

**BREVE EXPOSICIÓN DE LAS POSIBILIDADES DE RECURSO CONTRA EL REAL DECRETO LEY 8/2010, DE 20 DE MAYO, POR EL QUE SE ADOPTAN MEDIDAS EXTRAORDINARIAS PARA LA REDUCCIÓN DEL DÉFICIT PÚBLICO.****1.- Introducción.**

Desde el punto de vista del recurso contencioso-administrativo ordinario, la única posibilidad de poder impugnar un RDL es la de forzar el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por parte de un órgano judicial de la jurisdicción ordinaria (en nuestro caso, la contencioso-administrativa) al tenor de lo que dispone el artículo 163 de la Constitución Española.

**2.- Objeto del recurso.**

Muy sintéticamente, la jurisdicción contencioso-administrativa es siempre revisora de un acto administrativo de aplicación de una norma de carácter general o de una norma de rango inferior a la Ley.

No se puede por tanto interponer recurso contencioso-administrativo contra el RDL, sino contra sus actos de aplicación, en lo que se denomina “recurso indirecto”, es decir, aquel recurso en cuya fundamentación material se indica por el recurrente que el acto administrativo está bien desarrollado tomando como base la norma de carácter superior que aplica –o no, porque esta vía no es incompatible, para además alegar que el acto no se ha aplicado bien–, pero lo que sucede es que esa norma es contraria a Derecho.

Dejamos pues de lado, ahora, la posibilidad de que las normas y actos de desarrollo no apliquen correctamente, a nuestro entender, las disposiciones del RDL, –cuestión ésta que se deberá analizar en su día cuando estudiemos los actos concretos de aplicación–.

El recurso contencioso-administrativo se deberá interponer contra el acto de aplicación del RDL, con el fundamento de que éste es ilegal por

inconstitucional solicitando al Tribunal competente el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

Los actos concretos de aplicación que podrían ser recurridos serían los siguientes, pudiéndose optar por algunos de ellos o interponer uno o varios recursos –según que deban verse ante el mismo o distinto órgano jurisdiccional, pidiendo, en su caso, la acumulación–:

- a) La resolución de 25 de mayo de 2010, de la Secretaría de Estado de Hacienda y Presupuestos, por la que se dictan instrucciones en relación con las nóminas de los funcionarios incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, en los términos de la Disposición Final Cuarta de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, y se actualizan con efectos de 1 de junio de 2010 las cuantías de las retribuciones del personal a que se refieren los correspondientes artículos de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para dicho ejercicio. Publicada en el BOE de 26 de mayo de 2010. Siendo una disposición de carácter general, publicada en el BOE, no se interpondría previamente recurso administrativo.
- b) Las instrucciones que en su día y en su caso dicte la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas del Ministerio del Economía y Hacienda, en desarrollo de la anterior y del RDL. Del mismo modo, tampoco se debe interponer recurso administrativo previo.
- c) Las nóminas singulares de cada funcionario, a partir de la de junio, que es cuándo se aplican las disposiciones del RDL. Hace falta interponer recurso administrativo previo de alzada porque las nóminas no son actos de Subsecretario o Director General en materia de personal –que sí agotarían la vía administrativa–. Sería preciso realizar un recurso pro forma, para que masivamente los funcionarios lo interpongan. Tras la

última reforma de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no es posible la extensión de efectos de la eventual sentencia estimatoria, por haberse consentido el acto administrativo –la nómina– por los funcionarios no recurrentes, al no haberse recurrido en el plazo de 2 meses desde que las recibieron. No son precisos ni Abogado, ni Procurador, al ser materia de personal.

### **3.- Fundamentación de la ilegalidad por inconstitucionalidad del RDL.**

#### a) Ausencia de la extraordinaria y urgente necesidad.

Según requiere el artículo 86 de la Constitución Española.

Es este un motivo que el Tribunal Constitucional, tradicionalmente, ha dejado a la apreciación discrecional del Gobierno.

No obstante, podrían plantearse dos argumentos:

1. Si nos metemos en el tema de los pensionistas, ¿cómo se justifica la extraordinaria y urgente necesidad, cuando la congelación que se prevé es para enero de 2011 –faltan más de 6 meses– y, antes, debería aprobarse la LPGE, donde debe naturalmente regularse esta cuestión?.
2. En cuanto a las retribuciones de los funcionarios, es cierto que existe una situación de crisis, pero: (i) esta situación se conoce, desde el punto de vista de la contabilidad pública, hace, al menos, dos años y no existía, en la mente del Gobierno, ninguna situación extraordinaria, ¿por qué ahora sí?, ¿no hace falta que el Gobierno justifique en la Exposición de Motivos la alteración sustancial de las cuentas públicas en el período en el que se dicta la norma para que esta sea legítima?; (ii) hace muy poco el Gobierno pacta con los

Sindicatos más representativos una subida del sueldo de los funcionarios de un tanto por ciento para determinado período, ¿no existía entonces y ahora sí existe la extraordinaria y urgente necesidad?; (iii) quedan pocos meses para la tramitación ordinaria de la LPGE que entrará en vigor, en su caso, el 1 de enero de 2011, ¿la extraordinaria y tan urgente necesidad no podía esperar estos meses para adoptar las medidas correspondientes de recorte de gasto público?.

b) Contradicción del RDL con el Estatuto Básico del Empleado Público, Ley 7/2007, de 12 de abril y vulneración de los pactos alcanzados con los Sindicatos más representativos.

Una norma con rango de Ley, como el RDL, puede exceptuar, suspender o derogar a otra anterior del mismo rango, porque no existe el principio de inderogabilidad singular de leyes de carácter general por otras, como sucede en el ámbito reglamentario.

No obstante, se podría hacer hincapié en la mala fe de este RDL por contradecir una Ley de este mismo Gobierno, dictada hace relativamente poco. Del mismo modo, se puede alegar la vulneración del derecho a la negociación colectiva, por lo que se expondrá después, recogido en el artículo 37 de la Constitución Española.

Así, en el artículo 31 EBEP se reconoce la capacidad de negociación colectiva, para la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios, a los Sindicatos más representativos, a través de las Mesas de Negociación; en su artículo 33, se dice que la negociación colectiva de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos estará sujeta a los principios de legalidad, cobertura presupuestaria, **obligatoriedad, buena fe negocial, publicidad y transparencia**; en su artículo 38.10 se señala que **se garantiza el cumplimiento de los Pactos y Acuerdos, salvo cuando excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas**, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas suspendan o modifiquen el

cumplimiento de Pactos y Acuerdos ya firmados, en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público, añadiendo que, en este supuesto, las Administraciones Públicas deberán informar a las Organizaciones Sindicales de las causas de la suspensión o modificación; el párrafo 11 de este artículo 38 señala que, salvo acuerdo en contrario, los Pactos y Acuerdos se prorrogarán de año en año si no mediara denuncia expresa de una de las partes; y el apartado 12 que la vigencia del contenido de los Pactos y Acuerdos una vez concluida su duración, se producirá en los términos que los mismos hubieren establecido.

Es decir, que de acuerdo con los principios expuestos: (i) el RDL vulnera el principio de la fuerza vinculante de los contratos libremente perfeccionados entre las partes, sin establecer medida alguna compensatoria respecto a los derechos que expropia a los funcionarios; (ii) el RDL vulnera el principio de buena fe negocial, obligatoriedad y transparencia que señala el EBEP, al anularlo de facto en pocos meses, incumpliendo una de las partes negociadoras aquello a lo que se comprometió y no habiéndose dado publicidad alguna ni audiencia en la tramitación del proyecto de RDL a la otra parte negociadora; (iii) la única posibilidad prevista legalmente de modificar o suspender la aplicación de un pacto de estas características es que concurran causas excepcionales y graves de interés público derivadas de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, indicándose que el Gobierno no ha justificado qué causas económicas sobrevenidas han anulado un pacto de hace dos meses, causas que deberían haberse producido sólo tras su firma, dado que, si son previas, lo que debe hacer el Gobierno es no firmar el pacto; (iv) además, la norma sólo justifica la suspensión o modificación, en los estrictos términos que imponga el interés general, pero no habilita a la derogación total del pacto, como ha sucedido en la práctica.

c) Modificación del articulado de la LPGE.

En **primer** lugar, la LPGE se tramita por un procedimiento sui generis al que se refiere el artículo 134 de la Constitución Española, la Ley General Presupuestaria y otras disposiciones de desarrollo, como, por ejemplo, los

artículos 133 a 135 del Reglamento del Congreso de los Diputados, de 24 de febrero de 1982.

El Tribunal Constitucional, por ello, ha señalado que a través de esta Ley no se pueden regular cuestiones objeto de Ley ordinaria.

El RDL, a su vez, también tiene un procedimiento sui generis de tramitación, donde el texto aprobado por el Gobierno se convalida o no por el Congreso de los Diputados, sin intervención del Senado.

Creemos que a través de una norma con un procedimiento especialmente previsto en la Constitución y en el Reglamento del Congreso no se puede modificar el articulado de la LPGE que, a su vez, es también norma con procedimiento específico.

Es decir, que admitir este procedimiento de reforma de la LPGE llevaría consigo permitir que el Gobierno consensuara los correspondientes apoyos parlamentarios, tramitara –a través de un complejo procedimiento– la LPGE y al día siguiente de su entrada en vigor, dictara un RDL por el que modifica sus preceptos.

El RDL, por motivo de extraordinaria y urgente necesidad, podría decretar la indisponibilidad de ciertos créditos previstos presupuestariamente, pero no, en nuestra opinión, modificar el texto de los artículos de la LPGE, como consecuencia de ese contenido específico que tiene esta Ley.

En este sentido, igualmente, véase cómo las modificaciones presupuestarias que se pueden llevar a cabo durante la vigencia de los Presupuestos, exigen, según el artículo 55 de la Ley General Presupuestaria, proyecto de Ley y dictamen del Consejo de Estado. Con el RDL se vulnera el principio de seguridad jurídica establecido en el artículo 9.3 de la Constitución respecto al procedimiento previsto para la reforma de la LPGE.

En **segundo lugar**, se infringe el principio de anualidad presupuestaria que consagra el artículo 134.2 de la Constitución, dado que rompe a mitad de

año las previsiones de la LPGE modificando, sin seguir el cauce “ordinario”, el articulado de la Ley, como se ha dicho.

En **tercer lugar**, al establecer la progresividad en la reducción del salario, sin ninguna justificación material de fondo, –porque no rebaja correlativamente la jornada laboral más a los directivos que a los demás– se puede decir que establece un impuesto. El artículo 134.7 de la Constitución impide que la LPGE pueda establecer impuestos. En el siguiente apartado se fundamentará más profundamente el sentido tributario de la medida de recorte.

- d) Infracción del derecho a la igualdad y no confiscatoriedad de los tributos, que establecen los artículos 14 y 31 de la Constitución Española.

Las diferencias salariales se justifican en las diferentes funciones/trabajo desarrollado por los empleados, a mayor retribución mayor responsabilidad/formación/valor... en consecuencia la progresividad es discriminatoria en la medida en que quita más a quienes más aportan.

El RDL impone la progresividad al asimilar mayor salario a mayor capacidad económica, lo que no es cierto. Tanto la legislación de renta, la doctrina como la jurisprudencia admiten sin reparos que la capacidad económica en rentas por trabajo se debe atemperar por las circunstancias personales y familiares sin que pueda admitirse el silogismo de que tiene más capacidad económica quien gana más por su trabajo.

La reducción progresiva del salario es materialmente un tributo, lo que se explica en las declaraciones del gobierno “todos debemos contribuir... de acuerdo con nuestra capacidad económica”, lo que no es sino la redacción del artículo 31 de la Constitución.

Si el Gobierno pretende de verdad que soporten la crisis económica quienes más capacidad económica tienen, entonces debería crear un tributo o recargo complementario al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, por el procedimiento legalmente establecido.

Y, finalmente, si la medida es un tributo encubierto, podría llegar a ser confiscatorio por acumulación de la reducción salarial a la tributación en el IRPF, dado que podría suponer una pérdida superior al 50 por ciento de la renta en los salarios más altos. Además, no podría haberse regulado por RDL, pues el artículo 31 está en el Título I, que está excluido de las materias que se pueden regular así y supondría una expropiación de derechos sin indemnización alguna.

e) Irregularidades procedimentales que invalidan el RDL.

Tanto el artículo 86.2 de la Constitución, como el artículo 151 del Reglamento del Congreso ponen de manifiesto que el RDL debe ser convalidado –o no– en plazo de 30 días por el Congreso de los Diputados.

Este RDL es objeto de publicación en el BOE el día 24 de mayo de 2010. El día 25 de mayo se publica en el BOE una corrección de errores del texto, donde, respecto a la capacidad de endeudamiento de los Ayuntamientos, se dice que no se aplica desde la entrada en vigor del RDL hasta el 31 de diciembre de 2010, sino a partir de 2011.

Tan relevante modificación, relativa a la entrada en vigor de la norma, además de suponer la inexistencia de causa de extraordinaria y urgente necesidad –como en el caso de la congelación de las pensiones– pues debería ser entonces la LPGE para 2011 la que regulara la materia, se reconoce por el Presidente del Gobierno ante los medios de comunicación que, en realidad, no se trató de un error, sino que el Gobierno recapituló ante la alarma causada y transmitida por parte de algunos Ayuntamientos –algunos de los cuales, como es conocido, están en una situación económica calamitosa– y modificó el texto del RDL.

Lo modificó sin volver a convocar al Consejo de Ministros y sin generar un segundo RDL que previera esta circunstancia o, como hemos dicho, más adecuadamente, suprimiendo esta medida y esperando a la LPGE para 2011 para regular la materia.