

Resolución adoptada por la Defensora del pueblo, el 18 de julio de 2017, con motivo de la solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad contra el artículo único de la Ley 5/2017, de 16 de mayo, por la que se modifica la Ley 6/2001, de 24 de mayo, del Estatuto de los Consumidores de Extremadura

(Diario Oficial de Extremadura, núm. 94, de 18 de mayo de 2017)

Mediante escrito de D. (...), en nombre y representación de la Asociación Nacional de Estaciones de Servicio Automáticas (AESAE), presentado ante esta institución el día 24 de mayo de 2017, se solicitó a la Defensora del Pueblo que interpusiese recurso de inconstitucionalidad contra el artículo único de la Ley 5/2017, de 16 de mayo, por la que se modifica la Ley 6/2001, de 24 de mayo, del Estatuto de los Consumidores de Extremadura, publicada en el *Diario Oficial de Extremadura* núm. 94, el 18 de mayo de 2017.

ANTECEDENTES

PRIMERO. El artículo único de la Ley 5/2017, de 16 de mayo, por la que se modifica la Ley 6/2016, de 24 de mayo, del Estatuto de los Consumidores de Extremadura añade una disposición adicional segunda en el citado Estatuto, que textualmente dice:

«Disposición Adicional segunda. Instalaciones de venta al público al por menor de gasolinas y gasóleos de automoción.

1. Como obligación específica de protección y prevención de riesgos de la salud o seguridad de los consumidores y usuarios, se establece que todas las instalaciones de suministro al por menor de combustibles y carburantes de venta al público en general deberán disponer en la propia instalación, mientras permanezcan abiertas y en servicio en horario diurno, al menos de una persona responsable de los servicios que se prestan, al objeto de garantizar los derechos de los consumidores reconocidos en la presente ley.

A los efectos de esta norma, se considera horario diurno la franja comprendida entre las 7:00 y las 22:00 horas.

Las personas con alguna discapacidad que les impida el suministro de combustible en régimen de autoservicio serán atendidas por la persona responsable del servicio que se presta de las instalaciones.

2. En el caso concreto de las instalaciones cuya titularidad corresponda a una sociedad que por ley tenga limitada la realización de operaciones con terceros no socios y que, conforme a la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, se pueda dedicar a suministrar directamente gasolinas y gasóleos de automoción a éstos, se considerará que se cumple con lo establecido en el apartado 1 de esta disposición siempre que en el horario de apertura al público

cuenta con un trabajador de la sociedad que responda del servicio que se presta.

A tal efecto, las instalaciones deberán contar con un dispositivo de llamada a disposición de los clientes, que les permita requerir la atención inmediata del responsable de los servicios.»

SEGUNDO. Se alega la infracción de la normativa básica del Estado. Los artículos 149.1.13 y 149.1.25 de la Constitución atribuyen al Estado competencias exclusivas sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica y sobre las bases de régimen energético, en cuyo ejercicio se ha dictado el Real Decreto 1905/1995, de 24 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento para la distribución al por menor de carburantes y combustibles petrolíferos en instalaciones de venta al público y desarrolla la Disposición Adicional primera de la Ley 34/1992, de 22 de diciembre, de ordenación del sector petrolero.

Esta normativa establece tres categorías de instalaciones petrolíferas de venta al por menor de combustible: atendidas, autoservicio y desatendidas. Sin embargo, la norma autonómica cuya inconstitucionalidad se sostiene, no permite la existencia de instalaciones desatendidas, que son las que no requieren personal, pues obliga a que todas las instalaciones cuenten mientras permanezcan abiertas con una persona, lo que únicamente fundamenta en la protección de los derechos de los consumidores y personas con discapacidad.

Para ello se basa la petición de interposición de recurso en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares que, en un supuesto parecido consideró la existencia de colisión con la normativa estatal en la materia.

TERCERO. Para la Asociación que insta el recurso el procedimiento de aprobación de la Ley 5/2017, de 16 de mayo, por la que se modifica la Ley 6/2016, de 24 de mayo, del Estatuto de los Consumidores de Extremadura, es nulo de pleno derecho, pues a su juicio conculca el principio de igualdad y no discriminación, así como el de legalidad.

Esta afirmación se basa en que AESAE fue invitada a la Comisión de Sanidad, Políticas Sociales y Vivienda de la Asamblea de Extremadura para exponer el parecer de la Asociación, pero no pudo acudir en la fecha fijada y aunque posteriormente solicitó ser oída, esta petición no fue atendida. Esta circunstancia vicia el procedimiento de aprobación de la ley por no respetar los artículos 35.1 y 133 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común, lo que lleva a la vulneración de la Constitución en sus artículos 3, 9 y 103.

CUARTO. Se considera que la Ley 5/2017, de 16 de mayo, por la que se modifica la Ley 6/2001, de 24 de mayo, del Estatuto de los Consumidores de Extremadura, es arbitraria y carente de fundamento, pues ni la seguridad ni la protección de las personas con

discapacidad suponen una motivación suficiente para su promulgación, infringiendo así el artículo 9.3 de la Constitución.

QUINTO. La Asociación compareciente explica que la obligación que la nueva norma impone de contar con una persona en horario diurno para la atención de las instalaciones de suministro al por menor de combustible y carburantes de venta al público constituye una limitación desproporcionada del derecho de libre acceso al ejercicio de la actividad económica reconocido en el artículo 38 de la Constitución.

SEXTO. AESAE plantea que la Junta de Extremadura incurre en falta de lealtad institucional porque otras comunidades autónomas no han aprobado una norma similar y porque la Comisión Europea ha abierto expediente a España al entender que otras normativas como la extremeña podrían afectar a la libertad de mercado la libre prestación del servicio.

SÉPTIMO. Por último, se denuncia la falta de motivación para el establecimiento de la excepción del apartado 2 de la Disposición adicional segunda introducida por la nueva normativa en el Estatuto de los Consumidores de Extremadura. Esta ausencia de justificación de la medida genera desigualdad y provoca que la norma incurra en arbitrariedad proscrita por el artículo 9 CE.

Valorados los antecedentes expuestos se adopta el presente acuerdo con base en los siguientes

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. En lo referente a la posible alteración competencial entre el Estado y Comunidades Autónomas que supone la aprobación del artículo único de la Ley 5/2017, de 16 de mayo, por la que se modifica la Ley 6/2001, de 24 de mayo, del Estatuto de los Consumidores de Extremadura, al que añade una Disposición adicional segunda, hay que señalar que, en supuestos como el presente, en que la eventual tacha de inconstitucionalidad se circunscribe a la invasión de competencias del Estado por parte de una Comunidad Autónoma, la institución del Defensor del Pueblo tiene como criterio no intervenir haciendo uso de su legitimación para interponer recurso de inconstitucionalidad a no ser que la cuestión afecte de modo directo al ejercicio de algunos derechos o libertades fundamentales que contiene el Título I de la Constitución española, ya que, de acuerdo con el artículo 32 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, para la defensa de sus propias competencias está legitimado el Presidente del Gobierno.

SEGUNDO. Se fundamenta la inconstitucionalidad de la norma en la infracción de los artículos 1, 9.1 y 103. CE por el incumplimiento del trámite de audiencia a AESAE, lo que constituye una irregularidad procedimental en la aprobación de la norma, que hace que la misma incurra en nulidad invalidante.

Los preceptos constitucionales invocados proclaman el sometimiento de los poderes públicos a la Constitución y al ordenamiento jurídico. Este deber de actuar conforme a las normas se vería cercenado por la ausencia de consulta, audiencia e información pública a la Asociación promotora de la solicitud de interposición de recurso, de conformidad con el artículo 133 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común que prevé la participación ciudadana en el procedimiento de la elaboración de normas con rango de Ley y reglamentario.

En el Diario de Sesiones de la Asamblea de Extremadura nº53, se publica la Sesión Plenaria nº49 de 4 de mayo de 2017 en la que se debate el dictamen elaborado por la Comisión de Sanidad, Políticas Sociales y Vivienda sobre la Propuesta de Ley de Modificación de la Ley 6/2001, de 24 de mayo, del Estatuto de los Consumidores de Extremadura. En dicho Diario se recoge que «En el trámite informativo, los grupos parlamentarios solicitaron 11 comparecencias. Ante la Comisión de Sanidad, Políticas Sociales y Vivienda, en su sesión de 19 de abril, comparecieron diferentes colectivos, como CERMI Extremadura, Cocemfe, la Asociación Regional de Empresarios de Estaciones de Servicio, FACUA, Comisiones Obreras, Iberdoex o la Unión de Consumidores de Extremadura. Algunos colectivos han expresado su opinión respecto a la iniciativa legislativa por escrito.»

En el debate se informa de que «... la propia Asociación Nacional de Estaciones de Servicio ya presentó alegaciones en este mismo sentido ante la Consejería de Sanidad de la Junta de Extremadura, al considerar que la posible nulidad de esta nueva regulación que establece la obligatoriedad de contar con la presencia de una persona responsable en todas las estaciones de servicio mientras estén abiertas al público. Argumentó que invadía e invadiría la norma y la competencia estatales, que regula las estaciones desatendidas, con lo que, si se decide finalmente recurrir, cabe la posibilidad de correr una suerte análoga a la que acabo de referirme del caso de Baleares y del Tribunal Superior de Justicia, que ha anulado este mismo cambio normativo en Baleares.» Este mismo argumento ha sido aportado por el representante de AESAE a esta institución en su petición de interposición de recurso de inconstitucionalidad.

En otro momento del debate se vuelve a aludir a la cuestión cuando, una Diputada, tras mostrar su agradecimiento a todos los que han comparecido en la Comisión, señala «Incluido al representante de la Asociación Nacional de Estaciones de Servicio Automáticas, que no pudo llegar por motivos laborales, pero con cuya opinión pudimos contar, ya que dicha asociación había tenido la oportunidad de reunirse con nosotros previamente.»

El incumplimiento de un trámite establecido en una norma con rango de Ley no es un canon de constitucionalidad a tener en cuenta, aunque se trate de un requisito del procedimiento legislativo. En un caso parecido el Tribunal Constitucional ha opinado

«que el defecto denunciado se habría producido, en todo caso, en el procedimiento administrativo previo al envío del proyecto al Congreso y no en el procedimiento legislativo, es decir, en el relativo a la elaboración de la Ley, que se desenvuelve en las Cortes Generales, por lo que mal puede sostenerse que el citado defecto puede provocar la invalidez de este último procedimiento y de la Ley en que desemboca. También está fuera de lugar la invocación a este propósito del art. 88 de la Constitución, antes transcrito. La ausencia de un determinado antecedente sólo tendrá trascendencia si se hubiere privado a las Cámaras de un elemento de juicio necesario para su decisión, pero, en este caso, el defecto, que tuvo que ser conocido de inmediato, hubiese debido ser denunciado ante las mismas Cámaras y los recurrentes no alegan en ningún momento que esto ocurriese. No habiéndose producido esa denuncia, es forzoso concluir que las Cámaras no estimaron que el informe era un elemento de juicio necesario para su decisión, sin que este Tribunal pueda interferirse en la valoración de la relevancia que un elemento de juicio tuvo para los parlamentarios.» (STC 108/1986)

La STC 53/2014, en su fundamento jurídico primero aborda lo que constituye el parámetro de constitucionalidad, en los siguientes términos:

«Lo primero que debe señalarse, como hiciéramos en la STC 60/2013, es que el canon de constitucionalidad aplicable a las normas de las Comunidades Autónomas es «el que se contiene en sus respectivos Estatutos de Autonomía y en las leyes estatales que, dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas y, por supuesto, en las reglas y principios constitucionales aplicables a todos los poderes públicos que conforman el Estado en sentido amplio y, evidentemente, en las reglas y principios constitucionales específicamente dirigidos a las Comunidades Autónomas» (SSTC 7/2010, 74/2011 y 196/2012). Junto a otros preceptos constitucionales, entre esas leyes delimitadoras de las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, se encuentra la LOFCA (STC 181/1988,) cuyo art. 6 constituye en el presente caso, el canon de constitucionalidad del impuesto cuestionado (SSTC 289/2000, 179/2006, y 196/2012 y el ATC 456/2007). La circunstancia de que el art. 6 LOFCA haya sido modificado por la Ley Orgánica 3/2009, de 18 de diciembre no afecta al juicio de constitucionalidad que hemos de efectuar sobre los preceptos impugnados, pues se conectan con su aplicación a un concreto proceso, en el que el órgano judicial proponente de la cuestión ha de resolver sobre la pretensión ejercitada a la luz de la normativa vigente y aplicable en el concreto momento en el que se suscitó el proceso *a quo*, razón por la cual, la reforma introducida por esa Ley Orgánica 3/2009 no puede ser de aplicación a situaciones que, como ésta, son anteriores a su entrada en vigor (STC 196/2012).»

Siguiendo esta doctrina se puede considerar que, aún en el caso de que no se hubiera respetado el procedimiento del artículo 133 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común, este aspecto no tendría consecuencias

constitucionales. Íntimamente ligado a esta circunstancia se encontraría el argumento ofrecido sobre la infracción del artículo 35 de la misma Ley.

TERCERO. Se alega por los comparecientes la infracción del artículo 9.3 de la Constitución que se refiere a la seguridad jurídica y a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, entre otros principios que rigen las normas.

Para el alto Tribunal la seguridad jurídica es «suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad», es una adición de estos principios equilibrada de tal suerte que permita promover en el orden jurídico la justicia y la igualdad en libertad (STC 27/1981; 99/1987; 227/1988; 150/1990) aunque ello no quiere decir que no tenga valor en sí mismo (STC 99/1987; 225/1998).

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

«Es decir, la seguridad jurídica entendida como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados, como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho, como la claridad del legislador y no la confusión normativa. En suma, sólo si, en el ordenamiento jurídico en que se insertan y teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma infringe el principio de seguridad jurídica.»

Pero el principio de seguridad jurídica constitucional, según la Sentencia 126/1987, no se puede entender como un derecho de los ciudadanos a la permanencia de una determinada regulación, en los siguientes términos:

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

En idéntico sentido se pronunció la Sentencia 129/1987, fundamento jurídico 5º:

«Tampoco vulnera el mismo el principio de seguridad jurídica, se afirma en el fundamento jurídico 6º apartado c), al tratarse de una norma claramente formulada y formalmente publicada, no merecedora del atributo de incierta: Las modificaciones operadas por el precepto en cuestión están en el ámbito de la potestad legislativa, que no puede permanecer inerte ni inactiva ante la realidad social y las transformaciones que la misma impone. Finalmente, y como se indica en la Sentencia mencionada, no hay tampoco indicios de

arbitrariedad en los preceptos que se cuestionan, que representa la opción del poder legislativo para configurar una determinada materia, siendo necesario que aparezca, para apreciar la presencia de arbitrariedad, que la falta de proporción entre los fines perseguidos y los medios empleados implique un sacrificio excesivo e innecesario de derechos que la Constitución garantiza [fundamento jurídico 4º a) y b)]: lo que, como se ha indicado, no es aquí apreciable.»

Esta doctrina se ha mantenido en el tiempo, así la Sentencia 100/2012, dice en su fundamento jurídico 10:

« ... Y es también doctrina consolidada de este Tribunal la de que el principio de seguridad jurídica no puede entenderse como un derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen fiscal (SSTC 126/1987 y 116/2009), aun cuando, eso sí, protege la confianza de los ciudadanos que ajustan su conducta económica a la legislación vigente frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles, ya que la retroactividad posible de las normas no puede trascender la interdicción de la arbitrariedad (SSTC 150/1990, 182/1997 y 90/2009).»

En la misma línea el Tribunal Constitucional ha afirmado que la seguridad jurídica del artículo 9.3 de la Constitución Española no puede suponer la prohibición de cambios en el ordenamiento jurídico. A ello se ha referido en su STC 227/1988, fundamento jurídico 10:

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

Esta doctrina ha sido repetida constantemente por el Tribunal Constitucional entre otras en la STC 84/2013, FJ.3º, que insiste en que la seguridad jurídica «no ampara la necesidad de preservar indefinidamente el régimen jurídico que se establece en un momento histórico dado en relación con derechos o situaciones determinadas».

En el presente caso no se puede tachar de incierta la norma pues los términos de la misma son claros y como ha dicho la doctrina explicada no existe un derecho constitucionalmente protegido al mantenimiento de un determinado orden jurídico o a una regulación concreta. No se infringe el principio de seguridad jurídica por las modificaciones introducidas mediante la Disposición adicional segunda del Estatuto de los Consumidores de Extremadura pues «la potestad legislativa no puede permanecer inerte e inactiva ante la realidad social y las transformaciones que la misma impone» (STC 70/1988).

Se argumenta que la norma incurre en arbitrariedad proscrita por el citado artículo 9.3 CE, aunque realmente se alude a una disconformidad con el contenido de la modificación adoptada pues los intereses económicos de los asociados a AESAE pueden verse afectados. Pero no puede considerarse arbitraria una norma por el mero hecho de mantener una discrepancia con el legislador. En palabras del propio Tribunal Constitucional:

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

Pues bien, al sentar su doctrina sobre la arbitrariedad, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en los siguientes términos:

«Cuando se hable de la arbitrariedad del Legislativo, no puede tratarse de la adecuación del acto a la norma, pero tampoco puede reducirse su examen a la confrontación de la disposición legal controvertida con el precepto constitucional que se dice violado.

El acto del Legislativo se revela arbitrario, aunque respetara otros principios del 9.3 cuando engendra desigualdad. Y no ya la desigualdad referida a la discriminación -que ésta concierne al artículo 14- sino a las exigencias que el 9.2 conlleva, a fin de promover la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra, finalidad que, en ocasiones, exige una política legislativa que no puede reducirse a la pura igualdad ante la Ley» (STC 27/1981, fundamento jurídico 10º).

El Tribunal Constitucional ha declarado asimismo que:

«... la calificación de «arbitraria» dada a una ley a los efectos del artículo 9.3 exige ... una cierta prudencia. La Ley es la 'expresión de la voluntad popular', como dice el preámbulo de la Constitución y como es dogma básico de todo sistema democrático ... (El) control de la constitucionalidad de las leyes debe ejercerse, sin embargo, de forma que no imponga constricciones indebidas al

poder legislativo y respete sus opciones políticas. El cuidado que este Tribunal ha de tener para mantenerse dentro de los límites de ese control ha de extremarse cuando se trata de aplicar preceptos generales e indeterminados, como es el de la interdicción de la arbitrariedad ... Así, al examinar un precepto legal impugnado desde ese punto de vista el análisis se ha de contener en verificar si tal precepto establece una discriminación, pues la discriminación entraña siempre una arbitrariedad, o bien, si aun no estableciéndola, carece de toda explicación racional, lo que también supondría una arbitrariedad.» (STC 108/1986, fundamento jurídico 18°).

En otro de sus pronunciamientos, el Tribunal Constitucional ha reiterado que:

«... cuando se examina un determinado precepto legal desde la perspectiva de su supuesta «arbitrariedad», el análisis se ha de centrar en verificar si tal precepto establece una discriminación, o bien si, aun no estableciéndola, carece de toda explicación racional» (STC 65/1990, de 5 de abril, fundamento jurídico 6°).

Y en el mismo sentido, el Tribunal Constitucional insiste en que:

«...la ley es arbitraria en el supuesto de que careciera de toda explicación racional, sin que sea pertinente un análisis a fondo de todas las motivaciones posibles de la norma y de todas sus eventuales consecuencias» (STC 116/1999, de 17 de junio, fundamento jurídico 14°)

Pues bien, a la vista de la doctrina reproducida, no puede apreciarse la vulneración del artículo 9.3 de la Constitución a la que se refiere el representante de AESAE. En efecto, el legislador al aprobar la reforma del Estatuto de los Consumidores de Extremadura, cuya inconstitucionalidad se pretende, no lo hace de forma caprichosa, ya que según la Exposición de motivos de la Ley 5/2017, de 16 de mayo, razones de seguridad, de atención a las personas con algún tipo de discapacidad física o de movilidad, así como el hecho de que medidas similares se hayan adoptado en otras Comunidades autónomas son los motivos que se han recogido como motor de la reforma. A ello hay que añadir que en el debate de aprobación de la Ley se alude, además de la protección de los derechos de los consumidores y usuarios, a otras razones como la referida a la protección del empleo.

Tampoco se puede olvidar que las organizaciones representativas de la discapacidad en Extremadura han mostrado su conformidad con la reforma, a pesar de los argumentos ofrecidos en el escrito de solicitud de presentación de recurso.

CUARTO. Se fundamenta la petición de recurso de inconstitucionalidad en la quiebra de la libertad de empresa recogida en el artículo 38 de la Constitución española, pues la obligación impuesta por la nueva Disposición adicional segunda del Estatuto de los Consumidores de Extremadura supone una restricción a este derecho constitucional.

El artículo 38 de la Constitución establece el derecho a la libertad de empresa, pero no de manera absoluta, sino condicionado a unos límites en el marco de la economía de

mercado y de acuerdo con las exigencias de la economía en general y, en su caso, de la planificación.

Ahora bien, los límites siempre han de respetar el contenido esencial de la libertad de empresa, se trata por tanto de conocer este contenido esencial del derecho para lo cual hay que traer a colación la STC 11/1981, fundamento jurídico 8, que establece dos vías para ello:

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

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

Aplicando esta doctrina a la libertad de empresa, la STC 225/1993, fundamento jurídico 3, ha delimitado su contenido de la siguiente forma:

«...el de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial. De manera que si la Constitución garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial "en libertad", ello entraña en el marco de una economía de mercado, donde este derecho opera como garantía institucional, el reconocimiento a los particulares de una libertad de decisión no sólo para crear empresas y, por tanto, para actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado. Actividad empresarial que, por fundamentarse en una libertad constitucionalmente garantizada, ha de ejercerse en condiciones de igualdad, pero también, de otra parte, con plena sujeción a la normativa sobre ordenación del mercado y de la actividad económica general.»

De la doctrina jurisprudencial expuesta se pueden desglosar los elementos y facultades concretos inherentes a la libertad de empresa que conforman el denominado contenido esencial: la libertad de acceso al mercado, la libertad de ejercicio y la libertad de cesación en el mercado, por lo que, en principio, podría parecer contraria a la

Constitución cualquier norma que afectara a alguno de esos elementos, pero como ya se ha especificado los derechos que la Constitución reconoce no constituyen garantías absolutas y las restricciones que se pueden imponer son tolerables siempre que sean proporcionadas, de modo que por adecuadas, contribuyan a la consecución del fin constitucionalmente legítimo al que propenden y por indispensables hayan de ser inevitablemente preferidas a otras que pudieran suponer, para la esfera de la libertad pública protegida, una sacrificio menor (STC 109/2003).

La STC 53/2014 repite esta doctrina cuando afirma que el derecho a la libertad de empresa no tiene carácter absoluto y que cede ante otros derechos o valores constitucionales:

«En relación con el derecho a la libertad de empresa reconocido en el art. 38 CE, este Tribunal ha declarado que el mismo «viene a establecer los límites dentro de los que necesariamente han de moverse los poderes constituidos al adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico de nuestra sociedad» (STC 109/2003). Lo anterior es plenamente compatible con la afirmación de que «el derecho a la libertad de empresa no es absoluto e incondicionado sino limitado por la regulación que, de las distintas actividades empresariales en concreto, puedan establecer los poderes públicos, limitaciones que han de venir establecidas por la ley, respetando, en todo caso, el contenido esencial del derecho» (SSTC 18/2011, y 135/2012) y «derivadas de las reglas que disciplinen, proporcionada y razonablemente, el mercado» (entre otras SSTC 127/1994, 109/2003, o 112/2006).

El derecho fundamental a la libertad de empresa, se ejerce, por tanto, «dentro de un marco general configurado por las reglas, tanto estatales como autonómicas, que ordenan la economía de mercado y, entre ellas, las que tutelan los derechos de los consumidores, preservan el medio ambiente, u organizan el urbanismo y una adecuada utilización del territorio por todos» (STC 227/1993). Las reglas estatales o autonómicas que ordenan la economía de mercado deben, por tanto, ser conformes con la doble garantía constitucionalmente establecida del derecho fundamental a la libertad de empresa: la de la reserva de ley y la que resulta de la atribución a cada derecho o libertad de un contenido esencial, un núcleo del que ni siquiera el legislador puede disponer.

A partir de aquí debemos determinar si la concreta medida impugnada vulnera la doble garantía del derecho fundamental a libertad de empresa reconocido en el artículo 38 CE.

En primer lugar, la medida impugnada no vulnera el principio de reserva de ley formal que protege la libertad de empresa (arts. 38 y 53.1 CE, en conexión con los arts. 128 y 131 CE), pues el impuesto sobre grandes establecimientos comerciales se encuentra establecido en una norma con rango de ley, la Ley del Principado de Asturias 15/2002, de 27 de diciembre, de medidas presupuestarias, administrativas y fiscales, que crea el impuesto en su artículo 21.

En segundo lugar, la medida impugnada tampoco afecta al núcleo del derecho a la libertad de empresa. En efecto, que un impuesto afecte al libre

ejercicio de la actividad económica no implica necesariamente que tal afectación haya de ser considerada contraria a la Constitución. La libertad de empresa reconocida en el art. 38 CE exige que las regulaciones públicas que afectan al ejercicio de una actividad empresarial, sin afectar al propio acceso a la misma, sean constitucionalmente adecuadas.

Para determinar, por tanto, la conformidad del impuesto sobre grandes establecimientos comerciales con el art. 38 CE procede examinar si constituye una medida adecuada para la consecución de un fin constitucionalmente legítimo, sin que le corresponda a este Tribunal ir más allá, pues ello supondría fiscalizar la oportunidad de una concreta elección del legislador, de una legítima opción política.

Lo primero que habrá que aclarar, por tanto, es la legitimidad del objetivo promovido por la medida adoptada, para, en un segundo momento, comprobar si el mismo se promueve de manera adecuada con aquella.

Así, tal y como hemos recordado, y según expresa el preámbulo de la Ley 15/2002, el fin promovido con el impuesto impugnado sería desplazar sobre los establecimientos implantados como grandes superficies las incidencias negativas que su actividad genera en el territorio, en el medio ambiente y en la trama del comercio urbano.» (Fundamento jurídico 7)

La cuestión a abordar radica en si las obligaciones que la Disposición adicional segunda del Estatuto de los Consumidores de Extremadura impone a las instalaciones de suministro al por menor de combustibles y carburantes de disponer al menos de una persona, en horario diurno, constituye un medio idóneo para conseguir la finalidad pretendida, para lo cual esta finalidad tiene que ser constitucionalmente admisible.

En este sentido la citada Disposición adicional segunda justifica dicha obligación en dos objetivos concretos: garantizar los derechos de los consumidores en su vertiente de preservación de la seguridad (entre otros aspectos) y la atención de las personas con discapacidad que no puedan acceder al suministro de carburantes e hidrocarburos. Objetivos que se encuentran constitucionalmente reconocidos.

Así, tanto el artículo 49 como el 51 de la Constitución, referidos a la protección e integración de las personas con discapacidad y la defensa de los consumidores, vinculan a los poderes públicos y son objetivos constitucionalmente recogidos. Es más, el mandato del artículo 49 hay que relacionarlo con el artículo 9.2 de la Constitución en virtud del cual los poderes públicos tienen el deber de promover las condiciones y remover los obstáculos para conseguir que la igualdad sea real y efectiva. Por lo que, los límites que la consecución de estos fines pueda imponer a la libertad de empresa quedarían plenamente justificados. Como tiene declarado el Tribunal Constitucional la vigencia de la libertad de empresa no resulta constitucionalmente resquebrajada por el hecho de la existencia de limitaciones derivadas de las reglas que disciplinen el mercado, cuando las mismas están destinadas a la consecución de un fin constitucionalmente legítimo.

En cualquier caso, la nueva norma más bien pretende una regulación del servicio que una limitación, pues solo se requiere la presencia de una persona responsable de los servicios que se prestan en horario diurno, lo que no tiene consecuencias constitucionales. La regulación y desregulación de los distintos sectores tiene cabida dentro de la Constitución que deja un gran margen al legislador y constituye un espacio común y amplio para dar amparo a las diferentes políticas. El Tribunal Constitucional ha sentado esta doctrina, entre otras en la STC 197/1996, cuyo fundamento jurídico 8 dice:

«Al respecto, conviene comenzar nuestro examen con las críticas que la parte recurrente ha dirigido al régimen de distancias mínimas para impugnar su carácter básico. En primer lugar, es obvio que no nos corresponde apreciar si el régimen de distancias mínimas entre instalaciones de venta es o no adecuado en relación con el objetivo de asegurar el suministro de carburantes en todo el territorio nacional y si sólo un régimen de distancias máximas en cambio, permitiría alcanzarlo. Pues ello sería tanto como revisar, desde criterios técnicos o de mera oportunidad, ajenos a la competencia de este Tribunal, las decisiones adoptadas por el legislador. El problema que nos incumbe exclusivamente es el de determinar si la normativa estatal aquí enjuiciada «encuentra cobertura bastante en las reglas constitucionales y estatutarias que definen el orden de competencias en la materia» (STC 244/1993 entre otras) y, por tanto, si es conforme con este orden competencial la calificación como básico del régimen de distancias mínimas que la Ley 34/1992 le ha atribuido.

En segundo término, la recurrente ha sostenido que el régimen de distancias mínimas entre instalaciones de venta al público de carburantes, por su carácter limitativo, no se compadece con la normativa comunitaria sobre la libre competencia entre las empresas ni con el objetivo de la liberalización del sector petrolero, basta recordar, en cuanto a lo primero, que es doctrina reiterada que a este Tribunal no corresponde controlar la adecuación de los actos de los poderes públicos al Derecho comunitario, por no constituir este ordenamiento canon de constitucionalidad (SSTC 28/1991 y 64/1991, entre otras muchas). Si bien no resulta ocioso indicar, frente al reproche de la recurrente, que para la progresiva adaptación del antiguo Monopolio de Petróleos la Comisión Europea aceptó en 1986 la alternativa de que se estableciera una red de estaciones de servicio paralela a la dependiente de aquél mediante la reducción a la mitad de las distancias mínimas. Por lo que cabe entender que las exigencias de la normativa comunitaria quedaban satisfechas con esta medida aun subsistiendo el régimen de distancias mínimas, dado que operadores independientes gozarían, respecto a los productos importados de países comunitarios, de condiciones similares a los de la red del monopolio para la distribución y venta de productos nacionales.

Tampoco es admisible, en segundo término, el reproche de una insuficiente liberalización del sector petrolero en la Ley 34/1992 por el hecho de haberse mantenido el régimen de distancias mínimas. Siendo claro que la medida impugnada no es contraria a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado que el art. 38 CE reconoce, este Tribunal no puede entrar a enjuiciar si la liberalización, cuya realidad se asume por la recurrente, es o no «suficiente», pues ello constituye un juicio político o de oportunidad

respecto a la acción desarrollada por el legislador. Como se ha dicho desde la STC 11/1981, fundamento jurídico 7º, la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio para que dentro de él quepan diferentes opciones políticas y, por ello, "en un plano hay que situar las decisiones políticas y el enjuiciamiento político que tales decisiones merezcan y en otro plano distinto la calificación de inconstitucionalidad, que tiene que hacerse con arreglo a criterios estrictamente jurídicos".»

A juicio del representante de AESAE, el coste de contratar a una persona responsable para las instalaciones desatendidas es desproporcionado por el hecho de que existen 10.000 estaciones de servicio para atender a un 0,26 % de vehículos de personas con discapacidad, en toda España. Esta afirmación olvida otras finalidades de la norma como la seguridad, la protección de los derechos de los consumidores y usuarios, el mantenimiento del empleo entre otros beneficios que la norma podría aportar a la sociedad, según el debate de su aprobación. En este sentido la STC 35/2016, fundamento jurídico 4, proclama:

«... De esta forma, para ponderar la constitucionalidad de la prohibición impugnada, tanto en lo que se refiere a la libre circulación de bienes como en lo que atañe a la libertad de empresa y el derecho a la propiedad privada (...) es preciso efectuar un juicio de proporcionalidad, en el que, además del objetivo que al establecerla se persigue y comprobando la legitimidad constitucional del mismo, se verifique también la relación de causalidad y necesidad que con él debe guardar la prohibición en cuanto medio ordenado para hacerlo posible.

Sin embargo, este test de proporcionalidad se ha aplicado solamente a regulaciones que pueden afectar al acceso al mercado, al comienzo en el ejercicio de la actividad (vgr. la caducidad de las autorizaciones de farmacia, STC 109/2003) o a regulaciones autonómicas que pueden introducir desigualdad en las condiciones de ejercicio de una actividad empresarial (STC 96/2013, con cita de otras). Pero cuando se trata de regulaciones que «afectan al ejercicio de una actividad empresarial, sin afectar al propio acceso a la misma», como ocurre en este caso, el canon de constitucionalidad empleado por la jurisprudencia de este Tribunal es algo diferente, pues solamente permite verificar si esas medidas son «constitucionalmente adecuadas», esto es, si la medida cuestionada «constituye una medida adecuada para la consecución de un fin constitucionalmente legítimo, sin que le corresponda a este Tribunal ir más allá, pues ello supondría fiscalizar la oportunidad de una concreta elección del legislador, de una legítima opción política» (STC 53/2014).

De este modo, y en aplicación de la precedente doctrina, la medida aquí cuestionada, que afecta al desarrollo de la actividad empresarial pero no al acceso a la misma, y tampoco entraña ninguna desigualdad entre operadores, debe someterse solamente al doble escrutinio siguiente: en primer lugar, debe comprobarse si el fin perseguido por ella es constitucionalmente legítimo; y en segundo lugar, caso de superarse este primer examen, debe verificarse además si la medida es adecuada para la consecución de ese objetivo.»

QUINTO. En cuanto a la consideración de la falta de lealtad institucional de la Junta de Extremadura por abordar una reforma en un sentido distinto que otras comunidades autónomas.

Como bien conoce la Asociación compareciente, en este punto existe diversidad de regulaciones entre las Comunidades autónomas y también coincidencias, sin que ello pueda afectar a la Constitución, pues esta circunstancia es una consecuencia del Estado de las autonomías.

La organización del Estado español permite a las comunidades autónomas que puedan hacer uso de sus competencias legislativas en el marco de la Constitución y sus Estatutos. Ello conlleva una distinta posición jurídica para los ciudadanos de cada una de ellas que no suponen la infracción de los artículos 1, 14 y 139 de la Constitución, ya que estos preceptos no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo el territorio español, tal y como dispone el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias.

El principio de igualdad comporta un tratamiento igual a aquellos ciudadanos que se encuentren en idéntica situación y desigual a quienes se hallen en posiciones cualitativamente distintas. En este sentido y en referencia a la disparidad de regulaciones por parte de las comunidades autónomas el Tribunal Constitucional ha elaborado una doctrina temprana que ha permanecido en el tiempo entorno al contenido del artículo 139.1 al declarar que, «no puede ser entendido en modo alguno como una rigurosa y monolítica uniformidad del ordenamiento de la que resulte que en cualquier parte del territorio se tengan los mismos derechos y obligaciones», pues a reserva de la igualdad de las condiciones básicas del ejercicio de los derechos y libertades garantizadas por el mismo, «la potestad legislativa de que las comunidades autónomas gozan da a nuestro ordenamiento una estructura compuesta, por obra de la cual puede ser distinta la posición jurídica de los ciudadanos en las distintas partes del territorio nacional» (SSTC 37/1981 y 14/1998).

SEXTO. En último término se considera la quiebra del principio de igualdad al deparar un trato diferente a las instalaciones abiertas al público reguladas en el apartado 1 de la Disposición adicional segunda del Estatuto de los Consumidores de Extremadura y las instalaciones de titularidad de una sociedad autorizadas únicamente a la realización de operaciones con sus socios, a las que se refiere el apartado 2 de la citada Disposición, a quienes no se exige la permanencia constante del responsable en las instalaciones.

Sobre el alcance del principio de igualdad el Tribunal Constitucional ha elaborado en numerosas sentencias una detallada doctrina cuyos rasgos esenciales pueden resumirse como sigue:

- a) No toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del art. 14 CE, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable.
- b) El principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional.
- c) El principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas, por no venir fundadas en criterios objetivos y suficientemente razonables de acuerdo con juicios de valor generalmente aceptados.
- d) Para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable, además, que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos (por todas, SSTC 76/1990, fundamento jurídico 9 A); y 214/1994, fundamento jurídico 8 B).
- e) Es también doctrina reiterada de ese Tribunal que la igualdad ante o en la ley impone al legislador el deber de dispensar un mismo tratamiento a quienes se encuentran en situaciones jurídicas iguales, con prohibición de toda desigualdad que, desde el punto de vista de la finalidad de la norma cuestionada, carezca de justificación objetiva y razonable o resulte desproporcionada en relación con dicha justificación (SSTC 3/1983, fundamento jurídico 3º; 75/1983, fundamento jurídico 2º; 6/1984, fundamento jurídico 2º; 209/1988, fundamento jurídico 6º; 76/1990, fundamento jurídico 9º; 214/1994, fundamento jurídico 8º; 9/1995, fundamento jurídico 2º; 164/1995, fundamento jurídico 7º; 134/1996, fundamento jurídico 5º; 117/1998, fundamento jurídico 8º; y 46/1999, fundamento jurídico 2º, por todas).

De todo ello se deduce que no hay desigualdad entre instalaciones que parten de situaciones diferentes pues unas son instalaciones abiertas al público en general y sin limitaciones de negocio y otras no pueden operar con terceros sino únicamente con sus socios y pertenecen necesariamente a una entidad.

La cuestión por tanto se centra en si se puede proceder a comparar dos tipos de instalaciones que operan en el mercado de forma distinta, en palabras del propio Tribunal Constitucional, STC 146/2012, fundamento jurídico 3:

«En efecto, como este Tribunal tiene reiteradamente señalado, el juicio de igualdad es de carácter relacional. Requiere como presupuestos obligados, de un lado, que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas y, de otro, que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso. Sólo una vez verificado uno y otro presupuesto resulta procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia contenida en la norma (SSTC 148/1986; 29/1987; 181/2000; 1/2001; y 200/2001, por todas).»

Además no hay que perder la perspectiva de la finalidad perseguida por la norma cual es protección de los consumidores y usuarios y las personas con discapacidad o movilidad reducida. Desde este punto de vista la norma quedaría encuadrada en la Constitución, pues como dice el Tribunal Constitucional, en STC 158/1993, «De conformidad con una reiterada doctrina de este Tribunal, el principio constitucional de igualdad exige, en primer lugar, que las singularizaciones y diferenciaciones normativas respondan a un fin constitucionalmente válido para la singularización misma; en segundo lugar, requiere que exista coherencia entre las medidas adoptadas y el fin perseguido y, especialmente, que la delimitación concreta del grupo o categoría así diferenciada se articule en términos adecuados a dicha finalidad y, por fin, que las medidas concretas o, mejor, sus consecuencias jurídicas sean proporcionadas al referido fin.»

Cuando lo que se pretende proteger son intereses generales, el alto Tribunal considera que esta finalidad es objetiva y razonable en la aceptación de diferencias «sin que ello pueda ser calificado de arbitrario ni haya dado lugar a desigualdades entre las empresas del sector.» (STC 30/2016)

De lo que se concluye que la posible desigualdad que puede engendrar la norma tiene que ser descartada como fundamento de inconstitucionalidad.

Por todo ello y con base en las consideraciones que anteceden, el Defensor del Pueblo ha estimado la conveniencia de adoptar la siguiente

RESOLUCIÓN

Sentados estos presupuestos, y de acuerdo con la opinión unánime de la Junta de Coordinación y Régimen Interior, en su reunión del día 18 de julio de 2017 y con pleno respeto a cualquier otra opinión diferente, la Defensora del Pueblo resuelve, en relación

con lo contenido en el artículo 162.1a) de la Constitución Española y el artículo 32.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, **no interponer** recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 5/2017, de 16 de mayo, por la que se modifica la Ley 6/2001, de 24 de mayo, del Estatuto de los Consumidores de Extremadura.