

Voto particular que formulan los Magistrados doña Adela Asua Batarrita, don Luis Ignacio Ortega Álvarez, doña Encarnación Roca Trías, don Fernando Valdés Dal-Ré y don Juan Antonio Xiol Ríos respecto a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 557-2013

En ejercicio de la facultad que nos 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, disintimos de su criterio en lo relativo a los arts. 11.6, 16, 25.2 y 26.1 y a las disposiciones adicionales segunda y tercera.2 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (en adelante, LOEP). Como tuvimos ocasión de manifestar durante la deliberación de esta sentencia, entendemos que dichos preceptos son contrarios a la Constitución, por las razones que exponemos a continuación.

1. En palmaria contradicción con la consolidada doctrina constitucional sobre el significado y el alcance de la reserva de ley orgánica, esta sentencia, por primera vez, acepta la remisión en blanco, o la nuda deslegalización, como técnicas constitucionalmente admisibles en el ámbito de dicha reserva. La ley orgánica es el tipo normativo “jerárquicamente inferior a la Constitución y superior a las normas infralegales dictadas en el ámbito de su competencia propia; y es condición de la invalidez causada desde la Constitución respecto de aquellas normas que, desconociendo la reserva de ley orgánica, infringen mediatamente la distribución competencial ordenada desde la norma jerárquicamente suprema” (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 3). Estamos pues ante una cuestión nuclear cuyo sacrificio socava el propio sistema de fuentes ideado por la Constitución, y que sienta un precedente que no puede sino tildarse de pernicioso y preocupante.

A nuestro juicio, la LOEP vulnera la reserva de ley orgánica establecida por el art. 135.5 CE en lo que respecta a sus arts. 11.6 y 16 y a la disposición adicional segunda:

a) El art. 11.6 LOEP infringe la reserva de ley orgánica establecida por el art. 135.5.b) CE para la regulación de la metodología y el procedimiento para el cálculo del déficit estructural, al remitirse sin más a la aplicación de la metodología utilizada por la Comisión Europea en el marco de la normativa de estabilidad presupuestaria.

La invocación del Derecho originario y derivado europeo recogida en el FJ 3.c) de la sentencia de la mayoría para justificar que se ha atribuido a la Unión Europea la competencia para regular esta cuestión no nos convence, porque el razonamiento en el que se apoya no es propio del enjuiciamiento de constitucionalidad que nos compete. Introduciendo la referencia comunitaria, la sentencia complica innecesariamente un problema que no tiene nada que ver con las competencias cedidas a la Unión Europea -razón por la cual la referencia al art. 93 CE es manifiestamente improcedente. Se trata de un problema que afecta, exclusivamente, a las fuentes del Derecho, con independencia del mayor o menor margen de decisión que tenga el Estado por imperativo de la normativa europea. En realidad la resolución mayoritaria, en el infructuoso intento de salvar la constitucionalidad del art. 11.6 LOEP mediante la cita del art. 93 CE en relación con los Tratados de Maastricht (1992) y Lisboa (2007), y del Protocolo nº 12 sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo (vigente desde 1 de diciembre de 2009), da pie a entender que en 2011 el constituyente, al remitir esta regulación a una ley orgánica, se ha equivocado. Insólita argumentación que sitúa al Tribunal Constitucional no ya como intérprete, sino como juez de la propia Constitución, con fundamento en el Derecho europeo.

Si en la DTC 1/2004, de 13 de diciembre, señalamos que, producida la integración europea, “la Constitución no es ya el marco de validez de las normas comunitarias” (FJ 2), con la misma rotundidad hemos de afirmar ahora la proposición contraria, porque el Derecho europeo que da soporte a la decisión mayoritaria no puede erigirse en marco de validez del art. 135.5.b) CE ni, por lo mismo, conforma el canon de constitucionalidad en el enjuiciamiento que nos compete en este proceso. En la misma DTC 1/2004 ya tuvimos ocasión de advertir que la primacía del Derecho europeo no contradice la supremacía de la Constitución: “Primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados. Aquélla, en el de la aplicación de normas válidas; ésta, en el de los procedimientos de normación. La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de éstas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquélla. La primacía, en cambio, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones. (...) La supremacía de la Constitución es, pues, compatible con regímenes de aplicación que otorguen preferencia aplicativa a normas de otro Ordenamiento diferente del nacional siempre que la

propia Constitución lo haya así dispuesto, que es lo que ocurre exactamente con la previsión contenida en su art. 93” (FJ 4).

Naturalmente, partimos también de que “las exigencias derivadas del Derecho de la Unión no pueden ser irrelevantes a la hora de establecer los márgenes constitucionalmente admisibles de libertad de apreciación política de que gozan los órganos constitucionales” (STC 1/2012, de 13 de enero, FJ 9). Pero ello no nos impide subrayar que la decisión mayoritaria se sustenta en un falso dilema, pues la reserva de ley orgánica recogida en el art. 135.5.b) CE responde a la supremacía de la Constitución -al procedimiento de normación interna-, sin entrar en contradicción insalvable con la primacía del Derecho europeo. La cita que se hace de éste en la sentencia no precisa en ningún momento cuál es la norma comunitaria que, efectivamente, ha desplazado esta específica competencia de índole metodológica al ámbito de las instituciones europeas, como competencia exclusiva, o cuál es la norma comunitaria de aplicación directa que regula esta metodología sin dejar margen alguno a los Estados miembros.

Esta indefinición obedece seguramente a la confusión entre dos magnitudes sustancialmente diferentes, déficit contable y déficit estructural. El déficit contable, utilizado en la actualidad en los mecanismos de control a las Comunidades Autónomas, es el que viene enunciado en el art. 126 TFUE y definido a grandes rasgos en el Protocolo nº 12, y el que aparece regulado en el Reglamento (UE) nº 549/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea. Por su parte, el déficit estructural es una novedad relativamente reciente que pretende medir el déficit al margen del ciclo económico, cuyos efectos, previstos en el art. 135.2 CE, sólo entrarán en vigor a partir de 2020 (disposición adicional única.3 de la Reforma del artículo 135 de la Constitución Española, de 27 de septiembre de 2011).

Despejar esta diferencial conceptual hubiera resultado necesario, decisivo, pues lo que aquí se controvierte -concretamente, el método para calcular el déficit estructural- no está regulado en norma europea alguna, sino que se construye a partir de estimaciones y elaboraciones doctrinales, existiendo diferentes métodos disponibles en la literatura económica. Así lo confirma la mera lectura del preámbulo de la Orden ECC/2741/2012, de 20 de diciembre, que desarrolla el art. 11 LOEP, que desmiente que todas y cada una de las opciones metodológicas estén predeterminadas en una norma europea de aplicación directa. Y el preámbulo de la Orden ECC/493/2014, de 27 de marzo, que modifica la anterior y es posterior

al Reglamento (UE) nº 549/2013, invoca un documento que los propios autores califican de opinión vertida bajo su exclusiva responsabilidad, sin que represente necesariamente el punto de vista de la Comisión Europea o la DG ECFIN.

Por tanto, ciñéndonos estrictamente a lo que en este proceso se cuestiona -la reserva de ley orgánica para regular la metodología y el procedimiento para el cálculo del déficit estructural- no cabe contraponer al mandato constitucional una norma comunitaria de aplicación directa, que responda a la primacía del Derecho europeo.

Tampoco el recurso al art. 11.2 LOEP, relativo al concepto de déficit estructural, es aquí de utilidad, pues es obvio que la definición del déficit estructural es distinto y previo a la fijación del procedimiento y método para su cálculo.

Como es evidente, no discutimos que una materia eminentemente técnica y mudable como ésta requiera de la colaboración reglamentaria. Pero por la cristalina razón de que es el legislador orgánico el llamado por el art. 135.5.b) CE a esta regulación, el respeto a la Constitución impone que este desarrollo se desenvuelva dentro de los criterios, principios o reglas generales que previamente haya fijado el legislador orgánico (entre otras, SSTC 83/1984, de 23 de julio, FJ 4, 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 14, 112/2006, de 5 de abril, FJ 5, y 111/2014, de 26 de junio, FJ 4).

b) El art. 135.5.a) CE reserva a ley orgánica la regulación de la distribución de los límites de déficit entre las distintas Administraciones Públicas, decisión que el art. 16 LOEP deslegaliza por completo al dejar dicha distribución al albur de los objetivos de estabilidad presupuestaria que fije el Gobierno para cada una de las Comunidades Autónomas.

Del mismo modo que no cabe la remisión a normas de rango infralegal, tampoco es aceptable una atribución de facultades discrecionales puras a la Administración, que supone una inconstitucional cesión en blanco del poder normativo que defrauda la reserva de ley, sea ésta orgánica u ordinaria (STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 18).

Para respetar el mandato del art. 135.5.a) CE, como mínimo, la ley orgánica debería haber fijado los criterios que delimiten y sirvan de pauta para una decisión de semejante trascendencia. Por el contrario, la sentencia de la mayoría acepta que la reserva de ley orgánica se vea soslayada mediante la atribución de esta competencia al Gobierno, cuando es patente que

el art. 16 no recoge un contenido mínimo susceptible de posterior desarrollo reglamentario y ejecución. Porque, salvo que confundamos forma y sustancia, no cabe aceptar que tal contenido mínimo consista en fijar un procedimiento en el que está previsto el informe del Consejo de Política Fiscal y Financiera, pues ello sólo afecta a la forma a través de la cual se alcanza una decisión.

La conexión con el art. 15 LOEP tampoco despeja la objeción, pues este precepto regula los criterios y el procedimiento para fijar el objetivo global para el conjunto de las Administraciones públicas, y para cada uno de sus subsectores. Pero en ningún momento se regula la distribución de los límites entre las distintas Administraciones públicas, que es el objeto de la reserva de ley orgánica que queda así en entredicho, en cuanto que se atribuye al Gobierno la potestad de fijar los objetivos de déficit para cada una de las Comunidades Autónomas, sin someterla a criterio legal alguno.

c) La reserva de ley orgánica contenida en el art. 135.5.c) CE para regular la responsabilidad de cada Administración Pública en caso de incumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria se extiende indebidamente en la disposición adicional segunda LOEP al genérico incumplimiento de las obligaciones derivadas de normas del derecho de la Unión Europea.

La vulneración de la reserva de ley orgánica se produce en este caso por exceso, al sobrepasar la habilitación constitucional. Desde la STC 5/1981, de 13 de febrero, hemos sostenido que “la reserva de Ley orgánica no puede interpretarse de forma tal que cualquier materia ajena a dicha reserva por el hecho de estar incluida en una Ley orgánica haya de gozar definitivamente del efecto de congelación de rango y de la necesidad de una mayoría cualificada para su ulterior modificación (art. 81.2 de la C.E.), pues tal efecto puede y aun debe ser excluido por la misma Ley Orgánica o por Sentencia del Tribunal Constitucional que declaren cuáles de los preceptos de aquélla no participan de tal naturaleza (...) si es cierto que existen materias reservadas a Leyes Orgánicas (art. 81.1 de la C.E.), también lo es que las Leyes Orgánicas están reservadas a estas materias y que, por tanto, sería disconforme con la Constitución la Ley orgánica que invadiera materias reservadas a la Ley ordinaria” (FJ 21).

Por ello debió estimarse vulnerada la reserva de ley orgánica del art. 135.5.c) CE, atribuyendo a la disposición adicional segunda LOEP el valor de ley ordinaria, sin perjuicio de

lo que el Tribunal ha señalado en anteriores resoluciones sobre la repercusión *ad intra* de la responsabilidad por incumplimiento del Derecho europeo (por todas, STC 36/2013, de 14 de febrero, FJ 9).

2. Los arts. 25.2 y 26.1 LOEP establecen unas “medidas coercitivas” que desbordan el sistema de controles sobre las Comunidades Autónomas previsto en la Constitución.

Interesa destacar desde el principio que nuestra discrepancia no gira en torno a la posibilidad genérica del establecimiento de controles. Éstos figuraban ya recogidos en la legislación de estabilidad presupuestaria anterior a la reforma constitucional, cuya constitucionalidad fue confirmada por la STC 134/2011, de 20 de julio, y siguientes. El análisis de los controles recogidos en la LOEP debe necesariamente partir de la doctrina constitucional previa, que se remonta al menos a la STC 76/1983, de 5 de agosto. Recogiendo tal doctrina, y refiriéndose específicamente al régimen de estabilidad presupuestaria regulado en la legislación anterior a la ahora impugnada (y anterior a la reforma del art. 135 CE), la STC 134/2011 admite modalidades de control singularmente intensas, pero sin dejar de señalar en sus FFJJ 10 y 11 los límites constitucionales a su diseño legal y a su ejercicio.

Sólo se justificaría la revisión de la citada doctrina si la propia Constitución, a través de la reforma del art. 135 CE, hubiera establecido modalidades de control específicas, distintas de las que hasta el presente se han considerado constitucionalmente admisibles, para los supuestos en los que las Comunidades Autónomas incumplieran los objetivos de estabilidad presupuestaria. La única mención del art. 135 CE directamente relacionada con este debate es la que aparece en el apartado 5.c), que remite a la ley orgánica la regulación de “la responsabilidad de cada Administración Pública en caso de incumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria”. Pero, partiendo de la distinción trazada entre responsabilidad *ad extra* y *ad intra* por la STC 36/2013, de 14 de febrero, FJ 9, no cabe confundir la responsabilidad de la Administración incumplidora con el otorgamiento al Estado de facultades exorbitantes de control. Salvada esta mención con el alcance señalado, y al no deducirse otros controles del art. 135 CE, debe concluirse que la reforma de este precepto constitucional ha dejado intacto el sistema de controles previamente diseñado por la Constitución.

Desbordando este marco, los arts. 25.2 y 26.1 LOEP añaden modalidades de control distintas de las constitucionalmente previstas o admisibles, incurriendo en inconstitucionalidad

por cruzar la línea divisoria entre poder constituyente y poder constituido (utilizando la expresión de la STC 76/1983, FJ 4).

a) En el caso de que una Comunidad Autónoma no cumpla lo establecido en el art. 25.1 LOEP, el apartado 2 dispone que el Gobierno del Estado puede enviar una comisión de expertos, bajo la dirección del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, con autoridad para proponer medidas que “serán de obligado cumplimiento para la administración incumplidora”. Esta imposición contradice la doctrina de la STC 134/2011, de 20 de julio, FJ 11, ratificada con posterioridad a la reforma del artículo 135 de la Constitución en la STC 130/2013, de 4 de junio, FJ 5. Conforme a la primera de ellas, una cosa es imponer a la Comunidad Autónoma la elaboración de un plan o la comprobación de su idoneidad para alcanzar los objetivos de estabilidad, y otra, bien diferente, sustituir la competencia autonómica para adoptar sus propias políticas mediante la elaboración por el Estado del referido plan. La atribución a la comisión de expertos de autoridad para proponer medidas de cumplimiento obligatorio no sería sino una indebida sustitución de la competencia de una Comunidad Autónoma para adoptar sus propias políticas públicas, políticas que ciertamente deben respetar el objetivo de estabilidad presupuestaria.

Para sortear este problema, la sentencia de la que discrepamos lleva a cabo una interpretación que puede calificarse de un imposible hermenéutico, pues choca con el tenor literal del precepto, de enunciado meridianamente claro, y lo reconstruye contra su sentido evidente. La tacha de inconstitucionalidad dirigida contra el precepto se basa, precisamente, en que las medidas controvertidas son de obligado cumplimiento, son coercitivas (como las califica el propio texto legal), y por ello no tiene sentido que la sentencia enfatice y reitere que pueden ser caracterizadas como una mera propuesta, o una facultad de proponer, pues con ello se desenfoca el debate. Se confunde el hecho de que las medidas sean legalmente obligatorias con el hecho de que no se cumplan en la práctica y que ese incumplimiento desencadene las consecuencias previstas en el art. 26. La resolución mayoritaria mezcla entonces dos planos, la configuración legal de la medida como obligatoria (que es lo impugnado) con lo que acontece si esa medida obligatoria no se cumple. Pero es evidente que lo segundo no puede afectar a la configuración de la obligación, pues la misma existe con independencia de que su incumplimiento tenga consecuencias.

La incongruencia de la argumentación que da sustento a la decisión mayoritaria queda por lo demás de manifiesto cuando descarta que el precepto suponga que el Gobierno asume el ejercicio de facultades que constituyan una actuación subsidiaria del Estado y, al propio tiempo, afirma que se configura una competencia ejecutiva básica a favor del Estado justificada por la concurrencia de un interés general. De ello se concluiría, *ad absurdum*, que atribuir al Estado como competencia ejecutiva básica la adopción de decisiones (medidas coercitivas o de obligado cumplimiento) que inciden directamente en la gestión del presupuesto autonómico -en lo que conforma, sin duda, el núcleo de su autonomía financiera- no implica sustituir a los órganos de decisión de la Comunidad Autónoma.

Por el contrario, entendemos que la recta interpretación del precepto hubiera debido conducir a la declaración de inconstitucionalidad y nulidad. La previsión de medidas ejecutivas de obligado cumplimiento supone que la Comunidad Autónoma queda intervenida en toda regla por el Estado, configurando un mecanismo equivalente al previsto en el art. 155.2 CE, según el cual “el Gobierno podrá dar instrucciones a todas las autoridades de las Comunidades Autónomas”. La fórmula del art. 25.2 LOEP carece de cobertura constitucional, ni en el art. 135 CE ni desde luego en el art. 155 CE, pues se concibe como una fase previa en todo caso a la utilización de este mecanismo rigurosamente excepcional, y que de forma palmaria no cumple con el requisito esencial de su aprobación por mayoría absoluta del Senado.

b) El art. 26.1 LOEP establece que el Gobierno deberá poner en marcha las medidas estatales de cumplimiento forzoso, de conformidad con lo previsto en el artículo 155 CE, cuando la Comunidad Autónoma incumpliera lo dispuesto en el artículo 25 (acuerdo de no disponibilidad de créditos, depósito obligatorio o ejecución de las medidas propuestas por la comisión de expertos). Su redacción en términos imperativos no deja margen alguno al Gobierno, que viene obligado a acudir al procedimiento del art. 155 CE, obviando el margen de discrecionalidad política que el Gobierno tiene constitucionalmente otorgado para recurrir a este instrumento (“podrá adoptar las medidas necesarias”). Así, la ejecución forzosa se presenta como un resultado obligado para el Gobierno en el caso de que no se atienda su requerimiento. Con ello el legislador orgánico está claramente reformulando una prerrogativa del Gobierno, reduciendo el margen que la CE le otorga, lo que, a todas luces, no puede hacer so pena de vulnerar el art. 155 CE (STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 12).

3. Finalmente, el apartado 2 de la disposición adicional tercera que considera automáticamente prorrogados los Presupuestos del ejercicio anterior en el caso de que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 161.2 de la Constitución, la impugnación de una Ley de Presupuestos produzca la suspensión de su vigencia, desconoce las exigencias de la autonomía presupuestaria de las Comunidades Autónomas, tal como las mismas vienen diseñadas en el bloque de constitucionalidad. Esta regulación y la argumentación de la mayoría para salvar su inconstitucionalidad desfigura los contornos de la prórroga presupuestaria tal como dispone el art. 21 LOFCA y el propio Estatuto de Autonomía de Canarias. Es evidente que la suspensión de una ley de presupuestos, consecuencia de la invocación del art. 161.2 CE en el recurso promovido por el Presidente del Gobierno, tiene graves consecuencias en la atención a los intereses públicos que la Comunidad Autónoma tiene encomendados y, por esa razón, le obliga a adoptar las medidas necesarias para evitar la paralización de la gestión autonómica por la ausencia de dotación presupuestaria vigente. Sin embargo, la trascendencia de esa situación no habilita al Estado para, en una suerte de potestad de tutela, reemplazar a la Comunidad Autónoma en el ejercicio de su autonomía presupuestaria, determinando cuál debe ser la solución a adoptar, que, por su directa conexión con la autonomía financiera constitucionalmente garantizada, ha de quedar en manos de aquélla.

Y en tal sentido emitimos este Voto particular.

Madrid, dieciocho de diciembre de dos mil catorce.