino que, a partir de la entrada en vigor del presente decreto-ley, cese en el desempeño de su puesto por resultar adjudicado a un funcionario de carrera en cualquiera de los procesos reglamentarios de selección o provisión, siempre que estuviere prestando servicios con anterioridad a 1 de enero de 2005; y que, a 31 de diciembre de 2013, cuente con cuarenta y cinco o más años de edad.

Asimismo, un numeroso colectivo de ciudadanos a título individual y una organización sindical de funcionarios del ámbito de esa comunidad autónoma se dirigieron a esta Institución, expresando su apoyo a la medida contenida en el decreto-ley y su oposición a la solicitud de interposición de recurso, por considerar la norma citada plenamente constitucional.

Por su parte, el Defensor del Pueblo Andaluz remitió a esta Institución diversas quejas en las que se solicitaba la interposición de recurso, así como otra, presentada por la organización sindical antes mencionada y acompañada de 3.200 firmas, contraria a la interposición del recurso. Al escrito de remisión el Defensor del Pueblo Andaluz acompaña un informe de fecha 15 de mayo de 2013, en base al cual, y tras conocer la opinión de los miembros de su Junta de Coordinación, acuerda no instar de esta Institución la interposición de recurso de inconstitucionalidad por considerar la norma plenamente ajustada a derecho.

#### ***Fundamentos de la resolución***

PRIMERO. Con carácter previo al examen de las alegaciones formuladas, es preciso destacar que el decreto-ley cuestionado trata de la ordenación de prioridades en la gestión de las denominadas “bolsas de interinos”, en las que voluntariamente se incluyen los aspirantes a ser nombrados para un puesto provisional en la Administración en aquellos supuestos en los que la cobertura de dicho puesto se considere necesaria y no pueda llevarse a cabo por un funcionario de carrera. No se trata, pues, de una norma reguladora del acceso a la Función Pública sino de una

norma de gestión y ordenación de uno de los mecanismos, a través de los cuales la Administración atiende a sus concretas necesidades de personal. Se trata, además, de una norma provisional ya que la regla particular que contiene la prioridad de determinados aspirantes sobre otros es de aplicación únicamente “hasta que se produzca la culminación de los procedimientos de consolidación de empleo temporal previstos en la disposición transitoria cuarta del Estatuto Básico del Empleado Público”. Y se trata de una norma con un ámbito subjetivo definido y limitado que se concreta en el personal funcionario interino que sea cesado a partir de su entrada en vigor por ocupar su plaza un funcionario de carrera, siempre que venga prestando servicios desde antes del 1º de enero de 2005 y tenga, a 31 de diciembre de 2013, 45 años o más.

La primera de las características citadas impide la toma en consideración de las alegaciones relativas a la invasión de competencias estatales definidas en el artículo 149.1.18.<sup>a</sup> de la Constitución, alegación que por otra parte difícilmente puede enervar la actuación del Defensor del Pueblo, ya que es criterio de la Institución no intervenir en asuntos de naturaleza competencial ni fundamentar su posible intervención en razones de esta índole cuando el titular de la competencia, presuntamente sustraída o vulnerada, está legitimado para la acción que se solicita del Defensor del Pueblo.

La tercera de las características citadas despeja también las dudas sobre la ausencia de generalidad de la norma. El ámbito de la norma alcanza a quienes en un momento dado reúnan ciertos requisitos objetivos que la propia norma concreta. Como reiteradamente ha dicho el Tribunal Constitucional “el que en virtud de esos criterios objetivos pueda determinarse quiénes estén incluidos en ese colectivo y afectados en consecuencia por las normas cuestionadas no puede entenderse como una determinación legal de personas concretas e individualmente seleccionadas proscrita por el artículo 23.2 CE (STC 148/1986)”.

SEGUNDO. Se alega también, como se ha señalado, la posible infracción del artículo 37.1 de la Constitución relativo al derecho a la negociación colectiva. Desde luego este derecho corresponde a los funcionarios y así lo reconoce el Estatuto Básico del Empleado Público cuando dice en su artículo 31: “Los empleados públicos tienen derecho a la negociación colectiva, representación y participación institucional para la determinación de sus condiciones de trabajo”, añadiendo a continuación: “Por negociación colectiva, a los efectos de esta Ley, se entiende el derecho a negociar la determinación de condiciones de trabajo de los empleados de la Administración Pública”.

Informa el preámbulo del decreto-ley de que las medidas contenidas en el mismo han sido objeto de negociación en el seno de la Mesa Sectorial de Negociación de Administración General de la Junta de Andalucía, en su reunión del día 21 de marzo de 2013, convocada con carácter extraordinario y a petición de las organizaciones sindicales CSI-F, USTEA, UGT y CCOO. Por la información aportada en las solicitudes de recurso, parece ser que en tal reunión estos sindicatos votaron a favor o se abstuvieron y expresó su desacuerdo el Sindicato Andaluz de Funcionarios (SAF).

Pero al margen de que la reunión de la Mesa Sectorial mencionada pueda considerarse suficiente (pues al parecer no ha habido otra) en orden a la salvaguardia del derecho a la negociación colectiva, debe tenerse en cuenta que el artículo 37 del Estatuto Básico del Empleado Público, al tratar las materias que han de ser objeto de negociación, excluye de las que son obligatorias, en el número 2 de dicho artículo, a “la regulación y determinación concreta, en cada caso, de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público y la promoción profesional”.

Así pues, dado que la norma cuestionada establece criterios y procedimientos para el acceso al empleo público, no parece que la alegación pueda tomarse en consideración.

TERCERO. Resueltos los aspectos anteriores, procede ahora examinar las alegaciones relativas a la concurrencia o no del presupuesto habilitante de “extraordinaria y urgente necesidad” que exigen el artículo 86 de la Constitución y el 110 del Estatuto de Andalucía para que sea legítimo el uso de la figura del decreto ley. Para abordar el análisis del problema constitucional planteado debe recordarse la consolidada doctrina establecida por el tribunal al respecto. Dicha doctrina ha sido sintetizada en las SSTC 189/2005, de 7 de julio (F 3) y 329/2005, de 15 de diciembre (F 5), siguiendo la contenida en anteriores resoluciones, esencialmente en las SSTC 182/1997, de 28 de octubre, 11/2002, de 17 de enero, y 137/2003, de 3 de julio.

En ellas, el Tribunal, tras reconocer el peso que en la apreciación de la extraordinaria y urgente necesidad ha de concederse “al juicio puramente político de los órganos a los que incumbe la dirección del Estado”, declara que “la necesaria conexión entre la facultad legislativa excepcional y la existencia del presupuesto habilitante» conduce a que el concepto de extraordinaria y urgente necesidad que se contiene en la Constitución no sea, en modo alguno, «una cláusula o expresión vacía de significado dentro de la cual el lógico margen de apreciación política del Gobierno se mueva libremente sin restricción alguna, sino, por el contrario, la constatación de un límite jurídico a la actuación mediante decretos-ley”.

Tras estas afirmaciones, el Tribunal exige que la definición por los órganos políticos de una situación de “extraordinaria y urgente necesidad” sea explícita y razonada, y que exista una conexión de sentido o relación de adecuación entre la situación definida que constituye el presupuesto habilitante y las medidas que en el decreto-ley se adoptan (STC 29/1982, de 31 de mayo, F 3), de manera que estas últimas guarden una relación directa o de congruencia con la situación que se trata de afrontar (STC 182/1997, de 28 de octubre, F 3). Ello no quiere decir que tal definición expresa de la extraordinaria y urgente necesidad haya de contenerse siempre en el propio real decreto-ley (o, en este caso, en el decreto-ley), sino que tal presupuesto cabe deducirlo igualmente de una pluralidad de elementos. A este respecto, el Tribunal recuerda que el examen de la concurrencia del citado presupuesto habilitante de la “extraordinaria y urgente necesidad” siempre se ha de llevar a cabo mediante la valoración conjunta de todos aquellos factores que determinaron al Gobierno a dictar la disposición legal excepcional y que son, básicamente, “los que quedan reflejados en el preámbulo de la norma, a lo largo del debate parlamentario de convalidación, y en el propio expediente de elaboración de la misma” (SSTC 29/1982, de 31 de mayo, F 4; 182/1997, de 28 de octubre, F 4; 11/2002, de 17 de enero, F 4; y 137/2003, de 3 de julio, F 3), debiendo siempre tenerse presentes «las situaciones concretas y los objetivos gubernamentales que han dado lugar a la aprobación de cada uno de los decretos-ley enjuiciados» (SSTC 6/1983, de 4 de febrero, F 5; 182/1997, de 28 de octubre, F 3; 11/2002, de 17 de enero, F 4; y 137/2003, de 3 de julio, F 3).

Afirma el Decreto-ley cuestionado en su preámbulo:

“La extraordinaria y urgente necesidad viene determinada por el hecho de que de manera inminente el personal al que se refiere el presente Decreto-ley va a cesar por haber decaído las causas que motivaron su nombramiento, siendo así que la litigiosidad judicial acontecida con ocasión del último concurso de méritos no ha permitido a esta Administración adoptar ninguna medida previa. La situación que viene a solventarse es sin embargo de gran relevancia social, dado el sector de prioritaria atención que se contempla, todo lo cual justifica sobradamente la urgencia en la adopción de la presente medida”.

Estas aseveraciones hay que complementarlas con otros datos significativos que se contienen en la norma y su preámbulo o que se deducen de la misma. Está, en primer lugar, la grave situación de crisis económica iniciada en 2008, que ha implicado una severa disminución de los ingresos públicos con la consecuencia directa de la rebaja en la financiación de las Comunidades Autónomas, lo que ha obligado a adoptar rigurosas medidas de ajuste. Entre estas medidas se encuentran las

impuestas por las sucesivas leyes de Presupuestos Generales del Estado prohibiendo la incorporación de nuevos efectivos a las distintas administraciones públicas y la contratación de personal temporal o interino. Asimismo, debe tomarse en consideración el contexto particular de la Administración Pública andaluza, que ha tenido una evolución peculiar desde su puesta en marcha con el régimen de preautonomía y que, pese a diversos procesos de consolidación, ha mantenido un elevado volumen de personal con empleo temporal o interino proveniente de aquella etapa preautonómica y posterior.

Siendo la consolidación del empleo temporal un objetivo prioritario de las administraciones públicas, el legislador dispuso en la legislación correspondiente un mecanismo a través del cual se pretendía abordar este problema. Dicho mecanismo, incorporado como disposición transitoria cuarta al Estatuto Básico del Empleado Público aprobado en el año 2007, consiste en la celebración de convocatorias específicas, para la conversión del empleo temporal en empleo permanente, de los puestos o plazas de carácter estructural correspondientes a los distintos cuerpos, escalas o categorías, que estén dotados presupuestariamente y se encuentren desempeñados interina o temporalmente con anterioridad a 1 de enero de 2005. Sin embargo, esta previsión del año 2007 no ha podido ponerse en práctica en el ámbito de la Administración Pública de Andalucía por las restricciones ya citadas, a las que ha obligado la crisis económica y que han venido impidiendo en los últimos años, salvo excepciones, la realización de nuevas ofertas de empleo público.

A todo ello ha de añadirse la situación del empleo en Andalucía, donde la tasa de desocupación es elevadísima y las posibilidades de obtener empleo muy reducidas. Si a ello se añade que quien pasa a la situación de desempleo tiene una edad igual o superior a 45 años, las expectativas de obtener un nuevo trabajo son, en la práctica, casi inexistentes.

La conjunción de todos estos aspectos es, en último término, lo que justifica la extraordinaria urgencia y necesidad de aprobación del decreto-ley ante la inminencia, en el momento de su aprobación, del desplazamiento de personal interino de la Junta de Andalucía en el sector de su administración general. Desplazamiento este derivado de la reciente resolución del concurso general de traslados y que afecta, entre otros, al personal que viene prestando servicios interinamente a la misma desde antes del año 2005, al que no se ha ofertado la posibilidad de estabilizar su situación a través de los procesos de consolidación previstos en el Estatuto Básico del Empleado Público y que en diciembre de 2013 habrán alcanzado o superado la edad de 45 años.

A juicio de esta Institución, todas las razones apuntadas llevan a concluir que en este supuesto se cumplen los requisitos exigidos por el Tribunal Constitucional para legitimar la utilización del mecanismo extraordinario que supone la figura del decreto-ley.

CUARTO. El núcleo central de las argumentaciones contra el decreto-ley aquí examinado se centran en la supuesta vulneración del principio de igualdad proclamado en el artículo 14 de la Constitución y en el 23.2 para el acceso a funciones y cargos públicos, así como la de los principios de mérito y capacidad exigidos por el artículo 103 de la misma.

Es jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional que el artículo 23.2 CE consagra un derecho de configuración legal, lo que entraña una garantía de orden material que se traduce en la imperativa exigencia de predeterminar cuáles hayan de ser las condiciones para acceder a la Función Pública, de conformidad con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad (art. 103.3 CE), los cuales sólo pueden preservarse y establecerse mediante la intervención positiva del legislador (por todas, STC 30/2008, de 25 de febrero, F 6). Igualmente, el Tribunal ha puesto de manifiesto en repetidas ocasiones que es diferente el rigor e intensidad con que operan los principios de mérito y capacidad según se trate del inicial ingreso en la Función Pública o del ulterior desarrollo o promoción de la propia carrera administrativa, pues en el supuesto de provisión de puestos de trabajo entre personas que ya han accedido a la Función Pública y, por ende, acreditado los requisitos de mérito y capacidad, cabe tener en cuenta otros criterios distintos tendentes a lograr una mayor eficacia en la organización y prestación de los servicios públicos o a satisfacer otros bienes constitucionalmente protegidos (por todas, STC 30/2008, de 25 de febrero, F 5).

En este punto y al hilo de la última apreciación del Tribunal, conviene resaltar, como ya se mencionó en algún fundamento anterior, que el objeto del decreto-ley cuestionado es la ordenación de preferencias entre aspirantes a puestos de trabajo interinos cuyo mérito y capacidad -y esto es importante retenerlo- ya ha sido acreditado, en unos casos, por su participación en las pruebas selectivas de la última oferta de empleo y la superación de alguno de los ejercicios y, en otros, por su permanencia al servicio de la Administración autonómica durante un largo período de tiempo. Es por tanto aplicable a este caso esa diferencia de “rigor e intensidad” con la que operan esos principios y a la que alude el Tribunal Constitucional y se abre al propio tiempo la posibilidad mencionada de “tener en cuenta otros criterios distintos tendentes a lograr una mayor eficacia en la organización y prestación de los servicios públicos o a satisfacer otros bienes constitucionalmente protegidos”.

A juicio de esta Institución, este es el supuesto en el que se encuentra el decreto-ley examinado y del que informa en su preámbulo y en su parte dispositiva. Las circunstancias ya apuntadas que afectan a los interinos desplazados por la toma de posesión de los funcionarios de carrera, relativas a la ausencia de las previstas convocatorias de consolidación de empleo temporal, a la situación del empleo en Andalucía y a la edad de los afectados, justifica que, tomando en consideración el mérito y la capacidad acreditados en razón de los años de servicio a la Administración Pública andaluza, se dé temporalmente prioridad a este colectivo para la cobertura de futuras vacantes en dicha administración.

Esta apreciación la confirma el preámbulo del decreto-ley cuando afirma: "... la Junta de Andalucía no puede ser ajena, en su política de personal, a la actual coyuntura de crisis que afecta al mercado de trabajo en general y que contribuye a que la edad sea un obstáculo para el acceso al empleo y la ocupación", añadiendo a continuación que "por otra parte, no puede obviar la prolongada y amplia experiencia profesional de su personal funcionario interino que ha dado lugar a que este colectivo haya adquirido en muchas ocasiones importantes conocimientos y habilidades en la gestión de las materias que se consideran prioritarias para la Administración General de la Junta de Andalucía", y es "por todo ello, [que] en el ámbito del personal funcionario interino de la Administración General de la Junta de Andalucía, y como medida activa para el mantenimiento del empleo en el sector público, se apuesta con este decreto-ley por establecer las circunstancias citadas como criterio preferente para este personal en el marco del procedimiento establecido en el Decreto 2/2002, de 9 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General de ingreso, promoción interna, provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios de la Administración General de la Junta de Andalucía".

QUINTO. En el marco de las alegaciones relativas al principio de igualdad adquiere especial relevancia la relativa al criterio de la edad (45 años cumplidos a 31 de enero de 2013), para disfrutar de la preferencia en el empleo interino que establece el decreto-ley. Se alega que tal criterio contradice la prohibición expresa de discriminación por cualquier circunstancia o condición personal o social del artículo 14 de la Constitución y que no es compatible con la igualdad que debe existir en el acceso a la Función Pública.

Ya se ha mencionado que el establecimiento de este criterio en el decreto-ley responde a la incidencia directa de dos factores: la grave situación del empleo en Andalucía y la constatación de que la obtención de empleo a partir de cierta edad es altamente improbable. A ello se suma la toma en consideración de la experiencia

adquirida en el desempeño de los puestos de trabajo y la antigüedad en los mismos, para adoptar este criterio como “medida activa para el mantenimiento del empleo en el sector público”, tal y como afirma el preámbulo de la norma.

Es cierto que la edad, como criterio de acceso al empleo, puede ser discriminatorio. El derecho de toda persona a la igualdad ante la ley y a estar protegida contra la discriminación constituye un derecho universal reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Pactos de las Naciones Unidas de Derechos Civiles y Políticos, y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. A su vez, el Convenio n.º 111 de la Organización Internacional del Trabajo prohíbe la discriminación en el ámbito del empleo y la ocupación.

La prohibición de discriminación por razones de edad constituye un elemento fundamental para alcanzar los objetivos establecidos por las directrices sobre el empleo y para fomentar la diversidad en el mismo, se afirma en el considerando 25 de la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre sobre Empleo y Trabajo, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Sin embargo, se añade a continuación: “No obstante, en determinadas circunstancias se pueden justificar diferencias de trato por razones de edad, y requieren por lo tanto disposiciones específicas que pueden variar según la situación de los Estados miembros. Resulta pues esencial distinguir las diferencias de trato justificadas, concretamente por objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado laboral y de la formación profesional, y debe prohibirse la discriminación”.

A este aspecto se refiere el artículo 6 de la Directiva, relativo a la justificación de diferencias de trato por motivos de edad, que autoriza a los Estados miembros a disponer que las diferencias de trato por motivos de edad no constituirán discriminación si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y, claro está, si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios. En este sentido y por lo que aquí interesa, la Directiva expresa que dichas diferencias de trato podrán incluir, en particular: a) el establecimiento de condiciones especiales de acceso al empleo y a la formación profesional, de empleo y de trabajo, incluidas las condiciones de despido y recomendación, para los jóvenes, los trabajadores de mayor edad y los que tengan personas a su cargo, con vistas a favorecer su inserción profesional o garantizar la protección de dichas personas; b) el establecimiento de condiciones mínimas en lo que se refiere a la edad, la experiencia profesional o la

antigüedad en el trabajo para acceder al empleo o a determinadas ventajas vinculadas al mismo.

Entiende esta Institución que el requisito de edad que el decreto-ley aplica responde a estos criterios, en tanto en cuanto establece una condición especial de acceso al empleo interino para trabajadores de mayor edad, tomando en consideración las especiales circunstancias del mercado de trabajo en Andalucía y las actuales restricciones de la oferta de empleo público, por lo que no sería cuestionable.

Resta no obstante, examinar la alegación contenida en alguna de las solicitudes de recurso que plantea la inaplicabilidad de esta Directiva al ámbito de la Función Pública española, por el régimen estatutario de la misma y por las diferencias que ello conlleva con el régimen jurídico laboral. Sin embargo, esta alegación no puede tomarse en consideración porque la propia Directiva en su artículo 3, relativo a su ámbito de aplicación, dispone expresamente que alcanza “a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos”, lo que despeja cualquier duda al respecto.

SEXTO. Todas las consideraciones expresadas conducen a considerar que no existen motivos para la interposición del recurso solicitado, ya que la norma y su justificación formal se adecúan a los preceptos constitucionales sobre los que esta Institución tiene que basar su criterio, en ejercicio de la legitimación que le confiere la Constitución para el inicio de este tipo de acciones.

Sin embargo, al Defensor del Pueblo la Constitución le atribuye también, además de esa legitimación activa para contribuir a la defensa del orden constitucional, la facultad de supervisión de la actividad de la Administración para la garantía de los derechos de los ciudadanos. Y en este orden de actividad, sí resulta necesario efectuar algunas consideraciones adicionales a las hasta aquí efectuadas, con el fin de que la norma examinada sirva al fin que la justifica y no ampare ni prolongue situaciones que pueden resultar discriminatorias y, por lo tanto, contrarias al principio de igualdad en el acceso a funciones y cargos públicos.

En la evolución de la Función Pública, o mejor dicho, en la del empleo público de Andalucía, han sido frecuentes y numerosas las actuaciones normativas y de otra índole tendentes a consolidar situaciones de empleo temporal y precario de origen diverso. Desde el Decreto 264/1989, que regulaba el acceso en las tres primeras ofertas de empleo público en Andalucía, hasta este decreto-ley, las oportunidades que ha tenido el personal funcionario interino y el personal laboral eventual o no fijo, no han sido escasas. Los procesos selectivos correspondientes a las ofertas del período

1990-1992, la oferta de empleo de 1996, los concursos derivados de la disposición transitoria cuarta de la Ley 8/1997, las ofertas de empleo de 2003, 2005 y 2007, hasta la última de 2010, han sido vehículos de la voluntad de la comunidad autónoma de reducir el empleo interino o temporal, facilitando generosamente el acceso al empleo público estable a quienes ya venían ocupando los correspondientes puestos de trabajo.

Esta voluntad es patente en los sucesivos acuerdos generales o sectoriales que se han venido suscribiendo con las organizaciones sindicales y con los representantes de los empleados públicos. Buena muestra de ello son el Acuerdo de estabilidad de 5 de noviembre de 1990 para los funcionarios interinos, ampliado por el Acuerdo de modernización de 26 de junio de 1992 y el Acuerdo de estabilidad para el personal laboral eventual de 5 de noviembre de 1990, hasta el Acuerdo sobre condiciones de trabajo en la Administración General de la Junta de Andalucía de 26 de febrero de 1996.

La estabilidad en el empleo, sea público o privado, es sin duda un objetivo a alcanzar, pero su logro no puede justificar el sacrificio de otros bienes o valores protegibles, que en el caso del acceso a la Función Pública están perfectamente definidos en la Constitución y en el ordenamiento jurídico. La litigiosidad que ha acompañado al desarrollo del concurso general de traslados y a la que alude el preámbulo del decreto-ley 5/2013, no es en este aspecto una novedad.

Ya las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en relación con el Acuerdo de 1996 al que antes se ha hecho referencia y que lo anularon parcialmente, supusieron una llamada de atención respecto de la reprobable voluntad de mantener la estabilidad del personal interino esquivando directa o indirectamente los requisitos de acceso a la Función Pública. Otra severa llamada de atención fue la declaración de inconstitucionalidad por la STC 302/1993 de los apartados 2.2 y 2.3 de la disposición transitoria sexta de la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía, apartados estos introducidos en la misma por las leyes modificativas del Parlamento de Andalucía núms. 6/1988, de 17 de octubre y 7/1988, de 2 de noviembre, y que pretendían integrar sin pruebas selectivas al personal contratado administrativo y al interino.

El personal interino es por definición temporal y el simple hecho de que en 2013 se precise resolver un problema que afecta a interinos que ya prestaban servicio en tal condición en 2005 e incluso años antes, y siguen prestándolos, ya es de por sí revelador de una situación anómala y de una gestión cuestionable de los recursos humanos de la Administración autonómica.

El Estatuto Básico del Empleado Público define a los funcionarios interinos (artículo 10), como aquellos que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera. Uno de los motivos que justifican estos nombramientos es la existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera. Cuando estos nombramientos se producen, la ley dispone que las plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos deben incluirse en la oferta de empleo correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento y, si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decida su amortización.

Si esta prescripción, ya presente en la anterior regulación de la Función Pública, se hubiera cumplido, no sería necesaria la adopción de medidas urgentes y extraordinarias para atender a un colectivo cuyos servicios a la Administración andaluza se han mantenido constantes pese a las sucesivas ofertas de empleo público en los años de existencia de dicha administración.

Podría argüirse que la Ley de la Función Pública Andaluza trata el asunto de una manera diferente al Estatuto Básico del Empleado Público ya que, en su artículo 29, dispone que los funcionarios interinos “podrán ser cesados en cualquier momento por la autoridad que los haya nombrado, y deberán serlo en el momento de la toma de posesión o de la reincorporación del titular ordinario”, precepto que desarrolla el Decreto 2/2002, a tenor del cual el personal interino “cesará en los supuestos de reorganización administrativa, modificación de la relación de puestos de trabajo, desdotación presupuestaria del puesto de trabajo y cuando se publiquen las distintas órdenes de nombramiento de funcionarios de los Cuerpos, Especialidades u opciones de acceso incluidos en la correspondiente Oferta de Empleo Público”.

Del tenor literal del precepto podría querer entenderse que la Administración andaluza está dispensada de la obligación de incluir las plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos en la oferta de empleo correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento y, si no fuera ello posible, en la siguiente, salvo que se decida su amortización. Sin embargo, el carácter básico de la normativa estatal y la competencia exclusiva del Estado en la materia impiden concluir tal cosa.

La disposición final primera del Estatuto Básico del Empleado Público, relativo a la habilitación competencial, afirma que sus disposiciones “se dictan al amparo del artículo 149.1.18.<sup>a</sup> de la Constitución, constituyendo aquéllas bases del régimen estatutario de los funcionarios”; y la disposición final segunda que “las previsiones de

esta Ley son de aplicación a todas las Comunidades Autónomas respetando en todo caso las posiciones singulares en materia de sistema institucional y las competencias exclusivas y compartidas en materia de Función Pública y de autoorganización que les atribuyen los respectivos Estatutos de Autonomía, en el marco de la Constitución”. Además, entender que queda al arbitrio de la Administración incluir o no las vacantes ocupadas por personal interino en las inmediatas ofertas de empleo, y que es posible diferir esa actuación al momento que libremente se decida, implica una desnaturalización de la figura del funcionario interino, cuya esencia es la temporalidad y la caducidad, así como una derogación tácita de los irrenunciables principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la Función Pública, ya que ello posibilitaría -lo que es un riesgo evidente- la configuración de una Función Pública dependiente y clientelar frente a la independiente e inamovible que diseña el orden constitucional.

Las circunstancias actuales del mercado de trabajo en Andalucía y las restricciones impuestas por la crisis para la incorporación de nuevos efectivos a la Administración, entre otras razones, pueden servir para no cuestionar el Decreto-ley 5/2013 ante el Tribunal Constitucional. Pero, como ya se ha mencionado, el decreto-ley no puede contribuir a prolongar indefinidamente la anomalía que supone la permanencia irrestricta de determinado personal funcionario interino al servicio, siempre en tal condición, de la Administración Pública de Andalucía.

Por ello, se ha considerado procedente que, juntamente con esta resolución desestimatoria de las solicitudes de recurso, se formule a la Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía una Recomendación y Recordatorio de Deberes Legales con el fin de que, en cumplimiento de la normativa vigente, se incluyan las plazas dotadas presupuestariamente ocupadas por funcionarios interinos en la próxima Oferta de Empleo Público, que debería incluir la convocatoria de los procesos de consolidación previstos en el Estatuto Básico del Empleado Público, y que se oferten éstas en los concursos de provisión que se convoquen para posibilitar la cobertura ordinaria de las mismas; o, alternativamente, en caso de no ser imprescindible su cobertura, que se acuerde su amortización.

## **Decreto-ley de la Comunidad Autónoma de Andalucía 6/2013, de 2 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la propiedad**

Mediante escrito presentado ante esta institución el día 14 de abril de 2013, un ciudadano solicitó la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra el Decreto-ley de la Comunidad Autónoma de Andalucía 6/2013, de 2 de abril. Estimaba el interesado que esta norma es inconstitucional porque corresponde a las leyes formales, y no a un decreto-ley, la determinación de la función social de la propiedad, por la obligación de facilitar a la Administración datos personales sin su consentimiento, por establecer un recargo en el Impuesto de Bienes Inmuebles (IBI) a las viviendas que la Junta de Andalucía considere deshabitadas y por considerar arbitraria la atribución al Consejo de Gobierno de declarar el interés social y la necesidad de ocupación a efectos de expropiación forzosa temporal del uso de una vivienda. También reputaba inconstitucional la aplicación retroactiva de determinadas reglas.

### ***Fundamento único de la resolución***

En el curso del estudio de la norma de referencia, se tuvo noticia de que el Consejo de Ministros celebrado el 28 de junio de 2013 aprobó un acuerdo por el que se solicitaba al Presidente del Gobierno la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 1, que da nueva redacción a los artículos 1.3 y 53.1.a) de la Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía, así como contra la disposición adicional segunda del Decreto-ley de la Junta de Andalucía 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la propiedad.

Tras el dictamen evacuado por el Consejo de Estado, dicha solicitud se ha traducido en la presentación, en fecha 9 de julio de 2013 en el registro del Tribunal Constitucional, de una demanda de inconstitucionalidad contra los preceptos indicados.

Constituye criterio habitual de esta Institución no ejercitar la legitimación que le confiere el artículo 162.1.a) de la Constitución española, el artículo 32.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, y el artículo 29 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, cuando la acción sea iniciada por cualquiera de los restantes sujetos legitimados para ello.

El rango constitucional de la Institución, su condición de comisionado parlamentario, junto a la autoridad moral de la que gozan sus resoluciones, parecen

aconsejar la inhibición de esta Institución de aquellos procedimientos constitucionales en que su intervención no resulte imprescindible para cumplir adecuadamente su misión de garantizar los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos, como ocurre en el caso que aquí se analiza respecto de dos de los cuatro motivos de inconstitucionalidad alegados por el solicitante de recurso.

La decisión que en su día tome el alto tribunal deberá examinar las tachas de inconstitucionalidad formuladas por el Presidente del Gobierno en su recurso, y podrá extenderse a otros preceptos de la misma norma por conexión o consecuencia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 39 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Además de lo indicado, ha de señalarse que en el día de la fecha, el Tribunal Constitucional ha acordado la suspensión cautelar de la norma, por un período inicial de hasta cinco meses, que había solicitado el Presidente del Gobierno de conformidad con el artículo 161.2 de la Constitución.

En consecuencia, planteadas ya las cuestiones de fondo al Tribunal Constitucional, esta Institución no debe formular pronunciamiento alguno al respecto, sino aguardar a la decisión del alto intérprete de la Constitución.

## **Ley de la Comunidad Autónoma de Aragón 9/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma para el ejercicio 2013**

Mediante escrito que tuvo entrada en esta institución el día 12 de marzo de 2013, el Justicia de Aragón remitió un escrito de la federación de trabajadores de la enseñanza de una organización sindical de Aragón, solicitando del Defensor del Pueblo la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la disposición adicional vigésima quinta de la Ley 9/2012, de 27 de diciembre.

Las alegaciones en las que se fundamentaba la solicitud de recurso recordaban que pocos meses antes, con fecha 18 de julio de 2012, se había alcanzado un acuerdo entre la Mesa Sectorial y el Departamento de Educación, Universidad, Cultura y Deporte, a tenor del cual todos los interinos que trabajasen ininterrumpidamente, tanto en vacante de curso completo como en sustitución que excediera de los 242 días, y su contrato llegase hasta el 30 de junio, cobrarían los meses de verano. A juicio de la solicitante de recurso, la disposición adicional vigésima quinta de la Ley 9/2012 contradice lo acordado y suscrito por las partes, y deja sin efecto el contenido del acuerdo, lo que supone un ataque directo a la libertad sindical, a la negociación colectiva y a la intangibilidad de los convenios.

Con la fundamentación que a continuación se transcribe, se rechazó la interposición de recurso.

### ***Fundamentos de la resolución***

PRIMERO. Dejando aparte las alegaciones relativas al incumplimiento del Estatuto Básico del Empleado Público, que por su carácter de legalidad ordinaria no tienen relevancia directa a efectos de la eventual inconstitucionalidad de la norma, parece conveniente comenzar su examen haciendo mención a las razones justificativas de la misma, las cuales pueden deducirse del preámbulo de la Ley 9/2012, aun cuando en dicho preámbulo no se haga una referencia concreta a la disposición adicional aquí cuestionada.

En el preámbulo antes mencionado, se alude al contexto internacional en el que se enmarca la economía nacional y regional, marcado por un recrudescimiento de las tensiones financieras en el área del euro, el agravamiento de la crisis de deuda soberana y el proceso de consolidación fiscal según las pautas acordadas a escala europea. Se alude, asimismo, al continuado proceso de ajuste y a la obligada disciplina presupuestaria imprescindible para el logro de los objetivos marcados por la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, estando

afectada la comunidad autónoma por la obligación de un cumplimiento estricto del objetivo de estabilidad presupuestaria referido al trienio 2013-2015, fijado por el Consejo de Ministros de 20 de julio de 2012 para el conjunto de comunidades autónomas.

Es en este contexto económico y presupuestario en el que debe situarse la disposición adicional sobre la que se solicita la interposición de recurso, cuya finalidad evidente es contribuir a la contención del gasto limitando la extensión temporal y, por lo tanto, el coste retributivo de los nombramientos efectuados en un colectivo numeroso como es el del personal funcionario interino docente.

SEGUNDO. El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión con cierta frecuencia de pronunciarse sobre el alcance de los derechos de los funcionarios y empleados públicos y la posición que éstos ocupan frente a las reformas normativas. Así, en el reciente Auto 184/2011, se dice que:

“... con respecto a la pretendida afectación a un derecho adquirido de los funcionarios y empleados públicos indicamos que «conviene recordar al respecto que, como advertimos en la STC 99/1987, de 11 de junio, FJ 6.a), resulta inapropiado el intento de aplicar la controvertida teoría de los derechos adquiridos en el ámbito estatutario, toda vez que en el campo de la relación funcional, el funcionario adquiere y tiene derechos subjetivos que la ley ha de respetar... Pero una cosa es o son esos derechos y otra la pretensión de que aparezcan como inmodificables en su contenido concreto. El funcionario que ingresa al servicio de la Administración Pública se coloca en una situación jurídica objetiva, definida legal y reglamentariamente y, por ello, modificable por uno u otro instrumento normativo de acuerdo con los principios de reserva de ley y de legalidad, sin que, consecuentemente, pueda exigir que la situación estatutaria quede congelada en los términos en que se hallaba regulada al tiempo de su ingreso..., porque ello se integra en las determinaciones unilaterales lícitas del legislador, al margen de la voluntad de quien entra al servicio de la Administración, quien, al hacerlo, acepta el régimen que configura la relación estatutaria funcional (art. 103.3 CE).”

Por otra parte, la articulación del principio de igualdad en el ámbito, entre otros, del empleo público, tiene características propias en las que el margen de actuación del legislador es notablemente más amplio que en otros ámbitos. Como se recuerda en el ATC 113/1996:

“Desde la STC 7/1984, este Tribunal ha venido sosteniendo que la igualdad o desigualdad entre estructuras que son creación del Derecho cuales son los cuerpos y hay que entender las situaciones funcionariales, de existir, es el resultado de la definición que aquel haga de ellas, esto es, de su configuración jurídica que puede quedar delimitada por la presencia de muy diversos factores.

La discriminación, de existir, únicamente devendrá de la aplicación por el legislador o la Administración de criterios de diferenciación no objetivos ni generales, disfrutando, además, de un amplio margen de actuación a la hora de consolidar, modificar o completar sus estructuras y de concretar o configurar organizativamente el status del personal a su servicio (SSTC 50/1986, 57/1990, 293/1993, 9/1995)”.

Hay que partir, pues, en este tipo de asuntos, de la toma en consideración del amplio margen de acción del que dispone el legislador para consolidar, modificar o completar las estructuras administrativas que son creación del derecho, y el que, asimismo, tiene la Administración Pública para organizar sus servicios.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, como el Tribunal Constitucional ha señalado en numerosas ocasiones, “el campo de aplicación del derecho al trabajo en la Función Pública está regulado en el artículo 103.3 de la Constitución y no en el 35”, añadiendo a continuación que “el derecho al trabajo constitucionalmente protegido no garantiza en modo alguno el derecho a que dicho trabajo se desarrolle en determinadas condiciones, con ausencia de limitaciones, sino que garantiza simplemente que el legislador, en el ámbito de la Función Pública, no va a imponer requisitos o condiciones que no respondan a intereses públicos” (SSTC 178/1989 y 42/1990, entre otras).

TERCERO. En este caso, como ocurría en el caso tratado en el ATC 85/2010, se estima afectado por el precepto legal cuestionado el derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 CE), que forma parte del contenido del derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE). Dijo al respecto entonces el Tribunal:

“... como hemos señalado en la STC 210/1990, en un supuesto que, en cuanto a la identificación de los derechos afectados, presenta evidentes similitudes con el que ahora nos ocupa, el derecho específico a tener en cuenta dada la duda de constitucional suscitada, referida al alcance y valor normativo del convenio colectivo, es el artículo 37.1 CE que reconoce el derecho a la negociación colectiva. Sólo si se reconociera la «afectación» en los términos

constitucionales del artículo 86.1 CE de ese derecho podría llegar a plantearse si además ello supone una «afectación» al derecho a la libertad sindical, toda vez que la alegada «afectación» de aquél es presupuesto para poder considerar la posible «afectación» de éste (FJ2).

El derecho a la negociación colectiva se reconoce en el artículo 37.1 CE, precepto ubicado en la sección segunda, que lleva por rúbrica «De los derechos y deberes de los ciudadanos»; del capítulo II, intitulado «Derechos y libertades», del Título primero de la Constitución, que tiene por denominación «De los derechos y deberes fundamentales». Dispone aquel precepto que «[L]a ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios». No obstante el doble mandato que el tenor del artículo 37.1 CE dirige a la ley de garantizar el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios colectivos, este Tribunal ha declarado que esa facultad que poseen los representantes de los trabajadores y empresarios (art. 37.1 CE) de regular sus intereses recíprocos mediante la negociación colectiva «es una facultad no derivada de la ley, sino propia que encuentra expresión jurídica en el texto constitucional», así como que la fuerza vinculante de los convenios «emana de la Constitución, que garantiza con carácter vinculante los convenios, al tiempo que ordena garantizarla de manera imperativa al legislador ordinario» (STC 58/1985, de 30 de abril, FJ 3)».

Entiende esta Institución que el precepto de la norma aquí examinada -ya sea lo relativo a la extensión del nombramiento de los interinos docentes o lo referido al cumplimiento de los convenios, acuerdos o pactos- no afecta al contenido esencial del derecho constitucional a la negociación colectiva ni cuestiona la intangibilidad o inalterabilidad de ésta. Conviene recordar que en el caso tratado por el auto antes parcialmente transcrito se modificaba lo pactado en el convenio colectivo vigente de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, y el propio órgano jurisdiccional que planteó la cuestión de inconstitucionalidad que dio lugar al pronunciamiento contenido en dicho auto aceptaba en su planteamiento que el convenio colectivo pudiera ser modificado durante su vigencia por otro convenio y asimismo su suspensión, modificación e incluso supresión, durante su vigencia, mediante ley, cuando concurriesen circunstancias que pudieran justificarlo.

Al respecto, el Tribunal en el fundamento jurídico 8 del Auto 85/2011 decía literalmente lo siguiente:

“Los preceptos legales cuestionados, en la redacción que les ha dado el artículo 1 del Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, no regulan el régimen general del derecho a la negociación colectiva reconocido en el artículo 37.1 CE, ni nada disponen sobre la fuerza vinculante de los convenios colectivos en general, ni, en particular, sobre los directamente por aquellos concernidos, que mantienen la fuerza vinculante propia de este tipo de fuente, derivada de su posición en el sistema de fuentes.

Para el órgano judicial promotor de la cuestión de inconstitucionalidad, sin embargo, los preceptos cuestionados «afectan» al derecho a la negociación colectiva en la medida en que afectan a la intangibilidad del convenio colectivo que es elemento o contenido esencial de aquel derecho. Abstracción hecha de que la intangibilidad o inalterabilidad no puede identificarse, ni, en consecuencia, confundirse, como se hace en el auto de planteamiento de la cuestión, con la fuerza vinculante del convenio colectivo, lo cierto es que, como ya ha tenido ocasión de declarar este Tribunal, del artículo 37.1 CE no emana ni deriva la supuesta intangibilidad o inalterabilidad del convenio colectivo frente a la norma legal, incluso aunque se trate de una norma sobrevenida (STC 210/1990, de 20 de diciembre, FFJJ 2 y 3), insistiendo el Tribunal en el contexto de esta declaración, en que, en virtud del principio de jerarquía normativa, es el convenio colectivo el que debe respetar y someterse no sólo a la ley formal, sino, más genéricamente, a las normas de mayor rango jerárquico y no al contrario (ibídem; en el mismo sentido, SSTC 177/1988, de 10 de octubre, FJ 4; 171/1989, de 19 de octubre, FJ 2; 92/1994, de 21 de marzo, FJ 2; y 62/2001, de 1 de marzo, FJ 3; ATC 34/2005, de 31 de enero, FJ 5).

Así pues, los preceptos legales cuestionados no suponen una «afectación», en el sentido constitucional del término, del derecho a la negociación colectiva reconocido en el artículo 37.1 CE, en cuanto ni regulan el régimen general de dicho derecho, ni la intangibilidad del convenio colectivo se configura como uno de sus elementos esenciales, por lo que no han franqueado el límite material que al decreto-ley le impone el artículo 86.1 CE de no afectar a los derechos, deberes y libertades del título I CE”.

La doctrina expuesta es aplicable, entiende esta Institución, al presente caso, en el que causas de interés general y circunstancias excepcionales justifican, a juicio del legislador de Aragón, que queden sin efecto los acuerdos y convenios en aquellos aspectos en los que su aplicación haría inviable el logro de las finalidades previstas de contención del déficit y reducción del gasto público.

CUARTO. Si bien desde el punto de vista de la constitucionalidad la norma no parece cuestionable, surgen más dudas respecto de la conveniencia práctica de la adopción de una norma de este carácter, al menos en algunos supuestos. Si el nombramiento del personal funcionario interino abarca el período lectivo comprendido desde el primer día de curso hasta el 30 de junio, y en esta última fecha, y en todo caso, se procede al cese de este personal, se producirá inevitablemente el efecto de desajuste en las plantillas de los centros docentes para atender a las actividades que los centros realizan hasta el comienzo del siguiente curso escolar, incluida aquí la celebración de evaluaciones y exámenes, la configuración de horarios y la preparación del curso inmediatamente siguiente. Frente a estos inconvenientes, la norma sólo se justifica en el escaso ahorro que pueden suponer las nóminas de este personal durante dos mensualidades, ahorro éste que en el conjunto de los gastos de personal de la Administración autonómica no parece en absoluto relevante.

No obstante, y como ya se ha mencionado, estas consideraciones no influyen en lo que se refiere a la suficiencia de fundamentos para la interposición del recurso solicitado.

## **Ley de la Comunidad Autónoma de Canarias 10/2012, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma para 2013**

Mediante diversos escritos se solicitó del Defensor del Pueblo la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la disposición adicional quincuagésima séptima de la Ley 10/2012, de 29 de diciembre.

Por su parte, el Diputado del Común del Parlamento de Canarias, receptor de quejas en relación con esta misma norma, solicitó de esta Institución, mediante escrito de fecha 1 de marzo de 2013, la interposición del recurso, remitiendo informe al respecto, en el que se fundamenta tal solicitud, en los términos a los que se hará referencia más adelante.

El precepto de la ley, contra el que se solicitaba la interposición del recurso, determinaba la reducción de la jornada de trabajo de los funcionarios interinos y del personal laboral indefinido y temporal del ámbito de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Canarias durante el ejercicio 2013.

### ***Fundamentos de la resolución***

PRIMERO. De las alegaciones antes reseñadas, hay que excluir la mencionada en primer lugar relativa a la posible infracción del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, por cuanto carece de relevancia constitucional al estar referida a un precepto de la legislación ordinaria. Tal alegación puede ser utilizada en un proceso jurisdiccional ordinario, y tal parece que así ha sido, planteado contra las instrucciones de 10 de enero de 2013 dictadas por la Dirección General de la Función Pública de la Consejería de Presidencia, Justicia e Igualdad del Gobierno de Canarias para la aplicación de la disposición adicional cuestionada y mediante las cuales se ha modificado la jornada y horario, así como las retribuciones, del personal afectado a partir del 14 de enero pasado. Sin embargo, tal alegación carece de entidad para la eventual interposición de un recurso de inconstitucionalidad que es lo que se solicita de esta Institución constitucional.

Por otro lado, tampoco se tomará en consideración la alegación relativa a la exclusividad del Estado en materia de legislación laboral, ya que esta Institución viene sosteniendo desde el inicio de su actividad que las cuestiones competenciales deben ser planteadas y defendidas por los sujetos legitimados titulares de la competencia, sin que le corresponda al Defensor del Pueblo intervenir ni pronunciarse respecto de tales cuestiones. Por último, tampoco parece posible tomar en consideración la alegación sobre el posible fraude de ley en el que incurriría la disposición adicional cuestionada,

ya que tal infracción cabría aplicarla a los actos aplicativos de la norma y no a la norma misma puesto que difícilmente una norma de rango legal puede incurrir en el vicio alegado.

SEGUNDO. Entrando ya en el examen de la alegación relativa al principio de igualdad conviene precisar el alcance de la norma objeto de la solicitud de recurso. En dicha norma se dispone la reducción en un 20% de la jornada de trabajo con efectos en las retribuciones para el personal interino, temporal e indefinido no fijo de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias, lo que se considera contrario al artículo 14 de la Constitución por desigualdad de trato que supone entre el personal interino y temporal al que afecta la medida y el personal funcionario de carrera y laboral fijo al que no se impone esa reducción de del 20% y, asimismo, respecto del personal temporal excluido de su aplicación.

Ahora bien, la norma precisa que su vigencia es temporal, circunscribiéndose al “ejercicio presupuestario de 2013”, su aplicación también se circunscribe a las administraciones, organismos y entidades de derecho público “con presupuesto limitativo” y se justifica en razones de “contención del gasto público” y en la finalidad de “mantener el empleo público”. Se trata pues de una medida de carácter temporal y excepcional a través de la cual se pretende contribuir al objetivo de contención del déficit público al que están obligadas las comunidades autónomas por aplicación de la normativa estatal, siendo prueba de ello que la propia norma autoriza al Consejo de Gobierno para minorar o, incluso, dejar sin efecto la medida –debe sobreentenderse- si las condiciones presupuestarias lo permiten.

Por otra parte, la medida provisional de reducción de jornada y retribuciones recae sobre parte del personal con vínculo temporal y no sobre el que lo tiene permanente. Ese diferente vínculo es significativo ya que implica y revela el distinto grado de necesidad con el que la Administración precisa de la actividad de uno y otro tipo de personal. En un caso se trata de necesidades constantes y permanentes, imprescindibles para el ejercicio de las funciones encomendadas. En el otro, la temporalidad del vínculo apunta al carácter coyuntural de la necesidad, ya sea por el objeto de la actividad o por la organización interna de la propia Administración que genera, en no pocas ocasiones y por distintas causas, vacantes cuya cobertura provisional se considera conveniente. Se trata, pues, de posiciones jurídicas en origen diferentes cuya comparación desde el punto de vista de la igualdad por sí misma no resulta relevante.

Al respecto, debe recordarse el Auto 113/1996, de 29 de abril (que hace referencia a un caso de trato retributivo distinto hacia un mismo grupo de funcionarios),

en el que Tribunal Constitucional pone en valor la libertad de opción del legislador, así como el imprescindible respeto a la capacidad de autoorganización que corresponde a la Administración Pública, pronunciándose en los siguientes términos:

“Desde la STC 7/1984, este Tribunal ha venido sosteniendo que la igualdad o desigualdad entre estructuras que son creación del Derecho, cuales son los cuerpos y hay que entender las situaciones funcionariales, de existir, es el resultado de la definición que aquél haga de ellas, esto es, de su configuración jurídica que puede quedar delimitada por la presencia de muy diversos factores.

La discriminación, de existir, únicamente devendrá de la aplicación por el legislador o la Administración de criterios de diferenciación no objetivos ni generales, disfrutando, además, de un amplio margen de actuación a la hora de consolidar, modificar o completar sus estructuras y de concretar o configurar organizativamente el status del personal a su servicio (SSTC 50/1986, 57/1990, 293/1993, 9/1995)”.

De acuerdo con esta doctrina parece admisible que el legislador, en el marco de la excepcional y grave situación económica actual, pueda adoptar medidas más o menos excepcionales como la aquí examinada con la evidente finalidad de restringir el gasto público. El amplio margen de acción del que dispone el legislador para consolidar, modificar o completar las estructuras administrativas que son creación del derecho, y el que asimismo tiene la Administración Pública para organizar sus servicios posibilita la adopción de medidas de este carácter. Más aún, si, como ocurre en el presente caso, la medida cuestionada tiene un carácter excepcional y temporal siendo únicamente de aplicación hasta la finalización del ejercicio 2013, y pudiendo ser minorada o eliminada si se cumplen ciertos requisitos de contención del déficit, minoración de deuda y recuperación de ingresos.

Además, se debe recordar que el funcionario que ingresa en la Función Pública adquiere y detenta derechos subjetivos que la ley tiene que respetar, sin que pueda esperar que sus derechos queden congelados en los términos en los que se encontraban en el momento de su ingreso. Sobre este asunto se ha pronunciado extensamente el Tribunal Constitucional, manifestando:

“El funcionario que ingresa al servicio de la Administración Pública se coloca en una situación jurídica objetiva, definida legal y reglamentariamente y, por ello, modificable por uno u otro instrumento normativo, de acuerdo con los principios de reserva de ley y de legalidad, sin que, consecuentemente, pueda exigir que

la situación estatutaria quede congelada en los términos en que se hallaba regulada al tiempo de su ingreso, o que se mantenga la situación administrativa que se está disfrutando o bien, en fin, que el derecho a pensión, causado por el funcionario, no pueda ser incompatibilizado por ley, en orden a su disfrute por sus beneficiarios, en atención a razonables y justificadas circunstancias, porque ello se integra en las determinaciones unilaterales lícitas del legislador, al margen de la voluntad de quien entra al servicio de la Administración, quien, al hacerlo, acepta el régimen que configura la relación estatutaria funcional (art. 103.3 CE) (STC 99/1987, FJ 6)”.

En este orden de cosas, es necesario recordar que el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado sobre la concreta cuestión de la reducción del salario en el ámbito del empleo público en varios pronunciamientos recientes, y relativos a restricciones más severas que la aquí tratada en las que la minoración salarial no se compensaba con la proporcional reducción de jornada:

Así, por ejemplo, en el ATC 35/2012 y con mención a la doctrina ya antes expresada, se afirma:

“Ya se descartó en el ATC 179/2011 que el Real Decreto-ley (...) haya producido una expropiación de derechos económicos de los empleados públicos que contravenga lo dispuesto en el artículo 33.3 CE, porque «la reducción de retribuciones impuesta por el artículo 1 del Real Decreto-ley (...) afecta a derechos económicos aún no devengados por corresponder a mensualidades en las que aún no se ha prestado el servicio público y, en consecuencia, no se encuentran incorporados al patrimonio del funcionario, por lo que no cabe hablar de derechos adquiridos de los que los funcionarios hayan sido privados sin indemnización (art. 33.3 CE), ni de una regulación que afecta retroactivamente a derechos ya nacidos. Por la misma razón... ha de descartarse que la reducción de retribuciones impuesta... quiebre el principio de protección de la confianza legítima, en cuanto manifestación del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE)»”.

Entiende esta Institución que la aplicación de la doctrina jurisprudencial hasta aquí expuesta permite concluir que la medida establecida por la disposición adicional quincuagésima séptima de la Ley 10/2012, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2013, no es inconstitucional desde la perspectiva del principio de igualdad proclamado por el artículo 14 de la Constitución, ni del 23.2 de la misma que aplica específicamente tal principio al ámbito del acceso y permanencia de los ciudadanos a funciones y cargos públicos.

Aparte de lo ya dicho antes sobre la consecuencia del carácter permanente o temporal del vínculo jurídico del personal con la Administración, tampoco parece que el principio de igualdad quede afectado por las exclusiones que la norma prevé en su ámbito de aplicación respecto de determinados empleados públicos con vínculo no fijo, por cuanto tales exclusiones pueden justificarse por la trascendencia de las tareas encomendadas a quienes se excluye y en la inconveniencia de que reduzcan su jornada para atender a las funciones públicas encomendadas. Dentro de su libertad de opción para configurar el servicio público el legislador ha estimado que el personal al servicio de la Administración de Justicia, el personal docente no universitario, el que presta servicio en gerencias y centros de salud del Servicio Canario de Salud y en Hemodonación y Hemoterapia, debían mantener íntegra su jornada laboral para atender a los servicios que prestan cuya naturaleza esencial los diferencia, en el criterio del legislador, de los restantes. Ese hecho diferencial vinculado a las características del servicio prestado impide fundamentar el juicio de igualdad en la comparación de las consecuencias de la norma para unos y otros, siendo el término preciso de comparación el trato que se da a quienes están en iguales condiciones, que es donde la norma no distingue.

TERCERO. Por último, se alega también que el artículo 15.1 de la Ley 3/2012, es contrario al artículo 10.2 de la Constitución en relación con el 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como a la cláusula cuarta de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio, sobre el trabajo de duración determinada.

Al respecto hay que estar a lo que dispone el Tribunal Constitucional sobre el canon de constitucionalidad bajo el que deben examinarse las leyes, canon establecido, entre otras, en la Sentencia 28/1991, de 14 de febrero, en la que se afirma que “ningún tratado internacional recibe del artículo 96.1 CE más que la consideración de norma que, dotada de la fuerza pasiva que el precepto le otorga, forma parte del ordenamiento interno; de manera que la supuesta contradicción de los tratados por las leyes o por otras disposiciones normativas posteriores no es cuestión que afecte a la constitucionalidad de éstas y que, por tanto, deba ser resuelto por el Tribunal Constitucional (STC 49/1988, fundamento jurídico 14, in fine), sino que, como puro problema de selección del derecho aplicable al caso concreto, su resolución corresponde a los órganos judiciales en los litigios de que conozcan. En suma, la eventual infracción de la legislación comunitaria europea por leyes o normas estatales o autonómicas posteriores no convierte en litigio constitucional lo que sólo es un conflicto de normas infraconstitucionales que ha de resolverse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria”.

Es cierto, sin embargo, que el vigente Estatuto Básico del Empleado Público prosigue la larga tradición en la progresiva equiparación del personal funcionario y laboral, cuyas diferencias en su régimen jurídico desde la jurisprudencia se viene justificando en aras a no apreciar trato discriminatorio en tanto que éste sea razonable y justificado, entendiéndose por esta instancia objetiva y razonablemente justificado el trato distinto de ambos colectivos en base a la distinta naturaleza del vínculo, a su distinto régimen y a la distinta posición que respecto a unos y otros tiene la Administración.

Esta línea de equiparación ha tenido su traslación en la paulatina equiparación, dentro de cada uno de los colectivos citados (funcionarios, laborales o estatutarios), en lo que se refiere al carácter permanente o no de la vinculación, es decir, por un lado los funcionarios o estatutarios de carrera o fijos frente a funcionarios interinos o estatutarios temporales, y por otro los laborales fijos frente a los laborales temporales (e incluso laborales indefinidos no fijos).

Este tratamiento igualitario tiene como marco de referencia y reconocimiento la Directiva antes citada 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada y en el Acuerdo Marco sobre la misma cuestión anexo a dicha Directiva, que ha tenido un amplio reflejo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la que se viene a eliminar la discriminación existente en el ámbito retributivo tanto en el sector del empleo público como en el privado.

No obstante, el Tribunal Constitucional ha mantenido una línea dubitativa a este respecto, pues si bien reconoce el valor de las resoluciones del Tribunal Europeo, por otro lado, y como se ha mencionado, no considera canon de constitucionalidad el Derecho Comunitario, lo que ha dado lugar, en ocasiones, a mantener la legitimidad de la diferenciación entre funcionario de carrera e interinos. En este sentido cabe destacar los Autos 112/2008, de 14 de abril y el 63/1996, de 12 de marzo, e incluso la STC 137/2009, de 15 de junio que, aunque referida a otros ámbitos distintos del retributivo, viene a legitimar el distinto criterio del legislador respecto a la distinta vinculación temporal.

Todo lo anterior, unido al carácter temporal de la medida de reducción de jornada y retribuciones del personal afectado señalado en la ley y su conexión con la restricción del gasto impuesto a la Administración autonómica, llevan a considerar que la misma es constitucionalmente legítima y que no procede, en consecuencia, la interposición del recurso de inconstitucionalidad solicitado.

### **Decreto-ley de la Comunidad Autónoma de Cataluña 5/2012, de 18 de diciembre, del impuesto sobre los depósitos en entidades de crédito**

Un ciudadano a título particular solicitó del Defensor del Pueblo la interposición de recursos de inconstitucionalidad contra el artículo 19 de la Ley 16/2012, de 27 de diciembre, y contra el Decreto-ley de Cataluña 5/2012, de 18 de diciembre. Alegaba el compareciente la falta de respeto al sistema competencial establecido en la Constitución y en los Estatutos de autonomía de la norma que crea el impuesto sobre los depósitos en las entidades de crédito y enerva su tributación con la cuota 0.

Al haberse dictado por esta institución resolución conjunta para estas dos disposiciones legales, se reproduce aquí únicamente el texto íntegro que se refiere al real decreto-ley. La resolución puede consultarse en la secuencia correspondiente a la Ley estatal 16/2012, de 27 de diciembre, en este mismo anexo.

#### ***Fundamento de la resolución***

“En primer término respecto a la solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad contra el Decreto-ley de Cataluña 5/2012, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre depósitos en las entidades de crédito, hay que señalar que ha sido objeto de impugnación por el Presidente del Gobierno ante el Tribunal Constitucional. La Providencia de dicho Tribunal de 15 de enero de 2013 ha admitido a trámite el recurso con el número 7279-2012, en la que a su vez acuerda la suspensión de su vigencia y aplicación desde el día 28 de diciembre de 2012, por lo que esta Institución no se va a pronunciar sobre esta cuestión. El motivo de esta decisión radica en que son idénticos los planteamientos efectuados para solicitar la impugnación y los alegados ante el Tribunal Constitucional”.

**Ley de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears 3/2013, de 17 de julio, de modificación de la Ley 6/2006, de 12 de abril, balear de caza y pesca fluvial**

Mediante escrito que tuvo entrada en esta Institución el día 23 de agosto de 2013, un ciudadano, en representación de una asociación balear de entidades de caza, solicitó la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de las Illes Balears 3/2013, de 17 de julio, de modificación de la Ley 6/2006, de 12 de abril, balear de caza y pesca fluvial. La resolución denegatoria se fundamentó en las consideraciones siguientes:

***Fundamentos de la resolución***

PRIMERO. Ante todo, han de quedar directamente desestimados los fundamentos jurídicos que la solicitud aduce en forma manifiestamente improcedente o que carecen de relevancia constitucional. El fundamento segundo, referido a que “no se ha realizado, como ejemplo, el trámite de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, en su artículo 24.1.c): Del procedimiento de elaboración de los reglamentos”, no es aplicable al procedimiento de elaboración de las disposiciones con rango de ley ni, sobre todo, tiene alcance constitucional.

No obstante, y centrado el examen de la solicitud en los aspectos de constitucionalidad, que son los únicos que aquí pueden ser tenidos en cuenta, cabe adelantar que los peticionarios hacen un análisis de la Ley 3/2013 apenas referido directamente a la Constitución, pues las referencias a ella o son directa y claramente no aceptables, o su relación con alguna de las reglas constitucionales no queda claramente establecida en el escrito de solicitud. El análisis de los solicitantes queda mucho más cerca de la oportunidad legislativa de la solución dada por el legislador balear que de la constitucionalidad, lo cual difícilmente puede conducir a esta Institución a estimar la petición.

En efecto, el argumento principal, si no el único, o al menos del que derivarían prácticamente todos los demás, es que la modificación operada por la Ley 3/2013 viene a imponer obligatoriamente que todo cazador es deportista de la caza, sin cazadores no deportistas, o que toda actividad de caza es deporte. De darse tal equiparación, lo cual se discutirá a continuación, sólo sería inconstitucional a juicio de esta Institución si resultara arbitraria, con vulneración del artículo 9 CE en su apartado 3. Como se verá, las demás referencias a la Constitución no pueden servir, en este caso, de canon de verificación de si la Ley 3/2013, o de algunos de sus preceptos, se ajusta o no a la Constitución.

SEGUNDO. La solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad viene fundamentada en que, según los solicitantes, la Constitución española reconocería claramente en su artículo 148.1 que la caza y el deporte son dos materias totalmente distintas, pues su apartado 11ª se refiere a la caza, o sea a la acción de cazar (buscar o perseguir animales para cobrarlos o matarlos) mientras que su apartado 19ª se refiere al deporte (actividad física ejercida como juego o competición cuya práctica supone entrenamiento y sujeción a normas). A su vez, el Estatuto de Autonomía también reconoce que caza y deporte son materias distintas. Por su parte, la Ley 3/2013 trataría la caza como deporte y a los cazadores como deportistas, a sus entidades asociativas como asociaciones deportivas, y a las modalidades de caza como modalidades deportivas. La asociación por el contrario sostiene que la caza no es, o no es necesariamente, un deporte. Con la Ley 3/2013 se identificaría caza con deporte, sin distinción, o sea, no podría cazarse sin practicar un deporte.

La premisa básica de los solicitantes es la presunta identificación por la Ley 3/2013 entre caza y deporte, o sea que toda acción de cazar sería ejercicio deportivo. Lógicamente la proposición opuesta es cierta y no es objeto de discusión, toda acción deportiva de cazar es caza. Y la primera conclusión, siquiera provisional y un tanto trivial, es que a todos los cazadores se les aplica la Ley de Caza y a todos los cazadores que cacen como deporte se les aplica también la Ley del Deporte.

La cuestión crucial es entonces si con la nueva ley todo cazador es necesariamente deportista, y la respuesta en este nivel inicial del análisis no puede ser afirmativa, o sea de la Ley 3/2013 no puede deducirse que todo cazador sea necesariamente deportista, porque de una disciplina jurídica no puede deducirse la intención, emoción o finalidad buscada por las personas para realizar una actividad de su elección. Sin embargo, esto no sería suficiente para desestimar el argumento.

Ha de partirse de la definición de caza contenida en la Ley: “Actividad deportiva y de ocio...”, y también ha de partirse en que esta definición es “para la aplicación de la presente ley”, o sea, no es una definición de finalidad gramatical ni otra finalidad extrajurídica. También ha de partirse de la definición de cazador: “Quien practica la caza y reúne todos los requisitos legalmente exigidos al efecto; el derecho a cazar corresponde a personas mayores de 14 años que, habiendo acreditado la aptitud y el conocimiento precisos, estén en posesión de la licencia de caza de las Illes Balears o equivalente”. En estas definiciones no hay mención al carácter exclusivo de la caza como deporte ni menos aún a los cazadores como deportistas.

Entre los derechos del cazador están, además de ejercer la caza en las condiciones “establecidas en esta ley y en el ordenamiento jurídico”, el de “integrarse o

constituir libremente asociaciones para el ejercicio de la caza”. Entre los requisitos para el ejercicio de la caza en las Illes Balears se encuentra que el cazador debe estar en posesión de, entre otros documentos, una “licencia de caza válida y vigente, de conformidad con las determinaciones de esta ley”. Tampoco aquí hay menciones al carácter deportivo.

El examen de la Ley 3/2013 podría continuar en términos equivalentes. No es hasta el número 19 de su artículo primero cuando se encuentra una mención a lo deportivo: En el artículo 55 de la Ley balear de caza y pesca fluvial de 2006 se modifica el punto 3: se refiere a las “entidades colaboradoras, asociaciones de caza y sociedades de cazadores”, donde a la Federación Balear de Caza y a las asociaciones de cazadores se les da el carácter de entidades colaboradoras con la consejería competente en materia de caza, en materias de gestión cinegética, conservación de las especies de caza y de fomento de la formación y las buenas prácticas cinegéticas.

Más adelante también se alude a que “pueden ser habilitados, para colaborar [los] celadores privados de caza, celadores federativos de caza, así como cualquier otro personal de vigilancia de caza y protección de la naturaleza ... Estos celadores no tienen la condición de agentes de autoridad...”.

Lo decisivo ciertamente -la caza en las leyes de Illes Balears, como en la ley estatal de 1970- es tratado como una actividad compleja, en la que confluyen aspectos de preservación, enriquecimiento del medio, económicos, científicos e industriales y, sin duda alguna, también deportivos. Ello hace que la caza sea objeto de una ley específica, singular y propia cuyo contenido no forma parte de una “ley del deporte”, aunque haya una conexión entre caza y deporte, conexión nada anormal ni menos inconstitucional, hasta ha de considerarse una conexión necesaria, pues muchos cazadores –quizá la mayoría- la practican actualmente considerándola como una práctica deportiva.

En la caza se dan muy variados aspectos: defensa del medio, riqueza forestal, fauna, agricultura, cultura, deporte, etc., que no pueden ser desconocidos; al contrario, han de ser contemplados, como los solicitantes aducen y con toda corrección a nuestro juicio. Pero para los solicitantes, los cazadores, al ser considerados como deportistas, y las sociedades de caza como clubes deportivos, son tratados de modo desigual frente a los digamos “meros deportistas”, ya que sus fines, objetivos y actividades y funciones son distintos de los intereses deportivos. Los solicitantes parece que pretenden ser tratados a veces de modo desigual frente a los deportistas y a veces en forma igual, y sus sociedades de cazadores ser tratadas a veces de modo distinto y otras idéntico de los clubes deportivos. Esta Institución no encuentra que

sean tratados de modo totalmente igual. Una lectura atenta de la Ley balear de caza y pesca fluvial muestra que es así: la configuración de la caza como actividad singular y como derecho de las personas, derecho sujeto a licencia, que se ejerce sobre un terreno y susceptible de tráfico jurídico, con regulación de las especies cinegéticas y de las piezas, de los espacios cinegéticos y de los cotos de caza, demuestra que esta actividad sometida a planificación y ordenación públicas no es la propia de un deportista. Las sociedades de cazadores no son necesariamente clubes deportivos. En suma, los diversos aspectos que ofrece la caza en una ley ad hoc excluye que la caza esté siendo abordada sólo y exclusivamente como un deporte en la Ley 3/2013.

La ley dice que caza es una 'actividad deportiva y de ocio'. Una cosa son los cazadores (identificados por la licencia de caza expedida por la Administración conforme a la Ley de caza, obligatoria para practicarla), y otra son los deportistas (con licencia deportiva), y de aquí no puede deducirse que el legislador infrinja la Constitución si decide reunir en la misma persona ambas cualidades, a los meros efectos de la "administración" de la caza, y no a efectos emocionales o de convicciones personales o de preferencias en el disfrute del ocio.

No se pervierte la caza por equipararla en ocasiones al deporte, y no a todos los efectos; ni por ello se "minimiza" la pura acción de cazar. La caza es básicamente un aprovechamiento de un recurso natural, no todos hemos de tomarla personalmente como deporte, pero las circunstancias sociales y culturales pueden aconsejar su tratamiento administrativo unificado a ciertos efectos y diversificado a otros. Nada de esto haría que la actividad deportiva de cazar sea la "mínima expresión de la caza" ni que ésta se degrade ni se promocióne; ni sobre todo hay causa de inconstitucionalidad.

Sin duda alguna la cinegética está regulada como un elemento de conservación de hábitats y especies si los recursos naturales se aprovechan de forma sostenible, pero también es cierto que no todas las personas admitirían que la caza sea "un arte", incluso aunque lo digan las leyes. En la experiencia de esta Institución por las quejas recibidas, hay personas que consideran que la caza es una actividad que debería poco menos que quedar abolida. No por ello puede esta Institución juzgar si estamos ante un arte o ante una práctica condenable, no es función del Defensor del Pueblo, y menos en un juicio de constitucionalidad como el presente, entrar en estas cuestiones.

Lo que sí puede afirmarse es que la Constitución no impide al legislador que considere en ocasiones la caza como una actividad deportiva. La Constitución no prohíbe que la Administración encuentre colaboración en instancias deportivas y con

arreglo a cánones deportivos, para la gestión aparejada, la formación de los cazadores, y algunas otras acciones concomitantes; difícilmente todas ellas pueden considerarse deportivas, ni todas las actividades deportivas son “competitivas”. La vigilancia de la caza por los agentes ambientales, la redacción y aprobación de los planes técnicos de caza, la recuperación de hábitats, no tienen carácter directamente deportivo. Si deporte es, según el DRAE, una actividad física ejercida como juego o competición, entonces puede haber deporte como mero juego o diversión, y no siempre ha de haber competición. Virtualmente todos los deportes pueden ser practicados fuera del ámbito de la competición, no siempre habrá “dos o más” deportistas o equipos compitiendo entre ellos por un premio final. Pero si los cazadores en una jornada de caza salen al campo bajo unas normas de la Ley de Caza (cupos, etc.) para recrearse y evadirse de los problemas cotidianos, empujados por un instinto atávico de contacto con la naturaleza, entonces más allá de las preferencias personales en cuanto a emociones, identificación subjetiva y convicciones, el legislador puede, sin infringir la Constitución, adoptar la disciplina deportiva como esquema de regulación de algunos aspectos de la caza.

Dos materias diferentes, como la caza y el deporte, pueden ser reunidas en un tratamiento uniforme, y no por ello dejan de ser materias distintas. Aunque los cazadores se identifiquen por tener una licencia de caza que les da derecho a su ejercicio, practicado bajo una ley de caza, entonces puede tener sentido decir que además sea tratada como una actividad deportiva, no siempre ni necesariamente. Estamos dentro del umbral de las decisiones del legislador, y estas decisiones caben dentro de la Constitución, y aquí no se discute su mayor o menor oportunidad.

No es cierto pues que con la Ley 3/2013 todo el mundo de la caza quede relegado al deporte. Ni hay por tanto causa de inconstitucionalidad.

TERCERO. Sentado lo anterior, y confrontado con los argumentos de la asociación solicitante, las conclusiones de esta Institución son prácticamente directas.

Sobre la nueva redacción del artículo 21.5.b): Zonas de seguridad, los solicitantes no alegan de forma convincente para esta Institución por qué entra en colisión “sobre la responsabilidad del titular del aprovechamiento cinegético recogidas en la propia Ley de Caza”. Claro que el titular de una edificación o de parcelas es o puede ser diferente del de un aprovechamiento cinegético. Pero ese precepto no dice que la caza en esas zonas no consista en un aprovechamiento cinegético, ni que, por tanto, quede exento de las reglas aplicables a esos aprovechamientos.

Acerca de la disposición adicional quinta de la Ley 3/2013, no parece a esta Institución que haya un indebido trato no igualitario entre todos los cazadores, pues sólo se aplican bonificaciones a quienes se federan en una entidad deportiva, y es evidente que no es lo mismo un cazador federado que otro que no lo es. No se favorece la afiliación federativa, sino que no se perjudica la no afiliación; la afiliación deportiva lleva consigo costes y no es ilógico que se bonifique a quienes los asumen, en una labor por las asociaciones deportivas que tiene carácter de colaboración con la Administración, como ya se vio. Las funciones de las entidades deportivas no se circunscriben exclusivamente a la práctica de las especialidades deportivas, sino que colaboran en la administración de la caza, lo dice la misma ley. Es una función que guarda cierto parecido con la colegiación profesional, también de base asociativa privada.

El deporte no es una actividad neutra que la Constitución no proteja ni fomente, al contrario (artículo 43.3). No es cierto que la Ley 3/2013 induzca a los cazadores a convertirse en deportistas, ni que haga imposible a las asociaciones de cazadores constituidas bajo la Ley Orgánica 1/2002 alcanzar sus finalidades; si no quedan en igualdad de oportunidades que las asociaciones constituidas bajo la Ley del Deporte es porque caza y deporte no son lo mismo. Acerca de que la condición de federado habilite para “matar más en menos tiempo”, queda injustificado en la solicitud; también la caza deportiva es una práctica limitada, no toda práctica deportiva es competitiva ni las competiciones son desorganizadas ni absolutamente libres ni carentes de límites o planificación, ni implican (no pueden implicar) desprecio a la gestión debida o al aprovechamiento sostenible de los recursos naturales.

Las federaciones siguen siendo en la Ley 3/2013 asociaciones en las que no es obligatorio inscribirse, salvo para la práctica del deporte. Una posible bonificación de hasta el 50% de la tasa de la licencia de caza a los federados viene a reconocer que la organización de la práctica deportiva, su administración, que acarrea costes, ha de poder verse compensada, y esto no es desfavorecer a los no deportistas, ni por tanto es inconstitucional

**Decreto-Ley de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears 5/2013, de 6 de septiembre, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en relación con la implantación, para el curso 2013-2014, del sistema de tratamiento integrado de las lenguas en los centros docentes no universitarios de las Illes Balears**

Se recibieron en la Institución numerosas solicitudes de interposición de recurso de inconstitucionalidad contra el Decreto-ley 5/2013, de 6 de septiembre, con una argumentación común en prácticamente todas ellas, relativa a la inexistencia del presupuesto habilitante de extraordinaria urgencia y necesidad que requiere la aprobación de este tipo de normas. Asimismo, se cuestionaba en muchos de estos escritos la conveniencia de implantar el sistema establecido por el Decreto 15/2013, de tratamiento integrado de lenguas en el sistema educativo de las Illes Balears en el curso 2013-2014, así como la insuficiente participación de los Consejos Escolares de los centros educativos en la elaboración de los proyectos lingüísticos que debe aprobar cada uno de ellos.

Con fecha 4 de diciembre de 2013, un grupo de 50 Senadores del Grupo Parlamentario Socialista, en ejercicio de la legitimación conferida, interpuso recurso de inconstitucionalidad frente a ese mismo Decreto-ley 5/2013. Con la fundamentación que a continuación se transcribe, se rechazó la interposición de recurso.

***Fundamento único de la resolución***

Desde el comienzo de sus actividades y sin perjuicio de su libertad de acción en cada supuesto planteado, el Defensor del Pueblo, de acuerdo con la Junta de Coordinación y Régimen Interior, ha venido manteniendo el criterio general de no ejercitar la legitimación que le confiere el artículo 162.1.a) de la Constitución española, el artículo 32.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, y el artículo 29 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, cuando la acción sea iniciada por cualquiera de los restantes sujetos legitimados para ello. Asimismo, es criterio de la Institución no iniciar procesos de inconstitucionalidad cuando los planteamientos de las mismas tengan por objeto cuestiones relativas a la defensa del orden competencial derivado de la Constitución y los Estatutos de Autonomía.

Estos criterios, al margen de evidentes razones de economía procesal, tienen relación directa con la preservación de la neutralidad política que debe caracterizar la actuación del Defensor del Pueblo. El rango constitucional de la Institución, su carácter de comisionado parlamentario y la autoridad moral de la que gozan sus resoluciones, parecen aconsejar la inhibición del Defensor del Pueblo, en cualquier pugna procesal

en la que su intervención no resulte imprescindible para cumplir adecuadamente su misión de garantizar los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos.

De acuerdo con estos criterios, si como consecuencia de haberse iniciado la acción por cualquier otro sujeto legitimado el Tribunal Constitucional va a pronunciarse sobre las cuestiones sometidas a la consideración del Defensor del Pueblo, se estima conveniente reservar su presencia en este tipo de procesos para aquellos supuestos en los que, de no intervenir, no habría pronunciamiento alguno sobre normas de constitucionalidad cuestionada.

A ello ha de añadirse que cuando el debate sobre la legitimidad constitucional de una norma o precepto se circunscribe a la defensa del orden competencial, entiende la Institución que quienes son titulares de las competencias supuestamente afectadas y tienen legitimidad para iniciar acciones en su defensa son los que deben actuar. Solamente en el supuesto de que la eventual inacción de los presuntos titulares de la competencia pudiera suponer un riesgo para el legítimo y pleno ejercicio de los ciudadanos, de los derechos y libertades que la Constitución les reconoce, procedería la actuación, digámoslo así, subsidiaria del Defensor del Pueblo, mediante el recurso de inconstitucionalidad contra la norma competencial que pudiera producir tal efecto.

En el presente caso, las diversas cuestiones sometidas a la consideración del Defensor del Pueblo para el ejercicio de su legitimación para la interposición de recurso de inconstitucionalidad, han sido ya planteadas ante el Tribunal Constitucional por los sujetos legitimados que se han mencionado en los antecedentes, dando lugar con ello a que el Tribunal resuelva la compatibilidad del Decreto-ley 5/2013, de 6 de septiembre, con los preceptos constitucionales alegados, por lo que se considera procedente, de acuerdo con los criterios de actuación expresados, abstenerse de intervenir estando a lo que el Tribunal diga en su momento cuando dicte la sentencia que resuelva el recurso planteado.

Ello no obsta para dejar aquí constancia de la preocupación que suscita a esta Institución la frecuencia con la que últimamente se viene recurriendo a la figura del decreto-ley, tanto por parte del Estado como de las comunidades autónomas. Bien sea para afrontar situaciones concretas que se consideran extraordinarias o bien para aplicar medidas inmediatas que se califican de urgentes, prolifera el uso de los decretos-ley, lo que implica eludir la tramitación parlamentaria de los textos normativos y perder el sosiego y la ponderación de los intereses en presencia que conlleva el debate de los proyectos legislativos. Más aún preocupa el uso de la facultad

extraordinaria de dictar decretos-ley cuando su contenido es materialmente reglamentario, con lo que, por elevación de rango, la regulación que contienen queda excluida del control de los tribunales ordinarios de justicia a los que normalmente correspondería su examen si no fuera por su inclusión en una norma con fuerza de ley.

Es cierto que la Constitución y también los Estatutos de Autonomía reconocen a los gobiernos esta facultad cuando se dan los presupuestos de extraordinaria urgencia y necesidad a los que su ejercicio debe someterse. También es cierto que la Constitución no establece reservas reglamentarias que impidan incluir en estas normas excepcionales regulaciones propias de instrumentos infralegales. Pero no hay que perder de vista el carácter excepcional con el que el Ejecutivo puede invadir las competencias propias del legislador y ponderar con mucha cautela y justificar con solvencia las situaciones en las que cabe recurrir a la legislación de urgencia y, más aún, si se emplea para regular materias no reservadas a la ley sobre las que el Ejecutivo podría incidir sin hacer uso de su prerrogativa excepcional y sin minorar las facultades de control de los Tribunales de Justicia.

Al respecto, como se ha mencionado en los antecedentes, el decreto-ley cuestionado va a ser objeto de examen por parte del Tribunal Constitucional, que tendrá con ello ocasión de valorar si en el presente caso se cumplen los requisitos que justifican el empleo de esta facultad, tomando en consideración las circunstancias concurrentes y las razones alegadas por el ejecutivo autonómico para abordar la regulación que el mismo contiene.

## **Ley de la Comunidad de Madrid 5/2012, de 20 de diciembre, de viviendas rurales sostenibles**

Mediante escrito presentado en esta institución el día 15 de marzo de 2013, la interesada, en representación de empleados de la Comunidad de Madrid, solicitó la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 5/2012, de 20 de diciembre. Los solicitantes formulaban la petición en su condición de técnicos y especialistas en las materias sobre las que tiene incidencia la disposición legal, que posibilita la construcción de viviendas en suelo rural.

### ***Fundamentos de la resolución***

PRIMERO. A) En cuanto a la posible inconstitucionalidad de la Ley 5/2012 por incumplir el texto refundido estatal de 2008 de la Ley del Suelo (en adelante LS 2008), y aunque los solicitantes no lo expresan, es evidente que se refieren a que la inconstitucionalidad derivaría de haber vulnerado el legislador autonómico las previsiones legislativas dictadas por el Estado en virtud de los títulos competenciales constitucionales plasmados en la disposición final primera LS 2008, es decir para determinar las condiciones básicas de la igualdad en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los correspondientes deberes constitucionales, de las bases del régimen de las administraciones públicas, de la planificación general de la actividad económica y de protección del medio ambiente (artículo 149.1.1ª, 13ª, 18ª y 23ª de la Constitución), respecto del artículo 10.1 y artículo 13 apartados 1, 2, 3 letra a) párrafo primero LS 2008.

Los preceptos de la ley autonómica que vulnerarían la Constitución serían entonces:

- I. Sobre la utilización del suelo rural: artículos 1 y 2 y la letra B del anexo.
- II. Sobre la urbanización del suelo rural: artículo 2.2 y determinado aspecto del preámbulo de la Ley 5/2012.
- III. Sobre el suelo susceptible de transformarse en urbanizado: la letra A y los números 1 y 2 de la letra B del anexo.

I. Sobre la utilización del suelo rural los solicitantes concluyen de la comparación de ambas legislaciones estatal y autonómica que en el suelo rural preservado de transformación mediante urbanización (en la legislación autonómica corresponde a suelo no urbanizable protegido) que la Ley 5/2012, al prevalecer sobre cualquier normativa o planeamiento que incida sobre un territorio, determina que el uso de vivienda sea siempre compatible en ese suelo, con carácter general e

independientemente de su vinculación a la utilización racional de los recursos naturales, contra la LS 2008 estatal. La excepcionalidad a que se refiere la ley estatal, prosigue la solicitud, para la implantación de usos no vinculados a la utilización racional de los recursos naturales, implica reconocer su interés público o social por su contribución a la ordenación y el desarrollo rurales o porque hayan de emplazarse en el medio rural. Para los solicitantes, ninguna de estas circunstancias queda justificada en la Ley 5/2012, únicamente considera la prevalencia del régimen de usos establecido por la legislación sectorial en el suelo protegido en que se prohíba expresamente el uso residencial; frente a la ley estatal, que exige para la autorización de usos en suelo protegido por leyes sectoriales, que éstas lo permitan expresamente.

A juicio de esta Institución la LS 2008 determina:

- Que el suelo rural se utilizará de conformidad con su naturaleza (naturaleza rural), por tanto se admite -no sin límites, sino según las leyes y la ordenación territorial y urbanística- el uso residencial si es de conformidad con lo agrícola, ganadero, forestal, cinegético o cualquier otro uso vinculado a la utilización racional de los recursos naturales.

- Excepción: caben en suelo rural actos y usos específicos de interés público o social no conformes con su naturaleza rural por su contribución a la ordenación y el desarrollo rurales o porque hayan de emplazarse en el medio rural.

- Salvedad: La utilización de terrenos con valores ambientales, culturales, históricos, arqueológicos, científicos y paisajísticos protegidos, queda siempre sometida a su preservación; sólo se admite la alteración de su estado natural mediante ley que expresamente lo autorice.

La determinación estatal del segundo guión no sería aquí necesariamente aplicable si estamos tratando de vivienda rural sostenible; y la del tercer guión vendría apoyada precisamente en la Ley 5/2012, que no permite implantar viviendas rurales sostenibles en todo suelo no sujeto a protección sectorial, salvo que esa protección (“cuando su régimen jurídico”) no prohíba el uso residencial.

El argumento de los solicitantes no carece de fundamento, pero cabe una interpretación de la Ley 5/2012 conforme con la Constitución, vale decir en este caso con la legislación básica estatal. Sin duda es preciso que para la efectividad de ésta la administración urbanística y ambiental no utilice interpretaciones de la Ley 5/2012 disconformes con la LS 2008. Sería, por ejemplo, ilegal que se autorizaran en suelo rural viviendas disconformes con lo agrícola, ganadero, forestal, cinegético o que facilitaran o toleraran una utilización no racional de los recursos naturales.

No hay razones para deducir que este riesgo quede conjurado mediante un procedimiento de otorgamiento de licencia -basado en el reconocimiento directo del derecho a edificar del artículo 4 de la misma Ley 5/2012- consistente simplemente en la tramitación de una solicitud que será autorizada por el ayuntamiento “en caso de no existir impedimento” y con un régimen de silencio positivo en los términos del proyecto de obras, sin información pública ni difusión que permita al público contrastar si tal proyecto de obras es conforme con lo rural y sirve a la utilización racional de los recursos naturales (artículo 7 Ley 5/2012). Es decir, el legislador podría estar propiciando sin control suficiente una interpretación de la Ley 5/2012 disconforme con la legislación estatal, por tanto bordeando la constitucionalidad.

II. Sobre la urbanización del suelo rural, los solicitantes argumentan que la Ley 5/2012 no prohíbe las obras de urbanización requeridas por el uso residencial, solo exime a la administración de financiarlas. A juicio de esta Institución, la Ley autonómica va más allá, pues viene a reconocer la posibilidad de urbanizar el suelo rural. El artículo 2.2 no sólo dice que las Administraciones no están obligadas a invertir en obras de urbanización, sino que viene a reconocer la necesidad no sólo de suministros (agua, energía eléctrica, gas, telefonía) sino además de servicios típicamente urbanos (transporte, accesos, equipamientos dotacionales, infraestructuras y ‘prestaciones de servicios propios del medio urbano’). Esto no lo subvierte que el preámbulo de la Ley 5/2012 diga que las viviendas rurales “no deben confundirse con las urbanizaciones tradicionales conocidas hasta ahora, que requieren unas actuaciones urbanizadoras más exigentes y costosas”. La urbanización ‘tradicional’ no es urbanización porque sea más o menos exigente y costosa, sino porque transforma el suelo rural en urbano.

La LS 2008, como viene siendo desde hace décadas en la legislación del suelo, proscribía taxativamente, con toda lógica incluida la lógica constitucional, el paso de la situación de suelo rural a la de suelo urbanizado, mediante la urbanización; y como la tendencia es clara, se prohíbe la especulación y se impone preservar el suelo rural de la urbanización, es decir se impone que siga siendo rural.

De nuevo estamos por tanto ante una determinación en la ley autonómica que, no subrepticamente sino manifiestamente, podría estar reconociendo la posibilidad de que mediante el ejercicio del derecho a edificar de su artículo 4 se tramite una solicitud, autorizable por el Ayuntamiento “de no existir impedimento” y sin información pública, con régimen de silencio positivo, sobre un proyecto de obras que puede contener no sólo las de suministro (de agua, energía eléctrica, gas, telefonía), sino también las de infraestructuras de transporte, accesos y dotaciones propias del medio urbano; aunque, eso sí, tales obras no serán financiadas por los poderes públicos.

Ciertamente, esto no tiene por qué ser idéntico a la urbanización tradicional, pero es o puede ser una urbanización, incluso en suelo rural especialmente protegido, si bien será una urbanización 'no tradicional'; y aunque sea "menos exigente y costosa", el hecho es que transformará el suelo no urbano en urbano, sin contraste por el público de si tal proyecto es conforme con lo rural y sirve a la utilización racional de los recursos naturales. De nuevo el legislador autonómico podría estar permitiendo sin control suficiente una interpretación de la Ley 5/2012 disconforme con la legislación estatal, y de nuevo por tanto bordeando la constitucionalidad.

III. Sobre el suelo susceptible de transformarse en urbanizado, los solicitantes alegan que esta clase de suelo es la que corresponde a la de 'suelo urbanizable no sectorizado' (Ley 9/2001, del Suelo de la Comunidad de Madrid). No es del todo inexacta la denominación utilizada en la solicitud para describir lo que la LS-2008 en su artículo 13.3 refiere como suelo incluido en el ámbito de una actuación de urbanización, pero cuanto queda dicho en los anteriores apartados I y II no valdría sin más para este supuesto, ya que la Ley 5/2012 estaría permitiendo aquí usos propios del medio urbano en suelo urbanizable, ciertamente incluido en un ámbito de actuación urbanística, quizá no sectorizada, pero que es sin embargo un ámbito urbanizable, no es suelo rural. Estaríamos más bien ante una suerte de ámbito urbanizable que se urbanizaría (a) de forma asistemática o unifamiliar y (b) con destino a viviendas rurales sostenibles. Podríamos decir que estamos ante 'urbanizaciones singulares rurales'.

No encuentra esta Institución inconveniente a esta figura, de por sí. Pero la Ley 5/2012 no contiene garantía alguna expresa de que la urbanización vaya a cumplir lo que pide la legislación urbanística desde hace décadas (y ahora pide la LS 2008): que esté aprobado un instrumento de ordenación, que cuando concluyan las obras urbanizadoras de conformidad con ese instrumento hayan quedado cumplidos los deberes urbanísticos, incluso que haya recepción de las obras por la Administración. No hay en el Anexo de la Ley 5/2012 sobre Condiciones de las viviendas rurales sostenibles, ni tampoco en el articulado, mención alguna que sirva para entender que estas 'urbanizaciones singulares rurales' vayan a conformar un entorno ordenado, es decir que este suelo resulte a la postre un suelo urbanizable 'desectorizado', en realidad desordenado. Y esta posibilidad, no imaginable porque es la posibilidad de ejercer individualmente el derecho a edificar sin plan alguno de detalle, está expresamente excluida por la ley básica estatal: La ordenación territorial y la urbanística es función pública, sirve para organizar el territorio de acuerdo con el interés general, la potestad de ordenación debe ser motivada y debe expresar los intereses generales a que sirve (artículo 3.1 LS 2008). A su vez, la Ley 5/2012 debería garantizar la dirección y el control por las Administraciones Públicas del proceso

urbanístico, en sus fases de ocupación, urbanización, construcción o edificación y utilización del suelo; la participación de la comunidad en las plusvalías generadas por esa acción de los entes públicos; y el derecho a la información de los ciudadanos y de las entidades representativas de los intereses afectados por los procesos urbanísticos, así como la participación ciudadana en la ordenación y gestión urbanísticas (artículo 3.2 LS 2008). Nada de esto queda expresamente reflejado en la Ley 5/2012.

La nueva Ley vendría entonces a romper el sistema de la propia legislación madrileña sobre el suelo. La Ley 9/2001 de la Asamblea de Madrid establece que la utilización del suelo y su transformación mediante la urbanización, sea ésta 'tradicional' o no, y la edificación y construcción en general son reguladas por la ordenación urbanística (artículo 2). Entre sus fines de ordenación urbanística está la preservación de las características de los espacios naturales protegidos y del suelo excluido del proceso urbanizador (artículo 3). La idea de 'orden' es inherente al uso del suelo, de modo que es contradictorio con un sistema de normas cuyo objetivo es el orden que una ley especial y prevalente propicie el desorden. Por muy rurales que sean, las viviendas necesitan servicios y unas mínimas dotaciones para que resulten verdaderamente sostenibles. Volveremos sobre estos aspectos más adelante.

B) Un argumento de la solicitud directamente relacionado con lo anterior es el 5º, acerca de que la Ley incumpliría el Real Decreto-ley 8/2011, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios y otras medidas, argumento referido al sentido positivo del silencio administrativo establecido en la Ley 5/2012. El artículo 23 del RD-ley establece la regla del silencio negativo en los procedimientos de autorización para los actos de transformación, construcción, edificación y uso del suelo consistente en obras de edificación, construcción e implantación de instalaciones de nueva planta; es decir, si no hay acto administrativo expreso de autorización que sea preceptivo según la legislación urbanística, entonces la solicitud se entiende desestimada. Ésta es una regla básica en virtud de las competencias estatales 1ª y 18ª del artículo 149.1 de la Constitución, es decir sobre la regulación de las condiciones básicas de la igualdad en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los correspondientes deberes constitucionales y sobre las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas y el procedimiento administrativo común (letra d del apartado 1 de la disposición final primera del RD-ley 8/2011). Por el contrario, la regulación del silencio en la Ley de Viviendas Rurales Sostenibles es la del silencio positivo, por tanto, vulneraría un precepto estatal básico y, por tanto, sería inconstitucional. A su vez, el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, del Procedimiento Administrativo Común (modificado por Ley 4/1999), también es básico: "los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario". De

forma que la regla general es la del silencio positivo, con la salvedad indicada, pero ésta es la que contiene el artículo 23 del RD-ley 8/2011, conforme al cual no pueden entenderse otorgadas por silencio administrativo las licencias para construir viviendas rurales sostenibles, como pretende el artículo 7 de la Ley 5/2012. El Defensor del Pueblo habría de estimar este argumento.

SEGUNDO. A) De todo lo expuesto en el FUNDAMENTO anterior se deduce que los motivos 2º y 3º de la solicitud no están infundados. En efecto, la Ley 5/2012 puede interpretarse directamente de modo que prevalezca sobre la legislación estatal antes citada, y prescinde de procedimientos y garantías aptos para el cumplimiento, muy especialmente, de la Ley 27/2006, de los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente. A juicio de esta Institución, con la Ley 5/2012 pueden fácilmente quedar mermados los derechos de acceso a la información y de participación pública en materia de medio ambiente, materia que incluye el suelo. Esto es así porque la Ley 5/2012 no obliga expresamente en el procedimiento de su artículo 7 a que el Ayuntamiento dé conocimiento y permita a los vecinos y ciudadanos en general acceder a la información y participar en un procedimiento que puede acabar en la autorización de obras, propias del medio urbano, sea en suelo rural sea en suelo urbanizable, en éste sin garantía de que vaya a conformarse un entorno ‘rural sostenible’ bien ordenado y con una posible tendencia al desorden.

No es preciso tratar aquí la referencia en la solicitud a que la Ley de la Comunidad de Madrid no puede prevalecer sobre leyes estatales que regulan materias de su competencia. La Ley 5/2012 sin duda afecta o puede afectar a materias tales como aguas, infraestructuras estatales, pero no puede entrar en colisión -sólo por una mención genérica en esa ley a que “prevalece”- con la legislación estatal en materias de competencia exclusiva del Estado. En otras materias, la legislación autonómica debe respetar la normativa estatal básica. Por tanto, sobre una genérica referencia a que La Ley 5/2012 “prevalecerá sobre cualquier normativa o planeamiento que incida sobre el mismo ámbito material” es preferible examinar punto por punto qué incidencia tiene en la normativa estatal, como ya se ha hecho respecto de la LS 2008, donde el contraste no ha sido francamente positivo.

También hay que examinar si ese “prevalecerá” busca no sólo lo que no puede obtener (sobreponerse a las leyes estatales de aplicación plena o básica), sino además sobreponerse a las mismas leyes autonómicas que incidan sobre “el mismo ámbito material”, pues podríamos entonces estar ante una especie de derogación singular de un sistema de normas sólo por motivo de permitir viviendas rurales sostenibles, lo que parece desproporcionado. El legislador autonómico no podría sin

más, con un articulado escueto, desmontar un conjunto normativo que forma un sistema, es decir, un todo estructurado, con el posible resultado de desarticularlo.

B) Algo similar cabe decir acerca del motivo 8º de la solicitud, sobre que la ley incumpliría el Real Decreto 1997/1995, de medidas para contribuir a garantizar la biodiversidad mediante la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres (Directiva Hábitats). Que la Ley de Viviendas Rurales Sostenibles no establezca los mecanismos de prevención legalmente exigidos no quiere decir que los excluya, además no puede excluirlos. Dicho de otro modo, en el procedimiento del artículo 7 el Ayuntamiento ha de tener muy presente que ante las exigencias del Real Decreto 1997/1995 y de la Directiva Hábitats puede muy bien haber un “caso de existir impedimento” y por tanto habría de denegar la licencia.

Igualmente puede compartirse la preocupación, pero no que ello conduzca inexorablemente a la inconstitucionalidad de la Ley 5/2012, por que ésta incumpliría la Ley 42/2007, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad. Es cierto que la Ley autonómica no integra las previsiones necesarias para la conservación del patrimonio natural ni la protección de la biodiversidad, ni para su valoración. Tampoco hay en ella ni siquiera modulaciones respecto de que la construcción de viviendas rurales “sostenibles” conduzca a una posible perturbación de recursos hídricos (en cantidad, calidad y régimen de flujo superficial y subterráneo), alteración o transformación de los paisajes, pérdida de biodiversidad, alteración o pérdida de hábitats y ecosistemas, incremento de especies exóticas invasoras, fragmentación de hábitats, entre otros muchos; ni nada dice la Ley 5/2012 sobre la restauración de la integridad de los ecosistemas. Pero también es cierto que la Ley 5/2012 no excluye nada de esto. Desde luego, la pretensión de que la ley “prevalecerá” sobre cualquier otra disposición, y el diseño del procedimiento del artículo 7 a cargo del Ayuntamiento -que puede serlo de un municipio eminentemente rural, pequeño y, por tanto, no dotado de medios sobrados-, son determinaciones legales que dan que pensar. Esta Institución comparte con los solicitantes que la Ley 5/2012 “siembra incertidumbre” sobre la aplicación de la Ley 42/2007 y que una aplicación incorrecta de la Ley 5/2012 impediría la consecución de los objetivos de aquella. Juicios parecidos cabría hacer sobre la cooperación y colaboración en materia de conservación, la planificación de los recursos y espacios naturales (es clara la posibilidad de una utilización desordenada de los recursos). Sin duda queda en entredicho el alcance de los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales, aunque sólo sea porque según el artículo 2 de la Ley 5/2012, esta “tiene carácter especial y prevalecerá sobre cualquier normativa o planeamiento que incida sobre el mismo ámbito material”. En suma, y sobre las demás cuestiones planteadas por los solicitantes en el apartado 9º de su escrito, las medidas de conservación de la Red Natura 2000 y otras áreas protegidas por instrumentos internacionales, etc., no

parece a esta Institución que la Ley 5/2012 contenga las previsiones adecuadas, y que el régimen de silencio positivo (artículo 7) vendría a agravar, así como el régimen de la disposición adicional primera, según la cual todos los informes exigidos por la Ley 5/2012 que tengan que ser evacuados por la Comunidad de Madrid (la gran mayoría en estos casos) deberán emitirse en el plazo máximo de un mes desde la recepción de la solicitud, y si transcurre el plazo con falta del informe entonces ello no impedirá la continuación del procedimiento.

En realidad, con la Ley 5/2012 quedaría en entredicho todo planeamiento, porque la esencia de esta ley es prescindir de la ordenación, de la previsión sistemática, de la prospectiva, en suma del plan. Volveremos sobre esto después.

C) Puede entenderse menor el riesgo de vulneración de la legislación citada en los motivos 12º y 13º (posible incumplimiento de las estatales Ley 5/2007, de la Red de Parques Nacionales, y de la Ley 43/2003, de Montes), precisamente por su carácter de leyes estatales, sin embargo su ejecución es eminentemente autonómica. Por las razones ya dichas, es cierto que, por ejemplo, no hay modo de evitar pensar en el riesgo a la afección a la Sierra del Guadarrama, con propuesta de Parque Nacional. Parecido es el caso de la falta de garantía expresa en la Ley 5/2012 de la protección y conservación de los montes y su función social. En estas y en las anteriores cuestiones, y al hilo de las observaciones de los solicitantes, parece claro que no por calificarlas de “sostenibles” las viviendas lo serán realmente.

D) Más patente es la cuestión relacionada en el motivo 9º de la solicitud, sobre que la Ley 5/2012 incumpliría la Ley estatal 22/2011, de Residuos y Suelos Contaminados, que atribuye a los entes locales en su artículo 12 el servicio obligatorio de recogida, transporte y, al menos, eliminación de residuos urbanos; y para los de más de 5.000 habitantes impone la obligación de implantar sistemas de recogida selectiva que posibilitem el reciclado y otras formas de valorización; además, infringiría el sistema implantado en la Ley 5/2003, de Residuos de la Comunidad de Madrid (artículo 5, en línea con lo dicho) y el Plan Regional de Residuos Urbanos (2006-2016). No es ilógico pensarlo así porque, como se ha visto ya, la autorización de viviendas rurales sostenibles puede resultar insostenible si acaba en entornos cuasiurbanos o simplemente urbanos donde el propietario no puede exigir a la Administración ningún tipo de inversión relacionada con la recogida de basuras, sin que el Ayuntamiento no haya encontrado por el contrario ningún “impedimento” para otorgar la licencia. Los solicitantes aducen con razón que la Ley 5/2012 no contiene previsión alguna respecto de una situación agravada por la dispersión de focos de residuos que por naturaleza carecen de accesos adecuados para los vehículos de recogida.

TERCERO. La solicitud aduce y razona extensamente que la Ley de Vivienda Rural Sostenible contradice y atenta contra la estrategia de desarrollo sostenible en medio rural contenida en la Ley 45/2007, para el desarrollo sostenible en el medio rural, porque:

- Contra la estrategia estatal, la Ley 5/2012 supone añadir carga a las infraestructuras y servicios, ya deficitarios en las áreas rurales.

- La construcción de viviendas aisladas en entornos rurales pondría en grave peligro el frágil equilibrio ecológico de nuestros espacios naturales y entraría en contradicción con los objetivos y principios de protección ambiental, que dan prevalencia a ésta sobre la ocupación del territorio.

- No incorpora la ley el principio de precaución, en unas intervenciones con una alta incidencia sobre el medio, que pueden afectar a espacios naturales y especies silvestres.

A juicio de esta Institución, estas alegaciones son excesivamente genéricas. No resultan infundadas, pues de la Ley 5/2012 se deduce que en efecto el legislador autonómico ha preferido directamente establecer un régimen nuevo, “prevalente” sobre cualquier otro, escueto y con apariencia de querer derogar un sistema urbanístico-ambiental, más que engarzar o insertar en la trama normativa existente (trama que es internacional, supranacional, estatal, autonómica y municipal) un régimen dotado de los mecanismos que, con la sencillez y agilidad buscadas, sin embargo no rompan la trama. Pero, estas apreciaciones sólo pueden resultar en un juicio sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una disposición con rango de ley si no son genéricas ni meramente opinables, han de ser más bien concluyentes y consistentes, contundentes si se quiere.

Tampoco cabe juzgarse la constitucionalidad de la Ley 5/2012 con una alusión tan abstracta como la del motivo 10º, sobre las deficiencias e imprecisiones de su exposición de motivos, que carece de carácter normativo; ni el contenido normativo de la ley puede juzgarse en forma genérica.

Igualmente genérico es el motivo 14º y último de la solicitud, a saber: que la Ley 5/2012 incumpliría la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, concretamente sus artículos 4 y 5, ya que no habría apreciación de la necesidad, proporcionalidad, seguridad jurídica y transparencia, ni se justifica el interés general ni que los plasmados en la ley autonómica sean los instrumentos más adecuados para garantizar

la consecución de los objetivos de la Ley 2/2011. Los solicitantes sostienen que no se constata que no haya otras medidas menos distorsionantes que permitan obtener el mismo resultado; las medidas de la Ley 5/2012 no serían coherentes con el ordenamiento básico ambiental y urbanístico; la ley además no indica los instrumentos de análisis utilizados ni sus resultados respecto de los efectos de la aplicación de los artículos citados de esa ley. Esta Institución vuelve a encontrar aquí, más allá de los problemas sobre la posible inconstitucionalidad de la ley autonómica, que el análisis de la necesidad, proporcionalidad, seguridad jurídica y transparencia de esta y de sus concretos preceptos, sólo puede concluirse tras un análisis no genérico y mediante un canon de verificación menos abstracto que el de los artículos 4 y 5 de la Ley 2/2011.

De lo plasmado hasta aquí se deduce lo siguiente:

1º. Con la Ley 5/2012 seguirá siendo ilegal autorizar en suelo rural viviendas disconformes con lo agrícola, ganadero, forestal, cinegético o que facilitarían o tolerarían una utilización no racional de los recursos naturales, por disconforme con la LS 2008.

2º. El procedimiento de otorgamiento de licencia, sin información pública ni difusión al público (artículo 7 Ley 5/2012) no permitiría un mínimo control suficiente del uso en suelo rural.

3º. La Ley autonómica reconocería la posibilidad de urbanizar el suelo rural al reconocer la necesidad de suministros (agua, energía eléctrica, gas, telefonía) y además de servicios típicamente urbanos (transporte, accesos, equipamientos dotacionales, infraestructuras y prestaciones de servicios propios del medio urbano), contra la LS 2008 y como viene siendo en la legislación del suelo desde 1956.

4º. En suelo urbanizable la Ley 5/2012 permitiría usos propios del medio urbano, en ámbitos urbanizables que se urbanizarían de forma asistemática o unifamiliar, o 'urbanizaciones singulares rurales', sin plan de ordenación y sin garantía expresa de que en la urbanización vayan a quedar cumplidos los deberes urbanísticos, que ni siquiera se señalan ni especifican. Este suelo sería así urbanizable 'desectorizado', desordenado porque la ley autonómica reconoce la posibilidad de ejercer individualmente el derecho a edificar sin plan alguno de detalle, contra la regla básica estatal de que la función urbanística sea pública y sirva para organizar el territorio de acuerdo con el interés general, de forma motivada y expresiva de los intereses generales (artículo 3.1 LS 2008), sin dirección ni control por las administraciones públicas del proceso urbanístico, en sus fases de ocupación, urbanización, construcción o edificación y utilización del suelo; sin participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción municipal de otorgar la licencia y sin información ni participación ciudadana en la ordenación y gestión (artículo 3.2 LS 2008).

5º. La nueva ley permitiría, con carácter especial y prevalente sobre cualquier otra ley o plan, la utilización del suelo y su transformación mediante la urbanización ‘no tradicional’ y la edificación sin ordenación, y con viviendas unifamiliares aisladas, rurales, sin garantía alguna de servicios ni de dotaciones mínimas para que resulten verdaderamente sostenibles.

6º. La Ley 5/2012 infringiría el artículo 23 del Real Decreto-ley 8/2011, básico (competencias estatales 1ª y 18ª del artículo 149.1 de la Constitución), al establecer la regla del silencio positivo (artículo 7 de la Ley 5/2012).

7º. Que la Ley 5/2012 “prevalecerá sobre cualquier normativa o planeamiento que incida sobre el mismo ámbito material” significaría entonces que se sobrepone, por lo menos, a las leyes autonómicas que incidan sobre “el mismo ámbito material”, en una derogación singular del sistema para permitir viviendas rurales sostenibles unifamiliares.

8º. Quedarían entonces sin eficacia todos los planes urbanísticos y territoriales de la Región de Madrid que impidan o modulen la posibilidad de edificar y urbanizar si en determinado suelo hay derecho a edificar conforme al artículo 4 de la Ley 5/2012. Incluidos los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales.

9º. La Ley 5/2012 vulneraría la Ley estatal 22/2011, de Residuos y Suelos Contaminados, porque la autorización de viviendas rurales sostenibles no permite exigir a la Administración ningún tipo de inversión relacionada con la recogida de basuras, ni contiene exigencia expresa al respecto que recaiga en el propietario, con la consiguiente situación de dispersión de focos de residuos que por naturaleza carecen de accesos adecuados para los vehículos de recogida.

A lo cual hay que sumar ahora:

10º. Que la definición de vivienda rural sostenible se limita a esto: edificación unifamiliar aislada destinada a residencia de su titular, sin modificación de la rasante natural, con el menor impacto visual posible, de altura máxima de la edificación a alero de 3,5 metros. La superficie máxima de ocupación es de 1,5 por 100 de la unidad. Los materiales serán tales que produzcan el menor impacto y que favorezcan la integración en el entorno inmediato y en el paisaje. Las características tipológicas y estéticas serán las adecuadas a la ubicación y a su integración en el entorno. Quedan expresamente incluidas las viviendas prefabricadas de madera y otros materiales naturales. Se evitará la limitación del campo visual y la ruptura o desfiguración del paisaje.

11º. Que se reconoce directamente, sin cumplir ningún deber urbanístico, el derecho a edificar.

12º. No hay ninguna previsión sobre la reversión a la colectividad de al menos una parte del beneficio obtenido con el reconocimiento por los poderes públicos del

derecho, es decir sin que la comunidad participe en la plusvalía generada por la autorización municipal, única acción urbanística de los entes públicos prevista en la Ley 5/2012.

13º. La licencia se obtiene con un documento acreditativo, firmado por técnico competente, de no afección significativa del proyecto a los valores ambientales del entorno; sin calificación alguna sobre quién es un “técnico competente” para acreditar que no hay no afección significativa a los valores ambientales de un entorno rural, incluso especialmente protegido.

14º. Basta para obtener la licencia la apreciación del Ayuntamiento de que no hay impedimento.

Este sistema es incluso más simple que el procedimiento para obtener autorización para la poda de árboles.

Además: La Ley 5/2012 no define qué criterios se utilizarán para establecer cuándo una vivienda es sostenible: cómo se van a abastecer de agua y energía, dónde van a desaguar las aguas negras y los residuos generados, cómo van a ser los caminos (más bien carreteras) que le den acceso, etc. Habría sido necesaria una mayor definición, y habría debido darse, desde el planeamiento general o incluso en la propia ley ya que ‘prevalece’ sobre el resto. Para implantar el nuevo uso debería exigirse un plan, no un mero proyecto. No puede admitirse como “sostenible” la dispersión por el territorio de viviendas, multiplicar el espacio dedicado a carreteras y conducciones de servicios como luz, agua y energía. Se aumenta el valor del suelo, sin contraprestación alguna para la colectividad, contra el interés general y sin ninguna función social de la propiedad (artículo 33 de la Constitución). Sin cumplir deberes urbanísticos, sin embargo se obtiene el derecho a edificar por licencia directa; hasta la fecha únicamente era posible edificar con licencia directa en solares, previo cumplimiento de ciertos deberes, siquiera mínimos. Esto supondría el quebranto del régimen urbanístico: clasificación suelo, derechos y deberes del propietario, etcétera, previsto en nuestro sistema normativo desde la Ley del Suelo de 1956. Dice el preámbulo de la ley que no deben confundirse las viviendas rurales sostenibles con las urbanizaciones tradicionales, sin embargo no prohíbe expresamente las parcelaciones ni las agrupaciones; es decir, no prohíbe la formación de núcleos de población en suelo no urbanizable. No hay ninguna señal en la Ley de que se garantice la compatibilidad de la vivienda rural sostenible con la explotación agropecuaria. Varias expresiones utilizadas en la Ley, como proyecto suscrito por “técnico competente”, documento acreditativo firmado por “técnico competente”, la “no afección significativa a los valores ambientales del entorno” son tan indefinidas que no sólo generarían inseguridad jurídica, sino que servirían de base a un alto grado de discrecionalidad, incluso a la arbitrariedad. El proyecto técnico habría de ser al menos básico (artículo

6.1.3 del Código Técnico de la Edificación), firmado por arquitecto. La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación establece que si el uso previsto para la edificación es residencial, entonces el técnico competente para proyectar es el arquitecto. Tampoco dice nada la Ley 5/2012 sobre la necesidad de licencia de primera ocupación, con más inseguridad jurídica; basta el documento acreditativo de no afección significativa a los valores ambientales del entorno. Nuestro sistema urbanístico y ambiental requiere para este tipo de construcciones al menos un informe de sostenibilidad ambiental previo, un mero “documento acreditativo” es equivalente a eliminar toda exigencia, rigor y control.

CUARTO. Restan por ser examinados los motivos 4º y 6º de la solicitud, que se ha considerado preferible tratar al final. Van referidos respectivamente a que la Ley 5/2012 vulneraría los principios de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE) y por ende no respetaría los valores ambientales en los términos exigidos constitucionalmente (los solicitantes no lo citan expresamente pero han de referirse al artículo 45 de la Constitución, sin embargo no desarrollan este aspecto); y a que la Ley 5/2012 antepone intereses individuales frente a la protección de los recursos biológicos naturales, en contradicción con reiterada doctrina del Tribunal Constitucional y con cita, aquí sí, del artículo 45 CE.

A) Los solicitantes, después de referirse a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, argumentan que habría arbitrariedad por lo siguiente:

a. La simple decisión de promulgar la Ley 5/2012 sin apoyatura de elementos de juicio mínimamente indispensables para poder valorar si las construcciones que se autorizan con todos los servicios urbanos que requieren (artículo 2 de la Ley) son compatibles con los valores naturales y la conservación de los terrenos donde se autorizan (artículo 1). Es decir, supondría una infracción del orden constitucional la falta de motivación o justificación en el mero hecho de promulgarla, máxime a la vista de la desprotección que la ley genera sobre los terrenos que hasta ahora estaban preservados de la actividad urbanizadora.

b. A esto se sumaría como infracción autónoma del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, la omisión total de la lógica del proceso decisional que determina la sujeción y, por tanto, también la liberación del régimen de protección que comporta la inclusión de un suelo en cada clase, urbanizable no sectorizado y especialmente en el suelo no urbanizable de especial protección. El legislador madrileño habría obviado el régimen por él mismo establecido para adoptar decisiones con los elementos de juicio y ponderación que basaron la previa exclusión

de estos terrenos del uso residencial desligado de actividades características de los suelos rurales.

c. Además: la ley carecería de elementos suficientes para apreciar y valorar los motivos de oportunidad y necesidad de promulgarla, circunstancia relevante dado que nos hallamos ante una normativa “especial”; la ley se aplicaría a un tipo de uso, el residencial, con unas características específicas, sin justificar las razones por las cuales se elige; la ley establecería sin justificación un procedimiento distinto del general (el de los artículos 151 y siguientes de la Ley 9/2001, del Suelo de la Comunidad de Madrid), un nuevo procedimiento mucho más simple y beneficioso para el interesado, que resulta discriminatorio respecto al resto de interesados en llevar a cabo construcciones similares vinculadas a las actividades que se citan en el artículo 29.3 de la Ley 9/2001.

Estos argumentos, a juicio del Defensor del Pueblo, pueden servir para evaluar el ajuste o desajuste de la Ley 5/2012 a la Constitución pero sólo si son puestos en conexión con los argumentos ya discutidos en los FUNDAMENTOS anteriores. En particular, no hay de por sí infracción del orden constitucional porque no haya motivación o justificación expresa en la misma ley. El legislador no tiene por qué justificar o motivar las leyes, lo que no significa que pueda legislar arbitrariamente, sino que, en cuanto acto legislativo, una ley no requiere motivación en sentido técnico. Ahora bien, una ley que diera excesivas facilidades a la desprotección del suelo y del medio en terrenos hasta ahora preservados de la actividad urbanizadora, que rompiera la lógica del proceso decisonal urbanístico, de forma asistemática y con prevalencia sobre las demás leyes y planes, y que además no contuviera claramente en su seno los elementos que permiten apreciar y evaluar la oportunidad y necesidad de promulgarla -algo muy relevante ante una ley que se califique de “especial”- entonces podría ser una ley arbitraria.

En cuanto a la posible infracción del principio de seguridad jurídica, los solicitantes -también basándose en jurisprudencia constitucional- aducen que la Ley de Viviendas Rurales Sostenibles generaría confusión y dudas, incertidumbre insuperable tanto para los titulares de los terrenos, interesados en acogerse a la ley, como en las administraciones que autoricen o denieguen las obras; la Ley no define el concepto de protección sectorial (artículo 1 y anexo de la ley), concepto esencial a juicio de los solicitantes para conocer en qué terrenos pueden o no implantarse las viviendas rurales sostenibles; la ley no prevé su desarrollo reglamentario, lo que aumentaría la incertidumbre junto con la generalidad de ciertas expresiones del anexo (“deberán utilizarse materiales que produzcan el menor impacto y que favorezcan la integración en el entorno inmediato y en el paisaje”, “las características tipológicas y estéticas serán las adecuadas a la ubicación y a su integración en el entorno”),

expresiones de un alto grado de discrecionalidad. Igualmente sucedería en la disposición adicional primera, sobre los informes exigidos por la Ley que tengan que ser evacuados por la Comunidad de Madrid, cuando el articulado no menciona en ningún caso donde sea exigible ningún informe, salvo la alusión del artículo 5.c) a las autorizaciones administrativas correspondientes, aunque sin especificar cuáles y a qué administraciones se está refiriendo. Algo similar acaecería en el artículo 2.2: las administraciones no estarán obligadas a realizar inversión alguna relacionada con el suministro de agua, energía, etcétera.

La institución del Defensor del Pueblo considera, ante todo, que no puede deducirse que directamente generen inseguridad jurídica, aunque tampoco sea una modelo de claridad legislativa, la disposición adicional primera ni el artículo 5.c). Los problemas directos con estas disposiciones son otros y ya han sido examinados, y después se volverá sobre ellos. El artículo 2.2 sí podría generar inseguridad porque, además y como ya quedó dicho, viene a reconocer la posibilidad de inversiones en suministro de agua, energía e infraestructuras de tipourbano, sin exigir que esas inversiones deba realizarlas el interesado. Es decir, según el precepto las administraciones no estarán obligadas a realizar inversión alguna relacionada con el suministro de agua, energía y demás dotaciones, pero el precepto no dice que esas inversiones deberá realizarlas el interesado; cabe incluso por el contrario que no puedan realizarse, pero entonces las viviendas no serían sostenibles.

Habría inseguridad jurídica si, estando ante una ley “especial” y “prevalente”, es aplicada interpretándola en un sentido opuesto al sistema normativo vigente. Una posibilidad ésta no desdeñable, porque la normativa ambiental es seguramente la menos “sectorial” de las normativas, porque la falta de un desarrollo reglamentario puede permitir aplicar la Ley 5/2012 directamente soslayando (por ser ley especial y prevalente) cualquier otra determinación legal que no esté expresamente recogida en la Ley 5/2012; porque en esas condiciones sería aplicada mediante expresiones tan indeterminadas (“materiales que produzcan el menor impacto y que favorezcan la integración en el entorno inmediato y en el paisaje”, “características tipológicas y estéticas adecuadas a la ubicación y a su integración en el entorno”), que la discrecionalidad aumentaría exponencialmente. Y a esto puede unirse (motivo 9º de la solicitud, anterior FUNDAMENTO SEGUNDO) que la Ley 5/2012 dejaría en el aire las obligaciones públicas y privadas sobre recogida de residuos, pues el propietario no puede exigir a la Administración ningún tipo de inversión relacionada con la recogida de basuras (artículo 2 de la Ley) pero tampoco impone la ley que el propietario haya de presentar un compromiso al respecto, basta un documento “acreditativo”, firmado por técnico competente, de no afección “significativa” a los valores ambientales del entorno (artículo 6). Lo mismo cabe decir del suministro de agua, energía e

infraestructuras. Entonces es difícil no admitir que hay inseguridad jurídica si no se aplica la ley de conformidad con el entero sistema normativo, si la ley buscara hacer tabla rasa de este.

B) Finalmente, los solicitantes argumentan que la Ley 5/2012 es inconstitucional porque antepone intereses individuales a la protección de los recursos biológicos naturales, en contradicción con reiterada doctrina del Tribunal Constitucional. Citan el artículo 45 de la Constitución y varias resoluciones del TC, y aducen que la Ley de Viviendas Rurales Sostenibles da cobertura al deseo de vivir en contacto con la naturaleza a favor de un limitado sector de la población, utilizando un procedimiento que obvia todas las normas urbanísticas y ambientales, sin conjugar el derecho y deber asociados a la propiedad, alterando el equilibrio entre ambos en menoscabo de su función social en los términos reconocidos en nuestra tradición jurídica. La Ley autonómica delegaría en los propietarios el mandato constitucional de velar por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente.

Este argumento tampoco puede ser estimado por sí solo o aisladamente. En primer lugar porque no es la Ley 5/2012 sino la propia Constitución la que, más que delegar, impone directamente a todos, incluidos por supuesto los propietarios, el deber velar por la utilización racional de los recursos naturales; aunque ha de quedar sentado que esto no puede significar que ni la Ley 5/2012 ni ninguna otra pueda interpretarse en el sentido de que ese deber de los propietarios quede sin garantía de cumplimiento, ni de que los demás ciudadanos queden no solo excluidos sino además impedidos para desempeñar sus funciones y deberes sobre los recursos naturales. No hay inconstitucionalidad en dar cobertura al deseo de vivir en contacto con la naturaleza a favor de un limitado sector de la población, salvo que el sector de la población sea anormalmente estrecho. Sí podría haber inconstitucionalidad, en la ley y en sus actos de aplicación, si la finalidad buscada llevase consigo como instrumento para alcanzarla obviar todas las normas urbanísticas y ambientales, la despreocupación por conjugar los derechos y los deberes asociados a la propiedad, alterar el equilibrio entre ambos y menoscabar la función social de ésta, contra nuestra tradición jurídica. También la habría por lo siguiente: las viviendas rurales sostenibles de la Ley 5/2012 solo son viables en parcelas con una superficie mínima de 6 hectáreas, unos seis campos de fútbol. Esto significa que los beneficiarios de la Ley 5/2012 son solo los propietarios de las parcelas más grandes. Por tanto, la Ley autonómica no antepondría todos los intereses individuales a los colectivos, sino sólo algunos intereses individuales, los de quienes son propietarios de parcelas de 6 o más hectáreas; y con lo dicho hasta aquí se concluye que la Ley 5/2012 podría contener un régimen privilegiado, no igualitario.

QUINTO. Uniendo las conclusiones obtenidas hasta aquí, la institución del Defensor del Pueblo considera que la Ley 5/2012 no es inconstitucional sí y sólo si es interpretada conforme a la Constitución; sí y sólo si es aplicada en forma no arbitraria y con respeto a las competencias estatales, y por tanto con respeto a la legislación estatal de aplicación plena o básica; y sí y sólo si el carácter de ley especial y prevalente sobre toda otra ley o plan no es interpretado y aplicado en términos tales que quebranten el orden general normativo urbanístico y ambiental.

Es inobjetable que, como expresa el preámbulo de la Ley 5/2012, el legislador autonómico atiende el deseo de vivir en contacto con la naturaleza utilizando un procedimiento rápido y respetuoso con el medio ambiente y en consonancia con lo regulado en otras legislaciones autonómicas; pero a esto debe añadirse que ha de ser en consonancia sobre todo con la propia legislación de la Comunidad de Madrid. Igualmente inobjetable es la expresión en el preámbulo de que la presencia del hombre no necesariamente en muchos casos tiene efecto negativo sobre el medio rural; pero también a esto debe añadirse que sí lo es en muchos otros. También ha de compartirse que la experiencia diaria muestra lo cuidadoso que llega a ser el ciudadano con lo que siente como propio o más próximo, pero debe compartirse igualmente que la experiencia muestra diariamente que ese cuidado no siempre se da, y esto es muy claro con lo que no es sentido como propio, singularmente con el entorno de lo propio. En suma, y siguiendo el hilo del preámbulo de la Ley 5/2012, no es inoportuno que la región se dote de una normativa que determine las condiciones que permitan a los ciudadanos residir fuera de los núcleos urbanos siempre que garanticen el respeto al entorno natural y consigan un equilibrio entre el necesario uso del suelo y la defensa del entorno. Es preeminente el derecho a disfrutar de una vivienda digna tanto como el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, y es necesario evitar el abandono del suelo rural, sin duda una causa frecuente de su deterioro ambiental. Pero la contribución de una forma efectiva al desarrollo rural sostenible no puede venir de la mano de una legislación especial y prevalente diseñada de tal forma que las viviendas rurales lleguen a formar urbanizaciones más o menos tradicionales o simplemente entornos cuasiurbanos insostenibles.

Es preciso por tanto, y en atención a cuanto queda explicitado en la presente resolución, dirigir a la Comunidad de Madrid las siguientes advertencias y recomendaciones:

### **Advertencias**

1. Reconocer la posibilidad de urbanizar el suelo rural puede resultar contrario al texto refundido de la Ley del Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio. Permitir en suelo urbanizable usos propios del medio urbano, en ámbitos que se urbanizarían de forma asistemática en urbanizaciones singulares rurales, sin plan de ordenación y sin garantía de cumplimiento de los deberes urbanísticos, puede resultar contrario al texto refundido. Reconocer la posibilidad de ejercer individualmente el derecho a edificar sin plan de detalle, contra la regla básica estatal de la dirección y control por las administraciones públicas del proceso urbanístico, y sin participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción de los entes públicos, sin información ni participación ciudadana en la ordenación y gestión, puede resultar contrario al texto refundido. Materialmente podría suponer la configuración en la región de suelo urbano desordenado porque se estaría permitiendo, con carácter especial y prevalente sobre cualquier otra ley o plan, la utilización del suelo y su transformación mediante una forma de urbanización no tradicional y una edificación sin ordenación, con viviendas unifamiliares aisladas sin garantía de servicios ni de dotaciones mínimas para que resulten realmente sostenibles. Todo lo anterior podría suponer la vulneración de los artículos 45 y 47 de la Constitución y la invasión de las competencias 1.<sup>a</sup>, 18.<sup>a</sup> y 23.<sup>a</sup> del artículo 149.1 de la Constitución).

2. Un procedimiento de otorgamiento de licencia como el del artículo 7 de la Ley 5/2012, sin información pública ni difusión al público, puede impedir un mínimo control suficiente del uso del suelo y por tanto puede suponer infracción de la Ley estatal 26/2007. Puede infringirse el artículo 23 del Real Decreto-ley 8/2011 al establecerse sin más la regla del silencio positivo. Por tanto, se invadirían las competencias estatales 1.<sup>a</sup>, 18.<sup>a</sup> y 23.<sup>a</sup> del artículo 149.1 de la Constitución.

3. Al prevalecer sobre cualquier normativa o planeamiento que incida sobre el mismo ámbito material, la Ley 5/2012 podría suponer una derogación singular del sistema normativo autonómico al permitir construir viviendas unifamiliares con licencia directa sólo a quienes sean propietarios de parcelas de 6 o más hectáreas de superficie, contra el artículo 14 de la Constitución. Podrían quedar sin eficacia todos los planes urbanísticos y territoriales de la Región de Madrid, incluidos los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales, en el ámbito material de la Ley 5/2012. El reconocimiento directo del derecho a edificar del artículo 4 de la Ley 5/2012 sin ningún deber urbanístico y con aumento del valor del suelo sin participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción de los entes públicos, podría atentar contra el interés general y contra la función social de la propiedad (artículos 33 y 47 de la Constitución).

## Recomendaciones

1. Interpretar y aplicar la Ley 5/2012, en el sentido siguiente:

a. La posibilidad de urbanizar el suelo rural sólo puede reconocerse sin contrariar el texto refundido de la Ley del Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio.

b. Sólo pueden permitirse en suelo urbanizable usos propios del medio urbano conforme a planes de ordenación debidamente aprobados y con garantía efectiva de cumplimiento de los deberes urbanísticos, conforme al texto refundido de 2008 de la Ley del Suelo y a la Ley 9/2001, del Suelo de la Comunidad de Madrid.

c. Sólo puede reconocerse la posibilidad de ejercer individualmente el derecho a edificar mediante un proyecto técnico que contenga las características de un plan detallado, bajo la dirección y control por las administraciones públicas del proceso urbanístico, con participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción de los entes públicos, con información y participación ciudadana en la ordenación y gestión del suelo. Que no se interprete que la Ley 5/2012 permite en la Región de Madrid la formación de ámbitos materiales rurales, urbanizables, urbanos ni semiurbanos desordenados mediante viviendas unifamiliares aisladas.

d. Que las viviendas rurales sostenibles se autoricen sólo si hay garantía efectiva del propietario de que dispondrá de servicios y de dotaciones mínimas que hagan realmente sostenible no sólo la vivienda y la parcela, sino también su entorno fuera de parcela.

2. Que en el procedimiento de otorgamiento de licencia del artículo 7 de la Ley 5/2012, se dé siempre trámite de información pública y haya suficiente difusión al público del proyecto técnico.

3. Que la regla del silencio positivo del artículo 7 se interprete conforme al artículo 23 del Real Decreto-ley 8/2011 y al resto de la legislación básica sobre el procedimiento administrativo común, y en particular (artículo 42 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común):

a. Que el transcurso del plazo para resolver se suspenda:

i. En el momento en que el Ayuntamiento deba requerir al interesado la subsanación de deficiencias y la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios.

ii. Cuando deban solicitarse informes preceptivos y determinantes de la resolución municipal o de distinta Administración.

iii. Cuando deban realizarse pruebas técnicas o análisis contradictorios o dirimientes propuestos por los interesados, durante el tiempo necesario para la incorporación de los resultados al expediente.

b. Que el transcurso del plazo para resolver sea ampliado, mediante motivación clara de las circunstancias concurrentes, por una vez pero siempre que sea preciso y especialmente cuando los informes preceptivos y determinantes tengan que ser evacuados por la Comunidad de Madrid.

c. Que se exija responsabilidad disciplinaria, sin perjuicio a la que hubiere lugar de acuerdo con la normativa, al personal que tenga a su cargo el despacho de los asuntos, así como a los titulares de los órganos administrativos competentes, por incumplimiento de la obligación de dictar resolución expresa en plazo, incluida la obligación de emitir informe preceptivo y determinante si tiene que ser evacuado por la Comunidad de Madrid.

d. Que el silencio tendrá efecto desestimatorio si la estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, en particular a los servicios de suministro de agua, energía eléctrica, gas, telefonía, infraestructuras de transporte, accesos y dotaciones propias del medio urbano, y de recogida y tratamiento de residuos.

4. Que no se interprete el carácter especial y prevalente de la Ley 5/2012 sobre cualquier normativa o planeamiento en el sentido de que quedan derogados en el ámbito material de que se trate todas las normas y planes vigentes, sino en el de que la autorización para construir viviendas rurales sostenibles contiene en sí misma todas las prescripciones exigidas por los planes urbanísticos y territoriales de la Región de Madrid, incluidos los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales. En particular, que se interprete que el Ayuntamiento sólo puede resolver las solicitudes de licencia, o que debe reaccionar si fueran vulneradas en tales ámbitos materiales, las siguientes disposiciones:

a. El Real Decreto 1997/1995, de medidas para contribuir a garantizar la biodiversidad mediante la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres.

b. La Ley 42/2007, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad.

c. Los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales.

d. Las medidas de conservación de la Red Natura 2000 y demás áreas protegidas.

e. Las 5/2007, de la Red de Parques Nacionales, y 43/2003, de Montes.

f. La Ley 22/2011, de Residuos y Suelos Contaminados, la Ley 5/2003, de Residuos de la Comunidad de Madrid y el Plan Regional de Residuos Urbanos (2006-2016).

5. Que, en atención a lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 9/2001, del Suelo de la Comunidad de Madrid, considerando que corresponde en todo caso a las administraciones públicas urbanísticas, en la ordenación urbanística, el encauzamiento, la dirección y el control de las actividades y los actos de los sujetos públicos y privados, y considerando que las potestades atribuidas y las competencias asignadas a las administraciones públicas incluyen, además de las determinadas expresamente en la Ley 9/2001, cuantas facultades sean congruentes con ellas para ser ejercidas con arreglo a la ley: se promulgue una disposición de rango reglamentario para:

- a. Definir los criterios de las viviendas rurales sostenibles: abastecimiento de agua y energía, saneamiento, recogida y tratamiento de residuos, caminos y carreteras de acceso y determinaciones análogas, de forma que se consiga en los municipios un entorno ordenado y se evite la dispersión por el territorio de viviendas, viales y conducciones de luz, agua, energía y demás infraestructuras.
- b. Defina las expresiones genéricas utilizadas en la ley, tales como “técnico competente”, “documento acreditativo firmado por técnico competente” y “no afección significativa a los valores ambientales del entorno”, y determine las características del citado documento acreditativo; todo ello con el fin de no propiciar la excesiva discrecionalidad e impedir la arbitrariedad.

De todo lo cual la institución del Defensor del Pueblo concluye que, atendiendo a las anteriores advertencias y recomendaciones, no habría vulneración de la Constitución.

**Ley de la Comunidad de Madrid 7/2012, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales para el año 2013**

Un ciudadano particular solicitó del Defensor del Pueblo el ejercicio de su legitimación para la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 27.4 de la Ley 7/2012, de 26 de diciembre. Alegaba el interesado que la suspensión de nuevos reconocimientos y pago a cuenta prevista en el último párrafo del precepto citado impedía, a quienes como él habían adquirido la condición de personal estatutario fijo, percibir la retribución correspondiente al concepto de promoción profesional, retribución que sí cobran otros profesionales de su misma categoría, funciones, antigüedad e incluso centro de trabajo, lo que a su juicio era contrario al principio de igualdad.

Con la fundamentación que a continuación se transcribe, se rechazó la interposición de recurso.

***Fundamento único de la resolución***

Es bien conocida la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional en materia de Función Pública, la cual es plenamente aplicable al personal de los servicios de salud en tanto en cuanto comparten la naturaleza o el carácter estatutario de su relación con la Administración. Esa doctrina, que se ha venido reiterando desde la ya lejana Sentencia 99/1987 afirma:

“... en el campo de la relación funcionarial, el funcionario adquiere y tiene derechos subjetivos que la ley ha de respetar ... pero una cosa es o son esos derechos y otra la pretensión de que aparezcan como inmodificables en su contenido concreto. El funcionario que ingresa al servicio de la Administración Pública se coloca en una situación jurídica objetiva, definida legal y reglamentariamente y, por ello, modificable por uno u otro instrumento normativo de acuerdo con los principios de reserva de ley y de legalidad, sin que, consecuentemente, pueda exigir que la situación estatutaria quede congelada en los términos en que se hallaba regulada al tiempo de su ingreso..., porque ello se integra en las determinaciones unilaterales lícitas del legislador, al margen de la voluntad de quien entra al servicio de la Administración, quien, al hacerlo, acepta el régimen que configura la relación estatutaria (art. 103.3 CE)”.

El Tribunal Constitucional pone de manifiesto, por tanto, que en el ámbito de las expectativas de derecho, en contraposición con los derechos adquiridos, hay que

atender a lo que la legislación establezca en cada momento, puesto que para los empleados públicos su patrimonio jurídico se integra exclusivamente por los derechos que le reconozca el estatuto aplicable en cada momento, sin que del mismo se deriven expectativas de que en el futuro se mantenga inalterable tal régimen jurídico.

Más en concreto, y en referencia a los recortes retributivos –como el que aquí subyace en la suspensión para 2013 del reconocimiento de determinados niveles profesionales, dice el Tribunal en su Auto 184/2011:

“Igualmente por remisión a lo ya decidido en el citado ATC 179/2011, de 13 de septiembre, procede descartar la duda de constitucionalidad planteada en cuanto a la pretendida vulneración del artículo 33 CE en cuanto que el Real Decreto-ley 8/2010 recortaría derechos económicos adquiridos de los funcionarios públicos reconocidos para toda la anualidad presupuestaria por la Ley 26/2009 de Presupuestos Generales del Estado para 2010. En efecto, como ya señalamos en el ATC 179/2011, FJ 7.c) «tal argumento carece de fundamento, por cuanto la reducción de retribuciones impuesta por el artículo 1 del Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, mediante la modificación de los artículos 22, 24 y 28 de la Ley 26/2009, de Presupuestos Generales del Estado para 2010, lo es con efectos de 1 de junio de 2010 respecto de las retribuciones vigentes a 31 de mayo de 2010, esto es, afecta a derechos económicos aún no devengados por corresponder a mensualidades en las que aún no se ha prestado el servicio público y, en consecuencia, no se encuentran incorporados al patrimonio del funcionario, por lo que no cabe hablar de derechos adquiridos de los que los funcionarios hayan sido privados sin indemnización (art. 33.3 CE), ni de una regulación que afecta retroactivamente a derechos ya nacidos»”.

En el presente caso, resulta plenamente aplicable la doctrina antes reseñada ya que la suspensión de los nuevos reconocimientos y pago a cuenta de determinados complementos tiene un efecto *pro futuro*, es decir, afecta a ulteriores derechos económicos derivados de períodos de trabajo en los que aún no se ha prestado el servicio correspondiente, por lo que ha de hablarse no de derechos consolidados sino de meras expectativas que aún no se han integrado en el patrimonio de los afectados. Esta misma razón despeja las dudas respecto de la alegada desigualdad en el trato contraria al artículo 14 de la Constitución, ya que la posición de quienes son ya titulares del derecho a percibir esas retribuciones por tenerlo ya reconocido e integrado en su patrimonio no es la misma que la de quienes sólo ostentan una expectativa de derecho a que en el ejercicio 2013 se reconociese el suyo a tal retribución. Tal posible reconocimiento queda suspendido y la medida afecta por igual a quienes se

encuentran en la misma situación, por lo que no cabe apreciar vulneración alguna al principio de igualdad.

## **Ley de la Comunidad de Madrid 8/2012, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas**

Se presentaron, por diversas entidades y ciudadanos, solicitudes para la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la citada norma. Cada una de esas solicitudes sostenía su inconstitucionalidad, en base a la presunta vulneración de distintos artículos de la Constitución española. Se reproducen aquí las resoluciones adoptadas por el Defensor del Pueblo, con el fin de dejar constancia de todos los razonamientos y consideraciones que motivaron la no interposición de recurso de inconstitucionalidad.

### **I**

Mediante escritos presentados ante esta institución por un diputado de las Cortes Generales, el alcalde de un ayuntamiento de la Comunidad de Madrid y varios ciudadanos a título particular, se solicitó del Defensor del Pueblo la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra el apartado nueve del artículo 2 de la Ley de la Comunidad de Madrid 8/2012, de 28 de diciembre.

Con la fundamentación que a continuación se transcribe, se rechazó la interposición de recurso.

### ***Fundamento único de la resolución***

Se alega la inconstitucionalidad del apartado nueve del artículo 2 de la Ley de la Comunidad de Madrid 8/2012, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas, porque supone una alteración competencial entre Estado y comunidades autónomas.

En este sentido, hay que señalar que, en supuestos como el presente, en que la eventual tacha de inconstitucionalidad se circunscribe a la invasión de competencias del Estado por parte de una Comunidad Autónoma, la institución del Defensor del Pueblo tiene como criterio no intervenir haciendo uso de su legitimación para interponer recurso de inconstitucionalidad -a no ser que la cuestión afecte de modo directo al ejercicio de algunos derechos o libertades fundamentales que contiene el título I de la Constitución española-, ya que, de acuerdo con el artículo 32 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, para la defensa de sus propias competencias está legitimado el Presidente del Gobierno.

Precisamente el Pleno del Tribunal Constitucional, por providencias de 29 de enero de 2013, ha acordado admitir a trámite los recursos de inconstitucionalidad número 349-2013, promovido por el Presidente del Gobierno, y el 191-2013, promovido por más de cincuenta senadores del Grupo Parlamentario Socialista en el Senado, contra el apartado nueve del artículo 2 de la Ley de la Comunidad de Madrid 8/2012, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas. En la misma providencia se hace constar que por el Presidente del Gobierno se ha invocado el artículo 161.2 de la Constitución, lo que produce la suspensión de la vigencia y aplicación del precepto impugnado desde la fecha de interposición del recurso –18 de enero de 2013–, para las partes del proceso, y desde la publicación del correspondiente edicto en el *Boletín Oficial del Estado*, lo que se produjo el día 30 de enero.

En cuanto a la posibilidad de que la nueva tasa suponga una barrera fiscal y territorial que atente contra el artículo 139 de la Constitución, hay que tener presente que con base en la organización del Estado español y, en concreto, la estructura compuesta concedida a las comunidades autónomas, estas pueden hacer uso de su competencia legislativa con la consiguiente distinta posición jurídica que ello puede conllevar para los ciudadanos residentes en cada una de ellas, sin que ello suponga una infracción de los artículos 1, 14 y 139 de la Constitución española, ya que estos preceptos no exigen un tratamiento jurídico uniforme a los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado (STC 37/1987).

## II

Mediante escrito que tuvo su entrada en esta Institución el día 28 de febrero de 2013, la Secretaria General y representante legal de la federación regional de enseñanza de una organización sindical solicitó del Defensor del Pueblo el ejercicio de su legitimación para la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra los artículos 52 y 53 de la Ley 8/2012.

Los preceptos de la ley contra los que se solicitaba la interposición del recurso eran los relativos a la regulación de la jornada de trabajo a tiempo parcial de los funcionarios interinos no docentes y la contratación de profesorado de otros países para la enseñanza de idiomas y para impartir materias cuyos currículos se desarrollan en una lengua extranjera, alegándose la vulneración del derecho a la negociación colectiva y a la libertad sindical y del principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución.

### ***Fundamentos de la resolución***

PRIMERO. Comenzando por el artículo 53 de la Ley 8/2012, sobre el que pesa la tacha de vulneración del derecho a la negociación colectiva y a la libertad sindical, debe reseñarse que, a juicio de esta Institución, el contenido del mismo no afecta ni regula aspecto alguno de las libertades y derechos constitucionales que se alegan.

En efecto, el precepto se limita a autorizar a la Comunidad de Madrid para nombrar funcionarios interinos no docentes, a tiempo parcial, “cuando así lo requieran las necesidades del servicio”, que percibirán en tal caso “las retribuciones proporcionales a la jornada trabajada”. Se precisa, además, que tal jornada no será inferior al 75 por 100 de la jornada ordinaria en cómputo anual, o del que proporcionalmente corresponda si se trata de nombramiento temporal de menor duración, exigiéndose que la jornada, el horario y los días de trabajo vengan expresamente indicados en el correspondiente nombramiento.

Debe recordarse que el nombramiento de funcionarios interinos deriva de la constatación de la necesidad de cobertura de determinados puestos de trabajo cuando estos se hallen vacantes. Se trata, pues, del ejercicio de las potestades organizatorias que corresponden a la Administración, que en razón de las circunstancias concurrentes en cada caso decidirá si procede o no procede el nombramiento de personal funcionario interino. De acuerdo con la norma, cuando se considere que procede tal nombramiento y cuando, además, por las razones de servicio que se tengan en cuenta, se concluya que no es precisa la prestación en régimen de jornada completa, se habilita a la Comunidad de Madrid para que efectúe nombramientos con una jornada inferior hasta el límite del 75 por 100 de la jornada ordinaria en cómputo anual.

Como se ve, tal regulación no afecta a la negociación colectiva ni a la libertad sindical, y no implica tampoco una modificación de las condiciones de trabajo de quienes ostentan la condición de funcionarios de carrera o de funcionarios interinos, sino que es una habilitación para modular futuros nombramientos de personal interino no docente cuando así lo requieran las necesidades del servicio.

Ya se ha mencionado que las alegaciones del escrito de solicitud de recurso dedican buena parte de sus razonamientos a demostrar que en el ámbito de la Función Pública también existe el derecho a la negociación colectiva, pese a que la Constitución en su artículo 37.1 le añade el calificativo de “laboral”. Sin duda es así, y la regulación legal de la Función Pública lo reconoce ampliamente. Pero reconocida la existencia del derecho, no se encuentra el enlace de éste con la regulación aquí cuestionada que no modifica ni altera ese reconocimiento y que se limita a habilitar a

la Administración para efectuar en el futuro nombramientos de personal interino no docente con jornada reducida.

Otra cosa es si la determinación concreta de los puestos vacantes, para cuya cobertura se efectúen esos nombramientos, debe ser objeto o no de negociación o si debe serlo la determinación de las necesidades de servicio que justifiquen el recurso a esta modalidad de nombramiento. Aquí sí puede estar en juego el ejercicio del derecho a la negociación colectiva en el ámbito de la Función Pública, y que habrá de solventarse de acuerdo con las reglas que regulan tal derecho, pero que resulta ajena al examen de la constitucionalidad de la norma que nada dice al respecto.

SEGUNDO. Pasando ya al análisis de las alegaciones relativas al artículo 53 y que se centran en la presunta vulneración del principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución, debe advertirse que, como el Tribunal Constitucional ha señalado en numerosas ocasiones, en el ámbito de la Función Pública la igualdad no proviene del artículo 14 sino del artículo 23.2, que la exige para el acceso a funciones y cargos públicos. Así, por traer a colación un pronunciamiento,

“... como ha reiterado en diversas ocasiones este Tribunal (por todas, STC 67/1989), el derecho a la igualdad en el acceso a las funciones públicas del art. 23.2 de la CE es una especificación del principio de igualdad ante la ley, formulado por el art. 14 de la CE, por lo que en el caso de acceso a las funciones y cuando no esté en juego ninguna de las circunstancias específicas del art. 14 de la misma, es el art. 23.2 el que debe ser considerado de modo directo para apreciar si las normas cuestionadas han desconocido el principio de igualdad, todo ello en conexión con el art. 103.3 que impone la obligación de no exigir para el acceso a la Función Pública requisito o condición alguna que no sea referible a los principios de mérito y capacidad”.

Sería pues el artículo 23.2 el precepto a considerar si se examina la cuestión desde este punto de vista, ya que no parecen concernidas en este caso las posibles fuentes de discriminación a las que alude el artículo 14 de la Constitución.

Antes de ello, sin embargo, es preciso tomar en consideración el tenor literal del precepto cuestionado cuya inconcreción no despeja demasiadas dudas. Se dice en él que la Administración educativa podrá “incorporar” profesorado de otros países, lo que no especifica es si se trata de un nombramiento para ocupar como funcionario un puesto de este personal o de un contrato, administrativo o laboral, para desempeñar tareas concretas derivadas de la enseñanza de y en una lengua extranjera. Se exige, para esa incorporación, que los seleccionados ostenten “la misma titulación que la

requerida para el personal funcionario” que ejerza esa labor docente, y ello tanto para “la enseñanza de idiomas como para impartir otras materias cuyos currículos se desarrollen en una lengua extranjera”, remitiéndose a una posterior disposición reglamentaria la determinación de “las enseñanzas” y “las condiciones” en las que tal incorporación pueda producirse.

Como se ve, la información que proporciona el precepto es escasa. No se concreta la naturaleza del vínculo que unirá a estos profesores con la Administración, y sólo sabemos que se les exigirá una determinada titulación, y que su actividad la desarrollarán en la impartición de la materia de lengua extranjera y en la de otras materias cuyo currículo se desarrolle en lengua extranjera. Todo lo demás queda remitido a lo que se establezca reglamentariamente, tanto en lo que se refiere a la concreción de las enseñanzas a impartir como en lo que hace y esto es lo que aquí interesa a las condiciones de incorporación del personal extranjero.

Se alega que del precepto se deriva una quiebra del principio constitucional de igualdad del artículo 14 de la Constitución (aunque el precepto a considerar es, como se ha dicho, el 23.2) ya que proporciona un diferente trato a los extranjeros que puedan seleccionarse para esas labores docentes y los españoles que podrían acceder a tales tareas que han de participar en procesos selectivos públicos y reunir otros requisitos adicionales. Sin embargo, no es eso lo que dice la norma ni lo que debe interpretarse de la inconcreción de la misma sobre varios aspectos de la materia que regula.

Como es bien sabido, una norma ha de ser interpretada conforme a la Constitución cuando existen varias posibilidades interpretativas de las cuales, por lo menos, una conduce a la conformidad de la norma a la Constitución, y por lo menos otra, a la inconstitucionalidad de la norma. Para este caso el mandato de la interpretación conforme a la Constitución indica que no hay que escoger ninguna de las variantes interpretativas inconstitucionales, sino una de las que son conformes a la Constitución. La supremacía de la Constitución sobre todas las normas y su carácter central en la construcción y en la validez del ordenamiento en su conjunto, obligan a interpretar éste en cualquier momento de su aplicación en el sentido que resulta de los principios y reglas constitucionales, tanto los generales como los específicos referentes a la materia de que se trate.

La doctrina es acorde en considerar que antes de concluir que una ley sea inconstitucional, se debe buscar en vía interpretativa una concordancia de dicha ley con la Constitución. La “presunción de constitucionalidad de las leyes”, no es la simple afirmación formal de que cualquier ley se tendrá por válida hasta que sea declarada

inconstitucional, sino que implica materialmente algo más que no debe perderse de vista. Implica, primero, una confianza otorgada al legislativo en la observancia y en la interpretación correcta de los principios de la Constitución; implica también, que una ley no deba ser considerada inconstitucional más que cuando no exista “duda razonable” sobre su contradicción con la Constitución. E implica, por fin, que, como ocurre en este caso, cuando una ley esté redactada en términos tan amplios que pueda permitir una interpretación inconstitucional habrá que presumir que, siempre que sea “razonablemente posible”, el legislador ha sobreentendido que la interpretación con la que habrá de aplicarse dicha ley es precisamente la que permita mantenerse dentro de los límites constitucionales.

El Tribunal Constitucional ha seguido estos criterios en numerosas ocasiones, declarando constitucionales normas interpretadas en los términos explicitados por el propio tribunal en los fundamentos jurídicos de sus sentencias. Son, por tanto, estos criterios los que debe seguir esta Institución para el examen de los preceptos normativos respecto de los que se solicite la interposición de recurso.

TERCERO. De acuerdo con lo expuesto, el artículo 53 de la Ley 8/2012 admite sin mayores dificultades una interpretación conforme con la Constitución ya que su contenido sustantivo se limita a una habilitación a la Administración educativa de la Comunidad de Madrid para la incorporación de profesorado de otros países para determinadas enseñanzas. Hay que entender que esa incorporación, sea contractual o mediante nombramiento o con un vínculo de cualquier otra naturaleza, habrá de realizarse con las garantías que la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico imponen para el acceso a funciones y cargos públicos (23.2 CE), y de acuerdo con los principios de mérito y capacidad (103.3 CE) así como el de publicidad.

Habrà de ser en la norma reglamentaria a la que el precepto remite donde se concreten estos y otros aspectos que es obligado entender que la norma asume, y será el examen de esa norma el que permita contrastar el respeto a los límites y condiciones que la Constitución y la legalidad ordinaria imponen a los mecanismos de incorporación de profesorado público para la función docente de enseñanzas regladas y en particular al principio de igualdad. Ya ha declarado el Tribunal Constitucional (STC 99/87) que las disposiciones reglamentarias pueden, cuando así lo requiera la ley “colaborar con ésta para complementar o particularizar, en aspectos instrumentales y con la debida sujeción, la ordenación legal de la materia reservada” -en este caso el acceso a la función pública docente- y esa es la tarea que el precepto cuestionado encomienda al reglamento que la desarrolle, cuando dice que la incorporación del profesorado será “para las enseñanzas y en las condiciones que reglamentariamente se establezcan”.

Ciertamente hubiera sido deseable que la norma concretase, más allá del requisito de la titulación, las condiciones que deben reunir los candidatos y la naturaleza del vínculo que les unirá con la Administración educativa, así como las condiciones del acceso. Pero no debe perderse de vista tampoco que la peculiaridad de los destinatarios de la norma, “profesorado de otros países”, y la actividad docente para la que se les incorpora, “la enseñanza de idiomas” y la “impartición de otras materias cuyos currículos se desarrollen en lengua extranjera”, pueden justificar esta carencia.

En cualquier caso, la limitada concreción del precepto obliga a una especial cautela en la labor de complemento de la misma que debe desarrollar el reglamento. La amplitud de la remisión que efectúa la ley no puede justificar que se utilice su desarrollo reglamentario para eludir los requisitos comunes a cualquier modo de acceso a funciones públicas que, ineludiblemente, deben regirse por los principios de igualdad, mérito y capacidad, así como por el de publicidad.

En atención a ello, esta Institución, que considera posible la interpretación del precepto conforme a la Constitución y que en consecuencia no estima procedente el empleo de su legitimación para interponer recurso ante el Tribunal Constitucional, recomendará a la Administración Pública concernida, esto es a la Comunidad de Madrid a través de su Consejería de Educación, Juventud y Deporte, que complemente la regulación del acceso de este profesorado, prestando especial atención a la garantía expresa del pleno acatamiento a los principios constitucionales mencionados, tanto en el proceso de selección como en la incorporación de éste a las concretas enseñanzas que la misma norma reglamentaria determine.

### III

El día 20 de marzo de 2013, tuvo entrada en el registro de la Institución el escrito de una asociación de facultativos especialistas de Madrid, solicitando la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra los artículos 62 y 63 de la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, que establecen una reordenación en la gestión de la asistencia sanitaria en la Comunidad de Madrid.

La resolución denegatoria se fundamentó en las consideraciones siguientes:

#### ***Fundamentos de la resolución***

PRIMERO. A efectos sistemáticos, las cuestiones tratadas en la presente resolución se examinarán en tres bloques: las alegaciones relativas al artículo 88 de la Constitución; las cuestiones planteadas con respecto a los artículo 41 y 43 del texto constitucional, y, por último, las relacionadas con el artículo 149 de la norma fundamental.

Así pues, el primer asunto a considerar es la alegada vulneración del artículo 88 de la Constitución, dado que en el criterio de los interesados el proyecto de ley no habría venido acompañado de los antecedentes necesarios para su justa ponderación por los diputados de la Asamblea de Madrid.

La referida tacha de inconstitucionalidad se fundamenta en la apreciación de que la documentación adjuntada al proyecto de ley sobre la cuestión aquí debatida es muy breve, contiene manifestaciones que se califican de apodícticas y está basada en estimaciones de costes que no pueden ser contrastadas. En estas condiciones se entiende que la decisión de los parlamentarios queda gravemente limitada, y el imprescindible debate que debe acompañar a la adopción de medidas de gran relevancia pública se ve condicionado cuando no falseado.

La propia entidad solicitante de recurso reconoce que hasta la fecha el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado en una cuestión en la que la controversia fundamental esté centrada en este asunto y consideran que ello supone un argumento adicional a favor de la presentación de un recurso por este motivo.

Comenzando con la última cuestión, no pueden acogerse los razonamientos sobre la presentación de un recurso por razones de oportunidad, ya que, en el ámbito de la inconstitucionalidad, lo que ha de motivar la intervención del Defensor del Pueblo es únicamente la convicción de que una disposición con fuerza o valor de ley resulta incompatible con la norma suprema, una vez que examinada la misma no se haya encontrado una interpretación de conformidad.

Sobre la alegación de fondo, lo primero que ha de señalarse es que la misma no se sitúa en el terreno de la inexistencia de fundamentación e información, sino un juicio subjetivo sobre la insuficiencia de la misma.

También ha de repararse en que el precepto constitucional invocado se refiere específicamente a la remisión del proyectos de leyes al Congreso de los Diputados y que la alegación se construye partiendo de la base de una aplicación subsidiaria del derecho estatal, lo que podría eventualmente situar los problemas en el ámbito de la legalidad ordinaria pero no en de la constitucionalidad de las normas.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional vino a afirmar, en la Sentencia 108/1986 a la que la propia entidad solicitante de recurso alude en su escrito, que sólo se puede considerar como antecedente necesario aquello que la propia cámara parlamentaria estime como tal y no consta que la Asamblea de Madrid denunciara la falta de antecedentes esenciales para poder adoptar una decisión.

Además de todo ello, hay que recordar que la medida controvertida se adoptó en medio de un intenso debate social y de un conflicto laboral de amplia repercusión, en el marco del cual se esgrimieron una gran variedad de argumentos, con lo que cabe pensar que los diputados de la Asamblea de Madrid, precisamente llamados a tomar una decisión en asunto tan debatido, tuvieran especial interés en completar la información contenida en el expediente normativo remitido desde el Gobierno regional.

En consecuencia, no se estima viable en el presente caso la formulación de un recurso de inconstitucionalidad basada en la vulneración alegada.

SEGUNDO. Antes de entrar propiamente en el siguiente motivo de inconstitucionalidad alegado, procede realizar algunas consideraciones previas:

La primera de ellas es que el artículo 43 de la Constitución consagra el derecho a la protección a la salud de los ciudadanos, sin determinar la forma de la organización de los servicios sanitarios para hacer efectivo tal derecho, ni establecer un concreto modelo de relación entre los profesionales sanitarios y los usuarios. Por ello, y sin entrar ahora en la conexión del citado artículo 43 con el 41 de la carta magna, que establece el régimen público de la Seguridad Social, cabe adelantar que la gestión directa por las administraciones públicas de las prestaciones que dispensa el Sistema Nacional de Salud no constituye un requerimiento constitucional. Únicamente, en la hipótesis en que un determinado modelo llevara a una situación en que la Administración responsable no pudiera garantizar en toda circunstancia el derecho a la protección de la salud, podría asumirse un cuestionamiento de inconstitucionalidad fundamentado en el desapoderamiento absoluto de competencias de gestión, supervisión y control por parte de esa concreta Administración.

También es importante señalar que el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud, introduce el concepto de “asegurado”, vinculando, en gran medida, el derecho de acceso a la asistencia sanitaria pública y gratuita al sistema contributivo de Seguridad Social, de modo que no sólo permanece, sino que se refuerza el vínculo entre ambos sistemas.

Por su parte, en la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, se efectúa una distinción entre los aspectos formales (la gestión) y los aspectos de fondo (el servicio público), declarando su carácter básico, la necesidad de su desarrollo reglamentario y la garantía del servicio público, al señalar, en su artículo único, lo siguiente:

“1. En el ámbito del Sistema Nacional de Salud, garantizando y preservando en todo caso su condición de servicio público, la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria o sociosanitaria podrá llevarse a cabo directamente o indirectamente a través de la constitución de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho.

En el marco de lo establecido por las leyes, corresponderá al Gobierno, mediante real decreto, y a los órganos de gobierno de las comunidades autónomas –en los ámbitos de sus respectivas competencias–, determinar las formas jurídicas, órganos de dirección y control, régimen de garantías de la prestación, financiación y peculiaridades en materia de personal de las entidades que se creen para la gestión de los centros y servicios mencionados.

2. La prestación y gestión de los servicios sanitarios y sociosanitarios podrá llevarse a cabo, además de con medios propios, mediante acuerdos, convenios o contratos con personas o entidades públicas o privadas, en los términos previstos en la Ley General de Sanidad”.

La solicitud recibida sostiene que los preceptos cuestionados vulneran los artículos 41 y 43 de la Constitución española, a través de unos razonamientos que convergen en una idea básica: que no es compatible con lo establecido en los referidos preceptos constitucionales la gestión de los servicios sanitarios del Sistema Nacional de Salud mediante la colaboración pública-privada en régimen de concesión administrativa. Se añade que esta colaboración impide por sí misma que pueda hablarse de un régimen público de la Seguridad Social, exigido por dicho artículo 41, conforme al cual:

“Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres”.

El artículo 43 del texto constitucional indica:

“1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud.

2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La Ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto”.

Como ya se ha indicado, de los reseñados preceptos constitucionales no se infiere cuál haya de ser el concreto contenido de las actuaciones que han de integrar la acción protectora en los ámbitos de la Seguridad Social y del Sistema Nacional de Salud, en la medida en que remite al legislador la articulación de los sistemas, mediante la regulación de las condiciones y términos en los que acceden los ciudadanos a las prestaciones y servicios sociales o sanitarios. Por ello, el modelo que finalmente se adopte en cada etapa histórica no viene determinado en origen por el texto constitucional, sino que el legislador dispone de una amplia libertad para modular la acción protectora y el modelo de funcionamiento de dichos sistemas.

En este sentido, conviene recordar que tanto el mantenimiento de un régimen público de la Seguridad Social como el derecho a la protección de la salud se incardinan en el capítulo III del título I de la Constitución, que contiene los denominados principios rectores de la política social y económica.

El alcance de los llamados principios rectores de la política social y económica (artículos 39 a 52) entre los que se encuentran el precepto dedicado al régimen de la Seguridad Social (art. 41) y el relativo a la protección de la salud (art. 43), viene regulado por la propia Constitución, en su artículo 53.3, precepto con dos incisos, el primero de los cuales indica que “el reconocimiento, el respeto, y la protección de los principios reconocidos en el capítulo III informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”. Por su parte, el segundo inciso señala que “sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

La primera regla que se deriva del artículo 53.3 del texto constitucional es que en el capítulo III del título I no hay derechos subjetivos en sentido estricto, aunque disten de ser normas sin contenido (ver STC 154/2006, FJ 8). De otra parte, es preciso tener presente que los principios rectores a los que se viene haciendo referencia no se limitan a comprometer al poder público para la consecución de un resultado fáctico, sino que le imponen un deber concreto, que en el caso que nos ocupa sería el de adoptar un marco normativo y establecer un modelo de provisión económica para

hacer efectivo un régimen público de Seguridad Social y el derecho a la protección a la salud. Así lo ha recordado el Tribunal Constitucional al afirmar:

«El contenido del mandato del artículo 43 CE reside en la obligación de los poderes públicos de organizar la salud pública y de tutelarla a través de las medidas, las prestaciones y los servicios sanitarios» (STC 95/2000, FJ 3).

En esta línea de exposición, el alto tribunal ha precisado que:

“La sostenibilidad del sistema sanitario público impone a los poderes públicos la necesidad de adoptar medidas de racionalización del gasto sanitario, necesarias en una situación caracterizada por una exigente reducción del gasto público, de manera que las administraciones públicas competentes tienen la obligación de distribuir equitativamente los recursos públicos disponibles y favorecer un uso racional de este sistema» (ATC 96/2011, FJ 6).

Tal y como ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional, en el marco del amplio margen de libertad de que dispone el legislador para modular la acción protectora del sistema de Seguridad Social, las circunstancias económicas y sociales adquieren una especial relevancia. Así, sobre los condicionantes económicos de los derechos sociales, y más, en concreto, respecto del modelo de la Seguridad Social, el mencionado Tribunal ha señalado que:

“El artículo 41 de la Constitución española impone a los poderes públicos la obligación de establecer -o mantener- un sistema protector que se corresponda con las características técnicas de los mecanismos de cobertura propios de un sistema de Seguridad Social. En otros términos, el referido precepto consagra en forma de garantía institucional un régimen público cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo un núcleo o reducto indisponible por el legislador, de tal suerte que ha de ser preservado en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar. Salvada esta indisponible limitación, el derecho que los ciudadanos puedan ostentar en materia de Seguridad Social es un derecho de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema, en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquél» (STC 37/1994, FJ 3).

Por su directa conexión con algunos de los razonamientos expresados en la solicitud de recurso, es preciso traer aquí el hecho de que el mencionado Tribunal ha señalado también:

“El carácter público del Sistema de Seguridad Social no queda cuestionado por la incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privadas, de importancia relativa en el conjunto de la acción protectora de aquel” (STC 37/1994, FJ 4).

Desde otra óptica, y en el supuesto de que los solicitantes entendieran que los preceptos cuestionados deberían haber regulado la materia de modo distinto, es preciso señalar que la inconstitucionalidad de un precepto no puede derivarse, en principio, de lo que no regula, sino de su expreso contenido normativo, pudiendo apreciarse que una omisión incurre en inconstitucionalidad únicamente cuando el texto constitucional impone al legislador el establecimiento de una medida concreta y determinada.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha declarado que la inconstitucionalidad por omisión “solo existe cuando la Constitución impone al legislador la necesidad de dictar normas de desarrollo constitucional y el legislador no lo hace” (SSTC 24/1982, FJ 3, y 74/1987, FJ 4), de forma que “la inconstitucionalidad de una norma por omisión sólo puede entenderse producida cuando es la propia Constitución la que impone al legislador la necesidad de integrar su texto en aspectos no contemplados por ella” (STC 317/1994, FJ 4). El Tribunal Constitucional añade, además, en específica referencia a los derechos de idéntico contenido al que ahora nos ocupa, que “la naturaleza de los principios rectores de la política social y económica que recoge el capítulo III del título I de nuestra Constitución hace improbable que una norma legal cualquiera pueda ser considerada inconstitucional por omisión, esto es, por no atender, aisladamente considerado, el mandato a los poderes públicos y en especial al legislador, en el que cada uno de esos principios por lo general se concreta” (STC 45/1989, FJ 4).

De lo dicho hasta aquí, se infiere la imposibilidad de atender a los razonamientos contenidos en la solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad. El legislador, en uso de la amplia libertad de decisión de la que está investido, se ha decantado por una determinada opción que no es compartida por la entidad compareciente, pero no debe confundirse el hecho de que pudieran haberse adoptado otras fórmulas para prestar el servicio encomendado -tales como las que implícitamente se defienden como más idóneas en el informe jurídico que acompaña la solicitud- con una vulneración del referido derecho a la salud o una vulneración de la

garantía institucional existente sobre la pervivencia de un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos.

TERCERO. Entramos, como última cuestión, en las alegaciones referidas a la vulneración del sistema constitucional de distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

En la solicitud recibida se reprocha, por una parte, que la Comunidad de Madrid carece de competencias para dictar normas como las cuestionadas y, por otra, que estas normas vulneran la normativa básica en la materia, con la consiguiente infracción de lo dispuesto en el artículo 149.1, parágrafos 16 y 17, de la Constitución. En el orden competencial, se discute la competencia de la Comunidad de Madrid para legislar en materia de sanidad, señalando al respecto que esta comunidad “carece de competencia para alterar el régimen público de aseguramiento sanitario del Sistema Nacional de Salud estableciendo uno propio”.

Con relación a ello, cabe recordar, a modo preliminar, el carácter básico de la Ley 15/1997, de 25 de abril, y la necesidad de un desarrollo reglamentario, previsto expresamente en la misma, extremos ya referidos en el fundamento I de la presente resolución.

De otra parte, es preciso tener presente que el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid atribuye a esta comunidad competencias relativas al desarrollo legislativo y a la ejecución de la legislación básica del Estado en materia de sanidad e higiene (art. 27.4).

Así pues, según el criterio de esta Institución, no resulta posible sustentar que la Comunidad de Madrid carezca de competencias para el desarrollo de lo dispuesto en la legislación básica del Estado en materia de sanidad y que los preceptos cuestionados vulneren el artículo 149.1.17.<sup>a</sup> del texto constitucional.

Teniendo presente que en la solicitud de recurso son varias las referencias a las competencias exclusivas del Estado y a su desbordamiento por la ley cuestionada - si bien no se concretan suficientemente las razones que sustentan tal afirmación-, resulta preciso, en primer término, analizar, a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional, el contenido y alcance de las normas básicas para, posteriormente, poder emitir un pronunciamiento en torno a las presuntas vulneraciones alegadas por los comparecientes.

Para ello, puede traerse a colación la doctrina constitucional que seguidamente se reproduce:

“Lo que la Constitución persigue al conferir a los órganos generales del Estado la competencia exclusiva para establecer las bases de la ordenación de una materia determinada es que tales bases tengan una regulación normativa uniforme y de vigencia en toda la nación, lo cual asegura, en aras de intereses generales superiores a los de cada comunidad autónoma, un común denominador normativo, a partir del cual cada comunidad, en defensa del propio interés general, podrá establecer las titularidades que le convengan dentro del marco de competencias que la Constitución y su estatuto le hayan atribuido sobre aquella misma materia” (Sentencias 1/1982, FJ 1, y 44/1982, FJ 2, entre otras).

En esta misma línea, el mencionado Tribunal ha señalado:

“La determinación general de los mencionados requisitos y condiciones de los centros, servicios, actividades y establecimientos sanitarios debía entenderse como una competencia de fijación de bases, que es, por tanto, en virtud del mandato del artículo 149.1.16.<sup>a</sup> de la Constitución de titularidad estatal “en cuanto trata de establecer características comunes en los centros, servicios y actividades de dichos centros”(…) tales requisitos y competencias debían considerarse siempre como mínimos y que, por consiguiente, por encima de ellos, cada comunidad autónoma que posea competencia en materia sanitaria... puede establecer medidas de desarrollo legislativo y puede añadir a los requisitos mínimos determinados con carácter general por el Estado, otros que entienda oportunos o especialmente adecuados” (STC 109/2003, FJ 3).

En un sentido similar, y también acerca del contenido y alcance de las normas básicas, el referido Tribunal ha declarado que la legislación básica ha de establecer “el marco de una política global” (STC 64/1982, FJ 4) o los “elementos normativos uniformes o de denominador común”, pero “nunca la fijación de bases... debe llegar a tal grado de desarrollo que dejen vacías de contenido las correspondientes competencias de las comunidades autónomas” (STC 32/1983, FJ 2); que en las “bases” las decisiones esenciales “corresponden al legislador estatal, sin perjuicio de que las competencias concretas en que se articulen dichas decisiones puedan, sin desfigurar su identidad de conjunto, ser moduladas o ampliadas en virtud de las competencias de la comunidad autónoma” (STC 137/1986, FJ 4); y que la función propia de la legislación básica es la de delimitar el campo legislativo autonómico, lo

que no supone exclusión o vaciamiento de sus competencias estatutariamente asumidas (STC 99/1987, FJ 2).

Por otra parte, cabe recordar que, en el supuesto de que los solicitantes quieran referirse al artículo 139.1 del texto constitucional –lo que no precisan- cuando hacen mención a la diferente situación de la población asegurada en cuanto a la prestación de la asistencia sanitaria, en función de que resida o no en las áreas de influencia de los centros sanitarios objeto de reordenación, tal afirmación contiene un juicio hipotético basado en una determinación apriorística, que ni se deduce necesariamente de la norma cuestionada ni, en caso de que llegara a producirse, podría atribuirse a la misma, dado que el legislador, y la Administración si, como es el caso, cuenta con la adecuada habilitación legislativa, pueden dictar normas en cualquier momento para prevenir la producción de eventuales efectos adversos o para reconducir aquellos que llegaran a producirse. Así pues, no parece posible mantener que el hecho de que una norma no regule de forma exhaustiva todas sus hipotéticas consecuencias resultaría suficiente para tacharla de inconstitucional.

Tampoco puede acogerse la alegación sobre que las medidas adoptadas supongan la vulneración del epígrafe 18 del artículo 149.1 de la Constitución. Se defiende que la Comunidad de Madrid habría vulnerado dicho precepto, dado que la norma cuestionada se ha promulgado sin establecer previamente una serie de regulaciones y salvaguardias imprescindible para ejercer los poderes de policía necesarios, con los que asegurar la buena marcha de los servicios; lo que implícitamente supondría una renuncia al ejercicio de su competencia.

Tal razonamiento no puede compartirse puesto que la norma analizada, como cualquier otra, ha de integrarse en el ordenamiento jurídico, que no está precisamente falto de normas que garantizan las potestades públicas para asegurar el cumplimiento de los contratos o de cualquier resolución que en torno a ellos pueda adoptarse. De hecho, los dos preceptos cuestionados establecen varias cautelas al respecto (arts. 62.3, 63.5 y 63.6).

CUARTO. Al margen de lo hasta aquí expuesto, esta Institución observa que en buena parte de la argumentación en la que se fundamenta la petición de recurso subyace el temor por la posibilidad de que el cambio de un modelo preponderantemente público a uno de colaboración pública-privada en la gestión sanitaria puede ocasionar un deterioro de la calidad del servicio y una asignación no equitativa de los recursos económicos del Servicio Madrileño de Salud.

Tales problemas, de producirse, motivarían la intervención de esta Institución en el marco de sus competencias de supervisión de la actividad de las administraciones públicas; para lo que la asociación compareciente y cualquier ciudadano que pueda sentir que sus derechos son lesionados pueden tener la seguridad de que tendrán al Defensor del Pueblo a su completa disposición.

De igual manera, es preciso llamar la atención sobre el hecho de que la introducción de nuevas fórmulas de gestión sanitaria, como las que permite la norma examinada, debe ir acompañada de una importante y continuada actividad de seguimiento y control por parte de la Administración Pública competente —la de la Comunidad de Madrid en este caso—, así como de una comunicación completa, verificable, periódica y transparente de los resultados de esa gestión, en clave de satisfacción del derecho a la salud de todos los ciudadanos.

En este momento no se disponen de elementos básicos para efectuar una valoración de conjunto del proceso. Será necesario conocer el desarrollo normativo que se dé a los preceptos aquí estudiados, la planificación estratégica y los correspondientes pliegos que regulen los procedimientos de contratación administrativa para poder formar un juicio sobre la virtualidad de las garantías y el alcance de las potestades públicas previstas para asegurar la reclamada coherencia global del sistema.

En el desarrollo de toda esta tarea, sería necesario que se atendiera con carácter preferente a una serie de cuestiones, entre las que cabe citar las siguientes:

1) Las medidas de desarrollo deberían asegurar la pluralidad entre las entidades privadas prestadoras de servicios, de modo que se evite en lo posible la posición dominante de alguna de ellas en la gestión de los hospitales y de los centros de salud.

2) Una adecuada previsión financiera y presupuestaria debería garantizar que el gasto por enfermo resulta equivalente tanto en la función asistencial que realiza el Servicio Madrileño de Salud como en la realizada por las entidades privadas adjudicatarias que asuman la gestión de los hospitales y centros de salud previstos en los artículos 62 y 63 de la Ley de la Comunidad de Madrid 8/2012.

3) Debería examinarse con vistas a asegurar su efectividad práctica el marco de derechos de los usuarios del Servicio Madrileño de Salud, reforzando algunos de ellos como el derecho a la libre elección o a una segunda opinión.

4) Cabe la posibilidad de establecer un sistema, accesible para los usuarios y directamente gestionado por los órganos de control sanitario de la Comunidad de Madrid, por el que los profesionales sanitarios puedan dejar constancia de su criterio sobre la conveniencia de derivar a un paciente a un concreto servicio, con independencia de la fórmula por la que dicho servicio esté gestionado.

Dado el alcance que la norma prevé dar a esta nueva fórmula de colaboración pública-privada, esta Institución seguirá con especial interés tanto el proceso de implantación de este nuevo modelo como las fórmulas que se establezcan para garantizar la mayor homogeneidad y calidad de la actividad asistencial, con independencia del modelo de gestión de que se trate, en línea con las cuestiones mencionadas, y demás que puedan surgir a lo largo de dicho proceso.

#### IV

Mediante escrito presentado ante esta Institución el día 27 de marzo de 2013, un ciudadano, a título particular, solicitó la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 8/2012, de 28 de diciembre.

La solicitud contenía una exposición sobre la Ley 8/2012, que consideraba haber supuesto una masiva modificación de varias leyes que modifican el actual *status quo* de determinados sectores, algunos de ellos esenciales para la planificación económica de la sociedad o para asegurar la protección de determinados colectivos. Concretamente se refería a las modificaciones de la Ley 6/2001, de 3 de julio, del Juego en la Comunidad de Madrid, de la Ley 9/1995, de 28 de marzo, de Medidas de Política Territorial, Suelo y Urbanismo y otros como el Real Decreto-Ley 16/1977, de 25 de febrero.

#### ***Fundamentos de la resolución***

PRIMERO. Ante todo ha de señalarse que, salvo alusiones genéricas y la cita de dos sentencias del Tribunal Constitucional, la solicitud no viene argumentada sobre concretos preceptos constitucionales. Aunque esto no es de por sí una causa para desestimar la pretensión del solicitante siempre que se deduzca el verdadero carácter de lo alegado, sí es indicio sin embargo de que podemos estar ante cuestiones opinables, de conveniencia política -técnicamente hablando son 'cuestiones de oportunidad'-, con las que se puede estar o no de acuerdo. Pero buena parte de los argumentos del solicitante no se refieren a cuestiones relacionadas con la constitucionalidad de una ley, que es el exclusivo objeto de la presente resolución.

En cuanto a la invalidez de la utilización de una ley de medidas fiscales y administrativas para realizar cambios sustanciales en sectores de vital importancia, simplemente no es aplicable la doctrina constitucional citada por el solicitante, que está referida a las leyes de Presupuestos Generales. Precisamente para atender esta doctrina fue adoptada la técnica de las leyes de medidas fiscales y administrativas, o 'leyes de acompañamiento'. Además, y en esa misma doctrina del Tribunal Constitucional, se establece que hay un plano de las decisiones políticas y del enjuiciamiento político que tales decisiones merezcan, y otro plano distinto para la calificación de inconstitucionalidad, que tiene que hacerse con arreglo a criterios estrictamente jurídicos. Dice el Tribunal Constitucional que el dogma de la deseable homogeneidad de un texto legislativo no es obstáculo insalvable que impida al legislador dictar normas multisectoriales, pues tampoco existe en la Constitución precepto alguno, expreso o implícito, que impida que las leyes tengan un contenido heterogéneo (STC 136/2011, citada en la solicitud).

La solicitud no argumenta cuáles son los preceptos constitucionales que imponen al legislativo consultar a los sectores de la sociedad para entender la realidad desde otros puntos de vista. Un parlamento es justamente una representación de la ciudadanía, y la ley la expresión de la voluntad ciudadana.

SEGUNDO. En cuanto a las modificaciones de la Ley 6/2001, de 3 de julio, del Juego en la Comunidad de Madrid, no tienen carácter constitucional los argumentos de la solicitud. Puede opinarse sobre si se minimiza la protección de las personas más vulnerables solo en los Centros Integrados de Desarrollo y no en el resto de casinos, sobre la posibilidad del otorgamiento de crédito a clientes, sobre la apertura las 24 horas del día, sobre permitir la entrada de menores acompañados de un adulto, pero éstos no son asuntos que tengan que ver ni que vulneren la Constitución. Más allá de la oportunidad o inoportunidad de semejantes medidas, la Constitución deja un marco muy amplio de configuración de las reglas legislativas, y serán el Parlamento y la opinión pública quienes juzguen su bondad. Lo mismo cabe decir sobre el resto de asuntos plasmados con este aspecto de la solicitud, que no explicita cómo se vulnera la Constitución, cuando no incurre en apreciaciones que no es posible compartir en su tenor literal, como sostener que la comunidad autónoma se reserva "la capacidad de indultar" por sanciones.

De nuevo es aplicable aquí la doctrina del Tribunal Constitucional acerca de que la solicitud se sitúa en el plano de las decisiones políticas y del enjuiciamiento político que las decisiones legislativas merezcan, pero no se sitúa en el plano de la

calificación de inconstitucionalidad, que tenía que haberse hecho con arreglo a criterios jurídicos estrictos.

TERCERO. Sobre las modificaciones a la Ley 9/1995, de 28 de marzo, de Medidas de Política Territorial, Suelo y Urbanismo, tampoco tienen carácter constitucional los argumentos del solicitante.

No es cierto que los Centros Integrados de Desarrollo (CID) calificados como Proyecto de Alcance Regional (PAR) queden “eximidos de ser regulados por los instrumentos de ordenación del territorio”, pues es evidente que el nuevo capítulo IV Proyectos de Alcance Regional, del título IV de la Ley 9/1995 contiene una regulación propia de la ordenación territorial. La expropiación del suelo por la Administración en beneficio de un particular está prevista en nuestra legislación desde muy antiguo, no es una novedad de la nueva norma, lo mismo que haya razones de urgencia o excepcional interés público que exijan, ordenen y diseñen proyectos incompatibles con la ordenación urbanística municipal y que entonces ésta deba modificarse, una posibilidad ya prevista por ejemplo en la Ley del Suelo de 1976 (texto refundido). Simplemente, los PAR se sobreponen a la ordenación municipal, pasa a ser directamente una ordenación urbanística autonómica, y no se encuentra en la solicitud argumentos de inconstitucionalidad sobre estos aspectos. Tampoco es cierto que el nuevo régimen vulnere la Constitución porque “no se tratan los perjuicios ambientales que pueden acarrear los CID”, pues manifiestamente se exige un estudio de impacto ambiental y que el órgano ambiental formule un informe de análisis ambiental y en su caso una declaración de impacto, con las condiciones para la adecuada protección del medio y de los recursos naturales, condiciones que deberán incluirse en el proyecto que se presente a la Comisión de Urbanismo.

CUARTO. Acerca de las modificaciones económicas, el escrito apunta la posible infracción de la Constitución del nuevo tratamiento fiscal que la Ley 8/2012 de la Asamblea de Madrid otorga a la actividad del juego en la Comunidad de Madrid. Aunque no indica claramente los fundamentos de tal consideración, parece deducirse que el solicitante estima que se quiebra el principio de igualdad tributaria y que carece de fundamento para su promulgación. Así, argüiría la inconstitucionalidad de la Ley 8/2012 por vulneración del artículo 9.3 (interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos) y del artículo 14 en relación con el 31.1, de la Constitución.

El Tribunal Constitucional ha declarado que la calificación de «arbitraria» dada a una ley a los efectos del artículo 9.3 exige cierta prudencia; y que el control de la constitucionalidad de las leyes debe ejercerse de forma que no imponga constricciones indebidas al poder legislativo y respete sus opciones políticas. El

cuidado que el Tribunal Constitucional tiene para mantenerse dentro de los límites de ese control ha de extremarse cuando se trata de aplicar preceptos generales e indeterminados, como es el de la interdicción de la arbitrariedad. Desde ese punto de vista el análisis se ha de contener en verificar si la ley establece una discriminación, pues la discriminación entraña siempre una arbitrariedad; o bien si, aun no estableciéndola, carece de toda explicación racional, lo que también supondría arbitrariedad (todo lo anterior en la STC 108/1986, fundamento jurídico decimooctavo). Para el Tribunal Constitucional la ley es arbitraria si carece de toda explicación racional, sin que sea pertinente un análisis a fondo de todas las motivaciones posibles de la norma y de todas sus eventuales consecuencias (STC 116/1999, fundamento jurídico decimocuarto).

Por tanto, en palabras del propio Tribunal Constitucional si el poder legislativo opta por una configuración legal de determinada materia o sector del ordenamiento, no es suficiente la mera discrepancia política para tachar aquélla de arbitraria (STC 239/1992, fundamento jurídico quinto; antes ya en la STC 99/1987).

De todo lo cual se concluye que, en principio, el legislador goza de un amplio margen de decisión y el hecho de no compartir su criterio no significa que la norma incurra en arbitrariedad.

Así, habrá que analizar la situación creada por la Ley 8/2012 teniendo en cuenta el sentido que el Tribunal Constitucional ha dado a la igualdad tributaria relacionando el principio del artículo 14 con el artículo 31.1 CE, que contiene una manifestación específica de la igualdad, cuyos rasgos esenciales pueden resumirse como sigue:

"a) No toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del artículo 14 CE, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable.

b) El principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional.

c) El principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas, por no venir fundadas en criterios objetivos y suficientemente razonables de acuerdo con juicios de valor generalmente aceptados.

d) Para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable, además, que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos (por todas, SSTC 76/1990, fundamento jurídico 9 A); y 214/1994, fundamento jurídico 8 B).

e) Es también doctrina reiterada de este Tribunal que la igualdad ante o en la ley impone al legislador el deber de dispensar un mismo tratamiento a quienes se encuentran en situaciones jurídicas iguales, con prohibición de toda desigualdad que, desde el punto de vista de la finalidad de la norma cuestionada, carezca de justificación objetiva y razonable o resulte desproporcionada en relación con dicha justificación (SSTC 3/1983, FJ 3º; 75/1983, FJ 2º; 6/1984, FJ 2º; 209/1988, FJ 6º; 76/1990, FJ 9º; 214/1994, FJ 8º; 9/195, FJ 2º; 164/1995, FJ 7º; 134/1996, FJ 5º; 117/1998, FJ 8º; y 46/1999, FJ 2º, por todas)".

De acuerdo con esta doctrina, la acomodación a la Constitución de una norma depende de la finalidad que persigue, por lo que no se puede comprender la decisión del legislador sin acudir al preámbulo de la Ley 8/2012, según el cual la modificación de la tributación de casinos responde a la necesidad de adaptar la actual tributación de los que operan en la Comunidad de Madrid al nuevo entorno que pudiera existir con la entrada en funcionamiento de los Centros Integrados de Desarrollo. Además, en la norma se establece el mismo régimen tributario para todo el sector, de modo que los que se encuentran en igual situación obtienen similares consecuencias fiscales.

En cualquier caso conviene aclarar que el sistema tributario es dinámico y establece, según el momento de su aplicación, exenciones, bonificaciones, deducciones y regímenes diversos, y no por ello conculcan la Constitución siempre que se respeten los principios básicos contenidos en ésta.

Procede por cuanto queda expuesto desestimar la solicitud.

## **Ley de la Comunidad Foral de Navarra 10/2013, de 12 de marzo, de modificación de la Ley Foral 2/1995, de 10 de marzo, de Haciendas Locales de Navarra**

El Defensor del Pueblo de Navarra remitió un escrito, con registro de entrada en esta Institución de 17 de junio de 2013, en el que un ciudadano, en su condición de presidente del consejo de administración y consejero delegado de una autovía de Navarra, solicitaba la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 134.4 de la Ley Foral 2/1995, de 10 de marzo, en la redacción dada por la Ley Foral 10/2013, de 12 de marzo, publicada en el *Boletín Oficial de Navarra* número 53, de 18 de marzo de 2013.

La solicitud sostenía la inconstitucionalidad del citado artículo 134.4 de la Ley de Haciendas Locales de Navarra, porque sujeta a tributación en la Contribución Territorial las autovías navarras afectadas por el denominado “peaje en la sombra”, siendo que estas infraestructuras se encuentran exentas en el resto del territorio español. Consideraba que el mencionado precepto infringe los artículos 14, 31.1, 139 y 149.1.1.<sup>a</sup> de la Constitución española.

La desestimación de la solicitud de recurso tuvo la fundamentación siguiente:

### ***Fundamento único de la resolución***

El ejercicio de la legitimación activa conferida por los artículos 162.1.a) de la Constitución, 32 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional y 29 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, sólo es posible, conforme al artículo 33.1 de la segunda de las disposiciones citadas, en el plazo de tres meses desde la publicación de la ley objeto de impugnación. En el presente caso el plazo termina el 18 de junio de 2013, es decir, que la solicitud de interposición de recurso ha sido presentada con 24 horas de antelación al fin del término procesal.

Ciertamente, la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo no establece plazo alguno en el que haya de ser presentada una solicitud de formulación de recurso de inconstitucionalidad, pero es cierto también que el plazo de 3 meses rige para todos, de modo que el interesado no puede dejar de tenerlo en cuenta. A su vez, las normas jurídicas han de ser siempre interpretadas (artículo 3.1 del Código Civil) en relación con el contexto y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas. Es decir, que nuestro ordenamiento no está tan formalizado como para impedir referir las normas jurídicas a la realidad, al mundo de los hechos. De lo cual se deduce, sin necesidad de regla

alguna que expresa y explícitamente lo determine, que esta Defensoría necesita un tiempo razonable para estudiar, dictaminar, redactar y resolver las solicitudes, y eventualmente elaborar la correspondiente demanda al Tribunal Constitucional. Ese tiempo razonable es indeterminado, pero resulta determinable en cuanto concepto jurídico de esa clase atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso.

A juicio de esta Institución 24 horas hábiles no constituyen en el presente supuesto tiempo bastante ni apto para las labores materiales correspondientes a la solicitud de que tratamos.

No es trivial el estudio de la solicitud y la correspondiente resolución en un caso como el de la Ley Foral 10/2013, de 12 de marzo, que el propio solicitante considera contraria a diversos artículos de la Constitución. La reglamentación requiere que la Defensora del Pueblo oiga a la Junta de Coordinación, y ésta antes precisa que la solicitud sea informada por los servicios jurídicos de la Institución.

La conclusión entonces no puede ser otra que la imposibilidad material de estudiar y calificar la solicitud para, eventualmente, dirigir un recurso ante el Tribunal Constitucional.

La tardía recepción de la petición de interposición de recurso de inconstitucionalidad imposibilita materialmente examinar con seriedad y rigor el fondo del asunto y concluir sobre su adaptación a la Constitución, es decir, por falta de tiempo hábil no se considera apropiado entrar a hacerlo fuera de plazo. Con todo, esta Defensoría valorará la posibilidad de informar sobre el presente caso a las Cortes Generales en la próxima memoria anual.

## **Decreto-ley de la Comunitat Valenciana 7/2012, de 19 de octubre, de medidas de reestructuración y de racionalización del sector público empresarial y fundacional de la Generalitat**

Mediante escrito presentado ante esta Institución el día 7 de noviembre de 2012, los interesados, en su nombre y en representación de 38 trabajadores de la Agencia Valenciana de Movilidad de la Comunitat Valenciana, solicitaron la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 16 y las seis disposiciones adicionales del Decreto-ley 7/2012, de 19 de octubre, del Consell.

Con la fundamentación que a continuación se transcribe, se rechazó la interposición de recurso.

### ***Fundamentos de la resolución***

PRIMERO. El escrito de solicitud de interposición de recurso aborda la inconstitucionalidad de la norma desde dos perspectivas diferentes: la primera relativa a la necesidad de existencia de la Agencia de Movilidad Valenciana para la prestación de un servicio de calidad y, la segunda, en cuanto a las consecuencias que dicha supresión va a tener en el personal perteneciente a la misma. Por tanto, la presente resolución se va a dividir en dos partes explicativas de cada una de las cuestiones.

SEGUNDO. El primer aspecto a tener en cuenta es la posibilidad constitucional de la supresión de la Agencia Valenciana de Movilidad. La mencionada AVM se creó por Ley de la Generalitat Valenciana 9/2000, de 23 de noviembre, de Constitución de la Agencia Valenciana de Movilidad Metropolitana, como ente de derecho público con personalidad jurídica propia e independiente adscrito a la Consellería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes, con la encomienda de adopción de medidas para hacer efectiva la cooperación de la Generalitat con los ayuntamientos y demás administraciones públicas en los servicios de transporte público regular de viajeros en el área a la que se refiere la Ley 1/1991, de 14 de febrero, de la Generalitat Valenciana, de Ordenación del Transporte Metropolitano del Área de Valencia, así como en materia de servicios de taxi en el Área de Prestación Conjunta de Valencia establecida por Orden del Conseller de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes.

La Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, recoge entre las competencias exclusivas de la comunidad en su artículo 49.1.1.<sup>a</sup> la de autoorganización que, de acuerdo con la interpretación del Tribunal Constitucional, STC 50/1999 FJ 3, significa "... algo inherente a la autonomía (STC 227/1988) en tanto que competencia exclusiva tiene como único contenido la

potestad para crear, modificar y suprimir los órganos, unidades administrativas o entidades que configuran las respectivas Administraciones autonómicas o dependen de ellas (SSTC 35/1982, 165/1986, 13/1988 y 227/1988). Hemos declarado que «conformar libremente la estructura orgánica de su aparato administrativo» (STC 165/1986), establecer cuáles son «los órganos e instituciones» que configuran las respectivas Administraciones (STC 35/1982, FJ 2º), son decisiones que corresponden únicamente a las Comunidades Autónomas...». En consecuencia, la Generalitat Valenciana tiene libertad para suprimir la AVM en el ejercicio de su libertad de organización.

Invocan los comparecientes la infracción del artículo 103.1 de la Constitución al estimar que la decisión de suprimir la AVM no sirve a los intereses generales. No existe una definición constitucional del interés general, ya que el artículo 103.1 contiene un concepto jurídico indeterminado que habilita a actuar a las administraciones públicas, así lo entendió el propio Tribunal Constitucional, STC 68/1984, cuando dice: “... no cabe desconocer que la facultad atribuida por la Constitución al Estado para definir el interés general, concepto abierto e indeterminado llamado a ser aplicable a las respectivas materias...”.

En el presente caso se sostiene la infracción constitucional del artículo 103.1 porque la finalidad perseguida por la nueva norma es la consecución de la estabilidad presupuestaria, causa económica incompatible con la naturaleza de la Administración Pública. Sin embargo, la Administración Pública no es ni puede ser ajena a las decisiones presupuestarias, y no por ello incurre en infracción constitucional. Como dice el Tribunal Constitucional, en STC294/1994, fundamento jurídico 3:

“Para una cabal comprensión de esta cuestión en el caso que aquí se trata es preciso arrancar del peculiar entrecruzamiento entre la legalidad administrativa, entendida como sometimiento pleno de la actuación administrativa a la ley y al Derecho (artículo 103.1 CE), y la legalidad presupuestaria en el régimen jurídico de las obligaciones pecuniarias del Estado, en particular de las obligaciones legales que son las que aquí nos importan cuyas vicisitudes aparecen condicionadas en su exigibilidad y momento del pago a la existencia del correspondiente crédito presupuestario consignado en los Presupuestos Generales del Estado.

Las obligaciones económicas del Estado válidamente nacidas de la ley, de los negocios jurídicos y de los actos o hechos que, según derecho, las generen, no podrán ser cumplidas si no existe crédito presupuestario suficiente para hacerles frente (artículos 42 y 43.1 de la Ley General Presupuestaria), siendo nulos los actos de

ejecución presupuestaria o de disposición del gasto que incumplan esta prohibición (artículo 60 LGP).

Este entrecruzamiento entre el principio de legalidad administrativa y el de legalidad presupuestaria, tiene su raíz en la separación o desconexión entre la fuente de las obligaciones del Estado o título jurídico del cual pueden nacer válidamente las obligaciones económicas del Estado y la fuente del gasto público, esto es el procedimiento específico a través del cual la Hacienda cumple sus obligaciones contraídas y se libera de sus deudas mediante el pago. Como se afirmó en las SSTC 63/1986, fundamento jurídico 6º, y 13/1992 fundamento jurídico 5º «los créditos consignados en los estados de gastos de los Presupuestos Generales del Estado no son fuente alguna de obligaciones; sólo constituyen autorizaciones legislativas para que dentro de unos determinados límites la Administración del Estado pueda disponer de los fondos públicos necesarios para hacer frente a sus obligaciones. La fuente de éstas debe buscarse fuera de dichas consignaciones presupuestarias, ya sea en la ley, ya en los negocios jurídicos o en los actos o hechos que según derecho las generen, tal como señala el artículo 42 de la LGP».

Como es de todos sabido, el principio de estabilidad presupuestaria al que responde la reforma, cuya inconstitucionalidad se pretende, es un principio constitucional recogido en el artículo 135 de la Constitución española y vincula a todas las administraciones públicas, exigiendo además una limitación del déficit. El Decreto-ley 7/2012, de 19 de octubre, del Consell, de Medidas de Reestructuración y de Racionalización del Sector Público Empresarial y Fundacional de la Generalitat, precisamente responde a este objetivo y así se hace constar en el preámbulo del mismo cuando dice:

“Con una perspectiva más global, el pasado mes de mayo, el Consell anunció la nueva configuración del Sector Público Empresarial y Fundacional, que engloba una serie de medidas estructurales para coadyuvar, mediante un Sector Público más reducido tanto en número de entes como en dimensión, a la contención del gasto público y a la consecución de la estabilidad presupuestaria que, de conformidad con el artículo 135.1 de la Constitución española, es un principio de obligado cumplimiento para las Administraciones Públicas. En este sentido, hay que señalar que lograr un sector público más reducido implica también la necesidad de reorganizar y redimensionar medios materiales y humanos, aplicando las medidas necesarias para la sostenibilidad del mismo sobre la base del nuevo horizonte presupuestario y teniendo en cuenta, además, como referencia para todo ello, el criterio global organizativo o técnico que el proceso de reestructuración implica”.

En cuanto a las consecuencias para el servicio de transporte, hay que tener en cuenta que la Generalitat no renuncia a la prestación del servicio sino que lo va a gestionar de forma diferente, se realizará directamente por la correspondiente, según reza el apartado 2 del artículo 16 del Decreto-ley 7/2012, de 19 de octubre, del Consell, de Medidas de Reestructuración y de Racionalización del Sector Público Empresarial y Fundacional de la Generalitat. A ello hay que añadir que la Constitución nada dice sobre la forma en que la Administración debe cumplir sus fines, con el límite del sometimiento pleno a la ley y al Derecho, límite no traspasado en el presente supuesto toda vez que la estabilidad presupuestaria constituye una exigencia legal y constitucional que condiciona la forma de prestación del servicio y no el servicio en sí mismo según se ha explicado, por lo que tampoco se ven afectados los preceptos constitucionales invocados.

La Constitución no impide la supresión del ente público ni requiere una organización y gestión determinada. Esta libertad de decisión con que cuenta la Generalitat no implica que la misma incurra en arbitrariedad, pues dentro de las posibilidades constitucionalmente admisibles puede optar por la más adecuada para la consecución de sus políticas, así lo ha entendido el Tribunal Constitucional, entre otras, en la Sentencia 129/1987, fundamento jurídico 5º:

“No se puede tachar de arbitraria una norma por la adopción de medidas para la adaptación de un sector a la realidad socioeconómica a que han de enfrentarse cuando existe un motivo lícito que lo justifica y estas suponen un medio idóneo y proporcionado al fin”.

Por último, cabe afirmar que el Tribunal Constitucional es cauteloso al momento de enjuiciar los actos del legislador, señalando que «el control de constitucionalidad de las leyes debe ejercerse de forma que no imponga constricciones al poder legislativo y respete sus opciones políticas» no debiendo olvidarse el dogma básico de todo el sistema democrático, según el cual la ley es expresión de la voluntad popular, como expresamente dice el preámbulo de la Constitución (STC 108/1986).

Por consiguiente, no se dan en el artículo 16 del Decreto-ley 7/2012, de 19 de octubre, del Consell, de Medidas de Reestructuración y de Racionalización del Sector Público Empresarial y Fundacional de la Generalitat, los requisitos necesarios para valorar la inconstitucionalidad alegada.

TERCERO. El segundo aspecto que se considera controvertido del Decreto-ley 7/2012, de 19 de octubre, del Consell, de Medidas de Reestructuración y de Racionalización del Sector Público Empresarial y Fundacional de la Generalitat, es la adopción de medidas en materia de personal por las seis primeras disposiciones adicionales del mismo. En este punto los interesados consideran que infringen el artículo 103 CE al tratarse de una decisión económica, la Ley de la Función Pública Valenciana y el principio de igualdad constitucional.

Hay que aclarar previamente que la posible contradicción del Decreto-ley 7/2012, de 19 de octubre, del Consell, de Medidas de Reestructuración y de Racionalización del Sector Público Empresarial y Fundacional de la Generalitat, con la Ley de la Función Pública Valenciana nada tiene que ver con la acomodación de la norma a la Constitución, por lo que esta cuestión no se aborda en la presente resolución.

Respecto a la infracción del artículo 103 CE por las decisiones en materia de personal basadas en criterios económicos que, a juicio de los comparecientes, deben ser ajenos a las decisiones de la Administración Pública, ya se ha explicado en el fundamento anterior la necesidad de respetar el principio de estabilidad presupuestaria por las actuaciones de la Administración Pública. Del mismo modo se ha hecho referencia al entrecruzamiento entre las decisiones de las administraciones públicas y la legalidad presupuestaria.

En cuanto a la posible infracción del principio de igualdad constitucional sostenida por los interesados, hay que tener presente que sobre el mismo el Tribunal Constitucional ha elaborado una detallada doctrina cuyos rasgos esenciales pueden resumirse como sigue:

“a) No toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del artículo 14 CE, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable.

b) El principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional.

c) El principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas,

por no venir fundadas en criterios objetivos y suficientemente razonables de acuerdo con juicios de valor generalmente aceptados.

d) Para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable, además, que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos (por todas, SSTC 76/1990, FJ 9º A; y 214/1994, FJ 8º B).

e) Es también doctrina reiterada de este Tribunal que la igualdad ante o en la ley impone al legislador el deber de disponer un mismo tratamiento a quienes se encuentran en situaciones jurídicas iguales, con prohibición de toda desigualdad que, desde el punto de vista de la finalidad de la norma cuestionada, carezca de justificación objetiva y razonable o resulte desproporcionada en relación con dicha justificación (SSTC 3/1983, FJ 3º; 75/1983, FJ 2º; 6/1984, FJ 2º; 209/1988, FJ 6º; 76/1990, FJ 9º; 214/1994, FJ 8º; 9/1995, FJ 2º; 164/1995, FJ 7º; 134/1996, FJ 5º; 117/1998, FJ 8º, y 46/1999, FJ 2º, por todas)”.

Ahora bien, dado que las disposiciones adicionales del Decreto-ley 7/2012, de 19 de octubre, del Consell, de Medidas de Reestructuración y de Racionalización del Sector Público Empresarial y Fundacional de la Generalitat, regulan la situación del personal, el problema de la igualdad hay que abordarlo desde la perspectiva del artículo 23 CE. En este sentido el Tribunal Constitucional ha sostenido que el principio de igualdad no sólo actúa en el momento de acceso a la función pública, sino también a lo largo de la vida de la relación funcional, de modo que los ciudadanos no deben ser discriminados para el empleo público, una vez incorporados a la función pública (STC75/1983,47/1989 y 76/1989). Ello no quiere decir que el funcionario que ingresa en la Administración Pública adquiera un puesto de trabajo invariable y que las modificaciones del mismo afecten a sus derechos, en palabras del propio Tribunal Constitucional, en STC 293/1993, fundamento jurídico 3:

“El funcionario que ingresa al servicio de una Administración Pública se coloca en una situación jurídica definida legal y reglamentariamente y, por ello, modificable por uno y otro instrumento normativo, sin que en consecuencia pueda exigir que la situación estatutaria quede congelada en los términos en que se hallaba regulada al tiempo de su ingreso (SSTC 99/1987, 129/1987 y

70/1988). Al amparo del principio de igualdad y por comparación con situaciones pasadas no puede pretenderse paralizar las reformas orgánicas y funcionariales que decidan las Administraciones públicas (ATC 160/1989). Estas disfrutaban de un amplio margen de actuación a la hora de consolidar, modificar o completar sus estructuras y de configurar o concretar organizativamente el status del personal a su servicio (STC 57/1990). La discriminación entre estas estructuras que son creación del Derecho y pueden quedar definidas por la presencia de muy diversos factores, de existir, únicamente derivará de la aplicación por la Administración de criterios de diferenciación que no resulten objetivos ni generales (SSTC 7/1984, 68/1989, 77/1990 y 48/1992).

Desde estas premisas doctrinales, la Resolución administrativa impugnada resulta constitucionalmente irreprochable. La Diputación Provincial, ejerciendo la potestad de autoorganización que expresamente le reconoce el art. 4.1.a), de la Ley 7/1985, de 2 de abril, acordó modificar la estructura de una de sus Unidades y reclasificar los puestos de trabajo adscritos al Servicio de Automóviles, en cuya virtud quedaban integrados en cinco grupos distintos delimitados por una serie de rasgos (la naturaleza del servicio a prestar, el tipo del vehículo que se conduce, la duración de la jornada de trabajo y las especiales circunstancias que deben reunir determinados puestos de trabajo). Determinó, pues, las funciones y características de los diversos grupos de acuerdo con criterios dotados de la suficiente objetividad y generalidad; y en atención a la responsabilidad, especial dificultad técnica, dedicación y peligrosidad en cada caso concurrentes, fijó la cuantía del correspondiente complemento específico. Este proceder respeta no sólo lo dispuesto en el art. 4 del Real Decreto 861/1986, de 25 de abril, sino también las exigencias del art. 14 CE, sin que competa a este Tribunal sustituir o revisar la apreciación técnica llevada a cabo por los órganos de la Administración demandada

Continúa la mencionada sentencia en su fundamento jurídico 4:

“... Respecto de la adscripción provisional de la plantilla en los nuevos grupos surgidos de la reclasificación, importa recordar, de entrada, que cuando se invocan simultáneamente los arts. 14 y 23.2 de la CE las supuestas violaciones de aquel quedan subsumidas en las más concretas de este, salvo que la discriminación impugnada concierna a alguno de los criterios explícitamente proscritos en el art. 14 (SSTC 50/1986, 84/1987, 27/1991 y 217/1992). Sin perjuicio de lo que más adelante se razonará a propósito del art. 28.1 CE, tal

salvedad no concurre en este supuesto y, por consiguiente, debemos centrar el análisis en el art. 23.2 CE

Dicho precepto, al reconocer a los ciudadanos el derecho a acceder en condiciones de igualdad a los cargos y funciones públicas con los requisitos que señalen las leyes, concreta el principio general de igualdad en el ámbito de la función pública. No confiere un derecho sustantivo a desempeñar funciones determinadas (SSTC 50/1986 y 200/1991), sino que garantiza a los ciudadanos una situación jurídica de igualdad en el acceso a las funciones públicas, con la consiguiente imposibilidad de establecer requisitos para acceder a las mismas que tengan carácter discriminatorio (STC 47/1990); otorga un derecho de carácter puramente reaccional para impugnar ante la justicia ordinaria, y, en último término, ante este Tribunal, toda norma o aplicación concreta de una norma que quiebre la igualdad (SSTC 50/1986, 148/1986, 24/1990 y 200/1991). E interpretado sistemáticamente con el segundo inciso del art. 103.3 CE, impone la obligación de no exigir para el acceso a la función pública requisito o condición alguna que no sea referible a los principios de mérito y capacidad (SSTC 50/1986, 148/1986, 193/1987, 206/1988, 67/1989, 27/1991 y 215/1991).

En el presente caso no se plantea un problema de acceso a la función pública, sino de adscripción a determinados puestos de trabajo, pues bien, una lectura detallada de las disposiciones adicionales señaladas no lleva a iguales conclusiones que los interesados, que consideran discriminatorio que la norma depare un tratamiento similar a la AVM que a las entidades empresariales y fundacionales, ya que las mencionadas disposiciones adoptan diferentes medidas en función de la relación laboral o funcionarial que el personal mantiene con la Administración Pública y el ente instrumental en el que prestaba cada uno sus servicios, adoptando medidas idénticas para cada categoría, así pues trata igual lo igual y desigual lo desigual que es la interpretación que el Tribunal Constitucional ha dado a este principio.

## **Decreto-ley de la Comunitat Valenciana 2/2013, de 1 de marzo, de actuaciones urgentes de gestión y eficiencia en prestación farmacéutica y ortoprotésica**

Mediante escrito presentado en esta institución el día 8 de abril de 2013, se solicitó del Defensor del Pueblo la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra el Decreto-ley 2/2013, de 1 de marzo, del Consell de la Generalitat Valenciana.

La entidad solicitante de recurso estimaba que la decisión del Gobierno valenciano de establecer un nuevo modelo de concertación farmacéutica, así como la posibilidad -que entendían los solicitantes de recurso que queda abierta a través de esta norma- de dispensar directamente determinados medicamentos sin intermediación de las oficinas de farmacia, vulnera la competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.16.<sup>a</sup> de la Constitución) en lo referente a la coordinación general de la sanidad y la legislación sobre productos farmacéuticos, al infringir la legislación básica correspondiente.

Con la fundamentación que a continuación se transcribe, se rechazó la interposición de recurso.

### ***Fundamento único de la resolución***

Como puede apreciarse por la lectura de los antecedentes, la solicitud de recurso recibida se sustenta, de forma exclusiva, en la alegación del incumplimiento por parte del Consell de la Generalitat Valenciana, en funciones de legislador de urgencia, del orden constitucional de competencias, y señaladamente del artículo 149.1.16.<sup>a</sup> de la norma fundamental.

Constituye criterio tradicional en la actuación de esta Institución no iniciar procesos de inconstitucionalidad cuando los planteamientos de las mismas tengan por objeto cuestiones relativas a la defensa del sistema competencial establecido por la Constitución. Cuando tal circunstancia ocurre, como en el presente caso, entiende la Institución que quienes son titulares de las competencias supuestamente afectadas y tienen legitimidad para iniciar acciones en su defensa son los que deben actuar.

Tal criterio se sustenta principalmente en el interés por preservar la neutralidad política que debe caracterizar la actuación del Defensor del Pueblo. El rango constitucional de la Institución, su carácter de comisionado parlamentario y la autoridad moral de la que gozan sus resoluciones parecen aconsejar la inhibición del Defensor del Pueblo en cualquier pugna procesal, en la que su intervención no resulte

imprescindible para cumplir adecuadamente su misión de garantizar los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos.

En el caso que aquí se examina, la actuación tendente a la defensa de las competencias estatales que la entidad compareciente estima conculcadas ya se ha iniciado, puesto que el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas se dirigió a la Consejería de Presidencia, Agricultura, Pesca, Alimentación y Agua de la Generalitat Valenciana ofreciendo la apertura de un procedimiento bilateral de negociación sobre el Decreto-ley 2/2013. El citado Gobierno autonómico ha respondido de forma afirmativa, por lo que el pasado 7 de mayo se firmó por los titulares de ambos departamentos el correspondiente acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Generalitat Valenciana, al amparo de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 33, de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, por el que se inician las negociaciones en orden a resolver las discrepancias existente sobre el referido decreto-ley. Como es preceptivo el acuerdo ha sido comunicado, con fecha 23 de mayo, al alto tribunal, por lo que el plazo para que el Presidente del Gobierno pueda interponer recurso se amplía hasta los nueve meses desde la fecha de publicación de la norma.

A este respecto debe señalarse que este tipo de acuerdos se conciben como un mecanismo de conciliación para superar las discrepancias de carácter competencial, con objeto de evitar la proliferación de recursos de inconstitucionalidad por este motivo. La norma expresamente contempla la posibilidad de que el resultado de la negociación implique la necesidad de modificar el texto normativo en cuestión.

También resulta relevante destacar que el texto del acuerdo no acota las cuestiones a examinar, por lo que ha de entenderse que el procedimiento afecta al conjunto del decreto-ley, tanto a las cuestiones suscitadas en la petición de recurso aquí analizada como a otros temas de relevancia, tales como el establecimiento de los denominados “algoritmos de decisión terapéutica corporativos en la Agencia Valenciana de Salud”.

A la vista de las circunstancias expuestas, parece que la defensa más adecuada de los intereses de la entidad peticionaria implicaría hacer llegar sus planteamientos a la Administración General del Estado, titular de las competencias que se entienden vulneradas, a través del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, para que puedan ser debidamente tenidos en consideración en el proceso de negociación que se ha abierto y que deberá concluir no más tarde del 6 de septiembre de 2013.

### 5.1.2. Sentencias recaídas

#### **Ley 15/2007, de 27 de diciembre, de la Generalitat Valenciana, de Presupuestos para el ejercicio 2008 (disposición adicional undécima)**

El 27 de marzo de 2008 se presentó un recurso de inconstitucionalidad contra la disposición adicional undécima de la norma referenciada, que establecía el régimen jurídico del silencio administrativo en los procedimientos de concesión de ayudas a la dependencia, que pasaba a tener sentido negativo. El recurso se fundamentó en la vulneración del artículo 9.3 de la Constitución, así como de los artículos 76 del Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana (EACV), aprobado por Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, y reformado por Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, y 21.1 de la Ley Orgánica 8/1980 de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA), modificada por Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, preceptos estos últimos invocados al amparo del artículo 28.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, reguladora del Tribunal Constitucional.

El alto tribunal, en su Sentencia 86/2013, de 11 de abril, ha declarado la inconstitucionalidad de la referida disposición adicional, dado que considera que una norma de este alcance no puede incluirse en una ley de presupuestos, al no tener la materia regulada relación directa con los gastos e ingresos públicos, ni con los criterios generales de política económica.

A pesar de que la norma fue derogada por la Ley 16/2008, de 22 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat Valenciana, el alto tribunal consideró necesario formular un pronunciamiento al respecto y continuar con el proceso, aunque el fundamento jurídico quinto deja a salvo las situaciones jurídicas consagradas.

## 5.2. RECURSOS DE AMPARO

En el ejercicio 2013 se presentaron al Defensor del Pueblo siete solicitudes de interposición de recurso de amparo, cifra idéntica a la del año anterior. Dichas solicitudes traían causa de tres procesos contencioso-administrativos, dos penales, uno civil y uno social.

Como es sabido, desde la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, se exige para la fundamentación del amparo que “el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales” (artículo 50.1.b) de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional). Esto significa en la práctica que el número de recursos de amparo que pueden potencialmente presentarse es muy limitado y que, de entre los que en efecto se presentan, apenas un dos o un tres por ciento son admitidos a trámite cada año, lo que no significa que en su momento sean estimados por el alto tribunal.

Estos rigurosos requisitos han mutado la finalidad que tenía el recurso de amparo en los primeros años de la democracia, de modo que ahora se exige no solo la violación de un derecho fundamental, sino también la “especial trascendencia constitucional” del asunto.

A juicio del Defensor del Pueblo, ninguna de las siete solicitudes de interposición de recurso de amparo recibidas este año cumplía los requisitos necesarios para que una eventual interposición pudiera, siquiera, ser admitida a trámite. Por otra parte, como ya se indicaba en el Informe del año 2012, “el ciudadano afectado en cada caso está plenamente legitimado para interponer el recurso de amparo y que actualmente el remedio fundamental frente a las lesiones de derechos fundamentales producidas en vía judicial ha pasado a ser el incidente de nulidad de actuaciones, para cuyo ejercicio no tiene legitimación activa el Defensor del Pueblo”.

No obstante las dificultades, el Defensor del Pueblo no renuncia a una posible interposición en el futuro de recurso de amparo si concurriesen las condiciones para ello.

