

Voto particular que formula el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1762-2014.

Con el máximo respeto a la opinión mayoritaria de mis compañeros de Pleno en la que se sustenta la sentencia, manifiesto (i) mi discrepancia con su fundamentación jurídica, aunque no con el fallo desestimatorio, en lo que respecta a la alegada vulneración de la reserva de ley orgánica por extralimitación de la materia reservada por el art. 135.5 CE a la estabilidad presupuestaria; y (ii) mi discrepancia con la fundamentación jurídica y con su fallo en lo relativo a la alegada vulneración del principio de autonomía financiera al establecer el mecanismo de retención de fondos del sistema de financiación autonómico para el pago de créditos comerciales morosos a los proveedores, que considero que debía haber sido estimatoria.

1. Una cuestión formal sobre el principio de reserva de ley orgánica.

Mi discrepancia con la fundamentación jurídica de la opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia sobre que la reserva de ley orgánica de la normativa impugnada está amparada en el artículo 157.3 CE coincide, en esencia, con la expuesta por el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré en su voto discrepante, al que me adhiero en esta concreta cuestión. No obstante, creo que es posible sostener que la reserva de ley orgánica quedaba amparada, en este caso, en el art. 135.5 CE.

La Ley Orgánica 9/2013, de 20 de diciembre, pone de manifiesto que el legislador pretendía fundamentar su carácter orgánico en la habilitación constitucional establecida en el art. 135.5 CE, tanto por el contenido de su preámbulo, en que se cita expresamente el art. 135 CE, como por el hecho de que tiene por finalidad modificar la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, cuyo objeto expreso era el desarrollo de la previsión del art. 135 CE, conforme se establecía en su art. 1. Así lo entendió la Junta de Andalucía, al fundamentar su recurso controvirtiendo este engarce constitucional, y así lo entendió la Abogacía del Estado en su escrito de alegaciones, que defendió la cobertura constitucional de carácter orgánico de la normativa en el art. 135.5 CE. En ningún momento, ninguna de las partes procesales ni la propia normativa impugnada han hecho la más mínima insinuación o indicación de una eventual conexión del carácter orgánico de la normativa impugnada con el art. 157.3 CE.

No voy a discrepar con la potestad de la jurisdicción constitucional para pronunciarse sobre la constitucionalidad de una norma con fundamento en preceptos no expresamente invocados por las partes. Sin embargo, considero que el respeto institucional debido al legislador orgánico y a las partes procesales hubiera aconsejado que el Tribunal, al menos, se hubiera

pronunciado sobre la cuestión controvertida de si el rango orgánico de la normativa impugnada traía causa del art. 135.5 CE, con independencia de que hubiera podido tenerlo, además, en el art. 157.3 CE. Como sostuve en la deliberación, entiendo que la normativa impugnada tiene cabida en la habilitación legal del art. 135.5 CE, en tanto que su objeto era establecer la regulación de una concreta situación, como es la morosidad en el pago de la deuda comercial en el sector público, que, en ciertas condiciones y con determinados límites que hubiera sido conveniente precisar, tiene una influencia potencialmente equivalente sobre los objetivos de estabilidad presupuestaria a los del control del déficit y de la deuda pública. Por tanto, entiendo que en las actuales circunstancias, el problema del impago de la deuda comercial no puede excluirse que sea un elemento en conexión material directa con el cumplimiento de la consecución del principio de estabilidad presupuestaria que permite incluirlo entre las materias reservadas a la ley orgánica por el art. 135.5 CE y, especialmente, en su letra a), en lo referido a las formas y plazos de corrección de las desviaciones de los límites de déficit y deuda pública de las Administraciones Públicas.

2. Una cuestión sustancial: el principio de proporcionalidad no puede servir para justificar facultades del Estado sobre las comunidades autónomas derrotando las reglas atributivas de competencia.

Mi discrepancia con la fundamentación jurídica de la opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia sobre que el mecanismo de retención de fondos del sistema de financiación autonómico para el pago de créditos comerciales morosos a los proveedores no vulnera el principio de autonomía financiera de las comunidades autónomas coincide, en esencia, con la expuesta por la magistrada doña Adela Asua Batarrita en su voto discrepante al que me adhiero en esta concreta cuestión.

Creo preciso, sin embargo, insistir en una cuestión metodológica que me parece de singular importancia. La opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia acude, entre otros argumentos para fundamentar la constitucionalidad del mecanismo de retención, a que la injerencia que provoca este mecanismo en la autonomía financiera de las comunidades autónomas respeta el principio de proporcionalidad. No puedo compartir el contenido y la aplicación que se hace de este principio en el fundamento jurídico 6, ya que no es la que se corresponde con la cuestión allí analizada, referida a un problema de distribución competencial, sino con la que es más propia de los conflictos entre intereses o derechos fundamentales. Creo, además, conveniente subrayarlo, pues la apelación a este principio en materia autonómica parece estar convirtiéndose en una tendencia jurisprudencial.

El principio de proporcionalidad es un instrumento al que resulta necesario acudir para dar una solución constitucional a los supuestos en que existe un conflicto entre derechos, principios o intereses jurídicos que no puede resolverse aplicando un principio jerárquico por no existir una prelación axiológica entre ellos. En ese sentido, este principio se viene proyectando como método o regla de interpretación en los casos de colisión entre derechos fundamentales para establecer soluciones racionales y justificables que resuelvan esos conflictos conforme a las circunstancias singulares concurrentes en cada caso ante la imposibilidad, por su paridad axiológica, de dotar *prima facie* de preminencia a uno sobre a otro. Utilizando el lenguaje de la teoría habermasiana de la acción comunicativa, su ámbito de aplicación potencial serían los conflictos de derechos o intereses que se generan en el mundo de la vida (*Lebenswelt*), como representativo del punto de vista de los sujetos que actúan sobre la sociedad de una manera implicada en conflictos de derechos o intereses, cuya titularidad es reconocida en un mismo plano de igualdad, pero que son susceptibles de no poder realizarse simultáneamente de forma absoluta. En ese contexto, adquiere pleno sentido la aplicación del principio de proporcionalidad con arreglo al conocido como test alemán, el cual se desenvuelve en sucesivos juicios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto y resulta familiar en la jurisprudencia. En coherencia con ello, además, parece lógico que la aplicación de este principio, con este mismo contenido, haya experimentado una expansión a otros supuestos en que lo normativamente relevante es el control de las intromisiones por parte del poder público en ámbitos jurídicos protegidos.

El principio de proporcionalidad, sin embargo, no puede proyectarse con la misma eficacia absoluta o concluyente en el ámbito de la distribución de competencias. Utilizando de nuevo el lenguaje habermasiano, la distribución competencial, en contraste con el mundo de la vida, se aproxima al concepto de sistema, en que lo relevante es una perspectiva externa referida a la configuración de una estructura y las relaciones que se desenvuelven dentro de ella. En tales casos, el principio rector de este sistema de delimitación de competencias es el de atribución. La atribución competencial puede realizarse de una manera más o menos discrecional entre los sujetos llamados a ejercerlas, pero lo determinante es que no existe una paridad axiológica, sino, al contrario, una decisión previa de atribución que impone un deber de tolerancia y de exclusión para el resto de los intervinientes en el sistema. Es cierto que, entre los principios para el mejor desarrollo del ejercicio de las competencias que se desenvuelven en el sistema, es también necesario tomar en consideración el principio de proporcionalidad, pues la atribución de competencia tiene carácter instrumental en relación con unos fines. En este contexto sistemático el principio de proporcionalidad (que no puede ser confundido con una regla, pues los principios

son normas categóricas según Von Wright) no anula la regla de competencia, sino que, afectando a su ejercicio, implica que este se haga de forma tal que no exceda de lo necesario para alcanzar los objetivos de su cumplimiento. No puede ser utilizada, a mi juicio, como una regla para resolver atribución de competencias, que entiendo que es como ha utilizado el principio de proporcionalidad la opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia.

En última instancia, el principio de proporcionalidad hubiera podido servir para valorar si el establecimiento del mecanismo de retención no excede de lo necesario para el ejercicio de las competencias estatales de dirección de la actividad económica general del art. 149.1.13.^a CE y el de coordinación de la Hacienda estatal del art. 156.1 CE. Sin embargo, no es adecuado desde una perspectiva metodológica para establecer, como se viene a sostener por la opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia, que basta para afirmar la constitucionalidad de este mecanismo (i) la mera identificación de que persigue un fin legítimo de estabilidad presupuestaria, (ii) de que es necesario para el pago de los proveedores y (iii) de que solo se adopta ante el incumplimiento autonómico reiterado en la satisfacción de las deudas. Lo controvertido en el ámbito competencial no es la relación de adecuación del sistema de retención a la consecución de un objetivo de estabilidad presupuestaria, que obliga a todas las Administraciones públicas por imperativo del art. 135 CE, sino quién y qué competencias tiene atribuidas cada Administración para el cumplimiento de ese objetivo y las eventuales relaciones de coordinación y control para su consecución. En esta determinación poco o nada tiene que decir el principio de proporcionalidad.

Madrid, a veinticinco de mayo de dos mil dieciséis.