

Gobierno de la crisis. Uso y abuso del Decreto-ley¹

“El funcionamiento del sistema político confirma todos los días que si no existiese en la Constitución un instrumento de la legislación de urgencia [...] sería necesario inventarlo.”
Andrea Manzella, *Il Parlamento*

Sumario: RESUMEN.—ABSTRACT. —I. INTRODUCCIÓN.—II. LIMITES FORMALES DEL DECRETO-LEY: LA EXISTENCIA DEL PRESUPUESTO HABILITANTE Y LA STC 68/2007, DE 28 DE MARZO.—III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 68/2007, DE 28 DE MARZO.—IV. GOBIERNO DE LA CRISIS. LA URGENCIA COMO MÉTODO: ALGUNOS EJEMPLOS CONCRETOS: LOS REALES DECRETOS-LEYES 8/2010, 13/2010 Y 14/2010.—4.1. Consideraciones críticas a propósito del Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo.—4.2. Las medidas liberalizadoras del Real Decreto-ley 13/2010.—4.3. El recorte de las primas fotovoltaicas en el Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre.—V. EL DECRETO-LEY EN EL ÁMBITO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.

RESUMEN

La situación de crisis económica a la que nos enfrentamos parece que necesita medidas excepcionales de forma continua y sin límite; aguda necesidad que ha encontrado reflejo inmediato en la forma de legislar. De pronto el decreto-ley se presenta como el sistema hasta el punto de que la urgencia —en cuanto sustrato de la crisis— lo puede todo. De ahí que merezca la pena detenernos en la STC 68/2007 de 28 de marzo, como excepción a una línea jurisprudencial permisiva con el uso del Decreto

* Letrada de las Cortes de Castilla y León.

¹ De forma muy parecida titula sus crónicas políticas y legislativas desde el año 2008, MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ. De ahí mi escasa originalidad, si bien el título me parece lo suficientemente expresivo de la situación actual como para utilizarlo. Vid. Revista Española de Derecho constitucional. Núms. 85 y 91.

ley, así como los Reales Decretos-leyes 8/2010, de 28 de marzo, 13/2010, de 3 de diciembre y 14/2010, de 23 de diciembre, ante la posible afectación de derechos fundamentales como el de la negociación colectiva, la igualdad, o principios como el de seguridad jurídica o la interdicción de la retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales y que obligaran al Tribunal Constitucional a pronunciarse sobre el uso adecuado de esta figura o por el contrario limitar el abuso del mismo reconduciendo la figura hacia sus límites constitucionales.

PALABRAS CLAVE: Uso y abuso del Decreto-Ley, límites formales al presupuesto de hecho de “la extraordinaria y urgente necesidad” del artículo 86.1 C.E.

ABSTRACT

The economic crisis we face seem to require exceptional measures continuously and without limit; acute need has found immediate reflection in the form of legislation. Suddenly the decree law is presented as the system, to the point that the urgency—as substrate of the crisis—can do everything. Hence worth to analyze the ruling STC 68/2007 of 28 March, as an exception to the jurisprudential line permissive with the use of the decree law; and the Royal Decree Laws 8/2010 of 28 March; 13/2010 of 3 September; and 14/2010 of 23 December, with the possible involvement of basic Rights, such as collective bargaining, equality; or principles such as legal certainty or non-retroactivity of punitive provisions that are not favourable to or restrictive of individual rights; and to force the Constitutional Court to rule on the proper use of this figure or otherwise limit the abuse of it by returning the figure to its constitutional limits.

KEYWORDS: Use and abuse of the decree law, formal limits to the factual premise “extraordinary and urgent necessity” under article 86.1 of the Spanish Constitution

I. INTRODUCCIÓN

Hace ya casi 50 años el profesor Salas Hernández, en un contexto político muy distinto afirmaba “lo que hubiese podido ser una figura excepcional y extraordinaria se ha convertido en una de las más sólidas y frecuentes de la actual legislatura”. Palabras que cobran plena actualidad y vigencia, hasta el punto de resumir con gran acierto el panorama normativo español a propósito de la continua utilización de la figura del decreto-ley, especialmente significativa en un periodo de crisis como el que estamos viviendo; un periodo que parece necesitar medidas excepcionales de forma continua e ilimitada, en el que el Decreto-ley se presenta como la fuente normativa ideal para dar cobertura a todas las medidas que externa o internamente la crisis demanda.

Conocido es que el artículo 86 de la Constitución española faculta al Gobierno a promulgar disposiciones legislativas con rango de ley y de naturaleza provisional que tomarán la forma de Decretos-leyes. Habilidad que lleva consigo una ruptura del sistema fundado en la clásica división de poderes,

dejando en manos del poder ejecutivo competencias que, en puridad, sólo son predicables del poder legislativo —en tanto las Cortes Generales, como representantes de la soberanía popular, son las verdaderas «depositarias de la potestad legislativa en su ejercicio ordinario»²—, ampliando el campo de actuación normal del Gobierno, poniendo a su disposición un instrumento con el que atender necesidades que reclaman una acción legislativa inmediata»,³ y, permitiéndole modificar y reformar las normas emanadas del Parlamento, incluso a riesgo de incurrir en supuestos más que discutibles de deslegalización.

Una interpretación rígida de la separación de poderes llevaría a propugnar la proscripción de esta figura en los modelos democráticos; sin embargo, parece aconsejable permitirla en supuestos excepcionales, en aras a atender situaciones de absoluta necesidad, habilitando, como ha recordado reiteradamente nuestro Tribunal Constitucional, «un instrumento normativo del que es posible hacer uso para dar respuesta a las perspectivas cambiantes de la vida actual»⁴, toda vez que la evolución del Estado de Derecho hacia el Estado Social y Democrático de Derecho bajo una nueva interpretación de la separación de poderes y del propio concepto clásico de ley, como fuente por excelencia del Estado de Derecho liberal, ha supuesto un cambio cuantitativo de la actuación del Ejecutivo a través de sus instrumentos normativos típicos, pero también, un cambio cualitativo a la hora de la determinación material de los contenidos normativos entre el Parlamento y el Ejecutivo. Cambio, si se quiere, más importante desde un punto de vista sociopolítico que desde el estrictamente jurídico, de forma que hoy siguiendo a Pérez Royo se puede afirmar, que quien realmente legisla es el Gobierno, en cuanto que él es el auténtico centro de formación de la dirección política de Estado en su conjunto.

Se rompe, por tanto, el axioma de que la ley al ser la expresión de la voluntad general, debe ser elaborada de forma exclusiva por el órgano que reúne todas las voluntades políticas existentes en la nación, mediante un proceso de concurrencia de intereses contradictorio y complejo, y se abre paso la idea de que la “voluntad o interés mayoritario” que hoy representa la norma legal, pueda ser adoptada, en situaciones de necesidad, por el órgano de gobierno.

Por tal razón, y a pesar de la quiebra descrita, como señala certeramente Astarloa Huarte Mendicoa, lo cierto es que la generalidad de los autores se ha mostrado receptiva con el criterio de los constituyentes, sin hacerse cuestión de la oportunidad perdida, pero felicitándose por el trazado del artículo 86 en cuanto tiene de “reflejo reactivo intenso” y “cúmulo de cautelas y controles” frente a los antecedentes inmediatos⁵ reacción que

² GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *curso...* cit, p. 161. En idéntico sentido, op. ALZAGA VILLAAMIL: *La Constitución Española*, Madrid, 1988.

³ ALBERTO PEDRIERI en “El sistema de las fuentes del derecho”, *la Constitución Española de 1978*, estudio sistemático dirigido por GARCÍA DE ENTERRÍA y el propio PEDRIERI.

⁴ STC 6/1983, de 4 de febrero. Sobre las distintas teorías que justifican la inclusión del Decreto-ley en el Derecho Constitucional Europeo, por todos, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo*, 10 ed. T. I, Madrid (Civitas), 2001, pp. 141 y 142.

⁵ Un excelente resumen de los trabajos constituyentes se contiene en ASTARLOA HUARTE MENDICOA, I., “Teoría y práctica del decreto-ley en el ordenamiento español” *Revista de Administración*

supone, en cualquier caso, un reconocimiento expreso del firme propósito que ha guiado la redacción del precepto constitucional: por una parte, asumir con realismo la tendencia general de los sistemas parlamentarios contemporáneos, aceptando una mayor capacidad normativa del Ejecutivo a través, bien de su dominio de la iniciativa legislativa, de la delegación legislativa (arts. 82 a 85 CE) o, el recurso al decreto-ley, cuyo concurso se presenta como inevitable en los complejos ordenamientos de hoy en día. Se forma, con ello, un sistema constitucional de fuentes ajustado a las necesidades del Estado social y democrático de derecho al que se refiere el artículo 1.1 de nuestro Texto Fundamental, o, lo que es lo mismo, utilizando la expresión de Pedrieri constituyendo una “ejemplar traducción a fórmulas jurídicas del sustrato político de nuestros días”.

Por otra parte, junto a ello, se trata de disciplinar su uso; un uso o disciplina del que hemos de dar cuenta a lo largo de nuestra exposición, refiriéndonos especialmente y sin ánimo de exhaustividad a algunos ejemplos concretos a los que no referiremos más adelante, desde la experiencia más reciente, partiendo del sentido general de una institución que, de acuerdo con el carácter extraordinario de la misma, en cuanto se aparta radicalmente de los modos ordinarios de expresión de la voluntad colectiva, se muestra, en apariencia, decididamen-

Pública, n.º 106. Enero-abril 1985. Asimismo puede consultarse la edición de las Cortes Generales: “*Constitución española. Trabajos parlamentarios*, Madrid, 1980, tomo I.

El Decreto-Ley tiene antecedentes en nuestro constitucionalismo del siglo XIX. Fue utilizado por el Gobierno provisional tras la Revolución de Septiembre, bajo la ficción de que, no establecidas las Cortes y careciendo de Constitución, el Ejecutivo ejercita la potestad legislativa hasta que aquellas se constituyan y puedan ratificar. Se acudió con frecuencia al mismo en el período que media entre la renuncia de Amadeo de Saboya y la aprobación de la Constitución de 1876, acudiendo al mismo mecanismo de la ratificación posterior (la Ley de 17 de julio 1876 llegó a convalidar más de setenta Decretos— Leyes). Antecedentes que, como señala ASTARLOA HUARTE MENDICOA constituyen auténticos decretos de hecho, sanados con posterioridad por decisiones parlamentarias que bien pueden encuadrarse dentro de los llamados “Bill of indemnity”. Por la vía de hecho se justificó también su institucionalización en la Dictadura de primo de Rivera: El Decreto de 15 de septiembre de 1923 convirtió el Decreto— ley en la forma normal de legislar, habilitando al Presidente del directorio para proponer al rey decretos con fuerza de ley, sin mayor límite ni control: el proyecto regulador de la Asamblea Nacional de 1929 ratificaba el mantenimiento de esta mecanismo.

No obstante, la primera racionalización de esta figura normativa se produce con la Constitución republicana de 1931 que regula junto a la delegación legislativa del artículo 61 el recurso al Decreto-Ley en el artículo 80:

“Cuando no se hallare reunido el Congreso, el Presidente, a propuesta y por acuerdo unánime del Gobierno y con la aprobación de los dos tercios de la Diputación Permanente, podrá estatuir por Decreto sobre materias reservadas a la competencia de las Cortes, en los casos excepcionales que requieran urgente decisión, o cuando lo demande la defensa de la República.

Los Decretos así dictados tendrán sólo carácter provisional y su urgencia estará limitada al tiempo que tarde el Congreso en resolver o legislar sobre la materia”.

La Constitución de 1931 exige ya un presupuesto habilitante de excepcionalidad y urgencia, estableciendo un control a priori parlamentario y destacando la provisionalidad del Decreto con fuerza de ley, toda vez que el recurso a esta figura sólo quedaba admitido cuando el Congreso, al no hallarse reunido, no se encontrase en condiciones de actuar. Frente a esta concepción restrictiva, el antecedente inmediato de las Ley de Cortes de 1942 facultó un uso indiscriminado y discrecional de la decretación de urgencia.

te restrictiva, y con la garantía añadida del sometimiento del Decreto-ley a unos rigurosos controles.

Teniendo en cuenta lo anterior y sobre la base de que la idea que preside hoy la relación entre el Parlamento y el Gobierno es la de la “colaboración”, es también, en principio, desde este punto de vista desde el que debe analizarse la utilización de los Decretos-leyes y su relación con las normas primarias ordinarias. Como afirma Santaolaya Machetti los Decretos-leyes serán lícitos en la medida en que con ellos se pretenda en realidad una colaboración con el Parlamento, realizando un determinado fin social que las Cámaras harían suyo, pero que por las circunstancias de urgencia se ven incapaces de satisfacer.

Por el contrario, serán ilícitos y potencialmente antidemocráticos cuando se produzca una sustitución ilegítima de la acción del Parlamento, una privación injustificada de su monopolio legislativo.

No podemos detenernos, pues no es esta la pretensión de quien escribe, en las numerosas cuestiones que es posible desarrollar a partir de lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución, tratadas ampliamente por la doctrina más autorizada, sino analizar algunas cuestiones relativas al presupuesto de hecho habitante, a la existencia del mismo, lo que suele abordarse por la doctrina desde el punto de vista de los límites formales del Decreto-ley, profundizando, así, en el análisis de algunas sentencias, especialmente en el de la STC 68/2007, de 28 de marzo, como excepción a una línea jurisprudencial continuada acerca de la “extraordinaria y urgente necesidad” como presupuesto habilitante, toda vez que es necesario referirse a supuestos concretos que en la práctica han suscitado numerosos problemas, recursos de inconstitucionalidad o cuanto menos un abierto rechazo, así los Reales Decretos-leyes 8/2010 13 y 14/2010, haciendo finalmente algunas consideraciones relativas a la figura del Decreto-ley en las Comunidades Autónomas.

II. LIMITES FORMALES DEL DECRETO-LEY: LA EXISTENCIA DEL PRESUPUESTO HABILITANTE Y LA STC 68/2007, DE 28 DE MARZO

Uno de los requisitos sine qua non para considerar constitucional la utilización de un Decreto-ley viene dado por «la necesaria conexión entre la facultad legislativa excepcional y la existencia del presupuesto habilitante»⁶, delimitado a partir de la concurrencia de una situación de necesidad, adjetivada por los rasgos de «extraordinaria urgencia», donde lo urgente se convierte en capital (satisfacer convenientemente la carencia detectada) sin que la mención «extraordinaria» carezca de una significación sustantiva y autónoma en relación a la concreta situación a regular, «constituye un elemento de hecho exterior que conceptualmente no viene a cambiar los términos de la genérica fórmula constitucional; simplemente muda su consistencia cuantitativa aunque sin

⁶ STC 182/1997, de 28 de octubre.

alterarla desde un punto de vista cualitativo»⁷, sino es para calificarla por la nota de imprevisibilidad o, al menos, de una previsibilidad «no exigible a un Gobierno atento».

Expresión que para la mayor parte de la doctrina científica se trata de un concepto jurídico indeterminado⁸ y, por tanto, carente de una definición abstracta y general en la Norma Fundamental,⁹ lo que no obsta para considerarlo como «el instrumento más útil»¹⁰ para fiscalizar su uso, habida cuenta de que no ha de ser considerada en modo alguno como «una cláusula o expresión vacía de significado dentro de la cual el lógico margen de apreciación política del Gobierno se mueva libremente sin restricción alguna, sino, por el contrario, la constatación de un límite jurídico a la actuación mediante Decretos-leyes»¹¹, pudiendo llegar a concretarse a través de la utilización de pautas eminentemente jurídicas.

En cualquier caso, compartimos la opinión de Santolaya Machetti cuando afirma que no se trata de un concepto jurídico indeterminado típico, y en efecto, siguiendo a Maralet se puede afirmar que, por los especiales características del órgano constitucional Gobierno, el tipo de relaciones que se crean en los órganos constitucionales, y el hecho de que ejerzan atribuciones conferidas por la propia Constitución hacen sólo muy relativamente aplicable la categoría a la que nos estamos refiriendo, toda vez que se trata de una tesis referida a la actuación de la administración. Además, como advierten García de Enterría y T. R. Fernández, se constata un tendencia a la equiparación de ambos conceptos, en el sentido de que muchas de las facultades que se consideran “discrecionales”, se han convertido simplemente en “conceptos jurídicos indeterminados”, afirmación esta última desde la cual el problema pierde importancia, se relativiza.

De ahí que el problema al que nos enfrentamos no sea tanto dilucidar si nos encontramos ante un supuesto de “discrecionalidad” o de “indeterminación”, sino más bien analizar empíricamente el alcance del poder de decisión del Gobierno y la capacidad jurídica del Tribunal Constitucional para efectuar un juicio de razonabilidad sobre ella, habiendo sido efectivamente este órgano, como interprete supremo de la Constitución, el que ha jugado un papel fundamental,

⁷ Carmona Contreras, A. M.; La configuración constitucional del Decreto-Ley, cit., p. 76.

⁸ Para algunos autores, aludir aquí a conceptos jurídicos indeterminados carece de sentido; lo que presenta realmente trascendencia es demostrar en un supuesto concreto que el Gobierno dicta un Decreto-ley con una finalidad concreta, ajena a la situación alegada o bien que no se invoca ninguna. En tal sentido, MORILLO-VELARDE PÉREZ, J.I.: «El Decreto-Ley en la Constitución y en la jurisprudencia constitucional», en AA.VV.: Libro Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí, Madrid (Civitas), 1989, pp. 830 y 831; LÓPEZ-MELENDO LANNES,, J.: Decreto-Ley en materia tributaria y presupuestaria, Madrid (Mc Graw Hill), 1996, p. 33 ó SANTOLAYA MACHETTI, P.: El régimen constitucional de los Decretos-Leyes, cit., pp. 123-124 y 131.

¹⁰ Se trata de un concepto «cuyo alcance no puede precisarse *a priori*, pero sí, caso por caso, en función de las circunstancias coetáneas e, incluso, posteriores (un retraso notable en la publicación del Decreto-ley obviamente desmentiría la urgencia de su adopción) a su aplicación y que, a la vista de éstas, no admiten sino una sola solución justa (o la necesidad existe y es realmente extraordinaria y urgente o no existe con caracteres tales)», GARCÍA DE ENTERRÍA,, E. y FERNÁNDEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo*, cit., p. 143.

¹¹ GARCÍA-TREVIANO GARNICA, E.: “En torno al Decreto-ley...”, cit., p. 113.

¹² STC 182/1997, de 28 de octubre y 11/2002, de 17 de enero.

adoptando en su generalidad, una actitud ciertamente permisiva al respecto y acudiendo a criterios hermenéuticos muy amplios que han permitido valorar, en cada caso concreto, si concurría o no el presupuesto constitucional habilitante¹².

Analizando la doctrina jurisprudencial que se ha producido hasta el momento, son varias las notas, a grandes rasgos que se pueden señalar:

1.º Es a los órganos de dirección del Estado a los que primariamente corresponde la apreciación de una situación de extraordinaria y urgente necesidad, quedando sometidos a un juicio puramente político los supuestos en los cuáles se considera necesario el establecimiento de una norma por vía de Decreto-ley¹³; sin perjuicio, de que se pueda producir un control jurídico constitucional *a posteriori* en cuantas ocasiones la medida carezca de justificación alguna.

2.º El Gobierno dispone de un amplio margen de discrecionalidad que no puede confundirse con un ejercicio arbitrario de la apreciación de dicha necesidad. La calificación realizada por el Ejecutivo ha de ser explícita y razonada, mediando «una conexión de sentido o relación de adecuación entre la situación definida que constituye el presupuesto habilitante y las medidas que en el Decreto-ley se adoptan, de manera que estas últimas guarden una relación directa o de congruencia con la situación que se trata de afrontar»¹⁴.

Ahora bien, como ha sostenido el propio Tribunal Constitucional dicha motivación no ha de ser exigida como «una necesidad absoluta que suponga un peligro grave para el sistema constitucional o para el orden público entendido como normal ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas y normal funcionamiento de los servicios públicos, sino que hay que entenderlo con mayor amplitud, como necesidad relativa respecto de situaciones concretas de los objetivos gubernamentales, que, por razones difíciles de prever, requieren 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»¹⁵, siendo perfectamente lícita su utilización en cuantas ocasiones la administración efectiva del país requiera una acción normativa inmediata o la coyuntura económica demande una solución rápida¹⁶.

Sobre la indeclinable premisa anterior, en este ámbito es donde se encuadran las prerrogativas de enjuiciamiento del Tribunal Constitucional,

¹² El Tribunal Constitucional ha abordado el asunto «desde una perspectiva integradora que, en función de la realidad cotidiana en la que operan los gobiernos contemporáneos, confiere a la cláusula renovados contenidos», CARMONA CONTRERAS, A. M. y CALVO GALLEGO, F. J.: «Técnica normativa y papel del Real Decreto-Ley: sobre los posibles excesos en la apreciación de la urgencia y de la delegación reglamentaria en el RDL 5/2002», RL, núm. 4, 2003, p. 218.

¹³ Entre muchas, STC 29/1982, de 31 de mayo; 177/1990, de 15 de noviembre; 182/1997, de 28 de octubre o STC 11/2002, de 17 de enero.

¹⁴ STC 182/1997, de 28 de octubre.

¹⁵ STC 6/1983, de 4 de febrero. En el mismo sentido, STC 29/1986, de 20 de febrero; STC 60/1986, de 20 de mayo; STC 23/1993, de 21 de enero; 225/1993, de 8 de julio o STC 228/1993, de 9 de julio.

¹⁶ STC 177/1990, de 15 de noviembre.

cuya misión de control presenta un doble cauce de actuación¹⁷: de un lado, constatar la existencia de una situación de urgencia en sí misma considerada; de otro, verificar el forzoso nexo causal o relación de adecuación entre la premura estimada por el autor de la norma y las medidas efectivamente puestas en práctica para hacer frente, desde el punto de vista de la normativa excepcional, una circunstancia necesitada de un remedio caracterizado por su emergencia y celeridad¹⁸.

Lo que, dicho en otros términos, supone que el órgano constitucional ha de indagar la presencia de las circunstancias exigidas por el constituyente, y no tanto la causa invocada legitimadora, en su caso, de la legislación de urgencia, con independencia de si la motivación efectuada por el Gobierno resulta más o menos convincente¹⁹.

De esta manera, viene obligado a garantizar que cuando se ejercita esta facultad tenga lugar dentro de las concretas coordenadas facilitadas por la Constitución, quedando facultado para «en supuestos de uso abusivo o arbitrario, rechazar la definición que los órganos políticos hagan de una situación determinada»²⁰ y declarar la inconstitucionalidad de no concurrir el presupuesto habilitante e invadir las prerrogativas reservadas al poder legislativo²¹.

Hasta aquí un razonamiento alambicado en teoría impecable; en la práctica, sin embargo, «dejar en manos del Gobierno la apreciación *discrecional* de la concurrencia del presupuesto, reservando exclusivamente —y en último extremo— el control de esa apreciación al Tribunal Constitucional cuando sea claramente «abusiva o arbitraria», supone afirmar que tal requisito entra en el ámbito de lo estrictamente político, de oportunidad y, en consecuencia, en la esfera cuya fiscalización le está vedada». Tal es así que, al final, la motivación muchas veces se efectúa acudiendo a fórmulas rituarías y en otras, incluso, ni siquiera se hace la más mínima alusión a la necesidad y a la urgencia,²² si bien la sucesión de decretos-leyes aprobados en plena crisis recogen en sus exposiciones de motivos diversas razones que supuestamente avalan la extraordinaria y urgente necesidad²³.

Más aún, habiendo sostenido la exigencia de proporcionalidad («conexión de sentido»²⁴ entre las medidas contenidas en los Decretos-leyes y la situación

¹⁷ Siguiendo en la exposición la STC 11/2002, de 17 de enero.

¹⁸ A tal efecto, el TC se limita a realizar un análisis en términos de proporcionalidad, orientado a la verificación de la existencia de una efectiva relación teleológica entre la circunstancia de urgente necesidad definida por el Gobierno (fin) y las normas contenidas en el Real Decreto-ley para su superación (medio)», CARMONA CONTRERAS, A.M. y CALVO GALLEGU, F. J.: «Técnica normativa y papel del Real Decreto-Ley...», *cit.*, p. 220.

¹⁹ STC 60/1986, de 20 de mayo.

²⁰ STC 29/1982, de 31 de mayo.

²¹ STC 11/2002, de 17 de enero.

²² Aunque los ejemplos tienen ya tiempo vid. SALAS HERNÁNDEZ, J.: «Los Decretos-Leyes en la teoría y en la práctica constitucional», *cit.*, p. 275. (Análisis ejemplificativo de varios Decretos-Leyes y su falta de motivación en notas 40 y 41, p. 277).

²³ A estos efectos baste leer la exposición de motivos del Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo.

²⁴ Parafraseando al Tribunal Constitucional, ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, en «Teoría y práctica del Decreto-Ley en el ordenamiento español», *cit.*, p. 119.

de extraordinaria y urgente necesidad invocada, cuando se relaja o relativiza este último parámetro, poco menos que se da carta blanca para adoptar cualesquiera sin posible control técnico, político o de oportunidad. El único exceso a corregir vendrá dado por la absoluta falta de conexión, la pura arbitrariedad bajo la forma de exceso de poder legislativo²⁵.

3.º Constituyen indicios jurídicamente controlables sobre la concurrencia o no del presupuesto habilitante tanto los elementos capaces de impulsar al Gobierno a dictar el Decreto-ley, a extraer de la propia Exposición de Motivos, el debate parlamentario de convalidación o el expediente de elaboración²⁶, como las situaciones concretas y los objetivos gubernamentales perseguidos con la promulgación del texto legal²⁷; en fin, y por supuesto, considerando los intervalos temporales existentes en la aprobación, publicación, entrada en vigor y efectos de la norma²⁸, no en vano las medidas que contenga han de ser, por su propia naturaleza, de inmediata ejecución, pues de lo contrario no justificarían su aprobación al decaer las razones que impiden la tramitación de un proyecto de ley. La valoración conjunta de todos estos factores permiten al intérprete contrastar con mayor fiabilidad si concurre la pretendida necesidad extraordinaria y urgente.

4.º El espacio de apreciación en manos del Gobierno en cuanto hace a la concurrencia del presupuesto habilitante (respecto del conjunto normativo o sólo en cuanto hace a alguno de sus preceptos, lo cual es especialmente interesante, dado el carácter habitualmente heterogéneo de su contenido)²⁹, junto con la posterior convalidación realizada por el Congreso, vienen a conformar una especie de presunción *iuris tantum* en favor de la constitucionalidad del Decreto-ley promulgado, provocando *de facto* una alteración en la carga de la prueba, al no ser el Gobierno quien ha de acreditar las circunstancias excepcionales, sino que sobre los impugnantes recaerá el *onus* de argüir motivos y razones capaces de convencer al Tribunal sobre la actuación abusiva y arbitraria del poder ejecutivo en el caso concreto³⁰.

En este contexto la «extraordinaria» necesidad de la medida presenta una doble dimensión: su lejanía de las previsiones normales y su gravedad, capaz de hacer improcedente —incluso temerario— no afrontar la circunstancia con carácter inmediato, ofreciendo una solución rápida y eficaz a una situación

²⁵ SANTOLAYA MACHETTI, P.: El régimen constitucional de los Decretos-Leyes, cit., p. 134.

²⁶ STC 29/1982, de 31 de mayo y 182/1997, de 28 de octubre.

²⁷ STC 6/1983, de 4 de febrero.

²⁸ STC 23/1993, de 21 de enero.

²⁹ GARCÍA TREVIANO GARNICA, E. "En torno al Decreto-ley", cit. p.115.

³⁰ SALAS HERNÁNDEZ, J.: «Los Decretos-Leyes en la teoría y en la práctica constitucional», cit., p. 326. «Todo ello requerirá una ajustada y completa argumentación de quienes eventualmente impugnen la constitucionalidad de un determinado Decreto-ley, sin que baste una mera invocación de sus vicios para que el Tribunal acepte como probadas la falta de urgencia del asunto o la de adecuación de las decisiones adoptadas», ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, en.: «Teoría y práctica del Decreto—Ley en el ordenamiento español», cit., p. 120.

coyuntural de muy difícil predicción en circunstancias ordinarias; la urgencia, por su parte, «evoca estados de perentoriedad»³¹, constituyendo “elemento central de la fórmula constitucional....la premura temporal en la adopción de la medida”.³²

III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 68/2007, DE 28 DE MARZO

Merece la pena detenernos en la sentencia anteriormente referida, aunque compartamos con Sanz Pérez que esta pueda ser una línea jurisprudencial que probablemente constituya una excepción en la constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre los decretos- leyes, si bien y habida cuenta de la rica problemática que el uso continuado de esta figura entraña y está suscitando actualmente quizás convenga analizar algunas cuestiones que se destacan en la citada sentencia y que rompe con aquella permisividad en la valoración de cuándo puede el Gobierno aprobar un Decreto-ley.

La jurisprudencia anterior había sido discutible pero muy clara. Así, el Tribunal Constitucional partía del importante peso que hay que conceder “al juicio puramente político de los órganos a los que incumbe la dirección del Estado”, en la apreciación de la urgente y extraordinaria necesidad,³³ si bien, tras reconocer ese margen de apreciación seguidamente reconocía que “la necesaria conexión entre la facultad legislativa excepcional y la existencia del presupuesto habilitante” conduce a que el concepto de extraordinaria y urgente necesidad que se contiene en la Constitución no se concrete en una “cláusula o expresión vacía de significado”. Lo esencial de esta tesis es que la potestad del Gobierno estaba controlada, de tal forma que el control se ha ejercido, siempre por el Congreso de los Diputados y en algunos casos por el Tribunal Constitucional, sin que hasta la citada sentencia se hubiese llegado a anular un Decreto-ley.

Lo novedoso de este fallo es que es el primero en el que se declara la inconstitucionalidad del Decreto-ley recurrido, y lo es por vulnerar las exigencias limitativas del artículo 86 de la Constitución, declarando el Tribunal Constitucional la inconstitucionalidad del Real Decreto-ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad.³⁴

³¹ VALDÉS DAL-RE F.: « Reforma de protección por desempleo, concertación social y legislación de urgencia », RL núms.. 15-16, 2002.

³² CARMONA CONTRERAS, A. y CALVO GALLEGOS, F. J.: « Técnica normativa y papel del Real Decreto-Ley... », cit., p. 219.

³³ STC 189/2005, de 7 de julio (F. 3); STC 329/2005, de 15 de diciembre f.5; STC 182/1997 de 28 de octubre; STC 11/2002, de 17 de enero, y STC137/2003, de 3 de julio.

³⁴ La aprobación de este Decreto-ley fue objeto de una enorme tensión con la convocatoria y la celebración de una huelga general en España. Su contenido afectaba de lleno a las leyes más relevantes del ámbito socio-laboral. Así, modificaba la Ley General de la Seguridad Social, (Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de, en catorce preceptos. Alteraba, sobre todo en el régimen del despido,

Como consecuencia de la tramitación del Decreto-ley como proyecto de ley, se aprobó la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, que afectaba a las mismas normas que el Decreto-ley, aunque con un contenido más limitado y ya pactado en una buena parte de su contenido con las fuerzas sindicales. Como es habitual en las leyes aprobadas tras la tramitación de un Decreto-ley, la Ley 45/2002 dispuso la derogación del Decreto-ley, en virtud de la “disposición derogatoria única. e”.

A pesar de la derogación posterior del Decreto-ley, el Tribunal Constitucional conoce de dos recursos de inconstitucionalidad acumulados contra él, que están en “íntima conexión objetiva” según señala el fundamento jurídico 1 de la Sentencia.

El primer recurso de inconstitucionalidad es presentado por la Junta de Andalucía en el que se alega la ausencia del presupuesto “extraordinaria y urgente necesidad” habilitante del Decreto-ley. Niega el recurrente que exista una “necesidad” “extraordinaria” y “urgente”, tal y como es requerida por el artículo 86 CE. No es “extraordinaria” la necesidad de este Decreto-ley, que no puede ampararse en la genérica frase del preámbulo de no “desaprovechar las nuevas oportunidades”, máxime si se tiene en cuenta que nuestro país soporta una elevada tasa de paro desde hace muchos años, toda vez que se añade que lo “urgente” no es lo mismo que “inmediato”, que sería lo único alegado en el Preámbulo. Desde este planteamiento, y desde el principio de que los derechos se ejercen conforme a las exigencias de la buena fe y el principio de seguridad jurídica, concluye el recurrente, que una cosa es motivar la “necesidad” que lleva a la aprobación de la norma y otra distinta, en cuanto constituye un plus sobre lo anterior, motivar el alcance “extraordinario” y “urgente” de dicha necesidad. A su juicio, la Exposición de Motivos de la norma impugnada, no realiza nada de eso.

Pero además de este motivo, general y que (puede adelantarse) es el asumido por el fallo comentado, el recurso de la Junta de Andalucía impugna el

la Ley del Estatuto de Trabajadores (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo. Cambió la protección por desempleo de los trabajadores sociales agrarios, dispuesto en el Real Decreto 5/1997, de 10 de enero, modificaba la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social (Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto. Y, modifica la Ley de procedimiento laboral (Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril). Finalmente, introduce varias modificaciones en el programa de renta activa de inserción, en concreto en la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, la Ley 24/2001, de 27 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y del orden social, el Real Decreto 1043/1985, de 19 de junio, por el que se amplía la protección por desempleo a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado, la Ley 12/2001, de 9 de julio y la Ley 40/1998, del Impuesto de la Renta de las personas físicas. El Decreto-ley fue convalidado con el voto favorable de 169 Diputados, 129 en contra y 16 abstenciones, acordándose, así mismo, su tramitación como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia. Por otra parte, fueron varios los estudios que aparecieron sobre la materia, como el de A. V. SEMPERE NAVARRO, L. C. SAAVEDRA, “Estudio crítico del Real Decreto-ley 5/2002, de 24 de mayo”, en Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos, núm. 232, 2002, pp. 3 a 46. Además, fue objeto de un intenso debate en diversos foros periodísticos, mediáticos y de internet.

Decreto-ley por otros dos motivos que afectaban a su contenido material. Así, se impugna la modificación que efectúa del artículo 56.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores que introducía una regulación del despido improcedente y los salarios de tramitación, por vulnerar, a juicio de los recurrentes, los artículos 9, 14, 40, 41 y 53 CE. Y, como segundo motivo de impugnación, se centra en el artículo segundo, apartado uno del Decreto-ley, que modifica el artículo 33.1 ET, también sobre salarios de tramitación, por vulnerar en este caso el artículo 86 CE, basándose, en este supuesto que el Decreto-ley ni facilitaría las oportunidades de empleo ni tampoco vendría a mejorar el mercado de trabajo, y no cumpliría por ello la exigencia de extraordinaria y urgente necesidad.

El segundo de los recursos de inconstitucionalidad es interpuesto por más de cincuenta Diputados de los Grupos parlamentarios de Izquierda unida y mixto.

De igual modo que el anterior, impugna el Decreto-ley por inexistencia del presupuesto de hecho habilitante exigido por el artículo 86.1 CE, planteándose desde tres diferentes argumentos. En primer lugar, porque los objetivos que la Exposición de Motivos de la norma dice perseguir no pueden conectarse con lo que la demanda denomina genéricas “razones de justicia social”, ni calificarse como urgentes en el sentido del artículo 86.1 CE.

No es “urgente”, se alega, lo que debe ser (de acuerdo con lo dispuesto con los arts. 35.1, 40 y 41 CE), una acción permanente, constante y sostenida del Gobierno en materia de empleo y protección por desempleo. Este argumento implicaría la inconstitucionalidad de este Decreto-ley. En segundo lugar, tampoco son “urgentes” las medidas contenidas en la norma impugnada, al ser notorio que las elevadas tasas de desempleo en España revisten naturaleza estructural, habiendo, no obstante, en opinión del propio Gobierno, descendido en los últimos años. Y, en tercer lugar, no podrían calificarse “urgentes” las medidas del Decreto-ley, pues lejos de modificar de modo instantáneo la situación jurídica existente, quedan condicionadas en su eficacia a desarrollos reglamentarios posteriores los siguientes artículos: (artículo primero, apartados dos y seis; disposición adicional cuarta y disposición transitoria séptima, apartado 6; artículo primero, apartado ocho), contiene meras deslegalizaciones en sentido estricto (art. cuarto, apartado 3, en relación con el art. 10.3 LGSS) y, sostienen los recurrentes, contienen además regulaciones impropias de un Decreto-ley, la disposición transitoria cuarta, apartado 2 y disposición transitoria quinta, apartado 8.

En definitiva, no se cumpliría a juicio de los recurrentes los requisitos del artículo 86 CE, pues una situación general de paro no puede calificarse como acontecimiento extraordinario, pues además no es una materia que carezca de regulación legal. En definitiva, no estaría incluido este Decreto-ley dentro de lo que la STC 23/1993, de 21 de enero denominó “coyunturas económicas problemáticas”.

Sin detenernos exhaustivamente en los fundamentos jurídicos de la sentencia conviene analizar al menos brevemente la cuestión relativa a la posible

pérdida de objeto de los recursos para centrarnos después en la valoración de la extraordinaria y urgente necesidad.

Si es verdad que el asunto podría haberse simplificado teniendo en cuenta que la Ley 45/2002 deroga el Real Decreto-ley 5/2002, toda vez que la Ley 45/2002 modifica sustancialmente el contenido del Decreto-ley y, sobre todo, algunos de los aspectos impugnados cambian sustancialmente con la nueva Ley 45/2002, y es también doctrina muy consolidada del Tribunal Constitucional que la regla general en el ámbito de los recursos de inconstitucionalidad es que la derogación extingue su objeto.³⁵

Sin embargo, aunque excluye “toda aplicación posterior de la disposición legal controvertida, privándola así del vestigio de vigencia que pudiera conservar, puede resultar útil y conveniente su enjuiciamiento, aun cuando haya sido derogada (STC 160/1987, F. 6; 385/1993, F. 2)”³⁶.

Ahora bien, el motivo de inconstitucionalidad general y que impugna el Decreto-ley por vulnerar el artículo 86 CE es salvado por el Tribunal Constitucional acudiendo a otra jurisprudencia también consolidada. De forma tímida y casi imperceptible se acude a la garantía que ofrece el principio de procedimiento para diferenciar la vía del artículo 86.1 CE y la del artículo 86.3 CE. Idea a la que igualmente se han referido otras sentencias como la STC 155/2005, de 9 de junio, STC 111/1983, de 2 de diciembre, F. 3; STC 182/1997, de 28 de octubre, F. 1), señalando que el control del Decreto-ley no está impedido por la novación operada por la Ley dispuesta por el artículo 86.3. En efecto, el interés constitucional “de ajustar el uso del instrumento del Decreto-ley al marco del artículo 86.1 no puede considerarse satisfecho por la derivación del Decreto-ley hacia el cauce del artículo 86.3”, ya que si bien “podría... pensarse que una eficacia retroactiva de la Ley que diera cobijo a los efectos producidos por el Decreto-ley puede privar de sentido a la impugnación dirigida... al Decreto-ley,... esto no es así, pues... velar por el recto ejercicio de la potestad de emitir Decretos-leyes, dentro del marco constitucional, es algo que no puede eludirse por la utilización del procedimiento del artículo 86.3”.

Y es que los efectos derogatorios de la legislación sobrevenida o los convalidantes de la asunción del Decreto-ley por el Congreso de los Diputados no pueden corregir un defecto que ha de concebirse como necesariamente insub-

³⁵ Así, ha dicho el propio Tribunal (vid. entre otras SSTC 160/1987, F. 6; 150/1990, F. 8; 385/1993, F. 2) que carece de sentido, tratándose de un recurso de inconstitucionalidad, “pronunciarse sobre normas que el mismo legislador ha expulsado ya de dicho ordenamiento... de modo total, sin ultraactividad”.

³⁶ La consecuencia de lo indicado es muy importante, pues concluye el Tribunal Constitucional determinando la pérdida de objeto de una parte de los dos recursos y lo hace, casi de pasada, en el fundamento jurídico 4, cuando señala que “En consecuencia, nuestro análisis deberá ceñirse a determinar la licitud o ilicitud constitucional del uso del Real Decreto-ley en este caso por parte del Gobierno, sin extenderse a los demás motivos de inconstitucionalidad material alegados por los recurrentes, pues éstos se dirigen a preceptos que, no sólo perdieron formalmente vigencia tras la entrada en vigor de la Ley 45/2002, sino que fueron profundamente modificados por la citada Ley suprimiéndose, en particular, aquellos aspectos de los mismos respecto de los que se planteaban, precisamente, los reproches de inconstitucionalidad”.

sanable. En caso de ejercicio extra (o contra) *constitutionem* por el Gobierno de la potestad del artículo 86 CE, la aprobación de la Ley no opera ninguna sanación posterior, pues el vicio del Decreto-ley sólo podrá subsanarse mediante una declaración de inconstitucionalidad.

Acertadamente manifiesta el Tribunal Constitucional que lo contrario no sería eficaz, pues, en otro caso, los límites del art. 86 CE sólo serían operativos en el tiempo que media entre el Decreto-ley y su convalidación o su conversión en Ley, esto es, en un tiempo en el que “este Tribunal nunca podrá materialmente pronunciarse” (STC 155/2005, de 9 de junio, F. 2).

En efecto, si el contenido normativo no se acomoda a lo dispuesto por la Constitución (como en este caso, podría suceder en relación con los artículos 9.3, 14, 25.1, y art. 41 CE), nada tiene que ver con que se aprobara mediante una Ley aprobada por las Cortes Generales o por una Norma con rango de Ley aprobada por el Gobierno. Y es que los límites constitucionales los tiene tanto el legislador ordinario, como el legislador extraordinario. Por ello el fundamento jurídico 12 de esta Sentencia señala que “no cabe sino estimar los recursos de inconstitucionalidad acumulados, sin necesidad de entrar a analizar los restantes motivos de recurso, y declarar inconstitucional y nulo el Real Decreto-ley 5/2002, de 24 de mayo”. Por tanto, los restantes motivos permanecerían vivos (por inconstitucionalidad material) para su enjuiciamiento, en caso de que no hubiese prosperado el primero.

Como ha señalado el Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones el control jurídico de la extraordinaria y urgente necesidad, debe efectuarlo el Tribunal Constitucional, teniendo en cuenta varios aspectos, así el estudio del “Preámbulo de la norma, a lo largo del debate parlamentario de convalidación, y en el propio expediente de elaboración de la misma”³⁷. En efecto, el fundamento jurídico 7 estudia sobre todo el Preámbulo de la norma, para averiguar la procedencia de la extraordinaria y urgente necesidad alegada, destacando en el mismo que, “según se desprende de los párrafos transcritos, la extraordinaria y urgente necesidad requerida por el artículo 86.1 CE para la adopción por el Gobierno de Decretos-leyes vendría, en el caso analizado, determinada por las siguientes consideraciones.

En primer lugar, la cambiante situación de la economía internacional y la necesidad de incidir en una situación de paro todavía elevada, que fundamentarían la urgencia en la adopción de las medidas contempladas en la norma. Junto a ello, el carácter extraordinario de esta urgente necesidad vendría fundamentado en la necesidad de no desaprovechar las nuevas oportunidades de empleo; el propósito de evitar comportamientos que impidan o dificulten alcanzar los objetivos previstos en la norma; y el objetivo de justicia social de facilitar el acceso a la protección por desempleo de colectivos hasta entonces desprotegidos. Todo ello en el marco de un objetivo básico dirigido a favorecer la reinserción de los desempleados en el mercado de trabajo, mejorando su

³⁷ Vid, por todas, STC 29/1982, de 31 de mayo.

funcionamiento y la conexión entre políticas pasivas de protección y políticas activas de empleo”.

Pues bien, a partir del fundamento 8 rechaza el Tribunal que cada una de estos argumentos pueda servir de sostén para la aprobación de un Decreto-ley, pues ninguno de ellos sería de “extraordinaria y urgente necesidad”. Argumentos en lo que conviene reflexionar siguiendo a Sanz Pérez de forma separada:

1) El Preámbulo se basa en lo que denomina “razones de justicia social”, al aludir a la conveniencia de que el acceso a la protección de colectivos hasta ahora desprotegidos se realice de manera inmediata. En relación con ello el Tribunal no duda en señalar que el hecho de que “una medida legislativa determine la ampliación de la cobertura del sistema de protección social incluyendo en su ámbito de aplicación a sujetos hasta entonces desprotegidos no es, por sí misma, razón que justifique el recurso a la legislación de urgencia, si no se acredita que la inmediata entrada en vigor de la medida constituye, a su vez, una necesidad extraordinaria y urgente. Lo contrario supondría excluir per se del procedimiento legislativo ordinario toda aquella medida de mejora del sistema de protección social susceptible de beneficiar a un determinado colectivo, y más aún, con carácter general, toda aquella decisión que comporte un beneficio para sus destinatarios, lo que obviamente no se corresponde con nuestro modelo constitucional”.

En resumen, el Tribunal Constitucional no encuentra ni una sola palabra en el Preámbulo de la norma que indique que la incorporación de un colectivo determinado (los trabajadores eventuales agrarios) al ámbito de la protección contributiva por desempleo, trate de dar respuesta a una situación de naturaleza excepcional o constituya una necesidad urgente. Por este motivo desestima la validez de esta causa alegada en el Decreto-ley.

2) En cuanto a la necesidad de “evitar comportamientos que impidan o dificulten alcanzar los objetivos” previstos en el Decreto-ley, se trata de un argumento desestimado por el Tribunal Constitucional, pues “no es fácil encontrar en el Real Decreto-ley analizado una modificación del régimen jurídico vigente susceptible de generar este efecto indeseado de anticipación por parte de sus destinatarios, capaz de poner en cuestión la efectividad de la medida y no susceptible de corrección mediante otros mecanismos. Por lo pronto, el Preámbulo de la norma no facilita información alguna sobre cuál pueda ser el colectivo de afectados cuya conducta podría poner en peligro los objetivos de la reforma”. De una forma adecuada, no ve el Tribunal que el Gobierno haya utilizado el procedimiento apropiado para configurar los requisitos de acceso al subsidio desde su entrada en vigor. De hecho, reconoce en el último párrafo del fundamento 9 que el procedimiento “utilizado no perseguía sino la inmediatitud de la medida en lo relativo a la “congelación” del colectivo de beneficiarios del subsidio agrario”. Pero el simple deseo de inmediatitud no constituye en sí mismo una razón en términos de justificación constitucional, ni, a juicio del Tribunal Constitucional, supone una causa de extraordinaria

y urgente necesidad, pues, a este respecto, “ninguna consideración específica podemos hallar ni en el Preámbulo del Real Decreto-ley ni en el debate parlamentario de su convalidación”.

3) Por último el Decreto-ley alude a las características de la situación económica y social sobre la que la norma pretende actuar, a cuyos efectos, acude al debate en el Pleno del Congreso de los Diputados durante la sesión de convalidación del Decreto-ley.

Desde este punto, el Tribunal Constitucional abandona los criterios más jurídicos que estaba utilizando en su argumentación hasta ese momento, —lo que a todas luces resulta cuestionable—, para criticar el uso del Decreto-ley en este caso, y que impedirá su eventual uso en el futuro para acciones económicas estructurales y no coyunturales. En efecto, el Tribunal Constitucional advierte que este Decreto-ley más que para una urgencia en orden a solucionar un problema nuevo o irremplazable se aprueba debido “a una exigencia de mejor adaptación de la regulación existente a la evolución de dichas circunstancias, especialmente desde la perspectiva, coherente con la finalidad de la “estrategia europea de empleo”, de superar la concepción tradicional de las prestaciones económicas como único mecanismo de protección contra el desempleo fomentando aquellas políticas que favorezcan la reinserción laboral del desempleado como mejor instrumento de protección”. De hecho la necesidad de adaptación del mercado laboral “no es coyuntural, sino estructural, y salvo en situaciones especialmente cualificadas por notas de gravedad, imprevisibilidad o relevancia, no alcanza por sí misma a satisfacer el cumplimiento de los estrictos límites a los que la Constitución ha sometido el ejercicio del poder legislativo del Gobierno. Lo contrario supondría excluir prácticamente en bloque del procedimiento legislativo parlamentario el conjunto de la legislación laboral y de Seguridad Social, lo que obviamente no se corresponde con nuestro modelo constitucional de distribución de poderes”.

Sea como fuere, efectúa varios reproches al Gobierno en cuanto al uso que realizó del Decreto-ley, pues afirma el Tribunal Constitucional que “se inserta, así, en un marco previo de diálogo social y en el contexto de una medida de conflicto anunciada”. Seguidamente argumenta en torno a la importancia del diálogo social, para concluir con alguna declaración un tanto discutible, pues señala que “no puede aceptarse que la necesaria participación de los agentes sociales en el procedimiento legislativo —en lo que, en ocasiones se ha denominado “legislación pre-negociada— implique enervar el ejercicio regular por las Cortes Generales de la potestad legislativa del Estado (art. 66.2 CE)”. Desde luego, no se conoce qué se entiende por legislación pre-negociada, ni las consecuencias que tendría esta categoría para el ejercicio de la potestad legislativa, pero sería muy difícil entender que el Tribunal Constitucional reconozca tan grande límite a los representantes de la soberanía nacional y a las Cortes Generales. En cualquier caso, cierra este fundamento señalando el Tribunal Constitucional que “las consecuencias que en el procedimiento legislativo hayan de extraerse de los resultados obtenidos en el diálogo social previo y del acuerdo o

de la falta de acuerdo con las organizaciones empresariales y sindicales participantes en el mismo habrán de valorarse y, en su caso, articularse debidamente por los titulares de la potestad legislativa, pero no pueden quedar predeterminadas o condicionadas, en lo que constituiría una flagrante vulneración del procedimiento legislativo parlamentario, mediante decisiones adoptadas al amparo de la potestad reconocida al Gobierno para dictar disposiciones legislativas de urgencia, cuando no concurra el presupuesto habilitante de éstas”.

En conclusión, parece que el Decreto-ley en materia económica, va a quedar reservado sólo a medidas coyunturales o que sean de graves, imprevisibles o de relevancia. Pero, como advierte Sanz Pérez³⁸ observando la nueva situación, se cae en la cuenta de que tratando de resolver un problema (extraordinaria y urgente necesidad), se ha creado otro igual (cómo interpretar qué son medidas graves, imprevisibles o relevantes). Quién debe decidir la procedencia de estas medidas debería ser el Gobierno, pero con el control (se supone) del propio Tribunal, sobre todo si sigue vigente lo ya señalado en aquella Sentencia 60/1986, que atribuyera al propio Tribunal Constitucional el control del presupuesto de hecho habilitante.

La lectura de la Sentencia comentada es aconsejable. Y lo es porque, desde el presupuesto inicial de respeto pleno a una línea jurisprudencial muy consolidada, es muy llamativo que llegue, incluso, a conclusiones contrarias a la posición más tradicional de la que parte. En este sentido, hubiese sido imaginable un fallo con un sentido diverso e incluso contrario, al contenido finalmente en la STC 68/2007. El Tribunal Constitucional, tras señalar siempre que la “extraordinaria y urgente necesidad no es una cláusula vacía de contenido”, por donde el Gobierno no se “mueve” libremente sin restricción alguna, ha constatado siempre un “límite jurídico a la actuación mediante Decretos-leyes”. Sin embargo, lo que había hecho el Tribunal siempre, tras determinar que el Gobierno tiene límites, era que no los había traspasado. Lo único que el Tribunal Constitucional había dejado claro era que “es función propia de este Tribunal el aseguramiento de estos límites, la garantía de que en el ejercicio de esta facultad, como de cualquier otra, los poderes se mueven dentro del marco trazado por la Constitución, de forma que, el Tribunal Constitucional podrá, en supuestos de uso abusivo o arbitrario, rechazar la definición que los órganos políticos hagan de una situación determinada” y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad de un Decreto-ley por inexistencia del presupuesto habilitante por invasión de las facultades reservadas a las Cortes Generales por la Constitución³⁹. Pero esta declaración nunca había llegado, hasta esta Sentencia.

Y es que el Tribunal Constitucional había admitido la categoría del Decreto-ley como norma suficiente, a los efectos de lo que la STC 23/1993, de 21 de enero había denominado “coyunturas económicas problemáticas”, entendidas

³⁸ Un estudio detallado de esta sentencia puede verse en Sanz Pérez Ángel en “De cómo puede apreciar el Tribunal Constitucional la extraordinaria y urgente necesidad de los Decretos-leyes. Westlaw.es. Thomson Aranzadi.

³⁹ STC 11/2002, de 17 de enero, F. 4; y 137/2003, de 3 de, F. 3.

como “situaciones concretas de los objetivos gubernamentales que por razones difíciles de prever requieran 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”⁴⁰. Pero esta jurisprudencia lo que había hecho era precisamente lo contrario de la sentencia ahora comentada; es decir, admitir el Decreto-ley como norma para incidir en materias, tales como el sistema tributario, en el régimen de concesión de autorizaciones o en la Hacienda local. Pero las coyunturas económicas favorables no han sido título suficiente en esta ocasión.

Merece la pena habernos detenido en esta sentencia si tiene en cuenta el rechazo que en nuestros días están generando algunos Reales Decretos leyes⁴¹ y que obligarán al Tribunal Constitucional a pronunciarse, de nuevo, sobre el presupuesto de hecho habilitante, en torno a la “extraordinaria y urgente necesidad”, recordando a estos efectos la profusa doctrina jurisprudencial, en la que la presente sentencia comentada puede constituir o bien un precedente aislado o utilizando sus mejores argumentos abrir una nueva línea jurisprudencial.

IV. GOBIERNO DE LA CRISIS. LA URGENCIA COMO MÉTODO: ALGUNOS EJEMPLOS CONCRETOS: LOS REALES DECRETOS- LEYES 8/2010, 13/2010 y 14/2010

La situación de crisis económica que nos ha tocado vivir parece que necesita medidas excepcionales de forma continua y sin límite. Esta aguda necesidad ha encontrado reflejo inmediato en la forma de legislar. De pronto, el Decreto-ley se presenta como el sistema hasta el punto de que la urgencia —en cuanto sustrato de la crisis— lo puede todo.

El Tribunal Constitucional ha venido estableciendo, como hemos tenido oportunidad de analizar, una doctrina matizada sobre la admisibilidad del Decreto-ley, indicando que el concepto de «urgencia», en tanto elemento habilitante del presupuesto de hecho, es revisable, exige justificación y forma parte de un contenido no libremente disponible para los Gobiernos que utilizan esta técnica legislativa.

Los ejemplos recientes de utilización del Decreto-ley para asumir la urgencia de las exigencias económicas no son sencillos. Baste mencionar el Decreto-ley de «moderación salarial» en el que la urgencia se produce y se justifica cinco meses después de que el Gobierno firmara un Acuerdo con los sindicatos en

⁴⁰ STC 6/1983, de 4 de febrero, F. 5; STC 11/2002, de 17 de enero, F. 4; STC 137/2003, de 3 de julio, F. 3; STC 185/2005, de 7 de julio y STC 329/2005, de 15 de diciembre.

⁴¹ En concreto el Real Decreto-ley 8/2010, que estudiaremos in extenso en relación con la posible afectación de importantes derechos fundamentales como la negociación colectiva, el Real Decreto-ley 13/2010 en relación con la problemática surgida en torno al abuso del Decreto-ley para regular las condiciones laborales de un determinado sector así como la modificación del régimen de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación y, finalmente el Real Decreto-ley 14/2010 en relación con la reducción de las primas fotovoltaicas.

un sentido radicalmente distinto. La urgencia se justifica en una falta de previsión o en un cambio de criterio y lo mismo ocurre con la reforma laboral en relación con la cual la urgencia deriva de una coyuntura abstracta que permite la negociación dilatada en el tiempo durante dos años con los agentes sociales hasta la asunción por el Gobierno de la función que primigeniamente corresponde a las Cortes Generales a través de la figura que analizamos.

Sucede así, que el Decreto-ley como norma urgente que es, aparece en el ordenamiento jurídico, en muchos casos, como veremos, de forma inacabada, generando una cadena de corrección de errores, y disfuncionalidades con las normas reformadas parcialmente, falta de visión de conjunto y, en general, desajustes. Los últimos ejemplos han abierto debates inéditos como la capacidad de ordenar la corrección de errores, los acuerdos de corrección, el alcance de los mismos, toda vez que la aplicación y la inserción en los bloques normativos respectivos de las normas precipitadamente reformadas acaban conformando un panorama complejo para los operadores jurídicos que, probablemente, no es nueva en el panorama del derecho, pero que, en situaciones de crisis tan agudas como las que vivimos, amén de la incertidumbre y desconfianza que generan provocan un gran desconcierto y rechazo.

Si a lo anterior unimos la técnica de las leyes horizontales, las reformas omnibus, las reformas sucesivas y simultáneas (vid. la contratación pública), podemos completar un panorama que, al menos, exige ponderación y reflexión, toda vez que desde el punto de vista siquiera de técnica legislativa o procedimental, la urgencia como método no es una herramienta adecuada, únicamente al servicio del logro de acuerdos asamblearios⁴², víctima en todo caso de la precipitación.

4.1. Consideraciones críticas a propósito del Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo

La Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 8/2010 no deja lugar a dudas; la evolución de la coyuntura económica, así como los compromisos adoptados por nuestro país en el ámbito de la Unión Europea en defensa de la Unión Monetaria y de las economías de la eurozona, hacen necesario adoptar las medidas con la finalidad de acelerar la senda de la consolidación fiscal, restableciendo de esta manera la confianza de los mercados en el cumplimiento de las perspectivas de reducción de déficit. El último párrafo

⁴² Esta es la opinión de PEDRIERI que recoge SANTALOYA MACHETTI en “El régimen constitucional de los Decretos-leyes”, pp. 24 y 25, cuando comparando los ordenamientos italianos y español mantiene que el uso continuado de esta figura convierte este instrumento que supone el máximo poder gubernamental en “una maquinaria para lograr acuerdos asamblearios”. El Gobierno recurre al Decreto-ley para paliar su propia debilidad parlamentaria, como mecanismo que le permite una amplia negociación con la oposición, partiendo de que el texto está ya produciendo efectos, y, lo haría con mucha menor frecuencia si estuviese en una posición en la que contase con una mayoría parlamentaria fiel. No es, por tanto, un instrumento de gobiernos fuertes, sino más bien de gobiernos débiles.

del punto I de la Exposición de Motivos, todavía va más allá al señalar que, aún cuando los ciudadanos no vayan a ser afectados en sus derechos de forma inmediata por la adopción de alguna de estas medidas, es evidente que la aprobación de todas ellas va a producir unos efectos económicos desde esta fecha, directamente orientados a remediar la situación de extraordinaria y urgente necesidad a la que el Real Decreto-ley responde, pues la rapidez, seguridad y determinación en esta actuación, forma parte del compromiso asumido por los países integrantes de la zona euro para reforzar la confianza en la moneda única y en la estabilidad de la eurozona.

Sin duda, estamos ante la primera ocasión en que en nuestro país se aduce como justificación de una norma jurídica, la confianza, tanto en los mercados como en la moneda única e, incluso, la estabilidad monetaria a nivel europeo. Justificaciones todas ellas que pueden amparar de forma continuada o sine die, en tanto no se atisbe la salida de la crisis el recurso frecuente al Decreto-ley.

No vamos a entrar en consideraciones político-económicas relativas a la idoneidad de las distintas medidas y su «imperiosa» urgencia. Únicamente analizaremos algunas cuestiones —dejando, sin embargo, señaladas otras muchas por la obligada medida en cuanto a la extensión del este artículo— como las referentes a las medidas que inciden en las prestaciones del sistema de Seguridad Social español; esto es, la congelación de las pensiones públicas para el año 2011, o la reducción de las retribuciones de los empleados públicos teniendo en cuenta que el Decreto-ley 8/2010 prevé importantes recortes en las prestaciones de Seguridad Social, en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia o, en el gasto farmacéutico con cargo al Sistema Nacional de Salud, sin perjuicio de otras medidas como la supresión del denominado cheque-bebé aprobado a través de la Ley 35/2007, de 15 de noviembre, y la supresión del régimen transitorio de la jubilación parcial previsto en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social

En lo que se refiere a las retribuciones del personal al servicio de las administraciones públicas la nómina de los funcionarios públicos sufre la primera reducción de la democracia, tanto en las retribuciones básicas como en las complementarias. No obstante, con la finalidad de minimizar sus efectos sobre los salarios más bajos, las medidas de reducción se aplican con criterios de progresividad para el personal funcionario. Tal hecho resulta ciertamente novedoso, ya que la crisis provoca una «solidaridad» en la reducción, pese a que la progresividad ya se encuentra implícita en los tramos del IRPF aplicables a los funcionarios con retribuciones más altas. «A sensu contrario» suponemos, no sin cierta ingenuidad, que los incrementos salariales consecuencia de la variación del IPC que en un futuro puedan producirse, también llevarán implícito tal criterio de progresividad. En este tema no es posible obviar el Acuerdo suscrito entre el Gobierno y los Sindicatos para la función pública en el marco del diálogo social 2010-2012, que establecía una subida salarial en el presente año del 0,3 por ciento del conjunto de la masa salarial de los funcionarios y una cláusula de revisión salarial que tenía como objetivo el mantenimiento del

poder adquisitivo del personal al servicio de las Administraciones Públicas en el período de vigencia del Acuerdo⁴³.

En efecto, uno de los aspectos más controvertidos que ha suscitado el Real Decreto-ley mencionado ha sido la reducción del conjunto de las retribuciones del sector público en un 5 %, en términos anuales respecto a las vigentes a 31 de mayo de 2010, teniendo en cuenta que ya en el año 2009⁴⁴ —en plena situación de crisis económica— se llegaría a un Acuerdo entre Gobierno-sindicatos para la función pública, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 38 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, mediante el que se pactó un incremento de la masa salarial de los empleados públicos del 0,3% para el año 2010⁴⁵.

En el mismo sentido la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2010 establecería que las retribuciones del personal al servicio del sector público no podrían experimentar un incremento superior al 0,3% con respecto a las del año 2009, en concordancia con lo pactado en el Acuerdo de 26 de septiembre de 2009, reiterándose el mismo mandato en el art. 25 de la propia LGPE para el año 2010.

Ambos preceptos fueron modificados sustancialmente por el artículo 1 del Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo —convalidado por el Congreso de los Diputados el 27 de mayo de 2010—, por el que se adoptaron medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, determinándose que, con efectos de 1 de junio de 2010, el conjunto de las retribuciones del sector público experimentará una reducción del 5%, en términos anuales, respecto a las vigentes a 31 de mayo de 2010⁴⁶

⁴³ Resolución de 22 de octubre de 2009 de la Secretaría de Estado para la Función Pública, por la que se publica el Acuerdo Gobierno-Sindicatos para la función pública en el marco del diálogo social 2010-2012 (BOE de 26 de octubre de 2009).

⁴⁴ En concreto, el 26 de octubre de 2009 se publicó en el BOE el Acuerdo Gobierno Sindicatos para la función pública en el marco del diálogo social 2010-2012.

⁴⁵ Sobre la negociación del incremento global de las retribuciones del personal al servicio de las Administraciones Públicas ver, por todos, ROQUETA BUJ, R., «Límites en los incrementos de las retribuciones en el sector público: ley estatal de presupuestos, leyes autonómicas y acuerdos colectivos», en AA.VV., *Derecho vivo del Trabajo y Constitución, La Ley*, Madrid, 2004, pp. 105 y ss.; «La negociación del incremento de las retribuciones de los funcionarios públicos (a propósito de la sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2000)», *Justicia Laboral*, N.º 6, 2001, pp. 39 y ss.; «Las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2002 sobre la negociación del incremento de las retribuciones de los funcionarios públicos», *Justicia Laboral*, n.º 13, 2003, pp. 13 y ss.; y *El derecho de negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid, 2007, y la abundante bibliografía que se cita en estas obras.

⁴⁶ Para el año 2011 la ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011 regula en el capítulo I del título III los gastos del personal al servicio del sector público señalando en su artículo 22. Dos que en el año 2011, las retribuciones del personal al servicio del sector público no podrán experimentar ningún incremento respecto a las vigentes a 31 de diciembre de 2010 resultantes de la aplicación, en términos anuales, de la reducción de retribuciones prevista en el artículo 22. Dos. B) de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, en términos de homogeneidad para los dos períodos de la comparación, tanto por lo que respecta a efectivos de personal como a la antigüedad del mismo.

Asimismo en su apartado cinco se refiere al personal laboral cuya masa salarial no podrá incrementarse en 2011, integrada por el conjunto de las retribuciones salariales y extrasalariales y los gastos de acción social devengados por dicho personal en 2010, en términos de homogeneidad para los dos períodos objeto de comparación, y una vez aplicada en términos anuales la reducción del 5 por ciento que fija el artículo 22.Dos B).4 de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, sin perjuicio de las normas especiales previstas en la disposición adicional novena del Real Decreto-ley 8/2010.

Las reacciones de algunos sectores no se harían esperar y en este contexto hay que recordar el conflicto colectivo planteado por las organizaciones sindicales ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en relación con el XI Convenio de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre⁴⁷ (FNMT), con la pretensión de que se declarase que en función de lo prevenido en el XI Convenio Colectivo de la FNMT, las retribuciones a percibir por los trabajadores en los meses de junio de 2010 y sucesivos, debían ser las mismas que venían percibiendo hasta entonces, dejando sin efecto las reducciones retributivas efectuadas por la empresa y retrotrayendo la situación al momento existente previo a esta aplicación unilateral.

En concreto, y por lo que a la cuestión de fondo se refiere, Los demandantes sostuvieron que el Real Decreto-ley 8/2010 afectó a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I de la CE vulnerando su derecho a la negociación colectiva, así como el derecho a la libertad sindical, de cuyo contenido esencial forma parte el derecho a la negociación colectiva, dejando sin efecto lo pactado en el Acuerdo Gobierno-sindicatos, suscrito el 25 de septiembre de 2009, así como el propio convenio, suscrito entre la FNMT y los sindicatos, vaciando de contenido el mandato de la CE, que establece rotundamente que la ley garantizará la fuerza vinculante de los convenios, que hace referencia a la eficacia normativa del convenio.

Por su parte la Audiencia Nacional empieza por reconocer que los artículos 36.3 y 37.1 del EBEP obligan a «negociar específicamente en la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas el incremento global de las retribuciones del personal al servicio de las Administraciones Públicas que corresponda incluir en el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada año, debiendo alcanzarse un acuerdo, conforme a lo dispuesto en el artículo 38.3) EBEP», encontrándonos «ante lo que se ha denominado “legislación negociada”, pero no una auténtica negociación colectiva en sentido estricto⁴⁸»

Por otra parte de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 134.2, 149.1.3 y 156.1 de la Constitución Española, el artículo 21.1 del EBEP decreta que «el incremento de las cuantías globales de las retribuciones complementarias de

⁴⁷ El Capítulo XII determinó que para el año 2010 las retribuciones experimentarían un incremento con el porcentaje máximo que se establezca en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para dicho año, habiéndose establecido en el artículo 22.2 de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, que las retribuciones del personal al servicio del sector público no podrán experimentar un incremento superior al 0,3% con respecto a las del año 2009.

⁴⁸ Ciertamente, el artículo 36.1 del EBEP establece que «será específicamente objeto de negociación en el ámbito de la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas el incremento global de las retribuciones del personal al servicio de las Administraciones Públicas que corresponda incluir en el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada año». Este incremento, al ser común al personal funcionario y laboral de todas las Administraciones Públicas, debe ser objeto de una negociación conjunta para ambos colectivos. Nos encontramos, por consiguiente, ante un Acuerdo común al personal funcionario y laboral, al que, sin embargo, no le es aplicable el apartado 8 del artículo 38 del EBEP, sino el apartado 3 de este mismo precepto, dada la índole de la materia de que trata.

los funcionarios, así como el incremento de la masa salarial del personal laboral, deberán reflejarse para cada ejercicio presupuestario en la correspondiente Ley de Presupuestos» y que «no podrán acordarse incrementos retributivos que globalmente supongan un incremento de la masa salarial superior a los límites fijados anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el personal». Por consiguiente, estando reservada la ordenación de tales extremos al legislador estatal, resulta de aplicación lo dispuesto en los párrafos segundo y tercero del artículo 38.3 del EBEP. Y así, según este precepto, cuando los Acuerdos ratificados tratan sobre materias sometidas a reserva de ley «su contenido carecerá de eficacia directa», si bien «el órgano de gobierno respectivo que tenga iniciativa legislativa procederá a la elaboración, aprobación y remisión a las Cortes Generales o Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas del correspondiente proyecto de Ley conforme al contenido del Acuerdo y en el plazo que se hubiera acordado» (párrafo 2). De este modo, los Acuerdos ratificados tienen una eficacia meramente obligacional, puesto que imponen al órgano de gobierno correspondiente la obligación de aprobar un proyecto de ley que recoja el contenido de los Acuerdos en el plazo que se hubiera estipulado. Es más, «cuando exista falta de ratificación de un Acuerdo o, en su caso, una negativa expresa a incorporar lo acordado en el Proyecto de Ley correspondiente, se deberá iniciar la renegociación de las materias tratadas en el plazo de un mes, si así lo solicitara al menos la mayoría de una de las partes» (párrafo tercero). No obstante, si el Gobierno central se niega a incorporar lo acordado en el proyecto de ley y tampoco inicia la renegociación de las materias tratadas en el plazo de un mes, como la disposición legal que se dicte tendrá la misma fuerza que el EBEP, su validez no resultará afectada por el incumplimiento de las normas de procedimiento previstas en éste. En efecto, en este caso resultará de aplicación el artículo 2.2 del Código Civil, conforme al cual una norma con rango de ley puede derogar otra anterior de idéntico rango. De este modo, el Acuerdo tiene una eficacia política y no jurídica. Las partes no pueden vincular al legislador, por lo que se tratará de un acuerdo sin valor alguno, de naturaleza exquisitamente política, dependiendo su eficacia de la fuerza que las partes que lo negocian tengan para imponer sus criterios a los distintos grupos parlamentarios. En definitiva, el Acuerdo ratificado y recogido en el correspondiente proyecto de ley tan sólo constituye una manifestación de la concertación social y, más concretamente, de la legislación negociada o prenegociada⁴⁹.

En consecuencia, lo negociado en este tipo de acuerdos queda sometido al resultado del correspondiente Proyecto de Ley y, una vez aprobado éste, su eficacia no será la propia de los Acuerdos, sino la que corresponda a las normas producidas por el órgano legislativo, por lo que estaremos ante una norma estatal sujeta a las reglas interpretativas y aplicativas propias de las mismas, tal y como admite la propia Audiencia Nacional en el auto objeto de análisis.

En este contexto, la virtualidad del incremento de la masa salarial de los empleados públicos del 0,3% para el año 2010 quedaba sometida a las vici-

⁴⁹ STSJ de la Región de Murcia de 1 de diciembre de 1989.

situdes y avatares que experimentara la Ley 26/2009 de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, pudiendo ser suprimido, por consiguiente, por una norma con el rango adecuado, en este caso un Real Decreto-ley⁵⁰. Cuestión distinta es que el Gobierno excluyese de manera unilateral dicho incremento, sin convocar previamente la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas para intentar llegar a un nuevo acuerdo sobre esta cuestión⁵¹.

No obstante, y teniendo en cuenta lo anterior, se realizan por parte de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional ciertas matizaciones o precisiones a partir de lo dispuesto en el artículo 38.10 del EBEP —precepto fundamental en que la Audiencia Nacional se basa para la desestimación del recurso—, a cuyo tenor «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». De este modo, «excepcionalmente» y únicamente «por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas», los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas (y no cualquier otro órgano) podrán suspender o modificar el cumplimiento de los Pactos y Acuerdos ya firmados y con estricto respeto al principio de proporcionalidad. Esto es, podrán inaplicar temporalmente o modificar de forma unilateral los Pactos y Acuerdos, sin más obligación que la de informar a las organizaciones sindicales de las causas de la suspensión o modificación; información que, ante el silencio legal, podrá tener lugar tanto antes como después de la suspensión o modificación. Y así, al amparo de lo dispuesto en el art. 38.10 del EBEP, en la Disposición Adicional 2.ª del Real Decreto-Ley 8/2010 «se acuerda con efectos de uno de junio de 2010 la suspensión parcial del Acuerdo Gobierno-Sindicatos para la función pública en el marco del diálogo social 2010-2012, para la correcta aplicación del presente Real Decreto-ley y, en concreto, las medidas de contenido económico»⁵².

Ahora bien aquella considera que el mecanismo aplicativo de la denominada cláusula «*rebus sic stantibus*» que introduce el artículo 38.10 del EBEP en el sistema de la negociación colectiva de los funcionarios públicos se refiere «exclusivamente a los Acuerdos de funcionarios, puesto que el apartado octavo del mismo artículo deja

⁵⁰ Cfr. las SSTSJ de Cataluña de 23 de julio de 2002 y de Castilla-La Mancha de 16 de abril de 2008.

⁵¹ Téngase en cuenta a este respecto que la negociación colectiva está sujeta al principio de «obligatoriedad» (art. 33.1 EBEP). La forma imperativa empleada por el artículo 37.1 del EBEP («serán objeto de negociación...»), determina el carácter estrictamente obligatorio de la negociación colectiva, se logre o no el consenso y requiera o no el Acuerdo alcanzado la aprobación expresa y formal del órgano de gobierno de la correspondiente Administración.

⁵² En cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 36.2 y el 38.10 del EBEP la Mesa General de negociación de las Administraciones Públicas se reunió el día 20 de mayo de 2010 con el fin de informar a las organizaciones sindicales tanto de la suspensión del Acuerdo de 25 de septiembre de 2009, como de las medidas y criterios que recoge el Real Decreto-ley en este ámbito.

perfectamente claro que la consideración y efectos previstos en el artículo 38 EBEP corresponde exclusivamente a los funcionarios públicos, mientras que para el personal laboral despliega los mismos efectos del artículo 83 ET. En esta misma línea, se afirma que «una vez concluidos los Acuerdos, que determinan los límites presupuestarios para cada año, para el personal laboral tendrán la consideración y efectos previstos por el artículo 11a. 83 ET, que son los propios de los convenios colectivos, de manera que una vez aprobada la Ley de Presupuestos Generales del Estado, los convenios colectivos que concluyan conforme a la misma, una vez aprobados por la CECIR, obligan a la Administración y a su personal laboral durante todo el tiempo de su vigencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 82.3 ET, siendo inaplicable lo dispuesto en el artículo 38.10 EBEP, así como la cláusula “rebus sic stantibus” por las razones ya expuestas, a diferencia del personal funcionario, que estará sometido, en su caso, por la aplicación del artículo 38.10 EBEP, cuando concurren las causas habilitantes para ello».

Por todo ello, la referida Sala considera que «la suspensión parcial del Acuerdo Gobierno-Sindicatos para la función pública en el marco del diálogo social 2010-2012, firmado el 25 de septiembre de 2009, sólo tiene relevancia, en su caso, para los funcionarios públicos, pero no para el personal laboral que suscribió convenios colectivos, regulados con arreglo al Título III ET, que fueron autorizados debidamente por la CECIR, puesto que los efectos, que podía producir dicho Acuerdo en materia retributiva para el personal laboral son los propios del artículo 83 ET, que regula propiamente los denominados Acuerdos marco, que son propiamente “convenios para convenir” y se cumplieron plenamente al perfeccionarse la negociación colectiva después de la aprobación de la ley 26/2009, de Presupuestos Generales del Estado para 2010».

Queda clara para el Tribunal la diferencia entre el personal laboral y los funcionarios al servicio de las administraciones públicas y la diferente repercusión o consecuencias que, para unos y otros, en su caso, pueda tener la suspensión del Acuerdo. Si bien la lectura o interpretación del artículo 38 del EBEP no es pacífica en la doctrina planteándose la cuestión de la naturaleza jurídica dual de los pactos y acuerdos alcanzados en las mesas de negociación comunes al personal funcionario y laboral.⁵³

Por otra parte, dado que no exige el EBEP que los mismos se formalicen en instrumentos negociales separados, —así aparecen englobados en la Ley 7/2007 dentro de la categoría de «Pactos y Acuerdos—, surge la cuestión de si, aplicando el principio jurídico «ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemos», cabe pensar que cuando el artículo 38.10 del EBEP autoriza a los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas a suspender o modificar el cumplimiento de los «Pactos y Acuerdos ya firmados» para salvaguardar el interés general, se está refiriendo a todos los Pactos y Acuerdos, incluidos los

⁵³ Vid. comentario de Remedios Roqueta BUJ en el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo y el derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos en Aranzadi social, S.A., Pamplona, 2011.

que contienen materias y condiciones generales de trabajo comunes al personal funcionario y laboral.

En apoyo de la interpretación literal que se propugna, se debe tener en cuenta que el artículo 32 del EBEP, en concordancia con la regla general contenida en el artículo 7 del EBEP, prescribe que el derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos con contrato laboral «se regirá por la legislación laboral» (esto es, por el Título III del ET), pero deja a salvo la aplicación de los preceptos del Capítulo IV del Título III del EBEP «que expresamente les son de aplicación», que son los que se refieren a la negociación colectiva conjunta del personal funcionario y laboral a través de las mesas de negociación previstas en el artículo 36.3 del mismo.

Finalmente es necesario señalar a la incongruencia que supone, por un lado la afirmación por parte de la Audiencia Nacional que los Pactos, Acuerdos y convenios colectivos están subordinados a las normas con rango de ley, por lo que devienen inaplicables cuando implican un incremento superior al autorizado por dichas normas, y, por otra parte, la negación de la posibilidad de que se pueda suspender, modificar o suprimir un convenio colectivo durante su vigencia mediante un Real Decreto-Ley. En este sentido, aunque admite que concurre la nota positiva exigida por el artículo 86.1 de la CE, puesto que «los meses que hubieran sido necesarios para la tramitación de una ley, aunque hubiera sido por el procedimiento de urgencia, hubiera producido con toda probabilidad un gravísimo deterioro de nuestro sistema financiero, habría afectado a la credibilidad de nuestra economía y nos habría impedido probablemente sentar las bases para una recuperación sostenible, ya que no sería posible de habernos visto obligados a incrementar geoméricamente los intereses al servicio de la deuda», sostiene que la suspensión, modificación o supresión del convenio colectivo negociado conforme al Título III del ET afecta a un elemento esencial del derecho a la negociación colectiva, como lo es la fuerza vinculante de los convenios colectivos equivalente a la función normativa, lo cual está vedado por la Constitución. Por ello, y, lo que es más importante, decidiría plantear cuestión de constitucionalidad, de conformidad con lo dispuesto en el art. 163 de la CE, en relación con los artículos 5.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial, y 35 y siguientes de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional⁵⁴.

⁵⁴ En concreto, la Sala (Auto núm. 63/2010, de 28 de octubre) acuerda por unanimidad elevar cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, para que, si se admite a trámite la cuestión y previa tramitación legal precedente, resuelva si la redacción de los artículos 22.4 y 25 de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010, promovida por el artículo 1 del RDL 8/2010, de 20 de mayo (RCL 2010, 1396), por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, ha vulnerado o no el contenido esencial del derecho de libertad sindical, regulado en los artículos 7 y 28.1 CE, en relación con el derecho de negociación colectiva, regulado en el artículo 37.1 CE, puesto que se entiende dichos preceptos son aplicables al caso y el fallo depende de su validez, no siendo posible, acomodar por otra vía interpretativa dichos preceptos al ordenamiento constitucional.

Por la misma razón, solicita al Tribunal Constitucional que resuelva si la Disposición Adicional 9.ª del RDL 8/2010, de 20 de mayo, ha vulnerado o no el derecho de igualdad, contenido en el artículo 14.

A estos efectos y sin poder detenernos en los fundamentos de derecho que en su Auto esgrime la Audiencia Nacional, esta viene a sostener, entre otros extremos, que el convenio colectivo puede ser modificado durante su vigencia mediante otro convenio colectivo, siendo la negociación “ante tempus” el procedimiento recomendado por la jurisprudencia social cuando concurren circunstancias no previstas por los negociadores del convenio, que producen un desequilibrio radical en el mismo, siendo posible, así mismo, su suspensión, modificación e, incluso, supresión durante su vigencia mediante ley, que deberá respetar su contenido esencial, de conformidad con la reserva de ley dispuesta en el artículo 53.1 CE, cuando concurren circunstancias de urgente y extraordinaria necesidad, debiendo someterse, por consiguiente, a la técnica de ponderación del triple control de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, de modo que la satisfacción del bien o bienes jurídicos protegidos por dichas medidas legales se realice de tal manera que provoque el menor sacrificio en el derecho de la negociación colectiva como tal, así como en su vertiente funcional de la libertad sindical.

Estas son, a juicio de la Audiencia, las razones que justifican que no sea posible constitucionalmente suspender, modificar o suprimir un convenio colectivo durante su vigencia mediante un Decreto-ley, aunque concurra la nota positiva, exigida por el artículo 86.1 CE, puesto que la suspensión, modificación o supresión del convenio colectivo negociado conforme al Título III ET afecta, como mantiene en sus fundamentos de derecho, al contenido esencial de dichos derechos, lo cual está vedado por la Constitución, si bien precisa, a estos efectos, que dicha limitación podría haberse salvado constitucionalmente, si se hubiera activado el procedimiento previsto en el artículo 86, 3 CE, según el cual “durante el plazo establecido en el apartado anterior, las Cortes podrán tramitarlos como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia”, que es exactamente lo que se hizo con el RDL 1/2010, de 5 de febrero, que dio pie después a la Ley 9/2010, de 14 de abril, o el RDL 10/2010, de 16 de junio, que dio lugar posteriormente a la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, por la que se aprobaron las medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, no correspondiendo a esta Sala ponderar las razones de oportunidad, así como las estrategias parlamentarias que dieron lugar a dicha decisión parlamentaria.

Así pues, constatado que el RDL 8/2010 modificó lo pactado en el Capítulo XII del XI Convenio de la Fábrica de Moneda y Timbre, donde se convino el máximo incremento de las retribuciones establecidas en la LGPE, que ascendió al 0, 3%, de conformidad con lo pactado en el Acuerdo Administración-Sindicatos, suscrito el 25-09-2009, en relación con el artículo 25 de la ley 26/2009, de Presupuestos Generales del Estado para 2010, reduciendo en un 5% las retribuciones del personal laboral, estima la Sala que dicha actuación supuso una clara afectación de los derechos fundamentales de libertad sindical y negociación colectiva, puesto que se dejó sin efecto lo pactado en convenio estatutario, vaciando, por consiguiente, de contenido, la fuerza vinculante de los convenios, regulada en el artículo 37.1 CE, que se refiere, como vimos más arriba, a su contenido normativo, que caracteriza precisamente la naturaleza

de dicho derecho, aunque no se haya visto afectado en su regulación general, pero si en uno de sus elementos esenciales, como lo es la fuerza vinculante de los convenios, como subrayó la STC 189/2005.

Por lo demás, será interesante estar al tanto de la resolución que el Tribunal Constitucional, en su caso, adopte determinando si el Real Decreto-ley mencionado vulnera principalmente el derecho a la negociación colectiva, determinando de esta forma la salud real del denominado diálogo social, o si por el contrario la específica situación de crisis que vivimos justifica una serie de medidas que a través del Decreto-ley dejarían en suspenso o sacrificarían en su ejercicio importantes derechos fundamentales como el que se cuestiona.⁵⁵

⁵⁵ A estos efectos es recomendable la lectura del Auto prestando especialmente atención a los fundamentos de derecho décimo y decimosegundo; en el primero de ellos después de afirmar la primacía de la ley sobre el convenio y la incidencia de la misma sobre convenios vigentes, avalada por la doctrina constitucional y la jurisprudencia, por todas, sentencias TSJ Madrid 30-04-2007, y sentencias TSJ Comunidad Valenciana 27-06; 21-07; 13-09-2007 y 10-02-2009, defiende seguidamente que la ley puede modificar, siempre que respete el contenido esencial del derecho a la negociación colectiva, que forma parte del contenido esencial del derecho de libertad sindical, un convenio colectivo vigente, lo que le obligará a razonar pormenorizadamente la concurrencia del triple control de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, que es el factor predominante, acreditándose, por consiguiente, que es el único modo de alcanzar el fin perseguido legítimamente por la ley con el mínimo perjuicio o sacrificio de los derechos fundamentales citados, modificar lo establecido en convenio colectivo durante su vigencia, siendo esta la causa por la que la Audiencia cree que no es posible, sin vulnerar lo establecido en los artículos 7, 28, 1 y 37, 1 CE, modificar lo pactado en convenio colectivo estatutario durante su vigencia mediante Decreto Ley, puesto que dicha modificación, al afectar a la intangibilidad del convenio colectivo estatutario durante su vigencia, que forma parte del contenido esencial del derecho, incide directamente en la afectación de dichos derechos fundamentales, siendo irrelevante, a juicio de la Sala, que el RDL 8/2010, de 20 de mayo, haya modificado la LGPE 2010, porque dicha modificación no convierte al Decreto-Ley en Ley.

Por su parte el Fundamento decimosegundo después de afirmar que el derecho de la negociación colectiva se integra en el núcleo duro del derecho de libertad sindical, (STC 92/1992), afirma que la doctrina constitucional ha precisado aun más rotundamente la naturaleza jurídica de la fuerza vinculante de los convenios, entendiéndose que la misma forma parte del contenido esencial de la negociación colectiva, por todas, STC 25/2001, en la que hablaría del: "...derecho a la negociación colectiva del sindicato, lo que incluye el respeto al resultado alcanzado en el correspondiente procedimiento de negociación y a su fuerza vinculante, así como la sujeción a los procedimientos de modificación convencional establecidos (STC 105/1992, de 1 de julio, y 107/2000, de 5 de mayo).

"Y es que en la negociación colectiva de condiciones de trabajo converge no sólo la dimensión estrictamente subjetiva de la libertad sindical en relación con el sindicato afectado, entendida esa afectación como perturbación o privación injustificada de medios de acción, sino que alcanza también al sindicato en cuanto representación institucional al que constitucionalmente se reconoce la defensa de determinados intereses (STC 3/1981, de 2 de febrero; 70/1982, de 29 de noviembre; 23/1984, de 20 de febrero; 75/1992, de 14 de mayo, y 18/1994, de 20 de enero. Es sabido que la libertad sindical comprende el derecho a que los sindicatos realicen las funciones que de ellos es dable esperar, de acuerdo con el carácter democrático del Estado y con las coordenadas que a esta institución hay que reconocer, a las que se puede sin dificultad denominar "contenido esencial" de tal derecho; constituyendo parte de este núcleo del artículo 28.1 CE, sin duda, la negociación colectiva de condiciones de trabajo, puesto que resulta inimaginable que sin ella se logre desarrollar eficazmente las finalidades recogidas en el artículo 7 CE (STC 4/1983, de 28 de enero, FJ 3; 73/1984, de 27 de junio, FF JJ 1 y 4; 98/1985, de 29 de julio, FJ 3; 39/1986, de 31 de marzo, FJ 3; 187/1987, de 24 de noviembre, FJ 4; 9/1988, de 25 de enero, FJ 2 51/1988, de 22 de marzo, FJ 5; 127/1989, de 13 de julio, FJ 3; 30/1992, de 18 de marzo, FJ 3; 75/1992, de 14 de mayo, FJ 2; 105/1992, de 1 de julio, FFJJ 2 y 5; 173/1992, de 29 de octubre, FJ 3; 164/1993, de 18 de mayo (RTC 1993, 164), FJ 3, y 145/1999, de 22 de julio (FJ 3))."

Concluye la Sala recordando el contenido esencial propio de la negociación colectiva que integra propiamente cinco facultades: la de negociación; la de elección del nivel de negociación; la de selec-

Por otra parte exigiría una reflexión aparte, mucho más detallada, la relativa a la reducción de las retribuciones del personal a cargo de las administraciones parlamentarias que se ha venido produciendo de forma homologa a lo acordado para la función pública a partir del Real Decreto-ley mencionado, por acuerdo de las Mesas del Congreso y del Senado así como de las de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, desconociendo en cierta manera la especialidad del régimen del personal al servicio de las mismas y que ahora obviamos mencionar; baste señalar que el Estatuto Básico del Empleado Público no es de aplicación directa a personal al servicio de las Cortes Generales y Asambleas Legislativas salvo que estas a través de su propia normativa así lo contemplen (art. 4 del EBEP), toda vez que ello ha provocado adicionalmente alguna cuestión problemática en torno a la equiparación entre los sueldos de los parlamentarios y de los funcionarios cuando la diferente naturaleza jurídica de sus funciones y de su labor hace de por sí imposible la equiparación. No cabe duda de que razones de solidaridad con la situación de crisis económica que vivimos aconsejan la moderación salarial, si bien una cosa es esta y otra la equiparación entre situaciones que de por sí no son equiparables.

En otro orden de cosas, este Real Decreto-ley a modo de ley omnibus ha venido a regular y a modificar aspectos muy diversos, lo que desde el punto de vista de técnica legislativa o simplemente acudiendo a principios como el de seguridad jurídica no parece muy aconsejable.

ción de los contenidos negociables; la de fuerza vinculante del convenio y la de administración de lo pactado, habiéndose entendido por la doctrina científica que este conjunto de facultades define el espacio constitucional de la negociación colectiva y también debe ser inmune a las injerencias e intromisiones públicas frente a la autonomía colectiva.

Por consiguiente, si la existencia de un sistema autorregulador de relaciones laborales, mediante el ejercicio de la autonomía colectiva de empresarios y trabajadores es el valor o bien jurídico protegido por la negociación colectiva, encomendándoseles por el artículo 37, 1 CE una facultad normativa capaz de la autorregulación colectiva de las relaciones de trabajo, debe admitirse que la fuerza vinculante de los convenios, cuya garantía se ordena al legislador por dicho precepto constitucional, forma parte de su contenido esencial, habiéndose entendido por la doctrina científica que no se puede hablar propiamente de negociación colectiva si su producto, el convenio colectivo, no tiene fuerza vinculante, manteniéndose por la doctrina constitucional, por todas, STC 58/1985, que la comunidad contractual de representantes de los trabajadores y empresarios tiene reconocido en la Constitución “un poder de regulación afectado a un concreto fin, cual es la ordenación de las relaciones laborales en su conjunto”.

Es patente, por tanto, que la fuerza vinculante de los convenios, establecida en el artículo 37, 1 CE, equivale a función normativa, a derecho objetivo, a la configuración del convenio colectivo como una norma jurídica dictada por quien puede hacerlo y con el objetivo concreto para el que resulta habilitado ese poder bilateral, como recuerda la doctrina constitucional, por todas, STC 151/1994 y es precisamente su carácter normativo lo que obliga a que no pueda prescindirse de unos determinados rasgos de estabilidad, pudiendo afirmarse que la intangibilidad durante su vigencia, asegurada por el artículo 82, 3 ET, constituye un elemento fundamental y determinante, puesto que la normatividad del convenio colectivo depende de la intangibilidad de su contenido durante su vigencia, pues solo mediante su aseguramiento se garantiza la funcionalidad de aquél como instrumento regulador de las relaciones laborales, correspondiendo asegurar dicha garantía al legislador, quien está vinculado a dicho mandato como presupuesto obligado para que el derecho en cuestión sea reconocible, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53.1 CE.

Y si la cuestión relativa a las retribuciones de los empleados públicos y la negociación colectiva han suscitado no pocos problemas y un rechazo global, sobre todo si se compara con los resultados obtenidos en torno a la superación de la crisis, las relativas o que afectan a materia de prestaciones de seguridad social, pensiones, o la jubilación parcial no han sido menores; en un clima además de un cambio profundo en la concepción del estado de bienestar social.

En efecto, el debate sobre revalorización de las pensiones no es una cuestión nueva, ni ajena a la sostenibilidad futura del sistema de Seguridad Social. Al respecto, la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 8/2010, señala que para lograr los objetivos marcados en esta norma, resulta necesario suspender excepcionalmente la revalorización de las pensiones de carácter contributivo para el año 2011. Por ello, el artículo 4 del Real Decreto 8/2010 suspende para el ejercicio 2011 la aplicación de lo previsto en el apartado 1.1 del artículo 48 de la LGSS. No obstante, excluye de la medida a las prestaciones más bajas, que afectan a las personas más desfavorecidas, como son aquellas pensiones que están por debajo de la pensión mínima fijada para cada año y que por sus circunstancias económicas y familiares son perceptores de complementos a mínimos, así como las pensiones del SOVI no concurrentes y las pensiones no contributivas. Igualmente se suspende para el referido ejercicio 2011 la aplicación del apartado 1.2 del artículo 48, que prevé el abono en concepto de pago único, cuando durante el año el índice de precios al consumo fuese superior al índice previsto, salvo para las pensiones mencionadas.

A estos efectos y en el marco de la renovación del denominado Pacto del Toledo⁵⁶ las medidas adoptadas por el Real Decreto-ley mencionado no dejan de ser unas medidas que como establece la propia Exposición de Motivos tienen carácter excepcional, habiendo de ponerse en relación directa con la reforma del sistema de pensiones. Desde su constitución, la Comisión ha desarrollado sus trabajos de forma ininterrumpida, con la previsión de que en el año 2010 se alcance un acuerdo sobre la reforma del sistema de pensiones. Las medidas en materia de pensiones acordadas por el Gobierno, a través del Real Decreto-ley 8/2010, al margen de cualquier negociación, contradicen cuanto menos, el espíritu contenido en la renovación del Pacto de Toledo. Algo, difícilmente comprensible en un escenario en el que la Seguridad Social alcanzó un superávit en los primeros cuatro meses del año 2010 de 7.213, 72 millones de Euros⁵⁷, viendo por el contrario, los pensionistas congeladas sus pensiones en el año 2011.

⁵⁶ El texto del Pacto de Toledo renovado en el año 2003 establecía el compromiso de revisar el grado de cumplimiento de las recomendaciones allí recogidas, transcurridos al menos cinco años. Pues bien, el 22 de abril de 2008, la Mesa de la Cámara, previa solicitud de los Grupos Parlamentarios Socialista, Popular en el Congreso, Catalán (CIU) y Vasco (EAJ-PNV), acordó la creación de una Comisión no permanente de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo. Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales de 25 de abril de 2008, <http://www.congreso.es>.

⁵⁷ Nota de Prensa del Ministerio de Trabajo e Inmigración emitida el 25 de mayo de 2010 (<http://www.mtin.es>).

4.2. Las Medidas Liberalizadoras Del Real Decreto-Ley 13/2010

En el panorama de sucesión de Decretos-leyes durante el año 2010 destaca asimismo el Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y el empleo. Y entre sus medidas destacaremos dos:

1. La que afecta a la Ley 3/1993, de 22 de marzo, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, y,
2. la que se refiere dentro de las medidas liberalizadoras —título II, Capítulo I— a la modernización del sistema aeroportuario y la consiguiente creación de Creación de la sociedad «Aena Aeropuertos, S.A.», regulando en sus artículos 7 a 13 el nuevo régimen jurídico de la ahora sociedad mercantil.

Empezando por esta última, no nos detendremos en esta segunda cuestión sino para incidir, si quiera brevemente, en una serie de cuestiones problemáticas, señalando que esta última medida se enmarca dentro de un conjunto de medidas⁵⁸ que responden a la regulación del servicio esencial del transporte

⁵⁸ Entre las diversas medidas que el Ejecutivo ha ido aprobando y que han provocado el desacuerdo del personal de Aena, destaca el Real Decreto-ley 1/2010, de 5 de febrero, por el que se regula la prestación de servicios de tránsito aéreo, se establecen las obligaciones de los proveedores civiles de dichos servicios y se fijan determinadas condiciones laborales para los controladores civiles de tránsito aéreo; —Real Decreto-ley derogado por Ley 9/2010, de 14 de abril, que regula la prestación de servicios de tránsito aéreo, se establecen las obligaciones de los proveedores civiles de dichos servicios y se fijan determinadas condiciones laborales para los controladores civiles de tránsito aéreo—.

Decreto-ley complementado por Real Decreto 1001/2010, de 5 de agosto, por el que se establecen normas de seguridad aeronáutica en relación con los tiempos de actividad y los requisitos de descanso de los controladores civiles de tránsito aéreo.

Es interesante a los efectos de la justificación “de la extraordinaria y urgente necesidad” leer la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 1/2010 donde se alude en su apartado I a la modificación transitoria de las condiciones laborales de los controladores de AENA que es la mínima e imprescindible para garantizar los objetivos que persigue el presente Real Decreto-ley, afirmando que no resulta posible ni en el marco del I convenio colectivo de los controladores de AENA, ni en el marco del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores. “En efecto, si bien el citado precepto faculta a la dirección de la empresa para acordar dichas modificaciones cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, previo agotamiento de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores, el convenio colectivo de los controladores de AENA exige a estos efectos obtener el acuerdo expreso de la organización sindical. Pues bien, a la vista de la ruptura del proceso negociador el pasado día 2, ya no cabe duda alguna acerca de la imposibilidad de la vía negociadora para alcanzar este objetivo”.

Se subraya asimismo el efecto que en la economía nacional tienen las medidas previstas en este Real Decreto-ley en relación con la situación de crisis que atraviesa nuestra economía. “Así, cabe mencionar que el objetivo inmediato que persiguen las medidas que se establecen en esta norma, la garantía de la prestación segura, eficaz, continuada y económicamente sostenible de los servicios de tránsito aéreo, responde, a su vez, a un objetivo más amplio que es la garantía del adecuado funcionamiento del sector aeroportuario que, por su carácter dinamizador, es esencial para el desarrollo y funcionamiento del resto de los sectores productivos y, especialmente, del sector turístico. No se puede olvidar que la gestión adecuada de los aeródromos está directamente condicionada por la del tráfico aéreo, por cuanto la ineficiencia de los sistemas de tránsito aéreo afecta de manera inmediata a la capacidad aeroportuaria, al importe de las tasas de navegación aérea, a los costes soportados por las compañías aéreas y, finalmente, al precio que pagan los pasajeros por volar en dichas compañías.

aéreo, en relación con el cual el enfrentamiento entre el Gobierno y un sector profesional tan específico como el de los controladores aéreos ha repercutido gravemente no sólo sobre la seguridad y plena efectividad de este servicio esencial sino que ha incidido muy directamente sobre los derechos de los ciudadanos.

Toda vez que la huelga salvaje⁵⁹ protagonizada por dicho sector ha determinado la declaración del primer estado de alarma⁶⁰ y su prórroga⁶¹ de nuestro régimen democrático.

En relación con esto último, lo cierto es que, a pesar del tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la LO 4/81, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, en España se habían sucedido en más de una ocasión graves calamidades y crisis sanitarias sin haberse decretado el estado de alarma⁶²:

Es más, la nula utilización del estado de alarma hasta hoy había dado paso a la doctrina a ver en ello un ejemplo de lo que se ha denominado como una

Es más, cabe destacar que, como objetivo ulterior, no por ello de menor importancia, se encuentra la garantía del derecho fundamental a la libre circulación de los ciudadanos...”

Finalmente, en el apartado III de su Exposición de motivos se insiste:

“Las medidas que se establecen en el presente Real Decreto-ley son las mínimas imprescindibles y guardan una relación directa y congruente con la situación que se trata de afrontar y con la consecución de los objetivos gubernamentales que han quedado anteriormente expuestos.

La implantación de estas medidas debe ser urgente e inmediata debido a la grave situación en la que actualmente se encuentra AENA a la hora de garantizar la continuidad y la sostenibilidad económica y financiera de un servicio tan esencial para nuestra sociedad como son los servicios de tránsito aéreo...

En efecto, dada la ruptura de la negociación del convenio colectivo ya meritada y, por consecuencia, la imposibilidad de que con una jornada fijada para los controladores en mil doscientas horas anuales se puedan atender las necesidades del tránsito aéreo, resulta de todo punto inaplazable imponer, bien que de forma transitoria, unas reglas que garanticen la suficiencia de los medios de AENA durante los tiempos que se requieren para ultimar el proceso de apertura de la prestación de los servicios de tránsito aéreo a nuevos proveedores.

No puede desconocerse que la modificación del régimen jurídico vigente que se acomete, de ser conocido con anticipación, podría generar el efecto indeseado de provocar conductas que podrían poner en grave riesgo la eficacia de la reforma misma, dadas las capacidades de presión absolutamente exorbitantes adquiridas por los controladores aéreos a través de la negociación colectiva que ya han sido descritas”.

⁵⁹ Vid. Noticia del mundo. Es del sábado 4 de diciembre de 2010. La inasistencia al trabajo de los controladores aéreos alegando supuesta enfermedad colapsaría el tráfico del espacio aéreo, dejando tirados a más de 330.000 pasajeros.

⁶⁰ Acerca del estado de alarma declarado por el Gobierno de España, en respuesta a las situaciones creadas por la huelga de los controladores aéreos es interesante el artículo de FRANCISCO JAVIER ENÉRIZ OLAECHEA; “La declaración del estado de alarma para la normalización del transporte aéreo”. En Revista Aranzadi Doctrinal núm. 9/2011 (Tribuna).

⁶¹ En relación con este tema es interesante la reflexión crítica acerca de esta medida en el artículo de MANUEL PULIDO QUECEDO: “La prórroga del Estado de alarma por incertidumbre” en Actualidad jurídica Aranzadi núm. 813, 2011.

⁶² Recordemos las inundaciones extraordinarias del País Vasco de 1983, el mal llamado de las «vacas locas», la fiebre aftosa, etcétera. En tales casos, fue suficiente con la aprobación por el Gobierno de Decretos-leyes (que no afectaron a derechos ni impusieron deberes constitucionales) o de leyes más generales o con las propias previsiones de las leyes preexistentes para hacer frente a estas graves situaciones, sin necesidad de declarar un estado que, fiel a su nombre, provocaría, tal vez, más alarma en la población.

«mutación constitucional», pues mediante la aplicación de otras medidas legislativas, en algunos casos más apropiadas incluso que las previstas en la LO 4/81, se había llegado a un claro ejemplo de desuso o no necesidad del estado de alarma.

Así las cosas, el Real Decreto 1673/2010⁶³, de 4 de diciembre declara por primera vez en más de treinta años un estado de alarma, y lo hace, según su Exposición de Motivos, con el propósito de recuperar la normalidad en la prestación del servicio público esencial del transporte aéreo ante el abandono de sus obligaciones por parte de los controladores civiles de tránsito, abandono que ha provocado el cierre del espacio aéreo español, afectando a un muy elevado número de ciudadanos y causando graves perjuicios. No es objeto de nuestro estudio detenernos en el estudio de esa situación excepcional, si bien es cierto que el fracaso al recurso de los instrumentos ordinarios —negociación colectiva-diálogo social— que prevé nuestro ordenamiento jurídico para regular las condiciones de trabajo de los distintos sectores profesionales, —aunque sea tan particular y específico como el de los controladores aéreos—, pone de manifiesto no sólo la debilidad de un gobierno, sino de sus productos normativos propios, específicamente de la figura que venimos estudiando del Decreto-ley, y es que el estado de alarma y su prórroga es el acto final de una secuencia de decretos leyes que han puesto en jaque a un determinado sector en defensa de sus derechos, y lo que es más importante a los ciudadanos que, de igual modo, han visto atacados los suyos, así como al propio Estado de Derecho.

En otro orden de cosas y volviendo a las medidas liberalizadoras establecidas por el Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, a las que se refiere en su título I, nos referiremos por su importancia, a aquellas que han incidido en la Ley 3/1993, de 22 de marzo, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, modificando tal como establece en su artículo 4, los artículos 4, 6, 8.3, 10, 13, 14, 15, 16 y 23, toda vez que deroga los artículos 11, 12 y 17, las disposiciones adicionales primera y segunda y la disposición final segunda de la citada ley básica.

Aunque se trata de una modificación en apariencia puramente formal, relativa a algunos aspectos estructurales, organizativos, y económicos, sin embar-

⁶³ Este estado como la prórroga del mismo serían recurridos; así por la Unión Sindical de Controladores Aéreos (USCA) contra el Real Decreto 1717/2010 de 17 de diciembre, que prorrogó el estado de alarma declarado el 4 de diciembre. El Tribunal Supremo ha desestimado el recurso presentado por los controladores aéreos contra la prórroga del estado de alarma aprobada por el Congreso de los Diputados el 16 de diciembre y puesta en marcha por el Gobierno al día siguiente para hacer frente al caos aéreo, según la sentencia dictada el pasado 5 de abril. A estos efectos la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo concluye que la prórroga fue asumida por el Congreso de los Diputados en su integridad, por lo que la decisión queda bajo control del título V de la Constitución Española y no bajo los artículos 1 y 2 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, tal y como defendían los recurrentes. El Supremo evoca la Sentencia dictada el pasado 10 de febrero, que desestimó el recurso de USCA contra el decreto del estado de alarma dictado el 4 de diciembre de 2010, y recuerda que “la decisión asumida por la Cámara no es una actuación administrativa que pueda ser controlada por este orden contencioso-administrativo”.

go, materialmente y de hecho ha provocado la aparición de un nuevo escenario, distinto al que ahora servía de marco a nuestro sistema de Cámaras.

Hasta ahora nuestro sistema legal seguía el modelo continental, basado en la adscripción obligatoria de todos los empresarios, que suponía al mismo tiempo, —dada la pertenencia de todos los anteriores a las mismas— su condición de electores. A la avista de la reforma introducida en nuestro derecho por el Real Decreto-ley citado, y teniendo en cuenta que esta norma no modifica ni la naturaleza ni las funciones de las Cámaras, ni su organización, ni el procedimiento electoral, ni su régimen jurídico y presupuestario, en el que cabe destacar la tutela que deben ejercer las Comunidades Autónomas sobre las Cámaras, parece que el sistema que se propugna en la ley Básica es el sistema híbrido o mixto. Modelo conforme al cual las Cámaras están reguladas por la legislación (carácter público), pero en virtud del principio de libertad de pertenencia, la participación de las empresas en las Cámaras es voluntaria, lo que nos obliga a efectuar una serie de consideraciones al hilo de la nueva regulación efectuada por el Decreto-ley⁶⁴,

Un nuevo modelo que no queda claramente definido si tenemos en cuenta la nueva redacción de algunos preceptos. En efecto, en su apartado primero —en su última redacción— ahora el artículo 6 de la Ley Básica establece que podrán ser miembros de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras que ejerzan actividades comerciales, industriales y navieras..., añadiendo que los miembros tendrán la condición de electores de las Cámaras y precisando en su párrafo segundo, que, sin perjuicio de ello formarán parte del censo público de empresas esas mismas personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras que ejerzan actividades comerciales, industriales y navieras; lo cual parece indicar que la condición de miembro y la de elector de las Cámaras van parejas, teniendo en cuenta que la de miembro va ligada a su vez a la libre decisión de adscripción a las mismas, con independencia, pues, del censo elaborado por dichos entes en el que estarían presentes todas aquellas personas, naturales o jurídicas que ejerzan las actividades señaladas, aspecto este último del que no se derivan, como señala in fine el artículo 6 derechos ni obligaciones. Entre esas obligaciones, claro está, hay que entender se encontraría el pago de la cuota cameral y entre los derechos, que no se mencionan, encontraríamos o hemos de encontrar diferencias entre las personas naturales y jurídicas que se afilien y las que no.

⁶⁴ El Real Decreto-Ley es modificado por la Ley 2/2011 al señalar que el régimen transitorio del recurso cameral se entenderá sin perjuicio de los regímenes forales de los territorios históricos del País Vasco y Navarra, toda vez que dicha ley modifica, de nuevo, y tratando de aclarar las modificaciones efectuadas por el Real Decreto-ley 13/2010, la propia ley 3/1993, de 22 de marzo, básica de las Cámara Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, afectando a los artículos 2.4, 6 y 17.

Ambas normas modifican preceptos básicos, —según Disposición final primera— que afectan a aspectos como las funciones de las Cámaras, la pertenencia a las mismas, el censo electoral, la financiación, el recurso cameral permanente, deber de información y medios de impugnación o la elaboración de sus presupuestos.

Es esta una cuestión —la pertenencia a las Cámaras y la libre adscripción a las mismas—, que afecta, a nuestro entender, a cuestiones como la representatividad y los derechos y obligaciones que se generan en función de su pertenencia o no a las mismas, cuestión esta que pasa apenas inadvertida en la nueva regulación y que es preciso definir a futuro, pues, inevitablemente determinará el verdadero régimen jurídico y naturaleza de las Cámaras y a lo que han de prestar especial cuidado cualquier desarrollo por parte de las Comunidades Autónomas, afectando asimismo a cuestiones como el censo y procedimiento electoral, a la financiación y régimen económico.

La libre adscripción a las Cámaras, tras la reforma efectuada por el Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, a la ley básica constituye, en efecto, una de las principales novedades en las que se sustenta la Ley básica modificada, no sin entrañar determinadas dudas⁶⁵ —como se advierte en los comentarios efectuados en el párrafo anterior—, acerca de un cambio de modelo en cuanto a la configuración de las mismas, habida cuenta que la adscripción obligatoria a las mismas ha sido, como asociaciones creadas por ley para el cumplimiento de funciones público-administrativas una de las notas características en que se fundamenta la naturaleza⁶⁶ de corporaciones de derecho público de las Cámaras.

De cualquier forma, resulta evidente que la doctrina del Tribunal Constitucional está llamada a una revisión o al menos a una serie de matizaciones, desde el momento en que esa adscripción obligatoria ha sido eliminada por la nueva

⁶⁵ Vid. comentario de Eugenio Simón Acosta en actualidad jurídica Aranzadi núm. 812, de 13 de enero de 2011. “Cámaras de Comercio sin recursos: inconstitucionalidad de la reforma.

⁶⁶ En efecto la STC 107/1996, de 12 de junio, afirmaría al respecto que “la Constitución ha venido expresamente a admitir la legitimidad de la genéricamente llamada Administración Corporativa, es decir de las “corporaciones no territoriales”, “corporaciones sectoriales de base privada” o “entes públicos asociativos”, entendiéndose por tales, en términos generales, a diversas agrupaciones sociales, creadas por voluntad de la ley en función de diversos intereses sociales, fundamentalmente profesionales, dotadas frecuentemente de personalidad jurídico pública y acompañadas también frecuentemente del deber de afiliarse a las mismas. Así lo hace ante todo, el artículo 36 de la Constitución al referirse a los Colegios Profesionales y hay que entender, aunque no las llame por su nombre a las Cámaras de Comercio, según el artículo 52 del Texto Fundamental, en cuanto organizaciones profesionales.

Del mismo modo el Tribunal Constitucional, ha aclarado que pese a contar con una base asociativa, no pueden identificarse como meras asociaciones empresariales de carácter privado, sin que puedan incardinarse, sin profundas modulaciones, en el ámbito de los artículos 22 y 28 CE, ya que tienen su origen no en un *pactum asociationis* sino en un acto de creación estatal.

Así, la STC 107/1996, en virtud de lo anterior ha afirmado que “en el caso de las corporaciones públicas... no puede predicarse la libertad positiva de asociación, pues su creación no queda a la libertad de los individuos”, toda vez que como señalo la STC 67/85, no puede hablarse de un derecho a constituir asociaciones para el ejercicio de funciones públicas. Por su parte, el sacrificio de la libertad negativa de asociación (derecho a no asociarse), que determina la adscripción forzosa a las Cámaras, descansa a juicio del Tribunal en la relevancia constitucional de las funciones de carácter público administrativo que a tales entes atribuye la Ley 3/1993 y cuya asunción por las Cámaras justifica la exposición de motivos de dicha ley en “la imposibilidad de que fuesen desarrolladas eficazmente por una multiplicidad de asociaciones representativas de intereses muchas veces contrapuestos”, apreciación que no ha sido modificada o alterada por el Real Decreto-ley mencionado, no así la afiliación o adscripción forzosa a dicho entes que no mencionada en la Exposición de Motivos de la ley básica modificada, sin embargo, es establecida en el 13 a propósito de la obligación de pago y devengo de la cuota cameral.

regulación y no constituye una cuestión baladí por la influencia que ello tiene en aspectos ya señalados.

Dado que las Cámaras continúan siendo corporaciones de derecho público, las funciones a las que se refiere el artículo 2 de la Ley Básica han de realizarse sin distinción entre miembros-electores de las mismas y respecto de aquellas personas naturales y jurídicas que decidan libremente no adscribirse a las mismas, lo que redundará en los derechos y obligaciones que deberían quedar definidos en sus líneas generales, y, que, aclararía el modelo hacia el que se dirige el funcionamiento de estos entes, sólo muy indirectamente indicado. Aspectos no desarrollados en la Ley Básica y a los que deberán atender con sumo cuidado las Comunidades Autónomas en desarrollo de la Ley Básica. Por lo demás, surgen cuestiones igualmente problemáticas en torno a la financiación de las Cámaras, que con la nueva regulación contarán con las aportaciones realizadas por las empresas que se adhieran voluntariamente a las Cámaras y que, dado lo anterior sólo serán exigibles en la vía judicial civil, no por la vía de apremio, así como los ingresos ordinarios y extraordinarios obtenidos por los servicios que presten y, en fin, los que les correspondan en virtud de convenio o por cualquier otro procedimiento conforme al ordenamiento jurídico; financiación igualmente que habría de ser clarificada en cuanto al plan cameral de promoción de las exportaciones.

Por otra parte, finalizado el régimen transitorio (Disposiciones segunda a séptima de la Ley 3/1993), se plantea la cuestión, al desaparecer la financiación obligatoria, del carácter o condición de “poderes adjudicadores” que tienen las Cámaras de Comercio en virtud de la normativa europea. A nuestro modo de entender esta condición vendrá asegurada en la medida en que sigan considerándose entidades que satisfagan necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, de acuerdo con un concepto que como ha señalado el Tribunal de Justicia de la UE (Sentencia de 16 de octubre de 2003, asunto Comisión contra España C-283/00), es comunitario.

Finalmente y sin poder detenernos en otros aspectos, queda claro que el abuso o el recurso frecuente al Decreto-ley provoca, cuando menos, cierta inseguridad jurídica, desde el momento en que en un corto espacio de tiempo bajo una técnica de parcheo legislativo, se modifican aspectos esenciales de la Ley Básica, primero por el Real Decreto-Ley anteriormente mencionado y después por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, de forma que tras haber sido derogado por la primera de las normas citadas, el artículo 17 de la Ley Básica, la Ley de Economía Sostenible introduce, seguidamente un artículo 17 relativo a la información que se debe facilitar a las Cámaras y al Consejo superior por las administraciones tributarias con ocasión de la gestión de las exacciones integradas en el recurso cameral permanente exigibles, de acuerdo con la Disposición transitoria primera del Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, ya mencionado. Inseguridad jurídica, parcheo legislativo, falta de técnica legislativa, que redundará, en la falta de calidad de las leyes, y en última instancia en un adecuado conocimiento de las mismas que obliga al destinatario de las normas y en su caso, a las Comunidades Autónomas a tener un especial cuidado en su tarea de desarrollo de una ley básica.

4.3. El recorte de las primas fotovoltaicas en el Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre

Por último y por las distintas repercusiones no solo económicas sino también de índole jurídica es necesario referirnos al Real Decreto-ley 14/2010 dado el rechazo generalizado que en el sector de las energías renovables ha supuesto el mismo, especialmente en el ámbito de la energía fotovoltaica, que en cierta manera supone un paso atrás en este campo pudiendo incidir en el interés de muchos inversores (nacionales y extranjeros) que tienen interés en España; aplicación de la nueva normativa que puede causar muchos problemas económicos si estos inversores ven que el marco jurídico español carece de estabilidad y pueden perder su confianza en el mercado español de las energías renovables.

En efecto, el Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, ha supuesto una modificación importante en el régimen económico de las instalaciones fotovoltaicas acogidas al Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial.

Las modificaciones realizadas por el Gobierno sobre el régimen retributivo de las instalaciones de energía solar fotovoltaica, mediante el Real Decreto-Ley 14/2010, de 23 de diciembre, se concretan en una reducción, con carácter permanente, de la retribución a percibir por los titulares de las instalaciones, proporcional a las zonas solares donde se encuentren ubicadas las instalaciones.

Asimismo, con carácter transitorio para los años 2011, 2012 y 2013, se establece una reducción extraordinaria de aplicación a todas las instalaciones, con un valor único para toda España e independiente de las zonas en las que se ubiquen las instalaciones; medidas que han generado rápidamente la respuesta de Comunidades Autónomas como la de Valencia o la de la Región de Murcia, que han presentado sendos recursos de inconstitucionalidad⁶⁷ contra el Decreto-ley citado, así como del Senado de España que en el Pleno de 23 de febrero de 2011, respaldaría derogar la disposición adicional primera y la

⁶⁷ Así el recurso de inconstitucionalidad núm. 1603-2011, en relación con varios preceptos del Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico. El Pleno Tribunal Constitucional, por providencia de 29 de marzo actual, ha admitido a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 1603-2011, promovido por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en relación con la disposición adicional primera, disposición transitoria segunda y disposición final primera del Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico. (BOE núm. 84, 8 de abril de 2011).

Asimismo recurso de inconstitucionalidad núm. 1750-2011, en relación con el Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico.

El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 12 de abril actual, ha admitido a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 1750-2011, promovido por el Consell de la Generalitat Valenciana contra el Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico y, en concreto, su disposición transitoria segunda. (BOE núm. 94, de 20 de abril de 2011).

disposición transitoria segunda del Real Decreto Ley 14/2010 por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico, que contenían el recorte de primas al sector fotovoltaico.

Por su parte, la Comunidad Autónoma de Valencia ha valorado el impacto de esa última modificación en una reducción para los años 2011, 2012 y 2013, de alrededor del 25% de los ingresos de las instalaciones solares fotovoltaicas instaladas en la Comunidad Valenciana, traduciéndose, para estos tres años, en unas pérdidas económicas, próximas a los 121,5 millones de euros, toda vez que son varios los argumentos esgrimidos por la Generalitat que pueden suponer, de prosperar, la inconstitucionalidad del RDL 147/2010. Así se afirma, en primer lugar, que este puede ser contrario a la Constitución Española por la aplicación retroactiva a aquellas instalaciones ejecutadas que ya tenían previsto y garantizado un régimen económico a través del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, resultando este régimen jurídico contrario a lo dispuesto en el artículo 9.3 de la Constitución que consagra el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, encontrándonos en el último de los supuestos.

La segunda inconstitucionalidad a juicio de la Generalitat Valenciana es el hecho de que durante los años 2011, 2012 y 2013 exista una reducción extraordinaria del número de horas con derecho a cobrar la prima equivalente por producción de electricidad que se aplicará para todas las instalaciones sin tener en cuenta en la zona climática en la que se encuentran. Se establece, por ejemplo, un valor único de 1.250 h/año para las plantas fijas.

“Este criterio”, asegura el gobierno valenciano, “implica una reducción retributiva no proporcional entre zonas climáticas, que no tiene en cuenta criterios de distribución territorial equitativos entre zonas climáticas, y en consecuencia entre las distintas Comunidades Autónomas”. De esta manera en la Comunidad Valenciana las pérdidas medidas serán de entre el 22 y el 29%, mientras que en el conjunto del Estado sería de un 15%.

De igual forma el Gobierno murciano⁶⁸ considera que la rebaja de las primas a los productores de energía fotovoltaica, puede generar “inseguridad jurídica”, basándose, igualmente, en “la discriminación y arbitrariedad de esta norma promulgada por el Gobierno central, así como en la vulneración de los artículos 9.3, 14, 86, 138 y 139 de la Constitución Española”. Destacando —al igual que la Comunidad valenciana— “la limitación de las

⁶⁸ Vid. artículo de prensa en EUROPA PRESS. LAOPINION DE MURCIA. ES

Así lo anunciaría el Consejero de Universidades, Empresa e Investigación, Salvador Marín, tras ser adoptado en el Consejo de Gobierno. precisando que este Real Decreto “afecta en la Región a más de 20.000 agricultores del sector que, de la noche a la mañana, se encuentran con que el Gobierno de la Nación no les va a pagar.” Otra de las consecuencias es que “se pueden dejar de ingresar en la Comunidad 83 millones de euros”, por lo que se plantea un problema para los pequeños inversores, “que van a tener que emplear recursos suyos para pagar a la banca al cambiar el Ejecutivo central las reglas del juego”. De ahí, el ofrecimiento de Murcia a la Comunidad Valenciana, que “ha decidido también estudiarlo”, ha precisado Marín, siendo también comunicado a Galicia, Madrid, Castilla-La Mancha y otras Comunidades Autónomas.

horas de producción, sin tener en cuenta la zona climática de la instalación, lo que perjudica especialmente a comunidades como la Región, con mayor capacidad de producción por su índice de radiación solar”. Asimismo, se impone un peaje para cualquier productor. Así, el recurso del Gobierno regional plantea que “las reglas de juego jurídico que regula la actividad de la producción eléctrica fotovoltaica no se pueden modificar una vez fijado un escenario para el sector y después de que pequeños, medianos y grandes inversores hayan realizado sus instalaciones”. También hay que tener en cuenta, ha destacado, que “esta modificación quebranta los principios de seguridad jurídica y confianza legítima que proclama el ordenamiento jurídico, mismos principios a los que se ha referido la Comisión Europea. A través de los Comisarios de Energía, Günther Oettinger, y la de Acción por el Clima, Connie Hedegaard⁶⁹, remitiendo una carta conjunta al ministro de Industria, Miguel Sebastián, en la que le expresan sus “reservas” por el recorte “retroactivo” de primas a la fotovoltaica y le recuerdan la obligación de los Estados de respetar el Derecho comunitario en aspectos como la seguridad jurídica y la protección de la confianza legítima.

V. EL DECRETO-LEY EN EL ÁMBITO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

La primera conclusión que ha de extraerse de las consideraciones anteriores es que el uso del Decreto-ley por el Gobierno deberá ser más moderado, si no se quiere caer, utilizando los términos empleados por Villar Palasí o Salas Hernández en una banalización o cotidianización en cuanto al uso del Decreto-ley. Y habría de serlo mucho más de lo que lo ha sido hasta la fecha, sobre todo teniendo en cuenta que muchos Estatutos de Autonomía han incluido en su articulado el Decreto-ley como fuente del Derecho de la respectiva Comunidad Autónoma.

⁶⁹ Vid. artículo del Economista. es, de 28 de abril de 2011.

En la misiva, a la que ha tenido acceso Europa Press, los Comisarios dicen haber recibido un “alto número” de comentarios en los que se expresa “preocupación” ante los últimos cambios normativos dentro del sector de la energía fotovoltaica en España.

En concreto, advierten de que “el carácter retroactivo” del Real Decreto-ley 14/2010 en el que se recorta el número de horas con derecho a prima a las plantas acogidas al Real Decreto 661/2007 “ha suscitado grave preocupación”. “Nos gustaría informarle de ello y expresarle nuestras reservas en relación con estas medidas”, señalan. “No discutimos que los ajustes de las tarifas o las reducciones de costes por la evolución técnica puedan justificarse o resultar necesarios”, pero “estamos convencidos de que esos ajustes deben hacerse pensando en el futuro y, por lo tanto, de manera previsible, en vez de tener un efecto retroactivo”, señalan Oettinger y Hedegaard. Los Comisarios recuerdan en la carta, remitida el 22 de febrero, “las consecuencias negativas para la confianza de los inversores de los cambios retroactivos de las condiciones económicas de un tipo de instalación renovable”, y que esta merma de confianza puede “extenderse” a otras instalaciones e incluso a otros países europeos. “Por consiguiente, le rogamos que no escatime esfuerzos por mantener una política energética estable y previsible y que sea cauto a la hora de estudiar medidas que afecten a inversiones anteriores”, señalan, antes de indicar que “los Estados miembros tienen que garantizar el respeto de los principios del Derecho de la UE, incluido los de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima”.

Hasta la reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (operada por la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril), ninguno de los diecisiete Estatutos de Autonomía de contenido político contemplaba la figura del Decreto-ley. En consecuencia, ninguna Comunidad Autónoma podía dictarlos, al menos teóricamente⁷⁰.

Con la incorporación del Decreto-ley al ordenamiento autonómico⁷¹ parece que se quisiera continuar con esa injustificada tendencia a emular al Estado en todo lo posible y crear, en vez de Comunidades Autónomas, «mini-estados» que replican y duplican el principal, toda vez que los problemas de orden nacional, por muchas transferencias de competencias que se hayan efectuado no pueden abordarse en las Comunidades autónomas de la misma forma.

Además, la aprobación de la Ley evitaría las preguntas, insoslayables por otra parte, de si, realmente, está justificado o no el Decreto-ley, de si alguna de sus previsiones afecta o no las materias en que le está prohibido entrar (por ejemplo, el recorte de las retribuciones básicas de los funcionarios públicos y empleados del sector público), y de si se han satisfecho o no todos sus requisitos de procedimiento y tiempo. Pero, sobre todo, evitaría la huida del Gobierno al necesario control previo, general e in extenso del Parlamento, como es la esencia del sistema democrático parlamentario; el abuso de una figura pensada para situaciones extraordinarias y no para un uso habitual (por ejemplo, en la Comunidad Autónoma de Andalucía, se llevan dictados en los primeros siete meses del año 2010 cinco Decretos-leyes por nueve leyes); la aparición de normas sorpresivas, en una gran parte referidas a cuestiones puntuales; la sensación negativa del «decretazo» en sus destinatarios, con el perjuicio que ello

⁷⁰ Sin embargo, en 1983, el Gobierno Vasco ya había acudido a la figura del Decreto-ley en cinco ocasiones, para hacer frente a las graves consecuencias derivadas de las lluvias torrenciales y las subsiguientes inundaciones que asolaron Euskadi). La habilitación al Gobierno Vasco provenía, no del Estatuto, sino de una ley del Parlamento Vasco, la 17/1983, de 8 de septiembre, que, de modo extraordinario y excepcional, y solo para un plazo máximo de cuatro meses desde la entrada en vigor de dicha ley, le autorizaba para dictar disposiciones legislativas provisionales, en forma de Decretos-leyes, para atender a las necesidades y compensar y reparar los daños (artículo 1). Ningún poder público planteó la posible inconstitucionalidad de estos Decretos-leyes del Gobierno Vasco por falta de cobertura estatutaria. No obstante, podía haberse dudado de su constitucionalidad por cuanto una figura de la trascendencia del Decreto-ley solo puede aprobarse si así lo ha previsto expresamente la norma suprema del ordenamiento jurídico de que se trate, esto es, bien la Constitución en el caso de la legislación del Estado, bien el Estatuto de Autonomía en el caso de la legislación autonómica.

⁷¹ La reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, en su artículo 44, faculta al Consell para, en casos de extraordinaria y urgente necesidad, dictar disposiciones legislativas provisionales, por medio de decretos-leyes, sometidos a debate y votación de Les Cortes, atendiendo a lo que preceptúa el artículo 86 de la Constitución, al que se remite.

Una regulación más precisa y correcta técnicamente se aprecia en el artículo 64 de la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio). Por su parte, la reforma del Estatuto de las Islas Baleares (Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero) contiene en su artículo 49 una regulación muy similar a la catalana. La reforma del Estatuto andaluz (Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo) también prevé el Decreto-ley en su artículo 110. Lo mismo hace la reforma del Estatuto de Aragón (Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril), en su artículo 44, y la reforma del Estatuto de Castilla y León (Ley Orgánica 14/2007 de 30 de noviembre, en su artículo 25.4. La reforma de la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (Ley Orgánica 7/2010, de 27 de octubre) también incluye el Decreto-ley en su artículo 21.

hace a la autoridad de los Gobiernos; el imposible control del Decreto-ley por los tribunales de justicia, obligados a elevar ante el Tribunal Constitucional sus dudas de adecuación de este, no a la Constitución, sino a una norma inferior, como es el Estatuto, etcétera.

Desde luego, vistos los problemas jurídicos que el empleo del Decreto-ley puede suscitar y las ventajas de la ley de urgencia por lectura única, no parece muy difícil la elección en aras de la seguridad jurídica que el Estado de Derecho debe asegurar y fortalecer. Y, ante la duda entre una y otra figura, cualquier jurista medianamente responsable, aconsejaría al Gobierno, como vía más segura para todos, la ley de urgencia. Sin embargo, basta observar la creciente tendencia de los gobiernos autonómicos a su utilización para darse cuenta de que los Decretos-leyes autonómicos son ya algo más que una mera posibilidad teórica en España. Son una realidad. Así, en 2007, hubo 4 decretos-leyes autonómicos frente a los 11 estatales; en 2008, aumentaron a 6, frente a los 9 estatales; en 2009, alcanzaron la cifra de 15, frente a los 12 estatales; y en 2010, ya superan, por ahora, los 18, frente a los 11 estatales en el mismo periodo.

Demasiados decretos leyes en un momento en el que la moderación y la prudencia aconsejan otra cosa.

Habría que concluir pues que los problemas denunciados por la doctrina no vendrían de la previsión constitucional, en sí misma correcta, sino del “uso” o “abuso” que se ha producido de ella en la práctica gubernamental y parlamentaria, mediante una relajación de todos los presupuestos señalados. Naturalmente el Gobierno debe ejercitar la facultad que le reconoce el artículo 86 de la Constitución, pero sin romper el equilibrio constitucional existente, sin tratar de devaluar o anular la función legislativa y de control que compete constitucionalmente al órgano parlamentario, lo cual conlleva la existencia de límites infranqueables, que como señala D. Ciolo, no pueden estar totalmente definidos en los textos constitucionales, pero cuyo control inicialmente corresponde al Parlamento y en último término al Tribunal Constitucional, que como hemos tenido oportunidad de comprobar, tiene la ocasión u ocasiones de pronunciarse al respecto.