

DEFENSOR DEL PUEBLO

**RECOMENDACIONES**  
**y**  
**SUGERENCIAS**  
**1985**

Madrid, 1990

Depósito Legal: M-42314-1987  
I.S.B.N.: 84-87182-02-X  
Imprime: GALEA

## SUMARIO

### Páginas

<b>Recomendación 1/1985, de 10 de enero</b> , sobre homogeneización de la acción protectora de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social con la del Régimen General.....	7
<b>Recomendación 2/1985, de 14 de enero</b> , sobre desarrollo reglamentario de la Ley 21/1984, de 15 de junio, por la que se reponen determinados derechos al personal que, procedente de suboficial, ingresó en el disuelto Cuerpo de Tren del Ejército de Tierra .....	13
<b>Recomendación 3/1985, de 13 de febrero</b> , sobre interpretación del artículo 211 del Código Civil.....	15
<b>Recomendación 4/1985, de 28 de febrero</b> , sobre normas de desarrollo de la Disposición Adicional Décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio .....	18
<b>Recomendación 5/1985, de 28 de febrero</b> , sobre modificación del art. 6º, apartado a), de la Orden de 28 de diciembre de 1966.....	21
<b>Recomendación 6/1985, de 6 de marzo</b> , sobre supresión del requisito de convivencia de dos años, para causar pensión de viudedad (art. 85 del Estatuto de Clases Pasivas de 1926).....	24
<b>Recomendación 7/1985, de 7 de marzo</b> , sobre cumplimiento de la legislación española vigente en materia de Trabajo y Seguridad Social y sometimiento al orden jurisdiccional social, por parte de las misiones diplomáticas en el extranjero .....	27
<b>Recomendación 8/1985, de 7 de marzo</b> , sobre sustitución de los términos “subnormal” y “subnormalidad” en los textos legales .....	35
<b>Recomendación 9/1985, de 8 de marzo</b> , sobre la Ley 37/1984, de 22 de octubre, de reconocimiento de derechos y servicios prestados a quienes durante la Guerra Civil formaron parte de las Fuerzas Armadas, Fuerzas de Orden Público y Cuerpo de Carabineros de la República .....	38

Páginas

<b>Recomendación 10/1985, de 27 de marzo</b> , sobre la aplicación de la Ley de la Asamblea de Madrid 15/1984, de 19 de diciembre, del Fondo de Solidaridad Municipal.....	70
<b>Recomendación 11/1985, de 2 de abril</b> , sobre imprescriptibilidad del derecho a las pensiones de viudedad del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez.....	74
<b>Recomendación 12/1985, de 22 de abril</b> , sobre supresión del requisito de convivencia, durante dos años, para pensiones de orfandad de Clases Pasivas del Estado .....	77
<b>Recomendación 13/1985, de 22 de mayo</b> , sobre incorporación a filas de determinados objetores de conciencia y desarrollo de la Ley 48/1984, de 26 de diciembre, de objeción de conciencia .....	79
<b>Recomendación 14/1985, de 3 de junio</b> , sobre extensión de los beneficios de la asistencia sanitaria del Instituto Social de las Fuerzas Armadas, a las personas que conviven maritalmente con el titular del derecho.....	81
<b>Recomendación 15/1985, de 27 de junio</b> , sobre cancelación de las obligaciones contraídas por la Asociación Nacional de Inválidos Civiles .....	85
<b>Recomendación 16/1985, de 1 de julio</b> , sobre la Disposición Transitoria séptima de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local.....	94
<b>Recomendación 17/1985, de 4 de julio</b> , sobre modificación del sistema de cálculo de pensiones y cómputo recíproco de cotizaciones en el régimen de Clases Pasivas del Estado.....	97
<b>Recomendación 18/1985, de 10 de julio</b> , sobre número de convocatorias por asignatura en enseñanza superior.....	103
<b>Recomendación 19/1985, de 19 de julio</b> , relativa al Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, sobre Medidas de Política Económica.....	107
<b>Recomendación 20/1985, de 22 de julio</b> , sobre la ordenanza fiscal reguladora de la tasa por estacionamiento vigilado del Ayuntamiento de Madrid .....	118
<b>Recomendación 21/1985, de 22 de julio</b> , sobre despidos nulos en el Instituto Nacional de la Seguridad Social.....	128
<b>Recomendación 22/1985, de 24 de julio</b> , sobre la aplicación de la Ley 1/1985, de 23 de enero, de la Asamblea de Madrid, reguladora del Parque Regional de la Cuenca Alta del Manzanares .....	132

Páginas

<b>Recomendación 23/1985, de 2 de agosto</b> , sobre interpretación del artículo 122 del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial.....	145
<b>Recomendación 24/1985, de 10 de septiembre</b> , sobre tarifas en la Red Nacional de Ferrocarriles Españoles para invidentes acompañados de perros-guía .....	149
<b>Recomendación 25/1985, de 10 de septiembre</b> , sobre ampliación de ingresos mínimos anuales exigidos para ser beneficiario de la cuota de abono reducida al servicio telefónico .....	151
<b>Recomendación 26/1985, de 25 de septiembre</b> , sobre reconocimiento de subsidio de desempleo a favor de emigrantes retornados de la segunda generación .....	153
<b>Recomendación 27/1985, de 21 de octubre</b> , sobre improcedencia de la situación de expectativa de ingreso de los profesores de enseñanza media .....	155
<b>Recomendación 28/1985, de 23 de octubre</b> , sobre remisión por correo certificado de los expedientes de Registro Civil .....	158
<b>Recomendación 29/1985, de 31 de octubre</b> , sobre “cuestionarios de seguridad” a rellenar por personal del Ministerio de Defensa o de ciertas empresas públicas .....	160
<b>Recomendación 30/1985, de 31 de octubre</b> , sobre cumplimiento de sentencia del Tribunal Central de Trabajo por parte de la Empresa Municipal de Transportes de Madrid .....	169
<b>Recomendación 31/1985, de 7 de noviembre</b> , sobre la Ley 26/1985, de 31 de julio, de Medidas Urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social.....	175
<b>Recomendación 32/1985, de 11 de noviembre</b> , sobre supresión de algunos datos y limitaciones en expedientes personales de guardias civiles que pudieran afectar a la dignidad de la persona .....	199
<b>Recomendación 33/1985, de 12 de noviembre</b> , sobre el tratamiento de los toxicómanos en el ámbito penitenciario .....	203
<b>Recomendación 34/1985, de 20 de noviembre</b> , sobre agilización de trámites para la entrega de subvenciones a centros colaboradores de protección de menores .....	206
<b>Recomendación 35/1985, de 26 de noviembre</b> , sobre mejora de formularios internos de la Red Nacional de Ferrocarriles Españoles .....	208

Páginas

<b>Recomendación 36/1985, de 27 de noviembre</b> , sobre erradicación de cláusulas de reserva, prioridad y exclusión en materia de contratación en HUNOSA .....	209
<b>Recomendación 37/1985, de 5 de diciembre</b> , sobre la aplicación de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, de derechos y libertades de los extranjeros en España, respecto a ciudadanos residentes en las ciudades de Ceuta y Melilla....	211
<b>Recomendación 38/1985, de 26 de diciembre</b> , sobre el ejercicio del derecho a la defensa en el proceso de cognición .....	222
<b>Recomendación 39/1985, formulada con ocasión del Informe a las Cortes Generales correspondiente a 1985</b> , sobre devolución de retenciones en prestaciones por desempleo .....	226
<b>Recomendación 40/1985, formulada con ocasión del Informe a las Cortes Generales correspondiente a 1985</b> , sobre modificación de la Circular de la Secretaría General de Hacienda, sobre devolución de las retenciones en prestaciones de subsidio de desempleo por IRPF .....	229
<b>Índice analítico de Recomendaciones</b> .....	231

**Recomendación 1/1985, de 10 de enero, sobre homogeneización de la acción protectora de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social con la del Régimen General.**

*(BOCG. Congreso. Serie E. núm. 4, pág. 241).*

Desde que por Ley de 30 de enero de 1900 se implantara en España la protección social contra las consecuencias derivadas de los accidentes de trabajo y, posteriormente, una vez superada la etapa del “Régimen de Libertad Subsidiada”, se estableciera el primer Seguro Social Obligatorio, por medio del Real Decreto de 11 de marzo de 1919, que creó el Retiro Obrero, la evolución histórica de los Seguros Sociales y, posteriormente, de la Seguridad Social se ha centrado en la tendencia a la generalización de su campo de aplicación y en la ampliación de la cobertura de su acción protectora, tanto en su extensión como en su intensidad. Se ha podido hablar así de la “idea-fuerza” de la Seguridad Social, haciendo alusión al carácter expansivo y dinámico de la institución nacida en nuestro país en los albores del presente Siglo.

De este modo, los ochenta y cinco años de historia de nuestra Seguridad Social están jalonados de medidas normativas que sucesivamente han plasmado en nuestro campo legislativo la tendencia a la ampliación de la acción protectora y a la universalidad del campo de aplicación. La implantación del Seguro de Maternidad en el año 1929, la extensión de la protección de los accidentes de trabajo a la agricultura en el año 1931- el establecimiento del primer mecanismo de protección a la familia en 1938-1939, la creación del Seguro Obligatorio de Enfermedad mediante Ley de 14 de diciembre de 1942, y el establecimiento del Seguro de Desempleo por medio de la Ley de 22 de julio de 1961, por citar tan solo algunos de los hitos de la historia de los Seguros Sociales, constituyen ejemplos de la citada tendencia.

La Ley de Bases de la Seguridad Social de 28 de diciembre de 1963, al menos si se juzga por las referencias contenidas en su exposición de motivos,

pretendió constituirse en palanca para acentuar el proceso de generalización. Como último jalón, la Constitución española de 1978, prevé en su artículo 41 el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, situándose, de este modo, en la línea diseñada por distintas declaraciones internacionales de derechos y, más específicamente, por la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al proclamar el derecho de toda persona a la seguridad social.

Limitado el ámbito subjetivo de cobertura de los primeros seguros sociales a los trabajadores por cuenta ajena y, dentro de este sector, restringida su aplicación ya sea por la naturaleza industrial de las actividades productivas, ya por la imposición de un determinado límite de ingresos, la evolución posterior se dirigirá, de una parte, a la supresión del techo económico requerido para la afiliación y, de otra, a la incorporación del resto de los trabajadores por cuenta ajena y de la totalidad de la población activa.

Esta incorporación no llevó consigo, sin embargo, la homogeneización de la acción protectora. Por razones diversas, el nivel de cobertura, tanto en extensión como en intensidad, otorgado a los diversos grupos que sucesivamente van incorporándose al campo de aplicación de los distintos seguros sociales se caracteriza por su depresión respecto al garantizado a los trabajadores de la industria y de los servicios. De este modo, no es exagerado hablar de la tradicional preterición de determinados sectores de producción en cuanto a su protección social.

Baste, para ilustrar este hecho, la referencia al caso de los trabajadores agrarios. Por ceñirnos al campo de la protección de los accidentes de trabajo no es ocioso recordar las distintas vicisitudes seguidas por los intentos de extender la misma a la agricultura. En efecto, la iniciativa para realizar esta extensión se produjo a los ocho años de aprobada la Ley de 30 de enero de 1900 y se concretó en la redacción de un proyecto de ley por el Instituto de Reformas Sociales, complementada por una información estadística abierta en el año 1909, insistiéndose en la prioridad de la aplicación de la legislación de accidentes de trabajo a la agricultura en el curso de los trabajos desarrollados por la Conferencia de Seguros Sociales de 1917. Pues bien, pese a que, dos años más tarde, al aprobarse por el Congreso la Ley sobre Retiro Obrero, los diputados se manifestaron unánimemente en favor de la citada extensión y a pesar de que en ese mismo año se presentaran a las Cortes dos proyectos de ley regulando la materia y se llegara a repetir la operación, de nuevo sin éxito, en 1921, la extensión de las indemnizaciones de accidentes de trabajo a las actividades agrícolas no se produjo, previa ratificación, por el Gobierno español, del Convenio número 12 de la O.I.T., hasta más de treinta años después de promulgada la primera ley de accidentes de trabajo. Con todo, ni

siquiera se equiparó en aquel momento la cobertura otorgada a los trabajadores agrarios en relación a los industriales, por cuanto los Decretos de 12 de junio y 25 de agosto de 1931 siguieron el sistema de indemnización a tanto alzado, mientras que, apenas un año más tarde, la legislación de accidentes de trabajo en la industria adoptó el sistema de rentas vitalicias, situación que perduró durante más de dos décadas, hasta que por Ley de 22 de diciembre de 1955 se procedió a unificar el seguro de accidentes en la agricultura con el de la industria.

Esta trayectoria histórica, por lo demás tan conocida, puede considerarse paradigmática en cuanto a las dificultades para equiparar la extensión e intensidad de la acción protectora de los mecanismos de protección social de los trabajadores pertenecientes a determinados sectores productivos o de las personas que desarrollan una actividad por cuenta propia, con la prevista para los trabajadores de la industria y de los servicios.

Superadas las etapas anteriores, la Ley de Bases de 28 de diciembre de 1963, se refirió en su exposición de motivos a la generalización de la cobertura a los trabajadores por cuenta ajena y confirmó la extensión de la Seguridad Social a los trabajadores por cuenta propia o autónomos, proclamando, de otra parte, la tendencia a la unidad y a la máxima homogeneidad posible de la regulación de los Regímenes Especiales con los principios del Régimen General.

Los principios proclamados en la Ley de Bases tuvieron su reflejo en el artículo 10, apartados 5 y 6 de la Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966 y en la Disposición Final Tercera de la Ley 24/1972, de 21 de junio y alcanzan su plasmación actual en el artículo 10.4 de la Ley General de la Seguridad Social de 30 de mayo de 1974, al aludir a la tendencia a la máxima homogeneidad de los Regímenes Especiales con el Régimen General, que permita las disponibilidades financieras del sistema y las características de los distintos grupos afectados por dichos regímenes.

Al cabo de ochenta y cinco años desde el comienzo de la historia de la Seguridad Social española, los píos propósitos del legislador, repetidamente plasmados en los textos legales, no se corresponden con la realidad. El principio de tendencia a la unidad ha sido desmentido por la proliferación de Regímenes Especiales, algunos de ellos de difícil justificación técnica. De otra parte, pese a las sucesivas aproximaciones de la acción protectora de los Regímenes Especiales a lo que ha sido denominado el “ideal de cobertura”, constituido por el Régimen General, aún subsisten notorias disparidades.

El fenómeno de la fragmentación estructural es, en consecuencia, un factor que engendra desigualdades en la cobertura, al que se ha venido a añadir la

falta de una perspectiva global y una legislación de aluvión, que llega, en ocasiones, a acentuar, de forma poco explicable, la heterogeneidad entre los regímenes, de lo cual constituye el más notorio ejemplo la Ley 1/1980, de 4 de enero.

De este modo, transcurridos más de veinte años desde la aprobación de la Ley de Bases de la Seguridad Social se ha desembocado en una situación de multiplicidad que la exposición de motivos de la citada Ley, con un sorprendente fatalismo premonitorio, calificaba ya como inexcusable. Situación que el artículo 10 de la Ley General de la Segunda Social encubre pudorosamente bajo razonamientos que giran en torno de las peculiares condiciones de tiempo y lugar o de la índole de los procesos productivos, so pena de disfrazar la auténtica realidad de las razones, principalmente demográficas o financieras, que han dado lugar a la depresión de la acción protectora de determinados regímenes.

No es, empero, el marco estructural, necesitado, de otra parte, de una reforma, lo que interesa en este momento destacar sino las disparidades subsistentes entre la acción protectora de los Regímenes Especiales y del Régimen General.

En este sentido, cabe señalar, a título meramente indicativo, el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, en el que la prestación de incapacidad laboral transitoria mantiene ciertas peculiaridades en relación con el Régimen General; no se protege la invalidez provisional; en la invalidez permanente no está cubierta la parcial, manteniéndose en la total el requisito de tener cumplidos los 45 años para ser protegida; en las prestaciones de muerte y supervivencia se siguen manteniendo determinadas particularidades, exigiéndose al causante para poder derivar derecho a las mismas el tener cubierto un período de cotización de 60 meses, así como también la no existencia en dicho régimen de prestaciones de pago periódico de protección a la familia.

En menor medida que las señaladas en el régimen anteriormente citado, también existen desigualdades en la acción protectora dispensada por otros Regímenes Especiales, en relación con la prevista en el Régimen General, entre los que es preciso citar especialmente los Regímenes Especiales de los Representantes de Comercio y Escritores de Libros, cuyo tipo de cotización ha quedado equiparado al correspondiente al Régimen General, así como los de Empleados de Hogar y de Toreros, cuyo tipo, sin llegar a la equiparación antes reseñada, ha sufrido un importante incremento.

Estas divergencias en la acción protectora vienen determinadas fundamentalmente por dificultades financieras que, en ciertos casos, han

demandado la exigencia de un mayor esfuerzo contributivo por parte de los sectores productivos encuadrados en el Régimen General, con las consiguientes transferencias hacia otros regímenes, si bien esta circunstancia no puede predicarse con carácter general.

Ahora bien, la elevación del tipo de cotización de distintos Regímenes Especiales, que fue operada por el Real Decreto 46/1984, de 4 de enero ha supuesto un evidente cambio de perspectiva, en especial cuando el tipo aplicable a determinados Regímenes Especiales queda equiparado, desde este momento, al señalado para el Régimen General.

En relación a este aumento del tipo de cotización se han recibido en esta institución numerosas quejas, a lo largo del año 1984, procedentes muy señaladamente de los trabajadores autónomos con menores ingresos, en las que se ponen de manifiesto sus dificultades económicas para afrontar la elevación de la cuota.

Esta institución, por entender que no existe motivo para ello, ha acordado no admitir a trámite las quejas citadas. No obstante, considera que el mayor esfuerzo contributivo que recae, a partir de la aprobación del Real Decreto antes citado, sobre los trabajadores incluidos en el campo de aplicación de determinados regímenes especiales y, de modo especial, la equiparación del tipo de cotización de algunos de ellos al establecido para el Régimen General constituye una circunstancia que justifica plenamente ir más allá de la contrapartida de extender y generalizar a todo el colectivo cotizante a los Regímenes Especiales de Trabajadores Autónomos, de Representantes de Comercio y de Escritores de Libros las prestaciones de asistencia sanitaria y de incapacidad laboral transitoria, mejora de la cobertura obligatoria que, de otro lado, y en relación a una parte de este colectivo tiene un efecto limitado, como se pone de manifiesto en varias de las quejas recibidas en esta Institución, al tener solventada hasta el momento la necesidad de la mencionada asistencia a través de otros mecanismos.

El referido aumento del tipo de cotización y, en su caso, la equiparación con el aplicable al Régimen General, representa, en suma, una ocasión propicia para avanzar decididamente hacia la homogeneización de la acción protectora de los Regímenes Especiales y del Régimen General y hacia la igualdad del nivel de cobertura, superando la depresión protectora que ha caracterizado a diversos regímenes, mediante la eliminación de todas aquellas disparidades en la regulación legal que no estén justificadas por razones de índole estrictamente técnica.

El propio Gobierno de la Nación se ha manifestado en el sentido indicado, cuando, en el preámbulo del Real Decreto 46/1984, de 4 de enero, se señala:

“Las modificaciones introducidas en la cotización de los restantes Regímenes Especiales responden a la finalidad de buscar una aproximación gradual al Régimen General y a medidas de racionalización de las cotizaciones”.

Y poco más adelante, se reitera:

“En cuanto a los demás Regímenes Especiales se elevan los tipos de cotización que han permanecido inalterables durante bastante tiempo, con la finalidad de lograr una mayor cobertura financiera de su déficit y tender a un equilibrio del mismo, así como ir introduciendo una progresiva racionalización y simplificación en los Regímenes Especiales, de forma que vayan acercándose paulatinamente al Régimen General”.

En mérito a lo expuesto, y al amparo de las atribuciones que le vienen conferidas al artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, esta institución tiene el honor de elevar a V.E. la siguiente sugerencia: Que se proceda a elaborar las normas precisas a fin de homogeneizar la acción protectora de los distintos Regímenes Especiales de la Seguridad Social con la acción protectora del Régimen General en los supuestos en que aún no lo estuviera, equiparando su nivel de cobertura, así como los requisitos exigidos para acceder a las distintas prestaciones, y dejando únicamente subsistentes aquellas particularidades que estén justificadas por razones de índole estrictamente técnica.

Madrid, 10 de enero de 1985.

**Recomendación dirigida al Ministro de Trabajo y Seguridad Social.**

**Recomendación 2/1985, de 14 de enero, sobre desarrollo reglamentario de la Ley 2 1/1984, de 15 de junio, por la que se reponen determinados derechos al personal que, procedente de suboficial, ingresó en el disuelto Cuerpo de Tren del Ejército de Tierra.**

*(BOCG. Congreso. Serie E. núm. 4, págs. 80-81).*

Agradecemos sinceramente el escrito de VE, de fecha 3 de enero presente, en contestación al nuestro de 4 de diciembre del año pasado, motivado por la comparecencia efectuada ante esta institución constitucional, por don M. P. B.

En el informe de referencia se hacen dos consideraciones:

1.<sup>a</sup> Ese Departamento tiene en avanzada fase de redacción un Proyecto de Orden Ministerial que desarrolla la Ley 21/1984.

2.<sup>a</sup> Asimismo, se han cursado instrucciones al Director de Personal del Ejército de Tierra con el fin de que se proceda al estudio y resolución de las peticiones recibidas, trasladándose, a tal fin, todas las solicitudes presentadas.

A la vista de estos antecedentes, se ha valorado positivamente por esta institución, la iniciativa adoptada por ese Departamento, en relación al curso de las instancias antes remitidas a la Secretaría General para Asuntos de Personal y Acción Social.

En relación, no obstante, al primer aspecto mencionado, sobre Proyecto de Orden Ministerial, que desarrolla la Ley 2 1/1984, de 15 de junio, esta institución se permite, en uso de las atribuciones que le confiere el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que nos regimos, sugerir a ese departamento la urgente conclusión, de las normas complementarias a que se refiere el artículo 7 de esta Ley.

Se fundamenta tal sugerencia en las consideraciones que ya se hacían en nuestro anterior escrito de 4 de diciembre, principalmente, en la edad tan elevada de los beneficiarios de esta Norma, que podría originar, la

inaplicabilidad parcial de sus disposiciones con relación a estos ciudadanos, a quienes ya les ha sido reconocido un derecho subjetivo, resultado que no sería conforme con la intención del legislador al prever en la exposición de motivos de la reiteradamente aludida Ley que es de justicia remediar los perjuicios sufridos por estos militares.

Por otra parte, ya ha vencido el plazo de seis meses a que alude el artículo 6 de la Ley 2 1/1984, fijado para la presentación de instancias por estos beneficiarios.

Madrid, 14 de enero de 1985.

**Recomendación dirigida al Ministerio de Defensa.**

**Recomendación 3/1985, de 13 de febrero, sobre interpretación del artículo 211 del Código Civil.**

*(BOCG. Congreso. Serie E. núm. 122, págs. 1324-1325).*

Entre las numerosas quejas que diariamente se reciben en esta institución, algunas de ellas hacen referencia al conjunto de problemas que afecta a un grupo de ciudadanos socialmente marginados. Nos referimos a los denominados enfermos mentales y también, dentro de ellos, a las personas ingresadas en los llamados establecimientos psiquiátricos.

Todos estos problemas, que inciden tanto en los aspectos sanitario-asistenciales como en los jurídicos, fueron debidamente planteados por esta institución en su primer Informe a las Cortes Generales, dada su importancia en relación con la función que constitucionalmente le está encomendada.

El Defensor del Pueblo conoce la preocupación que ese Alto Organismo de Gobierno del Poder Judicial ha demostrado en relación con el problema antes citado, preocupación puesta de manifiesto en la organización de unos "Encuentros" de psiquiatras y juristas, destinados a profundizar en la reforma introducida en el Código Civil por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, que tanto incide en el grupo de ciudadanos a que venimos haciendo mención.

Esta nueva normativa, derogatoria de la anterior que estaba constituida por el Decreto de 3 de julio de 1931, está claramente inspirada por un profundo respeto a la libertad personal, derecho este no sólo constitucionalmente reconocido como tal (art. 17 de la Constitución), sino que además se constituye en valor superior de nuestro Ordenamiento Jurídico (art. 1.1 de la Norma Fundamental).

La nueva regulación constituye al juez, en estrecha colaboración con el Ministerio Fiscal, en el máximo garante del derecho a la libertad de estos enfermos, cuando se encuentran ingresados en los establecimientos adecuados. El juez debe controlar todos estos internamientos (art. 211 del Código Civil).

Se trata de una nueva misión atribuida a los jueces, sin duda delicada y no exenta de complejidad.

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 211 del Código Civil, el juez debe autorizar el internamiento de estos enfermos con carácter previo o posterior al mismo, según se trate o no de un internamiento que revista caracteres de urgencia.

No acaba aquí la función tutelar del juez. Debe éste también, según el citado precepto, controlar de oficio, la situación de los internos durante su hospitalización. También el juez deberá dar cuenta del internamiento al Ministerio Fiscal para que, en su caso, se inicie el correspondiente proceso de incapacitación, evitándose con ello posibles situaciones de indefensión.

En esta breve exposición, no debe olvidarse la existencia de enfermos internados en los citados establecimientos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 13/1983, de 24 de octubre. Estos internamientos no pueden quedar exentos del amplio y completo control judicial antes mencionado. Sobre todo, cuando algunos de estos internos sufren situaciones de posible indefensión, por no estar judicialmente incapacitados, pudiendo estarlo.

El ejercicio de todas estas competencias requiere un fluido contacto con los centros de internamiento y una adecuada colaboración pericial y técnica.

No escapa a esta institución el aumento de trabajo que el debido cumplimiento de esta nueva función judicial supone para los titulares de los organismos jurisdiccionales y para los miembros del Ministerio Fiscal, ya que de por sí, en algunos casos, sobrecargados de trabajo, fundamentalmente en aquellas localidades en las que existe una concentración de enfermos mentales ingresados.

Ello no puede, sin embargo significar que esta reforma se convierta en la práctica en inoperante.

Por todo cuanto antecede y desde un profundo respeto a la independencia judicial que nuestra Constitución proclama, dado el número de quejas que en esta institución se reciben en relación con el problema que motiva este escrito, solicitamos del Consejo de su digna presidencia, con la finalidad de poder informar al Parlamento, su inestimable colaboración en orden a conocer las posibles medidas de organización que por dicho Consejo o por los Organos de Gobierno competentes pudieran haber sido adoptadas para obtener un adecuado cumplimiento de las nuevas competencias que al Poder Judicial atribuye la Ley 13/1983, de 24 de octubre.

Interesa especialmente conocer las posibles carencias de medios personales, técnicos y económicos que pudieran incidir en la aplicación práctica de la citada legislación al objeto de que esta institución reúna los datos suficientes para, en su caso, poder formular las oportunas sugerencias ante el órgano competente.

Dada la estrecha colaboración que todos los preceptos antes citados establecen entre el Poder Judicial y el Ministerio Fiscal en la materia que nos ocupa, con esta misma fecha hemos puesto en conocimiento de la Excm. Fiscalía General del Estado la preocupación que motiva este escrito y recabamos igualmente su inestimable colaboración.

Comprendemos las dificultades existentes en elaborar criterios, por básicos y flexibles que sean, que unifiquen o armonicen en la medida de lo posible, la práctica judicial en la materia, sobre todo, partiendo de un absoluto respeto a la independencia que caracteriza el ejercicio de la función judicial.

No obstante, alcanzar esta armonización constituiría un importante avance en la consecución de la aplicación práctica del principio de seguridad jurídica que nuestra Constitución proclama (art. 9.3), así como el reconocimiento efectivo del derecho a la libertad y el respeto a la dignidad de la persona, función primordial de todos los poderes públicos en un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 y 9.2 de la Constitución).

Madrid, 13 de febrero de 1985.

**Recomendación dirigida al Presidente del Consejo General del Poder Judicial y al Fiscal General del Estado.**

**Recomendación 4/1985, de 28 de febrero, sobre normas de desarrollo de la Disposición Adicional Décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.**

*(BOCG. Congreso. Serie E. núm. 4, pág. 245).*

La Disposición Adicional Décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, dicta una serie de normas en materia de pensiones y Seguridad Social, a fin de regular las consecuencias derivadas de lo dispuesto en el citado texto legal. Dicha regulación se configura, por la misma Disposición Adicional Décima, como provisional en tanto no se dé una regulación definitiva en la materia.

Numerosas quejas recibidas en esta institución a lo largo de los años 1983, 1984 y en el periodo transcurrido del presente año 1985, han puesto de manifiesto la existencia de abundantes problemas en la aplicación de la mencionada Disposición Adicional Décima.

Son, en efecto, muy numerosas las cuestiones que suscita, la citada Disposición, entre las que, a modo de ejemplo, pueden citarse:

1.º Si la proporcionalidad a que hace referencia el apartado tercero de la Disposición Adicional Décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio, debe aplicarse también cuando existe separación o divorcio sin nuevo matrimonio o si, por el contrario, tan solo debe ser de aplicación en los supuestos de existencia de dos o más posibles beneficiarios.

2.º Si para el cómputo de la proporcionalidad deben excluirse o no los periodos en que el causante no hubiera convivido con persona alguna.

3.º Si es posible dividir la pensión de viudedad cuando su importe sea el mínimo establecido o si, por el contrario, ha de garantizarse la pensión mínima a todos los beneficiarios.

Los problemas transcritos no agotan, por supuesto, el elenco de posibles cuestiones que pueden derivarse de la generalidad y ambigüedad de las normas contenidas en la Disposición Adicional Décima.

En consecuencia, las dificultades para la aplicación de la Ley son notorias, ya que la compleja casuística que se produce en la realidad encuentra, en ocasiones, una problemática subsunción de los supuestos de hecho en la norma, lo que origina la existencia de notables incertidumbres en el momento de examinar los posibles derechos derivados de lo dispuesto en la repetida Disposición.

Como paradigma de los problemas de interpretación puede citarse una queja recibida en esta institución, exponiendo un caso en el que se ha llegado a denegar la pensión de viudedad solicitada por una persona casada que convivía maritalmente con un trabajador, cuyo fallecimiento acaeció en el año 1975. Pues bien, siendo obvio que el supuesto de hecho estaba contemplado expresamente en la Norma segunda de la Disposición Adicional Décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio, la resolución denegatoria se basaba en que esta Ley era de vigencia posterior al hecho causante (!). Ello obligó en su día a la interesada a acudir a la jurisdicción laboral, a fin de ver reconocido su derecho, con el consiguiente perjuicio a causa de la dilatación de dicho reconocimiento, el cual hubiera podido ser fácilmente evitado dada la diáfana claridad del supuesto de hecho que se planteaba.

Salvo casos extremos, no puede, empero, hacerse recaer sobre las Direcciones provinciales del Instituto Nacional de la Seguridad Social, unas consecuencias que tienen su principal origen en las notables dificultades que conlleva la aplicación de unas normas, como las contenidas en la Disposición Adicional Décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio, que presentan un alto grado de indeterminación.

Ello, no obstante, no ha de ser óbice para constatar que la falta de precisión de estas normas, unida a la ausencia de un desarrollo reglamentario, ha provocado, conforme se ha podido palmariamente demostrar a través de las quejas recibidas en esta institución, una prolongada demora en la tramitación y resolución de los expedientes de prestaciones de viudedad solicitadas al amparo de lo previsto en la Disposición Adicional Décima de la Ley 30/1981 de 7 de julio.

Esta institución ha valorado, sin embargo, la oportunidad de hacer uso de las atribuciones que le vienen conferidas por la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, para dirigirse a VE, formulando la correspondiente sugerencia, ya que la futura reforma de la Seguridad Social ha de modificar necesariamente la situación descrita, recogiendo una regulación definitiva en esta materia.

Ponderada esta circunstancia, esta institución considera que, no obstante la provisionalidad de las normas contenidas en la Disposición Adicional Décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio, los problemas detectados en su aplicación son lo suficientemente importantes para considerar que existe una situación de inseguridad jurídica que, de una parte, repercute gravemente en la gestión de las prestaciones y, de otra, causa notorios perjuicios y molestias a los administrados.

Es por ello que esta institución, valorando el principio de seguridad jurídica, garantizado por el artículo 9.3 de la Constitución y el principio de eficacia en la actuación de la Administración Pública a que se refiere el artículo 103.1 del texto constitucional, ambos en relación con el artículo 41 de nuestra Norma Suprema, estima que el desarrollo reglamentario de la Disposición Adicional Décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio, resulta de una extrema urgencia, tanto en beneficio de una adecuada gestión de las prestaciones, como para la necesaria garantía y protección de los derechos de los posibles beneficiarios de las mismas.

En mérito de cuanto antecede, esta institución, al amparo de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, somete respetuosamente a V.E. la siguiente recomendación: Que por el Ministerio que V.E. dignamente regenta, se proceda a elaborar las normas reglamentarias de desarrollo de la Disposición Adicional Décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio, sometiendo, en su caso, si así procediera por el rango de la norma, a la aprobación del Gobierno de la Nación, los correspondientes proyectos de disposiciones.

Madrid, 28 de febrero de 1985.

**Recomendación dirigida al Ministro de Trabajo y Seguridad Social.**

**Recomendación 5/1985, de 28 de febrero, sobre modificación del art. 6.º, apartado a), de la Orden de 28 de diciembre de 1966.**

*(BOCG. Congreso. Serie E. núm. 4, pág. 240).*

El artículo 6.º de la Orden de 28 de diciembre de 1966, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de protección a la familia en el Régimen General de la Seguridad Social, al determinar la condición de beneficiario en las asignaciones por hijos, dispone que “en el supuesto de convivencia familiar, la prestación será reconocida al padre o la madre, cuando sólo uno de ellos reúna los requisitos para poder ser beneficiario. En caso de que esta condición pudiera darse en ambos cónyuges, se considerará como beneficiario al padre, salvo que los esposos opten porque lo sea la madre, en virtud de razones fundadas, como trabajo eventual del marido u otras de análogos efectos.”

Considerando que el artículo 14 de la Constitución proclama el principio de igualdad de los españoles ante la Ley y prohíbe toda discriminación por razón de sexo.

Considerando que, conforme al artículo 1.º del texto constitucional, la igualdad queda definida como valor superior del ordenamiento jurídico.

Considerando que la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, ratificada por el Estado español mediante Instrumento de 16 de diciembre de 1983, obliga, en sus artículos 11 y 13, a los Estados Partes a adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos y, en particular el derecho a la seguridad social y el derecho a las prestaciones familiares.

Considerando que conforme al artículo 2.º de la misma Convención, los Estados Partes convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin

dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra aquélla.

Considerando que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, el principio de igualdad prohíbe la discriminación, entendiéndose por tal aquella situación en la que la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable (Sentencia de 10 de noviembre de 1981) de forma que la igualdad es violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva, y razonable, (Sentencia de 2 de julio de 1981).

Considerando que el Tribunal Constitucional, al interpretar el alcance del principio de igualdad proclamado por el artículo 14 de la Constitución, ha declarado que “cuando los supuestos de hecho sean iguales, las consecuencias jurídicas que se extraigan de tales supuestos de hecho han de ser asimismo iguales. Y que deben considerarse iguales los supuestos de hecho cuando la introducción en uno de ellos de un elemento o factor que permita diferenciarlo del otro, haya de considerarse falto de un fundamento racional —y sea por ende arbitrario—, por no ser tal factor diferencial necesario para la protección de bienes y derechos, buscada por el legislador (Sentencia de 22 de noviembre de 1983).

Considerando que el artículo 6.º apartado a) de la Orden Ministerial de 28 de diciembre de 1966, al establecer un orden de prioridad entre los cónyuges y determinar que se considerará, en principio, como beneficiario al varón, exigiendo, para que lo sea la mujer, la existencia de razones fundadas, como el trabajo eventual del marido u otras de análogos efectos, utiliza la referencia al sexo como factor diferencial.

Considerando que este factor diferencial carece de la objetividad y razonabilidad imprescindible para justificar el tratamiento desigual que se deriva de la norma, de modo que dicho tratamiento, al estar fundado en el sexo, constituye un supuesto discriminatorio que atenta directamente contra el principio de igualdad proclamado en el artículo 14 de la Constitución, desde el momento en que, a igualdad de situación de hecho se producen consecuencias jurídicas distintas, en perjuicio de la mujer, ya que, para considerar a la misma como beneficiaria de la asignación se exige la concurrencia de razones fundadas, circunstancia que, por el contrario, no se aplica al varón.

Considerando que el necesario restablecimiento de la desigualdad violada por la norma no se conseguiría mediante la simple eliminación del inciso “en virtud de razones fundadas, como trabajo eventual del marido u otras de análogos efectos”, ya que, desaparecido el mismo, seguiría existiendo un orden

de prioridad fundamentado exclusivamente en el sexo y eminentemente discriminatorio, desde el momento en que al indicarse que “se considerará como beneficiario al padre, salvo que los esposos opten porque lo sea la madre”, se requeriría el acuerdo de ambos cónyuges para que la mujer pudiera ser beneficiaria de la asignación, mientras que para que lo fuera el varón no sería necesario tal acuerdo.

Considerando que, por consiguiente, el tratamiento igualatorio que viene exigido por el artículo 14 de la Constitución requeriría la adopción de un sistema inspirado en la libre opción de ambos cónyuges para determinar quién de ambos ha de ser el beneficiario de la asignación y solamente en defecto del ejercicio del derecho de opción y en caso de desacuerdo entre los cónyuges podría la norma establecer un orden en dicha determinación, fundamentado en circunstancias objetivas y sin referencia al sexo.

Considerando, no obstante, que asimismo son susceptibles de implantación otras fórmulas, siempre que respeten el principio de igualdad proclamado en el artículo 14 de la Constitución.

Esta institución, al amparo de lo previsto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, tiene el honor de someter a la consideración de V.E. la siguiente sugerencia: Que por parte del Departamento que V.E. dignamente regenta, se proceda a dictar Orden Ministerial, por la que se modifique el artículo 6.º, apartado a) de la orden de 28 de diciembre de 1966, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de protección a la familia en el Régimen General de la Seguridad Social, en el sentido de:

a.) Dejar a la libre opción de los cónyuges la determinación de quién de ellos debe ostentar la condición de beneficiario de la asignación por hijos, estableciendo únicamente, si se considerase preciso, un orden de prioridad, basado en circunstancias de índole objetiva que eviten la referencia al sexo, en el supuesto de que no se ejercitase la referida opción o existiese desacuerdo entre ambos cónyuges acerca de cuál de ellos ha de percibir la prestación.

b.) Alternativamente, cualquier otra fórmula que se considere pertinente por V.E. siempre que la misma se adecue al principio de igualdad proclamado por el artículo 14 de la Constitución.

Madrid, 28 de febrero de 1985.

**Recomendación dirigida al Ministro de Trabajo y Seguridad Social.**

**Recomendación 6/1985, de 6 de marzo, sobre supresión del requisito de convivencia de dos años, para causar pensión de viudedad (art. 85 del Estatuto de Clases Pasivas de 1926).**

*(BOCG. Congreso. Serie E. núm. 4, pág. 92).*

Se han recibido los informes solicitados sobre las quejas formuladas por doña D.S.I. y doña F.L.LL, a causa de la denegación de la pensión de viudedad en virtud de la aplicación de la Ley 30/1961, de 22 de julio, que modificó el artículo 85 del Estatuto de Clases Pasivas, quedando redactado así:

“Los empleados del Estado, civiles o militares, que contraigan matrimonio después de cumplir la edad de sesenta años causarán pensión en favor de sus viudas, con arreglo a los preceptos generales de este Estatuto, siempre que entre la fecha de celebración del matrimonio y la defunción del causante hubieran transcurrido, por lo menos, dos años o hubiesen nacido hijos del matrimonio”.

Esta Ley mejoraba lo establecido en el primitivo artículo 85:

“Los empleados civiles y militares que contraigan matrimonio después de cumplir la edad de sesenta años no transmiten pensión a favor de la viuda ni de los hijos habidos en tales matrimonios”.

El sentido de la reforma era inequívoco tras la lectura del preámbulo de la Ley 30/196 1:

“En el transcurso del tiempo desde la última redacción del citado artículo 85 se ha manifestado con realidad evidente una elevación del índice de longevidad que hace ya aconsejable dar una mayor elasticidad al texto del repetido artículo, si bien no abandonando una prudente medida de garantía que salga al paso de los posibles abusos que la tradicional limitación de derechos tendió a evitar”.

El texto es expresivo de la presunción legal de que pudiera existir ánimo de fraude en los matrimonios contraídos por funcionarios con edad superior a los sesenta años. Entiende esta institución que tal presunción ex lege no es aceptable ya que puede ser constitutiva de una discriminación por edad, que atentaría contra el artículo 14 de la Constitución en relación con los artículos 9.2, 32, 39 y 41 amén de contra uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento (artículo 1.º de la Constitución).

Este límite, que además ha desaparecido en las normas de pensiones de clases pasivas posteriores a 1965 y no existe en el Régimen General de la Seguridad Social, podría considerarse contrario al artículo 32 de la Constitución, especialmente en su apartado segundo por cuanto el límite máximo de edad y los efectos del matrimonio no pueden ser regulados por la Ley basados en una presunción de ánimo defraudador en los contrayentes.

En este caso no se puede presumir que todo matrimonio celebrado por un funcionario mayor de sesenta años tenga otra finalidad que la puramente afectiva. Se impone un límite no justificado, a la libertad de contraer matrimonio, al restringir sus efectos en el ámbito de la protección social y derechos pasivos.

Como ha señalado reiteradamente el Tribunal Constitucional, para que pueda entenderse que existe discriminación en una actuación de la Administración o en una norma legal o reglamentaria es preciso que la diferencia de trato no obedezca a una causa justificada. Para respetar la igualdad no sólo ante la Ley, sino en la Ley, es preciso que el legislador no establezca distinciones entre supuestos de hecho que, desde el punto de vista de la finalidad perseguida por la norma, debieran ser considerados iguales (STC 22 de noviembre de 1983, entre otros).

Por todo ello, entendemos que las mismas razones que avalaron la, entonces progresiva, reforma del Estatuto de Clases Pasivas mediante la Ley 30/1961: elevación del índice de longevidad, justifican hoy la derogación de esta norma residual que impide a la interesada percibir la pensión de viudedad causada por su difunto esposo.

En el ámbito del Régimen General de la Seguridad Social, el criterio actualmente vigente para conceder las pensiones familiares es la incapacidad o insuficiencia económica del posible beneficiario y no el momento de contracción del vínculo de parentesco, que es un acto que entra en el ámbito de la decisión íntima de la persona sin que pueda ser mediatizado por el Estado si no es para garantizar la libre voluntad de los contrayentes.

El derecho a contraer matrimonio, el 'ius connubium', es un derecho individual de carácter civil, es una libertad primaria que no deriva del Estado, elemento, como señaló Maurice Hauriou, de la 'civitas sine sufragio' del Derecho romano y que se remonta a una antigüedad aún más lejana. Todo límite indirecto impuesto por el Estado a este derecho puede, pues, considerarse inconstitucional.

Por todo lo anteriormente expuesto, esta institución, en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, dirige a V.E. una recomendación a fin de que se estudie y se elabore un anteproyecto de disposición con rango de Ley para suprimir el requisito, para causar pensión de viudedad, de convivencia de dos años o nacimiento de hijos en los matrimonios, en los casos de matrimonios celebrados por funcionarios del Estado, civiles o militares con edad superior a los sesenta años, que viene establecido en el artículo 85 del Estatuto de Clases Pasivas de 1926.

Madrid, 6 de marzo de 1985.

**Recomendación dirigida al Ministro de Economía y Hacienda.**

**Recomendación 7/1985, de 7 de marzo, sobre cumplimiento de la legislación española vigente en materia de Trabajo y Seguridad Social y sometimiento al orden jurisdiccional social, por parte de las misiones diplomáticas en el extranjero.**

*(BOCG. Congreso. Serie E. núm. 122, pág. 1.380).*

En los dos primeros años de funcionamiento de esta institución constitucional, un relevante número de ciudadanos han comparecido en queja exponiendo la situación de indefensión originada por la privación de su derecho a la tutela judicial efectiva, constitucionalizada por el artículo 24 de la Norma fundamental, en relación con los contenciosos laborales surgidos con ocasión o como consecuencia de su prestación laboral de servicios por cuenta de embajadas, consulados, agregadurías o institutos dependientes de representaciones diplomáticas extranjeras, acreditadas en España.

Sustancialmente manifiestan que, con ocasión de las demandas formuladas contra las referidas representaciones, el orden jurisdiccional laboral viene admitiendo la inmunidad de jurisdicción o ejecución, absteniéndose ya de dictar sentencia, ya de adoptar los proveídos necesarios para su ejecución, una vez iniciada ésta, a instancias del trabajador o trabajadores demandantes.

Alegan, asimismo, que el reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción al amparo del principio judicial “par in parem non habet jurisdictionem” implica, no sólo una flagrante violación de los artículos 24, 9.2 y 53 de la Constitución, sino también —al hacerse inviable su acceso a la prestación de desempleo, al Fondo de Garantía Salarial y a su eventual reincorporación al trabajo— una conculcación evidente de los artículos 41 y 35.1 de la Carta Magna.

Exponen, por otra parte, que, no obstante el reiterado incumplimiento de sus obligaciones laborales y de Seguridad Social, algunas representaciones diplomáticas, alegando sus privilegios e inmunidades, hacen caso omiso de las sugerencias de la Administración Pública, cuyos servicios de inspección en materia laboral y de Seguridad Social se abstienen, habitualmente, de

intervenir y de practicar los oportunos requerimientos de cuotas, actas de liquidación, infracción con estimación de perjuicios, o las procedentes actas de advertencia.

A la vista de cuanto antecede, y, especialmente, del escrito de la Subsecretaría de ese Ministerio, del pasado 25 de febrero, cuyo contenido agradecemos, el Defensor del Pueblo, en el ejercicio de las responsabilidades que le confiere el artículo 54 de la Constitución, somete a VE. las observaciones siguientes, sin perjuicio del ejercicio de las facultades que el artículo 29 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, nos confiere.

#### Derecho Internacional.

La confluencia de los principios de territorialidad y de personalidad, en las relaciones jurídicas de los que es parte un Estado soberano actuante en el territorio de otro Estado igualmente soberano, ha venido resolviéndose por la doctrina tradicional en base a la inmunidad absoluta de los Estados extranjeros, condensada en el aforismo “*par in pare, imperium non habet*”.

Los célebres casos “*The schooner Exchange versus Mc Faddon and Others*; *Blanchet y. Gouvernement d’Haiti* y *De Haber y. The Queen of Portugal*, reproducen aquella tradicional doctrina con fundamento en que —como Lord Campbell entendía en el último de los procesos referidos— “Es indudable que, con arreglo a los principios generales. . . no puede presentarse en un tribunal inglés una demanda contra un soberano extranjero , tal acto ha de reputarse “contrario al derecho de las naciones y constituye un insulto por el que (aquel) podrá sentirse agraviado. .

La distinción entre actos del Estado extranjero relacionados con su propia soberanía (*acta jure imperii*) y aquellos otros sometidos al Derecho privado (*acta jure gestionis*), supuso el abandono del principio de inmunidad absoluta.

Así, el Tribunal Supremo de Austria, en el caso *Dralle y. Checoslovaquia* (1950), entendía que “... ya no puede decirse, según el Derecho internacional reconocido, que los llamados *acta gestionis* estén exentos de la jurisdicción interna. . . Por tanto, la doctrina clásica de la inmunidad ha perdido su significado y, *ratione cessante*, ya no puede ser reconocida como normas de Derecho internacional. .

Idéntico parecer se mantuvo por la Corte de Apelaciones Británica, en el caso *Baccus S.R.L y. Servicio Nacional del Trigo* o por la Corte de Cassation francesa, en sentencia de 3 de noviembre de 1952, al resolver que el Banco de

España “dotée d’une personnalité propre est justiciable des tribunaux français pour ces actes de commerce”.

A raíz de una encuesta realizada en el seno de la Organización de las Naciones Unidas en 1979, previa solicitud de información a los Estados Miembros sobre su posición ante la inmunidad jurisdiccional de los Estados extranjeros, se concluye que en muchos casos la inmunidad se limitaba a los actos *jure imperii* (R.F.A.); en otros (Suecia, Portugal...), las leyes y reglamentos no otorgaban expresamente inmunidades jurisdiccionales de carácter general a los Estados extranjeros o se estaba a los principios del Derecho internacional (Holanda).

Incluso los países que cuentan con leyes específicas sobre reconocimiento de inmunidad o —tal es el caso de EE.UU. en su *Foreign Sovereign Immunities Act*, de 1976— distinguen entre actos públicos (*jure imperii*) y actos comerciales o privados (*jure gestionis*), entre los que se incluye expresamente el empleo o la contratación de trabajadores, restringiendo las inmunidades a las demandas suscitadas en relación con los primeros.

En el ámbito de la O.N.U., y al objeto de conseguir un texto general en materia de inmunidad de los Estados, se ha elaborado una relación de supuestos que, por considerarse como actos de gestión, significarían una excepción a la regla general de la inmunidad de un Estado por sus actividades en el territorio de otro. Entre tales supuestos, se incluyen los contratos de empleo o de trabajo, sobre todo en el caso de incumplimiento de obligaciones contractuales, dado que el Estado del foro considera de vital interés el mantenimiento del debido orden en las relaciones de trabajo.

Por su parte, la Convención Europea sobre Inmunidad de los Estados, hecha en Basilea, el 16 de mayo de 1972, en vigor a partir del 11 de junio de 1976, opta por una casuística expresa de casos en los cuales los Estados firmantes se comprometen a no alegar la inmunidad de jurisdicción.

Su artículo cinco establece el principio de que un Estado no puede invocar la inmunidad de jurisdicción ante los tribunales de otro Estado, si el proceso “se refiere a un contrato de trabajo concluido entre el Estado y una persona física, debiendo de realizarse ese trabajo en el territorio del Estado del foro”.

El artículo 20 de la Convención de Basilea de 1972 establece el compromiso de que los Estados firmantes del instrumento internacional den cumplimiento a las sentencias firmes cuando, de acuerdo con sus propios preceptos, no puedan invocar la inmunidad de jurisdicción, salvo que la sentencia recaída sea manifiestamente contraria al orden público de ese Estado condenado en el proceso (art. 20.1.a) y 2.a)).

La Convención prevé, asimismo, la posibilidad de proceder a la ejecución sobre los bienes del Estado contratante, cuando éste lo haya autorizado expresamente por escrito o, incluso, cuando el proceso que ha dado lugar a la sentencia se refiere a las materias reguladas en los artículos 1 a 14, entre los que se encuentren los procesos derivados de demandas en solicitud de cumplimiento de obligaciones laborales de naturaleza contractual (arts. 23 y 26.2) en relación con el artículo 5).

La importancia de la Convención de Basilea, que ha entrado en vigor el 11 de junio de 1976, solamente para Bélgica, Chipre, el Reino Unido, Austria y Suiza, es de un alcance indudable, a pesar de que, al no haber sido ratificada por España, no se ha incorporado a nuestro derecho interno.

Derecho Español.

El ordenamiento jurídico español carece, a diferencia de otros países (EE.UU., Reino Unido, Unión Soviética, etc.) de disposición legal alguna que regule positivamente la concesión o denegación de las inmunidades de jurisdicción invocadas por los Estados extranjeros.

El tratamiento jurídico del tema habrá de hacerse, pues, a partir de la Constitución de 1978 y de la legislación ordinaria de aplicación.

a) Derecho a la tutela jurisdiccional.

El artículo 24.1 de la Constitución española establece que “todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

La Sentencia de 12 de mayo de 1982 (5. 22/82) del Tribunal Constitucional considera que “el artículo 24 de la Constitución, según pone de manifiesto su propio tenor literal, consagra el derecho de los ciudadanos a obtener la tutela de los órganos jurisdiccionales del Estado, que el precepto referido llama tutela efectiva de jueces y magistrados, pero que, en definitiva, se concreta en el derecho de que, para el sostenimiento de los legítimos intereses se abra y sustancie un proceso y un proceso en el que se contemplen y observen las garantías que el propio precepto enumeró”.

El Tribunal Constitucional viene, asimismo, entendiendo —Sentencia 13 de abril de 1983 (5. 26/83) y 7 de noviembre de 1983 (5. 90/83)— que “el derecho a la tutela judicial efectiva tiene un contenido complejo que incluye, entre otros, la libertad de acceso a los Jueces y Tribunales, el derecho a obtener un fallo de éstos y, como precisa la Sentencia núm. 32/82 de este Tribunal,

también el derecho a que el fallo se cumpla y a que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido”.

La inclusión del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva entre los derechos reconocidos en la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título I de la Constitución comporta consecuencias jurídicas de importancia trascendental.

En primer lugar, y dado que el art. 53.1 de la Constitución establece que los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I vincula a todos los poderes públicos, habrá que entender que las normas reguladoras del derecho a la tutela jurisdiccional son de aplicación directa, teniendo fuerza derogatoria respecto del derecho anterior que contraviniera aquel principio. (Sentencias del Tribunal Constitucional de 14 de octubre de 1981, 24 de enero, 11 de abril y 13 de octubre del mismo año).

En segundo lugar, la norma constitucional reguladora del derecho a la tutela jurisdiccional, como las concernientes a los demás derechos fundamentales, consagran auténticos principios de ordenamiento. Los principios generales del Derecho, por constituir la base misma del Ordenamiento, informan la labor interpretativa e indican en cada momento la fórmula interpretativa que debe ser elegida. A esta función de los principios se refiere el artículo 1.º 4 del Código Civil, siendo así reconocida por reiterada jurisprudencia. El Tribunal Constitucional, partiendo del carácter de principio general de la norma contenida en el artículo 24, establece que todo el Ordenamiento debe interpretarse de forma que se evite el resultado no pretendido por el artículo (Sentencia de 23 de julio de 1981, 5. 46/81).

Por último, conviene advertir que las normas reguladoras de este derecho, así como las relativas a los demás derechos fundamentales y libertades públicas, se interpretan de conformidad con la Declaración de Derechos Humanos y los Tratados y Pactos internacionales sobre el mismo ratificados por España (art. 1.º 1 de la Constitución). Así lo ha hecho el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 14 de julio de 1981).

Para terminar, subrayase que el propio Tribunal Constitucional considera que no se contraviene el artículo 24.1 cuando se declara la incompetencia, si bien, como dice una sentencia de 8 de junio de 1981 (5. 19/81), “elemento necesario para que pueda satisfacerse el derecho a la jurisdicción, es que existan medios para resolver los conflictos suscitados cuando se declaren incompetentes los Tribunales a que se dirija el que aspire a obtener la tutela”.

b) El principio de reciprocidad.

Al no existir en el Ordenamiento español normativa interna alguna que otorgue la inmunidad de jurisdicción a los actos *jure gestionis*, habrá que indagar sobre la existencia de convenios bilaterales o de regímenes de reciprocidad expresa o tácitamente reconocidos.

Advirtamos a este respecto que ni el Gobierno español ni diversas instituciones públicas españolas, con o sin personalidad jurídica, han merecido el más mínimo trato de favor en sus relaciones con personas privadas por parte de diferentes Estados, sino que, por el contrario, sus tribunales han rechazado las excepciones alegadas sobre inmunidad jurisdiccional y han citado reiteradas sentencias condenatorias.

Así, el referido proceso contra el Servicio Nacional del Trabajo en el Reino Unido; el caso “Comisaría General de Abastecimientos y Transportes y. Victory Transport Inc. (1964) en EE.UU.; la condena de la Oficina de Turismo española, por los Tribunales alemanes, en Sentencia del OberLandesgericht, de Frankfurt, de 30 de junio de 1977, y la condena de la Oficina de Turismo español por la Cour de Cassation, que admitía como válido el siguiente razonamiento:

“... Attendu qu’il se déduit de l’exposé qui précède que la convention litigieuse, loi de contenir des clauses exorbitantes de droit commun, renferme, au contraire, toutes les stipulations habituelles en la matière; qu’ainsi, la Dirección General del Turismo a contracté avec la société dite Hôtel George V, dans la forme, selon le mode et suivant les données du droit privé, comme l’aurait fait un simple particulier, et ce, pour l’exercice d’une activité, au moins commerciales pour partie, et sans recourir l’exercice d’une parcelle de puissance publique; qu’aucune circonstance n’indique qu’en agissant ainsi l’organisme d’Etat précité ait accompli un acte mettant en cause la souveraineté de l’Etat espagnol...”

Los propios Tribunales españoles, en el caso “El Encinar de los Reyes contra el Gobierno de los Estados Unidos de América del Norte”, estimaban:

“Que de especial naturaleza al proceso de desahucio en razón a los concretos supuestos a que respecta, ofrece el presente la particularidad singularísima de promoverse por falta de pago contra un Estado extranjero y de tan relevante condición en la actual coyuntura histórica, cual los Estados Unidos de Norteamérica; circunstancia ésta que impone, como primera y fundamental cuestión a decidir, la de precisar si, al fin aquí debatido, puede el mismo resultar vinculado a la

jurisdicción de un Tribunal español, conforme a la actora interesada. Que habida cuenta de la materia objeto del presente litigio y conforme a la doctrina dominante en Derecho Internacional privado, ningún obstáculo media que impida optar por la afirmativa, pues, sin perjuicio de la prerrogativa de igualdad, que respecto a los demás y en consecuencia de su soberanía, a cada Estado corresponde, tanto puede éste actuar — igual en el orden interno que en el internacional— en uso del *jure imperii*, en ostensible manifestación de su soberanía, como ejercitando el *jure gestionis*, del propio modo que cualquier entidad privada, y sujeto así a idénticos resultados jurídicos que ésta. . . Que ni existe tratado entre nuestro país y el Estado norteamericano por virtud del cual resulte a favor del último consideración diversa de la apuntada, ni puede tampoco desprenderse de los acuerdos suscritos por ambos en 26 de septiembre de 1953, conforme evidencia el texto de ellos y, particularmente el del art. 9.º del Convenio sobre ayuda económica, y los arts. 2.º y 3.º, párrafo 4.º del Convenio defensivo, toda vez que el objeto y fin de éstos lo constituyen relaciones de índole pública o política, en tanto que la cuestión litigiosa dimana por completo de una vinculación de orden privado entre el segundo de aquéllos y una entidad particular española con quien, en otro caso, directamente, se hubiese entendido el Estado español de hacerse necesario al propósito referido por los acuerdos de referencia”.

c) La competencia territorial y funcional de los Tribunales españoles.

Al no existir legislación interna al respecto, ni tratados o convenios multilaterales sobre la materia —con excepción de la Convención de Basilea de 1972— los tribunales españoles han de entender de las demandas formuladas contra Gobiernos extranjeros en relación con actos o negocios jurídicos llevados a cabo en España.

La jurisdicción ordinaria viene considerando —Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 30 de mayo de 1961—:

“Que es principio inconcurso derivado de la soberanía inherente a cada Estado, el de su absoluta e indiscutible competencia en los negocios civiles que se susciten en su territorio, cualquiera que sea la naturaleza de éstos, lo mismo entre nacionales que entre extranjeros, como recoge el art. 51 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, al proclamar que la jurisdicción ordinaria es la única competente en los negocios civiles que se susciten en territorio español, entre españoles, entre extranjeros, y entre españoles y extranjeros, es visto que de conformidad con la disposición legal y el art. 70 de la propia Ley, las reglas sobre competencia establecidas en la sección primera y segunda

del Título II alcanzan a los extranjeros, ora comparezcan como demandantes, ora como demandados, en los tribunales españoles, competencia que como delegada de la soberanía nacional, no pueden desprenderse, ni les es dable declinar en favor de otra soberanía, sin un previo tratado que lo permita, como tiene declarado la jurisprudencia de esta Sala de modo reiterado”.

La Sala VI del Tribunal Supremo y el Tribunal Central de Trabajo han reiteradamente proclamado S.T.S. de 11-12-74 y 28-4-75, entre otras (Aranz. 4849 y 3936) su competencia *ratione territorii* y *ratione materiae* en los litigios suscitados en torno a un contrato de trabajo, celebrado o ejecutado en España, aunque las partes carecieran de la nacionalidad española.

Sin embargo, el Tribunal Central de Trabajo viene admitiendo —S.T.C.T. de 14-10-75 (Art. 4306); 25 de noviembre de 1976 (*ibid.* 5536); 3 de junio de 1977 (*ibid.* 3241) y 21 de abril de 1978 (*ibid.* 2356)—, la inmunidad de jurisdicción, en aplicación de los Convenios de Viena de 1961 (B.O.E. de 24 de enero de 1968) y 1963 (BOE de 6 de marzo de 1970), confundiendo ocasionalmente la inmunidad de jurisdicción del Estado (de alcance institucional) con las inmunidades a favor de diplomáticos y cónsules (de naturaleza especialmente personal).

De lo que precede habrá que concluir que los contratos de trabajo suscritos por las representaciones diplomáticas con trabajadores por cuenta ajena no nacionales del país acreditado, están sujetos a la legislación laboral y de Seguridad Social española, cuya normativa ha de ser absolutamente cumplida y respetada por los Estados extranjeros en España, a través de sus misiones y consulados.

Por todo cuanto antecede, esta institución constitucional, en el ejercicio de las responsabilidades conferidas por los artículos 54 de la Constitución y 30.1 de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, viene a sugerir a VE., al amparo de los artículos 1.1, 9.1, 14, 35, 37, 40 y 41 de la Norma fundamental, proceda a informar, en sus trámites de Nota verbal, a las Misiones que incumplieren la legislación española de trabajo y Seguridad Social, tanto de la obligatoriedad de su cumplimiento, como del sometimiento a la jurisdicción del foro y, en el supuesto que nos ocupa, al orden jurisdiccional social.

Madrid, 7 de marzo de 1985.

**Recomendación dirigida al Fiscal General del Estado y a los Ministros de Asuntos Exteriores y de Trabajo y Seguridad Social.**

**Recomendación 8/1985, de 7 de marzo, sobre sustitución de los términos “subnormal” y “subnormalidad” en los textos legales.**

*(BOCG. Congreso. Serie E. núm. 4, pág. 243).*

Han comparecido ante esta institución, mediante escritos de 9 de febrero y 22 de noviembre de 1984, don F.M.C., y D. C.G.L., presentando sendas quejas, que han quedado registradas con los números AII/SBS/3.230 y AII/SBS20. 857/84, respectivamente.

Ambos reclamantes son minusválidos físicos y vienen a exponer sustancialmente su disconformidad con la consideración de subnormales que se les atribuye, de acuerdo con lo previsto en el artículo 4.º de la Orden de 8 de mayo de 1970, por la que se aprueba el Texto Refundido de los Decretos 2421/1968, de 20 de septiembre y 1076/1970, de 9 de abril, por los que se establece y regula la asistencia en la Seguridad Social a los subnormales.

Analizado detenidamente el contenido de la queja, cuyo objeto subyace, de otra parte, en otros diversos escritos recibidos en esta Institución, hemos de hacer las siguientes consideraciones:

Primera: Efectivamente, el arriba referenciado artículo 4.º de la Orden de 8 de mayo de 1970, dispone que:

“Se considerarán subnormales, a efectos de lo dispuesto en el presente Decreto, los que se encuentren comprendidos en algunos de los grupos que a continuación se indican:

- 1.º Ciegos, con una visión menor de 20/200 en ambos ojos después de la oportuna corrección.
- 2.º Sordomudos y sordos profundos, con una pérdida de agudeza auditiva de más de 75 decibelios.
- 3.º Afectos de pérdida total o en sus partes esenciales de las dos extremidades superiores o inferiores o de una extremidad superior y otra inferior, conceptuándose como partes esenciales la mano y el pie.
- 4.º Paraplégicos, hemipléjicos y tetrapléjicos.

- 5.º Oligofrénicos con retraso mental, valorado en un coeficiente intelectual inferior al 0,50.
- 6.º Paralíticos cerebrales”.

Segunda: Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, las dos principales acepciones del término subnormal, son las siguientes:

- a) Inferior a lo normal.
- b) Dícese de una persona afecta de una deficiencia mental de carácter patológico.

Tercera: Dejando a un lado la primera acepción sobre la que después volveremos, y centrándonos en la segunda, se observa que, según la misma, el calificativo subnormal únicamente podría predicarse con cierta propiedad de las personas incluidas en el apartado quinto del artículo transcrito en nuestra consideración primera.

No obstante lo anterior, la prestación instituida por el Decreto 2421/1968, de 20 de septiembre, al conservar su denominación de “aportación económica de subnormalidad” hasta nuestros días, ha llevado aparejada la conceptualización como subnormales de sus beneficiarios, como condición diferenciada de la de minusválido, según se desprende del Real Decreto 1723/1981, de 24 de julio, sobre reconocimiento, declaración y calificación de las condiciones de subnormal y minusválido.

Un somero análisis de este Real Decreto y sus normas de desarrollo, nos lleva a la conclusión de que una misma persona puede ser declarada como subnormal o minusválido —físico, sensorial o psíquico—, según sea reconocida o no, beneficiaria de la repetida aportación económica, diferenciación que no tiene justificación técnica alguna, careciendo asimismo, de la mínima base formal, y cuyo mantenimiento no puede explicarse más que por razones rutinarias.

Cuarta: En efecto, desde la implantación en 1968 de la llamada aportación económica de subnormalidad, y la consiguiente atribución a sus beneficiarios de la calificación de subnormales, hasta nuestros días, se ha producido un doble proceso.

De un lado, la progresiva degradación del término subnormal, empleado en la primera acepción dada por la Real Academia de la Lengua, con claras connotaciones peyorativas, hasta quedar configurado como un insulto en lenguaje vulgar.

De otro lado, en parte como reacción a esta degradación y fundamentalmente en aras de un mayor rigor conceptual, se han ido adoptando diversos términos genéricos de mayor aceptación por el colectivo que pretenden englobar, entre los que cabe destacar el de “minusválido” por su mayor implantación, y el de “disminuido” por haber sido el utilizado por la Constitución en su artículo 49.

Este doble proceso, ha supuesto la práctica desaparición del término subnormal en el ámbito normativo, excepción hecha de las normas que regulan la repetida prestación económica.

Y en este punto, resulta ilustrativo resaltar que esta prestación, fue extendida en favor de los hijos minusválidos de los funcionarios civiles y militares, mediante Decreto 2741/1972, de 15 de septiembre, el cual, apenas cuatro años después de que se instituyera para los beneficiarios de la Seguridad Social, ya cambiaba la denominación de “aportación económica de subnormalidad”, por la de “complemento familiar especial a favor de los hijos minusválidos”.

Más significativo fue el cambio operado en la determinación de los sujetos considerados como protegibles, divididos por el artículo 4 del mencionado Decreto, en cuatro grupos: “subnormalidad mental”, “invalidez sensorial”, “invalidez motórica” y minusválías concurrentes acumulables, de forma que se reservaba el término de “subnormalidad mental”, únicamente a “los deficientes mentales con cociente intelectual no superior a cincuenta”.

Hechas las precedentes consideraciones, esta institución, al amparo de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, tiene el honor de someter a V.E. la siguiente sugerencia: Que por el Ministerio que V.E. dignamente regenta, se proceda a elaborar y someter, en su caso, si así procediera por razón de su rango, a la aprobación del Gobierno de la Nación, las normas precisas para la sustitución de los términos “subnormal” y “subnormalidad” en las disposiciones reguladoras de la prestación económica instituida por el Decreto 242 1/1968, de 20 de septiembre, y en cuantas otras, el empleo de los citados términos pueda considerarse improcedente e inadecuado, de conformidad con las consideraciones que anteceden.

Madrid, 7 de marzo de 1985.

**Recomendación dirigida al Ministro de Trabajo y Seguridad Social.**

**Recomendación 9/1985, de 8 de marzo, sobre la Ley 37/1984, de 22 de octubre, de reconocimiento de derechos y servicios prestados a quienes durante la Guerra Civil formaron parte de las Fuerzas Armadas, Fuerzas de Orden Público y Cuerpo de Carabineros de la República.**

*(BOCG. Congreso. Serie E. núm. 4, pág. 79).*

En ejercicio de la facultad que nos está atribuida por el artículo 28 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que nos regimos, hónrome en someter a la alta consideración de V. E. el acuerdo adoptado por esta Institución respecto a la petición formulada por el abogado en ejercicio don Luis Roldán Rodríguez, en representación de la Asociación de Aviadores de la República, por escrito del día 6 de noviembre del pasado año 1984 (en la Queja núm. 9.912/1983 de nuestro Registro) y a la presentada por don F.G.S. y 171 personas más, pertenecientes al extinguido Cuerpo de Carabineros de la República (en escrito del día 8 del pasado mes de enero, Queja núm. 4/1985), convergentes ambas en solicitarnos la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 37/1984, de 22 de octubre, sobre «reconocimiento de derechos y servicios prestados a quienes durante la Guerra Civil formaron parte de las Fuerzas Armadas, Fuerzas de Orden Público y Cuerpo de Carabineros de la República» («B. O. E.» de 1 de noviembre del mismo año).

Previo informe de la Junta de Coordinación y Régimen Interior (según preceptúa el art. 18.1 b) del Reglamento de Organización y Funcionamiento, aprobado por las Mesas del Congreso y del Senado en reunión conjunta del 6 de abril de 1983) y tras detenido estudio de los datos y argumentos aducidos por los reclamantes, se adoptó la decisión de no hacer uso de la facultad conferida a esta Institución por el artículo 162. 1a) de la Constitución (desarrollado por el artículo 31.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, y por el artículo 29 de la expresada Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril) y ejercitar, en cambio, la que nos reconoce el artículo 28.2 de nuestra Ley Orgánica, de sugerir al Organismo Legislativo competente o a la Administración las medidas pertinentes a fin de evitar «que el cumplimiento

riguroso de una norma pueda provocar una situación injusta o perjudicial para los administrados», como cabría que ocurriese si la impugnada Ley 37/1984, de 12 de octubre (en lo sucesivo, Ley 37/1984), no fuese interpretada de manera flexible y equitativa a la luz de los artículos 1.º y 9.3 del texto constitucional y los artículos 3.º y 4.º del Título Preliminar del Código Civil.

Antes de exponer los antecedentes fácticos y los fundamentos jurídicos necesarios para una objetiva evaluación del complejo problema planteado, importa dejar constancia del hecho de que actualmente se encuentra en trámite ante la Comisión Europea de Derechos Humanos del Consejo de Europa, en Estrasburgo, el proceso abierto por la «demanda individual» núm. 10.733/1984, presentada ante dicho Organismo Internacional por la referida Asociación de Aviadores de la República, don J.M.R. y 212 personas más, al amparo del artículo 25 y siguientes de la Convención Europea de Protección y Salvaguardia de los Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950, habiéndose ya formulado el pliego de observaciones del Gobierno español sobre la admisibilidad y el fundamento de dicho recurso, así como las réplicas de los reclamantes; todo ello con la pretensión de que la referida Comisión Europea y, en su caso, la Corte o Tribunal de Derechos Humanos «ponga fin a la situación de discriminación y violación de derechos humanos que se denuncia, se otorgue y se aplique la amnistía política a los Militares de la República en la misma forma y medida que al resto de los funcionarios del Estado republicano, sin otra excepción que la de la incorporación al servicio activo en las Fuerzas Armadas, se anulen las penas accesorias de las condenas que en su día les fueron impuestas y se restituya a los reclamantes la totalidad de sus derechos civiles, sin hacer distinción alguna entre los que ingresaron en las Fuerzas Armadas antes del 18 de julio de 1936 y quienes lo hicieron después de esa fecha, y que, finalmente, se proporcione a dichos militares de la República equitativa audiencia ante los Tribunales españoles de Justicia».

Igualmente interesa subrayar que si bien cualquier persona individual o colectiva que resulte afectada por una norma legal puede solicitar de la institución del Defensor del Pueblo la interposición del recurso de inconstitucionalidad, a cuyo efecto se encuentra legitimado por el artículo 162.1 .a) de la Constitución, es obvio que el Defensor del Pueblo, sin perjuicio de evaluar los datos y los fundamentos jurídicos o motivos de presunta inconstitucionalidad que puedan exponerle los reclamantes, actúa con plena autonomía e independencia en la decisión de interponer o no el recurso o de hacer uso de las demás facultades que le atribuye la Ley Orgánica por la que se rige.

## I. ANTECEDENTES

Con carácter previo a un estudio de fondo de la pretensión que se alega ante esta institución constitucional, por parte de la Asociación de Aviadores de la República y un colectivo del Instituto de Carabineros, se ha considerado procedente analizar todos los antecedentes, sean normativos, jurisdiccionales o de otra índole, que afectan o se refieren a la cuestión planteada, por cuanto que han de servir como documentación imprescindible, a los fines de la formación de un criterio sobre el recurso que se solicita.

Así, se puede dividir este capítulo, en los siguientes apartados:

### 1. Antecedentes legislativos

El objetivo de este resumen se enmarca dentro de la línea evolutiva de la legislación de Amnistía (que tiene su término, hasta ahora y en lo que a este caso respecta, en la vigente Ley 37/1984, de 22 de octubre sobre Militares, Fuerzas de Seguridad y Cuerpo de Carabineros de la República); legislación de Amnistía surgida como pieza clave en el proceso de la transición política de España a un régimen democrático y la promulgación de la Constitución de 1978.

Entre las disposiciones referentes a esta materia, importa mencionar:

#### 1.1. Real Decreto-Ley de 30 de julio de 1976, número 10/76 sobre Amnistía.

Este Real Decreto, en su preámbulo, sienta el principal criterio o inspiración que ha de servir de base a toda la legislación sobre Amnistía, al especificar:

“La Corona simboliza la voluntad de vivir juntos todos los pueblos o individuos que integran la indisoluble comunidad española. Por ello, es una de sus principales misiones promover la reconciliación de todos los miembros de la Nación. .

“Al dirigirse España a una plena normalidad democrática, ha llegado el momento de ultimar este proceso con el olvido de cualquier legado discriminatorio del pasado en la plena convivencia fraterna de los españoles”.

No obstante, en relación a los militares, se sientan ya algunas diferenciaciones, al contener este mismo preámbulo la siguiente matización:

«El complejo contenido de las leyes penales militares y la amplitud y variedades de los supuestos a que han de ser aplicadas obliga a dictar normas que, sin menoscabo del espíritu de este Real Decreto-ley, armonicen el olvido y la total abolición del delito en que la Amnistía consiste, con las facultades inherentes al Poder Público, que ha de velar en todo momento por la mejor organización y moral militar de las instituciones armadas.»

En esta norma legal, cuyo carácter de norma «preconstitucional» ha de tenerse en cuenta, se concedía Amnistía para los funcionarios civiles y para los funcionarios militares. En relación a estos últimos, se amnistiaban, en concreto, los delitos de rebelión y sedición tipificados en el vigente Código de Justicia Militar, así como los delitos previstos en los derogados Códigos de Justicia Militar y Penal de la Marina de Guerra; pero los funcionarios militares tenían únicamente, de acuerdo con estas disposiciones, el derecho a percibir el haber pasivo que pudiera corresponderles con arreglo al empleo que ostentaran en la fecha en que cometieron el delito amnistiado (art. 8.º del Real Decreto-ley).

Sin embargo, a los funcionarios civiles repuestos en su condición de tales por aplicación de la Amnistía se les reconocía el derecho de reincorporación al servicio, a diferencia, pues, de los funcionarios militares, que quedaban definitivamente apartados de su carrera.

#### 1.2. Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía.

Con posterioridad al Real Decreto-ley antes señalado, se promulgaron una serie de normas que tienden a ampliar y perfeccionar los efectos de la Amnistía concedida, entre ellas la Ley que ahora comentamos.

Sin embargo, el artículo 6.º de esta norma prescribía, persistiendo en la línea de diferenciación entre los funcionarios civiles y los militares antes subrayada, que la Amnistía habría de producir, al personal militar, el único efecto de extinción de la pena principal, así como el reconocimiento de los derechos pasivos correspondientes, a diferencia, pues, de los funcionarios civiles, que se reintegraban al servicio en la plenitud de sus derechos activos y pasivos.

#### 1.3. Real Decreto-ley 6/1978, de 6 de marzo, sobre beneficios a militares que tomaron parte en la Guerra Civil.

En consonancia con las disposiciones anteriores, este Real Decreto-ley determina, únicamente, los haberes pasivos que habrían de concederse al personal militar republicano.

Su artículo 2.º especificaba:

«A este personal se le señalará el haber pasivo tomando en consideración los servicios prestados hasta el 17 de julio de 1936 y el tiempo transcurrido desde el 18 de julio del mismo año hasta la fecha en que hubiera cumplido la edad reglamentaria para el retiro a efectos de trienios.»

Sin embargo, este Real Decreto-ley determinaba que estos haberes se habrían de conceder, exclusivamente, a las siguientes clases:

«Oficiales, Suboficiales y Clases que hubieran consolidado su empleo o hubieran ingresado como alumnos de las Academias Militares con anterioridad al 18 de julio de 1936, pertenecientes a las Fuerzas Armadas o Fuerzas de Orden Público, que tomaron parte en la Guerra Civil» (art. 1º).

Es decir, aunque la norma comentada se refería únicamente a la fijación de una pensión a los militares de la República, es a partir de este momento cuando se establece la distinción entre dos sectores o grupos de militares, al omitirse el colectivo de los ingresados a partir de 1936, a efectos de la concesión de aquellos beneficios.

1.4. Después de la vigencia de la Constitución se promulga la Ley 10/1980, de 14 de marzo, modificativa del anterior Real Decreto-ley, que especificó el carácter de «profesionalidad» y la aplicación de ese Real Decreto-ley a los que, con anterioridad al 18 de julio de 1936, se hubieran reenganchado en algún Cuerpo militar, pertenecieran en esa fecha a las Fuerzas de Orden Público, fueran miembros del Escuadrón de Escoltas del Presidente de la República o a los alumnos de las Escuelas de Marinería de la Armada (art. único de la Ley).

1.5. Finalmente, se promulga la Ley 37/1984, de 22 de octubre, cuya impugnación se pretende de «reconocimiento de derechos y servicios prestados a quienes durante la Guerra Civil formaron parte de las Fuerzas Armadas, Fuerzas de Orden Público y Cuerpo de Carabineros de la República.

Esta Ley nace de la remisión «al legislador» que contiene la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional núm. 63/1983, de 20 de julio, y arranca de la intención de superar una doble discriminación:

a) En primer lugar, mejorar el reconocimiento de beneficios (otorgado por las disposiciones anteriores) a los militares de la República en relación con los funcionarios civiles.

A estos militares, que implícitamente se consideran «profesionales» (aunque la ley no emplea este término), es decir, los ingresados con anterioridad al 18 de julio de 1936 (en el mismo sentido que el Real Decreto-ley 6/1978), no se les reconocen únicamente haberes pasivos, sino, fundamentalmente, la condición de «militar retirado», con todo lo que este título implica.

b) En segundo término, tiende a reparar el olvido de que fueron objeto en la anterior normativa los militares ingresados con posterioridad al 18 de julio.

No obstante, a este colectivo, cuyo título jurídico para el reconocimiento de derechos se fundamenta en los «servicios prestados a la República», y no en su carácter de militares profesionales, se le agrupa de manera unitaria, sin hacer distinciones entre sus miembros, a los efectos del reconocimiento de una pensión vitalicia mínima.

2. Proposiciones de Ley presentadas por diferentes grupos parlamentarios tendentes a superar la discriminación inicial reflejada en las Leyes de Amnistía, y en particular en el Real Decreto-ley 6/1978, de 6 de marzo, en relación al colectivo de militares de la República.

Según ya se ha señalado, las normas de Amnistía promulgadas desde 1976 establecían una clara diferenciación entre los funcionarios civiles y los funcionarios militares.

A los primeros se les reconocían todos los derechos activos y pasivos, así como la reincorporación al servicio activo, a diferencia de los segundos, para quienes, de acuerdo con el Real Decreto-ley 6/1978, la Amnistía sólo suponía un reconocimiento de su condición a efecto de haberes pasivos, no conteniendo, por otra parte, referencia alguna al colectivo de militares ingresados a partir del 18 de julio de 1936.

Para evitar o disminuir los efectos de la discriminación anterior, en las Cortes Generales surgieron las siguientes iniciativas:

- 2.1. Proposición de Ley de 29 de diciembre de 1978, formulada por el Grupo Parlamentario «Progresista y Socialista Independiente», que no llegó a tener virtualidad por la disolución de las Cámaras.

- 2.2. Proposición de Ley presentada, en junio de 1980, por los grupos parlamentarios «Centrista», «Socialistas de Cataluña», «Socialistas Vascos», «Comunista», «Minoría Catalana» y «Andalucista», que llevaba como rúbrica «Para la superación de la discriminación en el trato que reciben por la Ley

46/1977, de 15 de octubre, los militares y los funcionarios civiles comprendidos en ella, con perjuicio de los primeros».

La Proposición de referencia fue retirada en 1981 a solicitud del Gobierno de la Nación.

2.3. El Grupo «Socialista del Congreso», con fecha 29 de junio de 1983, presentó una nueva Proposición de Ley en los mismos términos que la anterior y que dio lugar, a través del correspondiente trámite parlamentario y con sustanciales modificaciones, al texto definitivo de la Ley 37/1984.

Esa Proposición de Ley (publicada el 18 de julio de 1983 en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales») establecía, en la versión original de la exposición de motivos, lo siguiente:

«La definición del militar profesional republicano que preceptúa el Real Decreto-ley 6/1978, de 6 de marzo, requiere, por lo demás, la adecuada modulación que supera el criterio, previsiblemente inconstitucional, de que sea la fecha de 18 de julio de 1936 la que determine la condición de militar profesional beneficiario de las medidas dispuestas, estableciéndose como nuevo criterio para determinar la profesionalidad el más objetivo de haber ingresado con carácter definitivo en las Fuerzas Armadas de la República y haber recibido los empleos con carácter efectivo».

2.4. Como dato significativo a tener en cuenta, se debe resaltar que el Parlamento de Cataluña aprobó el 12 de noviembre de 1982 la Resolución 68/1 («Boletín Oficial del Parlamento», núm. 106, de 22 de noviembre de 1982), en la que se contenía una Proposición de Ley que afirmaba que la legislación promulgada por el Estado no había solucionado «el trato discriminatorio de que son objeto las personas que participaron o fueron víctimas de la Guerra Civil», por lo que instaba a la eliminación de tales diferencias.

### 3. Informes emitidos por órganos consultivos del Estado.

Aun con su carácter consultivo, es sin duda conveniente considerar los informes que emitieron, en su día, la Dirección General de lo Contencioso del Estado y la Comisión Interministerial creada al efecto, tanto por su valor intrínseco como por su carácter demostrativo del planteamiento dado a este problema, en una etapa de su evolución.

#### 3.1. Informe de la Dirección General de lo Contencioso del Estado.

##### a) Antecedentes.

El Ministro de Defensa, ante un expediente incoado en su Departamento, a instancia de la Asociación de Aviadores de la República solicitó, en consulta a la Dirección General de lo Contencioso del Estado, un informe referente a la situación de los militares y aviadores de la República, con especial referencia a aquellos a quienes les fueron reconocidos sus empleos con posterioridad al 18 de julio de 1936.

Este informe-dictamen fue emitido y comunicado, con fecha 23 de noviembre de 1982, al ministerio consultante, abordándose en él cada una de las pretensiones formuladas por la Asociación de Aviadores de la República.

Debe tenerse en cuenta que al elaborarse ese documento estaba en vigor el Real Decreto-ley 6/1978, sobre beneficios a los militares de la República, con los problemas que su aplicación planteaba, en cuanto a la doble discriminación antes referida, entre los funcionarios militares y los civiles y de los propios funcionarios militares entre sí en virtud de una fecha, la del 18 de julio de 1936.

b) Contenido del informe.

Los Militares de la República solicitaban la ampliación del Real Decreto-ley 6/1978, de 6 de marzo, a los militares ingresados en el Ejército a partir del 18 de julio, porque lo contrario, según sus alegaciones, infringiría el principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución.

Ante esta alegación, dicha Dirección General entendió que por la simple aplicación de la Constitución no pueden considerarse y reconocerse los derechos otorgados por normas jurídicas promulgadas por el Gobierno de la República con posterioridad al 18 de julio de 1936. También en este caso es el legislador ordinario quien mediante la promulgación de normas de Amnistía debe otorgar eficacia a los nombramientos conferidos con posterioridad a la mencionada fecha.

No obstante, dicho Centro consultivo sienta el criterio de que la ruptura del ordenamiento jurídico producida por la Guerra Civil no ha de ser considerada como base de razonamiento aplicable a la legislación sobre Amnistía, que se apoya tácitamente en la finalidad de buscar el mismo resultado para determinados supuestos, que pretendían las normas republicanas.

Por ello, la Dirección General de lo Contencioso entendió que en las posibles modificaciones legislativas a adoptar sobre esta cuestión no se debía partir de la fecha del 18 de julio de 1936 como elemento diferenciador, sino de la naturaleza, profesional o no, del nombramiento.

3.2. Propuesta que formuló al Gobierno la Comisión Interministerial creada por Real Decreto 2013/83, de 13 de julio («B. O. E.» del día 30).

a) Antecedentes.

La Comisión Interministerial, nombrada con objeto de estudiar la situación de este colectivo de Militares de la República y elevar al Gobierno las recomendaciones oportunas, culminó su trabajo el día 7 de febrero de 1984, partiendo, también como base de su estudio, de la realidad normativa existente y, en particular, del Real Decreto-ley 6/1978, de 6 de marzo, que, según se ha visto, contenía una definición del militar profesional, limitada a quienes ingresaron en las Fuerzas Armadas con anterioridad a la fecha del 18 de julio.

b) Contenido del informe.

La conclusión más importante de este informe fue precisamente el concepto que formulaba sobre el carácter de «militar profesional».

En el informe se precisa que tienen ese carácter los militares ingresados como alumnos de las Academias que hubieran consolidado su empleo con anterioridad al 18 de julio de 1936, siempre que hubieran tomado parte en la Guerra Civil, así como los militares que hubieran ingresado con posterioridad a esa fecha y con anterioridad al 1 de abril de 1939 con carácter definitivo en las Fuerzas Armadas de la República, siempre que se les hubiesen reconocido sus empleos con carácter efectivo.

En consecuencia, se sugiere la reforma de las normas vigentes sobre Amnistía, con inclusión de este nuevo concepto de militar, a los efectos del reconocimiento de los beneficios pertinentes.

4. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Por la misión encomendada al Tribunal Constitucional y por la naturaleza de la petición de recurso de inconstitucionalidad planteada a esta institución, adquiere especial importancia un estudio detenido de las sentencias dictadas por ese Alto Tribunal.

Importa resumir, por la directa conexión con el problema analizado, las siguientes resoluciones:

4.1. Sentencia 28/1982, de 26 de mayo («B. O. E.», núm. 137, de 9 de junio).

a) Antecedentes.

Recayó en el recurso de amparo núm. 403/1981, promovido por don Juan Bautista Santaella Macías, contra resoluciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, que no le reconocía el carácter profesional al recurrente, quien, ingresado como voluntario en el Ejército en septiembre de 1936 y ascendido a Cabo en junio de 1938 (empleo que ostentó hasta pasar exiliado a Francia al final de la Guerra Civil), había solicitado del Ministerio de Defensa el reconocimiento de cuantos derechos pudieran corresponderle, de acuerdo con el Real Decreto-ley 6/1978, invocando, a tal efecto, el Decreto de 26 de agosto de 1936 del Gobierno de la República.

b) Fundamentos jurídicos de la sentencia.

La cuestión principal, pues, se centraba en atribuir o no efectos a unos nombramientos conferidos a partir del inicio de la Guerra Civil, tomando en consideración, por otra parte, que el Real Decreto-ley 6/1978 no contenía ninguna alusión en relación al personal militar ingresado con posterioridad a esta fecha.

Ante esta cardinal cuestión, el Tribunal Constitucional en la sentencia de referencia hace el siguiente importante pronunciamiento:

«Que tales Decretos (los del 36) fuesen válidos conforme al ordenamiento vigente para el momento de su promulgación es, a reserva de un examen más minucioso, cosa cierta o, en todo caso, alto probable. Esta constatación no permite por sí sola, sin embargo, atribuirles eficacia. Condición necesaria de ésta no es sólo la validez, sino también la vigencia y los Decretos en cuestión no la tuvieron nunca en el territorio dominado por quienes se habían alzado en armas contra las instituciones republicanas cuya legitimidad negaban. Al término de la Guerra Civil, cuya proyección jurídica es la ruptura del ordenamiento, se integraron en éste, como únicas normas válidas, las que efectivamente habían tenido vigencia en el territorio sustraído a la acción del poder republicano, a cuyas disposiciones no se les otorgó otra consideración que las de *puro facta...*»

Tras ese pronunciamiento, el Tribunal Constitucional afirma:

«La atribución de consecuencias jurídicas determinadas a supuestos de hechos no contemplados por las normas vigentes no puede alcanzarse nunca a través del uso de los medios de que la Administración o la Jurisdicción disponen para la aplicación del Derecho, porque no es un problema de *lege lata*, sino de *lege ferenda*. Sólo el legislador, mediante la promulgación de nuevas normas, puede, si no devolver validez y vigencia a normas inexistentes como tales, sí obtener el mismo resultado que aquellas persiguieron.»

Finalmente, la sentencia declara:

«La lesión a lo que él (el promovente del recurso) considera exigencia de la igualdad sólo sería imputable si existiese en la legislación sobre Amnistía, que no ha sido cuestionada en el presente recurso, pues esta legislación sí debe ajustarse a los principios constitucionales y, entre ellos, al principio de igualdad.»

4.2. Sentencia 63/1983, de 20 de julio («B. O. E.» de 9 de agosto).

A) Antecedentes.

a) Esta sentencia recayó en el recurso de amparo núm. 500/1982, promovido precisamente por la Asociación de Aviadores de la República y 213 personas más y dirigido contra la presunta denegación por silencio a la petición que habían formulado al Consejo de Ministros a los fines de que se adoptaran por el Gobierno medidas tendentes a evitar la discriminación de los militares de la República con arreglo a las leyes de Amnistía vigentes. Con anterioridad, la misma asociación había formulado recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo, resuelto por la sentencia de 2 de diciembre de 1982 declarando la incompetencia de dicha Jurisdicción para conocer el fondo del asunto.

b) La argumentación básica del recurso de amparo constitucional partía, como se ha dicho, de la existencia de la discriminación de los Militares de la República con relación a los funcionarios civiles, dado que a los primeros se les habían reconocido haberes pasivos, a diferencia de los segundos; poniéndose también de relieve que no se había reconocido beneficio alguno a los militares ingresados a partir de la fecha del 18 de julio.

B) Fundamentos jurídicos.

Esta sentencia, sin duda importante para la reflexión ulterior, estableció una pauta de interpretación constitucional, en la que ha buscado inspiración el legislador al promulgar la Ley 37/1984, de 22 de octubre, sentando los siguientes criterios:

a) Analiza el concepto de Amnistía, subrayando que no es únicamente un instituto fundado en la *clementia principis* y un ejercicio de derecho de gracia, que comporta una extinción de la pena o del delito, sino que se refiere fundamentalmente a una derogación retroactiva de unas normas y de los efectos inherentes a las mismas. En suma, la Amnistía, por ello, entraña una razón de justicia como exigencia derivada de la negación de las consecuencias de un derecho anterior. No obstante, esta derogación retroactiva tenderá a

reconstruir la situación anterior, pero no perderá este carácter la Amnistía porque el efecto reintegrador sea más limitado, es decir, tenga menor intensidad.

b) Respecto al problema de la distinción de los militares de la República, en relación con el tratamiento otorgado a los funcionarios civiles, tras afirmar que la Amnistía ha de conciliarse con el principio de igualdad, determina que entre la función pública civil y la integrada en las Fuerzas Armadas concurren elementos diferenciadores que podrán reclamar modelos distintos en algunos de los efectos reintegradores, propios de la legislación de Amnistía. Esa diferenciación se refiere, esencialmente, a la reincorporación al servicio activo, que no ha de alcanzar al funcionario militar (y que los recurrentes no reclamaban); pero en lo demás, este funcionario ha de tener igual tratamiento que el otorgado al funcionario civil.

En cuanto al aspecto referente a que los militares ingresados con posterioridad al 18 de julio de 1936 no se encontraban recogidos en el Real Decreto-ley 6/1978, el Tribunal Constitucional pone de relieve:

«Sólo el legislador podrá, mediante la promulgación de nuevas normas, conferir efectos a los nombramientos obtenidos al amparo de unas disposiciones que no se han ingresado en el ordenamiento jurídico, y esto dentro de lo que el legislador, en una consideración de los variados supuestos de guerra, estime cuáles son los que reúnen unas condiciones que los equiparen a los militares ingresados en las Fuerzas Armadas con anterioridad a la Guerra Civil.»

Sobre la base de esos pronunciamientos (que se diferían de la normativa entonces vigente, por cuanto esta sentencia, entre otros aspectos, reconoce al militar los mismos derechos que al civil, con las excepciones apuntadas), el Tribunal Constitucional desestimó el recurso de amparo promovido por la Asociación de Aviadores de la República.

Interesa no olvidar que el núcleo fundamental de la pretensión en ese recurso era la queja de dicha Asociación por no haber hecho uso el Gobierno de la iniciativa legislativa correspondiente a los fines de superar la discriminación del funcionario militar amnistiado respecto al civil.

El Tribunal Constitucional, de acuerdo con las prescripciones de su Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, sólo podía denegar el otorgar el amparo, y en este último caso tenía que declarar, según el artículo 55.1 de dicha Ley, la nulidad de la decisión, acto o resolución que impidió el pleno ejercicio del derecho protegido. En consecuencia, después de sentar las expresadas

directrices al legislador, entendió que había de ser éste quien, desde el principio de igualdad, desarrollara esos aspectos.

Así manifiesta:

«La solución no puede venir ni por el camino de invalidar las normas no por el de extender el régimen de los funcionarios civiles a los militares, porque, en esta extensión, faltaría la precisión del ámbito personal de los favorecidos por la norma y la definición de los efectos de la Amnistía, de modo que sólo el legislador desde la igualdad podrá integrar el derecho que permita la aplicación en cada caso de la Amnistía.»

Para actuar en esa dirección, el legislador promulgó la Ley 37/1984, de 22 de octubre, objeto del presente análisis.

## II. ARGUMENTOS JURIDICOS EXPUESTOS POR LAS PERSONAS RECLAMANTES EN APOYO DE LOS MOTIVOS DE INCONSTITUCIONALIDAD QUE ARTICULAN CONTRA LA LEY ORGANICA 37/1984, DE 22 DE OCTUBRE.

### 1. Asociación de Aviadores de la República.

Esta asociación fundamenta su pretensión en las siguientes alegaciones:

#### 1.1 Infracción del artículo 14 de la Constitución.

A) La Ley 37/1984 dedica su Título primero a los Militares ingresados en las Fuerzas Armadas con anterioridad al 18 de julio de 1936 (Militares a los que ya se refería, pero con efectos más restringidos, el art. 1.º del Real Decreto-ley 6/1978, de 6 de marzo, y art. único de la Ley 10/1980, de 14 de marzo), a los que reconoce la situación de militar retirado, con los derechos y obligaciones inherentes a esta condición (art. 2.º).

Sin embargo, esta Ley no concede el mismo derecho a aquellos militares que también ingresaron como profesionales (entre ellos, los jefes, oficiales, suboficiales y clases de tropas del Arma de Aviación de la República) en las Fuerzas Armadas después de la mencionada fecha del 18 de julio, pues sólo se les reconoce (art. 5º) «los servicios prestados a la República» con «las distinciones que reglamentariamente se determinan», y el cobro de una mínima jubilación, y las prestaciones médico-farmacéuticas y servicios sociales del régimen general de la Seguridad Social.

Este tratamiento legal entraña, según los reclamantes, una doble discriminación:

a) En relación con los funcionarios civiles, a quienes se les reconocen todos los títulos, nombramientos y empleos conferidos entre el 18 de julio de 1936 y el 1 de abril de 1939, considerando, pues, eficaces disposiciones dictadas por la República.

b) En relación con los funcionarios militares ingresados con anterioridad a la fecha del 18 de julio.

Esta asociación entiende que, con posterioridad al inicio de la Guerra Civil, existió la cualidad de militar profesional, por lo que esa diferenciación, en razón a una fecha, ha de carecer de virtualidad y es, además, manifiestamente inconstitucional por infracción del artículo 14 de nuestra Norma suprema.

B) Respecto al punto básico de la profesionalidad militar con posterioridad al 18 de julio, se argumenta lo siguiente:

a) Sobre la profesionalidad del Arma de Aviación de la República se pone de relieve que en ella, por su necesaria especialización, los empleos militares no fueron concedidos desde el inicio de la Guerra Civil con carácter provisional y «en campaña», sino definitivamente.

En este sentido alegan que las normas dictadas por la República revelan dicho carácter de profesionalidad; así, el Decreto de 13 de octubre de 1936 y, en general, las distintas órdenes de regulación de los cursos a los empleos militares y convocatorias de los mismos (entre ellas, Orden del Ministerio de Marina y Aire de 4 de diciembre de 1936).

Por otra parte, se aduce que el Arma de Aviación fue creada definitivamente después del inicio de la Guerra Civil, en concreto por un Decreto de 14 de mayo de 1937 («Gaceta de la República», núm. 136, de 16 de mayo); pero esta organización estaba prevista desde antes del inicio de la contienda, en mayo de 1937, y el Gobierno de la República no hizo sino completar lo determinado en la Disposición Transitoria segunda de la Ley de 12 de septiembre de 1932, que preveía la necesidad de la organización del Arma de Aviación por el Gobierno, conforme a las necesidades de la Defensa Nacional.

En este aspecto concreto se manifiesta, finalmente, que en este Arma se constituyeron cuerpos y escalas únicas, confeccionándose unos escalafones profesionales en los que se fusionaron por empleo todos los funcionarios militares, sin hacer distinciones en cuanto a la fecha de iniciación de la Guerra Civil.

b) Sobre la profesionalidad del personal que, hallándose en situación de retirado o reserva, se incorporó voluntariamente al servicio activo, iniciada la Guerra Civil, al amparo de lo dispuesto en los Decretos de 20 de julio y 17 de agosto de 1936, se recalca que por este último se concedió a ese personal el reingreso en el Ejército, con un empleo más del que se ostentaba el 17 de julio de 1936, así como el derecho a continuar prestando servicios una vez finalizada la contienda civil.

Posteriormente, la Orden de 18 de noviembre de 1937 («Diario Oficial», núm. 293, de 7 de diciembre) dispuso que estos militares se incorporarían a las Escalas generales de sus Armadas y Cuerpos.

c) Sobre la profesionalidad del personal reenganchado se alega que la Ley 10/1980, de 14 de marzo, especifica que son profesionales, a efectos de la aplicación del Real Decreto-ley 6/1978, de 6 de marzo, aquellos que con anterioridad al 18 de julio se hubieran reenganchado en algún cuerpo militar.

Basándose en ello estacan que existen algunas clases del Ejército, ingresadas como voluntarios antes del 18 de julio de 1936, que antes de esa fecha tenían solicitado el reenganche en filas, pero que no se les reconoció, sin culpa suya, esta situación hasta después de dicha fecha, por lo que también habría de reconocérsele profesionalidad.

d) En relación a otros colectivos, a los que también se alude en el escrito presentado por la Asociación de Aviadores de la República, están los empleados de Tenientes en campaña, obtenidos en las Escuelas Populares de Guerra del Ejército de Tierra.

Estos empleos, que tuvieron un carácter de compromiso militar en servicio voluntariamente contraído, durante el tiempo de duración de la contienda, fueron regulados por diversas disposiciones de la República, entre las que se mencionan la Orden de 8 de marzo de 1937, del Ministerio de Guerra, así como el propio Reglamento de las Escuelas Populares de 3 de enero de 1938.

El Decreto de 13 de febrero de 1937 («D. O. del Ministerio de la Guerra», núm. 39, de 15 de febrero) concedió a estos Oficiales el derecho a integrarse, de manera definitiva, en las Escalas Activas del Ejército, al concluir la campaña, si tras el examen de su actuación o conducta se les reconocía su aptitud por el Ministerio de la Guerra.

e) Finalmente, se hace referencia al personal encuadrado en las Milicias Populares, que también fue objeto de regulación, en cuanto a sus empleos, por diversas disposiciones de la República (entre ellas, Decreto de 26 de agosto de 1936, de 28 de septiembre del mismo año y 13 de febrero de 1937), normas

que configuraban estos empleos con carácter provisional, habiendo de consolidarse a la terminación de la guerra, una vez acreditada la correspondiente aptitud, así como la buena conducta política y social del promovente.

## 1.2. Infracción del artículo 9.º de la Constitución.

La Asociación de Aviadores de la República, después de fundamentar su pretensión de recurso de inconstitucionalidad en el artículo 14 de la Constitución, alega infracción del artículo 9.3 de la misma Norma Suprema en relación con el principio básico de «interdicción de la arbitrariedad», que en ese precepto se consagra, y resultaría quebrantado por la Ley 37/1984 según las siguientes consideraciones:

a) Con carácter general, las normas de Amnistía tienen la misión específica de restablecer derechos que habían perdido eficacia por la legislación del Régimen u ordenamiento anterior.

Por consiguiente, para reconocer derechos a los militares de la República, no se puede prescindir de los beneficios que tuvieron reconocidos en el pasado, lo cual exige aplicar las disposiciones o normas que los hicieron nacer.

Sin embargo, el legislador ha hecho caso omiso de la legislación de la República a partir del inicio de la Guerra Civil.

b) El legislador, por otra parte, ha prescindido totalmente del dictamen emitido por la Dirección General de lo Contencioso del Estado, así como el Informe y propuesta formulados por la Comisión Interministerial, creada por Real Decreto 2013/1983, de 13 de julio («B. O. E.» de 30 de julio).

c) El legislador, de igual manera, se ha apartado de las directrices sentadas por la sentencia de 20 de julio de 1983, de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, en cuyo Fundamento Jurídico 4.º se declaró que sólo el legislador podría solucionar, dentro de una consideración de los variados supuestos de guerra, el problema de los militares ingresados en las Fuerzas Armadas de la República con posterioridad al 18 de julio de 1936, respetando, en materia de amnistía, el principio de igualdad, y es patente, según los reclamantes, que esas directrices del más Alto Tribunal se han infringido, dado que en el Título II de la Ley 37/1984 no se ha reconocido a ningún colectivo de los ingresados con posterioridad al 18 de julio el carácter de profesionalidad.

## 1.3. Infracción del artículo 24 de la Constitución.

Finalmente, se alega la indefensión jurídica de esos militares de la República a la luz de las previsiones del artículo 24 de la Constitución, garantizador del derecho fundamental de toda persona a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses, puesto que no han conseguido una resolución judicial favorable en la vía previa de la Administración Ordinaria de Justicia ni en la del propio Tribunal Constitucional, por lo que se han visto obligados a recurrir a la Comisión Europea de Derechos Humanos de Estrasburgo.

## 2. Instituto de Carabineros.

En el escrito remitido por don F.G.S. y 171 personas más se invoca, únicamente, como motivo de inconstitucionalidad la infracción del artículo 14 de la Constitución.

En el mismo sentido, antes señalado, se pone de relieve que la simple accidentalidad de una fecha, la del 18 de julio de 1936, no puede servir como criterio diferenciador entre unos y otros profesionales. El concepto de profesionalidad, según esta versión, se ha de deducir del nombramiento original realizado por el Gobierno de la República.

Desarrollando este aspecto se argumenta que, en cumplimiento del Decreto de 23 de septiembre de 1936 («Gaceta», núm. 268), se acordó, por Orden Ministerial del Departamento de Hacienda de 27 de septiembre de 1936 («Gaceta», núm. 272, de 28 del mismo mes), la convocatoria para ingresar en el referido Cuerpo de Carabineros, con unas condiciones específicas, semejantes a las de los ingresos antes del 18 de julio.

En efecto, el artículo 4.º de esta Orden preceptuó:

«Los que resultaren aprobados en el reconocimiento y examen serán propuestos por la Comisión de Reclutamiento para que sean nombrados definitivamente Carabineros por este Ministerio y destinados a la Unidad que se les designe para ser filiados.»

En consecuencia, las personas nombradas de acuerdo con las previsiones de esta Orden alcanzaron definitivamente la condición de Carabineros, porque reunían las condiciones y requisitos prescritos y porque fueron nombrados por la Autoridad competente del Gobierno de la República.

Dichas condiciones no se alegan por los reclamantes respecto a otro colectivo de Carabineros que ingresaron en ese Cuerpo al amparo de la Orden Ministerial de 25 de febrero de 1937 («Gaceta», del día 27 del mismo mes), sin duda porque en su artículo 9.º se especificaba que los que resultaran admitidos

en virtud de esa convocatoria serían incorporados al Centro de Movilización correspondiente, reconociéndoseles compromiso por el tiempo que durara la «campana», aunque verosímilmente hubieran podido ser luego integrados de forma definitiva en dicho Cuerpo concluida la contienda, y siendo de notar que ese Instituto dependió siempre del Ministerio de Hacienda en tiempos de paz.

### III. EVALUACION DE LOS MOTIVOS ADUCIDOS POR LOS RECLAMANTES SOBRE LA ALEGADA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 37/1984, DE 22 DE OCTUBRE.

#### 1. Consideraciones previas.

1.1 Antes de entrar en el examen de dichos motivos, es justo reconocer la seriedad de los mismos, así como los aspectos problemáticos que suscita la expresada norma legal, sobre todo en lo que concierne a la doble diferenciación que en la misma se establece: por una parte, entre los funcionarios civiles y los militares y Fuerzas de Seguridad y Carabineros del Gobierno de la República, a los que se aplicaron las diferentes normas de amnistía a partir de 1977, y, por otro, entre los militares ingresados en las Fuerzas Armadas con anterioridad al 18 de julio de 1936 y los que ingresaron después de esa fecha.

Es un dato innegable que en ambos casos ha habido tratamientos diferenciados, lo que exige un ponderado análisis sobre la existencia o no de razones objetivas para esa diversidad de regulación jurídica en la aplicación de las normas reguladoras de la amnistía, problema éste que si resulta más favorablemente resuelto en la Ley 37/1984, en lo que afecta a las diferencias entre los funcionarios civiles y los militares, Fuerzas de Orden Público y Cuerpo de Carabineros de la República ingresados con anterioridad al referido 18 de julio, se agudiza en el contraste entre esas mismas categorías que tuvieron acceso a sus diferentes Cuerpos con posterioridad a dicha fecha, puesto que mientras a los incorporados antes del comienzo de la Guerra Civil se les otorgan ahora todos los derechos del «reiterado», en cambio a los que comenzaron su actuación ya en plena contienda solamente se les reconocen «los servicios prestados a la República» y determinadas ayudas o prestaciones de carácter económico, confiando al desarrollo reglamentario la determinación de beneficios complementarios.

1.2. Importa, además, subrayar que el análisis del problema planteado por ese distinto tratamiento legal ha de realizarse dentro de un marco estrictamente jurídico, sin poder entrar, en lo que a esta institución concierne, en aquellos otros aspectos resumidos en el capítulo de «antecedentes» e, incluso, en las «exposiciones de motivos» de las normas legales sobre amnistía, como son las

previsibles dificultades de orden técnico y de carácter presupuestario inherentes al reconocimiento de derechos de diverso contenido, a un colectivo muy numeroso y a sus familiares, así como la incidencia de factores emocionales procedentes de un hecho, tan lacerante todavía en el recuerdo, como fue la Guerra Civil que afectó a toda España.

1.3. En tercer término, importa también tener en cuenta la naturaleza o carácter de la amnistía en un proceso de transición evolutiva entre dos Regímenes políticos de características antagónicas que se ha ido produciendo gradualmente y siempre abierto a ulteriores avances perfectivos.

A la luz del artículo 62.j) de la Constitución se desprende que el derecho de gracia, esto es, la amnistía y los indultos particulares (puesto que quedan excluidos los indultos generales), se revelan como un acto de magnanimidad de la suprema Magistratura del Estado, previos los trámites que la propia Constitución y las demás normas del ordenamiento legal establecen.

En este sentido, la amnistía aparece como un acto constitutivo motivado por hondas razones morales y políticas no jurídicamente tasadas y dentro de un amplio margen de discrecionalidad.

Ello no quiere decir, sin embargo, que esa suprema decisión pueda ser incongruente, antes al contrario, con los principios constitucionales básicos y muy en especial que el artículo 1.º de la Constitución consagra, y entre los que descuella el valor de la justicia, sobre todo cuando se trata de cerrar, en la mayor medida humanamente posible, el sangriento y fratricida enfrentamiento entre españoles.

En todo caso, es indudable que una vez tomada la decisión de conceder la gracia a las personas afectadas por esa ruptura de la convivencia nacional, todos los órganos del Estado en el desarrollo y aplicación de la amnistía han de respetar los preceptos jurídicos básicos y, muy en primer término, el principio de igualdad, refrendado por el artículo 14 de la Constitución, para conseguir conciliar armónicamente la motivación ético-política originaria con los criterios fundamentales que la Constitución establece imperativamente para la actuación de todos los Poderes Públicos.

Esa plenaria concepción de la amnistía es la que reflejó el Tribunal Constitucional en su ya invocada sentencia de 20 de julio de 1983 al declarar:

«Tenemos por cierto que resultaría insuficiente y acaso equivocado el examinar el Real Decreto-ley 10/1976 y las otras disposiciones citadas desde una perspectiva limitada a los análisis que ven en la amnistía un instituto fundado en la *clemencia principis* y un ejercicio

del derecho de gracia, que comporta una extinción de la pena o para algunos del delito, pues, sin dejar de tener este alcance en algunos de sus contenidos, destaca en el caso actual la razón derogatoria retroactiva de unas normas y de los efectos anudados a las mismas; derogación que en el más intenso de sus objetivos tenderá a reconstruir la situación anterior, pero que no perderá este carácter porque el efecto reintegrador sea más limitado. La amnistía responde así a una razón de justicia como exigencia derivada de la negación de las consecuencias de un derecho adquirido.»

Importa, pues, mucho que esta certera orientación jurisprudencial rijan el gradual desarrollo de las normas de amnistía, pero, de otra parte, no puede silenciarse la matización que el propio Tribunal Constitucional hace respecto a que la norma que otorgue esa gracia no pierde ese carácter, aunque «el efecto reintegrador sea más limitado», con lo que mantiene a la amnistía en el ámbito ya dicho de una razonable discrecionalidad, aunque siempre abierta a ulteriores perfeccionamientos.

## 2. Evaluación de la alegada infracción del artículo 14 de la Constitución por la Ley 37/1984.

2.1. El motivo cardinal en que coinciden todos los reclamantes es, sin la menor duda, la denunciada infracción del expresado artículo 14 de la Constitución, en cuanto que la Ley que se impugna habría violado el principio de igualdad ante la Ley de todos los españoles (sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social), refrendada por una constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional (*ad exemplum*, sentencias de 10 de julio y 10 de noviembre de 1981; de 5 de mayo, 14 y 28 de julio, 22 de noviembre y 20 de diciembre de 1982; 24 de enero, 18 y 28 de febrero, 21 de junio y 3 de agosto de 1983, y 24 de octubre de 1984).

De algún modo puede decirse que ese precepto de igualdad del artículo 14 de nuestra Constitución (concordante con el art. 14 de la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950, congruente con el art. 7.º de la Declaración Universal de las Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1948 y con los artículos 2.2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Cívicos y Políticos del mismo Organismo Internacional de 16 de diciembre de 1966, todos ellos ratificados por España) constituye la clave de bóveda de un Estado social y democrático de Derecho.

Es menester, no obstante, recordar que el mismo Tribunal Constitucional, en muchos de sus fallos, ha matizado el alcance de esos preceptos en forma

reiterada y que incide, inequívocamente, en el problema sometido al examen de esta institución.

Así, nuestro más Alto Tribunal puntualizó en su sentencia de 10 de noviembre de 1981 (Fundamento Jurídico 3.º) que:

«El principio de igualdad jurídica consagrado en el artículo 14 hace referencia, inicialmente, a la universalidad de la ley, pero no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso, que puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de Derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del ordenamiento, como son la justicia y la igualdad (art. 1.º), a cuyo efecto atribuye, además, a los Poderes Públicos el que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (art. 9.3). Lo que prohíbe el principio de igualdad jurídica es la discriminación, es decir, que la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable.»

En esa misma sentencia (loc. cit.), el Tribunal Constitucional puntualiza quién está legitimado para realizar esa valoración sobre la racionalidad o irracionalidad de un trato diferenciado en unos casos y en otros, sin violar el principio de igualdad y, a tal efecto, concreta:

«La apreciación de en qué medida la Ley ha de contemplar situaciones que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente o, desde otra perspectiva, que no deben ser tratadas igualmente, queda con carácter general confiada al legislador.»

Naturalmente que esa facultad atribuida al Poder Legislativo no es ilimitada ni absoluta, como el mismo Tribunal se cuida de esclarecer:

«Tal valoración tiene unos límites, ya que no puede dar lugar a un resultado que vaya contra derechos y libertades reconocidos en la Constitución (art. 53.1) ni, en general, contra cualquier precepto y principio de la misma (art. 9.º, núm. 1 y 3, relativos a la sujeción a la Constitución de todos los Poderes Públicos y a la interdicción de todos los Poderes Públicos y a la interdicción de la arbitrariedad), ni, como resulta obvio, contra la esencia del propio principio de igualdad que rechaza toda desigualdad que por su alcance sea irrazonable y por ello haya de calificarse discriminatoria» (loc. cit.).

Finalmente, siempre el mismo Tribunal Constitucional, ha invocado reiteradas veces, en apoyo de ese criterio hermenéutico, lo establecido en los

Pactos Internacionales, especialmente en el artículo 14 de la ya citada Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, que, como es sabido, tiene un contenido casi idéntico al del artículo 14 de nuestra Constitución, lo que no ha impedido a la Corte Europea de Derechos Humanos declarar en numerosas sentencias (como las de 7 de diciembre de 1976; 13 de junio de 1979; y 23 de noviembre de 1983, entre otras), que el principio de igualdad únicamente es violado si la desigualdad de trato está desprovista de una justificación objetiva y razonable; y que la existencia de esta justificación debe apreciarse con relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, habiendo de darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.

2.2. A la luz de estas someras consideraciones, lo que importa ahora es evaluar si la evidente desigualdad de tratamiento jurídico que se contiene en la Ley 37/1984 implica una infracción del invocado artículo 14 de nuestra Norma Suprema y que los artículos equivalentes de los Convenios Internacionales ratificados por España, que forman parte integrante de nuestro Ordenamiento Jurídico, según el artículo 96 de la Constitución, además de ser preceptivas pautas interpretativas (según determina el artículo 10.2 del texto constitucional), y entraña una desigualdad injustificada por carencia de una base razonable y objetiva y de la relación de proporcionalidad antes indicada.

Para ello es preciso analizar, a la luz de la expresada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el doble criterio diferenciador que se contiene en la Ley objeto de examen, esto es, dentro los funcionarios civiles y los militares, de un lado, y entre los militares anteriores y posteriores a la fecha del 18 de julio de 1936, de otro:

a) En cuanto al primer aspecto, no es posible silenciar el criterio sentado por el Tribunal Constitucional precisamente en su Sentencia 63/1983, de 20 de julio, al declarar:

«Debe convenirse que entre la función pública civil y la integrada en las Fuerzas Armadas, concurren elementos diferenciadores que podrán reclamar módulos distintos en algunos de los efectos reintegrados que son propios de la legislación que es común designar por referencia a la rúbrica de la Amnistía...»

Aunque es la misma sentencia se marca una importante puntualización:

«...Si dejamos a un lado la reincorporación al servicio activo, que es donde pudieran proyectarse esos elementos diferenciales y que expresamente excluyen los recurrentes, las situaciones desde las facetas de preferir todo efecto punitivo y desechar la incorporación activa se presentan como afines y,

desde luego, la razón a que obedece la Amnistía, como iguales, sin que, el elemento civil o el elemento militar actúe como diferenciador.»

Justo es reconocer que ya esta diferenciación entre los funcionarios civiles y los funcionarios militares, a quienes se aplicó la Ley de Amnistía, ha sido asumida por los propios reclamantes, puesto que tanto en el escrito dirigido a esta institución por el representante de la Asociación de Aviadores de la República como en sus comunicaciones a la Comisión Europea de Derechos Humanos en el recurso ante ella pendiente, al amparo del artículo 25 de la Convención de 1950, se subraya que los Militares de la República no reclaman, sin duda por sus propias circunstancias biográficas, la reintegración al servicio activo, aunque sí su plena equiparación a dichos funcionarios civiles amnistiados en lo que concierne a los demás derechos de diversa índole, lo que la Ley 37/1984 establece, aunque sólo para los Militares y asimilados anteriores al 18 de julio.

b) En cuanto al distinto trato dado por la Ley 37/1984 a los Militares y Fuerzas de Seguridad y Carabineros anteriores al 18 de julio de 1936 (Título primero de la Ley impugnada), respecto a los que ingresaron posteriormente (Título II), los factores que impulsaron a esa diferenciación son sin duda más complejos y problemáticos.

Teóricamente hubiera sido deseable —y más equitativo— superar esa referencia a la fecha del 18 de julio como punto para regular el tratamiento jurídico de las personas afectadas por la ampliación de los efectos de la amnistía, que esto entraña la Ley 37/1984, y determinar «los requisitos de profesionalidad» de unos y otros basándose en el análisis de las condiciones exigidas por las normas que estuvieron vigentes en cada una de las zonas en que quedó dividida España.

Sin embargo, es un hecho que las Cortes Generales, es decir, el Poder Legislativo al que, como ya se ha dicho, se remitió expresamente el Tribunal Constitucional como legitimado para establecer los criterios de equiparación de unos y otros militares, Fuerzas de Seguridad y Carabineros de la República, optó, discrecionalmente, por establecer el criterio determinante en esa fecha del comienzo de la Guerra Civil, por estimarlo, sin duda, como suficientemente objetivo de la distinción entre circunstancias de paz y circunstancias bélicas.

Es verosímil que a ello le impulsara, también, la aludida Jurisprudencia del expresado Tribunal Constitucional, concretamente en su tantas veces invocada sentencia 63/1983, de 20 de julio, recaída en el recurso de amparo constitucional interpuesto por la Asociación de Aviadores de la República y otras personas, en el que se pretendía la extensión de los beneficios de la

amnistía también a los militares ingresados a partir de la expresada fecha del 18 de julio de 1936, sin discriminación con respecto a los demás.

Ante esa pretensión, dicho Alto Tribunal no entró en declarar inconstitucional un tratamiento jurídico en razón a la expresada fecha histórica, ni señaló al legislador que en su actuación futura tuviera que establecer, en razón de tal fecha, un distinto tratamiento entre los dos colectivos de militares que entonces se enfrentaban, sino que se limitó a indicar que el Poder Legislativo debía proceder a un análisis de la situación de los ingresados durante la Guerra Civil y de los posibles criterios de homologación respecto a los ingresados con anterioridad.

Así se desprende de su explícita declaración (Fundamento Jurídico 4.º):

«...sólo el legislador podrá, mediante la promulgación de nuevas normas, conferir efectos a los nombramientos obtenidos al amparo de unas disposiciones que no se han integrado en el ordenamiento jurídico, y esto dentro de lo que el legislador en una consideración de los variados supuestos de guerra estime cuáles son los que reúnen unas condiciones que los equiparan a los militares ingresados en las Fuerzas Armadas con anterioridad a la Guerra Civil... »

En consecuencia, es patente que el Tribunal Constitucional remitió al legislador ordinario la misión de determinar, en un análisis de los distintos supuestos originados por la Guerra Civil, cuáles serían las condiciones objetivas a tener en cuenta en la nueva norma legal, ampliatoria del alcance de las normas precedentes sobre amnistía, y precisará los efectos de éstas respecto a quienes participaron en la contienda con anterioridad o con posterioridad a la iniciación del conflicto bélico.

No es posible desconocer tampoco que el Tribunal Constitucional en su sentencia núm. 28/1982, de 26 de mayo, ya arriba resumida, se había planteado una problemática análoga y la había resuelto declarando la inadmisión del recurso de amparo, y remitiendo al legislador la cuestión planteada; ni es silenciable que ya, en el Real Decreto-ley 6/1978, de 6 marzo, precisamente sobre reconocimiento de beneficios a los miembros de las Fuerzas Armadas de la República, se tuvo de alguna manera en cuenta la fecha de iniciación de la Guerra Civil, desde el momento que se omitió por completo el conjunto de militares y asimilados ingresados con posterioridad a dicha fecha y de los que ahora se ocupa el Título II de la Ley 37/1984; si bien no es menos cierto que el expresado Real Decreto-ley era de fecha anterior a la promulgación de la Constitución y entrañaba solamente un eslabón en el proceso perfectivo de la Ley de Amnistía de 15 de octubre de 1977.

Finalmente, y siempre con todo respeto a una opinión jurídica discrepante, cabe pensar que el criterio definitivamente adoptado por las Cortes Generales al aprobar la Ley 37/1984, dividiéndola en dos Títulos: el primero para los Militares, Fuerzas de Seguridad y miembros del Cuerpo de Carabineros ingresados con anterioridad a la guerra, y, el segundo, para análogas categorías de personas, pero ingresados con posterioridad a dicha fecha, fue motivado por la dificultad de adoptar otras pautas sobre fijación del carácter de «profesionalidad», como se propugnó en el informe de 23 de noviembre de 1982 de la Dirección General de lo Contencioso del Estado, y en el dictamen a propuesta que formuló al Gobierno la Comisión Interministerial, creada por el Real Decreto 2013/83, de 13 de julio (recogidos ambos en el Capítulo de «Antecedentes»).

### 3. Evaluación de la alegada infracción del artículo 9.3 de la Constitución.

Como ya se expuso en la primera parte de este escrito, quienes han solicitado de esta institución que interponga recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 37/1984 alegan no sólo infracción del artículo 14 de la Constitución (y sus concordantes en los textos normativos internacionales), sino también violación del artículo 9.3 de nuestra Norma Suprema en cuanto que garantiza, como principio básico, «la interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos».

En síntesis, buscan fundamentarse ese motivo en el hecho de que el legislador haya mantenido las diferencias de trato jurídico, ya expresadas, entre unos u otros colectivos afectados por la nueva norma legal ampliatoria del ámbito de la amnistía, y que, al hacerlo así, no se han respetado los criterios sentados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en su interpretación de dicho artículo 14, ni tampoco los informes o dictámenes de la Dirección General de lo Contencioso del Estado y de la Comisión Interministerial.

Sin embargo, un análisis objetivo de ese alegado «motivo de inconstitucionalidad», y siempre con todo respeto a cualquier otra opinión diferente, obliga a puntualizar que:

3.1. El Tribunal Constitucional, en sus sentencias 28/1982; de 26 de mayo, y 34/1981, de 10 de noviembre, recaídas en los recursos de amparo en su momento interpuestos por distintas personas (militares y asimilados), anteriormente dichos, se remitió a lo que determinase el legislador, dentro de un suficiente margen de discrecionalidad, consagrado en los artículos 1.º y 14 de la Constitución, pero interpretado según la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, lo que eliminaría el vicio de arbitrariedad.

3.2. Por otra parte, el mismo Tribunal Constitucional, en sentencia de 31 de mayo de 1982 (recaída en el recurso de inconstitucionalidad núm. 238/8 1) y en la de 19 de julio de 1982 (dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 54/1982), sienta una doctrina legal que restringe el concepto de la «arbitrariedad de los Poderes Públicos» si se trata de normas elaboradas por las Cortes Generales, «en cuanto representantes del Pueblo español, titular de la soberanía y depositaria de la potestad legislativa en su ejercicio ordinario»; o, incluso, en los casos de normas aprobadas por el Gobierno con rango de Ley, bien sea por delegación de las Cortes o bajo la forma de Decretos-leyes en determinados supuestos, siempre que se realicen los cauces y con los requisitos de carácter formal que la propia Constitución establece.

3.3. Finalmente, tampoco es posible silenciar que los informes, dictámenes o propuestas de la Dirección General de lo Contencioso del Estado y de la Comisión Interministerial ad hoc, para entender de la cuestión objeto de análisis, no obstante la innegable competencia jurídica, imparcialidad y sentido equitativo de esos órganos, no son vinculantes para el Poder Ejecutivo, ni mucho menos para la potestad legislativa de las Cortes Generales, y, en definitiva, este alegato, motivo de inconstitucionalidad por arbitrariedad, se reconduce a lo ya analizado en cuanto a la denunciada infracción del artículo 14 de nuestra Carta Magna.

4. Evaluación del motivo aducido de infracción del artículo 24 de la Constitución.

Finalmente, en uno de los escritos dirigidos a esta institución, alegando inconstitucionalidad de la Ley 37/1984, se incluye, también, como motivo de la misma, la infracción del referido artículo 24 del texto constitucional, garantizador del derecho fundamental a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales «sin que pueda producirse indefensión».

4.1. Se basa ese motivo en que, como ya se ha dicho, uno de los colectivos reclamantes, concretamente la Asociación de Aviadores de la República, y un amplio grupo de personas individuales adheridas a esa petición acudieron previamente a la Jurisdicción contencioso-administrativa, ante la Sala 3.ª del Tribunal Supremo, que dictó sentencia el 2 de diciembre de 1982, declarando su inadmisibilidad por considerar que dicho tribunal carecía de competencia en el litigio, y ante ese resultado interpusieron recurso de amparo constitucional contra el expresado fallo, que fue desestimado por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional mediante la tantas veces referida sentencia de 20 de julio de 1983, todo lo cual impulsó a los expresados recurrentes a hacer uso de la vía de demanda individual ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, a la luz de los artículos 25 y siguientes de la Convención Europea de 1950.

4.2. Examinado con atención ese argumento, es menester manifestar:

a) Que si el expresado motivo de indefensión era alegable en el referido recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, no puede articularse como fundamento de un recurso de inconstitucionalidad contra una Ley, y en concreto contra la Ley 37/1984, de 22 de octubre.

b) Que, en todo caso, este importante aspecto de la cuestión se encuentra *sub iudice* precisamente por haber sido admitida a trámite la expresada demanda individual por la Comisión Europea de Derechos Humanos y figurar en las alegaciones de las mismas personas reclamantes; y será dicho organismo internacional y, en su caso, la Corte Europea de Derechos Humanos quienes resolverán lo que estimen más justo a la luz de la expresada Convención de 1950.

#### IV. SINTESIS DE LA DECISION TOMADA POR EL DEFENSOR DEL PUEBLO SOBRE LA BASE DEL INFORME EMITIDO POR LA JUNTA DE COORDINACION Y REGIMEN INTERIOR DE LA INSTITUCION EN SU SESION DEL DIA 30 DE ENERO DE 1985.

1. Examinados los «motivos de inconstitucionalidad» alegados con toda la objetividad y la atención que la importancia y complejidad del problema requerían, la Junta de Coordinación y Régimen Interior de esta institución emitió su preceptivo informe (según el art. 18.1 .b) del Reglamento de Organización y Funcionamiento) en el sentido que seguidamente se resume:

1.1. Los motivos alegados por las entidades expresadas en el encabezamiento de este escrito y que habían solicitado la interposición del recurso de inconstitucionalidad contra dicha Ley señalan aspectos polémicos de dicha norma legal que puedan incidir sobre determinados preceptos constitucionales si en su interpretación y en su desarrollo reglamentario no se ponen en práctica criterios que permitan soluciones equitativas al determinar los efectos de la ampliación de las normas de Amnistía a todos los Militares, Miembros de las Fuerzas de Seguridad y Cuerpo de Carabineros de la República, a que se refiere el Título II de dicha Ley.

1.2. Con todo respeto a cualquier opinión jurídica distinta, y sin perjuicio, como es lógico, de las demás vías de defensa de los derechos fundamentales que establecen el artículo 53 de la Constitución, la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, reguladora del Tribunal Constitucional, y la Convención Europea de 1950, ratificada por España, la Junta de Coordinación estima, principalmente a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que existe dificultad jurídica para interponer el solicitado recurso de

inconstitucionalidad. Sin embargo, consciente de que la propia Constitución consagra en su artículo 1.º, entre los valores superiores del Ordenamiento Jurídico, la justicia y la igualdad y que todos los Poderes Públicos, según el artículo 9.2 del mismo texto constitucional, deben «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud», estima pertinente que se haga uso de la facultad que el Defensor del Pueblo reconoce el artículo 28.2 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que se rige y, en consecuencia, proponga a las Cortes y al Gobierno de la Nación las siguientes:

2. Recomendaciones sobre interpretación y desarrollo de la Ley 37/1984, de 22 de octubre.

Primera. Sería equitativo y congruente con lo prevenido en el artículo 9.3 de la Constitución que de lege ferenda se considerará la posibilidad de ampliar los efectos de las normas de amnistía hasta conseguir una mayor equiparación entre todos los beneficiarios de la misma, en la línea de lo aconsejado por la Dirección General de lo Contencioso del Estado y de la Comisión Interministerial, constituida por el Real Decreto 2013/1983, de 13 de julio.

Segunda. Es igualmente propugnable que el desarrollo reglamentario de la Ley 37/1984, de 2 de octubre (previsto en su Disposición final primera), se efectúe con la mayor celeridad posible, no sólo por razones de justicia, sino también por la muy respetable circunstancia de la avanzada edad de las personas afectadas por esa Norma.

Esta institución observa que en la fecha de hoy todavía no ha sido publicado en el «Boletín Oficial del Estado» el Reglamento correspondiente, no obstante haber concluido el día 2 del pasado mes de febrero el plazo de representación de instancias para los beneficiarios acogidos al Título I de la Ley.

Tercera. Es igualmente justo que el desarrollo reglamentario se efectúe con criterio de amplitud, en cuanto al reconocimiento de los derechos o beneficios que la Ley 37/1984 reconoce, y que, a tal efecto, se aplique un principio de interpretación «a favor del posible beneficiario de la Norma».

Con ese espíritu se sugieren las siguientes medidas a los Ministerios competentes:

A) Respecto a los militares, que se refiere el artículo 1.º del Real Decreto-ley 6/1978, de 6 de marzo, y artículo único de la Ley 10/1980, de 14 de marzo.

El artículo 2.º de la Ley 37/1984, de 22 de octubre, prevé:

«El personal al que se refiere el artículo anterior pasa a la situación militar de retirado, con los derechos y obligaciones inherentes a la misma, con el empleo que, por antigüedad, habrían alcanzado de haber continuado en servicio activo hasta la fecha en que, por edad, les hubiera correspondido el pase a la precitada situación militar.»

Un imperativo de justicia y de fidelidad también al artículo 14 de la Constitución mueve a que se interprete ese precepto en sus términos literales y que se reconozca efectivamente a los militares incluidos en el Título I de la expresada Ley 37/1984 todos los derechos y beneficios ya establecidos con carácter general para el «militar retirado», sin hacer distinciones ni proceder a un desarrollo reglamentario específico que fije las condiciones de cada uno de aquellos derechos o beneficios para este colectivo de militares y asimilados.

B) Respecto al personal al servicio de la República en las Fuerzas Armadas de Orden Público y Cuerpo de Carabineros ingresados durante la Guerra Civil (Título II de la Ley 37/1984).

En relación a este colectivo, y sin perjuicio de lo indicado en la «recomendación primera», se formulan dos propuestas concretas:

a) La primera concierne al núm. 1 del artículo 5.º de dicha Ley, según el cual:

«El personal mencionado en el artículo anterior tendrá derecho a que se le reconozcan mediante la oportuna acreditación los servicios que en su día prestó a la República. El reconocimiento de los servicios prestados dará derecho a aquellas distinciones que, en atención a la condición y grado alcanzado, reglamentariamente se determinen.»

La honda motivación de las normas de Amnistía, promulgadas desde 1977, impulsan a promover que las «distinciones» a que el precepto se refiere produzcan la digna satisfacción moral a que legítimamente aspiran dichos Militares de la República, Fuerzas de Orden Público y Carabineros.

En este sentido, y sin perjuicio del análisis de otros aspectos, sería equitativo autorizarles la utilización del uniforme, con las condiciones, requisitos, circunstancias particulares, que reglamentariamente se prevean.

b) Por análogos motivos debieran interpretarse equitativamente y aplicarse las disposiciones contenidas en el núm. 2 del artículo, que dispone:

«Asimismo, reconocidos los servicios prestados, dicho personal tendrá derecho al cobro de una pensión sujeta en todo caso al régimen de incompatibilidades que, reglamentariamente, se establezca...»

En efecto, el desarrollo reglamentario del régimen de incompatibilidades no debe entrañar un obstáculo al real disfrute de esos beneficios económicos, pues, de lo contrario, ese reconocimiento sería sólo formal o teórico.

Esta recomendación resulta especialmente fundada, por cuanto la Ley 37/1984 ha sustituido el criterio (admitido, en un principio, en la Proposición de Ley de 18 de julio de 1983) de remitir ese régimen de las pensiones a normas con rango en Ley, mientras que ahora se confía a un «desarrollo reglamentario».

Cuarta. El artículo 7.1 de la Ley 37/1984, referente a los Militares incluidos en el Título II, especifica:

«Será requisito imprescindible la previa inscripción de los interesados en el registro administrativo correspondiente del Ministerio de Economía y Hacienda. La solicitud de inscripción y petición de beneficios deberán realizarse por los interesados o sus causahabientes dentro del plazo de 3 meses, que se computará a partir de la entrada en vigor de la presente Ley...»

La Disposición Transitoria primera, en relación con los Militares del Título primero, establece un plazo de un año para la presentación de aquellas instancias, a contar desde la entrada en vigor de la Ley.

Por consiguiente, se han establecido dos plazos distintos, tres meses y un año, respectivamente, según la condición del posible beneficiario, es decir, Militares, Fuerzas de Orden Público y Cuerpo de Carabineros del Título II, y militares profesionales del Título I.

Sin perjuicio de señalar que en este punto concreto hubiera sido preferible equiparar a todos los afectados por esta Ley, importa a esta institución recordar que en su Informe 1983, presentado a las Cortes Generales («Boletín Oficial de las Cortes», núm. 47, de 17 de mayo), en relación a la aplicación del Real Decreto-ley 6/1978, de 6 de marzo, ponía de relieve que se había recibido un número elevado de escritos de Militares de la República, en los que se manifestaba que habían perdido los derechos reconocidos en dicha norma como consecuencia del plazo de prescripción señalado en la misma, luego ampliado equitativamente por el Real Decreto-ley 18/1979, de 19 de octubre.

En el referido Informe se expresaba:

«Urge una solución acorde con el espíritu de la Ley 1/1984, de 9 de enero, que adicionó un nuevo artículo a la Ley 46/1977, de 15 de octubre, sobre Amnistía, determinando que “las acciones para el reconocimiento de los derechos establecidos en esta Ley serán imprescriptibles”. No obstante, los efectos económicos de los derechos reconocidos estarán sujetos a las distintas normas de prescripción del ordenamiento jurídico.»

En este momento de desarrollo legislativo, esta institución reitera la recomendación que entonces se efectuó a las Cortes Generales, sugiriendo, en concreto, la posibilidad de que se adopten las iniciativas pertinentes, a fin de que estos plazos de prescripción no supongan un obstáculo formal al reconocimiento de unos derechos, que, por la propia naturaleza de las normas de Amnistía que las inspira, no deben tener esa limitación temporal.

Por otra parte, este es también el criterio plasmado en reiteradas normas de nuestro ordenamiento jurídico. Así, con carácter general, en el Decreto 1120/1966, de 21 de abril (sobre derechos pasivos de los funcionarios civiles del Estado), en cuyo artículo 17, puntos 2 y 3, se dispone:

«Dos. Los derechos reconocidos por esta ley podrán ejercitarse en cualquier momento posterior al hecho que los hizo nacer.

Tres. No obstante, si el derecho se ejercitase después de transcurridos cinco años, contados a partir del día siguiente al de su nacimiento, los efectos económicos solamente se producirán a partir del día 1 del mes siguiente al de presentación de la oportuna petición.»

Análogo criterio se refleja en el artículo 11 del Real Decreto-ley 43/1978, de 21 de diciembre, por el que se reconocen beneficios económicos a los que sufrieron lesiones o mutilaciones durante la Guerra Civil española; en el artículo 5.º de la Ley 5/1979, de 18 de septiembre, sobre pensiones a españoles fallecidos como consecuencia de la Guerra Civil, y el artículo 14 de la Ley 35/1980, de 26 de junio, sobre pensiones a los militares excombatientes de la zona republicana.

Quinta. Finalmente, sobre la base de la experiencia vivida por esta institución, en relación a las quejas recibidas durante 1983, procedentes de Militares de la República que al solicitar la aplicación de los beneficios del Real Decreto-ley 6/1978, de 6 de marzo, exponían el grave obstáculo de tener que cumplimentar un número elevado de trámites administrativos, a veces simples obstáculos formales, e, incluso, en algunas ocasiones la necesidad de acudir a los órganos jurisdiccionales para que les fuesen reconocidos dichos

derechos, esta institución somete a la consideración de V. E. que por los Departamentos ministeriales correspondientes se remuevan esos obstáculos (a la luz del artículo 9.2 de la Constitución) que dificultan o impiden, a veces, la efectividad de los derechos legalmente reconocidos.

Madrid, 8 de marzo de 1985.

**Recomendación dirigida al Presidente del Gobierno.**

**Recomendación 10/1985, de 27 de marzo, sobre la aplicación de la Ley de la Asamblea de Madrid 15/1984, de 19 de diciembre, del Fondo de Solidaridad Municipal.**

*(BOCG. Congreso. Serie E. núm. 4, págs. 177-1 79).*

Con motivo de la solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de la Asamblea de Madrid, 15/84, de 19 de diciembre, del Fondo de Solidaridad Municipal presentada por don A. M. R. y otros más, y registrada en esta institución con el número 3.446/85, se han observado importantes deficiencias normativas que a juicio de esta institución afectan a la posible inconstitucionalidad de la norma indicada, como a la legalidad del procedimiento recaudatorio del recargo establecido en la misma. En cuanto al primer supuesto, la cuestión ha sido suscitada ante el Tribunal Constitucional. Procede ahora someter a la consideración de V.E. los motivos que suscitan dudas sobre la legalidad del procedimiento indicado.

1. La Ley del Fondo de Solidaridad Municipal de Madrid, 15/84, establece en su Título II, artículos 7 y 8 el recargo sobre la renta de las personas físicas de conformidad con lo dispuesto en los artículos 157 de la Constitución, 12 de la Ley Orgánica 8/80 de 22 de septiembre de financiación de las Comunidades Autónomas y artículo 53 de la Ley Orgánica 3/83, de 25 de febrero del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid.

Asímismo, se establece en su disposición adicional cuarta que la gestión, liquidación, recaudación, inspección y revisión de los actos relativos al recargo se realizarán en la forma que legalmente se determine y de acuerdo con las fórmulas de colaboración con la Administración Tributaria del Estado que se instrumenten al amparo de lo establecido en el artículo 19 de la L.O.F.C.A.

Examinada con todo detenimiento la ley 15/84 de 19 de diciembre de la Asamblea de Madrid, se observan dos lagunas importantes a la hora de realizar la recaudación del referido tributo:

a) De una parte, no contiene en esta ley, a diferencia de la Ley 24/83, de 21 de diciembre de Medidas Urgentes de Saneamiento y Regulación de las Haciendas Locales, un precepto en el que se establezca que la cuantía del recargo no se tendrá en cuenta a efectos de computar los límites a los que se refiere el apartado 2.º del artículo 28 de la Ley 44/78, de 8 de septiembre (modificada por el artículo 27.2 de la Ley 44/83 de 28 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 1984).

Esta laguna normativa podría posibilitar en algún caso que se superaran los límites establecidos por el legislador al esfuerzo fiscal exigido por el IRPF.

Nada impide que una comunidad autónoma, al amparo de las facultades conferidas por la Constitución, la L.O.F.C.A. y su propio estatuto de autonomía eleve la cuantía del recargo.

La no existencia de un precepto en la citada ley de la Comunidad Autónoma que no permita la superación de los límites que en cada momento histórico señale el legislador podría posibilitar la quiebra de uno de los principios constitucionales en materia tributaria, “el de no alcance confiscatorio”.

b) De otra y en relación con la determinación de la deuda, se observa que no está aún definido cual ha de ser el marco jurídico en el que han de resolverse aquellos supuestos en los que, resultando la declaración negativa a devolver y el recargo positivo, no se proceda a su compensación. Compensación que plantea no pocos problemas jurídicos en cuanto que se compensarían dos deudas tributarias distintas de dos sujetos activos de una relación jurídica tributaria por uno de aquellos.

Como V.E. conoce, la Constitución garantiza en su artículo 9.3 una serie de principios jurídicos de naturaleza formal entre los que interesa destacar, en este momento, por su carácter básico, el principio de seguridad jurídica.

Este principio se opone a la arbitrariedad y su esencia estriba en exigir la promulgación de unas normas claras, ciertas e inequívocas. Seguridad jurídica que, en la actuación tributaria adquiere una gran relevancia, al conflicto histórico del ciudadano que ha de pagar los impuestos y la autoridad que legítimamente los establece, recauda y gasta.

En ese principio fundamental se engloba también en el de no discriminación tributario recogido en el art. 7 de la L.G.T. al disponer que los actos en materia de gestión tributaria constituye una actividad reglada.

Todo ello configura un imprescindible límite constitucional a los posibles excesos o arbitrariedad en materia tributaria y su esencia radica en establecer, como se ha dicho, una normativa cierta e inequívoca, que reafirme el ineludible derecho a la seguridad jurídica.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 20 de julio de 1981 al interpretar diversos principios del art. 9.3 de la Norma Fundamental:

“Las normas invocadas no son compartimentos estancos, sino que cada una de ellas cobra valor en función de las demás y en tanto sirvan a promover los valores superiores del ordenamiento jurídico que propugna el Estado social y democrático de Derecho.

Así, la seguridad jurídica es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad, todo ello equilibrado de modo que permita promover en el orden jurídico, la justicia y la igualdad en libertad”.

2. De otra parte, hemos podido comprobar con la publicación de la orden de 8 de febrero de 1985 del Departamento Ministerial que V.E. preside que se incluye en los modelos de declaración ordinaria y simplificada del IRPF, una casilla para que el sujeto pasivo cuantifique el importe del recargo autonómico. Ello hace presumir que la Administración Tributaria del Estado se considera competente para recaudar dicho recargo.

No obstante y como V.E. perfectamente conoce, la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas establece en su art. 19.3 sistemas distintos de gestión, liquidación, recaudación e inspección de los “tributos” autonómicos.

Así en su apartado primero señala que la gestión, liquidación, recaudación e inspección de sus propios tributos corresponderá a la Comunidad Autónoma...

En el apartado segundo se dispone que en el caso de tributos cedidos, cada comunidad autónoma asumirá por delegación del Estado la gestión, liquidación, recaudación, inspección y revisión.

Por último, en el apartado tercero se dispone que la gestión liquidación, recaudación, inspección y revisión, en su caso, de los demás tributos del Estado recaudados en cada comunidad autónoma, corresponderá a la Administración Tributaria del Estado.

Sin embargo, la disposición adicional cuarta de la Ley 15/84 de 19 de diciembre de la Asamblea de Madrid al señalar que la gestión, liquidación, recaudación, inspección y revisión de los actos relativos al recargo se realizará en la forma que legalmente se determine, lo que pone de manifiesto es la elección del primero de los sistemas recogidos en el art. 19, es decir, la gestión, liquidación, recaudación, inspección y revisión (artículo 20.1 .a. de la L.O.F.C.A.) por la Comunidad Autónoma.

Este mandato normativo establecido en la referida ley parece por tanto configurarse como contradictorio con la publicación de la Orden de V.E. de 8 de febrero de 1985, anteriormente citada.

A ello ha de añadirse la confusión que pueda suscitarse si se considera que el recargo autonómico sobre el impuesto sobre la renta de las personas físicas se encuentra comprendido en la expresión de “tributos propios” de la Comunidad Autónoma que utiliza el art. 19.1 de la L.O.F.C.A. En tal caso, el conocimiento de las reclamaciones interpuestas contra los actos dictados por la Administración Tributaria del Estado al recaudar estos impuestos correspondería de conformidad con el art. 20.1.a de la L.O.F.C.A. a las comunidades autónomas.

No obstante, esta institución entiende, a la vista de los artículos 157 de la Constitución, 53 de la Ley Orgánica 3/1983 de 25 de febrero del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid y artículos 4, 6, 12, 19 y 20 de la L.O.F.C.A. que el recargo no se encuentra comprendido en la expresión “tributos propios” que emplea el citado artículo 19.1 de la L.O.F.C.A., sino más bien en el sistema previsto en el art. 19.3.

3. Por todo ello y hasta tanto se proceda por la Comunidad Autónoma de Madrid a la aclaración o desarrollo normativo respecto de la gestión, liquidación, recaudación, inspección y revisión, o en su caso por el Estado a colmar y aclarar las lagunas legales que han quedado expuestas, sugerimos a V.E. al amparo de las facultades conferidas a esta institución por los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/198 1, de 6 de abril por la que nos regimos, que valore la oportunidad de no proceder a la recaudación del citado recargo, en tanto persista la situación de confusionismo del ámbito legal en el que ha de sustentarse la competencia recaudatoria del Estado en relación con dicho recargo, lo que en ningún caso ha de ser obstáculo para el riguroso cumplimiento por parte de los ciudadanos de las obligaciones tributarias que se deriven de normas legales en vigor.

Madrid, 27 de marzo de 1985.

**Recomendación dirigida al Ministro de Economía y Hacienda.**

**Recomendación 11/1985, de 2 de abril, sobre imprescriptibilidad del derecho a las pensiones de viudedad del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez.**

*(BOCG. Congreso. Serie E. núm. 4, págs. 240-241).*

En su día comparecieron ante esta institución doña R. G. B., doña R. M. T. y doña D. P. S., presentando quejas que quedaron registradas con los números AII.SBS/24.902/83, AII.SBS/31.679/83 y AII.SBS/23.778/83.

Sustancialmente exponían las reclamantes que habiendo fallecido sus respectivos esposos con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley 24/1972, de 21 de junio, solicitaron la pensión de viudedad del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (S.O.V.I.) después de cumplir los sesenta y cinco años de edad, siéndoles denegadas las mismas por haber transcurrido el plazo de prescripción de cinco años, previsto por el artículo 5.º del Decreto-Ley de 2 de septiembre de 1955.

Admitidas a trámite las citadas quejas, fue solicitado, al amparo de lo previsto en el artículo 18 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, el preceptivo informe de esa entidad gestora, el cual fue remitido a esta institución por escritos de V.I. n.º 315, de 30-I-1985 y 463, de 11-II-1985.

A la vista del citado informe y

Considerando que el artículo 5.º del Decreto-Ley de 2 de septiembre de 1955, por el que se estableció la pensión de viudedad del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (S.O.V.I.), dispone que “prescribirá el derecho de reclamación de las prestaciones de viudedad a los cinco años del fallecimiento del causante.

Considerando que, no obstante lo anterior, el plazo de prescripción señalado en el citado artículo debe entenderse que comienza a correr desde el día en que el presunto beneficiario cumple los sesenta y cinco años de edad,

siendo este, por tanto, el “dies a quo” a tomar en consideración para dicho cómputo, ya que si, conforme a lo previsto en el artículo 6.º del Decreto Ley de 2 de septiembre de 1955, la viuda que tuviera más de cincuenta años en el momento de fallecimiento de su esposo conserva una expectativa de derecho, la acción para ejercitar este derecho únicamente nace con el cumplimiento de la citada edad, criterio éste compartido por esa entidad gestora, como se desprende de los informes emitidos sobre las quejas de referencia, y concordante con el sustentado por el Tribunal Central de Trabajo (Sentencias de 21-I-1981, Ar. 285 y 24-I-1981, Ar. 374, entre otras).

Considerando que la Ley 24/1972, de 21 de junio, en su artículo 16.2 innova la regulación precedente, estableciendo la imprescriptibilidad del derecho a las prestaciones de muerte y supervivencia.

Considerando que, centrada la cuestión que se debate, en la aplicación o no de la imprescriptibilidad establecida por la Ley 24/1972, de 21 de junio, es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo en el sentido de que la imprescriptibilidad innovada por el artículo 16.2 de la Ley de 21 de junio de 1972 resulta de aplicación al derecho a las pensiones de viudedad del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (S.O.V.I.) (Sentencias, entre otras, de 21-I-1981, Ar. 285 y de 24-I-1981, Ar. 374, antes citadas).

Considerando que el artículo 50 de la Constitución contiene un mandato dirigido a los poderes públicos, a fin de que por los mismos se garantice, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica durante la tercera edad.

Considerando que el artículo 41 de la Constitución prevé la garantía, en favor de todos los ciudadanos, de prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad.

Considerando que si bien los artículos 50 y 41 de la Constitución están insertos en el Capítulo III del Título I y conceptuados como “principios rectores de la política social y económica”, no es menos cierto que, por imperativo del artículo 53.3 del texto constitucional, su reconocimiento, respecto y protección han de informar no sólo la legislación positiva y la práctica judicial, sino también la actuación de los poderes públicos.

Esta institución, al amparo de lo previsto en los artículos 28.1 y 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, y sin perjuicio de agradecerle la iniciativa tomada por esa entidad gestora de elevar la cuestión al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, tiene el honor de proponer a V.I. las siguientes: Sugerencia: Que, por parte de la Entidad Gestora que V.I. dignamente regenta, se proceda a modificar el criterio basado en la prescriptibilidad del derecho a las pensiones

de viudedad del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (S.O.V.I.), adoptando un nuevo criterio consistente en considerar aplicable a las mismas la imprescriptibilidad establecida por el artículo 16.2 de la Ley 24/1972, de 21 de junio y, en la actualidad, por el artículo 165 de la Ley General de la Seguridad Social, tanto en el supuesto de que, cumplidos los sesenta y cinco años con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la citada Ley 24/1972, de 21 de junio, no hubiera transcurrido aún, en la citada fecha, el plazo de prescripción de cinco años previsto en el artículo 5.º del Decreto-Ley de 2 de septiembre de 1955, como en el caso de que el cumplimiento de dicha edad se hubiera producido con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley de 21 de junio de 1972.

Recomendación: Que, en congruencia con la modificación del criterio que se sugiere, se proceda a la revisión de las resoluciones denegatorias de las solicitudes de pensiones de viudedad formuladas, respectivamente, por doña R.G.B., doña R.M.T. y doña D.P.S., y dictadas por las direcciones provinciales de esa entidad gestora de Navarra, en fecha 10 de diciembre de 1982, y de Córdoba, en fechas 19 de febrero de 1983 y 22 de octubre de 1981, procediendo a reconocer el derecho a las interesadas a la pensión de viudedad del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez.

Madrid, 2 de abril de 1985.

**Recomendación dirigida al Director General del Instituto Nacional de la Seguridad Social.**

**Recomendación 12/1985, de 22 de abril, sobre supresión del requisito de convivencia, durante dos años, para pensiones de orfandad de Clases Pasivas del Estado.**

*(BOCG. Congreso. Serie E. núm. 122, págs. 1283-1284).*

Se ha recibido en esta institución escrito de doña A.G.S., huérfana de un antiguo guarda forestal del Estado.

Ese Departamento denegó la pensión de orfandad solicitada, mediante resolución de 1 de abril de 1981, pues siendo hija adoptiva, no se había cumplido el plazo de dos años establecido por la Ley 193/1964, de 24 de diciembre, que modificó el artículo 82 del Estatuto de Clases Pasivas de 1926, que quedó así redactado en su quinto párrafo:

“Se entienden equiparados para todos los efectos del Estatuto los hijos legitimados por consiguiente matrimonio a los legítimos y los legitimados por concesión y los adoptados por adopción plena a los naturales legalmente reconocidos, si bien para que ésta pueda surtir cualquier clase de efectos pasivos será indispensable en todo caso, que el funcionario adoptante haya sobrevivido dos años como mínimo desde la fecha en que tuvo lugar la adopción”.

El preámbulo de la Ley señalaba expresivamente que “se ha considerado digna de atención la transcendencia que a efectos pasivos debe tener la adopción, como la tiene en el derecho sucesorio, si bien, naturalmente, con la limitación necesaria para evitar situaciones de premeditación o abuso”.

Esta limitación al derecho de adopción subsiste en el Texto Refundido de la Ley de Derechos Pasivos, aprobado por Decreto 1120/1966, de 21 de abril, que en su artículo 32.2 dispone:

“Para que la adopción pueda surtir efectos pasivos, es preciso que el adoptante haya sobrevivido dos años al menos desde la fecha de adopción”.

En el Capítulo II del Título II de la Ley 50/1984, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1985, ha desaparecido la referida limitación por lo que las pensiones de orfandad se disciernen ,a partir del 1º de enero de 1985, sin distinción entre todos los hijos del causante sean adoptivos o no y sin el requisito de convivencia.

El Estatuto de Clases Pasivas, mantiene, pues una diferencia de trato en cuanto a la fecha de la adopción entre los hijos adoptivos. Esta distinción también subsiste en el Régimen General de la Seguridad Social por la Orden de 13 de febrero de 1967 que establece normas de desarrollo para las pensiones de muerte y supervivencia (art. 16.2).

Esta institución entiende que el límite al derecho de adopción contenido tanto en el Decreto 1120/1966, de 21 de abril, como en la Ley 193/1964, de 24 de diciembre, al estar motivado por una presunción legal, iuris et de jure, de ánimo fraudulento en el adoptante o en el adoptado, no se compadece con la interdicción de la discriminación que consagra el artículo 14 de la Constitución, en concordancia con la proclamación de la igualdad como uno de los valores superiores del ordenamiento (art. 1 de la Constitución). Debe ser la Administración la que, en ejercicio de sus funciones inspectoras, investigue y demuestre, en su caso, el ánimo fraudulento del causante o del futuro beneficiario, sin que la supervivencia inferior a dos años constituya prueba alguna de intención defraudatoria que permita excluir de los beneficios de la pensión al hijo adoptivo.

En mérito a todo lo anterior, esta institución en uso de las atribuciones que le confiere el art. 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, se ve en el deber de dirigir a V.E. una recomendación en el sentido de que se realicen los oportunos estudios financieros y jurídicos para hacer desaparecer de la legislación de clases pasivas, tanto de la dimanante del Estatuto de 1926 como de la Ley aprobada en 1966, la distinción entre hijos adoptivos supervivientes en más o menos dos años a la fecha de fallecimiento del causante, para ser acreedores de la pensión de orfandad que podría corresponderles.

Madrid, 22 de abril de 1985.

**Recomendación dirigida al Ministro de Economía y Hacienda.**

**Recomendación 13/1985, de 22 de mayo, sobre incorporación a filas de determinados objetores de conciencia y desarrollo de la Ley 48/1984, de 26 de diciembre, de objeción de conciencia.**

*(BOCG. Congreso. Serie E. núm. 4, pág. 98).*

Con fecha de hoy, han comparecido ante esta institución constitucional, los familiares directos de don J. F. L., actualmente destinado en el Cuartel de Instrucción de Marinería de San Fernando (Cádiz).

Este ciudadano, según se nos manifiesta, presentó su declaración de objeción de conciencia, el 18 de abril del presente año, a través del Gobierno Civil de Barcelona, procediéndose, no obstante, por la Caja de Recluta n.º 411 a efectuar los trámites pertinentes para su incorporación a la Armada.

Por otra parte, también, ha comparecido ante esta Institución, don J. I. 5. P., con domicilio en Tarragona, participándonos que es objetor de conciencia al Servicio Militar y que con fecha 4 de mayo del presente año, remitió instancia al Consejo Nacional de Objeción de Conciencia, a través del Gobierno Civil de Tarragona.

No obstante, según esta versión, no ha sido aceptada copia de esta instancia en la Caja de Recluta número 441 de esa ciudad, habiendo sido prevista su incorporación a filas el día 9 de mayo, en un Centro de Instrucción de la Zona Marítima del Mediterráneo, en Cartagena (Murcia).

A la vista de estos antecedentes, en conformidad con lo establecido en el artículo 54 de la Constitución y artículos 1, 9, 15 y siguientes de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que nos regimos, se admiten a trámite dando traslado de los mismos a V.E., a los efectos previstos en el artículo 18.1 de dicha Ley.

En particular, se solicita de ese Departamento, habida cuenta que se vienen recibiendo estos días escritos de idéntica naturaleza, información sobre los

critérios existentes en los mismos, sobre incorporación de estos objetores, que no han efectuado su declaración en los dos meses anteriores a la fecha de su incorporación efectiva a filas, según dispone el punto 2 del artículo 2.º de la Ley 48/1984, de 26 de diciembre, reguladora de la objeción de conciencia.

En este sentido, se ha valorado por esta institución, debidamente, el hecho de la promulgación del Real Decreto 551/1985, de 24 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Consejo Nacional de Objeción de Conciencia y del procedimiento para el reconocimiento de la condición de objetor de conciencia.

No obstante, parece que también hay que tomar en consideración la no constitución efectiva del Consejo Nacional de Objeción de Conciencia, así como el no desarrollo reglamentario de las disposiciones pertinentes sobre prestación social sustitutoria, circunstancias que podrían inducir a estudiar la conveniencia de no proceder a la incorporación a filas de estos ciudadanos, en cumplimiento del punto 2 del artículo 7.º del Real Decreto antes señalado, en tanto en cuanto no se produzca un desarrollo integral de la Ley 48/1984.

Madrid, 22 de mayo de 1985.

**Recomendación dirigida al Ministro de Defensa.**

**Recomendación 14/1985, de 3 de junio, sobre extensión de los beneficios de la asistencia sanitaria del Instituto Social de las Fuerzas Armadas, a las personas que conviven maritalmente con el titular del derecho.**

*(BOCG. Congreso. Serie E. núm. 4, pág. 106).*

Ha comparecido ante esta institución constitucional, mediante escrito de fecha 7 de mayo del presente año, don F. S. S., militar en situación de retirado.

I. En su escrito, nos manifiesta que lleva conviviendo maritalmente, sin haber contraído matrimonio, con doña M. P. S., desde su separación judicial en noviembre de 1961, según puede acreditar, entre otras pruebas, en virtud de los correspondientes empadronamientos municipales.

En atención a esta situación de hecho, por medio de instancia de 21 de enero del presente año, remitida al Sr. Coronel Delegado del Instituto Social de las Fuerzas Armadas, solicitó de este organismo el reconocimiento de la condición de beneficiaria, en la persona de doña M. P. S., a efectos de la cobertura de asistencia sanitaria, en las mismas condiciones previstas por la legislación vigente para el cónyuge.

En contestación a esta pretensión, recibió un oficio de aquel instituto, de 28 de marzo, del Delegado Regional de Madrid, que expresa lo siguiente:

“En relación con la solicitud presentada por Vd., sobre la afiliación como beneficiaria de este Isfas e inclusión en su Documento, de doña M. P. S., participo a Vd. que el Departamento de Asegurados y Beneficiarios de la Gerencia del Instituto, en escrito n.º 865, de fecha 7 del actual, comunica a esta Delegación la no procedencia de alta de la citada Sra. en tanto que la situación de hecho invocada, no está contemplada en el Reglamento General de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas”.

II. En atención a estas manifestaciones, esta institución, ha comprobado, en efecto, que el Real Decreto 2330/1978, de 29 de septiembre (B.O.E. del 30, del mismo mes), por el que se aprueba el Reglamento del Régimen Especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, prevé únicamente, en su artículo 66.1.a), la inclusión del cónyuge (incluso, en los casos de separación legal o de hecho), cuando dependa económicamente del titular y no tuviera derecho por sí mismo a la asistencia sanitaria de cualquier otro régimen de la Seguridad Social.

III. No obstante esta realidad normativa, se ha considerado que la misma puede afectar intereses legítimos dignos de protección y no cubrir suficientemente ciertas realidades, que precisan de aquella asistencia e interés, por parte de las instituciones y los organismos públicos.

En este sentido, parece procedente, considerar que, sin perjuicio de que la realidad jurídica tenga como finalidad configurar, con un carácter constitutivo, relaciones sociales, las normas jurídicas, también, han de ser una traducción o cobertura de la propia realidad de los hechos, en tanto en cuanto éstos se consideren, por el ordenamiento jurídico, como configuradores de situaciones dignas de protección, por los intereses que llevan implícitos.

De acuerdo con estas precisiones, el Defensor del Pueblo, remitió, en su día, una sugerencia, dentro del ámbito general de la Seguridad Social, al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, que motivó una resolución de su Secretaría General, de 29 de diciembre de 1984, aceptando las consideraciones reflejadas en la misma (copia de esta resolución, remitimos a V.E., por su trascendencia).

Esta Resolución de la Secretaría General, contenía las siguientes determinaciones:

“1. Excepcionalmente, previo acuerdo en cada caso del Instituto Nacional de la Seguridad Social, quién, sin ser su cónyuge, conviva, maritalmente con el titular del derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, podrá tener derecho a la misma, en los mismos términos y condiciones que prevé la legislación vigente para el cónyuge, a tal efecto los interesados deberán acreditar, en el momento de solicitar la prestación de asistencia sanitaria, un año, como mínimo, de convivencia ininterrumpida con el titular del derecho.

2. Los hijos de la persona que conviva maritalmente con el titular del derecho, sin ser cónyuge, en tanto en cuanto convivan y estén a cargo de éste, podrán tener derecho a la asistencia sanitaria, como acogidos de hecho previo acuerdo en cada caso del Instituto Nacional

de la Seguridad Social, de conformidad y en los términos previstos en el apartado b) del n.º 2 del artículo 2 del Decreto 2766/67, de 16 de noviembre, por el que se dictan normas sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos en el Régimen General de la Seguridad Social”.

IV. A la vista de estos antecedentes, en conformidad con lo establecido en el artículo 54 de la Constitución y artículos 1, 9, 15 y siguientes de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que nos regimos, se admiten a trámite, dando traslado de los mismos a V.E., a los efectos previstos en el artículo 18.1 de dicha Ley.

En particular, esta institución, tiene el honor de sugerir a VE., de acuerdo con el artículo 28.2 de la Ley Orgánica antes referida (que alude a la posibilidad de utilizar este cauce, en casos de situaciones injustas o perjudiciales para los administrados, como consecuencia de la aplicación de las normas), la posibilidad de que se adopte alguna iniciativa por ese departamento, directamente dirigida a una unificación o asimilación, en esta materia, entre el régimen general de la Seguridad Social y el régimen especial de las Fuerzas Armadas.

Mueve a esta institución a efectuar esta sugerencia, además de las consideraciones anteriores, el propio tenor de los artículos 14 y 41 del texto de la Constitución, así como el artículo 32.6, de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública (B.O.E. n.º 185, de 3 de agosto), al prever:

“La determinación de la condición de beneficiario de asistencia sanitaria en los regímenes especiales de la Seguridad Social de los funcionarios públicos, se adecuará a lo dispuesto para el régimen general”.

En este sentido, justo es valorarlo como precedente administrativo, ese Departamento ministerial, con motivo de otra sugerencia trasladada por esta institución, sobre conveniencia de ampliar el concepto de beneficiario, a efectos también de la asistencia médico-farmacéutica, a los descendientes del titular del derecho, ya hizo aplicación técnica de ese artículo de la Ley 30/1984, para modificar una situación normativa, que no aparecía como acorde con las exigencias de la justicia, y, en consecuencia, con la unidad debida del ordenamiento jurídico.

Así, en escrito de 2 de agosto de 1984, de la Dirección General de Personal, se manifestaba:

“Los nietos no están incluidos entre los familiares de los titulares que tienen derecho a las prestaciones sanitarias... ya que, efectivamente, no son contemplados como beneficiarios por la Ley 28/1975, ni por el Reglamento”.

No obstante, con fecha 22 de enero del presente año, se remite a esta institución un informe del Teniente General Presidente del Instituto de la Seguridad Social de las FAS, que, felizmente, anuncia:

“Esta normativa del régimen general de la Seguridad Social... , se ha hecho extensiva a los afiliados al Isfas por Acuerdo de la Junta de Gobierno adoptado en la reunión del día 11 de septiembre pasado, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 32.6 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, ... y ha sido desarrollada por Instrucción General 1.05/84, de 14 de septiembre. En su virtud, los nietos que no eran contemplados como posibles beneficiarios en el Reglamento General de las FAS, pasan a tener derecho a ello...»

Por todo lo anterior, esta institución, traslada a V.E. la presente sugerencia, sobre equiparación de ambos regímenes de la Seguridad Social, en esta prestación concreta de asistencia sanitaria, en relación a las personas que conviven maritalmente con el titular del derecho, en la esperanza de que se efectúen las iniciativas adecuadas, por ese Departamento, para su desarrollo efectivo.

Madrid, 3 de junio de 1985.

**Recomendación dirigida al Ministro de Defensa.**

**Recomendación 15/1985, de 27 de junio, sobre cancelación de las obligaciones contraídas por la Asociación Nacional de Inválidos Civiles.**

*(BOCG. Congreso. Serie E. núm. 4, págs. 245-246).*

Es de referencia el escrito de V.E. n.º 335, de 17 de abril de 1984, mediante el que nos informa sobre la queja formulada ante esta institución por don A. P. B.

Asímismo son de referencia los siguientes informes, emitidos en relación con la queja tramitada, a nombre de don J. L. S. reclamando haberes como consejero de la Presidencia Nacional de la Asociación Nacional de Inválidos Civiles:

- Informe de la Dirección General de Acción Social remitido por escrito n.º de salida 150, de 15 de enero de 1985.
- Informe de la Tesorería General de la Seguridad Social, n.º de salida 391, de 19 de febrero de 1985.

Las dos quejas arriba reseñadas tienen en común referirse a obligaciones pendientes de cumplimiento por parte de la Asociación Nacional de Inválidos Civiles, en adelante A.N.I.C., razón por la que han sido unificadas a efectos de su tratamiento por serles de aplicación a ambas las consideraciones que siguen:

Primera. Para una mayor claridad conviene precisar los hechos en que se basan ambas reclamaciones y sobre los que no volveremos, toda vez que aparecen como indiscutidos hasta el momento.

1.1. don A. P. B. trabajó en el servicio de vigilancia de aparcamientos de la A.N.I.C. en Sevilla desde 1961 hasta 1974.

Al ser jubilado en esta fecha, por cumplir los 80 años de edad se le reconoció el derecho a percibir una pensión mensual al amparo de lo previsto en el art. 53. c) o d) del Reglamento de Régimen Interior de la Asociación, dado que en dicha época los guardacoches no estaban incluidos en el ámbito de la Seguridad Social.

Dicha pensión la estuvo percibiendo, al menos, hasta 1976, en que se le dejó de abonar sin comunicación alguna sobre las causas del cese en el pago.

Se adjuntan como anexos 1 y 2 fotocopias de los oficios de la Delegación Provincial de la A.N.I.C. en Sevilla por el que se le comunica el reconocimiento del derecho a la pensión y de la Dirección Provincial del Servicio de Minusválidos Físicos y Psíquicos de 12 de diciembre de 1979 citando al interesado para tratar de dicho asunto.

1.2. Por su parte don J. L. S. desde fecha no determinada y percibiendo su retribución mensual con nómina desde el 1 de enero de 1969 presta sus servicios como Consejero de la A.N.I.C., servicios constitutivos de una relación laboral según se acredita en los considerandos y resultados de hechos probados de la Sentencia n.º 16/82, de la Magistratura de Trabajo n.º 20 de Madrid de 18 de enero de 1982, confirmada en dichos extremos por la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 2 de julio de 1982 (n.º 867/82).

Ambas sentencias, de las que se adjuntan fotocopias como anexos 3 y 4, declaran subsistente dicha relación laboral, sin que exista constancia de que la situación haya sido modificada hasta la fecha.

Segunda. Fijados así los hechos, y las correlativas obligaciones asumidas por la A.N.I.C., hay que determinar quien es el verdadero responsable de las mismas una vez aprobado el Real Decreto 1724/1978, de 23 de junio.

Y en este sentido resulta muy ilustrativa una lectura detenida de dicha norma que, si nominalmente se proponía legitimar la transferencia de determinadas funciones de la A.N.I.C. al Servicio de Recuperación y Rehabilitación de Minusválidos Físicos y Psíquicos, en el fondo, y como ahora trataremos de demostrar, venía a decretar la disolución de la Asociación aún cuando a fecha incierta.

En efecto, en su artículo 1.º establece que “las funciones de carácter público que tiene encomendadas la A.N.I.C. se transfieren al SEREM, el cual asumirá su desarrollo y ejecución en los términos a que se refiere el presente Real Decreto.”

“Queda exceptuada de la aludida transferencia, por sus peculiaridades características, la función de gestión de Centros de Empleo Protegido y Ocupacional u otras actividades equivalentes, que viene desarrollando la A.N.I.C. mediante acción directa, y en cuyo desempeño continuará como entidad operativa del SEREM para estas tareas.

Sin entrar en consideraciones acerca de los defectos técnico-jurídicos que se desprenden de su simple lectura —así se crean figuras desconocidas inéditas en Derecho administrativo, al configurar una asociación con personalidad jurídica como Entidad Operativa (?) de un servicio común de la Seguridad Social, sin personalidad jurídica que, a su vez, actúa como órgano auxiliar (?) del protectorado del Estado sobre la Asociación—; ateniéndonos a la literalidad del precepto parece deducirse que la Asociación subsiste para llevar a cabo las funciones que le restan, en concreto la gestión de los Centros de Empleo Protegido y Ocupacional y otras actividades equivalentes.

No obstante tal sensación es puro espejismo si nos atenemos a las disposiciones transitorias del Real Decreto que vienen a despejar asimismo la incógnita sobre cuales son las otras actividades equivalentes a que se refiere el art. 1.

Así la transitoria segunda establece que “El Estado fomentará la constitución de distintas entidades jurídicas para el desarrollo de las actividades correspondientes a los trabajos de vigilancia de aparcamientos de vehículos, con respecto a los cuales la A.N.I.C. ejercía una actividad de apoyo y ayuda técnica.”

“Hasta tanto dichas entidades se constituyan, el SEREM continuará ejerciendo las funciones que desarrollaba la A.N.I.C., pudiendo destinarse primordialmente al cumplimiento de las mismas al personal procedente de la Asociación”.

Por su parte la transitoria tercera dispone que “Igualmente se fomentará por el Estado la constitución de distintas entidades jurídicas para el desarrollo de las actividades correspondientes a la venta de lotería fraccionada, ejerciéndose por el SEREM las funciones que venía desarrollando la A.N.I.C...”

Finalmente la transitoria cuarta preceptúa que “Con independencia de lo establecido en el párrafo segundo del artículo primero de la presente disposición (arriba transcrito) también se fomentará por el Estado la constitución de distintas entidades jurídicas que gestionen los Centros de Empleo Protegido promovidos por la A.N.I.C. hasta el presente. En todo caso el posible déficit de explotación que se pueda producir en cada uno de dichos Centros, será cubierto mediante subvenciones o ayudas que se concederán con

esta finalidad con cargo a los planes asistenciales del Estado o de las Entidades dependientes de la Dirección General de Servicios Sociales.”

Parece claro, como afirmábamos antes, que la subsistencia de la personalidad jurídica de la A.N.I.C., no es sino un recurso legal para facilitar las sucesivas transferencias de funciones y medios materiales y personales adscritos a los mismos, a las “distintas entidades” que sean promovidas en virtud de mandato contenido en las Transitorias referidas, aún cuando desde la entrada en vigor del Real Decreto la responsabilidad de la actuación de la Asociación corresponde plenamente a la Administración —SEREM, Dirección General de Servicios Sociales y posteriormente INSERSO—.

Tercera. La anterior conclusión sobre la disolución de facto de la A.N.I.C., y su subsistencia puramente formal, se ve reforzada por los siguientes hechos:

3.1. No se ha utilizado por ese Ministerio la autorización contenida en la Disposición Adicional segunda del Real Decreto, para adaptar los estatutos de la Asociación, introduciendo en los mismos modificaciones necesarias para acomodarlos a la nueva situación creada, “así como para determinar las funciones públicas que se transfieren al Servicio de Recuperación y Rehabilitación de Minusválidos Físicos y Psíquicos, concretar el cometido del personal del Servicio, respecto a la gestión que sigue confiada a la Asociación, y para dictar las normas de interpretación o ejecución que sean necesarias”.

3.2. En los últimos años, y sin que esta institución pueda precisar, por los datos de que dispone, desde que fecha exactamente, no han estado cubiertos ni el cargo de Presidente de la Asociación, ni el resto de los cargos de gestión y representativos.

No es ocioso resaltar aquí que, por el juego conjunto de lo dispuesto en el art. 4 de la Orden de 29 de noviembre de 1958 por la que se autorizaba la constitución de la A.N.I.C., y los sucesivos Reales Decretos de reestructuración de la Administración Central del Estado, corresponde al Ministro de Trabajo y Seguridad Social, a propuesta del Servicio Social de Minusválidos Físicos, Psíquicos y Sensoriales, instrumentada a través del Instituto Nacional de Servicios Sociales, el nombramiento del Presidente de la Asociación.

3.3. En lo que alcanza el conocimiento de esta institución y por la documentación aportada por los reclamantes, parece cierto que la Asociación carece incluso de asociados.

3.4. A partir del año 1978 desaparecieron incluso las referencias expresas que, de forma continuada desde su constitución, se hacían en los Decretos de

Estructuración de los sucesivos ministerios a que estuvo adscrita la A.N.I.C. como “Entidad asistencial vinculada (según la última referencia) a la Dirección General de Servicios Sociales por razón de Protectorado”.

Cuarta. Por todo lo hasta aquí expuesto no parece descabellada la conclusión que antes se adelantaba sobre la desaparición de hecho de la A.N.I.C., restando únicamente (cuando han desaparecido sus elementos personales, se le han absorbido sus funciones, y no cuenta con medios materiales) como garantía formal de su extinción un acto de la Autoridad de “supresión” que retire a aquella el reconocimiento que le había prestado, y anule consiguientemente su subjetividad, dentro de las formas y condiciones que imponga el Derecho vigente.

Y aquí cabe adelantar que interpretando “sensu contrario” la Orden de 29 de Noviembre de 1958 por la que se autorizaba la constitución de la A.N.I.C., sería precisa una nueva Orden Ministerial para proceder a su supresión formal como acto de garantía frente a terceros que evitaría en lo sucesivo la indefensión de aquellos que se ven compelidos a reclamar contra una persona jurídica inexistente.

Quinta. Siguiendo el hilo de razonamiento cabría deducir que la situación creada por los dos reclamantes frente a la A.N.I.C., fue originada cuando en el Real Decreto 1724/1978, de 23 de junio, no se regularon expresamente los supuestos del personal pasivo de la Asociación entre los que se cuenta el Sr. P. B., ni del personal que, por las razones que fueran, no ejercitaran el derecho de opción de incorporación al SEREM, concedido por la Disposición Transitoria primera, o bien no tuvieran derecho a ejercitar tal opción, caso del Sr. S. B.

Sexta. Como dicha laguna normativa no fue cubierta por ese Ministerio en virtud de la autorización contenida en la disposición adicional tercera del repetido Real Decreto, para dictar las normas de interpretación y ejecución que fueran necesarias, se imposibilitó a la Dirección General de Servicios Sociales, a quien correspondía determinar la aplicación que debía darse a los fondos y bienes sociales de la A.N.I.C., con el asesoramiento de la Comisión de Transferencia creada al efecto, pronunciarse sobre los supuestos en que se basan ambas reclamaciones.

Una vez disuelta la citada Comisión de transferencias sin haberse cubierto el vacío legal existente, se consolidó la actual situación de aparente falta de interlocutor frente a quien ejercitar las acciones emprendidas por los interesados.

Séptima. Para completar el cuadro hasta aquí descrito hay que hacer constar que la Comisión de Transferencia creada por la Disposición Adicional

primera del repetido Real Decreto para asesorar a la entonces Dirección General de Servicios Sociales en la determinación de los fondos y bienes sociales de la Asociación, se disolvió existiendo un remanente de los fondos bancarios de 25.540.746 millones de pesetas que fueron ingresados en la Tesorería General de la Seguridad Social el 26 de febrero de 1982, indebidamente, toda vez que aún no se habían liquidado todas las obligaciones contraídas por la Asociación.

A este respecto, hay que decir que del informe de la Dirección General de Acción Social reseñado al comienzo se desprende la existencia de otras obligaciones pendientes de pago al margen de las dos reclamaciones cursadas ante esta institución, hecho que, sin duda, deberá solucionarse poniendo nuevamente los fondos transferidos a la Tesorería General, a disposición de la Dirección General de Acción Social, hasta la liquidación total de todas las obligaciones pendientes.

Hechas las precedentes consideraciones de carácter general y entrando a pormenorizar cada uno de los supuestos planteados por los reclamantes hemos de precisar lo siguiente:

Octava. En relación con la queja del Sr. P. B., el informe emitido por V.E., tras admitir la obligación inicial de la A.N.I.C. que había reconocido el derecho a la pensión (véase el anexo 1 de este escrito), viene a concluir que tal derecho se entiende suprimido, sin audiencia ni notificación del interesado, por un oficio circular a las delegaciones provinciales de la Asociación por el que, con fecha 21 de agosto de 1976 se dictaban normas sobre las obligaciones atendibles con el importe de las recaudaciones del Servicio de Ordenadores de Aparcamientos, entre las que no figuran las prestaciones a los retirados.

Tal conclusión no parece muy defendible si nos atenemos a los fundamentos legales y fácticos aplicables al caso que a continuación pasamos a detallar:

8.1. El Fondo de Previsión Social del Inválido y el Fondo de Asistencia Social previstos en el art. 53 del Reglamento de Régimen Interior de la Asociación, al amparo del cual se reconoció el derecho a la pensión que percibía el interesado, se nutría, según dispone el propio artículo, de los siguientes ingresos:

a) El diez por ciento de todos los ingresos líquidos resultantes de los medios económicos a que se refieren los arts. 11 y 12-1.º y 2.º de los Estatutos de la Asociación.

b) Unas cantidades fijas mensuales establecidas como aportación de cada delegación provincial según su categoría.

8.2. No se trata, por tanto, de una asignación finalista de los ingresos obtenidos en cada actividad de la Asociación a la atención de los asociados concretos que la han gestionado, tal y como se pretende en el informe de V.E., pues los Fondos de Previsión y Asistencia Social, a que antes se ha aludido, eran únicos para todos los asociados, con independencia de las tareas que previamente hubieran ejercido.

8.3. El oficio-circular n.º 5.404, de 21 de agosto de 1976, del que V.E. nos acompaña un ejemplar, no puede suponer, como se presume en su informe, la supresión de un derecho adquirido al amparo de una norma de superior rango, sino que constituye una regulación del funcionamiento futuro del Servicio de Ordenadores de Aparcamientos, caracterizado por un hecho esencial: la inclusión de los vigilantes en el Régimen General de la Seguridad Social como consecuencia de la configuración de dichos Servicios como Centros de Empleo Protegido.

8.4. En esta línea argumental es indiferente que los hechos, a que nos venimos refiriendo, ocurrieran con anterioridad a la asunción de funciones públicas y recursos de la A.N.I.C. por el entonces Servicio de Recuperación y Rehabilitación de Minusválidos Físicos y Psíquicos (SEREM), en virtud del Real Decreto 1724/1978 tantas veces citado; y en cualquier caso, la solución que se adopte debe ser independiente de la suerte que hayan corrido los Servicios de Ordenadores de Aparcamientos, toda vez que el interesado en la citada fecha formaba parte del personal pasivo de la A.N.I.C., atendido, como hemos visto, con cargo a unos fondos sin relación alguna con el servicio concreto de donde procedía.

Novena. En cuanto a la reclamación del Sr. S. B. está clara, y no se discute, la relación laboral que le liga con la Asociación, por otra parte reconocida por la jurisdicción laboral, reconocimiento que lleva aparejado el del derecho al percibo de los salarios devengados.

De otra parte parece evidente que entre el interesado y la A.N.I.C. se mantiene el mismo vínculo existente en el año 1981 cuando presentó su reclamación ante la Magistratura de Trabajo, siendo previsible que de ampliar su demanda de pago de retribuciones por todo el periodo transcurrido hasta la fecha, dicho pago le volvería a ser reconocido en vía judicial, al no haberse procedido en su día por la Comisión de Transferencias a la firma de un finiquito y el pago de los haberes devengados, todo ello con anterioridad al traspaso de los fondos sobrantes y a su propia disolución, hechos ambos que,

como ha quedado sobradamente demostrado, fueron improcedentes por la existencia cierta de obligaciones pendientes y no satisfechas.

Si ello es así ¿Quién resultaría obligado al pago de dichas retribuciones?. La interrogante parece fácilmente despejable, si nos atenemos al contenido del informe emitido por la Tesorería General de la Seguridad Social que viene a reconocer la procedencia de abonar los salarios y otras obligaciones devengadas con anterioridad a la disolución de la Comisión de Transferencia y el consiguiente ingreso en la Tesorería del remanente de fondos que ascendía, como ya hemos mencionado, a 25.540.746 millones de pesetas.

Para ello, al parecer, la Tesorería General ha solicitado de la Dirección General de Acción Social que acredite, que dicho traspaso de fondos fue indebido por existir obligaciones pendientes y no satisfechas debidamente documentadas, en cuyo caso podría minorarse su importe de la cantidad traspasada.

De todas las consideraciones hasta aquí expuestas se desprenden las siguientes conclusiones:

1.º Los dos reclamantes tienen reconocidos fundados derechos frente a la A.N.I.C. como consecuencia de obligaciones contraídas por la Asociación con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto 1724/1978, de 23 de junio.

2.º La A.N.I.C. disponía de fondos propios suficientes para hacer frente a dichas obligaciones cuya disposición correspondía a la Dirección General de Servicios Sociales, con el asesoramiento de la Comisión de Transferencia, creada al efecto.

3.º La citada Comisión de Transferencia se disolvió indebidamente en febrero de 1982, sin que se hubieran saldado todas las obligaciones contraídas por la Asociación, traspasando el saldo de los fondos existentes a la Tesorería General de la Seguridad Social.

4.º La subsistencia de la personalidad jurídica de la A.N.I.C., es una pura ficción jurídica, cuya supresión corresponde directamente a ese Ministerio.

Por todo ello, esta institución al amparo de lo dispuesto en el artículo 301.º de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que nos regimos, sugiere a V.E.:

- 1.º Que de conformidad con la autorización contenida en la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 1724/1978, de 23 de junio, dicte las normas necesarias, para hacer posible la cancelación de las

obligaciones contraídas por la A. N .I. C., entre otros con los dos reclamantes, con cargo a los fondos sobrantes de la liquidación ya practicada.

- 2.º Que una vez saldadas las obligaciones pendientes, y cumplidas las previsiones de las disposiciones transitorias del citado Real Decreto, se proceda a la disolución formal de la Asociación en virtud de la facultad que, sensu contrario, se contiene en la Orden de 29 de noviembre de 1985 por la que se autorizaba su constitución y se aprobaban los Estatutos.

Madrid, 27 de junio de 1985.

**Recomendación dirigida al Ministro de Trabajo y Seguridad Social.**

**Recomendación 16/1985, de 1 de julio, sobre la Disposición Transitoria séptima de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local.**

*(BOCG. Congreso. Serie E. núm. 4, págs. 179-180).*

El Colegio Oficial de Directores de Bandas de Música Civiles ha comparecido ante esta institución para solicitar que ejercite la legitimación activa que le está constitucionalmente reconocida e interponga recurso de inconstitucionalidad contra la Disposición Transitoria séptima de la Ley de Bases de Régimen Local 7/1985, de 2 de abril.

Los reclamantes sostienen que dicha Disposición vulnera el artículo 33.3 de la Constitución, provocando una expropiación sin indemnización por las siguientes principales causas:

1. Se suprime el Cuerpo Nacional de Directores de Bandas de Música Civiles, que tuvo su origen en la Ley de 30 de diciembre de 1983, lo que entraña «la privación del derecho reconocido legalmente a los funcionarios que lo integran de dirigir las Bandas de Música que las Corporaciones Locales sostengan con cargo a sus presupuestos».

Al mismo tiempo desaparece la categoría de Directores de Bandas de Música de primera y segunda, para los que se exigía titulación distinta y específica, teniendo preferencia la de primera para ocupar las plazas que las distintas corporaciones sacaran a concurso.

2. El Cuerpo Nacional se sustituye por una integración de los distintos miembros activos del mismo en las plantillas de las diferentes corporaciones locales en las que se encuentren prestando servicios, pero olvidándose de quienes se encuentren en la situación de excedencia forzosa o voluntaria.

3. Con el fin de preservar uno de los elementos del Estatuto propio de estos funcionarios, como era el de acceder a las distintas plazas por concurso, garantizándose así la movilidad entre distintas administraciones, se garantiza en la Ley de Bases la preferencia absoluta de todos ellos en el concurso que se

convoque, pero al tiempo se olvida que la Ley de Bases de Régimen Local permite otras formas de proveer puestos de trabajo, como con la oposición libre, el concurso-oposición y la contratación laboral (dado que estos puestos de trabajo no se encuentran entre los reservados por el artículo 92.3 de la Ley de Bases y se ocupan por funcionarios).

4. No se precisa en la Ley de Bases quién expedirá los títulos profesionales y acreditaciones como Director de Bandas de Música, para los que el Reglamento de Funcionarios exigía estudios superiores de Armonía y Composición en el Conservatorio Oficial de Música.

La Junta de Coordinación y Régimen Interior de esta institución emitió el preceptivo informe, según el artículo 18.1 .b) de su Reglamento de Organización y Funcionamiento, aprobado por las Mesas del Congreso del Senado en su reunión conjunta de 6 de abril de 1983 («B. O. E.», núm. 92, del mismo mes y año), y, en consecuencia, se ha resuelto no hacer uso de la facultad de interposición de recurso de inconstitucionalidad, por no apreciar que la expresada Disposición Transitoria séptima incurra en infracción de uno de los derechos reconocidos en el Título primero de la Constitución, a la luz de lo que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha determinado sobre esta materia de derechos adquiridos.

No obstante, esta institución considera que los problemas suscitados por los reclamantes pueden afectar a intereses legítimos y a derechos dimanantes de las disposiciones administrativas inherentes a la condición de funcionarios y, en consecuencia, hace uso de la facultad establecida en el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, y formula a V. E. la siguiente recomendación:

La Disposición Transitoria séptima de la Ley de Bases de Régimen Local 7/1985, de 2 de abril, plantea dos problemas de importante consideración:

1. En cuanto a la desaparición del Cuerpo Nacional de Directores de Bandas de Música y su integración en las plantillas de las distintas corporaciones locales.

La Disposición Transitoria séptima, 3, dispone:

«Queda suprimido el Cuerpo Nacional de Directores de Bandas de Música y pasarán a formar parte de la plantilla de la respectiva Corporación como funcionarios propios de la misma, con respeto íntegro de sus derechos y situación jurídica surgida al amparo de la legislación anterior... »

Esta disposición parece estar dirigida a aquellos funcionarios del extinguido Cuerpo Nacional que se encontrasen en el momento de la publicación de la Ley en servicio activo, pero parece no contemplar otras posibles situaciones administrativas, como puede ser la de las excedencias voluntarias, forzosas, etc. En este supuesto, y dado que no pueden integrarse en las respectivas corporaciones, sería necesario, y a ello se dirige nuestra Recomendación, que se desarrollase la citada disposición al efecto de contemplar este problema.

- II. En cuanto a la efectividad de la previsión de la Disposición Transitoria séptima, 3, para la provisión de vacantes.

La tan citada Disposición Transitoria dispone:

«... con respeto íntegro de sus derechos y situación jurídica surgida al amparo de la legislación anterior, incluida la de traslado a otras corporaciones locales, para la cual gozarán de preferencia absoluta en el concurso que éstos convoquen para cubrir plazas de esa naturaleza.»

El problema que puede plantearse es que las corporaciones locales, al amparo de las facultades conferidas por la Ley Básica de Régimen Local en su artículo 91, no convoquen un concurso, sino que procedan a la contratación laboral de unas plazas vacantes de estas características o de su provisión por los otros sistemas previstos en este artículo, distintos de los concursos.

Por ello, la recomendación que esta institución somete a la consideración de V. E. se concreta en que se garantice por norma de rango pertinente que con carácter previo a la cobertura de plazas vacantes de la categoría de las que viene ocupando el extinguido Cuerpo Nacional por sistema distinto del concurso sea exigencia previa la convocatoria de éste, y sólo en el caso de que quedase desierto se pueda proceder a la provisión mediante otros sistemas previstos en la citada norma. Con ello se garantizarían los derechos que al amparo de la legislación anterior asisten a los funcionarios del extinguido Cuerpo, de conformidad con la disposición transitoria séptima, 3, de la Ley Básica de Régimen Local 7/1985, de 2 de abril.

Madrid, 1 de julio de 1985.

**Recomendación dirigida al Ministro de Administración Territorial.**

**Recomendación 17/1985, de 4 de julio, sobre modificación del sistema de cálculo de pensiones y cómputo recíproco de cotizaciones en el régimen de Clases Pasivas del Estado.**

*(BOCG. Congreso. Serie E. núm. 4, pág. 91).*

Como consecuencia de la reforma del sistema de clases pasivas por la Ley 50/1984, de 30 de diciembre, se han recibido últimamente en esta institución escritos de funcionarios afectados, bien por las nuevas reglas de cálculo de las pensiones, bien por la inexistencia de un perfecto cómputo recíproco de cotizaciones entre el Régimen General de la Seguridad Social y el Régimen Especial de Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, o por ambas causas de manera concurrente.

En muchos de estos escritos se solicitaba la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 28.1 del citado texto legal, al amparo de las atribuciones que nos confiere la Constitución en su artículo 162.1 .a) y la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 18.1 b) del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Defensor del Pueblo, la Junta de Coordinación y Régimen Interior conoció e informó sobre la posible interposición del recurso.

Aunque se estimó que no procedía interponer recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 28.1 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1985, se ha considerado oportuno sugerir a la Administración la modificación de determinadas normas, de acuerdo con la facultad que nos confiere el artículo 28.2 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril.

La sugerencia se apoya en dos motivos:

## I. Nuevas reglas de cálculo de las pensiones de jubilación

El cambio del período de carencia para determinar la pensión correspondiente afecta principalmente a funcionarios que no han completado treinta y siete años de servicios en la Administración y que ven, en muchos casos, sensiblemente reducidas sus expectativas de pensión.

Este es el caso de las personas incorporadas tardíamente al servicio de la Administración, sin haber trabajado antes en un puesto que les haya permitido su inclusión en algún régimen público de Seguridad Social. Como no ha habido límites máximos de edad de ingreso en la Administración, muchas personas, que por circunstancias personales o familiares no accedieron antes a la vida laboral, han podido incorporarse con edades superiores a las de ingreso en el sector privado. En este aspecto, la Administración ha seguido ofreciendo posibilidades de empleo más flexibles que la empresa privada.

La concurrencia de la modificación del sistema de clases pasivas por la Ley de Presupuestos con el acortamiento del período de servicio activo operado por el artículo 33 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, producirá en muchos casos pérdidas de expectativas de consolidación de una pensión suficiente.

En muchos casos, sin embargo, los aumentos de las bases reguladoras en estos últimos años, no compensan la reducción de las pensiones que resultan de aplicar el cuadro de tipos aplicables fijado por el artículo 28.1 de la Ley 50/1984, de Presupuestos Generales del Estado para 1985.

Así, por ejemplo, en el sector de la enseñanza, la reducción de pensiones para funcionarios con un total de treinta años de servicios, según el nuevo sistema es el siguiente:

Nivel A, grado 3 .....	reducción en un 14,8%
Nivel A, grado 2 .....	reducción en un 24,4%
Nivel A, grado 1 .....	reducción en un 27 %
Nivel B, índice 8, grado 2 .....	reducción en un 23 %

Para funcionarios con veinte años de servicios, que no hayan trabajado en el sector privado, las reducciones de pensión, operadas por la Ley 50/1984, es del cincuenta por ciento por término medio.

Con menos de veinte años de servicios, sin otro trabajo que dé lugar a una pensión en el Régimen General de la Seguridad Social, las pensiones pueden calificarse, sin exageración de simbólicas.

Como ya hemos señalado en nuestro Informe a las Cortes (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 27 de mayo de 1985), entendemos que la reducción de pensiones efectuada por la Ley 50/1984, puede rozar la obligación establecida en el artículo 50 de la Constitución de que los poderes públicos garanticen mediante unas pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad.

Según el artículo 53 de la Constitución, el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo Tercero informarán la legislación positiva.

La omisión de una disposición transitoria que haga gradual el paso del Régimen de Clases Pasivas anterior al vigente desde el primero de enero de 1985, al causar en determinados casos, como ya se ha expuesto, una pérdida neta y cierta en la pensión esperada, afecta al principio de seguridad jurídica en interdicción de la arbitrariedad, consagradas en el artículo 9.3. de la Constitución.

Por último, también podría suponer la vulneración del artículo 14 de la Constitución por cuanto, sólo en virtud de la fecha de jubilación, antes o después del 1 de enero de 1985, un jubilado puede ver reducida su pensión de una forma inesperada y brusca. Tampoco podrá, por la ausencia de un período transitorio preparar una solución alternativa de forma que pueda paliar la escasez de ingresos pasivos.

Cierto que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado reiteradamente sobre la interpretación que haya de darse al principio de igualdad, pero en este caso, el “tertium comparationis” es evidente: dos funcionarios pertenecientes al mismo Cuerpo, con los mismos años de servicios, obtendrán pensiones desproporcionadamente diferentes según la fecha de nacimiento, por una diferencia de apenas unas horas.

## II. Cómputo recíproco de cotizaciones.

En relación con lo anterior, el artículo 28 introduce una serie de medidas para computar servicios prestados en otras áreas de la Administración o en el sector privado. De ellas interesa destacar las fijadas en el apartado 4, que se acercan al denominado cómputo recíproco de cotizaciones.

Inicialmente previsto en el Reglamento de Mutualismo Administrativo (Decreto 834/1976, de 18 de marzo, artículo 72), no había sido desarrollado. La Disposición Adicional Quinta de la Ley 30/1984, reiteraba que “el Gobierno determinará mediante Real Decreto el cómputo recíproco de

cotizaciones entre el Régimen de la Seguridad Social de los Funcionarios Públicos y los distintos regímenes del Sistema de la Seguridad Social”.

Sin embargo, la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1985, ha establecido en su artículo 28.4.d) un mecanismo que no constituye en sentido estricto el cómputo recíproco de cotizaciones más que cuando no se haya cubierto el período mínimo de carencia en el Régimen General de la Seguridad Social, en cuyo caso se abonarán esos años al sistema de clases pasivas, estableciéndose el cómputo recíproco. No se establece la posibilidad inversa, es decir, abonar los años de cotización cubiertos en el Régimen de Clases Pasivas al Régimen General, en el caso de que el funcionario se jubilara acogido a éste último.

Lo que se establece es, en cambio, la posibilidad de causar dos pensiones distintas y compatibles, una en el Régimen de la Seguridad Social y otra en el de Clases Pasivas. En el informe de V.E. se ha denominado a este mecanismo “compensación de cuotas” es decir, “percepción de dos pensiones, a cargo de cada una del organismo que ha percibido las cuotas, en proporción a las cuantías de las respectivas cotizaciones y del tiempo durante el cual se ha prestado servicio”. Los cálculos efectuados permiten suponer que la pensión resultante del cómputo recíproco sería superior a la suma de las dos pensiones concurrentes por el sistema del artículo 28.4.

### III. Precedentes actuaciones de esta institución en materia de Seguridad Social de los Funcionarios.

En el Informe Anual de 1983, presentado a las Cortes Generales ya se hacía mención a la imperfecta cobertura de Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado. Más adelante, con ocasión de la recepción de un importante número de quejas se solicitó información a ese Departamento y al de Economía y Hacienda sobre si se estaban realizando estudios sobre modificación del sistema de clases pasivas. La Dirección General de Gastos de Personal contestaba, con fecha 23 de abril de 1984, lo siguiente:

“En el momento actual se está haciendo un esfuerzo de aproximación a la Seguridad Social, habiéndose constituido un grupo de trabajo, en el que está integrado el Director General que suscribe, y que tiene por objeto coordinar la realización de los estudios y análisis necesarios para una nueva Ley General de Pensiones.

Es preocupación fundamental de esta Dirección General, que bien dentro del marco de una Ley General de Pensiones bien como una Ley de Seguridad Social Especial de los Funcionarios Públicos, se aborde el

grave problema de la regulación de los derechos pasivos de los funcionarios.

A tal fin, se están realizando los estudios actuales precisos para que, en el futuro se dé la necesaria adecuación entre las cotizaciones realizadas por los funcionarios en el transcurso de su vida activa y las pensiones que perciben”.

Por su parte, con fecha 12 de abril de 1984, la Secretaría de Estado para la Administración Pública informaba que:

“A tal fin se estaban realizando los estudios y trabajos preliminares conducentes a la elaboración de una ley de pensiones en los que estaba colaborando la Dirección General de Gastos de Personal, la Secretaría General de la Seguridad Social y esa Secretaría de Estado”.

Vista la Disposición Final Quinta de la Ley 50/1984, ya citada, que autoriza al Gobierno para dictar durante 1985 un texto refundido regularizando, aclarando y armonizando la legislación vigente en materia de clases pasivas, esta institución consciente de que el sistema de clases pasivas del Estado está siendo objeto de estudio por la Administración, remite, a V.E., en uso de las atribuciones que le confiere el artículo 28.2 de la Ley Orgánica 3/1981, por la que nos regimos, una sugerencia, coincidente con las anteriormente remitidas, en el siguiente sentido:

1. Establecimiento de un sistema transitorio para los funcionarios que vean reducido su período de carencia a menos de treinta y cinco años de servicios.

Y ello porque estimamos necesario que, previa la determinación y evaluación del personal afectado, se realicen los cálculos económicos que permitan atenuar en lo posible el brusco salto de escala que se produce en funcionarios con período de carencia inferior a treinta y cinco años, cuando carezcan de otro sistema de cobertura de derechos pasivos o de jubilación.

2. Regulación completa del cómputo recíproco de cotizaciones entre el Régimen General de la Seguridad Social y el Régimen de Clases Pasivas.

Consideramos que el efectivo cómputo recíproco de cotizaciones deberá garantizar la perfecta correspondencia de efectos de las cotizaciones vertidas por el beneficiario en uno u otro sistema, lo que hasta el momento, no se ha llevado a cabo.

Sugerencia que sometemos a la consideración de V.E. a los efectos oportunos y de acuerdo con lo establecido en el artículo 28.2 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, citada.

Madrid, 4 de julio de 1985.

**Recomendación dirigida al Ministro de la Presidencia.**

**Recomendación 18/1985, de 10 de julio, sobre número de convocatorias por asignatura en enseñanza superior.**

*(BOCG. Congreso. Serie E. núm. 4, págs. 339-340).*

El Real Decreto Ley 8/1976, de 16 de julio, establece como número de convocatorias por asignatura al que los alumnos de enseñanza superior tienen derecho el de un mínimo de cuatro y un máximo de seis.

No obstante, una vez agotadas dichas convocatorias, resulta práctica común otorgar al alumno una denominada “convocatoria de gracia”, que deberá cursar en una Universidad distinta a aquella en la que ha agotado dicho número máximo de convocatorias.

En relación con el ejercicio de esta convocatoria de gracia han comparecido ante esta institución un elevado número de alumnos universitarios, manifestando las dificultades halladas en el momento de hacer efectiva dicha convocatoria de gracia ante los Rectorados de las distintas Universidades.

Alegan, fundamentalmente, la resolución denegatoria de que han sido objeto sus solicitudes, en contraste con otros supuestos de hecho de naturaleza idéntica, en los que, por el mismo Rectorado, se ha resuelto positivamente la admisión.

A título meramente ejemplificativo, cabe aludir a la queja formulada por doña C. P. M. En su condición de alumna de la Escuela Universitaria de Formación del Profesorado de E.G.B., de Ciudad Real, manifiesta que “solo me queda una signatura para poder terminar la carrera, cosa que no puedo hacer por tener agotadas las seis convocatorias máximas autorizadas. Llevo dos años con trámites para tener opción a una séptima convocatoria y así poder terminar y ahora la única solución es el traslado de expediente académico a otra Universidad, lo solicito a Córdoba y me es desestimada...”

En un sentido similar se manifiesta don M. S. M., en su escrito de queja, registrado con el n.º 11.944/84, en el que, como alumno de la Facultad de Medicina de la Universidad de Zaragoza, manifiesta haber agotado las seis convocatorias de la asignatura “Patología Quirúrgica 1”, del curso cuarto de la Licenciatura, afirmando”... que yo intento año tras año, y sin fruto el poder tener acceso a otra Facultad, como otras personas han tenido.

De igual modo, la queja n.º 16.709/84, formulada por don L. L. T., alumno de la Facultad de Medicina de Cádiz. Expone que ha agotado las convocatorias de la materia “Fisiología Especial”, correspondiente al segundo curso de la licenciatura; afirma que “... cada vez que he intentado trasladar la matrícula a otro centro, siempre me ha sido denegada. Otros compañeros, en mi situación, lo han hecho...”.

Igualmente, doña M. D. T., alumna de la Escuela Universitaria de Formación del Profesorado de E.G.B., manifiesta en su queja n.º 12.017/84, lo siguiente: “... Mi problema es el siguiente; la asignatura de 2.º curso correspondiente a Biología la tengo con las convocatorias agotadas, por lo cual no puedo seguir cursando estudios en la escuela Santa María situada en la Ronda de Toledo (Madrid) y perteneciente a la Universidad Autónoma de Madrid; he solicitado traslado de expediente a escuelas públicas y privadas de Madrid durante dos años y me ha sido denegado, en todos, alegando falta de plazas y aconsejándome que no insistiera por que era perder el tiempo, ya que la respuesta sería siempre ¡no! ¿Porqué de antemano saben que no hay plazas? ¿acaso las tienen reservadas para sus compromisos?, pues otras compañeras en mi misma situación fueron aceptadas y si hay para ellas ¿porqué no para mi?...”

Las conclusiones que es posible obtener de las quejas formuladas en relación con el problema que nos ocupa son las siguientes:

- El excesivo periodo de tiempo que, generalmente transcurre, entre la superación del número de convocatorias establecido y la aceptación por parte de otro centro de enseñanza, de la solicitud de traslado de expediente, para poder hacer efectiva la denominada “convocatoria de gracia”, en los supuestos en que haya sido otorgada.
- Que, según manifiestan los promoventes, en las ocasiones en que la Universidad a la que se dirigen para hacer efectiva dicha convocatoria de gracia, les es denegada, en contraste con la admisión de otras alumnas en las mismas circunstancias personales.

Entiende esta institución que tales situaciones podrían soslayar el principio de igualdad ante la Ley que garantiza el artículo 14 de la Constitución, y al que

reiteradamente se ha referido el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias. Así, la de 10 de julio de 1981, establece "...puede decirse que el principio de igualdad encierra una prohibición de discriminación, de tal manera que ante situaciones iguales deben darse tratamientos iguales".

Y en la Sentencia de 14 de julio de 1982, determina: "... la igualdad a que el art. 14 se refiere no comporta necesariamente una igualdad material o igualdad económica real y efectiva. Significa que a los sujetos de hecho iguales deben serles aplicadas consecuencias jurídicas iguales también y para introducir diferencias entre supuestos de hecho tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia que aparezca como fundada y razonable de acuerdo con juicios de valor generalmente aceptados".

Igualmente la situación descrita podría conculcar también el principio de seguridad jurídica garantizado, entre otros, en el artículo 9.3 de la Constitución, en lo referido a lo que constituye la esencia de este principio, es decir, la certeza en la consecución de los derechos, garantías o intereses legítimos que se deduzcan del ordenamiento jurídico o de la potestad normativa de la Administración. También el Tribunal Constitucional ha sentado doctrina en relación con este principio; así, la Sentencia de 20 de julio de 1981 determina que "... la seguridad jurídica es suma de certeza y legalidad..."

La Ley Orgánica 11/1983, de 25 de Agosto, de Reforma Universitaria establece en su artículo 27.2 que "el Consejo Social de la Universidad, previo informe del Consejo de Universidades, señalará las normas que regulen la permanencia en la Universidad de aquellos estudiantes que no superen las pruebas correspondientes en los plazos que se determinen, de acuerdo con las características de los respectivos estudios".

En consecuencia, será el Consejo Social de cada Universidad el que deba pronunciarse respecto a todas aquellas cuestiones que hagan referencia a la permanencia en los Centros de Enseñanza Superior, en base al informe del Consejo de Universidades, entendiéndose que con ello se trata de obtener un principio de coordinación y homologación de decisiones, siempre en el ámbito del principio de autonomía de las Universidades que garantiza el artículo 27.10 de la Constitución.

Por cuanto antecede, esta institución, al amparo de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que se rige, formula a V.E. sugerencia en orden a que, con ocasión del desarrollo que se efectúe de lo dispuesto en el referido artículo 27.2, regulándose la permanencia en las Universidades, se garantice un principio de igualdad de tratamiento en

relación a las solicitudes de acceso a los centros docentes superiores, en función de las convocatorias de gracia.

En el supuesto de que la normativa reguladora de la permanencia en las Universidades contuviera un instrumento de convocatoria extraordinaria distinto al de las denominadas convocatorias de gracia, pero con un objeto similar, se sugiere, igualmente, que su tipificación obedezca a criterios de igualdad, seguridad y certeza, que los alumnos afectados han invocado reiteradamente a esta institución en sus escritos de queja.

Madrid, 10 de julio de 1985.

**Recomendación dirigida al Secretario General del Consejo de Universidades.**

**Recomendación 19/1985, de 19 de julio, relativa al Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, sobre Medidas de Política Económica.**

*(BOCG. Congreso. Serie E. núm. 4, págs. 299-301).*

La publicación del Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, sobre Medidas de Política Económica, motivó la formulación ante esta institución de escritos presentados por don Julián Ariza y don Héctor Maravall, en nombre de la Secretaría de Relaciones Unitarias de la Confederación Sindical de CC.OO.; doña Carmen Prades Guillén, Presidencia de la Asociación de vecinos «Francisco Javier Sauquillo» y Portavoz de la Coordinadora de Derecho Humanos; don Luis Colorado Rendón, Presidente de la Asociación de Vecinos «La Defensa», del pueblo de Vallecas, y Portavoz de Acción Social Vecinal; don Fernando García López, Presidente de la Asociación de Vecinos de Cuatro Caminos-Tetuán y Portavoz de la Coordinadora Vecinal Popular, y don Prudencio Sánchez Jiménez, Presidente de la Federación e Asociaciones de Vecinos de Barcelona, escrito este último que fue remitido a esta institución por el Sindic de Greuges de Cataluña en escrito de fecha 25 de junio de 1985. Los mencionados escritos quedaron referenciados, respectivamente, con los números 6.313/1985, 5.822/1985 y 9.432/1985 en el Area de Obras Públicas y Urbanismo, y todos ellos, expresa o implícitamente, alegaban el carácter inconstitucional del artículo 9.º del mencionado Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, sobre Medidas de Política Económica, que prevé la supresión del derecho a la prórroga forzosa en los contratos de arrendamiento de viviendas y locales de negocios celebrados con posterioridad a la entrada en vigor de la disposición mencionada.

Las razones jurídicas aducidas a favor de la inconstitucionalidad de la medida, con independencias de las de tipo puramente económico y social, se concretan en que «la abolición del esencial derecho a la estabilidad de las viviendas y locales arrendados» está en contraposición «a numerosos e importantes artículos de la Constitución»: artículo 33.2, último párrafo del artículo 38 y artículos 39.1, 40.1, 47,51, etc., de nuestra Constitución, que, respectivamente, preceptúan la delimitación del contenido del derecho de propiedad atendiendo a su función social y el deber de los poderes públicos de

asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, de promover las condiciones favorables para el progreso social y económico, para hacer efectivo el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada y para garantizar la defensa de los usuarios (en este caso los usuarios de viviendas en alquiler), protegiendo, mediante procedimientos eficaces, los legítimos intereses económicos de los mismos.

Por otra parte, los formulantes de las quejas números 5.822/1985 y 6.313/1985 alegan la inadecuación de utilizar «un Real Decreto-ley de urgencia, cuando la propia Constitución establece en su artículo 86 que no se puede afectar de semejante forma a los derechos, mandatos y garantías contenidos en el Título primero».

Teniendo en cuenta las manifestaciones formuladas por los promoventes de las quejas núms. 5.822/1985 y 6.313/1985, cuya pretensión esencial iba dirigida a que el Defensor del Pueblo efectuase una recomendación al Congreso de los Diputados con el fin de evitar la convalidación del Real Decreto-ley cuestionado y, por el contrario, conseguir su conversación en proyecto de Ley para su tramitación por el procedimiento de urgencia, se procedió al estudio del tema planteado por parte de los asesores del área correspondiente.

Asimismo, la Junta de Coordinación y Régimen Interior de la institución, como previene el artículo 18.1 b) del Reglamento de Régimen Interior del Defensor del Pueblo, aprobado por las Mesas Conjuntas de las Cortes Generales el día 6 de abril de 1983, celebró sesión especial el día 17 del presente mes de julio, estimando, con pleno respeto a cualquier otra opinión discordante, que no había fundamentos suficientes para hacer uso de la legitimación activa referente al recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 9.º del Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, si bien se consideró conveniente efectuar una valoración crítica de la medida adoptada, con el fin de manifestarla a los departamentos ministeriales competentes en materia de arrendamientos urbanos y reiterarles la urgente necesidad de proceder a la prometida reforma global de la legislación sobre arrendamientos urbanos.

A continuación se expresan las razones en que esta institución ha fundamentado la no interposición del recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto-ley 2/1985, efectuándose, en segundo lugar, una valoración crítica de la supresión del derecho a la prórroga forzosa en los contratos de arrendamiento celebrados con posterioridad a la entrada en vigor de la anterior disposición.

I. EXAMEN DE LA EVENTUAL INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTICULO 9.º DEL REAL DECRETO-LEY 2/1985, DE 30 DE ABRIL, SOBRE MEDIDAS DE POLITICA ECONOMICA

El problema a dilucidar consiste escuetamente en considerar si es o no conforme con la Constitución el artículo 9.º del Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, que literalmente indica:

«1. Los contratos de arrendamiento de viviendas o locales de negocio que se celebren a partir de la entrada en vigor del presente Real Decreto-ley tendrán la duración que libremente estipulen las partes contratantes, sin que les sea aplicable forzosamente el régimen de prórroga establecido por el artículo 57 de la Ley de Arrendamientos urbanos, texto refundido aprobado por Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, y sin perjuicio de la tácita reconducción prevista en el artículo 1.566 del Código Civil.

2. Dichos contratos, salvo lo dispuesto en el apartado anterior, se regularán por las disposiciones vigentes sobre arrendamientos urbanos.»

«Los contratos de arrendamiento de viviendas y locales de negocios celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de este Real Decreto-ley seguirán rigiéndose en su totalidad por lo dispuesto en el texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos y demás disposiciones vigentes» (Disposición Transitoria).

La cuestión planteada se reduce a examinar si la adopción de la medida en cuestión, utilizando la técnica del Real Decreto-ley, respeta las limitaciones constitucionales que establece al efecto el artículo 86 de la constitución y cuya vulneración convertiría en inconstitucional el Real Decreto-ley que examinamos. Tales limitaciones o requisitos formales a respetar son los siguientes:

A) Todo Real Decreto-ley ha de ser convalidado por el Congreso de los Diputados en el perentorio plazo de los treinta días siguientes a su promulgación, pudiendo decidir las Cortes, con independencia de la convalidación indicada, la derogación del Decreto-ley o su tramitación como proyecto de Ley por el procedimiento de urgencia.

En el presente caso, el Congreso de los Diputados («B. O. E.» de 22 de mayo de 1985) acordó convalidar el mencionado Real Decreto-ley, así como su publicación para general conocimiento. Con ello, como afirmaba el Tribunal Constitucional en su sentencia 6/1983, de 4 de febrero, se ha

producido por parte de los representantes de la soberanía popular «una homologación respecto de la existencia de la situación de necesidad justificadora de la iniciativa normativa encauzada» por la vía del Decreto-ley.

B) En segundo lugar, señala el artículo 86.1 de la Constitución que los Decretos-leyes «(no podrán afectar (...) a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título primero». Es decir, existen «materias prohibidas» al Decreto-ley, debiendo examinarse si en el presente caso la indicada limitación es vulnerada.

C) Finalmente, la posibilidad que tiene el Gobierno de dictar disposiciones legislativas provisionales en forma de Decretos-leyes solamente puede ejercerse «en caso de extraordinaria y urgente necesidad».

Excluido, por tanto, el examen de la primera cuestión ya efectuado, procede considerar si en el presente caso se produce un supuesto de extraordinaria y urgente necesidad habilitante de la facultad gubernativa de dictar un Decreto-ley, y, en segundo lugar, si se vulnera el principio de reserva de Ley por la eventual afectación de la disposición examinada de los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título primero de la Constitución.

El primer motivo de inconstitucionalidad posible radicaría, pues, en la inexistencia de la extraordinaria y urgente necesidad de suprimir la prórroga forzosa en los futuros contratos de arrendamiento de viviendas y locales de negocio.

En tal sentido, es obvia, como ha declarado la Sentencia 29/1982, de 31 de mayo, del Tribunal Constitucional, la posibilidad del control jurisdiccional de la situación «de extraordinaria y urgente necesidad», pero dicha valoración es competencia de los órganos políticos:

«...sin perjuicio del posible y ulterior control jurídico-constitucional que corresponde a este Tribunal Constitucional en principio y con el razonable margen de discrecionalidad, es competencia de los órganos políticos determinar cuándo la situación, por consideraciones de extraordinaria necesidad, requiere el establecimiento de una norma por vía de Decreto-ley.»

En el presente caso, dentro de ese razonable margen de discrecionalidad, el Consejo de Ministros, en su reunión del día 30 de abril de 1985, en uso de la autorización concedida en el artículo 86 de la Constitución, adoptó la medida debatida, justificándola, en el preámbulo de la disposición, en las siguientes razones:

- Impulso de la construcción de viviendas y locales destinados a alquiler.
- Aumento de la oferta de alquileres y correlativa reducción de rentas, con beneficio para propietarios y arrendatarios.
- Satisfacer mejor las necesidades de vivienda de los jóvenes y las derivadas de los procesos de ajustes sectoriales de la economía española al dar «una mayor movilidad geográfica a los recursos humanos».

Se puede o no estar de acuerdo con las indicadas razones, pero lo que es cierto es que, «dentro del razonable margen de discrecionalidad» de que habla el Tribunal Constitucional, el Gobierno de la Nación entendió (párrafo quinto del preámbulo) que «seis meses después de la presentación de los Presupuestos de 1985 se hacía evidente la necesidad de adoptar más medidas en el sentido de potenciar la demanda interna», destinadas, por tanto, en el caso concreto del artículo 9.º de la disposición, junto con la desgravación por inversiones en vivienda y su transformación en locales de negocio, a impulsar el sector de la construcción, ya que «la supresión de la prórroga forzosa de los arrendamientos urbanos (...) estimulará la construcción de viviendas y locales destinados a alquiler».

Junto al anterior objetivo, el Real Decreto-ley entiende que, al aumentarse la oferta de las viviendas en alquiler como consecuencia de la supresión de la prórroga, se «reducirá la presión al alza de los alquileres, con beneficio para el propietario y para el arrendatario, lo que permitirá satisfacer las necesidades de vivienda a una generación de jóvenes que, debido a la situación de bajo crecimiento económico, tienen dificultades para adquirir una vivienda y, además, una mayor movilidad geográfica de los recursos humanos, lo cual va a facilitar los procesos de ajuste sectorial que todavía va a producirse en la economía española».

Por otra parte, y tal como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional 6/1983, de 4 de febrero («B. O. E.», núm. 58, de 9 de marzo), «la necesidad justificadora de los Decretos-leyes no se puede entender como una necesidad absoluta que suponga un peligro grave para el sistema Constitucional o para el orden público (...), sino que hay que entenderla con mayor amplitud, como necesidad relativa respecto de situaciones concretas de los objetivos gubernamentales (en este caso de política económica), que por razones difíciles de prever requiere una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las Leyes»: la coyuntura económica, en suma, según ha considerado el Gobierno, ha exigido una acción normativa inmediata que se ha materializado en el Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril.

La segunda cuestión alude al alcance, extensión y límites del principio de legalidad que establece el artículo 86 de la Constitución al señalar que «los Decretos-leyes no podrán afectar a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título primero de la Constitución».

Respecto a dicha cuestión cabe efectuar dos referencias, una de carácter doctrinal y otra de naturaleza constitucional. En cuanto a la primera, el profesor Garrido Falla ha entendido que la limitación al Decreto-ley en el sentido de que no puede afectar a los derechos y deberes contenidos en el Título primero puede conducir al absurdo si se incluyen en tal limitación los derechos aludidos en el Capítulo III, que son precisamente los aludidos por los formulantes de las quejas y los de posible vulneración en este caso (protección social, económica, y jurídica de la familia, del progreso social y económico, de la tercera edad, de los usuarios y, en definitiva, del derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada).

Simplemente, como afirma el profesor Garrido, si se admite tal interpretación, desaparece toda posibilidad práctica de utilización del Decreto-ley, por lo que entiende que la limitación se refiere única y exclusivamente a los derechos y deberes de las dos Secciones del Capítulo II, subtituladas con las expresiones «de los derechos fundamentales y libertades públicas» y «de los derechos y deberes de los ciudadanos», respectivamente, las cuales son las que tradicionalmente configuran el Estado liberal de Derecho, «garantizador de las esferas de la libertad y la propiedad, inmunes en principio a la injerencia administrativa y expresamente reservada a la Ley por el artículo 53.1 de la Constitución». Por el contrario, el Capítulo III alude al moderno Estado de bienestar social, cuyas prestaciones es lógico que puedan asumirse en caso de excepcional urgencia por Decreto-ley.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia de 2 de diciembre de 1983, ha declarado:

«Una interpretación del artículo 86.1 que lleve en este punto a una restricción de lo que dice su letra para reducir el ámbito de la limitación, de modo que se hagan coincidir las menciones referentes a los derechos y libertades con la materia reservada a la Ley Orgánica, tal como define el artículo 81.1, con trascendencia también para la legislación delegada, aunque implica un esfuerzo hermenéutico que no deja de contar con algunos apoyos, no es conciliable con una interpretación vinculada a unos cánones atentos no sólo al propio sentido literal del precepto, sino, además, a un análisis comparativo con los otros artículos (los arts. 81 y 82) y a los expuesto en nuestra sentencia de 4 de febrero de 1983 (“B. O. E.” de 9 de marzo), en la que, a propósito del artículo 31 de la CEE, situado en la misma Sección que

el artículo 33 ahora invocado, el criterio adoptado no fue el de la coextensión de los artículos 81.1 y 86.1 de la CE. Por otra parte, la tesis partidaria de una expansión de la limitación contenida en el artículo 86.1 de la CE, que sustenta en una idea tan restrictiva del Decreto-ley que lleva en su seno el vaciamiento de la figura y hace inservible para regular con mayor o menor incidencia cualquier aspecto concerniente a las materias incluidas en el Título primero de la Constitución sin más base interpretativa que el otorgamiento al verbo “afectar” de un contenido literal amplísimo; como con tan exigua base se conduce a la inutilidad absoluta del Decreto-ley, pues es difícil imaginar alguno cuyo contenido no afectase a algún derecho comprendido en el Título primero, es claro que tal interpretación, fácilmente reducible ad absurdum, tampoco puede ser aceptada, ni la aceptó el Tribunal en su sentencia de 4 de febrero de 1983 (fundamento jurídico 6) (“B. O. E.” de 9 de marzo). Entre una y otra líneas interpretativas, ambas, por extremas, rechazables, la cláusula restrictiva del artículo 86.1 de la CE (“no podrán afectar...”) debe ser entendida de modo tal que ni reduzca a la nada el Decreto-ley, que es un instrumento normativo previsto por la Constitución, “del que es posible hacer uso para dar respuesta a las perspectivas cambiantes de la vida actual” (fundamento jurídico 5, sentencia de 4 de febrero de 1983), ni permita que por Decreto-ley se regule el régimen general de los derechos, deberes y libertades del Título primero ni dé pie para que por Decreto-ley se vaya en contra del contenido o elementos esenciales de alguno de tales derechos.»

En conclusión, ha de entenderse que se han cumplido los requisitos formales que establece el artículo 86 de nuestro texto constitucional y que, en particular, la justificación que el Real Decreto-ley analizado ofrece de la urgencia que le promovió es admisible, a tenor de las declaraciones de su preámbulo, no violándose, en opinión de esta institución, con la utilización de aquél los estrictos límites genéricos contemplados en el artículo 86 y referidos a los «derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título primero de la Constitución».

## II. VALORACION DE LA SUPRESION DE LA PRORROGA FORZOSA DE LOS ARRENDAMIENTOS URBANOS

Con independencia del problema jurídico examinado, referente a la eventual inconstitucionalidad del artículo 9.º del Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, resulta pertinente efectuar las siguientes consideraciones críticas:

No cabe duda que la situación del alquiler en España exigía urgentes medidas de reforma de la Ley 40/1964, de 11 de junio (texto refundido aprobado por Decreto 4.104/1964, de 24 de diciembre), que, a su vez, en

cuanto a principios estructurales (en particular la prórroga forzosa como expresión de la estabilidad de la relación arrendataria), era heredada de normas anteriores: Ley de 31 de diciembre de 1946 y Ley de Bases de 22 de diciembre de 1955.

El principio básico de la legislación especial sobre arrendamientos urbanos se recoge en el artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos: «Cualquiera que sea la fecha de la ocupación de viviendas, con o sin mobiliario, y locales de negocio, llegado el día del vencimiento del plazo pactado, éste se prorrogará obligatoriamente para el arrendador y potestativamente para el inquilino o arrendatario, aun cuando un tercero suceda al arrendador en sus derechos y obligaciones. . . »

La situación del régimen de vivienda en arrendamiento en nuestro país, caracterizada por una debilidad y deterioro considerables (20 por 100 de promoción de viviendas en alquiler en 1983, frente a un 50 por 100 en los años cincuenta; 60 viviendas en alquiler por 1.000 habitantes, frente a 170 por 1.000 en Francia y 220 por 1.000 en Italia), se atribuía a esa rigidez de la relación arrendaticia, que derivaba no sólo de la prórroga forzosa y el sistema de concesiones o subrogaciones impuestas al propietario de la vivienda (arts. 58, 59 y 60 de la LAU), sino de la efectiva congelación de rentas en los contratos sin cláusula de actualización. Limitaciones que provocaron una reducción de la oferta de viviendas en alquiler (los propietarios preferían mantener sus pisos cerrados antes que arriesgarse a no recuperarlos en muchísimo tiempo: se calcula que existen 2.000.000 de viviendas vacías) y un alza considerable de los precios de los alquileres (las rentas eran muy elevadas por el escaso número de viviendas en alquiler y por el riesgo que le suponía al propietario alquilar una vivienda o local de negocios).

El artículo 9.º del Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, intenta romper con esta situación, pero lo hace, en nuestra opinión, de forma discriminatoria (al no alcanzar la medida a los contratos anteriores), poco matizada en relación con las situaciones posibles (viviendas libres y viviendas de protección oficial, locales de negocios), con defectos de técnica jurídica (la remisión a la LAU carece, en parte, de sentido) y, sobre todo, de una forma maximalista y quizá socialmente regresiva (no pone límites mínimos al tiempo de duración de los contratos):

- a) Situación discriminatoria de los contratos de arrendamiento anteriores al 9 de mayo de 1985.

Constituye un clamor generalizado de propietarios de viviendas o locales en alquiler, inquilinos, Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana,

especialistas en la materia, etc., la urgente reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

El propio Gobierno, en expresa respuesta al informe parlamentario del Defensor del Pueblo para 1983, anunciaba la existencia de un Anteproyecto de Ley de Arrendamientos Urbanos elaborado por una Comisión Mixta formada por los representantes de los Ministerios de Obras Públicas y Urbanismo y de Justicia, en el que se hacía un tratamiento global del problema de la relación arrendaticia urbana.

Evidentemente, se ha optado por dejar en vía muerta tal reforma global y suprimir el derecho de prórroga forzosa para los nuevos arrendamientos.

Ello supone una discriminación entre estos últimos y los contratos suscritos con anterioridad al 9 de mayo de 1985, fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley que comentamos; los arrendamientos anteriores a esta fecha, y en particular los más antiguos en el tiempo, siguen sometidos a un régimen jurídico excesivamente protector para el inquilino (prórroga forzosa, cesión unilateral y gratuita de la vivienda, posibilidad de subarriendo, congelación efectiva de rentas si no hay cláusula de actualización, etc.). Los arrendamientos posteriores al 9 de mayo de 1985 cambian radicalmente de signo, ya que al eliminar la prórroga forzosa, salvo pacto en contrario, es el interés del propietario o arrendatario quien resulta especialmente protegido.

- b) Efectos del precepto sobre las viviendas y locales libres y las viviendas y locales de protección oficial.

Por otra parte, el artículo 9.º del Real Decreto-ley 2/1985 no efectúa una distinción fundamental: la existente entre viviendas libres arrendadas y las viviendas de protección oficial cedidas en régimen de alquiler. Y como la legislación sobre viviendas de protección oficial en lo no regulado en ella específicamente sobre el régimen de uso en arrendamiento se remite a la Ley de Arrendamientos urbanos, resulta que también en ellas desaparece el derecho del arrendatario a imponer la prórroga forzosa al propietario del Bien arrendado, lo que ciertamente resulta excesivo en un régimen especialmente tuitivo, como es el aplicable a las viviendas de protección oficial.

Asimismo, ha de indicarse que, habida cuenta de la limitación de rentas en las viviendas de protección oficial, así como de la nula incidencia de la autonomía de la voluntad en cuanto a su cuantía y revisión (art. 12 del Real Decreto 3148/1978), carece de sentido el Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, respecto a la incidencia de la supresión de la prórroga sobre el precio de los alquileres de viviendas de protección oficial. En la realidad mucho hay que temer que, por aplicación del artículo 9.º de esta disposición, la resolución de

contratos de arrendamientos de viviendas de protección oficial se producirá no por el razonable interés crematístico del propietario, sino por motivos puramente caprichosos.

- c) Defectos de técnica jurídica (la remisión a la LAU y la utilización de la figura del Decreto-ley).

La tercera observación a efectuar es de carácter meramente técnico. Por una parte, hay serias dudas acerca de si el Real Decreto-ley que comentamos valoró la incidencia de la medida sobre las viviendas de protección oficial. Sobre el particular ya se ha hecho el oportuno comentario. Por otra parte, carece en gran parte de sentido el párrafo segundo del artículo 9.º del Decreto-ley: «Dichos contratos (los celebrados a partir de su entrada en vigor), salvo lo dispuesto en el apartado anterior (no aplicación forzosa del régimen de prórroga establecido en el art. 57 de la LAU), se regulará por las disposiciones vigentes sobre arrendamientos urbanos.» En efecto, si eliminamos el derecho de prórroga forzosa a favor del inquilino, punto nuclear de toda la LAU, quedan parcial o totalmente vacíos de contenido en la práctica los siguientes preceptos de la mencionada Ley: artículos 6.º (irrenunciabilidad de los beneficios a favor del inquilino), 23 a 28 (cesión gratuita de vivienda), 29 a 42 (traspaso de local de negocios), 47 a 55 (derechos de tanteo y retracto del inquilino y del arrendatario de local de negocios) y 57 a 94 (prórroga forzosa, subrogación en caso de fallecimiento del inquilino y del arrendatario de local de negocios, excepciones a la prórroga).

El carácter fundamentalmente protector y tuitivo de la LAU queda, en consecuencia, desdibujado, por lo que, de hecho, los nuevos contratos de arrendamiento sin prórroga forzosa quedan sometidos al Código Civil (arts. 1.542 y sigs.).

- d) Medida socialmente regresiva por su excesiva amplitud.

Para finalizar, la supresión de la prórroga puede calificarse de regresiva desde el punto de vista social, e incluso económico.

En el arrendamiento de viviendas producirá una situación en muchos casos de inseguridad e inestabilidad del hogar, contraria a la protección social, económica y jurídica de la familia, que preceptúa, como deber de los poderes públicos, el artículo 39 de la Constitución. Asimismo, éstos deben promover las condiciones necesarias y establecer las normas pertinentes para hacer efectivo el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda (art. 47 CE). Desde esta perspectiva constitucional hay serias dudas sobre la corrección de la medida adoptada, salvo que, como insinúa el Preámbulo del Real

Decreto-ley, se produzca una reducción de rentas ante el aumento correlativo de la oferta de viviendas y locales en alquiler.

Podría replicarse que los inquilinos pueden pactar contratos de larga duración, pero en este caso, de aceptarlo el arrendador, se corre el riesgo de que si por circunstancias varias el inquilino se ve forzado a resolver anticipadamente el contrato tenga que indemnizar a aquél «con una cantidad equivalente a la renta que corresponda al plazo que, según el contrato, quedare por cumplir» (art. 56 de la LAU).

En los locales de negocios hay que efectuar esta simple pregunta: quien va a iniciar un negocio en local alquilado con obras importantes de mejora o adaptación, si no tiene una cierta estabilidad en la relación arrendaticia o en caso de resolución anticipada por ir mal el negocio, ¿tiene que indemnizar fuertemente al propietario? Asimismo, la capacidad de crédito del arrendatario de local de negocios quedará disminuida ante el hecho jurídico nuevo de la supresión de la prórroga forzosa.

Por todo ello, hubiese sido más prudente que la duración del contrato pudiese prorrogarse a voluntad del inquilino o arrendatario del local de negocios hasta un límite temporal de cinco, diez o quince años. O, por el contrario, establecer unos contratos de corta duración con derecho a la prórroga hasta un límite máximo de tiempo y con limitaciones de renta junto a otros contratos de larga duración, renta libre y derecho del arrendatario a la prórroga forzosa.

En razón de lo expuesto, y considerando el alto número de quejas formuladas ante esta institución en solicitud de una urgente reforma de la LAU, a la vez que le transmitimos a V. E. la decisión adoptada por esta Institución de no interponer recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 9.º del Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, nos permitimos recordarle la necesidad de impulsar la tramitación parlamentaria del Anteproyecto de Ley de Arrendamientos Urbanos, elaborado por una Comisión Mixta de los Ministerios de Obras Públicas y Urbanismo y de Justicia, tal como se menciona en la respuesta del propio Gobierno, efectuada en fecha 15 de enero de 1985 por la Secretaría de Estado para las Relaciones con las Cortes y la Coordinación Legislativa, al informe parlamentario del Defensor del Pueblo para 1983.

Madrid, 19 de julio de 1985.

**Recomendación dirigida a los Ministros de Obras Públicas y Urbanismo y Justicia.**

**Recomendación 20/1985, de 22 de julio, sobre la ordenanza fiscal reguladora de la tasa por estacionamiento vigilado del Ayuntamiento de Madrid.**

*(BOCG. Congreso. Serie E. núm. 4, págs. 180-181).*

Ante esta institución, se ha presentado escrito de fecha 8 de julio de 1985, por el Servicio Contencioso-Administrativo del Excmo. Ayuntamiento de Madrid, siguiendo instrucciones de V.E., a fin de que se pronunciase sobre la validez de la Ordenanza Fiscal, reguladora de la tasa por estacionamiento vigilado, que ha quedado registrado con el número AI/AT/9.963/85.

Con posterioridad esta institución ha solicitado en fecha 10 de julio de 1985, una ampliación de datos que ha sido debidamente cumplimentada por V.E. el 22 de los presentes.

Los datos obrantes en esta institución y cuantos constan en el expediente de aprobación de la Ordenanza de referencia han sido contrastados, asimismo, en una sesión de trabajo celebrada con los representantes de esa Corporación, cuyo espíritu de colaboración y transparencia informativa para con esta Institución hemos de destacar.

Fruto de todo ello son las siguientes consideraciones que remitimos a VE., con base de las sugerencias que asimismo formulamos al Excmo. Ayuntamiento de Madrid que V.E. preside, según lo dispuesto en el art. 28.1 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de Abril, por la que nos regimos.

I.— Delimitación de la cuestión planteada.

1.— El Ayuntamiento de Madrid en su sesión plenaria del día 30 de Mayo de 1980, aprobó la Ordenanza Fiscal reguladora de la tasa por estacionamiento vigilado, con lo que vino a establecerse en distintas zonas de Madrid, el sistema conocido por la O.R.A.

2.— Dicha Ordenanza fue impugnada en su momento ante el mismo Ayuntamiento por Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid,

suscitando sendas consultas a la Dirección General de Administración Local y al Ministerio de Hacienda sobre la cobertura legal de dicha disposición en relación con lo dispuesto en el art. 86 del Real Decreto 3250/76 de 30 de diciembre.

La Dirección General de Administración Local informó favorablemente la legalidad de dicha Ordenanza, al igual que el Ministerio de Hacienda en su resolución del 13 de Octubre de 1980, en la que preciso el alcance de la responsabilidad de la Administración Municipal en los siguientes términos:

“Considerando: Que, la responsabilidad de la Administración Municipal se produce como consecuencia del ejercicio de cualquier función administrativa o de la prestación de un servicio público que causa un daño, que ha sido producido porque el servicio público ha funcionado de modo irregular o anormal, esto es, por impericia, error, negligencia o dolo de los funcionarios o agentes, y se regula por lo prevenido en los arts. 120 a 123 de la Ley de Expropiación Forzosa y 133 a 138 de su Reglamento y, en cuanto no se opongan a ello, en los arts. 405 a 411 de la Ley de Régimen Local y 376 a 384 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Corporaciones Locales, sin que sea una cuestión que debe abordar la Ordenanza Fiscal reguladora de la tasa —como no la abordan las distintas Ordenanzas fiscales reguladora de otras Tasas por prestación de servicios municipales, tales como alcantarillado, recogida domiciliaria de residuos sólidos urbanos, etc., etc., y sin que su presunción expresa sea un requisito indispensable para tipificar el servicio público de vigilancia y, en definitiva, el hecho imponible de la Tasa.”

3.— La Ordenanza entró en vigor, tal como estaba previsto en su disposición final, el 10 de Octubre de 1980, continuándolo en el momento presente.

4.— No obstante y con motivo de la impugnación individual de determinadas sanciones motivadas por la infracción de lo dispuesto en dicha Ordenanza, se pronunció la Sala Primera de la Audiencia Territorial de Madrid en sentencia de 12 de Diciembre de 1984, confirmada, posteriormente por Auto de 27 de Junio de 1985, de la Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, en el sentido de anular dicha sanción, en base a unos fundamentos jurídicos que, si bien no afectan por el momento a la eficacia general de la norma, suscitan, no obstante, determinados puntos de reflexión que es necesario valorar adecuadamente.

Sustancialmente puede entenderse que la cuestión básica a que hace referencia dicha resolución jurisdiccional se reconduce a considerar que no

existe adecuación entre lo dispuesto en dicha Ordenanza municipal en cuanto al cobro de una tasa por aparcamiento vigilado y lo dispuesto en el art. 86 del RD 3250/76, en cuanto a que las excepciones previstas en el mismo han de ser interpretadas con criterios muy “estrictos y rigurosos”, entendiendo que de la literalidad de la norma municipal analizada no se desprende con claridad que se establece un verdadero estacionamiento vigilado, que, en consecuencia, justifique el cobro de una tasa.

5.— Es precisamente esta situación, es decir, la vigencia de una norma sobre la que pende la duda de su perfecta adecuación al ordenamiento jurídico y, no obstante ello, su pervivencia en el mismo y su aplicabilidad general, lo que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 28.2 de la Ley Orgánica por la que se rige el Defensor del Pueblo, obliga a esta institución a analizar en profundidad esta cuestión.

Estudiado con todo detenimiento el expediente administrativo elaborado con motivo de la aprobación de la Ordenanza de referencia, así como la documentación complementaria que ha sido remitida por ese Excmo. Ayuntamiento de Madrid, y el resto de la normativa estatal vigente en la materia, procede formular las siguientes consideraciones a V.E., desde una doble perspectiva, que no debe ignorarse a la hora de sugerir la más adecuada resolución a las cuestiones planteadas.

II.— Consideraciones en cuanto al perfeccionamiento de la Ordenanza Fiscal reguladora de la tasa por estacionamiento vigilado.

1.— Es claro que el principio de autonomía reconocido en el art. 137 de la Constitución, faculta a las corporaciones locales para dictar normas reglamentarias, con el fin de ordenar el tráfico de vehículos y personas en las vías públicas. Facultad que se transforma en obligación, de conformidad con el art. 25.2b) de la Ley 7/85, de 2 de Abril, reguladora de las Bases de Régimen Local.

Asimismo, la potestad reglamentaria para que las corporaciones locales aprueben Ordenanzas Fiscales, reguladoras de sus tributos propios, aparece claramente reconocida en los artículos 142 de nuestra Constitución y 106 de la citada Ley de Bases.

En consecuencia, debe entenderse que el Ayuntamiento de Madrid se halla plenamente legitimado para establecer una tasa por la prestación del servicio de aparcamiento vigilado; medida que se ha revelado de una gran utilidad en todas las grandes ciudades españolas que, agobiadas por el problema del tráfico y la escasez de espacio para el estacionamiento de vehículos en las vías

públicas han acordado aprobar Ordenanzas semejantes a las de ese Ayuntamiento.

No obstante, el ejercicio de esta potestad normativa que tiene por objeto limitar y regular un uso más intenso del dominio público, debe hacerse en términos de claridad inequívoca que eviten a los ciudadanos albergar la duda sobre los términos exactos y alcance de tales limitaciones, al tiempo que supriman esas mismas lagunas que imponen a los tribunales la obligación de pronunciarse a favor del principio de jerarquía normativa, en aplicación estricta del mandato constitucional.

En consecuencia, procede determinar si la Ordenanza, en cuestión, responde a esas exigencias de claridad y precisión, que hemos visto son necesarias en toda norma de esta naturaleza.

A) En cuanto al concepto de estacionamiento vigilado.

Su artículo 2, apartado 1 dispone que:

“Constituye el hecho imponible de la tasa la prestación del servicio público de vigilancia de lunes a viernes, desde las nueve de la mañana a las ocho de la tarde, y el sábado desde las nueve de la mañana a las dos de la tarde, de los vehículos de tracción mecánica de cualquier clase o categoría destinado al servicio público o particular, que aparquen en las vías públicas u otros lugares de superficie que el municipio destine a estacionamiento vigilado.”

El problema fundamental que se plantea, en relación con este precepto radica en que no se especifica en qué consiste ese servicio de vigilancia, ni qué obligaciones contrae el Ayuntamiento al prestarlo. Es decir, no se aclara qué responsabilidades se derivarían para el mismo por los hipotéticos daños sufridos por el vehículo estacionado en zona de aparcamiento vigilado; cuáles serían los límites de esa responsabilidad y qué desecho tendría el ciudadano para reclamar por un mal funcionamiento o un no funcionamiento del servicio. En definitiva, qué contrapartidas obtendría aquél tras el pago de la tasa de estacionamiento vigilado.

En este sentido, conviene recordar que pese a la inexistencia de una normativa específica reguladora del contrato de garaje o aparcamiento de vehículos, la doctrina y la Jurisprudencia han venido delimitando los perfiles de este contrato atípico y han resuelto, de manera clara y reiterada, el problema de la responsabilidad del titular de un aparcamiento por posibles daños o sustracciones de los vehículos estacionados en su local. (Sentencias de la Audiencia Territorial de Bilbao de 11 de Mayo de 1983, de la Audiencia

Territorial de Barcelona de 17 de Junio de 1983, de la Audiencia Territorial de Valencia de 21 de Enero de 1984, y de la Audiencia Territorial de Madrid de 19 de Diciembre de 1984). Así se han sentado los siguientes criterios:

a') El titular del aparcamiento o garaje admite en él la guarda, mediante precio de un vehículo ajeno, sin fijación de lugar o plaza concreto de ocupación y con una duración variable (desde una hora hasta varios días o meses).

b') Sus obligaciones como titular son, de un lado, la de ceder un espacio, prefijado o no y, de otro, la de custodia del vehículo, lo que implica su adecuada vigilancia y cuidado.

c') Debe responder civilmente ante el propietario del vehículo en caso de pérdida o daños en el mismo, sin que quepa extender tal responsabilidad a los objetos que se contengan en su interior.

En consecuencia pudiera entenderse, en una interpretación más matizada en sus consecuencias, que la realizada en su día por el Ministerio de Hacienda, que la obligación del Ayuntamiento de Madrid con respecto al propietario del vehículo estacionado en zona de aparcamiento vigilado, es semejante a la de los titulares de los garajes o aparcamientos, en materia de responsabilidades por daños en los vehículos, puesto que los dos supuestos de hecho son semejantes y existe entre ambos la identidad de razón exigida por el art. 4.1 del Código Civil para que juegue la analogía. De ahí, la necesidad de precisar, en alguna forma, el alcance de la responsabilidad del Ayuntamiento por los daños sufridos en los vehículos estacionados en zonas de aparcamiento vigilado, ya que, de no existir el reconocimiento claro de tal responsabilidad, habría de entenderse que se cobra una tasa no por prestarse un servicio de vigilancia, en sentido propio, sino por la mera ocupación de la vía pública, con lo que se daría el supuesto expresamente prohibido por el art. 86.2 del RD 3250/76.

De otra parte, la Sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid, de la Sala 1.ª de lo Contencioso-Administrativo de fecha 12 de diciembre de 1984, única que hasta el momento ha entrado a examinar verdaderamente el fondo de la cuestión, es decir, se presta o no el servicio de estacionamiento vigilado, que es el que garantiza la perfección de la tasa, se ha pronunciado en este mismo sentido.

“Que por servicio de aparcamiento vigilado se ha de entender el que se presta en lugares especialmente habilitados para ello, no ya lo dice el legislador, el limitado a la simple ocupación de la vía pública, y por personal dedicado a la efectiva vigilancia de vehículos, no pudiendo convertir las calles de las ciudades de dominio público, en objeto de explotación patrimonial para conseguir unos ingresos, más que tasas, en

algunos supuestos es un impuesto; además el art. 20 apartado c) del RD de 30 de diciembre de 1976, prohíbe percibir tasas por los servicios de vigilancia pública general, estando a cargo, entre otros, de la Policía Municipal la vigilancia general de la vía pública, no a cargo de unos empleados de una empresa de servicios, no pudiéndose percibir tasa por vigilancia que el Ayuntamiento preste en las calles de la ciudad que son de dominio público.”

Problemas de muy semejante naturaleza se suscitan, asimismo, en relación con los residentes en la zona de la O.R.A.

El artículo 5.º de la Ordenanza establece una tarifa especial para cada zona del área. Por cada vehículo, una cuota por año natural de 2.200 ptas. y por trimestre anual, de 770 ptas. A los efectos de aplicación de la tarifa especial se otorgará distintivo según el citado artículo a:

a') Las personas físicas con domicilio en la misma zona donde se realice el estacionamiento, entendiéndose por domicilio aquél en que figure empadronado el contribuyente y donde de hecho reside.

b') Las personas físicas que, empadronadas fuera de la provincia de Madrid, acrediten documentalente mediante certificado extendido por el Organismo competente, su residencia temporal dentro del área de estacionamiento vigilado y tengan su domicilio transitoriamente dentro de la zona donde se realice el estacionamiento.

Es decir, se obliga a los residentes en zona de O.R.A. a pagar una determinada cantidad por la expedición de la tarjeta de residente y a los solos efectos del estacionamiento regular del vehículo de su propiedad. Esta obligación no supondría trato discriminatorio alguno, si, efectivamente se encuentra establecido un sistema de vigilancia sobre el aparcamiento en los términos y con los requisitos que han quedado expuestos. De lo contrario, nos encontraríamos ante una tasa por la simple ocupación de la vía pública que gravaría a unos ciudadanos sin que medie justificación objetiva y razonable para este tratamiento diferenciado, dado que el RD 3250/76, no permite el establecimiento de tasas por un uso más intensivo de las vías públicas.

Asimismo, podríamos encontrarnos ante una quiebra del principio de igualdad consagrado en el art. 14 de la Constitución pues por el mero hecho de residir en una determinada zona de la ciudad, integrada en la O .R.A., al propietario de un vehículo que lo estaciona regularmente en la vía pública, se le exige el pago de una tasa, que no ha de abonar otra persona residente en una zona fuera de la O.R.A. y que, igualmente, dispone de un vehículo, que estaciona en idénticas condiciones que el anterior.

Si tenemos en cuenta que el Tribunal Constitucional ha interpuesto la existencia de esta infracción cuando, ante situaciones idénticas se produce un tratamiento diferenciado y no justificado, es fácil comprender la importancia que reviste el que esté perfectamente definido el concepto de estacionamiento vigilado en la norma, por cuanto ello ya supone introducir un factor diferenciado y, además, favorable en sus efectos a los residentes en la zona de la O.R.A.

B) Respecto del personal encargado del servicio de estacionamiento vigilado.

El art. 3 de la Ordenanza, dispone:

“Se devenga la tasa y nace la obligación de contribuir en el momento de estacionar el vehículo sujeto al tributo en los lugares o vías públicas debidamente señalados como zona de estacionamiento vigilado y efectivamente atendidos por el personal del servicio de vigilancia, aunque no medie solicitud del usuario.”

La escueta redacción de este artículo no precisa el significado de la frase “efectivamente atendidos por el personal del servicio de vigilancia”, es decir, en qué consiste esta atención por parte de ese personal, y cuáles son sus obligaciones, aparte de formular las denuncias voluntarias de las infracciones que pudieran cometerse.

Esta precisión se hace aún más necesaria a la vista de la naturaleza de este personal. Efectivamente, estas personas no tienen la condición de agentes de autoridad y tampoco, son funcionarios municipales, sino que son trabajadores de la Empresa Municipal de Transportes. Ello plantea no pocos problemas a la hora de la tramitación de las denuncias por incumplimiento de Ordenanza.

Por último, debe servir para llegar a la conclusión de una necesaria precisión de las funciones de este personal, la atribución que tradicionalmente nuestro derecho realiza en materia de vigilancia y observancia en las Disposiciones sobre Circulación, Transportes y Estacionamiento a favor de la Policía Municipal. (Art. 3 de la Ley 47/59, de 30 de Julio, art. 1 apartado d) Decreto 1666/60 de 21 de Julio, Orden del Ministerio de la Gobernación de 22 de Julio de 1961).

C) Sobre la tramitación de las denuncias.

Como V.E. conoce, en el artículo 280 y siguientes del Código de la Circulación, se regula la tramitación de las denuncias voluntarias por

infracción de circulación. Si bien, el apartado 2 del artículo 283 del Código de la Circulación precisa que las denuncias de carácter obligatorio hacen fe, previa la ratificación del denunciante y salvo prueba en contrario, las voluntarias, en cambio, (como son las realizadas por personal adscrito al servicio de estacionamiento vigilado del Ayuntamiento de Madrid), no se hallan protegidas con tal presunción. Requieren que sus afirmaciones sean debidamente acreditadas excepto si, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 281, apartado d) del citado texto legal, la denuncia se presentase ante los Agentes de Vigilancia del Tráfico y éstos significaran en el correspondiente Boletín, que habían comprobado personalmente la transgresión, por cuanto a esta manifestación ha de dársele igual fuerza que a las hechas en las denuncias obligatorias; doctrina sentada por reiterada Jurisprudencia del Tribunal Supremo (cabe citar entre otras las Sentencias de 15 de marzo de 1977, 14 de marzo de 1980, 4 de febrero de 1981 y 16 de julio de 1982).

Por tanto, en el supuesto de denuncias de carácter voluntario y de conformidad con la reiterada Jurisprudencia, la mera observancia del denunciante es insuficiente para probar la realidad de la infracción, ante una negación del denunciado. Recuérdese que en esta materia de índole cuasipenal (Derecho administrativo sancionador) en caso de duda hay que pronunciarse necesariamente por la resolución más favorable, en aplicación del principio “in dubio pro reo”. Este problema se evitaría en gran medida si la realización del servicio de vigilancia fuese realizado por agentes de la Autoridad o, si legalmente ello fuera posible, el personal adscrito actualmente a este servicio estuviese autorizado para desempeñar funciones de auxiliares de la Policía Municipal.

#### D) Respecto al artículo 9 de la Ordenanza

En su apartado 1.º dispone:

“El Ayuntamiento público, con quince días de antelación como mínimo, a la fecha de comienzo o notificación de la prestación del servicio de estacionamiento vigilado, el área total, las zonas en que se divide y los lugares o vías públicas a que dicho servicio ha de afectar...”.

Un último problema que cabría estudiar es si este plazo al tratarse de una Ordenanza de carácter fiscal habría de entenderse ampliado a tres meses como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 40/81, de 28 de octubre. En efecto, el artículo 18 de la citada Ley dispone:

“Los acuerdos adoptados por las Corporaciones Locales, en materia de imposición y ordenación de tributos propios, así como sus

modificaciones habrán de ser tomados con tres meses de antelación, al menos, del comienzo del ejercicio económico en que hayan de surtir efecto, o de la fecha de implantación de nuevos servicios o ampliación de los existentes...”

### III. Consideraciones en relación al Real Decreto 3250/76, de 30 de diciembre.

La segunda perspectiva desde la que cabe contemplar la cuestión objeto de estudio obliga a considerar el alcance del artículo 86.2 del Real Decreto en relación con las necesidades a que han de hacer frente los grandes municipios en España, en cuanto a la ordenación del tráfico y en especial la utilización y aprovechamiento de un bien de dominio público escaso, como son las vías públicas, en cuanto al estacionamiento de los vehículos.

Efectivamente, las actuales necesidades de ordenación del tráfico en las grandes ciudades han exigido por parte de los ayuntamientos actuantes el buscar nuevas formas de organización, como es el caso de la ordenanza que nos ocupa y de otras similares existentes en otros ayuntamientos.

El artículo 86.2 sólo permite el establecimiento de una tasa por estacionamiento vigilado, servicio que conlleva una gran carga para las administraciones públicas locales, que se ven impelidas a su establecimiento, en cuanto a las posibles responsabilidades derivadas de la prestación de un servicio público de esta naturaleza.

A diferencia de otras legislaciones de distintos países europeos, no se permite el establecimiento de una tasa por una mayor intensidad en el uso de la vía pública, habilitándose para ello distintas fórmulas entre las que se encuentran la utilización de parquímetros, distintivos especiales, etc., es decir, por la simple ocupación de la vía pública en el centro de las ciudades.

Por ello, en la misma línea mantenida por esta institución en la recomendación que dirigió al Ministro de Administración Territorial el día 4 de enero de 1984, sobre cuestiones del Impuesto Municipal de Circulación, sería conveniente estudiar la mejora de la legislación del Estado en este particular, a los efectos de lograr un mejor servicio a los intereses generales, como pudiese ser la existencia de medios eficaces para la ordenación del tráfico en las zonas céntricas de las ciudades.

### IV. Sugerencias que se formulan al Excmo. Ayuntamiento de Madrid.

Por cuanto antecede, realizamos a la Administración que V.E. preside, el amparo de las facultades conferidas por el art. 28 de la Ley Orgánica 3/1981,

de 6 de Abril, reguladora de esta institución, las sugerencias que siguen con el fin de que puedan solventarse en este momento los problemas que la aplicación e interpretación de la Ordenanza Fiscal reguladora de la tasa por estacionamiento vigilado pudieran plantear.

1. Aclaración del hecho imponible contenido en el art. 2.1. de la citada Ordenanza en el sentido de precisar nítidamente que el servicio que se presta es el de estacionamiento vigilado, y que en consecuencia, como contraprestación al pago de la tasa se ejerce una efectiva guarda y custodia del vehículo estacionado, respondiendo por ello la Administración Pública, de los daños ocasionados por una defectuosa prestación de este servicio.

2. Precisión de las funciones realizadas por el personal encargado de la prestación de este servicio en la forma recogida en las consideraciones anteriormente señaladas.

3. Que hasta tanto se solvete el problema que plantea la condición del personal que presta el servicio y la tramitación de las denuncias, al configurarse en este momento como denuncias voluntarias, se proceda por los servicios correspondientes de ese Ayuntamiento a resolver las reclamaciones de conformidad con la referida jurisprudencia del Tribunal Supremo señalada.

4. Ampliación a tres meses del plazo de 15 días contenido en el art. 9 de la citada Ordenanza de conformidad con lo dispuesto en el art. 18 de la Ley 40/81 de 28 de octubre.

Asimismo, ponemos en conocimiento de V.E. que como complemento a la recomendación que esta institución realizó el día 4 de enero de 1984, al Ministerio de Administración Territorial (y que se adjunta) sobre cuestiones relativas al Impuesto Municipal de Circulación, se procederá al estudio del problema planteado con el fin de recomendar al Ministro de Economía y Hacienda se valore la oportunidad de modificar el art. 86 del Real Decreto 3250/76, para hacerlo más acorde con las necesidades actuales de Ordenación de la Circulación de las grandes ciudades y con la legislación comunitaria al respecto.

Madrid, 22 de julio de 1985.

**Recomendación dirigida al Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Madrid.**

**Recomendación 21/1985, de 22 de julio, sobre despidos nulos en el INSS.**

*(BOCG. Congreso. Serie E. núm. 4, págs. 198-199).*

Hemos recibido su escrito del pasado 21 de junio, correspondiente al nuestro de 9 de abril último, por el que admitíamos a trámite, iniciando la oportuna investigación sumaria, la queja 932/85, formulada ante esta institución por doña A. F. P., en nombre y representación del Comité de Empresa de Eventuales de la Tesorería Territorial de la Seguridad Social de Barcelona.

Examinado el contenido de su calendario escrito, analizadas las alegaciones aducidas por los promoventes y valorados cuantos documentos, dictámenes y sentencias obran en expediente, todo ello a la luz de las normas constitucionales y ordinarias de aplicación, sometemos a la recta consideración de V.I. las observaciones que a continuación transcribimos, con carácter previo a lo formulación de la sugerencia, que concluye ésta nuestra comunicación.

1. El Instituto Nacional de la Seguridad Social ha venido utilizando con habitualidad, formas de contratación temporal —de naturaleza laboral o estatutaria, sucesiva y alternativamente combinadas— difícilmente compatibles con la excepcionalidad y temporalidad previstas en el artículo 15.1 .b) del Estatuto de los Trabajadores y Real Decreto 2303/80, de 18 de octubre.

En tales circunstancias, se han ido sucediendo relaciones contractuales que han venido a formalizar relaciones jurídicas únicas sujetas a una misma identidad de sujetos, causa y objeto contractual. Contratos temporales, al amparo del artículo 15.1 del Estatuto han sido sucedidos —con o sin prórroga— por contratos como interinos, con posterioridad alternados por nueva contratación temporal y sucesivamente reemplazados por contrataciones al amparo de los decretos de fomento al empleo —Real Decreto 1363/85, fundamentalmente—, con no poca frecuencia prorrogados hasta su conclusión.

La Jurisdicción Laboral, en numerosos contencioso iniciados a tal respecto, ha estimado de aplicación el principio de que es la objetividad del trabajo la que condiciona la temporalidad del empleo, de suerte que el contrato se presume concertado por tiempo indefinido, incluso en las relaciones formalmente temporales, ya que la temporalidad se transforma en permanente cuando se pacte en fraude de ley. Es decir, cuando se convengan contratos temporales para satisfacer necesidades permanentes de la empresa, con violación del principio de estabilidad en el empleo y con el resultado de que, amparándose en el texto de una norma, se persigue un resultado prohibido o contrario al ordenamiento jurídico.

Consecuentemente con tal apreciación, reiterados fallos judiciales han estimado como indefinida la relación laboral contractualmente temporalizada y declarado nulos o improcedentes los despidos resultantes; condenas que tanto en uno como en otro caso han concluido con el pago de indemnizaciones y salarios de tramitación, ante la negativa del INSS de proceder a la no readmisión de los trabajadores afectados.

2. Formulada queja ante el Defensor del Pueblo, a quien el artículo 54 de la Constitución española encomienda “la defensa de los derechos comprendidos en este Título (Primero)”, el problema estriba no en calificar como temporales o indefinidas las relaciones contractuales cuestionadas —extremos éstos sujetos a la competencia de la Jurisdicción competente—, sino en determinar si la negativa por parte del INSS a readmitir a los trabajadores nula o improcedentemente despedidos y sacar con posterioridad sus vacantes a concurso público, vulnera o no el artículo 35.1 de la Constitución.

Planteada así la cuestión, el problema radica en determinar el alcance y trascendencia del artículo 35.1 de la C .E. con respecto a la negativa por parte del INSS de readmitir a los trabajadores cuya relación indefinida de trabajo ha sido resuelta sin causa, originándose declaraciones bien de nulidad, bien de improcedencia del despido.

La ubicación del artículo 35.1 de la C.E. —Sección 2.<sup>a</sup> del Capítulo 2.<sup>o</sup> del Título I: “Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo”—, determina —vía artículo 53.1—la vinculación de todos los poderes públicos —incluida la Administración— al referido mandato constitucional.

El pretendido carácter programático del derecho al trabajo sólo podrá predicarse de aquellos aspectos o partes de la norma no susceptibles de aplicación inmediata.

En este sentido, el artículo 35.1 de la C.E. no impone al Estado, con respecto a los ciudadanos carentes de empleo, más que un comportamiento tendente a la generación de oportunidades de colocación.

Sin embargo, en lo concerniente a relaciones de empleo ya constituidas, el mencionado precepto admite una proyección de presente de la que dimana el derecho a no ser privado del trabajo sin justa causa.

El Estado deberá, pues, tanto a través de los poderes públicos en que se constituye, como en las relaciones contractuales en que intervenga como empresario, tutelar y respetar el derecho del trabajador a no ser despedido, sin justa causa, del puesto de trabajo que desempeña.

Las Cortes Generales, conscientes de aquel mandato constitucional, reproducido en el artículo 53.1 C .E., han reconocido en el artículo 4.2 .e) del Estatuto de los Trabajadores el derecho a la ocupación efectiva, imponiendo, en los supuestos de despido nulo —artículo 55.4 E.T.—, “el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir”.

En consecuencia, la privación de trabajo al trabajador, cuyo despido ha sido calificado como nulo por resolución judicial firme del orden jurisdiccional social, llevada a cabo por la Administración Pública, entidades tuteladas incluidas, en supuestos en que la existencia del puesto de trabajo viene impuesta por las necesidades de servicio y en que la convivencia laboral no es, en modo alguno, problemática o las características y requisitos propios a la función a desempeñar no lo exijan, puede suponer no sólo un atentado contra el artículo 35.1 de la Constitución, contra la dignidad personal, moral, profesional y social del trabajador, sino también una ilegalidad vulneradora de los artículos 4.2.a) y 55.4 del Estatuto de los Trabajadores.

Por todo cuanto antecede, el Defensor del Pueblo, en el ejercicio de las responsabilidades conferidas por los artículos 54 de la Constitución y 30.1 de su Ley orgánica reguladora, viene a sugerir a V.E., al amparo de los preceptos constitucionales y ordinarios mencionados y en la línea de las recomendaciones incluidas en sus informes anuales a las Cortes Generales sobre la materia:

a). Se valore la necesidad de estimar, supuesta la pervivencia del puesto de trabajo, la readmisión del trabajador, en aquellos supuestos de relaciones laborales indefinidas, terminadas por despidos que han sido declarados nulos por sentencia firme.

b). En aquellos casos en los que la relación laboral hubiera sido estimada como indefinida por la jurisdicción laboral y su despido declarado improcedente por resolución judicial y firme, se considere la conveniencia de proceder a la readmisión de los trabajadores, siempre que tanto la convivencia laboral como las necesidades de servicio así lo aconsejen.

c). Finalmente, sugerimos también se tenga presente la necesidad de que la futura cobertura de vacantes se lleve a cabo con la mayor fidelidad a la legislación aplicable, habilitando, en la medida que las disponibilidades financieras así lo permitan, la plantilla de personal que las necesidades permanentes del servicio requieran.

Madrid, 22 de julio de 1985.

**Recomendación dirigida al Director General del Instituto Nacional de la Seguridad Social.**

**Recomendación 22/1985, de 24 de julio, sobre la aplicación de la Ley 1/1985, de 23 de enero, de la Asamblea de Madrid, reguladora del Parque Regional de la Cuenca Alta del Manzanares.**

*(BOCG. Congreso. Serie E. núm. 4, págs. 301-302).*

En cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 17.1 y 18.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que se rige esta institución, cúmpleme notificar a V.E. que mediante escrito de 30 de abril de 1985 (inscrito en nuestro registro con el núm. 6.189/1985 compareció ante nosotros una comisión encabezada por don F. B. A., en su condición de Presidente de la Asociación de Afectados por la Ley 1/1985, de 23 de enero, de esa Comunidad Autónoma, reguladora del «Parque Regional de la Cuenca Alta del Manzanares» (en lo sucesivo citada como LCAM 1/1985), solicitando que contra la misma fuera interpuesto recurso de inconstitucionalidad por «estimar que infringe alguno de los derechos fundamentales a que se refiere el Título primero de la Constitución».

Esa solicitud fue debidamente estudiada por imperativo del artículo 15 de la invocada Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, y, tras la tramitación pertinente en la Junta de Coordinación y Régimen Interior de esta institución, se emitió el preceptivo dictamen que establece el artículo 18.1 .b) de nuestro Reglamento de Organización y Funcionamiento (aprobado por las Mesas del Congreso y del Senado en su reunión conjunta de 6 de abril de 1983) y se decidió, con pleno respeto a cualquier otra opinión diferente, no hacer uso de la legitimación activa para la interposición del pretendido recurso de inconstitucionalidad, sin mengua de lo que en su momento resuelva el Tribunal Constitucional, que conoce el problema planteado por el ejercicio de dicho recurso por el número suficiente de diputados y senadores de un grupo parlamentario, a quienes también compete la expresada legitimación activa, y sin perjuicio igualmente de los demás procedimientos de defensa de derechos humanos fundamentales que establece nuestro ordenamiento jurídico vigente.

Para adoptar ese acuerdo, la Junta de Coordinación y Régimen Interior de esta institución se ha basado en las siguientes consideraciones.

## I. EVALUACION DE LA LCAM 1/1985 EN RELACION CON LOS PRECEPTOS CONSTITUCIONALES

### 1. Consideraciones previas.

1.1. La LCAM 1/1985 se sitúa en la línea de las normas legales promulgadas durante los últimos decenios, especialmente la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación urbana (textos refundidos por el Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, citada en lo sucesivo como Ley del Suelo) y la Ley 15/1975, sobre «Espacios Naturales Protegidos» (en lo sucesivo, Ley de Espacios Naturales), a las que hay que añadir, de época más reciente, la Ley 91/1978, de 28 de diciembre, reguladora del Parque Nacional de Doñana, semejante a otras leyes de actualización del régimen jurídico de diversos Parques Regionales.

Es especialmente de notar que ninguna de estas normas legales fue objeto de impugnación ante el Tribunal Constitucional en el plazo de los tres meses previstos en la Disposición Transitoria segunda de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, reguladora de ese Alto Tribunal, plazo que venció el día 15 de octubre de 1980, anterior, por consiguiente, a la iniciación de las actividades de esta institución del Defensor del Pueblo (2 de enero de 1983), y que tampoco se tiene noticia de haberse planteado «cuestión de inconstitucionalidad sobrevenida» respecto de las mismas por los órganos de la Administración de Justicia ordinaria, a quienes compete esa facultad, según el artículo 35 de la expresada Ley Orgánica 2/1979 y de una reiterada Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

1.2. Por otra parte, nuestra Junta de Coordinación ha tenido en cuenta las normas sobre transferencias de competencias en materia de legislación civil, urbanística y ecológica desde la Administración General del Estado a las comunidades autónomas, con base a lo prevenido en los artículos 148.1.3.a y 149.1.8.a y 23.a de la Constitución.

En el caso objeto de análisis es patente que la Comunidad Autónoma de Madrid tiene reconocidas funciones legislativas, reglamentarias y de ejecución en materia de ordenación del territorio y urbanismo y está también facultada para establecer normas adicionales de protección sobre el medio ambiente, todo ello según lo previsto en los artículos 26.10 y 27.1 de su Estatuto de Autonomía, aprobado por la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero. La expresada atribución de competencias se concretó aún más con la publicación del Real Decreto 1992/1983, de 20 de Julio, relativo a esos trasposos de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Madrid en las referidas materias de ordenación del territorio, urbanismo, vivienda y normas adicionales de medio ambiente.

Por ello, la LCAM 1/1985 ha de ser analizada en el marco de las predichas normas, aunque siempre dentro de los límites y cumpliendo los requisitos preceptuados en la legislación básica del Estado, como se desprende del tenor literal y del espíritu de los invocados preceptos constitucionales, sin olvidar que el Tribunal Constitucional, principalmente en la sentencia de 4 de octubre de 1982, ha declarado que dichas normas básicas estatales en esa materia se contienen en la legislación preconstitucional, es decir, en lo que al presente caso conciernen la invocada Ley del Suelo de 1976, la Ley de Espacios Naturales Protegidos de 1975 y, por analogía, la Ley 91/1978, reguladora del Parque Nacional de Doñana, entre otras.

2. La LCAM 1/1985 y el respeto al derecho fundamental de la propiedad privada con función social, que garantiza el artículo 33 de la Constitución.

Aquí radica ciertamente uno de los aspectos más complejos y delicados de la Ley objeto de análisis, desde el momento en que ésta incide de manera notoria en la situación jurídica de las fincas de diversa índole incluidas en el «Parque Regional de la Cuenca del Manzanares».

En efecto, y con referencia a ellas, la LCAM 1/1985 establece un régimen jurídico especial, aunque la explícita y, sin duda, legítima finalidad de garantizar la conservación de dicho espacio geográfico como patrimonio natural dotado de altos valores agrarios, paisajísticos y culturales, en interés general y beneficio de toda la población de la Comunidad Autónoma de Madrid y para garantizar su transmisión a futuras generaciones en el espíritu que revela el artículo 45 de la Constitución.

2.1. Dicho régimen jurídico especial se concreta en los siguientes principales aspectos:

a) Se califican de utilidad pública los terrenos incluidos en el ámbito de la Ley a efectos expropiatorios, y se conocen derechos de tanteo y retracto a favor de la Comunidad de Madrid en todas las transmisiones de bienes y derechos relativos a dichos terrenos (art. 3.1 y 2).

b) Se prevé la elaboración de un Plan Rector de Uso y Gestión, que incluirá las directrices generales de ordenación y uso del ámbito ordenado (art. 11), y a base del cual se irán realizando ulteriores determinaciones para una o varias de las zonas en que se divide el territorio afectado, a cuyo efecto se dictarán las pertinentes Ordenanzas de uso (art. 12).

c) Ya en la misma Ley se establece una distribución en siete zonas, algunas de ellas clasificadas como «suelo no urbanizable especialmente protegido»

(art. 13.2), otras con importantes limitaciones o prohibiciones (arts. 17 a 21), y con matices específicos, incluso en las zonas denominadas de transición y en las calificadas «a ordenar por el planeamiento urbanístico», se introducen importantes condicionamientos y cargas.

Sobre esa base, los reclamantes estiman que tales preceptos quebrantan el respeto al derecho fundamental de propiedad privada con función social, garantizado en el predicho artículo 33 de la Constitución democrática de 1978, y a nivel infraconstitucional, por el artículo 348 del vigente Código Civil.

Esta opinión es indudablemente digna de respeto y tiene apoyos en importantes comentarios, aunque otra parte de la doctrina científica acentúa más fuertemente el aspecto de la prioridad del interés general, y, en suma, habrá de definirse sobre ello el Tribunal Constitucional cuando resuelva el recurso ante él presentado por otras personas con legitimación activa para ello.

2.2. Sin embargo, la Junta de Coordinación y Régimen Interior de esta institución, no sin respetar, como ya se ha dicho, los criterios discrepantes en esta materia, estimó que no era patente la inconstitucionalidad de los citados preceptos de la LCAM 1/1985, independientemente de la tutela que merezcan los «derechos adquiridos» en vía contencioso-administrativa.

Para adoptar este acuerdo se tuvieron en cuenta las siguientes consideraciones:

a) Aunque es patente que el artículo 348 del Código Civil define la propiedad como «derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes», no es menos notorio que admite esas limitaciones siempre que se establezcan en normas legales. Desde que el Código Civil fue promulgado hasta nuestros días se fue acentuando —en la doctrina científica y en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo— una interpretación armonizadora de ese derecho personal y su inescindible función social, legitimándose así crecientes condicionamientos, cargas y limitaciones, que cristalizaron en numerosas normas legales.

En lo que más directamente concierne al caso planteado por la LCAM 1/1985 importa recordar que, al promulgarse en España nuevas normas de Derecho urbanístico, y especialmente la Ley del Suelo de 1956, relevantes tratadistas en materia jurídico-administrativa pusieron de relieve que se trataba de la cristalización legal de una profunda evolución socioeconómica, con evidente incidencia en el concepto tradicional del derecho de propiedad, no hasta el punto de alterar sustancialmente la definición genérica del mismo contenida en el artículo 348 del Código Civil, pero sí en el de sustituir la regulación jurídica del contenido de ese derecho cuando recae sobre un bien

inmueble, tierra o suelo (art. 350 del mismo Código) por otra nueva regulación material en consonancia con la especial estructura de la ordenación urbanística.

Ese criterio es patente en el artículo 76 de dicha Ley del Suelo (texto refundido de 1976, que sigue vigente), según el cual «las facultades del derecho de propiedad se ejercerán dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en esta Ley o, en virtud de la misma, por los Planes de Ordenación, con arreglo a la clasificación urbanística de los predios».

De ello se desprende que esa nueva ordenación jurídica ha asumido la ordenación urbanística como función pública y ha elevado a ese plano lo que el artículo 350 del Código Civil establecía en el plano del Derecho privado.

A esa misma técnica jurídico-pública responde la LCAM 1/1985, aunque acentuando ciertamente las limitaciones y las cargas, lo que en sí mismo no es inconstitucional, siempre que se respete el «contenido esencial» del derecho de propiedad y se otorguen las compensaciones económicas o indemnizaciones pertinentes con arreglo a la legislación básica del Estado, como luego se subraya.

b) Análogo criterio inspira el citado artículo 33 de la Constitución, que incluye el derecho de propiedad privada en su Título primero (sobre derechos y deberes fundamentales de los españoles), aunque no le otorgue la protección jurisdiccional reforzada del recurso de amparo, según el artículo 53.2 de la Constitución, ni lo inserte en la Sección primera del Capítulo I de dicho Título, sino en la Sección 2.<sup>a</sup> además de subrayar (art. 33.2) su función social, que «delimitará su contenido de acuerdo con las leyes».

De ello se infiere que el derecho de propiedad privada es ciertamente un derecho fundamental, pero que la función social del mismo legitima determinadas limitaciones, cargas y obligaciones siempre que se produzcan en virtud de normas legales y que se respete el «contenido esencial del derecho», según categóricamente determina el artículo 53.1 del texto constitucional.

En consecuencia, la protección del derecho de propiedad privada con función social no se realizará, según nuestro ordenamiento jurídico-constitucional, por la vía de los recursos de amparo (que sólo afectan a los derechos tipificados entre los arts. 14 y 30, ambos inclusive, de nuestra Norma Suprema), sino por vía de la Administración de Justicia ordinaria (art. 53.1), con invocación, si procediere, del artículo 24 de la Constitución, a tenor de lo que previene la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, sobre protección de ciertos derechos fundamentales de la persona, y la Disposición Adicional de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, reguladora del Tribunal Constitucional, aparte de que en cualquier procedimiento contencioso-administrativo cabe

plantar la «cuestión de inconstitucionalidad» (según los arts. 35 y siguientes de esa misma Ley Orgánica).

c) Por otra parte, las limitaciones y otras cargas que la LCAM 1/1985 impone a los propietarios del suelo que resulten afectados son congruentes en sí mismas con lo que determina el artículo 45.2 de la Constitución, que «confía a los poderes públicos velar por la utilización racional de los recursos naturales», y con el artículo 128.1.c) y e), según el cual «toda la riqueza del país en sus distintas formas, y sea cual fuere su titularidad, está subordinada al interés general».

d) Sin embargo, es obvio que una norma como la LCAM 1/1985, dimanante del órgano legislativo de una comunidad autónoma, debe respetar lo determinado en las leyes básicas del Estado, tanto en materia de propiedad regulada por la legislación civil estatal (artículo 149.1.8.a de la Constitución) cuanto en lo relativo a la protección del medio ambiente y utilización de montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias (art. 149.1.23.<sup>a</sup>), y no es menos indudable que siguen vigentes, como ya se ha dicho, la Ley del Suelo (en su versión de 1976) y la Ley de Espacios Naturales Protegidos de 1975. La primera de ellas prevé (en su art. 13) que los Planes Parciales de Ordenación pueden contener importantes determinaciones limitativas del uso de la propiedad, y la segunda de dichas normas legales determina también condicionamientos y limitaciones importantes, aunque se garantizan equitativas compensaciones económicas en determinados supuestos.

e) En resumen, no se estima alegable con suficiente fundamento la inconstitucionalidad de esos preceptos de la LCAM 1/1985 que afectan al ejercicio del derecho de propiedad privada en unas u otras de sus dimensiones, siempre que se respete el contenido esencial del mismo, como resulta del ya invocado artículo 53.1 de la Constitución y de abundante Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (*ad exemplum*, sentencias 11, 33 y 42 de 1981; 70, 80 y 81 de 1982; 3, 7, 35, 62 y 77 de 1983, y 93 de 1984, entre otras), lo que ha de ser tenido muy en cuenta cuando se desarrolle reglamentariamente y se haga uso de lo dispuesto en el artículo 3.4 de la LCAM 1/1985.

2.3 Atención especial merece igualmente el tema ya indicado de manera incidental de las posibles indemnizaciones a los afectados por la LCAM 1/1985.

La cuestión es de indiscutible alcance, puesto que el artículo 33.3 de la Constitución establece categóricamente que «nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes».

Desde esta perspectiva entra otra vez en juego el concepto de «contenido esencial del derecho» a la hora de su tutela o protección judicial, según resulta del tan reiterado artículo 53.1 de la Constitución y de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional anteriormente indicada.

A la luz de esos principios y preceptos del ordenamiento jurídico-constitucional habrá de producirse, sin duda, el desarrollo y la aplicación de la LCAM 1/1985, especialmente en lo que concierne a las Zonas A1, A2, B1, B2, B3, y T, descritas en el artículo 13.2 de dicha norma legal como «suelo no urbanizable especialmente protegido», siempre que las limitaciones que impone el artículo 4.º afecten al contenido esencial del derecho de propiedad, pues entonces deben ser objeto de indemnización equitativa, como incluso establece la vigente Ley estatal del Suelo en su artículo 87.

Con ese mismo criterio ha de ser interpretado el artículo 3.3 y 4 de la LCAM 1/1985 en su referencia a la «utilización tradicional y consolidada de los predios». Es obvio que el Plan Rector de Uso y Gestión a que la Ley se refiere, cuando imponga vínculos no compatibles con lo que venía siendo dicha utilización tradicional y consolidada de los terrenos, deberá establecer una indemnización.

Similarmente, si se estima necesaria la expropiación de un bien, debe realizarse con arreglo a la vigente Ley de Expropiación Forzosa, que es de competencia exclusiva del Estado, según consagra el artículo 148.1.8.a 23.a de la Constitución.

Dado que la LCAM 1/1985 se enmarca en el contexto de todas esas normas y su desarrollo habrá de ser congruente con ellas, no se estima que en sí misma resulte inconstitucional, aunque contenga amplias y graves limitaciones al ejercicio del derecho de la propiedad privada por su función social, pero sin excluir las compensaciones económicas o indemnizaciones que la legislación básica del Estado determina.

A esa luz han de ser cuidadosamente evaluadas las cargas y limitaciones contenidas principalmente en los siguientes puntos de la LCAM 1/1985:

a) En las Zonas de Reserva Natural, respecto a actividades extractivas y de cantería, areneros, etc., y la práctica de la caza (art. 14.2 de la LCAM 1/1985).

b) En las Zonas de Reserva Natural Integral, la realización de edificaciones y construcciones de todo tipo, ya sean de carácter provisional o permanente, con excepción de las obras de conservación de las ya existentes (art. 15.2).

c) En las Zonas de Reserva Natural Educativa, la realización de nuevas edificaciones de carácter permanente, salvo autorización expresa del Patronato (artículo 16.2).

d) En las Zonas del Parque Comarcal Agropecuario, la prohibición de actividades extractivas, cantería, areneros, etc. (art. 17.4).

e) En las Zonas del Area de Transición, la única autorización de actividades o instalaciones deportivas recreativas y culturales compatibles con la función de protección, que constituye la finalidad primordial del Area (art. 21).

Una interpretación literal o expansiva de estos textos llevaría a deducir que los derechos de propiedad sobre tales zonas quedan gravemente afectados y se produciría una discordancia con lo prevenido en los artículos 85.2, 86.1 y 87.3 de la Ley del Suelo, entre otros, que sigue siendo Ley básica estatal de aplicación ineludible.

Incluso respecto al tema de la caza en determinadas zonas (verbigracia, art. 14.2 de la LCAM 1/1985), la doctrina científica prevalente en materia jurídico-administrativa ha considerado que las restricciones en esta materia implican una justificable técnica regaliana, que supone la eliminación de la virtual titularidad privada, para concentrarla en la Administración, pero sin que ello obste al otorgamiento de concesiones de derechos cinegéticos o particulares (cotos de caza, etc.), y en ese caso, si tales concesiones estuvieran otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor de la LCAM 1/1985, en la Zona del Parque en que ahora se prohíbe la caza podrían plantearse exigencias indemnizatorias de los particulares afectados.

Ahora bien, hay que insistir en que únicamente serían inconstitucionales tales limitaciones o cargas en la medida en que en su desarrollo y aplicación realmente afectaran al contenido esencial del derecho de propiedad, en cuyo caso deberían ser compensadas económicamente, a la luz de lo dispuesto en el artículo 33.3 de la Constitución y en las demás normas básicas del Estado que continúan vigentes.

En apoyo de este criterio puede invocarse también la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, precisamente en lo que concierne a las relaciones entre las comunidades autónomas y la legislación básica del Estado.

En efecto, según la sentencia 69/1982, de 23 de noviembre, «no existiendo una específica legislación básica estatal y postconstitucional sobre protección del medio ambiente, es obligado buscar tales normas básicas en las leyes estatales preconstitucionales, y en concreto en la Ley 15/1975, de 2 de mayo,

sobre espacios naturales protegidos, y eventualmente en su Reglamento, publicado por Decreto de 4 de marzo de 1977».

Análoga orientación jurisprudencial se desprende de las sentencias 69/1982, de 23 de noviembre, y 82/1982, de 21 de diciembre, dictadas en recursos de inconstitucionalidad promovidos por el Presidente del Gobierno contra las Leyes del Parlamento de Cataluña 2/1982, de 3 de marzo, de protección de la zona volcánica de la Garrotxa, y 6/1982, de 6 de mayo, sobre declaración como paraje de interés nacional del Macizo de Pedraforca (Berdegué).

En todos estos casos se refrendan las facultades de las comunidades autónomas en materia de protección del medio ambiente, pero siempre, repetimos, dentro del respeto a lo establecido en las leyes preconstitucionales sobre esta materia, que esencialmente siguen siendo la Ley del Régimen del Suelo, en su texto refundido de 1976, y la Ley de Espacios Naturales Protegidos de 2 de mayo de 1975.

No se aprecia, pues, inconstitucionalidad en los preceptos de la LCAM 1/1985 analizados, siempre que se interpreten en plena consonancia con los requisitos, limitaciones y compensaciones que las expresadas Leyes básicas del Estado tienen establecidos, entre ellos el derecho a la indemnización de los propietarios cuando el contenido esencial de su derecho quede afectado por alguna de las normas de desarrollo reglamentario o alguno de los actos de aplicación individualizada de la Ley autonómica de que se trata.

3. En torno a la posible incidencia de la LCAM 1/1985 sobre el principio de autonomía local, consagrado en el artículo 140 de la Constitución.

Alegado por los reclamantes que la Ley objeto de análisis quebranta ese principio constitucional de respeto a la autonomía de los entes locales, ha de notarse, sin perjuicio de cualquier otra opinión mejor fundada, lo siguiente:

- a) Desde el punto de vista histórico-jurídico es un hecho que con anterioridad a la Ley del Suelo de 1956 todo lo relativo a la ordenación urbanística era de competencia municipal.

Sin embargo, dicha Ley otorgó al Estado «la ordenación urbanística de todo el territorio nacional», limitando así las competencias municipales desde el momento en que la autoridad estatal se reservaba la aprobación definitiva de todos los planes.

b) La reforma de dicha Ley del Suelo en 1976 mantuvo esa tendencia tutelar de la actitud municipal por el Estado y refrendó la aprobación definitiva estatal de los planes y la vigilancia de la disciplina urbanística (arts. 35 y siguientes de la Ley del Suelo).

c) Es igualmente notorio que la Constitución de 1978 ha incidido profundamente en esa regulación legislativa con arreglo a lo dispuesto en sus artículos 148 y 149, donde el urbanismo es materia que puede ser asumida por las comunidades autónomas (artículo 148.1.3.ª) como también determinados aspectos de la protección del medio ambiente, ya que las comunidades autónomas pueden establecer normas adicionales de protección (art. 149.1.23.ª)

d) Ahora bien, esa distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas concierne a las facultades que el Estado tenía atribuidas según la precedente legislación, sin que se haya visto afectada la situación de los Ayuntamientos en materia urbanística y de medio ambiente, salvo que en tales materias la competencia legal ha pasado del Estado a las comunidades autónomas en la medida que acaba de expresarse.

En este aspecto no se estima que lo prevenido en la LCAM 1/1985 afecte al principio constitucional de la autonomía municipal, siempre que se respeten los expresados preceptos constitucionales y lo determinado en los estatutos de cada comunidad autónoma.

## II. CUESTIONES CONCERNIENTES AL DESARROLLO REGLAMENTARIO Y A LOS ACTOS DE APLICACION DE LA LCAM 1/1985

De todo lo expuesto se infiere que esta institución no ha considerado pertinente, por las razones expuestas, ejercitar la legitimación activa que le está atribuida e interponer recurso de inconstitucionalidad contra la LCAM 1/1985, pero que se considera en el deber de mantener contacto con los órganos rectores de la Comunidad autónoma (en uso de las facultades que le están conferidas por los artículos 28 y 30 de la ya invocada Ley 3/1981, de 6 de abril, por la que se rige) para someter a su evaluación determinadas cuestiones a la luz de los principios de seguridad jurídica, legalidad e irretroactividad de las normas, en la medida en que afecten al contenido esencial de derechos fundamentales, como el derecho de propiedad dentro de su función social, y a los problemas jurídicos de protección del medio ambiente, consagrados todos ellos en nuestra Constitución y en la legislación básica del Estado.

La correcta interpretación de esos principios constitucionales no sólo evitará infracciones del ordenamiento jurídico vigente, sino que, además,

contribuirá al perfeccionamiento técnico de las normas reglamentarias de desarrollo que la propia LCAM 1/1985 prevé, especialmente en los siguientes aspectos:

a) Clarificación sobre la índole consultiva o decisoria de los futuros dictámenes del Patronato del Parque Regional de la Cuenca Alta del Manzanares (art. 7.º de la norma legal), así como los recursos pertinentes que puedan entablar las personas afectadas con arreglo al ordenamiento jurídico vigente.

En efecto, en dicho precepto el Patronato se describe como «órgano de carácter consultivo adscrito a la Consejería de Agricultura y Ganadería y que deberá colaborar con ella en la aplicación de esta Ley, prestándole el asesoramiento necesario, y correspondiéndole, según el artículo 9.º, la facultad de informar preceptivamente sobre cualquier clase de actuaciones, trabajos, obras, aprovechamiento, etc., que se pretendan realizar en el ámbito de la Ley. Sin embargo, en otros preceptos de la misma se condicionan determinadas actividades a la «expresa autorización» del Patronato (verbigracia, arts. 14.2.a), b), d), e), h), i) y j); 14.3a); 15.c); 16.2; 17.3...)

Pudiera apreciarse aquí una antinomia jurídica que, unida a la indeterminación del carácter vinculante o no vinculante de los informes preceptivos del Patronato, puede originar inseguridad jurídica, que importa corregir en el desarrollo reglamentario de la Ley.

b) Alcance de las limitaciones al derecho de propiedad con función social que establece la LCAM 1/1985, en la medida en que afecten al contenido esencial en relación con el artículo 33.3 y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y, en consecuencia, las indemnizaciones o compensaciones económicas, teniendo igualmente en cuenta lo que prescriben las leyes básicas del contenido esencial del Estado sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1976, Ley de Espacios Naturales Protegidos de 1975 y la Ley de Expropiación Forzosa de 1954.

c) Contenido y orientaciones normativas del futuro Plan Rector de Uso y Gestión, así como las Ordenanzas de Uso a que se refiere el artículo 3.º de la LCAM 1/1985, para su plena conformidad con lo dispuesto no sólo en esta misma Ley, sino también en las reiteradamente señaladas normas legales del Estado.

d) Puesta en práctica del silencio administrativo en lo que concierne a la concesión de las autorizaciones de uso y aprovechamiento de los terrenos emplazados en el Parque Regional a que la LCAM 1/1985 se refiere, por analogía con lo prevenido en el artículo 178.3 de la Ley del Suelo y

Ordenación Urbana y el Capítulo 5.1 del Reglamento de Disciplina Urbanística (Real Decreto 2 187/1972, de 23 de junio).

Sería justo emplear esa técnica, máxime cuando la LCAM 1/1985 establece un estricto sistema de intervención administrativa o de control preventivo sobre cualquiera de las actuaciones de los afectados [art. 9.c)] y, además, prevé diversas aprobaciones particularizadas respecto a las Zonas de Reserva Natural (art. 14).

Se explica ciertamente que la LCAM 1/1985 trate de ejercitar una fiscalización previa de la actividad que se realice en la Zona del Parque, para que no atente contra los intereses públicos ni infrinja las normas legales reglamentarias que rigen ese espacio geográfico. Ahora bien, dada la extensión del mismo y la densidad de la población en varias de sus zonas, se aprecia una diferencia sustancial respecto a otros parques nacionales o espacios naturales protegidos en España en zonas escasamente pobladas, y por ello sería equitativo que se utilizara dicha técnica jurídico-administrativa del silencio administrativo positivo, preconizada por eminentes juristas, al glosar el artículo 95 de la vigente Ley de Procedimiento Administrativo, y que se recoge precisamente en el invocado artículo 178.3 de la Ley del Suelo y en su Reglamento, aunque con las cautelas y actualizaciones convenientes.

e) Finalmente, importa también precisar ciertos aspectos del Plan Rector de Uso y Gestión (art. 11 de la LCAM 1/1985), que indudablemente constituye el instrumento básico para la ordenación del territorio y objetivo primordial de esta norma legal. Dicho plan vinculará todas las utilizaciones de los titulares de derechos en el Parque, y por ello es necesario que en el desarrollo reglamentario se enuncien con la mayor concreción posible los usos posibles del suelo y «no solamente las directrices generales de ordenación y uso del ámbito ordenado», como indica dicho artículo 11.1 de la LCAM 1/1985.

Por fidelidad al artículo 9.3 de la Constitución hay que evitar cualquier excesiva generalidad en esta materia y, en consecuencia, de las facultades discrecionales de los órganos administrativos. En este sentido es importante la doctrina jurisprudencial sentada por la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1980 respecto al Parque Nacional de Doñana, inspirada por el valor de la seguridad jurídica que consagra dicho artículo 9.3 de la Constitución.

Por todo lo expuesto, esta institución confía en una objetiva consideración de las cuestiones que la LCAM 1/1985 suscita, no sólo para contribuir a su perfeccionamiento técnico y jurídico, sino también para que en el desarrollo reglamentario de la misma se consiga una plena congruencia con los preceptos constitucionales en lo que concierne a la eficaz tutela del contenido esencial de

los derechos fundamentales de los ciudadanos, que caracterizan el Estado social y democrático de Derecho tipificado por nuestra Constitución.

En espera de poder profundizar, en contacto con los órganos rectores de esa Comunidad Autónoma, la evaluación de las cuestiones indicadas, y agradeciendo en todo caso a V. E. su atenta respuesta, le saluda cordialmente.

Madrid, 24 de julio de 1985.

**Recomendación dirigida al Presidente de la Comunidad Autónoma de Madrid.**

**Recomendación 23/1985, de 2 de agosto, sobre interpretación del artículo 122 del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial.**

*(BOCG. Congreso. Serie E. núm. 4, pág. 295).*

En relación al problema planteado a esta institución por don A. H. H., en representación de la Asociación de Afectados de la Colonia del Ahorro Ciudad de los Angeles, Madrid y por don M. R. S., ese Departamento Ministerial, en informe de fecha 31 de julio de 1984 manifiesta, en síntesis, la siguiente opinión sobre el asunto debatido:

- A. El art. 122 del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial (R.V.P.O.) de 1968 debe interpretarse en el sentido de que “el aumento de renta equivale a la cuarta parte del experimentado por el módulo con respecto al inmediato precedente, y que este porcentaje de aumento se aplica sobre la última renta”.
- B. “La posible modificación de la normativa es un tema transferido, cuya iniciativa no corresponde a este Departamento”.

Por otra parte, el Gobierno de la Nación, en respuesta, de fecha 25 de enero de 1985, al informe de 1983 presentado por el Defensor del Pueblo a las Cortes Generales, reitera esencialmente la posición anterior, afirmando asimismo, que “conviene recordar que la competencia en esta materia corresponde a las Comunidades Autónomas”.

Ante la actitud expresada por la Administración del Estado, esta institución, una vez evaluadas con detenimiento y prudencia las implicaciones jurídicas y de oportunidad del tema planteado se siente en el deber de manifestar a VE. la necesidad, por razones de justicia, de que se dicte la oportuna norma reglamentaria que, de acuerdo con la interpretación mantenida tradicionalmente por ese Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, aclare, sin ningún género de dudas, el mencionado art. 122 del R.V.P.O., aprobado por Decreto 2114/1968, de 24 de julio, y que sigue en vigor.

Las razones que fundamentan la sugerencia formulada son las siguientes:

- A. El precepto cuya modificación o aclaración reglamentaria se solicita, es objeto de interpretaciones contrapuestas. Su sentido literal podría conducir a resultados antisociales y contrarios al espíritu de la legislación de las Viviendas de Protección Oficial. Su interpretación teleológica choca con el sentido propio de las palabras que lo expresan. La posibilidad racional de uno u otro criterio interpretativo convierte al precepto en eventual causa de conflictos jurídicos entre las partes unidas por una relación arrendaticia que tenga por objeto una vivienda de protección oficial. Acabar con situación tan ambigua es contribuir, desde la perspectiva de la función pacificadora del Derecho, ejercida a través del poder reglamentario de la Administración del Estado, a la reducción incluso eliminación de situaciones contenciosas.
- B. Dicho precepto produce interpretaciones contrapuestas, y es semillero de pleitos ante los tribunales de Justicia, lo demuestran, entre otros datos, los siguientes:
- El Ministerio de Obras Públicas (MOPU) da una interpretación favorable al arrendatario (Circular 7/83, de 24 de enero, de la Dirección General del Instituto para la Promoción Pública de la Vivienda (I.P.P.V.).
  - La Generalidad de Cataluña, por el contrario, aplica una interpretación literal del precepto, con resultados radicalmente distintos a los derivados de la posición de ese Departamento (Circular. 4/82 de 30 de junio, de la Dirección General d'Habitatge).
  - En numerosos procesos de cognición sustanciados en Madrid en los últimos tiempos, la tesis del Ministerio de Obras Públicas es aceptada. Recurridas las correspondientes sentencias ante la Audiencia Provincial, una parte considerable de ellas es objeto de modificación en el sentido de aceptar la tesis favorable a los arrendadores.
- C. Finalmente, respecto a la afirmación de que la “modificación de la normativa es un tema transferido, cuya iniciativa no corresponde” a ese Departamento, han de efectuarse las siguientes observaciones de carácter legal:

- Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en vivienda (art. 148.1.3.º C.E.).
- Los diversos Estatutos de Autonomía han asumido competencias exclusivas en materia de vivienda.
- El Estado tiene competencia, también exclusiva, para “la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos ... constitucionales” (art. 149.1.1.º C .E.). Uno de esos derechos es el de disfrutar de una vivienda digna y adecuada cuya efectividad deberán propiciar los poderes públicos estableciendo las normas pertinentes (art. 47 C.E.).
- Finalmente, “el derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas” (art. 149.3, inciso final, C.E.).

Del análisis sistemático de estos preceptos resulta lo siguiente:

- Aunque la vivienda sea una competencia exclusiva de las comunidades autónomas, el Estado tiene competencia, igualmente exclusiva, para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho al disfrute de una vivienda digna y adecuada (art. 149.1.1.º, en relación con el art. 47 C.E.); y una de esas condiciones básicas es la existencia de un sistema unificado de revisión de rentas de las viviendas de protección oficial en régimen de arrendamiento. Si bien es cierto, como ha declarado el T. C. (5.1/82; 44/82. . . etc.), que “dado el carácter fundamental y general de las normas básicas, el instrumento para establecerlas con posterioridad a la Constitución es la Ley”.
- Pero aún en el supuesto de no aceptarse el anterior razonamiento, el art. 149.3, última frase, de la C.E. de 1978, señala con toda claridad que el Derecho estatal es (“en todo caso”) supletorio del Derecho de las comunidades autónomas. De lo que se deriva que cuanto más amplia sea la normativa autonómica sobre vivienda menor será el ámbito reservado al Derecho supletorio estatal, pero éste siempre será de aplicación respecto a aquellas comunidades autónomas que no hayan ejercido su potestad normativa en materia de vivienda, y en el caso de que ejercida tal potestad, adolezca la normativa autonómica de laguna o imprecisión legal.

Siempre, finalmente, podrían quedar ámbitos territoriales sin régimen de autonomía, como es el caso de Ceuta y Melilla.

- En cualquier caso, y ante las dudas razonables que el sistema constitucional de distribución de competencias en materia de vivienda provoca debe ser, en su día, el T. Constitucional, “intérprete supremo de la Constitución” (art. 1.1 L.O.T.C.) quien eventualmente se encargue de aclarar los problemas subyacentes de intercomunicación sobre vivienda. Más para que se llegue a tal extremo de aclaración, el MOPU debería ejercer una prudente actividad reglamentaria o de propuesta legislativa, como, a título de ejemplo, fue ejercida con ocasión del Plan Cuatrienal 1984-1987. Con ello colaboraría a despejar incógnitas competenciales y al desarrollo postconstitucional del régimen jurídico de las viviendas de protección oficial.

Por cuanto antecede, y ejercitando la facultad que concede al Defensor del Pueblo el art. 28.2 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, me permito efectuar a V.E. la sugerencia de que, a la mayor brevedad posible, se proceda a la modificación del art. 122 del Decreto 2 114/1968, de 24 de julio, por el que se aprobó el Reglamento para la aplicación de la Ley sobre Viviendas de Protección Oficial.

Madrid, 2 de agosto de 1985.

**Recomendación dirigida al Ministro de Obras Públicas y Urbanismo.**

**Recomendación 24/1985, de 10 de septiembre, sobre tarifas en la Red Nacional de Ferrocarriles Españoles para invidentes acompañados de perros-guía.**

*(BOCG. Congreso. Serie E. núm. 4, pág. 314).*

Se ha recibido escrito de queja, presentado por don J. S. C., con domicilio en Barcelona, invidente que se ve obligado a utilizar los servicios de un perro guía, que le sirve como lazarillo para el acceso y salida de los trenes de la Red.

En este sentido, parece ser que se le ha obligado, de conformidad con lo que previene el Real Decreto 3.250/83, de 7 de diciembre, a satisfacer en algún caso cantidades, en concepto de suplemento del citado perro, habiéndose negado el promovente al abono de las mismas.

Lo anterior ha determinado que, por parte de la Red se presentase denuncia en un Juzgado de los de Madrid, iniciándose un procedimiento judicial que, hasta el momento, no ha sido resuelto. Esto ha podido ser objeto de confirmación en conversación telefónica mantenida con la Asesoría Jurídica de RENFE, por lo que esta institución, de conformidad con lo prevenido en el artículo 17 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que nos regimos, se ha visto obligada a suspender las actuaciones.

No obstante, dadas las características especiales de esta queja y la circunstancia de que el promovente nos haya señalado que en otras Empresas públicas de transporte no se lleva a cabo una rigurosa aplicación del Real Decreto mencionado, en el sentido de no exigir a compañeros invidentes el pago de suplemento que la Red recaba por el perro lazarillo, es por lo que nos dirigimos a V.E., de conformidad con lo prevenido en los artículos 30 y 20 de la Ley Orgánica antes citada, reguladora de nuestra institución, para formular sugerencia de modificación de los rígidos criterios, actualmente seguidos por la Red y puestos de manifiesto en el caso que nos ocupa, en la aplicación del

Real Decreto 3.250/83, de 7 de diciembre, exonerando a los viajeros invidentes del pago de cantidades complementarias a su billete, derivadas del transporte del perro-guía que les acompaña.

Madrid, 10 de septiembre de 1985.

**Recomendación dirigida al Presidente del Consejo de Administración de RENFE.**

**Recomendación 25/1985, de 10 de septiembre, sobre ampliación de ingresos mínimos anuales exigidos para ser beneficiario de la cuota de abono reducida al servicio telefónico.**

*(BOCG. Congreso. Serie E. núm. 4, págs. 314-315).*

A través del Sindic de Greuges de Catalunya, se recibe escrito con motivo de la queja presentada en aquella institución, por don M. B. P., que nos ha sido remitida por razones competenciales, exponiendo un problema particular del promovente, así como recogiendo el sentir de otros muchos pensionistas, que se han dirigido a dicha Institución autonómica, los cuales, al sobrepasar la cantidad de 450.000 pesetas anuales que como ingresos de la unidad familiar les exige la O.M. de 25 de marzo de 1983, para tener derecho a la cuota de abono reducida, se ven obligados a aceptar la cuota normal, lo que supone un mayor desembolso mensual que, aunque en principio pueda no considerarse importante en términos absolutos (100 pesetas la cuota de abono reducida y 935 la de abono de línea particular), sí en cambio lo es cuando se piensa que los ingresos mensuales son escasos si aquéllos vienen obligados a atender, no sólo las necesidades de la propia familia, sino, a veces, a prestar ayuda económica a familiares directos afectados por problemas de coyuntura económica-laboral.

Efectivamente, la O.M. de 25.3.1983 establece, entre otras, como condición general, la de que las rentas de la unidad familiar no sean superiores a 450.000 pesetas anuales, cantidad ésta que arranca de la O.M. de 17.3.1982, con una larga vigencia de aplicación de más de tres años, sin que tal límite haya sufrido modificación alguna.

Con anterioridad y desde su creación por O. M. de 16.5. 1980, el límite estaba fijado en la cantidad de 400.000 pesetas.

No cabe duda de que desde dicha fecha (año 1982), el incremento de los índices de precios al consumo ha sido una constante apreciable siempre con

cota superior, salvo en este último año, al 10 por ciento; por ello, el permanecer inalterable durante largos lapsos de tiempo el límite exigido como tope para los ingresos de la unidad familiar, ha hecho que en la práctica se haya reducido el abanico de posibles beneficiarios en la misma medida en que se ha ido produciendo una elevación sistemática de las pensiones, quedando prácticamente fuera pensionistas de real y limitada capacidad económica que, aunque efectivamente han visto aumentada su pensión en relación con anteriores pensionistas, sin embargo ven reducido su poder adquisitivo al no alcanzarles un beneficio que, sin duda, disfrutarían si existiese un mecanismo permanente de actualización del límite económico aludido, criterio éste, por otra parte, que es recogido por el artículo 50 de nuestro Texto Constitucional al señalar la obligatoriedad que los poderes públicos tienen en relación con las personas de tercera edad, de actualizar periódicamente las pensiones fijadas.

Por todo lo anterior y por así exigirlo los intereses generales, es por lo que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que nos regimos, nos permitimos formular a V.E. sugerencia en el sentido de que se adopten las medidas pertinentes para que, anualmente, la cantidad de 450.000 pesetas, sea objeto de incremento en la misma proporción en la que se vayan manifestando los índices de precios al consumo, o bien cualquier otro procedimiento válido, siempre que conlleve una elevación anual de aquella base máxima, con unos criterios de tipo constante, de forma tal que el solicitante del servicio telefónico no haya de esperar a decisiones normativas no periódicas en su publicación, ni fijas en su incremento.

Madrid, 10 de septiembre de 1985.

**Recomendación dirigida al Presidente del Consejo de Administración de la Compañía Telefónica Nacional de España.**

**Recomendación 26/1985, de 25 de septiembre, sobre reconocimiento de subsidio de desempleo a favor de emigrantes retornados de la segunda generación.**

*(BOCG. Congreso. Serie E. núm. 4, págs. 201-202).*

Hemos recibido su escrito del pasado 27 de agosto, correspondiente al nuestro de 10 de julio último, por el que admitíamos a trámite, iniciando la oportuna investigación sumaria, la queja 5.112/85, formulada ante esta institución por don V. S. M.

La exclusión de los llamados emigrantes de la segunda generación —hijos de españoles que por motivos laborales abandonaron el suelo patrio asentándose en un país extranjero— a efectos de percepción del subsidio de desempleo, constituya una interpretación restrictiva de los derechos del “trabajador español en el extranjero” —utilizando el término que el artículo 42 de la Constitución atribuye a los trabajadores emigrantes—, contraria tanto a la legislación de emigración, como a los Convenios internacionales sobre la materia y a la propia Carta Magna.

En efecto, el artículo primero, n.º 2, de la Ley n.º 33, de 21 de julio de 1971, reguladora de la Emigración, extiende la acción protectora del Estado sobre los emigrantes... b) “A los familiares que los emigrantes tengan a su cargo o bajo su dependencia”. c) “Al conjunto o colectividad de españoles, individualmente considerado, residentes o establecidos, definitiva o temporalmente, en un país extranjero por las causas antes indicadas.

Por su parte, el Decreto 638/72, sobre repatriación, regula, en su artículo primero, “la repatriación de españoles en quienes concurra la condición legal de emigrantes, conforme a lo previsto en el n.º 2 del artículo 1 de la Ley 33/1971, de 21 de julio...

El artículo 19, Uno a) 6.º), exige únicamente un trabajo, como mínimo de seis meses, en el extranjero, y el artículo 20 b), al referirse a los trabajadores que retornen del extranjero, establece unas condiciones que el promovente que nos ocupa cumple en su totalidad.

Por otra parte, la exclusión de los emigrantes de la segunda generación del subsidio de desempleo implicaría la privación a un contingente importantísimo de españoles de los beneficios de la política de retorno que el artículo 42 de la Constitución extiende a los trabajadores españoles en el extranjero, con independencia de que hayan o no efectuado un viaje emigratorio.

Por todo cuanto antecede, esta institución constitucional, en ejercicio de las responsabilidades que le confieren los artículos 54 de la constitución y 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, viene a sugerir a V.I., por ser conforme a Derecho y Justicia, tenga a bien revisar la resolución cuestionada y conceder a don V. S. M. el subsidio de desempleo a que tiene derecho y a que es legalmente acreedor.

Madrid, 25 de septiembre de 1985.

**Recomendación dirigida al Director General del Instituto Nacional de Empleo.**

**Recomendación 27/1985, de 21 de octubre, sobre improcedencia de la situación de expectativa de ingreso de los profesores de enseñanza media.**  
(BOCG. Congreso. Serie E. núm. 4, págs. 341-342).

Ha tenido entrada en esta institución su escrito de fecha 18 de febrero del presente año, relativo a la queja formulada ante esta institución por un grupo de Profesores de Bachillerato, en la situación de expectativa de ingreso, representados por don J. M. F.

Habiendo estudiado en profundidad su contenido, debemos significarle las siguientes consideraciones:

1. Esta institución es consciente de que la convocatoria se ha efectuado con sometimiento a la normativa reguladora, es decir, Decreto-ley 11/1982, de 25 de junio, y Orden Ministerial de 5 de Marzo de 1984.

2. Sin embargo, se estima que la situación de expectativa de ingreso, tipificada en la Disposición Adicional 2.<sup>a</sup> del citado Decreto-Ley, implica una situación altamente perjudicial para los aspirantes por cuanto comporta un dilatado período de tiempo que transcurre entre la superación de las correspondientes pruebas selectivas y la ocupación de la pertinente vacante, plazo cuya duración es incierta, al estar condicionada a la existencia material de dicha vacante.

3. Esta situación podría constituir un supuesto de inseguridad jurídica, soslayando, en consecuencia lo dispuesto en el artículo 9.3 de la Constitución, en cuanto que excluye el criterio de certeza por parte del aspirante, respecto del momento concreto en que se producirá su toma de posesión. Y es este criterio de certeza el que debe prevalecer, como acertadamente, ha manifestado el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 20 de Julio de 1983, al declarar que "... la seguridad jurídica es suma de certeza..."

4. Esta institución, al efecto de llegar al criterio más exacto sobre la problemática que nos ocupa, se dirigió a la Dirección General de la Función Pública en fecha 15 de Julio de 1985, manifestándonos este alto organismo, entre otros extremos, lo siguiente:

“El artículo 18 de la Ley 30/84, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, que tiene el carácter de básico de acuerdo con el artículo primero de dicha Ley, es de plena aplicación a los Cuerpos docentes de nivel no universitario, que gestiona el Ministerio de Educación y Ciencia. En ese sentido las plazas vacantes de dichos Cuerpos que la Administración considera necesario cubrir durante 1985 figuran recogidas en el Real Decreto 152/1985, de 6 de febrero por el que se aprobó la Oferta de Empleo Público para dicho año, si bien la distribución geográfica de las mismas al igual que la convocatoria, merced a lo previsto en la Disposición Adicional Primera del Real Decreto 2 169/1984, de 28 de noviembre, habrá de determinarse directamente por el Ministerio de Educación y Ciencia.

De todas formas en el caso a que se refiere la consulta no debe olvidarse que se trata de una convocatoria producida con anterioridad a la Ley de Medidas, por lo que le es de aplicación el Real Decreto Ley 11/1982, de 25 de junio, del que trae su causa, y todo ello sin perjuicio de que las futuras convocatorias de pruebas selectivas para ingreso en los Cuerpos Docentes de nivel no universitario que convoque el Ministerio de Educación y Ciencia deban estar sujetas a las prescripciones de la repetida Ley de Medidas y Disposiciones que la desarrollan, tanto las de carácter general como las dictadas específicamente al amparo de lo dispuesto en el artículo 1.2 de la Ley de Medidas, en orden a su adecuación a las peculiaridades del personal docente”.

5. Del tenor de lo expresado por la Dirección General de la Función Pública, esta institución concluye los siguientes extremos:

a) La facultad de convocatoria compete al Excmo. Sr. Ministro de Educación y Ciencia, en relación a las pruebas selectivas para ingreso en cuerpos docentes de nivel no universitario.

b) Por consiguiente, las convocatorias para ingreso en los referidos cuerpos, publicadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, encuentran su régimen jurídico en las respectivas normas reguladoras, como es el supuesto que nos ocupa, en relación al Real Decreto Ley 11/1982, de 25 de Junio y Orden Ministerial de 5 de Marzo de 1984.

c) No obstante, las futuras convocatorias de pruebas selectivas para dichos cuerpos docentes de nivel no universitario deberán someterse a lo previsto en el artículo 18 de la citada Ley 30/1984 de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

Dicho precepto establece la obligación de convocar pruebas selectivas de acceso para las plazas vacantes comprometidas en la Oferta de Empleo Público y hasta un diez por ciento adicional, no pudiéndose aprobar ni declarar que hayan superado las respectivas pruebas un número superior de aspirantes al de plazas convocadas, siendo nula de pleno derecho cualquier propuesta que contravenga lo anteriormente establecido.

En suma, esta institución estima que el cumplimiento de la referida Ley 30/1984 obliga a los órganos competentes a comprometer en la Oferta de Empleo Público correspondiente únicamente plazas vacantes cuya cobertura podrá ser aumentada una vez concluido el período selectivo, con la única excepción del diez por ciento adicional.

Por cuanto antecede, y en función de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que se rige esta institución, se sugiere a V.E. que, con ocasión del desarrollo que por el Ministerio de Educación y Ciencia se efectúe de lo dispuesto en la Ley 30/1984, de 21 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública y en base a lo previsto en el Real Decreto 2169/1984, de 21 de agosto, se proceda a extinguir la situación de expectativa de ingreso y toda otra que pudiera motivar, entre la superación de las pruebas selectivas y la toma de posesión el transcurso de un periodo de tiempo superior al que se establece en la Orden de convocatoria como período de prácticas.

Madrid, 21 de octubre de 1985.

**Recomendación dirigida al Director General de Personal y Servicios del Ministerio de Educación y Ciencia.**

**Recomendación 28/1985, de 23 de octubre, sobre remisión por correo certificado de los expedientes de Registro Civil.**

*(BOCG. Congreso. Serie E. núm. 4, pág. 144).*

Se han recibido en esta institución diversas quejas que, en principio, ponían de manifiesto la existencia de presuntos retrasos en la tramitación de expedientes de Registro Civil.

Iniciadas las investigaciones oportunas, bien ante V.I., bien ante la Fiscalía General del Estado, se ha tenido conocimiento por esta institución del extravío de dichos expedientes al ser remitidos por correo, en algunos casos utilizando la técnica del auxilio registral y en otros, como los expedientes de nacionalidad, por ser esa Dirección General la competente para su resolución, después de que el Registro Civil correspondiente hubiera practicado la primera fase del expediente.

En el curso de nuestras investigaciones, hemos podido averiguar que los Organos registrales no siempre utilizan el correo certificado para la remisión de expedientes a otros Organos registrales o a esa Dirección General.

La diferencia entre el correo certificado y el ordinario, sea o no oficial, en cuanto a la posible responsabilidad de la Administración en caso de extravío está claramente definida en el Reglamento de los Servicios Postales aprobado por Decreto de 14 de mayo de 1964.

Efectivamente, el art. 291 del mismo dispone que: “La Administración de Correos no asume responsabilidad alguna por la correspondencia ordinaria que se le confíe para su transporte, pero la tendrán personalmente los empleados por su negligencia y por los abusos que cometan”.

Por su parte, el art. 292 establece que: “La Administración no está obligada a indemnizar por deterioro o expoliación de los objetos certificados en general. La pérdida, salvo causa de fuerza mayor, da derecho en favor del expedidor o,

en su defecto, a petición de éste a favor del destinatario, a la indemnización reglamentaria”.

Debe igualmente valorarse que en algunos casos, como son los expedientes de nacionalidad, a veces suele resultar oneroso para los interesados reunir los diversos documentos exigidos por la legislación registral vigente, por lo que su pérdida ocasiona, en estos casos, graves perjuicios a los ciudadanos afectados.

A la vista de cuanto antecede, esta institución al amparo del art. 30 de la Ley Orgánica 3/81 de 6 de abril por la que nos regimos, sugiere a V.I. como máximo Organo del Registro Civil, valore la conveniencia de proponer, a través de la oportuna Instrucción, a los encargados de los Registros Civiles la utilización del correo certificado para la remisión de los expedientes registrales, consiguiéndose así una mayor eficacia en el funcionamiento del servicio público del Registro Civil, eficacia que debe presidir la actuación de todas las Administraciones Públicas (art. 103 C.E.)

Madrid, 23 de octubre de 1985.

**Recomendación dirigida al Director General de los Registros y del Notariado.**

**Recomendación 29/1985, de 31 de octubre, sobre “cuestionarios de seguridad” a rellenar por personal del Ministerio de Defensa o de ciertas empresas públicas.**

*(BOCG. Congreso. Serie E. núm. 4, págs. 104-105).*

Con fecha 24 de junio del presente año, compareció ante esta institución constitucional, D. José Antonio Martín Pallín, actual Presidente de la Asociación Pro Derechos Humanos, solicitando nuestra intervención cerca de la Administración Pública, en relación al contenido de unos cuestionarios de seguridad, distribuidos a algunos funcionarios o trabajadores adscritos a ese Departamento, o a personal perteneciente a diversas empresas públicas.

Esta solicitud de intervención, fue ratificada, igualmente, con fecha 10 de octubre último, por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras, en visita personal efectuada ante esta sede, por tres representantes de la misma.

I. Estos antecedentes, de los que se han hecho eco diferentes medios de comunicación, y han dado lugar a una pregunta al Gobierno (formulada por un Diputado de un Grupo Parlamentario), motivaron, como V.E. ya conoce, que esta institución admitiera a trámite los mismos, en conformidad con el ámbito de competencias que nos atribuye el artículo 54 de la Constitución y artículos 1 y concordantes de la Ley 3/1981, de 6 de abril, solicitándose, en consecuencia, con fecha 4 de julio, el informe prevenido en el artículo 18.1 de la expresada Ley, referente, en particular, al criterio de ese Departamento sobre las manifestaciones efectuadas por las citadas Entidades, que hacían referencia, entre otros extremos, a la posible inconstitucionalidad de algunos apartados de aquellos cuestionarios.

II. Mediante comunicación de 10 de octubre del presente año, se recibe el informe solicitado, emitido por el Gabinete de V.E., en el cual se pueden resaltar los siguientes aspectos:

1. El formulario MSI-02 obedece al cumplimiento de la Ley 9/1968, de 5 de junio (modificada por Ley 48/1978, de 5 de octubre), sobre secretos oficiales, por cuanto su artículo 8 limita el conocimiento de las “materias clasificadas” a las personas debidamente facultadas para ello.

2. Ese Departamento se limita a trasladar a las empresas que utilizan aquellas materias el referido cuestionario, sin exigir la obligatoriedad de su cumplimiento.

En consecuencia, el hecho de no rellenar el formulario no lleva aparejada acción sancionadora alguna, sino únicamente la exclusión del acceso a la documentación o material clasificado.

III. A la vista de estos antecedentes, después de haber estudiado con el debido detenimiento, los diversos apartados del cuestionario MSI-02 y el informe remitido por ese Departamento ministerial, así como los preceptos aplicables de la Constitución y demás normativas vigente, esta institución constitucional, entiende obligado efectuar las siguientes consideraciones:

Primera. En primer lugar, parece acorde con el ordenamiento jurídico, así como con las propias exigencias de la Defensa y el interés nacional, el guardar una serie de garantías o precauciones especiales, en relación al tratamiento y utilización de aquellos datos o información, que por su naturaleza requieren ser declarados “materias clasificadas”.

En este sentido, el artículo 2 de la Ley 9/68, de 5 de junio, sobre secretos oficiales, con la modificación normativa antes aludida, prevé:

“Podrán ser declaradas materias clasificadas los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos cuyo conocimiento por personas no autorizadas puedan dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado”.

Segunda. En consecuencia, puede resultar legítimo el que la Administración guarde las expresadas garantías, en relación al personal que ha de utilizar directamente la referida información.

Esta parece ser la intención de la Ley expresada, por cuanto su artículo 8, apartado a), preceptúa:

“Solamente podrán tener conocimiento de las materias clasificadas los órganos y las personas debidamente facultadas para ello, y con las formalidades y limitaciones que en cada caso se determinen”.

De lo anterior, se deduce que pudiera haber un cierto personal o algunos trabajadores especialmente habilitados para el tratamiento de aquellas materias, sin que esta circunstancia viniera a suponer una especial discriminación, en relación a aquellos otros no habilitados al efecto.

En este sentido, cabría entenderse que a la capacidad estrictamente técnica del trabajador, pudiera venir a añadirse un requisito de especial profesionalización y preparación para el tratamiento de aquellas materias clasificadas.

No hace falta, en este punto, aludir a la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, recaída en interpretación del artículo 14 de la constitución, cuando sienta la doctrina de que no existe desigualdad, al otorgarse, por las normas o por la Administración, un tratamiento distinto a situaciones diversas, aunque pudieran parecer idénticas.

Tercera. Por otra parte, esta institución constitucional ha considerado debidamente —quizá sea este el momento oportuno de resaltarlo—, la existencia de unas funciones encomendadas a los Servicios de Inteligencia del Estado (por diversas normas jurídicas, entre otras el Decreto 135/84, de 25 de enero), en cuanto a órganos de la Administración encargados de proporcionar la información adecuada para asegurar la defensa y seguridad del Estado, dentro del respeto a la Constitución, la legalidad vigente y, en general, el ordenamiento jurídico, en su concepción unitaria.

A estos servicios, entre otras funciones, también corresponde la misión de controlar el espionaje y cuantas iniciativas sean procedentes, cerca de otros servicios de inteligencia extranjeros, que pudieran atentar contra los intereses nacionales.

Por otra parte, este bien jurídico protegido, la defensa y la seguridad nacional, tiene también su reflejo, en cuanto a su debida protección, en algunos tipos penales del Código Penal y Código de Justicia Militar vigentes (así, el artículo 122.6, 134 y los artículos referentes al tipo de la “revelación de secretos”, del Código Penal ordinario, y los artículos 262, 263, 275 y concordantes del Código Militar).

Cuarta. Hechas las anteriores consideraciones, resulta necesario, no obstante, efectuar el pronunciamiento de que las referidas garantías de seguridad, y, en este caso concreto, la habilitación de seguridad a proporcionar a los trabajadores, ha de ajustarse en su configuración a las exigencias normativas del orden jurídico, y, fundamentalmente, a la propia Constitución, en aquellos artículos que se refieren a los derechos fundamentales y libertades públicas.

Esta necesaria adecuación de la materia objeto de estudio, adquiere especial relevancia, si se toma en consideración que las normas especiales sobre la misma (Ley 9/68, de 5 de junio, modificada por Ley 48/78, de 5 de octubre), han sido promulgadas con anterioridad a la vigencia de la Constitución Española, por lo que resulta obligado interpretar esas normas con arreglo a las exigencias (sobre todo, en materia de derechos fundamentales), de esta Norma.

Entre estas exigencias o garantías, pudiera hacerse referencia a las siguientes:

1. En primer lugar, resulta obligado afirmar que las garantías expresadas se han de aplicar en aquellas materias que han sido declaradas formalmente como “reservadas”.

Esta clasificación, como se deduce del artículo 4 de la Ley 9/68, es un acto formal, efectuado con las debidas garantías, que corresponde (sin posibilidad de delegación), en cuanto a su materialización, al Consejo de Ministros y a la Junta de Jefes de Estado Mayor.

En relación a este aspecto —a modo de inciso en la exposición—, agradeceríamos a V.E. nos informara, por cuanto no se contiene este dato en la comunicación remitida por ese Departamento, con fecha 10 de octubre último, si se están requiriendo esas habilitaciones de seguridad, únicamente, en aquellas materias expresamente declaradas como reservadas.

2. Sin embargo, el aspecto fundamental a tener en cuenta, procede, de la consideración de que las referidas habilitaciones, así como los formularios elaborados, no han de vulnerar el contenido esencial de los derechos y libertades fundamentales garantizados por la Constitución.

En particular, se ha de respetar lo establecido en el artículo 16.1 y 2 de aquella Norma, en cuanto consagra el derecho a la libertad ideológica y religiosa de las personas, estableciendo la garantía de que nadie puede ser obligado a declarar sobre sus creencias, así como el contenido del artículo 18.1, al proteger el honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen.

Es evidente, que el derecho a la libertad ideológica y religiosa, conlleva, además de la libertad de formación de los propios juicios o creencias, una posibilidad efectiva de actuar conforme a los mismos, así como, esencialmente, una garantía frente a los poderes públicos en cuanto éstos pretendan requerir datos que afecten a las creencias íntimas de la persona.

En este último sentido, se ha de interpretar el artículo 16.2 de la Constitución, al establecer que nadie habrá de ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.

En este aspecto, hay que resaltar que el derecho reconocido en el artículo 16 de la Constitución, guarda una íntima relación con el derecho a la intimidad del artículo 18.1 del propio Texto, viniendo ambos a garantizar, en definitiva, la dignidad de la persona, concepto éste que aparece configurado en su artículo 10.1 como fundamentador del orden político y de la paz social.

En este momento de la exposición, habiéndose puesto de relieve la coincidencia, en algunos aspectos, del artículo 16 y 18 de la Norma constitucional, resulta obligado traer a colación la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, a los fines de completar la regulación constitucional en aquellos derechos fundamentales y, analizar, en particular, si, con carácter general, han sido vulnerados los mismos en los apartados correspondientes del formulario antes expresado.

2.1. En el informe remitido por el Gabinete de V.E., como antes se ha subrayado, se justifica la legalidad última del formulario MSI-02, en la Ley 9/68, de 5 de junio, de secretos oficiales, e, indirectamente, se viene a justificar su constitucionalidad, en la circunstancia de la no obligatoriedad de cumplimentarlo por parte del trabajador. (En este sentido, se argumenta que el único efecto de no aportar los datos solicitados, es la exclusión del acceso a la documentación o material clasificados).

2.2. Pues bien, esta institución constitucional entiende que algunos apartados del expresado formulario, pudieran afectar a los artículos 16.1 y 2, y 18.1 de la Constitución, en concordancia éstos con los preceptos correspondientes de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sin perjuicio de poder hacer una posible referencia a otras normas del ordenamiento, como el artículo 4 y concordantes del Estatuto de los Trabajadores.

— En efecto, la Ley de secretos oficiales, permite la selección de los trabajadores, afectos a aquellas materias reservadas, pero no autoriza a establecer unos sistemas de selección, contrarios a las normas citadas, y a los derechos y libertades expresados.

En este sentido, resulta esclarecedor el artículo 8 de la Ley 1/1982, de 5 de mayo, al prever:

“Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo 2 de esta Ley:

4. La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela”.

En este punto, hay que tener en cuenta que la expresión “revelar”, según el propio sentido de la Ley 1/1982, así como en su acepción otorgada por el diccionario de la Real Academia, hace referencia a “descubrir” datos privados de una persona, sin necesidad de que éstos sean utilizados con posterioridad, o se divulguen.

Por lo que se refiere a la invocación de ese Departamento, referente a que no se requiere el cumplimiento obligatorio del formulario, por lo que, indirectamente, se vendría a justificar la constitucionalidad de la medida, esta institución constitucional sostiene un criterio diferente, en razón a las siguientes apreciaciones:

a). Si bien no es obligatorio para el trabajador rellenar el expresado formulario, su no cumplimentación le excluye del acceso a ciertos puestos laborales, que pueden ser pretendidos por éste.

b). Si bien no existe aquella obligación, el trabajador, según el tenor de las disposiciones finales del mencionado formulario, deben manifestar “la verdad completa y exacta”.

Es decir, al parecer, el trabajador puede tener voluntad de rellenar el formulario, pero, seguida esta decisión, no tiene, al parecer, la posibilidad de no revelar aquellos datos que considere necesarios salvaguardar.

c). De igual manera, se ha apreciado que al final de este cuestionario, se contienen algunas expresiones, que no son muy concordantes con aquella voluntariedad.

Así, literalmente, se expresa:

“Asímismo declaro que he leído y entendido cada frase de este formulario y que he sido informado sobre la responsabilidad en que recaería en caso de falsedad (por omisión, engaño, tergiversación, o respuestas incompletas) siendo ello motivo para la denegación o anulación de la garantía de seguridad, sin perjuicio de otras posibles responsabilidades en que pudiera incurrir”.

d). De estas circunstancias y apreciaciones, pudiera deducirse que el consentimiento exigido al trabajador, en estos casos, no es el consentimiento libre y espontáneo, acuñado en la teoría general del Derecho civil, por cuanto

aquellos condicionamientos pudieran contribuir a formar un vicio de la voluntad.

e). Y, hay que tener en cuenta, igualmente, que la Ley 1/1982, en su artículo 2.2, especifica que, en esta materia de derechos de la personalidad, no existe intromisión ilegítima en ese ámbito, cuando el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso.

Es decir, que, en esta materia, por afectar a derechos fundamentales, el ordenamiento jurídico, exige, no únicamente el consentimiento, sino fundamentalmente que éste esté revestido de ciertas garantías formales, que lo acrediten como cierto.

En los presentes antecedentes, no se deduce la exigencia de este requisito, consentimiento expreso, al solicitar del trabajador datos o informaciones, que pudieran afectar a su intimidad personal.

IV. Por todas las consideraciones expuestas, esta institución constitucional, se siente en la obligación de trasladar a V.E., de acuerdo con la facultad que nos atribuye el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que nos regimos, una recomendación, referente a una variación de los criterios administrativos sostenidos en estos antecedentes, en particular, una modificación de aquellos apartados del cuestionario MSI-02, y otros análogos, que, según lo expuesto, pudieran contradecir los preceptos constitucionales.

En este sentido, nos permitimos someter a la consideración de V.E., por si se considerase procedente su modificación o supresión, los siguientes apartados del expresado cuestionario.

1. En primer lugar, el apartado 13 del cuestionario, que se refiere a las “organizaciones o asociaciones con las que tiene o ha tenido relación” el trabajador, por cuanto la exigencia de estos datos y su revelación, pudiera afectar al artículo 16.1 y 2 y artículo 18.1 de la Constitución, así como, indirectamente, al respeto constitucional, que otorgan los artículos 22 y 28 al fenómeno asociativo (en sus vertientes puramente asociativa y sindical).

2. El apartado 14, en cuanto, fundamentalmente, se solicita del trabajador que exprese la finalidad de las visitas efectuadas a países extranjeros, en su posible relación este número con el expresado artículo 18.1 de la Constitución.

3. El apartado 15, únicamente en aquellas referencias que puedan afectar a la intimidad de la persona (artículo 18.1), como la necesidad de revelar los matrimonios sucesivos que haya podido tener el trabajador.

Se puede entender, en este punto, que solicitar otros datos distintos a los que configuran el estado civil de la persona, y que vienen exigidos para su identificación personal ante los órganos de la Administración, pudiera ser, en algunos casos, contrario al debido respeto a la intimidad personal.

En este sentido, el propio Real Decreto 1245/85, de 17 de julio, por el que se completa la normativa del D.N.I., después de especificar las funciones acreditativas de este documento, establece, en su Disposición Adicional 6, que el Servicio de Documento Nacional de Identidad evacuará consultas a requerimientos de las autoridades judiciales y administrativas, y a petición de entidades privadas, siempre que se respete el derecho a la intimidad de la persona.

4. El apartado 17, en cuanto se solicita del trabajador que manifieste si ha sido sancionado, alguna vez, por “autoridades civiles o militares”, haciéndose expresión del “delito o falta” apreciada, así como “de la pena o correctivo” impuesto.

En este apartado, sin perjuicio de las argumentaciones antes reflejadas, hay que tener en cuenta la significación jurídica del instituto de la prescripción y rehabilitación.

El artículo 118 del Código Penal contiene, por otra parte, ciertas garantías en relación a esta materia, al determinar que la inscripción de antecedentes penales no será pública, y al contener ciertas precauciones en la emisión de los certificados correspondientes.

El expresado precepto, de igual manera, contiene la determinación de que únicamente se librarán certificados de inscripción, ya cancelados, cuando sean solicitados éstos por Jueces o Tribunales.

También, —se podría argumentar— la obligación del trabajador de manifestar estos extremos, aunque hayan sido cancelados sus antecedentes, pudiera contradecir el tenor del artículo 24.2 de la Constitución, en cuanto establece el derecho de la persona de no declarar contra sí mismo.

5. Y, por último, se podría considerar, a los efectos expuestos, el apartado 12 del formulario, en cuanto solicita del trabajador que exprese, no únicamente su domicilio habitual, concepto jurídico de residencia del artículo 40 del Código Civil, sino también, el dato de “los lugares de residencia habidos desde la mayoría de edad”.

Una vez efectuada la anterior recomendación, nos permitimos sugerir a V.E. que tenga a bien considerar la posibilidad de que los referidos

cuestionarios —realizada la correspondiente adecuación de su contenido a las exigencias constitucionales—, sean repartidos entre los trabajadores individualizadamente, en aquellos ámbitos concretos de la actividad profesional calificados formalmente como “reservados”, y, únicamente, en aquellos supuestos en que las exigencias de la Defensa e interés nacional así lo requieran.

Esta sugerencia tiene su razón de ser en la noticia recibida por esta institución constitucional, de que aquellos formularios han sido distribuidos de manera generalizada, entre un elevado número de la plantilla laboral de distintas empresas del Instituto Nacional de Industria, y, posiblemente (aunque, de este dato, esta institución, todavía, no tiene constancia expresa), entre el personal civil adscrito a diversos establecimientos militares.

Madrid, 31 de octubre de 1985.

**Recomendación dirigida al Ministro de Defensa.**

**Recomendación 30/1985, de 31 de octubre, sobre cumplimiento de sentencia del Tribunal Central de Trabajo por parte de la Empresa Municipal de Transportes de Madrid.**

*(BOCG. Congreso. Serie E. núm. 4, págs. 200-201).*

Recibido su escrito del pasado 22 de julio, al que adjunta informe del Letrado don J. B. H., y tras la reunión celebrada en esta institución entre V.I. y el mencionado letrado, de una parte, y el Adjunto Primero de esta institución, y el responsable del Area de Trabajo, de otra, han comparecido en diversas ocasiones los trabajadores promoventes de la queja que nos ocupa, acompañados de su letrado don A. M. P., formulando las alegaciones siguientes:

1. Que la Empresa Municipal de Transportes no ha cumplido voluntariamente, como es preceptivo, la sentencia dictada por el Tribunal Central de Trabajo el 11 de abril de 1985, siendo precisa la iniciación del proceso de ejecución ante Magistratura de Trabajo, interponiendo la E.M.T. recurso de reposición contra la providencia dictada por la Magistratura de Trabajo interviniente el 29 de junio de 1985.

2. Que el 4 de octubre de 1985 la Magistratura de Trabajo n.º 6 de las de Madrid dictó Auto, acordando proseguir la ejecución por un total de 27.323.672 pesetas de principal e indicando en su Razonamiento jurídico Segundo que “como segundo motivo de reposición, la representación de la demandada plantea en este trámite reconvencción frente a los demandantes, al entender son éstos, a su vez, deudores de la empresa, en determinados supuestos, inclusive, por cantidades superiores a las reclamadas, lo que no puede prosperar al amparo de cuanto establece el art. 200 de la Ley de Procedimiento Laboral en relación a los arts. 919 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por cuanto nos encontramos ante una sentencia firme, cual es la dictada por el Tribunal Central de Trabajo, que constituye título de ejecución, y cuyos términos determinan, de manera precisa e indubitada,

condena a cargo de la empresa; cuestión, la de la reconversión, que a mayor abundamiento, ya fue alegada y enjuiciada en la sentencia de esta Magistratura y, posteriormente, en la que puso fin al recurso de suplicación interpuesto”.

3. Que la E.M.T. ha remitido a parte de los trabajadores afectados por la sentencia un escrito en él que se les indicaba que la sentencia, de hecho, no les favorecía, habiéndose de rectificar, o incluso anular, la prima de compensación abonada por la Empresa, comunicándoseles expresamente que, a partir de la fecha del escrito que comentamos, se procedería a suspender el pago mensual de la prima de compensación. (Una copia de tal escrito obra en nuestro poder).

4. Que como quiera que la Audiencia Territorial de Madrid, por sentencia de 26 de abril de 1978, anuló los efectos retroactivos de la resolución de la Delegación de Trabajo de 30 de enero de 1976, que se estimaba de aplicación desde septiembre de 1972, y, por tanto, dado que la jubilación no se iniciaba sino a partir del 30 de enero de 1976, la Empresa debió de proceder a dar de alta y cotizar por el período septiembre de 1972 a 29 de enero de 1976 por todos los trabajadores afectados, teniendo en cuenta, a tal efecto, los salarios reales percibidos por los mismos y las tarifas y bases de cotización, general y complementaria, establecidas por el Decreto 797/1974, de 29 de marzo, Decreto 547/75, de 21 de marzo, Orden de 15 de abril de 1975, y Decreto 2/1975, de 5 de abril del mismo año.

5. Que habida cuenta de que, en relación con los trabajadores jubilados anticipadamente, la Empresa no procedió a cotizar por el período referido, se produjo un descubierto difícil de obviar, ya que al haber pasado más de cinco años podría ser alegable la prescripción de las cuotas, a pesar de su posible interrupción o suspensión con motivo de las diversas reclamaciones formuladas.

Ello no quiere decir, sin embargo, que la E.M.T. no esté obligada a responder de la cuantía que hubiera correspondido a la jubilación de 1976, por imperativo de los artículos 97 y concordantes de la Ley General de Seguridad Social, que regula la responsabilidad empresarial por descubiertos parciales, con respecto a los declarados en situación especial.

En otras palabras —alegan los promoventes—, el 30 de enero de 1976 debieron de jubilarse con la base reguladora correspondiente a las últimas veinticuatro mensualidades, es decir, en términos generales, a la base resultante de dividir el salario devengado en los últimos 24 meses por 28, o sea, el salario real o convencional que les hubiera correspondido con las correcciones impuestas por las bases máximas y mínimas vigentes.

Como quiera que la jubilación de que respondió la Mutualidad de Transportes, el 30 de enero de 1976, era muy inferior a la que hubiera correspondido de actuarse en la forma arriba descrita, es la E.M.T. la que debe responder de esas diferencias.

6. Por otra parte, consideran que la E.M.T. debió, al dictarse la sentencia de la Audiencia, de 26 de abril de 1978, haber hecho efectivo el pago de los salarios por el período 1972-1976, sin haber dado pie a las reclamaciones judiciales que luego prosiguieron.

Adviértase —continúan manifestando los promoventes— que los 35 millones de pesetas que debe abonar la E.M.T. por salarios durante el período citado, hubieran devengado intereses, a lo largo de los trece años transcurridos, muy superiores a la cuantía del capital base, cantidad que resultaría más que suficiente para seguir abonando la prima de compensación durante los pocos años que estadísticamente les restan de vida.

7. Que con la finalidad de demostrar minuciosamente el perjuicio producido al jubilar a los trabajadores en septiembre de 1972, en lugar de hacerlo el 30 de enero de 1976, como ordenaba la sentencia de la Audiencia, y elegido al azar el Oficial de ~ a don J. S. C., resulta que pasó a percibir como pensión mensual 10.303 pesetas, a pesar de que su base salarial garantizada al 30 de enero de 1976, superaba las 18.055,80 pesetas.

Analizadas las alegaciones formuladas por V.I. en los escritos inicialmente referidos y cuantas tuvo a bien formular en la visita girada a esta institución, y estudiadas, por otra parte, las reivindicaciones planteadas por los trabajadores promoventes de la presente queja, así como la legislación ordinaria y constitucional de aplicación, el Defensor del Pueblo, en ejercicio de las responsabilidades que le confieren los artículos 54 de la Constitución y 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora de esta institución, somete a la reflexión de V.I. las consideraciones siguientes, con carácter previo a la formulación de la sugerencia que concluye esta nuestra comunicación:

1.º Los trabajadores afectados por la presente queja, jubilados en el período septiembre 1972-30 de enero de 1976, debieron haber estado en situación de alta en el Régimen General de la Seguridad Social durante el período de jubilación impropio y, por consiguiente, la E.M.T. debió haber cotizado por las bases y tarifas procedentes una vez firme la sentencia de la Audiencia Territorial de 26 de abril de 1978.

2.º Como consecuencia de lo anterior, la base reguladora de la prestación de jubilación sería la relativa al salario real o convencional devengado durante los dos últimos años, con las correcciones operadas por los Decretos 797/74,

de 29 de marzo, 547/75, de 21 de marzo, y 2/75, de 6 de abril, y con el porcentaje incrementado por casi cuatro años más de período de carencia.

3.º Al no haberse cotizado por tales base y al no proceder al abono de las cuotas relativas al descubierto, habida cuenta de la posible prescripción de las mismas, la Empresa deviene responsable de la diferencia entre la pensión que hubiera debido causarse con cargo a la Entidad Gestora el 30-11-1976 y la que efectivamente se abonó en tal fecha, es decir, la causada en septiembre de 1972, con las actualizaciones que procedieren hasta el 30 de enero de 1976. (Orden 26-4-73; Orden 26-4-74; Orden de 30-12-74 y Decreto 9-5-75).

4.º Como quiera que la jubilación causada legalmente el 30 de enero de 1976 abarcaba no sólo el importe de la abonada por la Mutualidad Laboral de Transportes, sino también el complemento “hasta alcanzar las percepciones siguientes sueldo o jornal base, más la antigüedad que perciban en el momento de la jubilación, plus fijo de 750 pesetas por mes y pagas extras de julio y de Navidad, incrementadas en 1.000 pesetas cada una de ellas; siendo de aplicación a tal personal el artículo 84 del Reglamento de Régimen Interior a los efectos del tanto por ciento del complemento que tiene que aportar la Empresa”, es preciso determinar el importe de tales retribuciones por trabajador a 30 de enero de 1976.

El importe de lo percibido por el trabajador jubilado el 30 de enero de 1976 no podrá ser inferior al resultado de aplicar el porcentaje fijado en el artículo 84 del Reglamento de Régimen Interior sobre el salario garantizado descrito en el párrafo anterior.

Tampoco podrá el trabajador, en ningún caso, percibir cantidad inferior a la que le corresponde por la prestación de jubilación causada el 30-1-1976, sobre la base reguladora más beneficiada, que normalmente sería el cociente resultante de dividir por 28 las 24 últimas mensualidades y con el porcentaje resultante de los períodos carenciales, computando a tal efecto el período transcurrido de septiembre 1972 a 30 de enero de 1976, o el inferior que correspondiere. Estos dos techos operarían como límites mínimos absolutos de observancia obligada.

La diferencia, pues, entre lo realmente abonado por la Entidad Gestora en concepto de jubilación el 30 de enero de 1976 y el límite cuantitativamente más alto de los dos mentados, habrá de ser abonado por la E.M.T., teniendo la prima de compensación resultante consideración de fija e inmutable.

5.º Por otra parte, es preciso advertir, tal y como estima el Considerando Segundo de la sentencia del Tribunal Central de Trabajo, de 11 de abril de 1985, que “ha sido la libre voluntad de la Empresa la que ha iniciado y

desencadenado la producción de las ulteriores consecuencias jurídicas, siendo claro que en cuanto esa voluntad empresarial hubiese desaparecido, no se hubiese producido estas consecuencias; además es evidente que, una vez dictadas las antedichas resoluciones administrativas, es decir, una vez que la Administración accedió a las peticiones de la empresa, era ésta la que, a su libre criterio, podía aplicarlas o no, podía o no cumplirlas; y esta empresa, basándose en los artículos 44 y 45 de la Ley de Procedimientos Administrativo, prefirió ejecutar de inmediato dichos actos administrativos sin esperar a su firmeza legal, siendo manifiesto que pudo haber optado por dejar en suspenso la ejecución de los mismos hasta que se lograra tal firmeza”.

6.º En esta misma línea, si la E.M.T. hubiera dado cumplimiento en su integridad a la sentencia de 26 de abril de 1978 —cuyo fallo declaraba “que los efectos de la autorización administrativa a que este proceso se refiere solamente se producirán a partir del día 30 de enero de 1976”— y hubiera actuado en consecuencia con tal fallo, debería haber regularizado la situación salarial de Seguridad Social y de jubilación tan pronto como la calendada sentencia ganó firmeza.

7.º No habiendo actuado de aquel modo, resulta improcedente tanto el hacer recaer sobre los trabajadores las consecuencias presuntamente negativas de aquella falta y omisión empresarial, como el pretender que la prima de compensación abonada el 30 de enero de 1976 era superior a la procedente y, en consecuencia, intentar ya deducir de la cantidad objeto de condena el importe de la presunta deuda, ya suspender ex nunc el abono de la prima de compensación o reducir su cuantía.

8.º Téngase bien presente que las cantidades que hubiesen correspondido a los trabajadores en concepto de prestación de jubilación y prima de compensación, si el cálculo de la prestación se hubiese realizado el 30 de enero de 1976 y no en septiembre de 1972, hubieran sido muy superiores a las reconocidas con anterioridad.

9.º Por otra parte, la cuestión de la reconversión, como subraya el Magistrado ejecutante, “ya fue alegado y enjuiciado en la sentencia de esta Magistratura y, posteriormente, en la que puso fin al recurso de suplicación interpuesto”. Si la empresa estimara le asiste el derecho de formularla de nuevo, proceda de tal modo mediante la interposición de la oportuna demanda ante la Jurisdicción Laboral, pero absténgase de tomar la justicia por su propia mano descontando la prima de compensación que desde la iniciación de este largo y complejo proceso ha venido abonando a los productores afectados por el expediente de crisis que nos motiva.

En mérito, pues, a cuanto antecede, el Defensor del Pueblo sugiere a V.I., apelando a su sentido de justicia y equidad, tenga a bien impartir las órdenes oportunas y necesarias al objeto de:

1) Proceder al cumplimiento de la sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 11 de abril de 1985, en toda su amplitud, sin esperar a la conclusión de los trámites judiciales de ejecución.

2) Tener por nulas y, en consecuencia, por inexistentes, las renunciaciones que hayan podido producirse con respecto a la percepción de las cantidades fijadas por aquella resolución judicial.

3) Continuar abonando, mientras no mediare declaración administrativa o judicial que otra cosa dispusiere, el importe de la prima de compensación que los trabajadores afectados percibían el 30 de enero de 1976.

Madrid, 31 de octubre de 1985.

**Recomendación dirigida al Director General Gerente de la Empresa Municipal de Transportes de Madrid, S. A.**

**Recomendación 31/1985, de 7 de noviembre, sobre la Ley 26/1985, de 31 de julio, de Medidas Urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social.**

*(BOCG. Congreso. Serie E. núm. 4, págs. 258-259).*

Promulgada la Ley 26/1985, de 31 de julio («B. O. E.», núm. 183, del día 1 de agosto, en lo sucesivo dictada como Ley 26/1985, comparecieron ante esta institución diversos sindicatos, asociaciones y personas individuales, solicitando que el Defensor del Pueblo hiciera uso de la legitimación activa que le confieren el artículo 162.1 de la Constitución, el artículo 32.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, reguladora del Tribunal Constitucional, y el artículo 29 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que nuestra institución se rige, e interpusiera recurso de inconstitucionalidad contra diversos preceptos de la expresada Ley 26/1985.

Analizadas con el debido respeto y detenimiento las alegaciones contenidas en los escritos de los reclamantes y evaluados los preceptos de la ley impugnada a la luz de la propia Constitución, de los Pactos y Convenios Internacionales ratificados por España y de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la Junta de Coordinación y Régimen Interior de esta institución, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 18.1 de nuestro Reglamento de Organización y Funcionamiento (aprobado por las Mesas del Congreso y del Senado en reunión conjunta del 6 de abril de 1983), emitió su preceptivo informe en el sentido de no estimar suficientemente fundado hacer uso de la expresada legitimación activa para interponer recurso de inconstitucionalidad, sin perjuicio del pleno respeto que se debe a cualquier otra opinión diferente y de las posibilidades jurídicas que quedan abiertas a los reclamantes, si lo estiman pertinente, para la tutela de sus derechos, incluso ante el Tribunal Constitucional, por las demás vías que establece nuestro ordenamiento jurídico.

Sin embargo, la misma Junta de Coordinación y Régimen Interior estimó pertinente que el Defensor del Pueblo ejercitara la facultad que le confiere el artículo 28.1 de la Ley Orgánica por la que se rige y formulara a las Cortes

Generales y al Gobierno, en lo que a cada uno de esos Poderes públicos compete, una «recomendación» encaminada a evitar que en el desarrollo reglamentario y en la aplicación de la Ley 26/1985 se produzcan situaciones injustas o perjudiciales para los administrados y se elimine, en consecuencia, cualquier posible infracción de los preceptos constitucionales. De conformidad con dicho informe, el Defensor del Pueblo se honra en formular la Recomendación que al final, de este escrito se concreta.

A los efectos pertinentes importa consignar de modo sucinto los siguientes fundamentos:

## 1. CONSIDERACIONES PREVIAS

1. Relación de los peticionarios de este recurso de inconstitucionalidad y síntesis de sus principales argumentos.

a) La Asociación de los «Defensores de la Tercera Edad» (Queja núm. 12.222/1985) considera que el artículo 4.º de la Ley 26/1985 infringe el artículo 50 de la Constitución al excluir del nuevo sistema de revalorización de las pensiones, que en dicho precepto se concretan, las demás pensiones causadas con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva norma legal.

b) La Confederación Sindical de Comisiones Obreras (Queja núm. 12.272/1985), que denuncia igualmente la inconstitucionalidad de dicho artículo 4.º (por estimar que vulnera el artículo 14 de la Constitución); los artículos 1.2, 2.1, 2.2.b) y 5.º, por apreciar infracción de los artículos 9.º, 14, 41, 49 y 50 del Texto Constitucional en la medida en que disminuyen o restringen el nivel mínimo de protección social logrado en la legislación vigente hasta la entrada en vigor de la Ley impugnada, con lo que infringen el principio de «irreversibilidad de los derechos de naturaleza social» y el principio de «irregresividad» en la tutela social legalmente alcanzada; añadiendo la denuncia del artículo 3.º por estimar (aun reconociendo que la «inconstitucionalidad no aparece tan clara como en los preceptos anteriores») que contribuye a esa regresión social, y, finalmente, aduce que es irreal la presunta compensación de la disminución de la cobertura legal mediante la ampliación de las prestaciones asistenciales.

c) La Conferencia Nacional de Trabajo (Queja núm. 12.905/1985), que se adhiere plenamente a la queja formulada por la antedicha Confederación Sindical de Comisiones Obreras sin insistir en nuevas motivaciones.

d) La Unión Sindical Obrera (Queja número 13.935/1985), que también impugna el artículo 4.º de la Ley 26/1985 como contrario al principio de igualdad, consagrado por el artículo 14 de la Constitución, así como el artículo 5.º de aquella Ley, por estimar que infringe el principio de irregresividad de la

protección social y de la tutela de los derechos adquiridos, y los artículos 1.3, 2.1, 2.2.b) y 2.3, por conculcación de los artículos 9.º, 10, 14, 41, 43.2, 49, 50, 53 y 96 de la CE.

e) El Sindicato «Fuerza Nacional del Trabajo» (Queja núm. 12.466/ 1985), que igualmente denuncia el artículo 4.º de la Ley 25/1985 como infractor de los artículos 14 y 50 de la CE.

f) La «Organización de Consumidores y Usuarios» (OCU) y la «Federación Española de Asociaciones de Amas de Casa y del Consumo Familiar», así como numerosas personas individuales, en sendos escritos, algunas de las cuales se limitan a pedir la interposición del recurso sin concretar los motivos de inconstitucionalidad, y en otros se denuncia el artículo 4.º por infracción de los artículos 14 y 50 de la Constitución, y el artículo 5.º por considerar que infringe los artículos 35.1, 39.2 y 41 de la misma norma suprema.

## 2. Exigencia constitucional de progresividad en la tutela de los derechos económicos, sociales y culturales.

2.1 No resulta necesario ni pertinente expresar aquí, de manera pormenorizada, el resultado del análisis de los fundamentos o motivos de inconstitucionalidad alegados por los reclamantes (lo que se hará en las preceptivas comunicaciones a los mismos, en cumplimiento de lo que preceptúa el artículo 17.1 de la Ley Orgánica por la que nos regimos).

A los efectos de la presente «recomendación» es indispensable tener en cuenta que el argumento básico de las quejas formuladas gira en torno a lo que se denomina «principio constitucional de irregresividad social y carácter de mínimo, constitucionalmente protegido y garantizado del nivel de protección de la Seguridad Social existente antes de la entrada en vigor de la nueva Ley»; principio ése que, según argumentos expuestos en los escritos de queja, encuentra fundamento en los artículos 1.º, 9.º, 10.1, 41, 49 y 50 de la CE, en los Pactos Internacionales suscritos por España y en determinadas sentencias del Tribunal Constitucional (70/1983, de 26 de julio; 19/1982, de 5 de mayo; 121/1983, de 15 de diciembre; 81/1982, de 5 de mayo; 121/1983, de 15 de diciembre; 81/1982, de 21 de diciembre, y las de 22 y 23 de noviembre de 1983), y en el Auto del Tribunal Central de Trabajo de 9 de mayo de 1983 sobre promoción de cuestión de inconstitucionalidad en torno a la norma del artículo 51 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 28 de diciembre del mismo año, relativa a la limitación de la cuantía de la pensión de jubilación.

2.2. Aunque la evaluación objetiva de esas alegaciones, a la luz de los propios preceptos invocados y de las sentencias del Tribunal Constitucional, ya

mencionadas, y otras a las que luego se hará referencia, no lleve a la convicción de la procedencia de interponer el solicitado recurso de inconstitucionalidad, sino a formular la presente «recomendación», importa arrancar, como prioritaria motivación de la misma, del convencimiento que mueve al Defensor del Pueblo sobre que el espíritu de la Constitución ha de impulsar el desarrollo legislativo y la actuación ulterior de la Administración Pública en la línea de «promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida», y para «establecer una sociedad democrática avanzada», como bellamente declara el preámbulo de nuestra Magna Carta.

A esa luz no puede olvidarse que son valores superiores del ordenamiento jurídico la justicia y la igualdad (art. 1.1); que «corresponde a los Poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivos y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud» (art. 9.2), y que «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad son fundamento del orden político y de la paz social» (art. 17.1).

De esos principios constitucionales se infiere que es obligación de todos los Poderes públicos «promover las condiciones favorables para el progreso social y económico» (art. 40.1); «mantener 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» (art. 41), y garantizar, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad», y «promover, con independencia de las obligaciones familiares, el bienestar de los ciudadanos mediante un sistema de servicios sociales que atiendan sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio» (art. 50).

2.3. En congruencia con estos valores, principios y preceptos constitucionales, importa insistir en que son derechos fundamentales los contenidos en el Capítulo III del Título primero de la CE no sólo porque éste explícitamente se refiere en su propio encabezamiento a los «Derechos y deberes fundamentales», lo que cubre todo su contenido (y así lo reconoce la más relevante doctrina científica y la Jurisprudencia Constitucional), sino porque, además, como derechos fundamentales se tipifican en los Pactos y Convenios Internacionales suscritos y ratificados por España (Declaración Universal de 1948, Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, Carta Social Europea de 1961 y numerosos Convenios de la O. I. T.) que forman parte integrante de nuestro ordenamiento jurídico de rango constitucional (art. 96 de la CE) y son pauta obligada de interpretación

de todas las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades que la Constitución reconoce (art. 10.2).

2.4. A mayor abundamiento, el artículo 53 de la CE determina categóricamente, como es notorio, 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», y el Tribunal Constitucional lo ha refrendado inequívocamente al declarar que la dicción del artículo 53.3 de la CE «impide considerar a tales principios como normas sin contenido y obliga a tenerlos presentes en la interpretación, tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes» (sentencia 19/1982, de 5 de mayo, Fundamento Jurídico 6.º).

2.5. En consonancia, pues, con el espíritu, e incluso con la letra de la Constitución, el desarrollo y la aplicación de lo dispuesto en el artículo 41 (régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos) y en el artículo 50 (pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas para los ciudadanos durante la tercera edad) exigen un desarrollo por el Poder legislativo y la ulterior reglamentación y aplicación por los órganos de la Administración Pública en sentido progresivo, conforme con la doctrina que configura a la Seguridad Social como «institución constitucionalmente garantizada», y cuya presentación es indispensable para asegurar el cumplimiento de los invocados principios de nuestra Magna Carta y de los Pactos Internacionales.

Sin duda, el legislador y la Administración Pública habrán de tener en cuenta los penosos condicionamientos dimanantes de una coyuntura socioeconómica desfavorable y las posibilidades mismas de financiación en el sistema de la Seguridad Social y en la aportación del Estado, pero sin que ello pueda redundar en quebranto de los referidos derechos fundamentales de los ciudadanos y precisamente de aquellos que más requieren protección y progreso en la calidad de su vida, por exigencia de los valores de igualdad y de justicia que nuestra Constitución consagra.

## II. PUNTOS JURIDICOS ESPECIFICOS DE LA RECOMENDACION QUE SE FORMULA

1. Sobre la necesidad y la urgencia de que España ratifique el Convenio 102 de la Organización Internacional de Trabajo.

1.1. Como es sabido, el Estado español ratificó la Carta Social Europea (de 18 de octubre de 1961) mediante instrumento firmado el 29 de abril de 1980 y publicado en el «Boletín Oficial del Estado» de 26 de junio del mismo año, por lo que ese singularmente valioso Pacto internacional ha pasado a integrarse en

nuestro ordenamiento jurídico interno al más alto nivel, según preceptúa el artículo 96 de la Constitución.

Como es igualmente notorio, en el Preámbulo de dicha Carta se expresa que:

«El goce de los derechos sociales debe quedar garantizado sin discriminación por motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política y origen social», y declara que los Gobiernos signatarios, como miembros del Consejo de Europa, «están resueltos a desplegar en común todos los esfuerzos posibles para mejorar el nivel de vida y promover el bienestar de todas las categorías de sus poblaciones, tanto rurales como urbanas, por medio de instituciones y actividades apropiadas».

A tal finalidad y con ese ánimo «las Partes Contratantes reconocen como objetivo de su política, que habrá de seguirse por todos los medios adecuados, tanto de carácter nacional como internacional, el establecer aquellas condiciones en que puedan hacerse efectivos los derechos y principios siguientes... 12. Todos los trabajadores y las personas a su cargo tienen derecho a la Seguridad Social» (Parte I).

En desarrollo de esta básica declaración de Partes Contratantes (en el art. 12.2 y 3) para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la Seguridad Social se comprometen:

«2. A mantener el régimen de Seguridad Social en un nivel satisfactorio, equivalente, por lo menos, al exigido para la ratificación del Convenio Internacional del Trabajo (núm. 102) sobre normas de Seguridad Social», y

«3. A esforzarse por elevar progresivamente el nivel del régimen de Seguridad Social» (Parte II).

Por considerar que ese derecho social (con otros seis más) es de fundamental importancia, las Partes Contratantes se comprometen a considerarse obligadas, al menos por cinco de los siete artículos de la parte II de la propia Carta: artículo 1 (derecho al trabajo), artículo 5 (derecho sindical), artículo 6 (derecho de negociación colectiva), artículo 12 (derecho a la Seguridad Social), artículo 16 (derecho de la familia a una protección social, jurídica y económica) y artículo 19 (derechos de los trabajadores emigrantes y sus familiares a protección y asistencia), así como a poner en práctica un número adicional de artículos o párrafos numerados de la misma Parte II de la Carta que el Estado contratante elija, siempre que el número de los artículos y

de los párrafos numerados a los que quede obligada no sea inferior a 10 artículos o a 45 párrafos numerados. De otra parte, los artículos o párrafos elegidos serán notificados por la Parte Contratante al Secretario General del Consejo de Europa en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o de aprobación (Parte III, art. 20).

Dado que no consta que el Estado español haya hecho uso, en su momento, de la facultad de elección prevista en dicho artículo 20 de la Carta Social Europea, ha de colegirse que quedó obligado por el hecho de la ratificación misma a la totalidad de los artículos comprendidos en la Parte II, con la única salvedad de la Declaración contenida en el instrumento de ratificación, referente a los artículos 5.º Y 6.º, pero queda, por consiguiente, el artículo 12, incluido en el ámbito obligacional asumido.

Ha de recordarse, de otro lado, que el Convenio número 102 de la O. I. T. o «norma mínima» de la Seguridad Social determina en su artículo 2.º que todo Estado miembro que lo ratifique deberá aplicar:

- a) La Parte I.
- b) Tres, por lo menos, de las Partes II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX y X, que comprendan, por lo menos, una de las Partes IV, y, VI, IX y X.
- c) Las disposiciones correspondientes de las partes XI, XII y XIII.
- d) La Parte XIV.

Y, además, especificar en la ratificación cuáles de las Partes II a X son aquellas respecto a las cuales acepta obligarse.

En resumen, las obligaciones del Estado que ratifique el Convenio 102 pueden quedar circunstancias, a su discreción, a tres de las nueve contingencias contempladas en la «norma mínima».

Ahora bien, como es igualmente sabido, el Estado español no ha ratificado todavía dicho importante Convenio 102 de la O. I. T., y de ahí se desprende la anómala situación en que España se encuentra, de que, asumidas las obligaciones dimanantes del artículo 12 de la Carta Social Europea, sigue sin concretarse (a tenor de lo establecido en el artículo 2.º del expresado Convenio no ratificado) qué Partes del mismo resultan vinculantes para nuestro Estado.

Resulta, pues, necesario y urgente, por coherencia jurídica y por respeto precisamente a la Carta Social Europea, ella sí ratificada por España, proceder a la ratificación del convenio núm. 102 de la O. I. T., con lo que será realmente

eficaz el compromiso dimanante del artículo 12.2 de la Carta, asumido por España.

1.2 Como complemento de lo expuesto, importa también recordar que el artículo 12.2 de la Carta Social Europea preceptúa el mantenimiento de un «nivel satisfactorio» en el régimen de Seguridad Social y lo define por referencia al nivel exigido para la ratificación del convenio 102 de la O. I. T., conceptualizado a su vez como un «mínimo».

Ello mueve a interpretar el apartado 2.º del artículo 12 de la Carta Social Europea a la luz del apartado 3.º, a cuyo tenor las Partes Contratantes se comprometen «a esforzarse por elevar progresivamente el nivel del régimen de Seguridad Social».

De ahí se infiere que la facultad de elección contenida en el artículo 2.º del convenio núm. 102 de la O. I. T., no puede ir en menoscabo del mantenimiento de un nivel satisfactorio del sistema de Seguridad Social, sino que ha de esforzarse por elevarlo, con referencia al grado de desarrollo históricamente alcanzado por ese sistema en el País de que se trate, en este caso España.

Añádase a ello —como ya se ha dicho— que las prestaciones sociales del régimen público de Seguridad Social han de ser «suficientes» en las situaciones de necesidad, especialmente en casos de desempleo (art. 41 de la CEE), y que los «Poderes públicos han de garantizar, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad» (art. 50). En definitiva, la interpretación de estos «conceptos jurídicos indeterminados» ha de realizarse en conexión con el compromiso contraído por España al ratificar la Carta Social Europea, y dentro de ella el artículo 12, incluso antes de que se ratifique el Convenio 102 de la O.I.T.

Este criterio es convergente con el establecido por el Tribunal Constitucional en su Sentencia número 81/1982, de 21 de diciembre (Fundamento Jurídico 3.º, que se repite en la sentencia 98/1983, de 15 de noviembre, Fundamento Jurídico 2.º):

«Dado el carácter social y democrático del Estado de Derecho que nuestra Constitución erige y la obligación que al Estado imponen los artículos 9.2 y 35 de la Constitución de promover las condiciones para que la igualdad de los individuos y los grupos sean reales y efectivas ... debe entenderse que no se puede privar al trabajador, sin razón suficiente para ello, de las conquistas sociales ya conseguidas.»

1.3. En consecuencia de todo lo expuesto, el Defensor del Pueblo, con el mayor respeto, considera necesario que nuestro Estado ratifique el convenio 102 de la O. I. T. incluyendo la Parte IX, y todas las otras normas relativas a las contingencias y situaciones afectadas por los artículos 41 y 50 de nuestra Constitución, y que a esa luz se interpreten y apliquen los preceptos de la Ley 26/1985.

## 2. Sobre la revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social.

La mayoría de las expresadas solicitudes de recurso de inconstitucionalidad recibidas en esta Institución contra la Ley 26/1984 insisten en el importante aspecto del nuevo criterio de revalorización de las pensiones que esa norma legal establece, y, sobre todo, en las desfavorables consecuencias que pueden derivarse para aquellas otras pensiones que se generaron al amparo de la normativa precedente, no derogada por la Ley impugnada.

Para enjuiciar de un modo objetivo y ecuánime tan complejo y delicado problema es preciso considerar sus diversas dimensiones:

2.1. En primer término, la modificación que entraña el artículo 4.º de la Ley debatida tiene un valor positivo para las pensiones a las que afecta, y desde este punto de vista está en la línea de progresividad que en esta Recomendación se propugna. En efecto, dicho precepto introduce en el Derecho español de Seguridad Social un sistema de revalorización indicada y «cuasi automática» de las pensiones que se generen con arreglo a los requisitos establecidos en la nueva Ley, utilizando como parámetro el Índice de Precios al Consumo (IPC) previsto para cada año.

Complementariamente, la Disposición Adicional quinta prevé un sistema de revalorización que garantiza el poder adquisitivo de todas las pensiones de cuantía inferior al Salario Mínimo Interprofesional mediante un ajuste en el año siguiente de las desviaciones sobre el IPC previsto.

Y es de recalcar que, según la expresada Disposición Adicional quinta, este criterio se aplicará tanto a las pensiones causadas con anterioridad a la Ley 26/1985, cuanto a las generadas a partir de su entrada en vigor.

Es, pues, notorio que el artículo 4.º entraña un progreso respecto a la situación existente con anterioridad, ya que —como es sabido— el artículo 92 de la Ley General de la Seguridad Social (en lo sucesivo, LGSS), establecía que todas las pensiones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia serían revalorizadas periódicamente por el Gobierno, «teniendo en cuenta, entre otros factores, la elevación del nivel medio de los salarios, el

índice de coste de la vida y la evolución general de la economía, así como las posibilidades económicas del sistema de Seguridad Social». Obviamente tal precepto abría un amplísimo campo de «discrecionalidad» al Poder ejecutivo para revalorizar, en mayor o menor medida, o no revalorizar, incluso, dichas pensiones.

Desde este punto de vista, el nuevo criterio de revalorización de determinadas pensiones, según el artículo 4.º de la Ley 26/1985, no puede considerarse en sí mismo como inconstitucional, precisamente porque restringe la «discrecionalidad», del Gobierno respecto al amplísimo margen que le otorgaba —y le sigue otorgando para muchas otras pensiones— el referido artículo 92 de la LGSS.

De todas formas importa notar, para una correcta comprensión del alcance de este nuevo criterio revalorizador de las pensiones afectadas por la Ley 26/1985, que no entraña, en principio, un aumento o mejora de la cuantía económica real de la pensión, sino la garantía de la no disminución del poder adquisitivo de su valor monetario por debajo del incremento del IPC previsto por el Gobierno para el año siguiente.

La finalidad de la norma no es, pues, incrementar el valor real de la pensión, sino evitar que en caso de inflación las pensiones percibidas hagan disminuir en años sucesivos el poder adquisitivo de sus perceptores.

En otras palabras, el objetivo de la norma es impedir que los perniciosos efectos de la inflación dañen al colectivo de los pensionistas, que son quienes poseen menos capacidad de autodefensa y constituyen, por ello, un sector social especialmente débil.

Lo que en este aspecto hace el artículo 4.º de la nueva Ley es asegurar que las pensiones que entran en su órbita no sufrirán un deterioro de su valor, muy diferente al que se pueda producir por la depreciación monetaria.

2.2. En contrapunto, y examinada la cuestión desde la otra vertiente, se tropieza con el problema consistente en que esa innovación del predicho artículo 4.º de la Ley 26/1985 (respecto al parámetro de revalorización de pensiones) no se aplica a las generadas con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley, y para éstas (salvo las de cuantía inferior al Salario Mínimo Interprofesional) Sigue rigiendo lo dispuesto en el artículo 92 de la LGSS.

De aquí se desprende un grave riesgo de situaciones de injusticia e insolidaridad. En efecto, la aplicación de distintas pautas de revalorización (a pensiones de una misma clase, idéntica cuantía e igual sistema de previsión y percibidas en un mismo momento) abre la puerta a situaciones injustas al

permitir un tratamiento diferente, tanto respecto a la periodicidad de la revalorización cuanto a la determinación de su importe.

Los peticionarios del recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 26/1985 alegan que ese diferente tratamiento infringe el principio de igualdad y no discriminación, consagrado por el artículo 14 de la CE, y por los preceptos análogos de los Pactos Internacionales ratificados por España.

Para dilucidar el alcance de este grave reparo (sobre todo, en cuanto posible motivo de recurso) importa tener en cuenta la Jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional, que en su Sentencia 19/1982, de 5 de mayo (recaída en el recurso de amparo 398/1981), declaró:

«No cabe negar que la diferencia temporal exista, porque de otro modo se destruiría la posibilidad de innovación o se someterían las situaciones jurídicas a una mutación radical y constante en detrimento de la seguridad jurídica. Ahora bien, aquí se da la circunstancia de que el tratamiento diferente no es el de hechos (anteriores o posteriores a una fecha de entrada en vigor de una nueva regulación), sino de situaciones actuales, en virtud de la diferencia temporal de los hechos que las produjeron. No es que el ordenamiento trate de modo desigual las consecuencias jurídicas del fallecimiento del cónyuge, según que éste se produzca antes o después de una fecha, lo que es comprensible, sino que trata de modo desigual los derechos actuales de la viuda, según la fecha en que se haya producido el hecho causante» (Fundamento Jurídico 4.º). Y seguidamente concreta:

«Para dar respuesta a la pregunta de si la desigualdad así engendrada por la “cascada” de disposiciones... es o no discriminatoria, cabe discernir por de pronto, en los sucesivos regímenes de pensiones a que dan lugar, un proceso legislativo de mejoras con la evidente tendencia hacia una generalización igualitaria de las mismas.

Siendo claro y expreso el propósito del legislador de perfeccionar e igualar el régimen de la Seguridad Social para todas las categorías de trabajadores, la desigualdad que resulta de las cláusulas relativas a la temporalidad para las personas que están en la misma situación de viudez no es objeto de explicación ni de justificación por el legislador...» (Fundamento Jurídico 5.º).

Seguidamente, el mismo Alto Tribunal afirma:

«La determinación de qué debe entenderse, en el contexto del presente caso, por desigualdad que entrañe discriminación viene dada

esencialmente por la propia Constitución, que obliga a dar relevancia a determinados puntos de vista entre los cuales descuelga el principio del Estado social y democrático de Derecho del artículo 1.1, que informa una serie de disposiciones, como el mandato del artículo 9.2, que prescribe a los poderes públicos “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas”, y “remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud”, y el conjunto de los principios rectores de la política social y económica del Capítulo III del Título primero, cuyo reconocimiento, respeto y protección “informarán” la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los Poderes públicos, según dice el artículo 53.3 de la Constitución, que impide considerar a tales principios como normas sin contenido y que obliga a tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes.

Entre tales principios se encuentra el del artículo 50, que ordena a los poderes públicos garantizar, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, “la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad”, y que debe considerarse criterio de interpretación preferente en el presente caso. El principio de igualdad ha de interpretarse, por tanto, en el sentido más favorable a la realización de este objetivo, lo que significa un especial rigor a la hora de considerar justificada una desigualdad en este terreno. Desde este punto de vista parece claro que no es motivo suficiente para establecer un trato diferente en cuanto a la compatibilidad de pensiones el dato de que el hecho causante se haya producido antes o después de una determinada fecha» (Fundamentos Jurídico 6.º).

Análogamente, el mismo Tribunal Constitucional, en su sentencia 7/1982, de 26 de febrero (recaída en el recurso de amparo 88/1981), y precisamente en un supuesto de invocada discriminación en materia de actualización de pensiones, manifestó:

«... el referido artículo 14 de la Constitución es el relativo al derecho de igualdad jurídica que prohíbe la discriminación o, dicho de otro modo, que la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable. La falta de este elemento de razonabilidad en las resoluciones administrativas del caso que nos ocupa se produce. . . porque la aplicación de la cambiante legislación de pensiones. . . requiere una interpretación armonizadora, pues no se puede tratar desigualmente supuestos de hecho que tienen un contenido semejante y poseen un marco jurídico equiparable. . . » (Fundamento Jurídico 2.º).

Sin embargo, no es posible olvidar que el propio Tribunal Constitucional, en varias sentencias posteriores (Vgs. 70/1983, de 26 de julio; 12 1/83, de 15 de diciembre, y la 103/1984, de 12 de noviembre), ha ido matizando esa doctrina legal. Así, en la primera de ellas —la 70/1983, de 26 de julio—, recaída en el recurso de amparo 61/1983, ha declarado:

«El tratamiento diferenciado... no puede reputarse a una neta consideración distinta de situaciones iguales sin más motivación o circunstancias determinantes que la diferencia de fecha en el monto de producción de esas situaciones. Las sucesivas alteraciones de los preceptos rectores de estas prestaciones pasivas, de signo progresivamente favorable a los beneficiarios..., ha obligado permanentemente a la fijación de determinadas fechas como límite temporal que posibilite o no este tipo de nuevas y más favorables percepciones..., lo que provoca diferencia de situaciones entre los beneficiarios a los que la Administración reconoce nuevos derechos con aquellos otros... a los que no los extiende.»

Esta orientación jurisprudencial, juntamente con las otras consideraciones ya expuestas respecto a la progresividad del nuevo criterio de revalorización introducido por el artículo 4.º de la Ley debatida, dificulta seriamente la posibilidad de alegar, de manera indubitada, que este precepto entrañe un vicio formal de inconstitucionalidad.

2.3. No obstante, es patente que la puesta en práctica de este nuevo criterio de revalorización únicamente para las pensiones sujetas a los requisitos de la nueva Ley, pero no para todas las otras, originará, como ya se ha dicho, situaciones realmente injustas y gravemente perjudiciales para los antiguos pensionistas si no se adoptan, con urgencia, medidas correctoras, sin duda posibles, como «autolimitación» del Poder ejecutivo, incluso en el marco del artículo 92 de la LGSS.

En efecto, a la luz de la antedicha doctrina del Tribunal Constitucional, principalmente en las invocadas Sentencias 7/1982, de 26 de febrero, y 19/1982, de 5 de mayo, se propugna una «interpretación armonizadora» sobre revalorización de las pensiones de un mismo sistema de previsión. Es posible, y a juicio de esta Institución es necesario, dicho sea con el máximo respeto, que avanzar hacia una fórmula que evite el riesgo de inconstitucionalidad y sirva a los valores superiores de la igualdad y de la justicia.

2.4. Pero, previamente a la concreción de esa fórmula, resulta necesario esclarecer un último aspecto que, a veces, ha sido invocado para intentar una justificación a la diferencia de trato en esa revalorización de las pensiones que introduce la Ley 26/1985.

Ese argumento busca apoyarse en que la nueva Ley exige para tener derecho a la pensión una serie de requisitos diferentes de los establecidos en las normas anteriores, singularmente en lo que se refiere al período mínimo de cotización y al diferente cálculo de la base reguladora.

Sin embargo, y con toda objetividad, esa alegación no es suficiente para rebatir las razones precedentemente expuestas, a las que importa añadir otras dos de carácter complementario:

a) En primer término, la disminución de la cuantía inicial de las pensiones, a resultas de las modificaciones introducidas en el cálculo de la base reguladora de la Ley 26/1985, no puede predicarse con carácter universal.

En el debate parlamentario de esta norma legal se expusieron ejemplos que afectan a numerosos trabajadores y en los que la nueva base reguladora (calculada según los criterios de la nueva Ley), y, por tanto, el importe de la pensión correspondiente, no es inferior a la que tendría el mismo trabajador en el supuesto de haber calculado la mencionada base de acuerdo con la normativa anterior (cfr. «Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados», Comisión de Política Social y Empleo, de 12 de junio de 1981, pags. 9946 y 9947).

b) En segundo lugar, y en congruencia con lo anteriormente expuesto, una vez causadas las pensiones, aunque el derecho a las mismas haya estado sometido a distintos requisitos, en virtud de modificaciones sucesivas introducidas por el legislador, la cuestión que realmente se plantea es, repetimos, el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones que se perciben en un momento determinado, sin que tengan suficiente relevancia jurídica los requisitos a que haya estado sometido su reconocimiento. Añádase a ello que, por imperativo del artículo 53.3 de la Constitución, resulta ineludible que el legislador, sobre esta materia, tenga siempre en cuenta lo preceptuado por el artículo 50 de la misma norma suprema y se adopte el criterio más favorable al mandato contenido en ese precepto en orden a garantizar la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad mediante pensiones adecuadas, y periódicamente actualizadas, como muy justa y certeramente subrayó, en su día, el Tribunal Constitucional en la invocada sentencia 19/1985, de 5 de mayo.

2.5. Recapitulando todo lo expuesto, la Institución del Defensor del Pueblo entiende que las pensiones de la misma clase, del mismo sistema de previsión, de la misma cuantía y que se perciben en el mismo momento deben ser revalorizadas con criterios idénticos, pues la diversidad origina un mayor quebranto económico a unos perceptores que a otros sin justificación jurídica

suficiente. De ahí la necesidad, que es motor principal de esta recomendación, de propugnar medidas encaminadas a que en las futuras revalorizaciones periódicas de las pensiones, a las que sea de aplicación todavía el artículo 92 y la Disposición Final tercera de la LGSS, no se origine un injusto deterioro en su poder adquisitivo, y a tal efecto es necesario que las pensiones causadas al amparo de la legislación anterior a la Ley 26/1985 sean revalorizadas con la misma periodicidad que la prevista en el artículo 4.º de esa norma legal, y que, en todo caso, una misma pauta de revalorización alcance a todas las pensiones mediante fórmulas que hagan compatible el criterio de proporcionalidad con el principio de solidaridad y se conserve, y, si fuera posible, se incremente, el poder adquisitivo de todas las pensiones, sin distinción alguna.

3. Sobre un posible supuesto de discriminación por razón de sexo si no se corrige un presumible error de redacción en el texto de la Disposición Adicional tercera de la Ley 26/1985.

3.1. El artículo 5.º de la Ley 26/1985 opera una importante modificación en el régimen de protección a la familia dentro del Sistema de Seguridad Social, en cuanto que suprime la asignación del pago periódico por cónyuge y las asignaciones de pago único por matrimonio y por nacimiento de hijos, para concretar la cobertura en la asignación periódica «por hijos a cargo», legal o reglamentariamente establecida. En el fondo, se ha adoptado un criterio de protección diferencial en función del nivel de ingresos de los beneficiarios. Dada la mínima cuantía de las prestaciones de protección a la familia hasta ahora en vigor (y que en todo deberían mejorarse a la luz de lo preceptuado en el artículo 39 de la Constitución), puede estimarse que la antedicha modificación legal, introducida por el artículo 5.º de la nueva Ley, implica el cambio desde una «desprotección generalizada» a una protección selectiva», y este cambio, en sí mismo, no entraña vicio de inconstitucionalidad.

De otra parte, la supresión de la asignación periódica por cónyuge elimina un claro supuesto de discriminación por razón de sexo que producía la aplicación del artículo 167 de la LGSS, al condicionar el derecho de la mujer trabajadora a una asignación por su marido, a la doble circunstancia de que éste se encontrara incapacitado para el trabajo y a cargo de ella, mientras que estos requisitos no se establecían en el caso inverso.

Contra esta situación discriminatoria, la Institución del Defensor del Pueblo, amparándose en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (especialmente en sentencias de 22 y 23 de noviembre de 1983), recomendó en su momento al Gobierno la pertinente modificación de dicha norma legal; avance que ahora resultaría consagrado merced al expresado artículo de la Ley 26/1985.

3.2. En patente contraposición —extraña e incluso paradójica— la misma Ley 26/1985, al tiempo que suprime lo que era un precepto discriminatorio establece, por lo menos en la literalidad de su texto, un nuevo supuesto de discriminación por razón de sexo, tal como está redactada la Disposición Adicional tercera.

En efecto, este precepto determina que «las asignaciones mensuales por esposa, reconocidas a pensionistas de la Seguridad Social con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, seguirán percibiéndose hasta el 31 de diciembre de 1985, y a partir de dicha fecha la cuantía de la citada asignación se incorporará a la pensión que tuvieran reconocida dichos pensionistas, en la forma y condiciones que por el Gobierno se determinen».

Ahora bien, como no es gramaticalmente posible interpretar que la expresión «asignación mensual por esposa» incluya también al marido incapacitado y a cargo de la mujer pensionista, se desemboca en la rechazable consecuencia de que, al omitir la referencia al esposo, dicho precepto, de no ser corregido, infringiría el principio de igualdad y no discriminación, que consagra el artículo 14 de la Constitución, ya que sería patente el tratamiento desigual, esto es, discriminatorio, en perjuicio de la mujer.

En efecto, a tenor de lo literalmente establecido en dicha Disposición Adicional tercera, cuando se trate de pensionistas del sexo masculino, la asignación se seguirá percibiendo hasta el 31 de diciembre de 1984 y posteriormente, se incorporará a su propia pensión, mientras que en el caso de pensionistas del sexo femenino la asignación queda radicalmente suprimida, como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 5.º de la Ley.

Es obvio que esta discriminación por razón de sexo (patente si el texto no se modifica) entrañaría infracción del artículo 14 de la Constitución, refrendado precisamente para supuestos de esta índole por la conocida Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el alcance del principio de igualdad, y muy en concreto en sus sentencias de 22 y 23 de noviembre de 1983, que específicamente se refieren a supuestos de discriminación por razón de sexo en materia de Seguridad Social. Procede también invocar la «Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer» (de 18 de diciembre de 1979), ratificada por España mediante Instrumento de 16 de diciembre de 1983, en la que se preceptúa la adopción de todas las medidas pertinentes para eliminar cualquier tipo de discriminación contra la mujer y garantizar, en condiciones de igualdad entre mujeres y hombres, el derecho de Seguridad Social y el derecho a las prestaciones familiares.

En conclusión, el Defensor del Pueblo estima imprescindible que sea modificada mediante la promulgación de una norma legal (ya que se trata de rectificar el texto de otra norma de esa jerarquía) la, sin duda, involuntaria inadvertencia en la redacción de la analizada Disposición Adicional tercera de la Ley 26/1985, evitando así la infracción del artículo 14 de la Constitución y de los concordantes preceptos de los Pactos Internacionales ratificados por España.

4. Sobre la flexibilización de los requisitos exigidos para acceder a las prestaciones asistenciales en relación con el cumplimiento del mandato contenido en el artículo 41 de la Constitución.

4.1 El preámbulo de la Ley 26/1985 declara que uno de sus objetivos fundamentales consiste en la mejora de la protección no contributiva, Señalando, en este sentido, que «la revisión conjunta de otras manifestaciones protectoras, hasta ahora reguladas con independencia de las prestaciones de la Seguridad Social, inicia la transición hacia un nuevo modelo universalista y unitario de protección social en orden al cumplimiento de los mandatos constitucionales».

Con ese mismo espíritu se pone de relieve que la nueva norma legal, al disponer un incremento de la cuantía de las pensiones asistenciales para las personas sin recursos, «intensifica su carácter de protección supletoria para todas las personas que sean declaradas incapacitadas permanentes o lleguen a la vejez sin reunir los períodos mínimos de cotización exigidos para el acceso a las pensiones contributivas».

Sin embargo, tan laudable declaración de intenciones que, sin duda, merece pleno apoyo, y esta Institución del Defensor del Pueblo se honra en ofrecerlo y estimularlo, no ha logrado plasmar suficientemente en el articulado de la nueva Ley, ya que ésta se limita, en el articulado de la nueva Ley, ya que ésta se limita, en su Disposición Adicional cuarta a incrementar las pensiones asistenciales (a que se refiere la Disposición Adicional séptima de la Ley 50/1984, de Presupuestos Generales del Estado para 1985), pero no introduce modificación alguna en el actual régimen jurídico, y siendo éste gravemente restrictivo impedirá que ese incremento en la cuantía juegue un papel compensador respecto de quienes no alcancen derecho a las pensiones contributivas por efecto de las modificaciones operadas, con exigencia de más severos requisitos, por la Ley 26/1985, y no se conseguirá, en consecuencia, paliar el previsible «efecto expulsión» del sistema.

No es exagerado que, frente a lo que ha ocurrido en otros países (vgr, para el caso de Francia, J. J. Dupeyroux: *Droit de la Sécurité Sociale*, 9.<sup>a</sup> ed., Dalloz, París, 1984, págs. 998), mientras que nuestro sistema profesional y contributivo de Seguridad Social ha alcanzado unas cotas muy estimables de

desarrollo, los mecanismos asistenciales no han tenido una paralela extensión. La doctrina científica española ha podido, por ello, señalar el desequilibrio entre las funciones de sustitución y de compensación, circunstancia que

«... presenta una especial gravedad en la actual coyuntura, ya que la crisis económica, al aumentar los períodos de desempleo y las formas de empleo precario, dificulta el desarrollo normal de los procesos de adquisición de derechos en el marco de un sistema contributivo (la denominada “carrera de seguro”), mientras que, por otra parte, cualquier reforzamiento de la bilateralidad de este sistema, como consecuencia de una reforma que tiende a introducir determinados reajustes en la función sustitutoria, se traducirá, a causa del efecto de expulsión derivado del endurecimiento de los requisitos de acceso de la protección, en un crecimiento de los márgenes de la desprotección social.»

(Por ello)

«... debe realizar una reestructuración global de las funciones de sustitución y de compensación. Cualquier intento de ajuste parcial corre el grave riesgo de agravar los problemas del actual sistema sin corregir sus desviaciones. Sin un desarrollo simultáneo de la función de compensación, el reforzamiento de carácter contributivo para depurar la función de sustitución, aunque puede reducir, o encarecer, las infiltraciones fraudulentas, aumentará los amplios márgenes de desprotección ya existentes, al excluir a quienes, pese a encontrarse en una situación objetiva de necesidad, no puedan completar los requisitos de acceso más rígidos que introduciría una reforma de estas características» (A. Desdentado Bonete: «La reforma del régimen de pensiones y su conversión con los niveles contributivos de protección», en Relaciones Laborales, núm. 7, 1985, págs. 18 a 23).

4.2. Ante el limitado alcance, pues, de lo preceptuado en la Disposición Adicional cuarta de la Ley 26/1985, resulta necesario y urgente modificar los requisitos exigidos para acceder no sólo a las pensiones asistenciales a que dicha Disposición se contrae, sino también a las prestaciones del sistema en favor de las personas minusválidas, instituido por la Ley 13/1982, de 7 de abril, y desarrollado por el Real Decreto 383/1984, de 1 de febrero, como medio de compensar el denominado «efecto de expulsión», derivado de las restricciones para el acceso a las pensiones contributivas, a causa del aumento de los períodos de cotización exigibles.

a) De los requisitos exigidos para acceder al primero de estos mecanismos asistenciales (a los que se refiere la antedicha Disposición Adicional cuarta),

hay que insistir especialmente en el contenido de su artículo 1.º, apartado 2.b), que establece como condición para ser beneficiario de las mismas «no tener familiares que estén obligados a atenderle en la forma establecida en el Libro primero, Título VI, del Código Civil, o que teniéndolos carezcan de la posibilidad material de hacerlo».

Es tan evidente como doloroso que la rígida formulación de este requisito seguirá operando de un modo muy injusto, como ha venido ocurriendo hasta ahora, pues impide el acceso a dichas pensiones de muchos de sus posibles beneficiarios que realmente se encuentran en grave y comprobada situación de necesidad.

Ello ocurre fundamentalmente por dos razones:

En primer lugar, porque la referencia a la obsoleta regulación del derecho de alimentos en el Código Civil de 1889, discordante con la realidad actual de la estructura familiar y del efecto sobre ella de las condiciones socioeconómicas, implica condicionar el derecho a dicha prestación asistencial a que existan o no «parientes obligados» en una lista excesivamente extensa — cónyuge, ascendientes y descendientes, sin limitación de grado, y hermanos—, lo que explica el muy gran número de casos de incumplimiento de la obligación legal de prestar alimentos, incluso mediando procedimiento judicial, como nuestra institución comprueba al examinar las quejas que recibe.

En segundo término, porque en nuestro ordenamiento jurídico no está prevista la posibilidad existente en otros países, que permite a los organismos gestores de las pensiones asistenciales resarcirse del importe de las mismas mediante la subrogación en el ejercicio de las acciones que pudieran corresponder al beneficiario, incluso frente a quienes le deben alimentos; mecanismo de anticipación que evitaría muchas de las situaciones de desamparo real que se producen en España por el juego conjunto de la aplicación del expresado requisito, y de las dificultades objetivas del alimentista para hacer efectivo su derecho a alimentos cuando los obligados no se avienen voluntariamente a su cumplimiento.

Precisamente por ello, nuestra institución ha venido insistiendo, desde el comienzo de sus actividades, en la necesidad de flexibilizar los requisitos exigidos para el acceso a los mecanismos asistenciales de protección social y ha formulado, en este sentido, reiteradas sugerencias, en las que se propuso elevar el nivel de renta per capita tomando en consideración para apreciar la posibilidad de cumplir la obligación alimenticia, y restringir la lista de familiares tomados en cuenta, para concentrarla en los más inmediatos y directos.

El Defensor del Pueblo apreció grandemente que ambas sugerencias fueran aceptadas, en principio, por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, aun cuando hasta la fecha no se hayan traducido en las necesarias modificaciones normativas, según consta en el Informe anual 1984, como pendientes de cumplimentar.

b) En cuanto al Sistema Especial de Prestaciones Sociales y Económicas, previsto en la excelente Ley 13/1982, de 7 de abril, sobre integración social de los minusválidos, y desarrollado por el Real Decreto 383/1984, de 1 de febrero, es justo poner de relieve que, no obstante su carácter transitorio («.. en tanto no se desarrollen las previsiones contenidas en el artículo 41 de la Constitución... », según reza el artículo 12 de dicha Ley), entraña un claro avance en la línea marcada por ese artículo 41 de la Constitución; pero, posteriormente, no pudo reflejarse en el Real Decreto 383/1984, de 1 de febrero, elogiable en cuanto iniciaba el desarrollo de la Ley básica, pero muy restrictivo (probablemente por dificultades de financiación) en su contenido jurídico.

Ello movió a esta institución a solicitar del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social un concreto informe sobre la incidencia de la aplicación del sistema de prestaciones durante el primer año de vigencia y acerca de las previsiones de flexibilización de los requisitos y apertura de su órbita de aplicación.

Hay que agradecer que en su respuesta dicho Ministerio reconociera la insuficiencia de las prestaciones y los excesivos condicionamientos para tener acceso a las mismas, ocasionando que (según las previsiones para finales del presente año 1985) los beneficiarios del sistema serán únicamente unos ocho mil (en el caso del subsidio de garantía de ingresos mínimos) y de aproximadamente cuatro mil (en el supuesto de los subsidios por ayuda a tercera persona y de movilidad y compensación por gastos de transporte). Consciente de la gravedad de tal situación, el Ministerio anunciaba una nueva regulación que, previsiblemente, entraría en vigor en fecha próxima.

Según dicho informe del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, las previsibles modificaciones afectarían fundamentalmente a los límites de ingresos compatibles con las prestaciones (que se prevé serán sensiblemente incrementados, adecuándolos, además, a la estructura real de las necesidades económicas en función del número de miembros del hogar familiar del minusválido), y a la disminución del grado de minusvalía requerido para acceder al subsidio de ayuda por tercera persona, que se equipararía con el de subsidio de garantía de ingresos mínimos, fijándose en el 65 por 100 de disminución.

En cuanto a la cuantía del subsidio de garantía de ingresos mínimos, se ha venido estableciendo por igual importe que el de las pensiones asistenciales, por estimarse que la mayoría de los perceptores de estas últimas, en concepto de enfermos incapacitados para el trabajo, lo podrían ser asimismo del subsidio de garantía de ingresos mínimos, por lo que el establecimiento de cuantías distintas para ambas prestaciones implicaría el automático trasvase de beneficios de una a otra, según fuera la de mayor cuantía.

De otra parte, el Real Decreto 109/1985, de 23 de enero, expone en su Preámbulo que la determinación de la cuantía de la revalorización se hará «sin perjuicio de que los estudios que se vienen realizando sobre la población minusválida permitan adoptar nuevas modificaciones respecto de los requisitos o la cuantía de aquéllas».

Hechas estas dos precisiones, parece imprescindible que el importe del subsidio de garantía de ingresos mínimos sea fijado en la misma cuantía determinada para las pensiones asistenciales por la Disposición Adicional cuarta de la Ley 26/1985 y con efectos económicos desde el 1 de agosto de 1985.

En este punto hay que señalar la aparente contradicción entre la previsible y necesaria elevación del número de beneficiarios y la cuantía de los subsidios de un lado, y, de otro, que en el Proyecto de Presupuestos de la Seguridad Social para 1986 se haya fijado únicamente un incremento de las partidas presupuestarias para prestaciones económicas a minusválidos de un 8 por 100 sobre las de 1985, lo que puede disfrutar las elogiabiles intenciones expresadas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

4.3. Siempre con la intención de cooperar a un desarrollo legislativo y reglamentario de plena congruencia con los artículos 41 y 50 de la Constitución y, por tanto, que haga desaparecer o reduzca al mínimo el «efecto expulsión» (dimanante de los requisitos establecidos, o que se establezcan, para generar las pensiones), importa señalar sucintamente la negativa incidencia que la ampliación de los períodos de carencia exigidos para el reconocimiento de las prestación de jubilación puede tener sobre trabajadores en desempleo mayores de cincuenta y cinco años que soliciten el equitativo subsidio de desempleo (establecido en el art. 3.2 de la laudable Ley 3 1/1984, de 2 de agosto, sobre Protección por Desempleo), dado que la obtención de ese subsidio está condicionada, precisamente , por la duración del expresado período de carencia.

Sería, por consiguiente, tan justo como necesario que a los trabajadores mayores de cincuenta y cinco años se les compute, a fin de que puedan

cumplimentar el requisito de carencia, todo el período durante el que hayan de estar percibiendo el subsidio de desempleo hasta su conclusión por jubilación; propuesta ésta que es plenamente consonante con la obligación de abonar las cotizaciones correspondientes durante tal período [art. 4.2b) de la referida Ley 31/1984, de 2 de agosto].

4.4. Tras el análisis de esos concretos tipos de prestaciones es pertinente señalar las disfuncionalidades a que puede dar lugar la existencia de una dualidad de prestaciones (ayudas individualizadas de carácter periódico en favor de enfermos o inválidos incapacitados para el trabajo y subsidio de garantía de ingresos mínimos), gestionadas por organismos distintos, y cuyo ámbito, subjetivo de aplicación, es, en gran parte, coincidente en función de la similitud de la situación de necesidad protegida. Esta circunstancia constituye un dato más que refuerza la necesidad de abordar la regulación conjunta de las manifestaciones asistenciales de protección social.

Pero el problema es de mayor envergadura si se tienen en cuenta las conclusiones del conocido y documentado estudio sociológico, según el cual puede calcularse que unos ocho millones de ciudadanos españoles se encuentran en grave situación de pobreza, y de ellos, aproximadamente cuatro millones en un estado de «absoluta pobreza» (Pobreza y marginación, Documento Social núm. 57, 1984, pág. 12). Un hecho tan lacerante pone de manifiesto el infructuoso resultado, hasta ahora, de la actuación pública contra la pobreza. Es patente que el actual Sistema de Seguridad Social, como ha declarado el propio Tribunal Constitucional (en su sentencia de 2 de noviembre de 1983), no responde en sus mismos fundamentos a tal finalidad, y resultan importantes unos mecanismos de asistencia social que no han alcanzado el desarrollo adecuado para cubrir las fisuras del sistema contributivo de protección social. No es posible silenciar que, pese a los patentes esfuerzos desarrollados durante los últimos años, el porcentaje de los gastos de protección social en nuestro país, en relación al Producto Interior Bruto, se hallan todavía muy por debajo de las cifras de otras naciones de nuestro entorno sociocultural. La protección contra la pobreza se convierte, por tanto, en una de las finalidades básicas de la Seguridad Social, como señala la Resolución adoptada por el Parlamento Europeo el 22 de mayo de 1984.

En el mismo sentido, y en consonancia con las recomendaciones del informe de un grupo de expertos sobre la Seguridad Social de los países industrializados frente a la crisis económica y social presentado a la Organización Internacional del Trabajo, el gran objetivo de la política de Seguridad Social, alcanzarse antes del año 2000, sería la garantía, a todos los residentes en cada nación, de un suficiente ingreso mínimo (La Seguridad Social en la perspectiva del año 2000. Ginebra, O.I.T., pág. 123).

4.5. Por todo lo expuesto, esta institución considera que es apremiante adoptar una serie de medidas que den mayor efectividad a la cobertura derivada de los mecanismos asistenciales, acentuando de este modo la solidaridad con los ciudadanos más débiles y vulnerables, y estima que, en la actual situación, es insoslayable dar comienzo, de un modo concreto y efectivo, al propósito proclamado en el Preámbulo de la Ley 26/1985, de 31 de julio, de efectuar «una regulación unitaria de las distintas acciones de los Poderes públicos para integrarlas en un nivel no contributivo de pensiones a favor de aquellos ciudadanos que, encontrándose en situación de necesidad protegible, carezcan de recursos económicos suficientes para su subsistencia», pues sólo así se dará cumplimiento al mandato que se contiene en el artículo 41 de la Constitución.

### III. RECAPITULACION DE FORMULAS CONCRETAS PARA DAR EFECTIVIDAD A LA PRESENTE RECOMENDACION

Como síntesis de todo lo expuesto, y una vez más en ejercicio de las facultades que nos están conferidas por los artículos 28.2 y 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que nos regimos, se recomienda, con el debido respeto, la puesta en práctica de las siguientes medidas:

1.<sup>a</sup> Proceder con la mayor urgencia posible a la ratificación del Convenio núm. 102 de la Organización Internacional del Trabajo por razones de congruencia jurídica y a fin de dar un contenido más efectivo a las obligaciones asumidas por nuestro Estado, al haber ratificado la Carta Social Europea, y en concreto su artículo 12.2 y 3, y que en uso de la facultad de elección, reconocida en el artículo 2.º de dicho Convenio, no se excluyan aquellas partes del mismo relativas a las contingencias y situaciones que regula la Ley 26/1985, de 31 de julio.

2.<sup>a</sup> Dictar las normas oportunas para que las pensiones causadas al amparo de lo previsto en la legislación anterior a la Ley 26/1985 se revaloricen con la misma periodicidad que las que se generen según lo dispuesto en esta nueva Ley, y que la revalorización alcance a todas las pensiones, sin excepción alguna, y procurando que a todas las pensiones de la misma clase y cuantía se les aplique el mismo tratamiento revalorizador.

3.<sup>a</sup> Rectificar por medio de una norma legal el supuesto de discriminación por razón de sexo, derivado del texto literal de la Disposición Adicional tercera de la Ley 26/1985, según el cual, sin duda por error o inadvertencia, se mantiene la asignación «por esposa» para los pensionistas de sexo masculino, pero se omite el caso inverso, originándose así una patente desigualdad.

4.<sup>a</sup> Modificar el requisito establecido por el artículo 1.2.b) del Real Decreto 2620/198 1, de 24 de julio, para acceder a las pensiones asistenciales en favor de la tercera edad y de los enfermos o inválidos incapacitados para el trabajo, de conformidad con las sugerencias formuladas en su día por esta Institución al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

5.<sup>a</sup> Elevar al límite de ingresos compatible con las prestaciones del Sistema Especial, regulado por el Real Decreto 383/1984, de 1 de febrero, dando así cumplimiento al contenido de la comunicación dirigida por el Ministro de Trabajo y Seguridad Social a esta Institución el 2 de junio del presente año 1985.

6.<sup>a</sup> Dictar la pertinente norma reglamentaria para que a los trabajadores mayores de cincuenta y cinco años se les complete todo el período durante el que hayan de estar percibiendo el subsidio de desempleo hasta su conclusión por jubilación, a fin de que puedan cumplir el preceptivo requisito de carencia, según el artículo 4.2 de la Ley 31/1984, de 2 de agosto.

7.<sup>a</sup> Incrementar la cuantía del subsidio de garantía de ingresos mínimos, regulada por el Real Decreto 383/1984, de 1 de febrero, hasta el importe fijado para las pensiones asistenciales en la Disposición Adicional cuarta de la Ley 26/1985 y con efectos desde 1 de agosto del presente año 1985.

8.<sup>a</sup> Iniciar de manera efectiva, y en consecuencia con las laudables finalidades expuestas en el Preámbulo de la Ley 26/1985, la revisión conjunta de las diversas formas protectoras de tipo asistencial, de tal suerte que sea posible su integración en un nivel no contributivo de pensiones a favor de aquellas personas que se encuentren en grave situación de necesidad y carezcan de recursos económicos suficientes para la subsistencia; impulsando así, de manera real y concreta, la transición hacia un nuevo modelo, universalista y unitario, de protección social, en plena coherencia con el mandato contenido en el artículo 41 de la Constitución y en los Convenios y Pactos Internacionales ratificados por España.

Con el debido respeto, plena confianza y agradecimiento anticipado me honro en elevar a la consideración de las Cortes Generales y al Gobierno la presente «recomendación» a todos los efectos oportunos.

Madrid, 7 de noviembre de 1985.

**Recomendación dirigida a las Cortes Generales y al Presidente del Gobierno.**

**Recomendación 32/1985, de 11 de noviembre, sobre supresión de algunos datos y limitaciones en expedientes personales de guardias civiles que pudieran afectar a la dignidad de la persona.**

*(BOCG. Congreso. Serie E. núm. 4, pág. 107).*

Ha comparecido ante esta institución constitucional, mediante escrito de fecha 31 de octubre último, don F. M. Q., Guardia Civil.

Sustancialmente expone:

“Que con fecha 11 de noviembre de 1973, contraí matrimonio con doña J. J. O. L., cumpliendo las condiciones que exigía la Ley de 13 de noviembre de 1957 (B.O.E. n.º 286) y Orden de la Presidencia del Gobierno de 27 de octubre de 1958 (B.O.E. n.º 261), relativas a matrimonios militares.

En base a la legislación anteriormente citada, con el escrito de concesión de autorización para contraer matrimonio, la Dirección General del Cuerpo me imponía la condición de quedar declarado incompatible para prestar mis servicios en la provincia de XXXX y en cualquier otra donde residan mis futuros padres políticos, así como prohibirles a éstos la entrada en las Casas cuarteles, caso de llevarse a efecto el proyectado enlace”. (A tal efecto, nos acompaña copia de un escrito, que adjuntamos a V.E.)

Y, continúa:

“...estoy en el convencimiento de que la condición que me fue impuesta para poder contraer matrimonio, posiblemente lo fuera en base al artículo 3.º de la Orden de la Presidencia del Gobierno anteriormente citada, que se refiere a la conducta moral de los familiares de la contrayente, pues mi suegro tenía lo que popularmente se conoce con el nombre de “querida”.

Quiero resaltar igualmente, que salvo la excepción anterior, toda mi familia goza de una conducta intachable y, por lo que a mi matrimonio se refiere, no ha existido ni existe la más mínima desavenencia, del cual existen dos hijos, uno de 11 años y otra de 9”.

También pone de relieve:

“Con posterioridad a la entrada en vigor de nuestra Constitución, he recurrido en dos ocasiones, por conducto reglamentario, al Director General del Cuerpo, solicitando la anulación de la incompatibilidad, siéndome denegada la misma, por persistir los motivos que dieron lugar a ella, de las cuales adjunto fotocopia” (que remitimos, a su vez, a V.E.).

Finalmente, manifiesta:

“Por todo lo anterior, creyéndome amparado por la Constitución y como último recurso, es por lo que me dirijo a V.E., en súplica de que me sea anulada tal incompatibilidad, que tan dolorosamente soporta la unidad familiar, de la cual soy el cabeza. Pues como buen padre de familia, comprendo lo triste que debe ser para una hija, que en este caso concreto es mi mujer, que sus propios padres, no puedan entrar en su casa por imperativos de la Ley.

Igualmente, se nos priva de poder residir en la provincia donde nacimos, que es precisamente y lo que es más, si mis padres políticos decidieran fijar su residencia en la provincia donde yo presto mis servicios, irremediamente, para dar cumplimiento a la condición impuesta, sería trasladado, incluso con carácter forzoso a otra provincia”.

A la vista de estos antecedentes, esta institución constitucional ha considerado lo siguiente:

1. En primer lugar, el cambio operado con la promulgación de la Constitución Española, así como, en este caso concreto, con la publicación de la Ley 85/1978, de Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, cuyo artículo 183, establece que “el militar puede contraer matrimonio y fundar una familia, sin que el ejercicio de este derecho requiera autorización especial, ni pueda ser limitado salvo en circunstancias extraordinarias previstas en las leyes. Será preceptivo, no obstante, dar conocimiento a su jefe de haberlo efectuado”.

2. Y, fundamentalmente, las manifestaciones que se trasladaron a ese Departamento, con ocasión de la tramitación del expediente AI-DI-3.005/84,

referente a la queja formulada por el Cabo 1.º de la Guardia Civil, don J. I. C., en cuyo expediente personal, de igual manera, constaba, por razones análogas, una incompatibilidad de destino.

Entonces, literalmente, se exponía:

las normas y reglamentos administrativos, y todos los principios y criterios que nos han sido reflejados, así como su interpretación, han de tener su limitación o su garantía en el debido respeto a los derechos fundamentales de la persona.

Este es el criterio de nuestra Constitución, así como de reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, al determinar en su art. 53.1 que los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I vinculan a todos los poderes públicos.

Así, la práctica de la discrecionalidad administrativa ha de tener su control y su justificación en el debido respeto a esos derechos y libertades.

Por otra parte, el principio orientador de ‘las necesidades del servicio’, no ha de sobrepasar, en su aplicación práctica, la limitación que supone la necesidad de respetar la dignidad humana.

Dentro de este amplio concepto, y como un aspecto del mismo, el art. 18.1 del Texto de la Constitución, garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, especialmente protegida por la Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo”.

Por todo lo anterior, esta institución constitucional, se siente en la obligación de trasladar a V .E., de acuerdo con la facultad que nos atribuye el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que nos regimos, una recomendación, referente a una variación de los criterios administrativos sostenidos en estos antecedentes, en particular, que se suprima la limitación existente en el expediente personal del Guardia Civil, don F. M. Q., en su doble sentido de “Prohibición de prestar sus servicios en la provincia de XXXX y en cualquier otra donde residan sus padres políticos”, así como la “prohibición a éstos de entrada en las Casas Cuarteles”.

De igual manera, habida cuenta que se han recibido en esta institución dos casos de análoga naturaleza, en la que aparecen esta limitación por razones puramente personales, solicitamos a VE, nos informe sobre los siguientes aspectos:

1. Si se sigue requiriendo a estos agentes, en la actualidad, autorización para contraer matrimonio.

2. Si, con carácter general, en los expedientes personales de estos profesionales, se siguen haciendo constar aquellas limitaciones de destino y otras limitaciones análogas, o siguen teniendo virtualidad las efectuadas con anterioridad, en consideración de circunstancias puramente personales.

3. Si, por ese Departamento, se han adoptado las iniciativas oportunas, para averiguar si se siguen produciendo situaciones semejantes, dentro de este Cuerpo de Seguridad, tal como parece deducirse de las quejas presentadas ante esta Institución.

4. Si V.E. ha valorado la oportunidad, en su caso, de dictar unas instrucciones generales, a los fines de que sean reconocidos a la Guardia Civil, en este punto concreto, en toda su amplitud los derechos y libertades reconocidos en el Título 1 de la Constitución.

Madrid, 11 de noviembre de 1985.

**Recomendación dirigida al Ministro del Interior.**

**Recomendación 33/1985, de 12 de noviembre, sobre el tratamiento de los toxicómanos en el ámbito penitenciario.**

*(BOCG. Congreso. Serie E. núm. 4, págs. 141-142).*

Son numerosas las quejas que se han recibido en esta institución, que ponen de manifiesto los graves problemas que existen en la práctica para dar cumplimiento a las sentencias dictadas por la Jurisdicción Penal, en las que se condena a ciudadanos sujetos a algún tipo de drogodependencia.

Estos problemas, en gran medida, hacen referencia a la inexistencia de centros adecuados para que los condenados afectados a toxicomanías puedan someterse a un tratamiento de rehabilitación y desintoxicación.

Las dificultades aludidas se producen en la práctica penitenciaria cualquiera que sea el criterio recogido en la sentencia condenatoria en orden a la imputabilidad del condenado, es decir, tanto cuando el Tribunal afirma la imputabilidad absoluta del sujeto, como cuando considera que la drogadicción perturba las facultades psíquicas del mismo y declara la existencia de una imputabilidad atenuada ya sea al amparo del art. 9.1 del Código Penal en relación con el art. 8.1 del mismo cuerpo legal —eximente incompleta—, ya sea al amparo del art. 9.10 del Código Penal —atenuante analógica—.

Sólo en el caso de que se aplique la eximente incompleta contenida en el art. 9.1 del Código Penal se prevé la posibilidad de adoptar una medida de seguridad postdelictual de carácter curativo, cual es el internamiento en un centro adecuado.

No obstante, la finalidad de rehabilitación y reinserción social que caracteriza no sólo a las penas, sino también a las medidas de seguridad, al amparo de lo dispuesto en el art. 25.2 de la Constitución Española, debe determinar, desde el punto de vista penitenciario, la existencia de centros adecuados para iniciar o continuar el tratamiento curativo que voluntariamente soliciten estos condenados, tanto cuando se les aplique la eximente incompleta

del art. 9.1 del Código Penal, como cuando la atenuación provenga de la circunstancia analógica del art. 9.10 del mismo texto legal o se declare su responsabilidad no atenuada, supuestos estos últimos en los que el Código Penal no prevé la aplicación de la medida de seguridad antes citada.

Este es, además, el espíritu que preside el art. 57.1, párrafo 5.º del Reglamento Penitenciario al disponer, sin hacer distinción alguna:

“Se posibilite la asistencia a Centros extrapenitenciarios, públicos o privados, de los internos clasificados en tercer grado, afectos a toxicomanías”.

Precepto éste cuyo desarrollo en la práctica ha sido ya sugerido por esta institución en los dos informes anuales que ha presentado ante las Cortes Generales.

Hasta ahora, la inexistencia de centros públicos adecuados para permitir este tratamiento de desintoxicación, ha determinado que algunas resoluciones judiciales permitan, en estos casos, el cumplimiento de la pena en comunidades terapéuticas privadas en las que el condenado podía obtener el adecuado tratamiento.

A pesar de este esfuerzo realizado por los tribunales, a juicio de esta institución, en un Estado social y democrático de Derecho, la Administración no puede quedar al margen del problema que acaba de exponerse.

Es imprescindible que la Administración ofrezca la posibilidad de obtener un tratamiento curativo a los condenados afectos a toxicomanías, bien creando nuevas secciones, bien habilitando algunas de las ya existentes en la Administración penitenciaria.

Y ello no sólo por ser, como decíamos, una exigencia de todo Estado social y democrático de Derecho, sino también por la situación de la discriminación que se está produciendo en la práctica en estos momentos.

Efectivamente, los condenados que tienen medios económicos pueden recibir, si el Tribunal accede a ello, el tratamiento que necesitan en centros privados españoles o extranjeros, en cambio los ciudadanos que carecen de estos medios se ven obligados a cumplir la pena en los establecimientos penitenciarios ordinarios y sin posibilidad, por tanto, de curación.

Llegados a este punto, conviene destacar que, a juicio de esta institución no es suficiente para afrontar el problema descrito, la creación de centros de tratamiento adecuados donde poder cumplir las penas impuestas en los casos

de drogadicción. Como hemos expuesto en nuestro último informe a las Cortes Generales al que nos remitimos, si bien no referido sólo a los supuestos de toxicomanías, es necesaria también una nueva orientación de la legislación penal en materia de penas sustitutivas de las de prisión.

Por todo cuanto antecede, esta institución, en cumplimiento de su misión constitucional, al amparo de lo dispuesto en el art. 30.1 de la Ley Orgánica 3/81 de 6 de abril, desea someter a la consideración de V.E. la oportunidad de que sean adoptadas las medidas adecuadas, dentro del ámbito de competencias propio de ese Departamento, que permitan el tratamiento asistencial y rehabilitador a los condenados afectos a toxicomanías que voluntariamente lo soliciten elaborando un programa terapéutico adecuado que se pueda llevar a cabo, en principio, en las dependencias actuales pertenecientes a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, teniendo sólo que dotarlas de equipos técnicos y de instrumental, o bien proyectando, cuando las condiciones presupuestarias sean más favorables, la creación de unidades nuevas específicas.

Sólo así las penas y medidas de seguridad previstas en la legislación vigente podrán realizar, en estos casos, la finalidad de rehabilitación y reinserción social que de las mismas predica el artículo 25.2 de la Constitución, avanzándose así en el respeto a la dignidad de la persona que nuestra Constitución reconoce como fundamento del orden político y de la paz social (art. 10 CE.).

Madrid, 12 de noviembre de 1985.

**Recomendación dirigida al Ministro de Justicia.**

**Recomendación 34/1985, de 20 de noviembre, sobre agilización de trámites para la entrega de subvenciones a centros colaboradores de protección de menores.**

*(BOCG. Congreso. Serie E. núm. 4, págs. 130-131).*

Agradecemos el informe remitido por V.E. con fecha 5 de noviembre actual, en relación con la queja presentada por la Asociación de Promoción Comunitaria “Pan Bendito”, y registrada con el número de referencia arriba indicado.

De dicho informe se desprende que, una vez aprobada con carácter general la subvención a una entidad privada, son numerosos los trámites burocráticos (ocho) que tienen que sucederse para que ésta se satisfaga periódicamente.

Esta institución comprende la necesidad de que la Administración realice un control minucioso de los fondos públicos, cuando éstos van destinados a entidades privadas que ejercen alguna función social, control que debe extenderse al destino que esas entidades subvencionadas dan a los fondos recibidos.

No obstante, una vez valorada la conveniencia de la subvención, concedida ésta y realizadas las investigaciones oportunas sobre el destino adecuado, que a la misma dé la entidad beneficiaria, ajuicio de esta institución, deben simplificarse los trámites burocráticos para hacerla efectiva en los periodos previamente determinados.

Solo así la Administración puede adecuarse en su actuación al principio de eficacia que debe inspirarla al amparo del art. 103.1 de la Constitución Española.

Por todo cuanto antecede esta institución constitucional, al amparo de lo dispuesto en el art. 30 de la Ley Orgánica 3/81, de 6 de abril, reguladora de la misma, sugiere a V.E. valore la conveniencia de simplificar los trámites que se

mencionan en su informe para hacer efectivas las subvenciones ya concedidas, sin que ello afecte al necesario control previo a la concesión de las mismas y posterior sobre su adecuada aplicación.

Madrid, 20 de noviembre de 1985.

**Recomendación dirigida a la Consejera de Salud y Bienestar Social de la Comunidad de Madrid.**

**Recomendación 35/1985, de 26 de noviembre, sobre mejora de formularios internos de la Red Nacional de Ferrocarriles Españoles.**

*(BOCG. Congreso. Serie E. núm. 4, pág. 315).*

Agradecemos el escrito de V.E., remitido a través de la Jefatura Delegada de Comunicación Exterior, registro de salida 11.157, de fecha 11.9.85, en relación con la queja formulada ante esta institución por don F. F. O.

Damos por conforme dicho escrito y, habiéndolo comunicado al interesado, procedemos a dar por finalizadas las investigaciones iniciadas con motivo de dicha queja, en virtud de lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que nos regimos.

En cualquier caso y dado que una gran parte de las irregularidades motivo de la queja presentada por el promovente, fueron debidas a un error padecido al registrarse en programación las siglas IM (Invalidez) en lugar de JM (Jubilación), errores éstos en los que fácilmente se puede caer, dada la casi coincidencia de letras que corresponden a conceptos diferentes, así como la transcripción manual de los datos identificativos del agente, es por lo que nos permitimos dirigirnos a V.E., de conformidad con lo prevenido en los artículos 20 y 30 de la Ley Orgánica antes citada, reguladora de nuestra institución, para formular sugerencia de mejoras en cuanto a los formularios actualmente en uso, con lo que se evitarían situaciones como la que se ha producido y de las que indudablemente se derivan, una vez, repercusiones de tipo económico y, siempre, una alteración del principio de eficacia que debe presidir toda gestión de intereses generales.

Madrid, 26 de noviembre de 1985.

**Recomendación dirigida al Presidente del Consejo de Administración de RENFE.**

**Recomendación 36/1985, de 27 de noviembre, sobre erradicación de cláusulas de reserva, prioridad y exclusión en materia de contratación en HUNOSA.**

*(BOCG. Congreso. Serie E. núm. 4, págs. 199-200).*

Hemos recibido su escrito del pasado 7 de febrero, relativo al nuestro de 26 de noviembre de 1984, al que le adjuntábamos fotocopia del Baremo de filiaciones remitido a nuestro requerimiento por el Presidente de HUNOSA, al objeto de que se reconsiderase la legalidad de las cláusulas de preferencia, exclusión y prioridad contempladas en el referido Baremo, a efectos de contratación.

Como quiera que por las razones y argumentos contenidos en nuestra sugerencia de 28 de noviembre de 1984, cuya fotocopia nos permitimos adjuntarle, tales preferencias, exclusiones y prioridades pueden violentar los artículos 14 y 35.1 de la Constitución, 17.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores, y Convenios Internacionales suscritos sobre la materia, especialmente el convenio 111 de la O.I.T., los Pactos Internacionales de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y la Carta Social Europea, rogamos a V.E., al amparo del artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, valore la oportunidad de impartir las oportunas y necesarias instrucciones al objeto de que en el referido Baremo se erradiquen las cláusulas siguientes:

- La exclusión de contratación de los mayores de 35 años, al carecer de fundamento jurídico positivo.
- La preferencia establecida a favor de los solicitantes domiciliados en Asturias, por cuanto infringe el artículo 14 de la Constitución.
- La preferencia establecida a favor de los hijos o hermanos de fallecidos en accidente laboral en HUNOSA o empresa integrada, por ser discriminatoria y, por ende, contraria al principio de igualdad jurídica, y

- La puntuación otorgada a los hijos de padre o madre trabajadores en HUNOSA o empresa integrada en activo o pasivo, por ser, asimismo, vulneradora del artículo 14 de la Constitución, 17 del Estatuto de los Trabajadores y Convenios Internacionales suscritos sobre la materia por nuestro país.

Madrid, 27 de noviembre de 1985.

**Recomendación dirigida al Ministro de Industria y Energía.**

**Recomendación 37/1985, de 5 de diciembre, sobre la aplicación de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, de derechos y libertades de los extranjeros en España, respecto a ciudadanos residentes en las ciudades de Ceuta y Melilla.**

*(BOCG. Congreso. Serie E. núm. 4, págs. 108-109).*

Con anterioridad a la promulgación de la Ley Orgánica 7/1985, de 2 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, en concreto, durante el año 1984 y primeros meses del presente, se han venido recibiendo en esta institución constitucional diversos escritos de queja, firmados por ciudadanos residentes en las ciudades de Ceuta y Melilla, cuyo contenido reflejaba una situación de naturaleza unitaria.

I. En líneas generales, estas personas (Quejas núms. 10.209/1984, 2 1.396/1984, 2.602/1985, 3.815/1985, 4.700/1985, 5.058/1985, 5.818/1985, 6.373/1985, 6.682/1985, 6.951/1985 y 8.572/1985) participaban al Defensor que, no obstante haber nacido en esas ciudades o teniendo una residencia continuada en las mismas, en definitiva un arraigo en su estructura social, carecían de algunos derechos inherentes a la ciudadanía.

Traían a colación, en particular, la existencia de un documento atípico en nuestro Ordenamiento Jurídico, denominado «tarjeta de estadística», que tenía entre otros fines, el de servir a un criterio organizativo y de clasificación, como único documento acreditativo de la personalidad, así como las dificultades que esta situación, en algunos casos, les originaba, a efectos del pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.

Así, se referían a limitaciones concretas del derecho al trabajo, a las trabas existentes para la libre circulación por el territorio nacional (por la existencia de un llamado «salvoconducto», a otorgar por la Autoridad gubernativa, para poder abandonar estas ciudades) y a la posibilidad de que aquella situación indeterminada diera lugar a una expulsión del territorio del Estado, con los

perjuicios que esta medida pudiera originar, en algunos supuestos, en la estructura familiar.

Una vez promulgada la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, se vuelven a recibir quejas de personas residentes en las ciudades de Ceuta y Melilla, aunque, ahora, se hace una expresa referencia en las mismas a la nueva situación jurídica sobrevenida, con motivo de la posible aplicación de dicha norma.

Así, en la Queja núm. 15.199/1985, referida a la ciudad de Melilla, se pone de relieve que la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, no habría de tener una incidencia en los residentes y ciudadanos de esta Comunidad, por las peculiaridades y características que rodean a la población musulmana allí asentada.

Sin perjuicio de este pronunciamiento, en la aludida queja se participa al Defensor del Pueblo la existencia de otras circunstancias o realidades que, de alguna manera, afectan a la situación o status de los miembros musulmanes de aquella Comunidad.

En este sentido, se nos ha puesto de manifiesto que, desde hace varios años, han venido siendo paralizados los expedientes de nacionalidad, formulados por aquellas personas que se consideraban con derecho a la misma; que por las autoridades municipales de aquella población no se han facilitado certificados de empadronamiento o residencia, necesarios para completar estas solicitudes; que, incluso, persiste la existencia de las denominadas «tarjetas de estadística», con las limitaciones al ejercicio de los derechos constitucionales que este documento implica; que los organismos competentes denegaban a estas personas, en algunos casos, los correspondientes permisos de trabajo, y, finalmente, se nos hacía constar la existencia de un numeroso grupo de personas, pertenecientes a la Comunidad musulmana, que carecían de todo tipo de documentación.

II. En relación con las cuestiones suscitadas por las indicadas quejas, esta institución constitucional, además de los contactos directos mantenidos en el mes de junio del presente año con el Delegado del Gobierno en Melilla, directamente dirigidos a clarificar la situación de algunos residentes de esa ciudad, efectuó, en el mes de noviembre pasado, una investigación en la referida ciudad, en ejercicio de las previsiones recogidas en el artículo 19 de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, sobre comprobaciones in situ, manteniéndose conversaciones con las autoridades gubernativas, así como con representantes de la Comunidad musulmana.

De todas estas iniciativas y comprobaciones, el Defensor del Pueblo ha venido a entender que el planteamiento del problema puede centrarse en estos momentos y en cuanto a sus elementos esenciales, desde un punto de vista técnico-jurídico, en los siguientes:

1. Promulgada la Ley de Extranjería, la Administración pretende la aplicación de su artículo 22 a una parte considerable de la población de origen musulmán.

Este artículo 22 dispone:

«1. El extranjero que se presente en dependencias del Ministerio del Interior, manifestando que, por carecer de nacionalidad o por cualquier otra causa insuperable, no pueda ser documentado por las Autoridades de ningún país y que desea ser documentado en España, después de practicada la pertinente información, podrá excepcionalmente obtener en los términos que reglamentariamente se determinen, un documento identificativo que acredite su inscripción en las referidas dependencias y que le autorice a permanecer, por el tiempo que se señale, o salir del territorio español. En todo caso se denegará la documentación solicitada, cuando el peticionario esté incurso en algunos de los supuestos a que se refiere el artículo 26.

2. Los extranjeros que hayan obtenido dicha inscripción podrán instar la concesión de permisos de trabajo, por el tiempo señalado, en las mismas condiciones que los demás extranjeros.

3. Los que deseen viajar al extranjero serán provistos de un título de viaje.

4. El régimen jurídico de los extranjeros residentes en España a que se refiere el presente Título, no sufrirá restricciones por aplicación del principio de reciprocidad.

5. Salvo lo previsto en los apartados anteriores, los extranjeros a que se refiere el presente Título estarán sometidos al régimen jurídico establecido con carácter general para los extranjeros en la presente Ley.»

En aplicación de este precepto, según información recibida de la Delegación del Gobierno en Melilla, se arbitra un procedimiento, a seguir por estos extranjeros que viven en la ciudad y no están provistos de pasaporte de su país o permiso de residencia español, que tiende a regularizar su situación en España.

En particular, según nota informativa de la Delegación del Gobierno, se otorga a este procedimiento el siguiente sentido:

«Con la consecución de la documentación prevista en la Ley, a la que podrán acceder todas las personas en posesión de Tarjeta Estadística y todas aquellas otras, en situación distinta, que demuestren un arraigo en esta ciudad, se consigue, en definitiva, regularizar la estancia del colectivo de musulmanes que residen en Ceuta y Melilla, de acuerdo con la legislación española, con pleno reconocimiento internacional de esta situación, desapareciendo la inquietud e incertidumbre de futuro que creaba la Tarjeta de Estadística. Quienes posean la nueva documentación, que no deberá renovarse hasta pasados cinco años, no sólo podrán establecerse y vivir con toda tranquilidad en esta ciudad, sino que podrán acceder a puestos de trabajo, beneficiarse de la Seguridad Social y cualquier otro derecho que posean los ciudadanos españoles, con los únicos requisitos legales que la vigente legislación establece. Asimismo, podrán circular libremente por todo el territorio nacional, como cualquier español, sin precisar de otro tipo de documentación.»

Según estas fuentes, independientemente de esta regularización, quienes crean que reúnen los requisitos establecidos en el Código Civil para acceder a la nacionalidad española, bien por haber nacido en la ciudad, o residir en ella los años previstos por la legislación, podrán solicitar dicha nacionalidad por el Ministerio de Justicia, siendo este trámite independiente y totalmente computable con la aplicación de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio.

Finalmente, y en relación a este aspecto, se hace referencia al carácter excepcional e irrepitable del procedimiento, motivo por el cual aquellas personas que acogándose a la situación citada, no regularicen su situación (a cuyo efecto se establece el plazo de hasta el 31 de enero próximo), deberán abandonar el territorio nacional y regresar a su país, dictándose, en consecuencia, orden de expulsión.

2. No obstante, estas previsiones de las autoridades gubernativas han encontrado cierta oposición por parte de numerosos miembros de la comunidad musulmana en Melilla.

Así, en términos generales, esta oposición se basa, fundamentalmente, en las siguientes argumentaciones:

a) La ley 7/1985 no ha de tener una aplicación directa en los ciudadanos de Ceuta y Melilla en atención a la situación especial de parte de su población, de procedencia musulmana.

b) Ha de reconocerse la nacionalidad española, por el contrario, a esta población, en atención a las circunstancias de su nacimiento en la ciudad o por su residencia continuada, y, en definitiva, por el arraigo demostrado en la misma durante largos años.

En consecuencia, se entiende que la aplicación indiscriminada de la Ley supondría la consideración de extranjeros de una parte de aquella población, que podía tener derecho al reconocimiento de la nacionalidad.

c) Se mantiene, asimismo, que la aplicación de las previsiones de esta Ley les colocaría en una situación de inseguridad en cuanto a su posible permanencia en la ciudad, por la posible amenaza de expulsión que siempre pendería sobre ellos.

d) También, se considera que aceptar esta nueva documentación que les acredite simplemente y desde la fecha de expedición como extranjeros residentes podría suponer el no reconocimiento de los años de residencia de hecho anteriores a esta fecha, que pueden tener cierta relevancia a los fines de una posible adquisición de la nacionalidad española.

e) Tampoco tienen claro estos ciudadanos que la admisión del documento ofrecido por la Delegación del Gobierno no vaya a ser un obstáculo el día de mañana para la concesión futura de la nacionalidad, a quien pueda tener derecho a obtenerla.

En este clima de desconfianza hacia el anuncio oficial, incide la circunstancia de que los expedientes de nacionalidad iniciados por miembros de aquella Comunidad musulmana, según esta versión, se encuentran paralizados y sin un pronunciamiento desde hace largo tiempo, y, como antes se ha expresado, que en el Ayuntamiento no se expiden certificados de empadronamiento o residencia, que son elementos imprescindibles para solicitar aquélla.

III. Vistos los antecedentes que han quedado expuestos y la naturaleza de los problemas que han sido planteados ante esta institución, de los que se deduce que «el cumplimiento riguroso de la norma puede provocar situaciones injustas o perjudiciales para los administrados» (art. 28.2 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril) el Defensor del Pueblo estima necesario poner en conocimiento de V.E. las siguientes recomendaciones:

1. Es claro que las quejas manifestadas y el estado de opinión y preocupación latente entre la población musulmana de Ceuta, y especialmente de Melilla, se derivan del temor a los posibles efectos de una aplicación estricta y no matizada de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio.

Partiendo del supuesto de que dicha norma está vigente en nuestro ordenamiento jurídico y su aplicación en la totalidad del territorio nacional no puede ser cuestionada, ello no ha de ser obstáculo igualmente para que se realice valorando adecuadamente las circunstancias específicas que concurren en la población musulmana de dichas ciudades, las cuales permiten detectar importantes matizaciones y variantes que aconsejan una aplicación ponderada de la misma.

En concreto, puede afirmarse que en las ciudades de Ceuta y Melilla convive desde hace muchos años una población heterogénea que abarca a personas que ostentan la nacionalidad española y otras que no la poseen en este momento, pero que no por ello se encuentran en muchas ocasiones menos vinculadas a España.

En relación con este último grupo de personas, ha de centrarse una especial atención a la hora de regularizar su situación jurídica de futuro, teniendo en cuenta para ello los siguientes supuestos globales:

a) Personas que pudieran ser nacionales de origen.

Dentro de este grupo de personas pueden encontrarse aquellas que disponen en la actualidad del documento llamado «Tarjeta de Estadística», y otras que carecen de cualquier tipo de documento.

Pues bien, hay que considerar que dentro de estos dos supuestos, pueden encontrarse algunas personas, a las que la Ley Civil les otorga la nacionalidad española, originariamente, por el hecho de haber nacido de padre o madre español, o en territorio nacional, en determinadas circunstancias.

Es evidente que en estas ciudades de Ceuta y Melilla, por su carácter de parte integrante del territorio nacional, han de tener una aplicación efectiva todas las normas de nuestro Ordenamiento Jurídico y, entre ellas, la legislación correspondiente de Derecho civil sobre nacionalidad.

En este sentido, hay que tener en cuenta el Código Civil de 1889, que incluyó la nacionalidad en el Título I de su Libro 1 (arts. 17 a 28), y las sucesivas modificaciones originadas por la Ley de 15 de julio de 1954, que reformó sus artículos 17 a 27; la Ley de 2 de marzo de 1975, sobre situación jurídica de la mujer casada; el Real Decreto-ley de 16 de noviembre de 1978, sobre mayoría de edad, y la Ley 51/1982, de 13 de julio, de modificación de los artículos 17 a 26 del propio texto, que tiende a adaptar aquel Cuerpo legal a los preceptos constitucionales, así como tomar en consideración los posibles problemas de derecho transitorio que se pudieran plantear por esta sucesión de normas en el tiempo.

También, habría que aplicar la legislación de Registro Civil, integrada fundamentalmente por su Ley, de 8 de junio de 1957, así como su Reglamento, aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1958, y valorar las sucesivas normas interpretativas sobre nacionalidad, emitidas por la Dirección General de los Registros, particularmente su Instrucción de 16 de mayo de 1983.

Sin ánimo de entrar en un análisis de la aplicación de estas normas, que requeriría un estudio detenido de cada supuesto, basta indicar que se habrán de tomar en consideración las presunciones establecidas en la referida legislación sobre Registro Civil (así la contenida en el art. 68 de su Ley), así como utilizarse los medios específicos arbitrados para obtener la declaración de nacionalidad española (como el expediente gubernativo, con el valor de simple presunción, previsto en el art. 96.2 de la Ley de Registro Civil, cuyos trámites están regulados en los arts. 335 a 340 de su Reglamento).

Por todo lo anterior, en estos casos, se trataría de que por los organismos competentes de la Administración se arbitrasen los procedimientos oportunos para la debida clarificación de estas situaciones, ya reconocidas por Ley, con la intención de que surtiera plena eficacia práctica este reconocimiento de la nacionalidad, efectuándose en consecuencia las oportunas inscripciones en los Registros Civiles.

Esta clarificación podría exigir la elaboración de un censo abierto, así como una campaña de información adecuada sobre el particular.

Estas iniciativas, por otra parte, vendrían en definitiva, a reafirmar el principio reconocido en el artículo 11.2 de la Constitución, al expresar que:

«Ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad.»

b) Personas que no teniendo la nacionalidad española han de obtener la documentación adecuada que acredite su identidad.

Habría, en segundo lugar, otras personas, con «Tarjeta de Estadística» o, incluso, sin documentación que, aunque no estuviera otorgada originariamente la nacionalidad española, sin embargo reunirían unas condiciones especiales de arraigo social en las ciudades aludidas, lo cual, en algunos casos, podría permitir solicitar del Estado la concesión de la nacionalidad (con arreglo a los criterios de la legislación civil y en particular la situación continuada de residencia).

Esta situación permite a su vez distinguir dos tipos de problemas:

1. De una parte y con carácter general han de valorarse estas condiciones especiales de arraigo social e incluso en algunos supuestos comunidad de intereses con los demás miembros de la comunidad melillense, lo que llevaría a la conclusión de que el concepto de extranjeros, que hace relación a la condición de miembros pertenecientes a otra comunidad política, no es de fácil y rigurosa aplicación a estos supuestos y que, en consecuencia, la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, viene a suponer, en cierto sentido, un marco reducido para la debida integración de la realidad social existente en aquellas poblaciones.

Efectivamente, el artículo 1.º de este Ley parte del pronunciamiento de que se consideran extranjeros, a efectos de su aplicación, a todas aquellas personas que carezcan de nacionalidad española.

En consecuencia, los miembros de esta población, que no tuvieran reconocidas por Ley su nacionalidad española, ha de entenderse que quedan bajo el ámbito de aplicación de esta norma, sin perjuicio de que, como antes se ha dicho, puedan instar la concesión por el Estado de la nacionalidad española, si se consideran con derecho a ello (adquisición derivativa).

No obstante, por las consideraciones anteriores, el cauce de documentación previsto para estos casos por la Ley Orgánica 7/1985, es decir, el artículo 22, habría de desarrollarse, en la previsión reglamentaria, a que se refiere la Disposición Final primera de la Ley, con ese sentido especial, a que antes nos hemos referido y, en definitiva, con una clara intención de beneficiar a estas personas no documentadas debidamente, que, como sabemos, no entran dentro del concepto propio de extranjeros.

Este principio de interpretación del artículo 22 nos conduce a otorgar un carácter restrictivo al término «excepcionalmente», que se emplea en el mismo, y que se predica de la posible obtención del denominado «documento identificativo».

De igual manera, el expresado documento no habría de tener simplemente un carácter de identificador ni estadístico, sino que habría de tener una significación de documento de identidad, con carácter de título suficiente para el reconocimiento de los derechos y libertades que constitucionalmente pueda corresponder a su portador, superándose así, las antiguas limitaciones que establecía la «Tarjeta de Estadística» y habría de garantizar la permanencia de estas personas en su ciudad, quedando claro que su expedición no afecta en absoluto a los derechos que legítimamente puedan ejercitar quienes se consideren en la situación legal adecuada para solicitar la nacionalidad, en función de los años que ya hubieran residido en la ciudad.

La oportunidad de expedición de este documento específico de identidad viene avalada no sólo por una interpretación de la propia Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sino también porque el supuesto de base con el que se corresponde había sido contemplado ya por el legislador en los antecedentes normativos de dicha Ley.

Así, el Decreto 522/1974, de 14 de febrero, por el que se regulaba el régimen de entrada, permanencia y salida de extranjeros en España, preveía, en su artículo 12, ciertas especialidades, en cuanto a la aplicación de sus preceptos, en atención a las circunstancias de «arraigo o aval suficiente en la Nación», haciendo mención expresa de las ciudades de Ceuta y Melilla.

En este sentido, su artículo 12 disponía:

«Los extranjeros que se hallen en el interior del país desprovistos de la debida documentación o con la documentación defectuosa o incompleta, salvo adecuada justificación, serán puestos a disposición del Director General de Seguridad en Madrid, de los Gobernadores Civiles en las demás provincias y de los Delegados del Gobierno en Ceuta y Melilla para la resolución que proceda, pudiendo ser detenidos cuando no acrediten debidamente su personalidad y carezcan de arraigo o aval suficiente en la Nación.»

El artículo 23.1 de este Decreto, por otra parte, parecía contener análogas previsiones a las del artículo 22 de la Ley Orgánica 7/1985, si bien con alguna matización, al prever:

«Los extranjeros que, por cualquier causa insuperable carezcan de nacionalidad o no puedan ser documentados por las Autoridades propia, pueden también obtener excepcionalmente permisos de permanencia o autorizaciones de residencia en las condiciones establecidas para los demás.»

Y, el Decreto 1870/1968, de 27 de julio, por el que se regula el empleo, régimen de trabajo y establecimiento de los extranjeros en España, contenía una Disposición Transitoria cuarta, que, literalmente, expresaba:

«Por el Ministro de Trabajo se dictarán las disposiciones precisas para el desarrollo del presente Decreto y las específicas para su aplicación en Ceuta y Melilla.»

También, debería valorarse, en sus justos términos que el mantenimiento de esta situación de hecho en las ciudades de Ceuta y Melilla, que han permanecido, en estos aspectos de status personal de parte de sus habitantes,

sin una completa cobertura jurídica, tiene su razón de ser, no únicamente en una posible pasividad de los miembros de la población, sino también en la no adopción de las iniciativas procedentes por parte de los diversos órganos de la Administración Pública durante los últimos decenios, algunas de las cuales, como hemos visto, ya estaban previstas por la legislación anterior.

2. De otra parte, ha de tenerse en cuenta que algunos miembros de esta población, que se encuentran en esta situación de deficiente documentación, han solicitado la nacionalidad española, en virtud de residencia, estando mayoritariamente paralizada la tramitación y resolución de estos expedientes.

Es urgente, por tanto, la agilización de los expedientes ya instruidos, en los distintos Departamentos ministeriales con competencia específica en la materia, así como que por los mismos se preste la máxima colaboración para su completa sustanciación (así, se deberían facilitar, por parte de los ayuntamientos, los correspondientes certificados de residencia), notificando a los interesados la resolución que al respecto se acuerde.

Precisamente y en aras de la resolución más integradora de estos expedientes, podría entenderse este concepto de residencia en su acepción real, sin que una interpretación estricta de artículo 22 del Código Civil, después de la reforma operada por la Ley de 13 de julio de 1982, que establece el requisito de la residencia legal a efectos de solicitar la nacionalidad española, pudiera venir a perjudicar a estos ciudadanos.

En este sentido, se podría argumentar que si bien no se trata, en estos casos, de una residencia completamente regularizada, por la conocida carencia de documentación adecuada, tampoco ha consistido su situación en una residencia ilegal, concepto contrario al anterior, por el consentimiento tácito de las Autoridades del Estado, a lo largo de muchos años; esta aparente discrepancia podría interpretarse a favor del reconocimiento de una mayor concesión de derechos o beneficios a los sujetos de la norma, en atención a las condiciones expuestas.

De igual manera, esta situación de residencia podría entenderse no necesariamente referida al momento en que la Administración, promulgada la Ley Orgánica 7/1985, reconoce su existencia, sino a aquella época histórica en que la residencia se ha originado.

Por otra parte, esta situación especial de arraigo habría de ser, también considerada, en el momento de aplicar, en su caso, el concepto jurídico indeterminado, del orden público, que, por otra parte, ha de ser entendido en cada momento histórico, conforme a las exigencias y necesidades superiores del Estado.

3. Por último y con carácter de generalidad, convendría considerar matizadamente, según los casos, la previsión contenida en el artículo 22, referente a que se ha de negar el acceso a esa documentación, cuando el peticionario esté incurso en algunos de los supuestos del artículo 26; no hay que olvidar que dentro de este artículo 26 de encuentran los supuestos de encontrarse ilegalmente en territorio español o no haber obtenido permiso de trabajo.

El núm. 2 del aludido artículo 22, referente a la concesión de permisos de trabajo, de igual manera, habría de desarrollarse reglamentariamente tomando en consideración las características especiales que concurren en esta población.

Finalmente, también habría de interpretarse según la realidad social a que nos hemos referido, la previsión del núm. 5 del propio artículo, sobre remisión de estos supuestos al régimen jurídico general sobre extranjeros.

c) Una vez clasificada y regularizada la situación de las personas que puedan ser situadas dentro de uno y otro grupo de los que han sido descritos, quedaría un tercer, en el que se incluiría a aquellas personas, que por carecer de aquel tributo de arraigo tendría, con propiedad, reconocida la condición de extranjeros.

En este apartado, además de los transeúntes, que, por las condiciones socioeconómicas de estas ciudades, provienen continuamente del Reino de Marruecos, se pueden incluir los sucesivos asentamientos de extranjeros en las poblaciones de Ceuta y Melilla, a los que habría de aplicarse la Ley 7/1985, de 1 de julio, en todas sus previsiones.

Las anteriores recomendaciones se ponen en conocimiento de V.E. en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 54 de la Constitución y en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, agradeciendo por anticipado e preceptivo informe de VE. sobre los anteriores extremos que han quedado expuestos.

Madrid, 5 de diciembre de 1985.

**Recomendación dirigida a los Ministros de Justicia e Interior.**

**Recomendación 38/1985, de 26 de diciembre, sobre el ejercicio del derecho a la defensa en el proceso de cognición.**

*(BOCG. Congreso. Serie E. núm. 4, págs. 142-143).*

Han tenido entrada en esta institución diversas quejas que ponían de manifiesto la posible indefensión causada a sus promoventes al haber solicitado el beneficio de la justicia gratuita en procesos de cognición en los que han resultado demandados.

Dicha indefensión se ha producido, según los interesados, ante la tardanza en la designación el reconocimiento del beneficio de la justicia gratuita en la primera comparecencia efectuada ante el Juzgado, al serles notificada la iniciación del procedimiento. Esta ausencia de nombramiento inmediato de defensor ha impedido la posibilidad de comparecer debidamente en el proceso.

Al no haberse agotado, en los casos expuestos a esta institución, todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial y no darse, por consiguiente, todos los requisitos previstos en el art. 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, esta institución no ha podido valorar la posibilidad de ejercitar la legitimación que ostenta para interponer los correspondientes recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional (arts. 162 C.E. y 29 de la Ley Orgánica 3/81, de 6 de abril).

No obstante, se ha considerado oportuno realizar un estudio de la legislación procesal vigente aplicable a estos supuestos y de la Jurisprudencia constitucional existente sobre los mismos, con objeto de determinar el alcance del problema suscitado.

En este sentido, parece necesario poner en relación los siguientes preceptos:

- El art. 66 del Decreto de 21 de noviembre de 1952, en cuya virtud:

«El beneficio de justicia gratuita se discernirá en las condiciones y con la extensión que determinan las Leyes vigentes y por el procedimiento establecido para el juicio verbal.

Cuando el demandado solicite el beneficio de justicia gratuita no se suspenderá el curso del proceso, sustanciándose dicha solicitud en pieza separada”.

Este precepto, que impide la suspensión del procedimiento, debe, no obstante, ponerse en relación con los arts. 20 y 33 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, según la redacción dada a los mismos por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, en virtud de los cuales, nada más presentarse la solicitud de concesión del beneficio comentado, puede recabarse la designación de letrado y procurador de oficio, a lo que se accederá por el Juez, realizando inmediatamente las actuaciones oportunas ante los Colegios correspondientes.

Esta interpretación venía ya consagrada en la anterior redacción de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al disponer en su art. 27:

“A todo el que solicite en forma la declaración de pobreza se le defenderá desde luego como pobre, nombrándole de oficio Abogado y Procurador, si lo pidiere, sin perjuicio de lo que resuelva en definitiva.

También se nombrará Abogado y Procurador de oficio al que lo solicite, con objeto de entablar la demanda de pobreza.”

La necesidad de que la designación de letrado y procurador, en su caso, sea inmediata, deriva de la aplicación directa del art. 24 de la C.E. que consagra el derecho constitucional a una tutela judicial efectiva y del principio de contradicción que de dicho precepto dimana y que inspira toda nuestra legislación procesal.

Sin duda, el fin perseguido por el art. 66 del Decreto de 21 de noviembre de 1952 al impedir, en estos casos, la suspensión del procedimiento y la tramitación de la solicitud en pieza separada, es el de abreviar la tramitación del procedimiento principal.

Esta loable finalidad no puede, sin embargo, determinar en la práctica la imposibilidad de que se haga efectivo el principio de contradicción y, con ello, el derecho constitucional a una tutela judicial efectiva.

Llegados a este punto, conviene traer a colación la Sentencia núm. 28/8 1 de 3 de julio, dictada por el Tribunal Constitucional en recurso de amparo núm. 46/8 1, cuyo fundamento jurídico 4, dispone que:

“Las consideraciones anteriores acreditan que en el caso objeto del recurso no se ha producido indefensión, por lo que procede desestimarlo. Pero justifican también la afirmación de que la interpretación efectuada en las normas, hubiera podido producir indefensión si las circunstancias hubieran sido distintas. Pues tal resultado puede originarse cuando se sitúa a las partes en una posición de desigualdad, o si se impide la aplicación efectiva del principio de contradicción mediante el adecuado desarrollo de la dialéctica procesal; desigualdad real e inaplicación práctica del principio mencionado que puede producirse cuando se priva de la posibilidad efectiva de la dirección del Letrado a quien carece de medios económicos, como puede suceder si no se suspende el curso del proceso hasta que le sea nombrado de oficio, con el resultado de que se le tenga por decaído en su derecho a formular oposición a medida que van transcurriendo los trámites sin que todavía disponga de Letrado.

A nuestro juicio, tal posible y aleatorio resultado, en función de las circunstancias de cada caso, ha de ser evitado. Y para ello, basta aplicar el principio de interpretación de las leyes de conformidad con la Constitución, en su calidad de norma Superior (Sentencia de este Tribunal de 2 de febrero de 1981, recaída en el recurso de inconstitucionalidad nú. 186/80), en virtud del cual todo el ordenamiento ha de ser interpretado de forma que se evite el resultado prohibido por el art. 24.1 de la Constitución.

La aplicación de la doctrina anterior al caso suscitado conduce a la afirmación de que el art. 66 del Decreto de 21 de noviembre de 1952 ha de ser interpretado, de acuerdo además con un criterio sistemático que lo conecte con lo dispuesto en el art. 27 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el sentido de posibilitar “desde luego” el nombramiento de un defensor de oficio cuando se solicite la declaración de pobreza, suspendiéndose entre tanto el plazo para contestar a la demanda a los exclusivos efectos de esperar a que se produzca la designación, sin perjuicio de la sustanciación de la pobreza en pieza separada.”

Tal y como en dicha sentencia se establece, la necesidad de interpretar las leyes de acuerdo con los preceptos constitucionales y con la interpretación que de los mismos efectúe el Tribunal Constitucional (art. 5.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial), podría considerarse como suficiente para que, en la práctica, en este tipo de supuestos no se produjera indefensión.

No obstante, como señalábamos al principio de este escrito, no es infrecuente que dicha indefensión se produzca.

Por todo cuanto antecede y al entender esta institución que el cumplimiento riguroso de los preceptos antes citados puede provocar situaciones injustas y no acordes con los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, sugerimos a V.E., al amparo del art. 28.2 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora de la misma, valore la conveniencia de impulsar la modificación de los preceptos antes mencionados del Decreto de 21 de noviembre de 1952 y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el sentido indicado en la sentencia del Tribunal Constitucional y que acaba de ser expuesto.

Madrid, 26 de diciembre de 1985.

**Recomendación dirigida al Ministro de Justicia.**

**Recomendación 39/1985, formulada con ocasión del Informe a las Cortes Generales correspondiente a 1985, sobre devolución de retenciones en prestaciones por desempleo.**

*(BOCG. Congreso. Serie E. núm. 4, págs. 146-147).*

Se solicitaba en esta queja que, a tenor de la Sentencia de Tribunal Supremo, de 7 de junio de 1983, el Ministerio de Economía y Hacienda devolviera de oficio o a instancia de parte las retenciones efectuadas, con independencia de que se efectuara o no la declaración sobre la renta, siempre que no hubiera transcurrido el plazo de prescripción de cinco años, y también, de oficio o a instancia de parte, se confirmaran o rectificaran expresamente las autoliquidaciones presentadas por los trabajadores perceptores de prestaciones por desempleo, a los que se les hubiera retenido cantidades por dicho impuesto.

Requerida por el Defensor del Pueblo la oportuna información sobre el particular, se contestó por el excelentísimo señor Ministro de Economía y Hacienda en los siguientes términos:

«El Ministerio de Economía y Hacienda procedió en su momento a establecer la inmediata ejecución en sus propios términos de la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo de 7 de junio de 1983, por la que se declaraba la improcedencia de practicar retenciones en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas sobre las prestaciones de desempleo. A tal efecto, dictó la Orden Ministerial de 16 de enero de 1984 y, a partir de ese momento, dejaron de practicarse las retenciones en las referidas prestaciones de desempleo.

La complejidad de las situaciones a que daba lugar, según los casos, las cantidades retenidas con anterioridad a la ejecución de la Sentencia hizo que el Ministerio aprobara y publicara la Circular de 23 de octubre de 1984 con objeto de unificar los criterios a seguir en la tramitación y gestión de las devoluciones.

En relación con el contenido del escrito de queja debe recordarse que las retenciones son pagos a cuenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas

Físicas (o de las Sociedades) y no constituyen actos de gestión tributaria. La declaración por este Impuesto se efectúa en régimen de autoliquidación (artículo 36 de la Ley 44/1978, de 8 de septiembre). Por ello, únicamente mediando aquella declaración puede determinarse si la suma de las cantidades retenidas en la fuente —y las ingresadas a cuenta— excede de la cuota resultante y da derecho, por tanto, a la devolución de oficio que legalmente corresponda.

Mediando autoliquidaciones, los sujetos pasivos sólo pueden impugnarlas en vía económico-administrativa previa solicitud a los órganos de gestión tributaria de la confirmación o rectificación de las mismas en los plazos y condiciones que señala el artículo 121 del Reglamento de Procedimiento de las Reclamaciones Económico-Administrativas, aprobado por el Real Decreto 1999/1981, de 20 de agosto.

Por otra parte, en ausencia de actos de liquidación provisional sobre los datos consignados en la declaración por el Impuesto sobre la Renta o de ulteriores actuaciones inspectoras por parte de la Administración Tributaria (las entidades gestoras del seguro de desempleo que practicaron las retenciones sobre las prestaciones de subsidio de desempleo no lo son), ni cabe recurso de reposición ni median los supuestos establecidos en los artículos 153 a 159 de la Ley General Tributaria, de 28 de diciembre de 1963, para proceder a la anulación o revisión de oficio.

En definitiva, el criterio seguido por el Ministerio de Economía y Hacienda en la Orden Ministerial de 16 de enero de 1984 y Circular de la Secretaría General de Hacienda, de 23 de octubre del mismo año, pretende aplicar la normativa vigente con la máxima amplitud posible en favor de los contribuyentes al entender aplicable al caso, con la mayor flexibilidad, la norma que se considera puede extender y generalizar, en la vía de gestión tributaria, la práctica de las devoluciones procedentes, esto es, el referido artículo 121 del Real Decreto 1999/1981, de 20 de agosto.

En todo caso, debe significarle a V. E. que son los contribuyentes los que deben instar la revisión de su declaración-liquidación para, a partir de ella, obtener, en su caso, la devolución correspondiente. No puede imponerse un deber u obligación general a la Administración en este sentido.

Asimismo, importa destacar la limitación sancionada en el artículo 120 de la Ley de Procedimiento Administrativo que dispone que “la estimación de un recurso interpuesto contra una disposición de carácter general implicará la derogación o reforma de dicha disposición, sin perjuicio de que subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma”, limitación obligada para

salvaguardar la garantía de las relaciones Administración-administrado, especialmente delicadas en el campo de la Hacienda Pública.

Son, pues, razones basadas en el principio de seguridad jurídica las que establecen el cauce adecuado para impugnar las autoliquidaciones, debiendo recordar que es la propia norma jurídica —en este caso el Reglamento de Procedimiento para las Reclamaciones Económico-Administrativas, artículo 121— la que establece unos plazos preclusivos para la impugnación que el propio Ministerio de Economía y Hacienda debe respetar escrupulosamente.»

Esta institución es consciente de la complejidad de las situaciones, como se hace constar en la anterior información, a que dan lugar, según los casos, las cantidades retenidas con anterioridad a la ejecución de la indicada sentencia del Tribunal Supremo.

No obstante y aun cuando se informa que se ha intentado aplicar con la máxima amplitud posible la normativa vigente en favor de los contribuyentes, sin embargo, se deduce de la repetida información una aplicación rigurosa de las normas que se citan, teniendo en cuenta:

a') Que si las retenciones de las cantidades percibidas por desempleo se efectuaban en virtud de lo dispuesto en el apartado 1) del artículo 41 del vigente Reglamento del Impuesto, este apartado se declara nulo de pleno derecho por la referida Sentencia de 7 de junio de 1983.

b') Que existen casos en que muchos desempleados que percibieron el correspondiente subsidio no efectuaron la correspondiente declaración de la renta, por no tener obligación legal de hacerlo, o bien porque estimaron que a tenor de la citada Sentencia no debían de hacerlo, con un criterio equivocado por su probable desconocimiento de la legislación fiscal. En ambos casos, estaban imposibilitados los contribuyentes para instar la revisión de la declaración.

c') Que, igualmente y por posible desconocimiento de la normativa fiscal, existen casos en los que no se ha solicitado la confirmación o rectificación de la autoliquidación, en los plazos previstos, con la consiguiente pérdida del derecho a la devolución correspondiente.

Por todo ello y en atención a la finalidad social de las prestaciones de desempleo, así como de lo previsto en el artículo 41 de la Constitución Española, sería aconsejable la revisión de los criterios expuestos en la información del Ministerio de Economía y Hacienda y, dentro de la vigente normativa, extender al máximo las devoluciones de las retenciones efectuadas sobre las prestaciones de desempleo.

**Recomendación 40/1985, formulada con ocasión del Informe a las Cortes Generales correspondiente a 1985, sobre modificación de la Circular de la Secretaría General de Hacienda, sobre devolución de las retenciones en prestaciones de subsidio de desempleo por IRPF.**

*(BOCG. Congreso. Serie E. núm. 4, págs. 147-148).*

La Delegación de Hacienda de Madrid no contestaba a la petición del interesado para que se le devolviesen las retenciones efectuadas de las prestaciones que percibió por subsidio de desempleo en los años de 1979, 1980 y 1981.

Por dicha Delegación de Hacienda se informó a esta institución lo siguiente:

«1.º Que, en efecto, la reclamación fue formulada el 7 de junio de 1984.

2.º Que la Circular de la Secretaría General de Hacienda de 23 de octubre de 1984, sobre procedimiento para realización de devoluciones por prestaciones de subsidio de desempleo, establece:

“Las Delegaciones de Hacienda tramitarán las solicitudes de revisión por tal motivo de las autoliquidaciones del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas presentadas después de seis meses y antes de transcurrir un año desde la fecha de presentación por el contribuyente de la referida declaración-autoliquidación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 121.1 del Reglamento de Procedimiento en las Reclamaciones Económico-Administrativas de 20 de agosto de 1981.”

3.º Al no concurrir las circunstancias previstas en dicha Circular, y en cumplimiento de su apartado 1.1.6, se ha procedido al archivo de las actuaciones.»

El apartado 1.1.6 de la expresada Circular de la Secretaría General de Hacienda establece: «Las solicitudes de revisión o devolución que no incidan

en los supuestos o no reúnan los requisitos señalados en los anteriores apartados 1.1.1 y 1.1.2 serán archivadas sin más trámite en la Oficina de Relaciones con los Contribuyentes».

La Institución del Defensor del Pueblo no considera acertado el anterior criterio, y con el debido respeto estima que debe procederse a su modificación, teniendo en cuenta el artículo 70 de la vigente Ley de Procedimiento Administrativo sobre la obligación de resolver por parte de los Organismos de la Administración del Estado y de dictar resolución expresa, de acuerdo con el artículo 94.3 de dicha Ley y el artículo 103.1 de la Constitución Española.

## INDICE ANALITICO DE RECOMENDACIONES

Arrendamientos urbanos, Asistencia letrada gratuita,	Personal relacionado con la Defensa, Embajadas y consulados españoles
Proceso de cognición,	Cumplimiento de la legislación laboral y de Seguridad Social,
Asociación Nacional de Inválidos Civiles	Empresa Municipal de Transportes de Madrid
Cancelación de obligaciones,	Ejecución de sentencias en materia laboral,
Ceuta	Enfermos mentales
Extranjeros,	Control judicial, Enseñanza superior
Ciegos	Convocatorias de exámenes, Extranjeros
Tarifas de Renfe,	Aplicación de la legislación en Ceuta y Melilla,
Clases pasivas	Fondo de Solidaridad Municipal, Fuerzas de Orden Público
Cómputo de cotizaciones, Pensiones,	Reconocimiento de derechos, Funcionarios docentes
Corporaciones locales Bandas de música, Cuerpo de Carabineros de la República, Cuerpo de Tren del Ejército de Tierra, Defensa	Acceso a la función pública, Funcionarios locales
Derecho a la intimidad del personal, Derecho a la intimidad Guardia Civil,	Directores de bandas de música, Guardia Civil Personal, Hulleras del Norte, S.A. Contratación laboral, Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas Devolución de retenciones,

Recargo en Comunidad Autónoma  
de Madrid,  
Subsidio de desempleo,  
Ingresos mínimos garantizados,

Proceso de cognición  
Justicia gratuita,  
Profesores de Enseñanza Media  
Acceso a la función pública,  
Registro Civil

Instituto Nacional de la Seguridad  
Social  
Personal eventual,  
Instituto Social de las fuerzas  
Armadas  
Asistencia sanitaria,  
Internamiento psiquiátrico Control  
judicial,  
Melilla  
Extranjeros,  
Menores  
Centros de protección, Militares  
Cuerpo de Tren del Ejército de  
Tierra,  
Ejército de la República,  
Objetores de conciencia

Remisión de expedientes,

Incorporación a filas,

O.R.A.,

Parque regional de la cuenca alta  
del Manzanares,

Pensiones

Asistenciales,

Clases pasivas,

Seguridad Social,

SOVI,

Prisiones

Toxicómanos,

Renfe

Formularios internos,

Tarifas para ciegos,

Seguridad Social

Cómputo de cotizaciones,

Convenio 102 de la OIT,

Homogeneización de regímenes,

Pensiones

Prestaciones no contributivas,

Prestaciones por hijos,

Seguro Obligatorio de Vejez e

Invalidez Pensiones,

Subnormalidad

Sustitución del término en textos

legales,

Subsidio por desempleo

Emigración,

Retención IRPF,

Tasa de estacionamiento vigilado,

Teléfonos

Cuota de abono reducida,

Viviendas de Protección Oficial

Incrementos de renta,