

Voto particular que formula el magistrado D. Enrique Arnaldo Alcubilla a la sentencia que resuelve el recurso de inconstitucionalidad núm. 7079-2022.

En el ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y con respeto hacia el parecer mayoritario contrario, formulo el presente voto particular para expresar mi discrepancia con la sentencia recaída en el presente recurso de inconstitucionalidad, que a mi entender, por las razones defendidas en la deliberación y que seguidamente expondré, debió declarar la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del impugnado art. 10.1 y 2 del Real Decreto-ley 14/2022, de 1 de agosto, de medidas de sostenibilidad económica en el ámbito del transporte, en materia de becas y ayudas al estudio, así como de medidas de ahorro, eficiencia energética y de reducción de la dependencia energética del gas natural.

No es esta la primera vez que me veo en la obligación de formular voto particular al enjuiciamiento que la mayoría del Pleno de este Tribunal Constitucional dispensa a determinadas previsiones del Real Decreto-ley 14/2022, de 1 de agosto. En efecto, la STC 20/2024, de 31 de enero, ya desestimó el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid contra el art. 29 de dicho decreto-ley, tanto por motivos competenciales, que no se plantean en este recurso, como por lo que se consideraba una abusiva e indebida utilización del decreto-ley.

En el voto particular que, junto a otros magistrados, formulé a la citada STC 20/2024, se reiteraba la necesidad de un control constitucional riguroso del presupuesto habilitante para aprobar decretos-leyes, tal como he venido reclamando en anteriores votos particulares formulados a sentencias del Tribunal que resolvían recursos de inconstitucionalidad contra decretos-leyes por incumplir los límites constitucionales. En estos votos particulares se advertía de la laxitud del bautizado como “control externo” del presupuesto habilitante del art. 86.1 CE, en cuanto supone ceder al Gobierno la determinación de lo que sea la “extraordinaria y urgente necesidad” y cuándo la misma concurre, obviando, por lo demás, la excepcionalidad de los decretos-leyes, por cuanto la potestad legislativa se atribuye a las Cortes Generales (art. 66.1 CE). Lamentablemente, como se expone a continuación, esta queja ha de ser reiterada ahora en sus mismos términos, incluso con la voz en tono más alto, al comprobar que *de facto* el decreto-ley se ha convertido en el sustituto de la ley, y el legislador de urgencia, el Gobierno, en el nuevo legislador.

1. *Necesidad de examinar la impugnación de los apartados 1 y 4 del art. 29 del Real Decreto-ley 14/2022, de 1 de agosto*

Como recuerda la ya citada STC 20/2024, las obligaciones de los apartados 1 y 4 del art. 29 del Real Decreto-ley 14/2022 se mantuvieron solo hasta el 1 de noviembre de 2023, según lo dispuesto en la disposición final decimoséptima de dicho decreto-ley, lo que llevó a apreciar la pérdida de objeto de la impugnación en cuanto a las tachas competenciales planteadas por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid ya que, como señala en su fundamento jurídico 2, “han decaído las tachas de inconstitucionalidad de carácter competencial de los cuatro incisos del art. 29 de vigencia limitada (apartados primero, segundo, cuarto y quinto) al no subsistir tal controversia”, dado que no habían sido sustituidas por otras normas en las que perviviera el conflicto competencial planteado.

La sentencia que ahora nos ocupa es plenamente consciente de ello, pues en su fundamento jurídico 2 hace un poco afortunado intento de sistematizar la doctrina constitucional sobre la pérdida de objeto en los recursos de inconstitucionalidad, dando la impresión de que recoge tanto la regla general (esto es, la derogación de la norma extingue el objeto del recurso o, en su caso, parte de los motivos que lo fundamentan), como las excepciones a dicha regla, que determinarían la pervivencia del objeto del recurso o, al menos, de alguno de sus motivos.

Sin embargo, muy significativamente, la sentencia omite la cita de una de las excepciones a dicha regla general, que es la que resulta ser aquí relevante, como es la relativa a las normas de vigencia temporal limitada. Cabe, en este sentido, recordar la STC 148/2021, de 14 de julio, FJ 2.a) que señala que “es doctrina constante de este tribunal que el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra normas de vigencia temporal limitada no pierde su objeto, de manera sobrevenida, por la sola circunstancia del transcurso del periodo durante el que aquellas rigieron. La solución contraria implicaría abrir un inadmisibles ámbito de inmunidad del poder frente a la Constitución (en tal sentido, entre otras, SSTC 40/2016, de 3 de marzo, FJ 3; 27/2017, de 16 de febrero, FJ 2; 43/2017, de 27 de abril, FJ 2; 89/2019, de 2 de julio, FJ 2, y 90/2019, de 2 de julio, FJ 2)”

Cumple advertir, en todo caso, que la sentencia parte de un presupuesto cuestionable como es que la pérdida de vigencia del Real Decreto-ley 14/2022 equivale a su derogación, pese a que esa norma no ha sido derogada de manera expresa, ni sustituida por otra. La consecuencia es que los impugnados apartados 1 y 4 del art. 29 del Real Decreto-ley 14/2022 son normas de vigencia temporal limitada, por haberla tenido solo hasta el 1 de noviembre de 2023, en virtud de la disposición final decimoséptima 2.a) del propio Real Decreto-ley 14/2022. Siendo así, resulta que la aplicación de la doctrina anteriormente transcrita debería haber llevado a la sentencia a concluir que era preciso examinar todos los motivos que fundamentan

la impugnación de los apartados 1 y 4 del art. 29 del Real Decreto-ley 14/2022, ya que, si se considera que esos preceptos estaban diseñados solamente para estar vigentes un tiempo determinado, nos encontramos en el supuesto que antes se ha mencionado, el de normas de vigencia temporal limitada, cuyo enjuiciamiento no pierde objeto.

La consideración de que el Real Decreto-ley 14/2022 no ha sido derogado ni materialmente sustituido por una norma posterior, en lo que respecta a los apartados 1 y 4 del art. 29, sino que, simplemente ha dejado de estar vigente por tratarse de una norma de vigencia limitada, hubiera debido llevar directamente al examen de la impugnación de los citados apartados 1 y 4 del art. 29 del Real Decreto-ley 14/2022 por todos los motivos alegados por los diputados recurrentes, dando así respuesta a las impugnaciones de dichos preceptos por motivos no competenciales (la vulneración de los arts. 14, 33, 35, 38 y 43.1 CE), y evitando la existencia de espacios de impunidad en el empleo del instrumento excepcional del decreto-ley, que es lo que aquí ha sucedido por la falta de respuesta de la sentencia a esta cuestión. La sentencia, pues, incurre en incongruencia, al no dar respuesta a una de las quejas de los recurrentes.

2. Inexistencia del presupuesto habilitante en lo que respecta al art. 10 del Real Decreto-ley 14/2022, de 1 de agosto

A diferencia de lo que aprecia la sentencia, entiendo que no concurre el presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad constitucionalmente exigido por el art. 86.1 CE en lo que respecta al art. 10, apartados 1 y 2, del Real Decreto-ley 14/2022. Lo que sostienen los recurrentes es que la previsión del art. 10.1 del Real Decreto-ley 14/2022 infringe el art. 86.1 CE como consecuencia de atribuir al titular del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana la facultad de convertir en obligatorias las directrices operativas previstas en el art. 9 de dicho decreto-ley para la gestión de pasajeros aéreos o personal de aviación, o acerca del uso de los aeropuertos.

La sentencia, asumiendo acríticamente las razones ofrecidas por el Gobierno, estima que la extraordinaria y urgente necesidad estriba en “*la necesidad de flexibilizar el régimen de las denominadas directrices operativas, originariamente adoptadas por la Agencia de la Unión Europea para la Seguridad Aérea (EASA) y el Centro Europeo para la Prevención y el Control de enfermedades (CDC), y que hasta la fecha tenían carácter obligatorio, para transformarlas en recomendaciones, apoyándose para ello tanto en la favorable evolución de la pandemia por Covid-19 como en la necesidad de potenciar una pronta reactivación de la economía sustentada, en particular, en la competitividad de los sectores del transporte y el turismo, sin excluir la posibilidad de restaurar, a través de un mecanismo ágil, la obligatoriedad de dichas*

directrices si la evolución epidemiológica lo hiciera necesario atendiendo a las circunstancias de cada momento”.

De este razonamiento, la única parte que se refiere al precepto impugnado es la referencia a la no exclusión de la posibilidad de restaurar, a través de un mecanismo ágil, la obligatoriedad de dichas directrices, a lo que posteriormente alude otras dos veces, mencionando que se trata de prever “la previsión de mecanismos ágiles para afrontar las consecuencias imprevisibles de aquélla” y que se faculta también “a revertir en cualquier momento tal flexibilización ante un impredecible o imprevisible rebrote o empeoramiento de la crisis sanitaria”.

La sentencia recoge así la justificación que la exposición de motivos del Real Decreto-ley 14/2022 da respecto a la concurrencia del presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad ex art. 86.1 CE para la aprobación de los arts. 9 y 10 de dicho decreto-ley en relación con las denominadas directrices operativas para la gestión de pasajeros aéreos y personal de aviación en relación con la pandemia del Covid-19 en los aeropuertos. Tal justificación es la siguiente:

“En concreto, la evolución de la pandemia, el avance de la vacunación e inmunidad de la población contra el SARS-CoV2, hace necesaria la progresiva adecuación de las obligaciones y restricciones previstas en las Directrices operativas para la gestión de los pasajeros, el personal de aviación o el uso de los aeropuertos, todo ello en atención al elevado nivel de protección alcanzado por la ciudadanía y en orden a contribuir a la recuperación de la actividad económica y la paulatina vuelta a la normalidad, en particular de cara a la reactivación del turismo.

En el ámbito del transporte aéreo, en consonancia con las medidas adoptadas por los países de nuestro entorno, procede relajar la imposición de dichas medidas, manteniéndolas como recomendaciones, a través de materiales de guía u orientación, sin perjuicio de poder restablecer su obligatoriedad, adecuándolo a las necesidades de cada momento, en caso de que la evolución de la pandemia así lo requiriese para mitigar los efectos de un rebrote en los contagios con graves consecuencias para la salud pública, lo que, dada la impredecibilidad sobre futuras variantes y la duración de los efectos preventivos de la inmunidad alcanzada por la población, resulta igualmente de extraordinaria y urgente necesidad. El objetivo es mantener la necesaria proporcionalidad entre las necesidades de salud pública y las obligaciones impuestas a los pasajeros, las compañías aéreas que operan en los aeropuertos españoles y a los propios aeropuertos, al tiempo que, igualmente, resulta de extraordinaria y urgente necesidad que se mantenga dicha flexibilización en orden a la eliminación de

restricciones inhabituales en otros mercados competencia directa del mercado turístico nacional, que pueden lastrar la recuperación del transporte aéreo y de la industria turística, en particular atendiendo a los riesgos económicos actuales derivados de la guerra en Ucrania y el encarecimiento de los combustibles.

No obsta a lo anterior que la propuesta opte por generalizar el mecanismo para la adopción de las medidas de gestión de pasajeros aéreos y del personal de aviación a las situaciones de emergencias de salud pública de importancia internacional declaradas por la Organización Mundial de la Salud, cuando por su impacto justifiquen la adopción de directrices operativas, guías o recomendaciones por los organismos competentes de la Unión Europea o una organización internacional de la que España sea parte. De un lado, porque la propuesta es eficaz a los efectos de flexibilización necesarios en orden a la aplicación de las Directrices Operativas frente a la COVID-19, cuyas razones de extraordinaria y urgente necesidad ya se han indicado. De otro, porque la impredecibilidad en cuanto al surgimiento de nuevas emergencias de salud pública de importancia internacional que requieran aplicar restricciones en el transporte aéreo, así como la evidencia de que la probabilidad de nuevas pandemias es cada vez más alta, determinan igualmente la extraordinaria y urgente necesidad de disponer de un mecanismo que se ha demostrado eficaz para la implementación de las medidas preventivas adoptadas en el ámbito europeo o internacional para mitigar la transmisión de las infecciones causantes de la declaración de una emergencia de salud pública de importancia internacional”.

De lo expuesto se deduce que la justificación de la medida contenida en el art. 10 del Real Decreto-ley 14/2022 es que el Gobierno considera necesario disponer de ese instrumento, la habilitación al titular del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana (actualmente, Ministerio de Transportes y Movilidad Sostenible) para transformar una recomendación de las ahora previstas en el art. 9 del mismo Real Decreto-ley en directriz obligatoria, a fin de hacer frente a sucesos en este momento eventuales o hipotéticos, a saber, un recrudecimiento de la pandemia del Covid-19 o bien el surgimiento de nuevas pandemias.

Nada cabe decir acerca de la adecuación o no del juicio del Gobierno sobre la importancia de contar con dicho instrumento, pero sí respecto del hecho de que tal medida no sea aprobada en su sede natural, el Parlamento, pues lo que no ha quedado justificado es la extraordinaria y urgente necesidad de su adopción. El Gobierno lo que ha explicado es que disponer del uso potencial de esta medida puede ser útil o conveniente para la lucha contra pandemias futuras, o contra el recrudecimiento de la en ese momento todavía existente, pero no ha justificado por qué, en un momento en el que, afortunadamente, la gravedad de la pandemia

del Covid-19 se había visto sensiblemente reducida y no existían otras pandemias de similares características, la adopción de una medida como esa requiera del procedimiento excepcional que implica el empleo del decreto-ley.

Se trata de un entendimiento extensivo del presupuesto habilitante de la “extraordinaria y urgente necesidad” (art. 86.1 CE) por parte del Gobierno y se desconoce con ello que la potestad de este de dictar decretos-leyes es excepcional y solo se justifica cuando se acredita que es inaplazable la regulación inmediata y que ni siquiera a través del procedimiento legislativo de urgencia puede hacerse por las Cortes Generales. Según la Real Academia de la Lengua “excepcional” es una excepción a la regla común, es decir, que va aparte de lo ordinario; ordinariedad que es el ejercicio de la función legislativa por quien constitucionalmente la tiene atribuida ex art. 66CE, las Cortes Generales, como corresponde en el Estado democrático de Derecho (art. 1.1CE).

La conveniencia de la reforma o la legitimidad de los objetivos que se tratan de alcanzar no puede ser nunca el fundamento de la potestad legislativa extraordinaria del Gobierno ex art. 86.1 CE. Y el “control externo” del presupuesto habilitante que a este Tribunal le corresponde llevar a cabo cuando así le sea demandado no consiste en la simple verificación de que el Gobierno haya ofrecido alguna razón -la que sea- para aprobar el decreto-ley, tal como aquí ocurre (pues la justificación aportada por el Gobierno es acriticamente aceptada por la sentencia), sino que ha de comprobar si la justificación ofrecida permite entender acreditado que verdaderamente concurre una situación de extraordinaria y urgente necesidad que requiere de una respuesta normativa inmediata mediante ese instrumento excepcional que es el decreto-ley.

En efecto, la propia exposición de motivos del Real Decreto-ley 14/2022, haciendo referencia a las mencionadas directrices operativas para la gestión de pasajeros aéreos y personal de aviación en relación con la pandemia del Covid-19 en los aeropuertos, reconoce que *“la evolución de la emergencia sanitaria provocada por la COVID-19, en particular por el grado de inmunización alcanzado y, como consecuencia de ello, la significativa reducción de la gravedad de sus efectos, exigen eliminar la obligatoriedad de la aplicación de dichas directrices operativas que en el ámbito de la Unión Europea nacieron como recomendaciones, para dotarlas de este carácter, evitando imponer obligaciones adicionales a las exigibles en el ámbito de la Unión Europea, en particular en un contexto de reactivación del sector y del turismo asociado al período vacacional, en un momento en que la crisis ocasionada por la guerra en Ucrania y su impacto en la economía podría afectar a la competitividad del mercado español”*.

Y a renglón seguido añade que *“es necesario, no obstante, contemplar la eventualidad de que por la evolución de la pandemia debido a la aparición de variantes del SARS-CoV-2 que por su contagiosidad o la gravedad de las patologías que desencadene deban establecerse como obligatorias todas o algunas de esas Directrices operativas”*.

Con ello, en todo caso, en un contexto de desescalada de las restricciones provocadas por la pandemia del Covid-19, se describe la regulación cuestionada y se explica por qué se aprueba, esto es, su necesidad, pero no que la necesidad de aprobar esa medida en concreto sea extraordinaria y urgente, en ese momento, atendiendo a la situación en la que el decreto-ley se aprueba, teniendo en cuenta la reconocida evolución favorable de la pandemia del Covid-19. En esta idea de que la regulación es necesaria insiste el propio Real Decreto-ley 14/2022 cuando afirma en la exposición de motivos que *“Se aprovecha así, un procedimiento que se ha mostrado eficaz para la aplicación de las medidas de prevención y contención de la transmisión del SARS-CoV-2 en el ámbito del transporte aéreo, para disponer de un instrumento permanente de respuesta ante enfermedades tan contagiosas y de rápida propagación como la COVID-19”*.

Como se ve, lo que pretende el Gobierno es disponer de lo que denomina un instrumento permanente de respuesta, que no se vincula a una situación concreta y determinada de urgencia extraordinaria, sino que más bien se diseña como una potestad administrativa a disposición del Gobierno para así poder usarla cuando, en el futuro, lo estime conveniente y no para responder a una necesidad inmediata, extraordinaria y urgente.

Atendiendo a lo anterior, la justificación que se ofrece para la adopción de la medida impugnada podría relacionarse, en su caso, con su adecuación, conveniencia y oportunidad, cuestiones que a este tribunal no corresponde enjuiciar, pero no acredita que debiera adoptarse mediante decreto-ley. En suma, como ya he señalado, la justificación empleada alude directamente a la posible necesidad o conveniencia de la reforma a introducir, pero nada dice de la necesidad de acometer tal modificación utilizando para ello una norma de urgencia que permite desplazar el procedimiento legislativo parlamentario. Lo que se pone de manifiesto es, todo lo más, la importancia que el Gobierno atribuye a la regulación que aprueba en el momento que ha estimado oportuno, pero esta importancia no justifica por sí misma el empleo del decreto-ley y con ello su inmediata aprobación y entrada en vigor prescindiendo del trámite parlamentario que, en otro caso, resultaría obligado. En otros términos, la sola invocación del objetivo perseguido no puede, por sí misma, fundamentar la utilización de la norma de urgencia, pues, dado su carácter hipotético o preventivo, falta aquí la definición de una

situación de extraordinaria y urgente necesidad adecuadamente descrita que debiera ser ineludiblemente atendida haciendo uso de la potestad excepcional de dictar decretos-leyes.

Tampoco la concurrencia de una crisis de las características de la provocada por la pandemia del Covid-19 exime al Gobierno de la carga de justificar la concurrencia del presupuesto habilitante exigido por el art. 86.1 CE, ni legitima automáticamente la aprobación de cualquier reforma mediante decreto-ley, por mucho que el Gobierno la estime necesaria o conveniente. Y mucho menos reformas como la aquí examinada, que pretende dotar al Ejecutivo de una herramienta para combatir un supuesto de hecho que no se ha producido y que no se sabe siquiera si se va a producir, con lo que difícilmente la necesidad de contar con tal herramienta puede ser calificada como extraordinaria y urgente.

Es doctrina constitucional consolidada la que afirma que el mero deseo o interés del Gobierno en acometer una concreta regulación en un momento determinado es muy respetable, pero, por sí mismo, no constituye una justificación de su extraordinaria y urgente necesidad (STC 68/2007, de 26 de abril, FJ 9, y STC 111/2021, FJ 8), y por eso mismo, no puede amparar la desestimación del recurso de inconstitucionalidad planteado. También lo es, como es obvio, cuando el Gobierno no ha justificado la concurrencia del presupuesto habilitante no corresponde a este Tribunal hacerlo por él. Como recuerda la STC 61/2018, de 7 de junio, FJ 6, “puesto que “la causa justificativa del Decreto-ley -la situación de extraordinaria y urgente necesidad- ha de ser explicitada por el propio Gobierno ..., su carencia determina que no podamos apreciar la concurrencia del presupuesto habilitante que los diputados recurrentes niegan, el Gobierno no acredita y este Tribunal no puede presumir”.

En conclusión, dado que la necesidad o la conveniencia de abordar las modificaciones a las que se refiere la norma impugnada no ha ido acompañada de la justificación de su urgencia extraordinaria, considero que se ha producido la infracción constitucional alegada, por no cumplirse en el art. 10, apartados 1 y 2, del Real Decreto-ley 14/2022, el presupuesto habilitante de la “extraordinaria y urgente necesidad” que permite al Gobierno aprobar decretos-leyes (art. 86.1 CE).

Por tanto, el recurso debió ser estimado en este punto, lo que eximía del examen de las dos restantes vulneraciones que quedaban subsistentes respecto a este mismo precepto (la afectación por el legislador de urgencia a derechos fundamentales y la vulneración del art. 116 en relación con el art. 55 CE).

Al no apreciarlo así, este Tribunal ha renunciado, una vez más, a llevar a cabo el control constitucional que le corresponde respecto del ejercicio por parte del Gobierno de su potestad de dictar estas normas excepcionales y por ello de uso necesariamente restringido. De nuevo, el



escrutinio por el Tribunal Constitucional del cumplimiento del presupuesto habilitante de la “extraordinaria y urgente necesidad” no ha sido lo riguroso e incisivo que debía ser, atendiendo a los estrictos límites y cautelas a los que el constituyente ha querido sujetar esa potestad gubernamental, para evitar precisamente un ejercicio abusivo o desviado de esta por el Gobierno. Ejercicio abusivo y, por tanto, arbitrario, al que la mayoría de este Tribunal no parece tener intención de poner coto alguno.

En Madrid, a quince de enero de dos mil veintiséis.