

LA REVISIÓN JUDICIAL DEL CONCEPTO “EXTRAORDINARIA Y URGENTE NECESIDAD” EN UNA RECIENTE SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: UN HITO JURISPRUDENCIAL

Por Beltrán Gambier

Abogado. Presidente del Comité de Derecho Administrativo de la Federación Interamericana de Abogados

1. Introducción

La flamante sentencia del Tribunal Constitucional, de 28 de marzo de 2007, trata sobre los recursos de inconstitucionalidad interpuestos, respectivamente, por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía y por un grupo de Diputados de los Grupos Parlamentarios Socialista, Federal de Izquierda Unida y Mixto del Congreso de los Diputados, contra el 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.

La cuestión de mayor trascendencia que se debate en el pleito, que tiene que ver con el principio de separación de poderes, es el cuestionamiento que hacen las partes recurrentes de ese cuerpo normativo por no presentarse los presupuestos constitucionales exigidos por el artículo 86.1 de la Constitución española. Consideran, así, que no existía una situación de “extraordinaria y urgente necesidad” justificante de ese excepcional tipo de normas.

Cabe recordar que se trata de un conjunto de normas dictadas luego del fracaso de las conversaciones que se mantenían entre las organizaciones sindicales y empresariales y el Gobierno. Las primeras convocaron a una huelga que finalmente tuvo lugar justificada en que el real decreto ley traía aparejado un abaratamiento del despido y una reducción de ciertas prestaciones vinculadas con el desempleo.

Ese mismo año, el Real Decreto-ley fue derogado por la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, dictada en el marco del procedimiento previsto en el art. 86.3 de la Constitución española la cual, haciéndose cargo de las críticas, reguló de un modo

diferente las cuestiones que motivaran el reproche sindical y que planteaban dudas sobre su constitucionalidad.

Pese a la pérdida de vigencia de las normas cuestionadas, el pleito siguió adelante y el Tribunal Constitucional soslayó, naturalmente, el tratamiento particular de las cuestiones que se habían tornado abstractas, ciñendo su análisis a la cuestión relativa a la pretendida inconstitucionalidad del Real Decreto-ley 5/2002, en su conjunto, planteada por los recurrentes por vulneración del art. 86.1 de la Constitución española.

2. El análisis de la sentencia

Como es tradicional en la metodología del Tribunal Constitucional, la sentencia comienza por recordar la doctrina establecida en la materia -sintetizada en las sentencias 189/2005, de 7 de julio (FJ 3) y 329/2005, de 15 de diciembre (FJ 5)- que permitirá la valoración de la concurrencia de las alegadas circunstancias de extraordinaria y urgente, para justificar el uso de la facultad legislativa excepcional en cuestión. Así, se recuerdan una serie de pronunciamientos en los que, tratándose de medidas económicas dictadas en el marco de lo que el propio tribunal llama "coyunturas económicas problemáticas", se consideró justificada la emisión de Decretos-leyes.

En esta oportunidad en cambio, y por primera vez, la normativa de excepción no superó el control constitucional. Estamos, pues, ante un hito jurisprudencial.

Siguiendo precedentes anteriores se parte de la consideración del amplio margen de discrecionalidad política en la apreciación de la extraordinaria y urgente necesidad y a la necesidad de que el control constitucional verifique, pero no sustituya, el juicio político o de oportunidad que corresponde al Gobierno. Se trata de un concepto que opera como un límite jurídico a la actuación estatal. La jurisprudencia constitucional citada reitera que el control judicial tiende a evitar un uso abusivo o arbitrario de esta técnica legislativa.

Esta sentencia, como sus precedentes, no alude expresamente a la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados que sí ha sido empleada en otros fallos; sin embargo subyace en el análisis la perspectiva que ésta ofrece y que, en cuanto a su contenido, es ya clásica en la doctrina española. Empero, la utilización

terminológica que en el fallo se hace de los conceptos de "discrecionalidad política" y de "juicio de oportunidad" no debe asimilarse, estrictamente, a los conceptos similares que se emplean en el campo de derecho administrativo.

Me explico. Desde una perspectiva doctrinal ya tradicional en España, cuando se utilizan conceptos jurídicos indeterminados, la discrecionalidad y su control, como técnica jurídica, cede su lugar a la categoría de la actividad reglada, como técnica de actuación distinta del órgano administrativo, la que permite el pleno control judicial a diferencia de la actividad discrecional, que sólo lo habilita en caso de arbitrariedad. Ciertamente es que, dependiendo del particular concepto jurídico indeterminado que se utilice y del tipo de obrar administrativo de que se trate, el intérprete tendrá cierta flexibilidad a la hora de calificar y precisar los hechos que habrán de integrar el juicio de la administración. Así, por ejemplo, en un procedimiento licitatorio a la hora de elegir la "oferta más conveniente", un pliego de condiciones puede dejar aspectos librados a la valoración de la administración, la que podrá ser realizada con cierto margen de libertad en la apreciación, aunque se trate de actividad reglada. Del mismo modo, cuando se trata del control de la actividad reglada o discrecional, el juicio de oportunidad resulta improcedente porque, en principio, los jueces no revisan el criterio de oportunidad que se emplea cuando se dicta un acto administrativo.

Formulada la precedente aclaración, entiendo que así como las leyes utilizan frecuentemente conceptos jurídicos indeterminados para que sean empleados por el órgano administrativo, aquí la Constitución española hizo lo mismo. Dejó en manos del Gobierno la labor de identificar aquellos supuestos en los cuales se presenta una "extraordinaria y urgente necesidad". Pero para hacerlo tiene que justificar adecuadamente las singulares razones que se presentan y, además, expresarlas en los fundamentos de la medida. La lógica a seguir en el análisis para determinar si se configuró el supuesto justificante es la misma, a mi modo de ver, que la utilizada para determinar la legalidad de un acto administrativo.

La Constitución española no estableció, al regular los Decretos-leyes, una categoría especial de actos que enerve el ejercicio de la revisión judicial. De allí que la labor del órgano jurisdiccional no tiene, en este caso, ninguna pauta concreta que diferencie esta labor de control de otras. Ciertamente es que el propio Tribunal Constitucional fue construyendo una doctrina sobre el alcance de

este control, pero es solo doctrina y, como tal y sin abrir juicio de valor sobre ella, variable.

Lo que verdaderamente importa, es que para dictar un Decreto-ley tienen que ser ciertos los hechos y antecedentes que se invocan y, además, éstos deben exhibirse en la motivación del acto; por lo demás, el acto no debe tener una finalidad distinta a la exhibida. Siguiendo esta misma línea, el objeto del acto, es decir, lo que éste decide, debe ser conforme a derecho. Y será contrario a derecho el acto que carezca del presupuesto básico que le da sustento. En el caso que analizamos, por tanto, ese presupuesto es la verdadera y probada existencia de “extraordinaria y urgente necesidad”.

Como no podía ser de otra manera, el Abogado del Estado argumentó que el Gobierno tenía, en esta materia, un muy amplio margen de apreciación de la situación de necesidad y de sus particulares notas de urgente y extraordinaria. Ese margen sólo resultaba limitado, desde la posición defensiva –que en esto se basa en la ya citada doctrina del Tribunal Constitucional-, por el abuso o la arbitrariedad manifiesta, sin que se pueda entrar a analizar el acierto o desacierto, incluso demostrable, de la medida. Desde esta perspectiva, el abogado estatal consideró que en el caso no podía negarse la concurrencia del presupuesto habilitante. En esta línea de interpretación, se sostiene además que no correspondía realizar un control de proporcionalidad abarcativo de más elementos y reviste mayor intensidad y penetración.

Pues bien, veremos seguidamente cómo el Tribunal Constitucional lleva adelante un análisis que luce, por cierto, diferente a los que se aprecian en los precedentes jurisprudenciales citados. Una línea jurisprudencial que se asemeja a la forjada por la Corte Constitucional de Italia que sólo anula en caso de “evidente falta” de las razones de urgencia y necesidad (Sentencia CCI 6/2004 –con cita de otros precedentes- en la que se trataba de medidas urgentes para garantizar la seguridad del sistema eléctrico nacional). Menciono, a modo de ejemplo, la convalidación de un Decreto-ley, modificador de normas de procedimiento administrativo, que tenía como objetivo la flexibilización del marco institucional en que operaba el sistema productivo (Sentencia 23/1993, de 21 de enero). Se argumentará, desde otra perspectiva, en el caso que ahora nos ocupa, que el Gobierno fue menos sólido que en otros casos a la hora de fundar la medida; pero también se podrá decir que el Gobierno siguió unos parámetros jurisprudenciales que recién ahora se cambian.

Entrando ya en materia, el Tribunal Constitucional estima que la definición expresa de la extraordinaria y urgente necesidad debe buscarse en el propio Real Decreto-ley y deducirse de una pluralidad de elementos, lo que exige una valoración conjunta de todos aquellos factores que determinaron al Gobierno a dictar la disposición legal excepcional.

La misma valoración contextual correspondería hacer, como señalé antes, si indagáramos, por ejemplo, la legalidad de una contratación administrativa directa fundada en razones de urgencia. En este sentido, puntualiza el sentenciante, que estos elementos figuran en el Preámbulo de la norma, a lo largo del debate parlamentario de convalidación, y en el propio expediente de elaboración de la misma. Esto permitirá comprobar si los motivos fueron explicitados de una forma razonada y si se presenta la necesaria conexión entre la situación de urgencia definida y la medida concreta adoptada para subvenir a la misma.

Así, analizados los fundamentos del texto legal disponibles, en la sentencia se juzga que la “extraordinaria y urgente necesidad” vendría determinada -en la lógica gubernamental-, por un lado, en la cambiante situación de la economía internacional y en la necesidad de incidir en una situación de paro todavía elevada y, por otro, en: (a) la necesidad de no desaprovechar las nuevas oportunidades de empleo, más variadas que las que se presentaban en etapas anteriores, (b) el propósito de evitar comportamientos que impidan o dificulten alcanzar los objetivos previstos en la norma, y (c) el objetivo de justicia social de facilitar el acceso a los desprotegidos. Se trataba de medidas que, desde la óptica oficial, tendían a favorecer la reinserción de los desempleados en el mercado de trabajo, mejorando su funcionamiento y la conexión entre políticas pasivas de protección y políticas activas de empleo.

Si bien la motivación gubernamental podría lucir, a primera vista, como justificante, ésta no resistirá, como veremos, la minuciosa disección conceptual del sentenciante. Observaremos, como bien lo señaló la Junta de Andalucía en su recurso, que podía admitirse la existencia de la “necesidad” requerida, pero que en modo alguno podía apreciarse el carácter “extraordinario” y “urgente” de la misma. Así, el juzgador distingue las razones relacionadas con la realidad de la situación social y económica sobre la que la norma trata de incidir, de las que tendrían un carácter más bien “instrumental” en relación con la norma misma. Para hacerlo

profundiza en el debate parlamentario correspondiente al trámite de convalidación del Real Decreto-ley.

Pues bien, la sentencia comienza por estimar que no pueden justificar la "extraordinaria y urgente necesidad" las que el Gobierno denomina "razones de justicia social", definidas por la conveniencia de que el acceso a la protección de colectivos hasta ahora desprotegidos se realice de manera inmediata. Y ello así porque "el 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". Bien señalaban los diputados recurrentes, en este sentido, que los objetivos que la exposición de motivos de la norma dice perseguir, no pueden conectarse con genéricas e imprecisas "razones de justicia social".

En otros términos, el noble fin invocado por el Gobierno no justifica para el sentenciante el empleo de una herramienta excepcional. Si así fuera, el empleo del procedimiento legislativo ordinario, podría soslayarse, como también se advierte en el pronunciamiento, muchas otras veces.

El juzgador va todavía más allá al considerar que la anticipación de los efectos beneficiosos de una medida de ampliación de la cobertura del sistema de protección social, puede lograrse a través del procedimiento legislativo ordinario, mediante el recurso a técnicas de ordenación intertemporal de la norma. De allí que, se estima, en el caso, que no está justificada la "extraordinaria y urgente necesidad" para lograr el beneficio en el colectivo destinatario de la medida.

La sentencia tampoco aprecia que se configure la nota de imprevisibilidad, exigible -con precisas matizaciones que se explicitan en el fallo- para justificar la normativa excepcional, en la incorporación al sistema contributivo de protección por desempleo de un colectivo como el de los trabajadores eventuales agrarios, que había permanecido excluido del mismo desde la creación del sistema de protección. Llegados a este punto el juzgador considera que no se encuentra en el Preámbulo de la norma "...ninguna consideración que indique que la incorporación de este colectivo al ámbito de la protección contributiva por desempleo trate de dar respuesta a una situación de naturaleza

excepcional o constituya una necesidad urgente, hasta el punto de que su efectividad no pueda demorarse durante el tiempo necesario para permitir su tramitación por el procedimiento legislativo ordinario sin hacer quebrar la efectividad de la acción requerida, bien por el tiempo a invertir o por la necesidad de inmediatividad de la medida (STC 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 6)". El Tribunal Constitucional desarma así el andamiaje argumental que funda la medida cuestionada poniendo el énfasis ahora en la inexistencia de una circunstancia habilitante como sería, con determinadas matizaciones, la imprevisibilidad de la situación que se desea solucionar.

Desde mi punto de vista, cuando el constituyente utiliza la expresión "extraordinaria necesidad y urgencia" tuvo en cuenta el acaecimiento de hechos que, por su propia naturaleza excepcional y súbita, exigieren respuesta inmediata del Gobierno, distintos a los hechos que se insertan en el marco de una problemática estructural subsanable por el camino de la legislación ordinaria. Sobre el carácter estructural de la problemática, la sentencia seguirá abundando como ya veremos.

Al tratar el argumento, también instrumental, de la necesidad de "evitar comportamientos que impidan o dificulten alcanzar los objetivos" previstos en la misma, el Tribunal Constitucional es categórico al considerar que no resulta fácil encontrar en la norma en cuestión "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". El sentenciante critica la falta de información sobre cuál podría ser el colectivo de afectados cuya conducta podría poner en peligro los objetivos de la reforma. El propósito gubernamental que se refuta en la sentencia parecía enderezarse a que con la súbita aparición de la norma impugnada podrían conjurarse riesgos que, en rigor, no se explican. Sobre esta cuestión los diputados recurrentes consideraron que esta materia había sido regulada sobre la base de una inadmisibles "...presunción genérica de uso abusivo o antisocial de los derechos por sus destinatarios, a quienes se atribuyen potenciales comportamientos tendentes a evitar la aplicación de la norma, invirtiéndose la presunción de que los derechos se ejercen regularmente por los ciudadanos". El Tribunal Constitucional indaga a fondo el objetivo de la normativa entendiendo que lo que se perseguía era congelar en sus beneficiarios actuales el colectivo de desempleados protegido por el sistema del "subsidio agrario", canalizando las futuras incorporaciones hacia el nuevo sistema

contributivo que se crea en el propio Real Decreto-ley. Esto no conforma al juzgador dado que "...esta singular configuración de la medida no permite tampoco percibir con claridad cuáles pudieran ser los comportamientos de sus destinatarios `que impidan o dificulten alcanzar los objetivos previstos en la norma', ni, en todo caso, justifica por sí misma el recurso a la legislación de urgencia". Y profundiza en las razones que avalan la no aceptación de la justificación gubernamental en tanto no se aprecian comportamientos dirigidos a impedir o dificultar los objetivos de la reforma. Concluye el análisis de esta cuestión, por fin, considerando que "...parece claro que el procedimiento legislativo utilizado no perseguía sino la inmediatez de la medida en lo relativo a la "congelación" del colectivo de beneficiarios del subsidio agrario. Pero, no apreciándose las alegadas razones relacionadas con eventuales actuaciones o comportamientos que pudieran impedir u obstaculizar el cumplimiento de los objetivos perseguidos, este deseo de inmediatez no constituye en sí mismo una razón en términos de justificación constitucional, sino que habrá de fundamentarse en motivos de extraordinaria y urgente necesidad respecto de los cuales ninguna consideración específica podemos hallar ni en el Preámbulo del Real Decreto-ley ni en el debate parlamentario de su convalidación".

En lo que se refiere al argumento de que la situación económica y social pudo operar como justificante de la normativa excepcional, el sentenciante considera que se presenta una extrema ambigüedad en buena parte de las expresiones utilizadas para caracterizar la situación considerada. Así, se critica la utilización de "fórmulas rituales de una marcada abstracción" que hacen prácticamente imposible el control constitucional. El sentenciante critica la falta de pistas que permitan "...concretar a qué cambios económicos se está haciendo referencia y cuál sea su incidencia en la situación de extraordinaria y urgente necesidad a la que la norma dice dar respuesta". Abunda la sentencia en alusiones a las ausencias de información tales como las referidas a las nuevas oportunidades más variadas –que se invocan- o a las referidas a la inexistencia de determinación de las épocas con las que deba establecerse la comparación propuesta. Se critica, también, la falta de precisión sobre la exigencia legislativa que la constatación de éstas situaciones comporte. Sobre esta cuestión puntal los diputados recurrentes consideraron que la aparición de "nuevas oportunidades" en materia de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad no puede calificarse de acontecimiento extraordinario.

Para ilustrar aún más sobre la inexistencia de circunstancias justificantes de la legislación excepcional, el sentenciante recurre a los propios dichos del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, quien en el debate parlamentario de convalidación describió una coyuntura económica, social y de empleo de una naturaleza tal que en modo alguno daría sustento a las notas de gravedad y excepcionalidad.

La sentencia va al corazón del problema al considerar que la necesidad de adaptación de estas normas laborales 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".

Analizada la cuestión desde la clave política, que permite siempre una contextualización de la misma, el Tribunal Constitucional alude al argumento de los diputados recurrentes en el sentido de que la reforma no estuvo en realidad basada en razones de extraordinaria y urgente necesidad, ya que bien podría haberse cumplido el calendario previsto mediante la tramitación parlamentaria de la reforma, sino que constituyó una respuesta al fracaso del proceso de diálogo social que estaba en marcha y a la convocatoria de la huelga. Se valora en la sentencia la importancia de la participación de las organizaciones sindicales y empresariales en el procedimiento de elaboración de normas que puedan afectar a los intereses económicos y sociales.

Todo lo expuesto lleva al sentenciante a concluir que "... en el caso de la norma que ahora se analiza el Gobierno no ha aportado ninguna justificación que permita apreciar la existencia de la situación habilitante requerida por el art. 86.1 CE. Los argumentos que al respecto se utilizan en el Preámbulo del Real Decreto-ley no sólo resultan marcadamente teóricos y abstractos, impidiendo con ello todo control de contraste con la realidad, sino que, en buena medida, han sido matizados –cuando no neutralizados- por la propia percepción de la realidad transmitida por el Gobierno en el debate parlamentario de convalidación. Y, en todo caso, en ningún momento se ha justificado cuáles serían los perjuicios u obstáculos que, para la consecución de los objetivos perseguidos, se seguirían de su tramitación por el procedimiento legislativo parlamentario, en su caso por el trámite de urgencia".

Es oportuno remarcar para comprender el alcance de esta nueva doctrina y su trascendencia para el futuro, que el Tribunal Constitucional consideró, en su labor de revisión, entre otras cosas: (a) la configuración de conceptos jurídicos indeterminados tales como las "razones de justicia social", (b) el alcance de los conceptos de "imprevisibilidad" y de "inmediatividad", (c) la aptitud de las normas excepcionales para producir ciertos efectos jurídicos, (d) la falta de información sobre ciertos y eventuales efectos que estas normas podrían generar, (e) la no apreciación de razones relacionadas con eventuales actuaciones o comportamientos que pudieran comprometer cumplimiento de los objetivos de la norma, (f) la extrema ambigüedad en buena parte de las expresiones utilizadas para caracterizar la situación de urgencia considerada, (g) la ausencia de elementos que permitan comprender a qué cambios económicos se alude de los que se predica que beneficiarían la implementación de las medidas propiciadas, y, finalmente, (h) la necesidad de distinguir la situación coyuntural de la estructural.

3. Conclusiones

La sentencia comentada es un hito en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional porque es la primera vez que se declara la inconstitucionalidad de un Decreto-ley por no presentarse la situación de "extraordinaria necesidad y urgencia" habilitante, requerida por el art. 86.1 de la Constitución española.

Lo decidido, que tiene que ver con el modelo constitucional de distribución de poderes, no supone, a mi modo de ver, negar el tantas veces invocado margen de discrecionalidad política del Gobierno el cual mantiene el pleno ejercicio de su juicio político o de oportunidad en su labor de gobierno. Pero creo que no hay discrecionalidad política ni juicio de oportunidad que permita soslayar el claro límite que, al respecto, la Constitución española establece al habilitar la excepcional vía de los Decretos-leyes.

No es menor el dato de que el decisorio comentado afectó a una medida de gobierno dictada por un gobierno de otro signo político que ya no está en el poder. El análisis del decisorio que he repasado luce más exigente que el contenido en las sentencias precedentes donde se aborda la misma cuestión. El decisorio deja bien en claro que una cosa es la "necesidad" y otra el carácter "extraordinario y urgente" de la misma.

Con la mirada en el futuro, será interesante ver qué sucede si el Tribunal Constitucional tiene que juzgar una medida excepcional de esta especial naturaleza del Gobierno actual. Así, la sentencia es una señal que se tendrá que tener en cuenta a la hora de emitir otros Decretos-leyes. Me pregunto, en este sentido, qué pasaría si aplicáramos el rigor de esta sentencia al Decreto-ley 4/2006, de 24 de febrero, por el que se modificaron las funciones de la Comisión Nacional de Energía. A través del mismo, y ya en el marco del proceso de la Oferta Pública de Acciones lanzada por Gas Natural sobre las acciones de Endesa, se corrigieron lo que el Gobierno juzgó como insuficiencias del marco jurídico eléctrico, bajo la consideración de que se presentaba una situación de extrema y urgente necesidad que exigía establecer sin dilación las características de la nueva regulación, de manera que –se expresa en los fundamentos de la medida- los agentes económicos dispusieran de unas perspectivas claras sobre el marco jurídico en el que habrían de ejercitar sus opciones empresariales o financieras.

Señalo, finalmente, que es posible que esta sentencia abra el camino a reclamos patrimoniales contra el Estado en tanto podría considerarse configurado un supuesto de responsabilidad estatal por aquellos que sufrieron perjuicios durante la vigencia de la norma reputada inconstitucional. En este sentido, podrían reclamarse los salarios que se hubieran devengado durante la tramitación de juicios por despidos improcedentes cuyo reconocimiento fue suprimido por el cuestionado Decreto-ley.