

Voto particular que formula el Magistrado don Luis Ignacio Ortega Álvarez respecto de la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 3931-2013.

En ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y desde el máximo respeto a la opinión expresada por la mayoría del Pleno, formulo el presente Voto particular discrepante por las razones que expuse durante la deliberación, y que resumo seguidamente.

Disiento del criterio de la Sentencia en lo relativo a la concurrencia del presupuesto habilitante exigido por el art. 86.1 CE en el Real Decreto-ley 6/2013, de 22 de marzo, de protección a los titulares de determinados productos de ahorro e inversión y otras medidas de carácter financiero. Como tuve ocasión de manifestar durante la deliberación de esta Sentencia, entiendo que el art. 1 de dicha norma no supera dicha exigencia y es, por tanto, contrario a la Constitución.

Ante todo, y en relación específicamente con la falta de concurrencia del presupuesto habilitante exigido por el art. 86.1 CE me remito con carácter general al Voto particular formulado por el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré.

Pero, sin perjuicio de lo anterior, mi discrepancia alcanza también a un aspecto más concreto que creo que merecía una consideración distinta por parte de este Tribunal. Una de las quejas de los Diputados recurrentes se basaba en la consideración de que para la creación de la Comisión prevista en el art. 1 no era necesaria una norma con rango de ley, por lo que la aprobación del Decreto-ley resultaba innecesaria y desproporcionada ya que una norma de rango reglamentario hubiera sido suficiente para conseguir el mismo efecto que logra el Real Decreto ley.

Se planteaba así una cuestión a la que el Tribunal no ha dado, en mi opinión, una respuesta clara, pues no creo que puedan considerarse tales las manifestaciones de la STC 60/1986, de 20 de mayo, FJ 2, ni tampoco las de la STC 332/2005, de 15 de diciembre, FJ 7. En ambos casos se examina la cuestión desde la perspectiva de la elevación de rango normativo de una materia que con anterioridad estaba deslegalizada, pero presentaba indudables conexiones con la regulación legal preexistente. En la segunda de ellas, aprecia que “debe reconocerse un amplio margen a los criterios de oportunidad a la hora de decidir el

rango de las normas que disciplinan una actividad en los supuestos en que no entra en juego ninguna reserva de ley”, pero no sin antes señalar que “tal posibilidad puede constituir un indicio de la inexistencia de un supuesto de extraordinaria y urgente de necesidad”. Es más, en una de sus reflexiones, admite la constitucionalidad del art. 8.3 del Real Decreto-ley 7/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes en el sector de las telecomunicaciones, con el argumento de que ese precepto no congelaba el rango normativo, afirmando que “En el caso del art. 8, cabe tener en cuenta, en cambio, que se modifican material y también formalmente determinados incisos de los arts. 3 y 13 del Real Decreto 1987/1985. Pero a diferencia de los dos preceptos anteriores, en este caso no se produce una congelación del rango, puesto que el propio art. 8.3 del Real Decreto-ley vuelve a deslegalizar inmediatamente la materia al prever que ‘Reglamentariamente se podrá modificar lo dispuesto en el presente artículo’”.

Es decir, como la mera lectura de la STC 332/2005 pone de manifiesto, el Tribunal admite la posibilidad de regular por Decreto-ley lo que antes era materia reglamentaria pero, en lo que ahora importa, la somete a límites, como la existencia de razones de conexión sistemática y oportunidad, permitiendo que “se aproveche la aprobación de un Decreto-ley de carácter liberalizador para reformar aspectos reglamentarios que teóricamente tienen esta misma intención”.

No creo que esa conexión, en términos de exigencia de sistematicidad, exista aquí pues el Gobierno ha creado *ex novo* un órgano, la denominada Comisión de seguimiento de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada, a la que atribuye determinadas funciones de informe, seguimiento y propuesta, en ningún caso ejecutivas, en relación con la situación en la que se encontraban los tenedores de las denominadas participaciones preferentes. Funciones de las que, por lo demás, la Sentencia de la que discrepo da cuenta con gran profusión descriptiva, exponiendo argumentos que, en todo caso, hubieran debido ser aportados por el autor de la norma y no por su juzgador.

Por el contrario, en nuestra tarea de examinar si ese objetivo justificaba el recurso a la legislación de urgencia, creo que era necesario partir, como afirmación de principio, de que el ámbito de regulación del Decreto-ley ha de ser el propio de la Ley, bien por tratarse de materias a ella reservadas o bien por serlo al haber sido regulada ya la cuestión en norma de ese rango. En suma, allí donde existe una Ley para regular una materia es posible la intervención del legislador de urgencia, con respeto a los límites que derivan del art. 86.1 CE,

pues tal precepto constitucional habilita que, con los requisitos en él previstos las decisiones del Gobierno desplacen lo dispuesto en las leyes. Es evidente que el hecho de que la potestad legislativa resida en las Cortes Generales no impide que el Gobierno esté constitucionalmente habilitado para dictar normas con rango de Ley, pero tal posibilidad ha de tener presente que, en nuestro sistema, la inexistencia de espacios exentos a una posible regulación legal se predica del Parlamento y no creo que deba ser entendida en el sentido de aumentar acriticamente el campo de actuación del Gobierno en el uso de un instrumento normativo que, por su propia naturaleza, debería ser excepcional. No cabe en principio recurrir a esta forma normativa para regular materia que puede ser disciplinada por reglamento, que es la vía ordinaria del Gobierno para aprobar normas. El Decreto-ley puede ser necesario para modificar una materia regulada por Ley pero lo es menos en materias que tienen un mero nivel reglamentario, ya que la innovación normativa puede hacerse mediante reglamentos.

La idea de que únicamente es admisible la adopción de un Decreto-ley si es inaplazable modificar una materia regulada mediante Ley en un tiempo inferior al necesario para la aprobación de una Ley formal por las Cortes Generales está, a mi juicio, sólidamente asentada en la doctrina del Tribunal. Como acertadamente indica la STC 237/2012, de 13 de diciembre, FJ 4, con cita de la STC 137/2011, de 14 de septiembre, FJ 4, “...no conviene olvidar que la Constitución reconoce a las Cortes Generales como ‘las depositarias de la potestad legislativa en su ejercicio ordinario’, ya que son ellas las que representan al pueblo español (art. 66.1 CE). El Gobierno ejerce la iniciativa legislativa, de conformidad con el art. 87.1 CE, por lo que la potestad que ostenta para dictar Reales Decretos-leyes, en virtud del art. 86.1 CE, se configura ‘como una excepción al procedimiento ordinario de elaboración de las leyes y en consecuencia está sometida en cuanto a su ejercicio a la necesaria concurrencia de determinados requisitos que lo legitiman’ (STC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 1; doctrina que reitera la STC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 3).”

De hecho, nuestra doctrina proporciona numerosos ejemplos de lo que expongo. Así, la STC 29/1982, de 31 de mayo, caracteriza al Decreto-ley como “una excepción al procedimiento ordinario de elaboración de las leyes” (FJ 1). En el mismo sentido la STC 111/1983, de 2 de diciembre, se señala (FJ 4) que en el artículo 86.1 CE “se admite y regula la figura del Decreto-ley dentro del marco parlamentario y como instrumento equivalente en cuanto a su fuerza a la Ley, y utilizable cuando una necesidad calificada por las notas de lo “extraordinario” y lo “urgente” reclama una acción normativa que, por lo ordinario, compete

al legislador, pero que precisamente por esa necesidad, que no puede ser atendida por una acción normativa emanada de las Cortes Generales, se autoriza al Gobierno, con un carácter de provisionalidad hasta tanto obtiene la convalidación y, en su caso, la conversión en Ley, que dicen sucesivamente los apartados 2 y 3 del indicado artículo 86”. La STC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 3, considera que el Decreto-ley “supone la sustitución del Parlamento por el Gobierno, constituye una excepción al procedimiento legislativo ordinario y a la participación de las minorías que éste dispensa”. En fin, entre las más recientes, la STC 183/2014, de 6 de noviembre, FJ 4, señala que el fin de la norma de urgencia “no es otro que subvenir a ‘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.’ (SSTC 31/2011, de 17 de marzo, FJ 4; 137/2011, de 14 de septiembre, FJ 6; y 100/2012, de 8 de mayo, FJ 8)”. En parecidos términos se pronuncia la STC 96/2014, de 12 de junio, FJ 5.

Soy consciente, pese a todo, de los límites que en todo momento han presidido la interpretación del art. 86.1 CE por parte de este Tribunal y que han hecho del nuestro un control externo que debe reconocer el peso que en la apreciación del supuesto de hecho habilitante de los Reales Decretos-leyes debe concederse al juicio puramente político (por todas, SSTC 29/1982, de 21 de mayo, FJ 3, y 189/2005, de 7 de julio, FJ 3). Estos límites deben presidir nuestro control jurídico centrado en el análisis de la motivación aportada por el Gobierno a la hora de reaccionar ante una situación que se entiende calificada por las notas de urgencia y extraordinaria necesidad, rechazando la definición que los órganos políticos hagan de una determinada situación únicamente en el caso que se trate de un uso abusivo o arbitrario de dicha facultad. El empleo de esta intensidad de control implica resolver sobre la previa decisión política que supone el recurso al Decreto-ley atendiendo a criterios estrictamente jurídico-constitucionales, cimentados sobre la necesidad de determinar si se han respetado o no los requisitos exigidos en la Constitución para que el Gobierno pueda ejercitar la potestad normativa excepcional de dictar Decretos-Leyes. Para ello tomamos en consideración, especialmente, dos elementos, el control de los hechos de los que se ha inferido el presupuesto habilitante de la extraordinaria urgencia, así como la motivación o justificación de la necesidad de la concreta medida adoptada, directamente relacionada con la forma de responder a esos hechos que se califican de extraordinaria urgencia.

Con tales parámetros de control, no cabe cuestionar que el Decreto-ley sea una figura

normalmente integrada en el sistema de fuentes del Derecho en la medida en que cuenta con reconocimiento constitucional expreso, pero, puesto que supone una excepción a la regla general del procedimiento legislativo ordinario, no puede presentarse como un recurso cuasi habitual de intervención normativa en manos del Ejecutivo. El Decreto-ley es una norma dotada con fuerza y valor de Ley pero no es equivalente a una Ley formal del Parlamento, sino solamente, y no es poco, un producto del ejercicio de la potestad normativa extraordinaria que al Gobierno le reconoce la Constitución y sólo en los limitados términos allí previstos. En consecuencia, y *sensu contrario*, si el Gobierno puede atender la situación de urgencia con el ejercicio de las facultades normativas que le son propias, esto es, ejerciendo la potestad reglamentaria, no es constitucionalmente lícito que se sirva de facultades excepcionales que habilitan para dictar normas que valen como leyes únicamente en la medida estrictamente necesaria y determinada por la concurrencia de la situación de urgencia que constituye su presupuesto. Está en juego, nada más y nada menos, que la conveniencia de no alterar el orden constitucional normal de elaboración de las normas, impidiendo tanto que se soslaye el procedimiento ordinario de elaboración de las Leyes a través de una utilización abusiva del Decreto-ley, como que se utilice el privilegio de la Ley en ámbitos materiales en los que ese uso no ha sido decidido por el propio legislador. De ahí la importancia de que esa potestad normativa excepcional que el Gobierno ostenta no se vea sometida a límites tan tenues que posibilitem su intervención en cualquier situación. A diferencia del legislador ordinario, el Gobierno no puede regular por Decreto-ley cualquier materia y en cualquier circunstancia.

A mi entender, la consecuencia de lo anterior no puede ser otra que considerar que si a la urgencia acreditada de la adopción de una norma se provee suficientemente con la emanación de un Real Decreto, es decir, si el Gobierno puede subvenir a la situación de urgencia con el ejercicio de sus facultades normativas propias, las de regulación reglamentaria, no es constitucionalmente lícito que se sirva de facultades de las que sólo debe disponer cuando la intervención normativa necesaria lo es sobre un terreno ocupado por el legislador. Máxime cuando, como en el caso, no había quedado acreditado que el Gobierno no hubiera podido conseguir el mismo objetivo actuando a través de sus potestades ordinarias y en uso de uno de sus instrumentos típicos, como el reglamento. No es descartable, a priori, que un Decreto-ley pueda regular materias previamente ordenadas mediante normas de rango reglamentario, pero creo que, en ese caso, es preciso que el Gobierno sea particularmente cuidadoso con la justificación de la concurrencia del presupuesto habilitante, en la medida en

que resulta evidente que los reglamentos pueden ser, llegado el caso, normas de elaboración muy ágil.

Por esa razón no entiendo por qué aquí es posible, en términos constitucionales, acudir a la vía del tratamiento de esta cuestión en el Decreto-ley, puesto que, entre otras razones, en este caso no se puede inferir la extraordinaria urgencia y necesidad como causa para impedir el ejercicio de la potestad reglamentaria en la respuesta a la situación planteada. Nota esta última de la necesidad de la regulación que en nuestra Constitución aparece reforzada con los caracteres de extraordinaria y urgente. Atendiendo a las circunstancias que examinábamos en la Sentencia, considero que no ha quedado acreditado que la urgencia de la situación que se trata de atender pudiera hacer ineficaz el ejercicio de la potestad reglamentaria, impidiendo la emanación de una norma de tal rango y exigiendo, por el contrario, la existencia de una norma de rango legal.

Por eso, la argumentación de la Sentencia, centrada en la inexistencia de una reserva reglamentaria, es irrelevante a estos efectos, pues no se trata de la Ley ni del legislador que son quienes no tienen más límite respecto a lo que deciden regular que el respeto a la Constitución, sino de una norma excepcional, que no es Ley, sino que se le equipara, y que es adoptada por quien no es el titular ordinario de la potestad legislativa, sino de la reglamentaria. En un caso como éste, resultaba preciso exigir al Gobierno, y no a la Sentencia, que hubiera siquiera explicitado las razones por las que ha acudido al rango legal para regular una cuestión que hubiera podido abordar en sede reglamentaria. Esto es, la exigencia de la urgente necesidad debería haber llevado a exigir al Gobierno que probase que la tramitación de un reglamento no permitía resolver dicha situación de urgencia, pues la prudencia que en estos casos ha de guiar el enjuiciamiento de este Tribunal no debe ser confundida con deferencia hacia el Ejecutivo. De hecho, nada se explica en las argumentaciones del Gobierno acerca de la necesidad, o simple conveniencia, de adoptar un instrumento normativo con rango de ley para la regulación de un órgano administrativo. Antes al contrario, la sustitución de la potestad reglamentaria por la legislación de urgencia y la consiguiente ocupación por el Decreto-ley del espacio del reglamento afecta a valores protegidos constitucionalmente como la audiencia de los ciudadanos en la elaboración de disposiciones de carácter general (arts. 23 y 105 a) CE) o el control jurisdiccional de la actuación administrativa, con los evidentes perjuicios que de ello pueden derivar para la defensa de los derechos de los particulares ante la jurisdicción contencioso-administrativa (arts. 24 y 106 CE). A mi juicio, solo si se

demuestra que el Decreto-ley es un instrumento más idóneo que un simple Real Decreto desde el punto de vista de la urgencia reguladora, o se manifiesta motivadamente la intención de elevar el rango legal de la materia objeto de regulación el Decreto-ley cumpliría los requisitos de idoneidad exigibles por la Constitución a esta forma extraordinaria de legislar.

En definitiva, la construcción de la Sentencia, al no cuestionar la existencia de una situación de urgencia como la que constitucionalmente requiere el uso de la potestad prevista en el art. 86 CE, viene a dejar al arbitrio del Gobierno, sin límite alguno, la decisión de regular con valor de ley una materia que admite la disciplina reglamentaria. De hecho, lo que ha quedado acreditado en este supuesto es que al Gobierno le parecía conveniente regular esta cuestión por Decreto-ley, pero no que fuera necesario hacerlo. Como puede advertirse, con esta forma de razonar, que la Sentencia convalida, la distinción entre lo necesario, que es lo exigible en términos del art. 86.1 CE, y lo simplemente conveniente, deviene en irrelevante.

En suma, por las razones que acabo de exponer, estimo que difícilmente podía predicarse del art. 1 del Real Decreto-ley 6/2013 la justificación de la extraordinaria y urgente necesidad, con lo que hubiera sido preciso concluir que, en ejercicio de la competencia que al Tribunal Constitucional compete para controlar el uso abusivo del Decreto-ley, dicho precepto no superaba el canon de verificación de la regularidad constitucional de la cláusula de la “extraordinaria y urgente necesidad”, por lo que debió ser declarada su inconstitucionalidad y consiguiente nulidad.

Y en tal sentido emito mi voto particular.

Madrid, a 5 de febrero de 2015.