

LA VIABILIDAD CONSTITUCIONAL DEL DECRETO-LEY EN MATERIA TRIBUTARIA Y LA REGULACION DEL DERECHO DE PROPIEDAD

(Con un Apéndice sobre la sentencia del caso Rumasa)

POR

JUAN MANUEL ALEGRE AVILA

Ayudante de Derecho Administrativo. Universidad de Santander (*)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: PLANTEAMIENTO GENERAL DEL TEMA.—II. VIABILIDAD DEL DECRETO-LEY PARA AFRONTAR EL DESARROLLO LEGISLATIVO DEL ARTÍCULO 31 DE LA CONSTITUCIÓN: PLANTEAMIENTOS DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.—III. EL DECRETO-LEY 11/1979, DE 20 DE JULIO DE 1979, SOBRE MEDIDAS URGENTES DE FINANCIACIÓN DE LAS HACIENDAS LOCALES.—IV. LA CONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO-LEY DE 20 DE JULIO DE 1979 A LA LUZ DE LOS ELEMENTOS CONFIGURADORES DEL DECRETO-LEY: EN PARTICULAR EL PRESUPUESTO DE HECHO HABILITANTE Y LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DECRETO-LEY CONVALIDADO. LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD COMO EVENTUAL REMEDIO PROCESAL.—ADDENDA SOBRE EL CASO RUMASA.

I. INTRODUCCIÓN: PLANTEAMIENTO GENERAL DEL TEMA

La depuración del ordenamiento desde la perspectiva teórica del análisis técnico-jurídico se configura como piedra angular del presente trabajo, tendente a concretar la corrección constitucional del Decreto-ley como instituto normativo idóneo para la regulación del fenómeno tributario. El deseo de ofrecer una nueva visión de un tema ya abundantemente tratado en la doctrina me han impulsado a elaborar estas líneas en un modesto intento por arrojar cierta luz sobre un tema que, a mi juicio, no siempre se ha enfocado correctamente.

En este sentido, la apreciación de la viabilidad constitucional del Decreto-ley en materia tributaria plantea como exigencia previa

(*) Este trabajo se realizó durante el curso 1983-1984 en el Seminario de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de Cáceres, bajo la dirección del profesor doctor don Luis MARTÍN REBOLLO, siendo el autor becario-colaborador de 5.º año de la licenciatura.

de carácter inexcusable el rechazo de todo tipo de apriorismos y juicios de valor condicionantes de la solución final, para, de este modo, a través de una concatenación ordenada de criterios interpretativos, desde los puramente sistemáticos o gramaticales hasta los de carácter material o lógico-jurídicos, entrever una serie de conclusiones aceptables desde la óptica constitucional.

Como punto de partida parece conveniente, en primer lugar, transcribir los preceptos constitucionales donde se contempla la regulación de la figura del Decreto-ley y su relación con la materia tributaria. Resulta básico, en este sentido, el artículo 86.1 CE, que dispone:

«En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general.»

Por su parte, la regulación jurídico-constitucional en materia tributaria viene establecida fundamentalmente en dos preceptos de la Constitución. El primero es el artículo 31, en su núm. 3, que señala:

«Sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley»,

previéndose en el núm. 1 del artículo 31 el deber tributario o deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos.

De otro lado, el artículo 133.1 CE señala:

«La potestad originaria para establecer los tributos corresponde exclusivamente al Estado, mediante ley.»

En tanto este artículo 133 se remite a la distinción implícita entre poderes jurídico-tributarios originarios y derivados, y dado que en el mismo no se contiene otra previsión referente al instru-

mento jurídico de establecimiento y regulación de los tributos que la genérica referencia a la ley —por lo demás, ya contemplada en el art. 31.3—, la procedencia del Decreto-ley como institución idónea para el desarrollo legislativo de la materia tributaria habrá de partir de un análisis conjunto y sistemático de los artículos 31.3 y 86.1 del texto constitucional.

En esta línea la clarificación sobre la procedencia del Decreto-ley como instrumento legislativo regulador de la materia tributaria ha de venir dada por el examen de un triple objeto:

— Como primer elemento interpretativo se impone un comentario del desarrollo del proceso constituyente por lo que hace referencia a la materia objeto de estudio.

— En segundo lugar, es preciso traer a colación los pronunciamientos de la doctrina más relevante que se ha producido hasta el momento sobre el tema.

— Finalmente, es de todo punto obligado el señalamiento de la doctrina jurisprudencial vertida sobre la materia que analizamos.

Al examen de este triple aspecto se orientan las páginas que siguen.

II. VIABILIDAD DEL DECRETO-LEY PARA AFRONTAR EL DESARROLLO LEGISLATIVO DEL ARTÍCULO 31 DE LA CONSTITUCIÓN: PLANTEAMIENTOS DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. Una primera interpretación del artículo 86.1 CE en relación con el artículo 31.3 del texto constitucional parece que obliga a concluir que el Decreto-ley resulta excluido de la regulación del deber tributario. Y ello porque configurándose como uno de sus límites el ámbito de los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I, el deber de los ciudadanos de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas aparece recogido sistemáticamente en la sección 2.ª del capítulo 2.º de dicho título I, de lo que se derivaría, como lógica consecuencia; la interdicción del Decreto-ley de la regulación jurídico-tributaria. Esta interpretación, sostenida por un amplio espectro de la doctrina adminis-

trativista (1) y tributarista (2), no es, sin embargo, unánimemente aceptada por la generalidad de los autores, destacando como más significativa la postura crítica de los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, para quienes el Decreto-ley sólo tiene vedado el acceso a la regulación de la sección 1.^a del capítulo 2.^o del título I, ámbito coincidente con el de la Ley Orgánica (3).

Esta polémica doctrinal y su consiguiente correlato, la carencia de una doctrina pacíficamente admitida, ha encontrado un eco ciertamente significativo en el ámbito jurisprudencial, en el cual se ha planteado ya el tema de una manera frontal y no sólo en los niveles exclusivamente teóricos y quizá en exceso abstractos y desconectados de la más inmediata realidad. Tal desarrollo jurisprudencial, si bien no ciertamente significativo en términos cuantitativos, sí es esclarecedor desde la óptica del presente trabajo.

Nos referimos a la corriente jurisprudencial de nuestro Tribunal Constitucional, que, principiada en la STC 29/82, de 31 de mayo («BOE» de 28 de junio), a propósito del recurso de inconstitucionalidad 238/81 contra el Decreto-ley de 19 de junio de 1981 sobre Inspección y Recaudación de la Seguridad Social, sentencia que ha dado lugar a un comentario de A. BLASCO (4), fue continuada en la importante STC 6/83, de 4 de febrero («BOE» de 9 de marzo de 1983), de la que fue ponente el magistrado don Luis Díez-PICAZO, resolutoria de las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas núms. 19 y 20/82, promovidas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Albacete, a propósito de la impugnación de la disposición transitoria 2.^a del Real Decreto-ley

(1) Destaca entre los administrativistas por su especial dedicación al tema J. SALAS, «Los Decretos-leyes en la Constitución española de 1978», Ed. Civitas, Madrid, 1979, publicado con anterioridad en el volumen colectivo *Las fuentes del Derecho en la Constitución española*, Instituto de Estudios Fiscales, volumen III, Madrid, 1979, pp. 1799 ss. Esta obra, concebida y elaborada desde la radical innovación que ha supuesto la Constitución de 1978 en el tema de los Decretos-leyes, marca el contrapunto a su anterior trabajo *Los Decretos-leyes en el ordenamiento jurídico español. En torno a la urgencia*, publicado en el núm. 51 de esta REVISTA (1966), pp. 41 ss., trabajo este gestado sobre las peculiares características del régimen político-jurídico de las Leyes Fundamentales.

(2) J. MARTÍN QUERALT, *La ordenación constitucional del Decreto-ley en materia tributaria*, en Civitas, «Revista Española de Derecho Financiero», núm. 24 (1979), pp. 553 ss., y J. LASARTE, «El principio de legalidad en el proyecto de Constitución española de 1978», en la obra colectiva *Hacienda y Constitución*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, pp. 125-153, en especial pp. 133-136.

(3) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, tomo I, Ed. Civitas, 3.^o ed., Madrid, 1981, pp. 140 ss.

(4) A. BLASCO, *Principios de la jurisprudencia constitucional sobre los Decretos-leyes*, en «REDA», núm. 36 (1983), pp. 111 ss.

11/79, de 20 de julio, sobre medidas urgentes de financiación de las Haciendas locales. La doctrina jurisprudencial de esta última sentencia fue reiterada en las STC 41/83, de 18 de mayo («BOE» de 17 de junio de 1983), y STC 51/83, de 14 de junio («BOE» de 15 de julio de 1983), que decidían sobre las cuestiones de inconstitucionalidad núms. 432/82 y 29/83, respectivamente, promovidas ambas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Burgos, a propósito también de la mencionada disposición transitoria del Decreto-ley arriba indicado y de las que asimismo fue ponente el magistrado Díez-Picazo.

En tanto estas dos últimas sentencias tienen idéntico objeto, se reitera en ellas la doctrina y fallo contenidos en la STC 6/83, de 4 de febrero. Del mismo modo, y por incidir sobre idénticas pretensiones, se reproduce el voto particular del señor Gómez-Ferrer Morant formulado a la primera de ellas.

En consecuencia, y de cara a nuestro estudio, conviene hacer en este momento dos precisiones.

En primer lugar, que en virtud de la identidad sustancial de las pretensiones procesales deducidas en las diversas cuestiones de inconstitucionalidad, el desarrollo argumental y doctrinal se contiene en la primera de las señaladas sentencias, la de 4 de febrero de 1983, y a ella nos remitiremos como objeto de nuestro análisis.

Y, en segundo lugar —y esto es trascendente en orden a la doctrina contenida en la STC 6/83, de 4 de febrero, por las implicaciones *pro futuro* que pueden derivarse—, que la decisión constitucional en los procesos resueltos a virtud de las STC 41/83, de 18 de mayo, y 51/83, de 14 de junio, trae causa (como se reitera en ambas sentencias) de las providencias de 24 de noviembre de 1982 y 26 de enero de 1983, respectivamente, en cuya virtud el Tribunal Constitucional admitió a trámites las cuestiones de inconstitucionalidad núms. 432/82 y 29/83, amparándose en la circunstancia de que las cuestiones de inconstitucionalidad núms. 19 y 20 de 1982 no habían sido resueltas al tiempo de plantearse aquéllas, por lo que no les alcanzaban los efectos de la cosa juzgada dimanantes del artículo 38.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Acerca de la consideración crítica de la doctrina constitucional contenida en la sentencia de 4 de febrero de 1983 habremos de volver más adelante. No obstante, conviene desde este momento sentar una de las premisas básicas configuradoras de la tesis cen-

tral de esta exposición, referida al carácter legislativo de los Decretos-leyes.

La sentencia del Tribunal Supremo de 24 de diciembre de 1979 (Arz. 4427) señala que el Decreto-ley está dotado de idéntico rango jerárquico que la Ley formal, precisión ésta contenida en el artículo 86.1 CE («disposiciones legislativas») y que es reafirmada implícitamente en la sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de febrero de 1983, ya citada. En consecuencia, siendo el Decreto-ley una disposición con fuerza y rango de Ley, resulta evidente que el principio de reserva legal, consolidado histórica, doctrinal y constitucionalmente en materia tributaria, queda *a priori* cubierto suficientemente con el Decreto-ley, y en esta línea se incardina la sentencia del Tribunal Constitucional, que a partir del carácter no absoluto de la legalidad tributaria concluye que el artículo 86 «cierra el paso a cualquier regulación tributaria».

La eventual exclusión del Decreto-ley en las materias relativas al deber tributario ha de venir dada por la confrontación entre los argumentos esgrimidos por el Tribunal Constitucional (y la doctrina que, de un modo u otro, se alinea en esta dirección) y el examen de los factores interpretativos eventualmente excluyentes de tal posibilidad.

2. Como ya ha quedado señalado, existen dos posiciones doctrinales que polemizan en torno a la procedencia del Decreto-ley en materia tributaria.

La primera de ellas, representada, entre otros, por J. SALAS y un destacado sector de la doctrina tributarista (QUERALT, LASARTE), niega que el Decreto-ley pueda entrar a regular los tributos y en general los derechos y deberes de la sección 2.ª del capítulo 2.º del título I.

En su obra *Los Decretos-leyes en la Constitución española de 1978*, el profesor J. SALAS (5), a través de una interpretación literal y apoyándose en el dato del desarrollo de los debates parlamentarios en la elaboración de la Constitución, concluye que no es posible que el Decreto-ley entre a regular aspectos concernientes a los deberes y derechos recogidos en el título I y, entre ellos, al deber tributario.

Frente a esta tesis, los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ restringen el ámbito vedado al Decreto-ley a los derechos y libertades de la sección 1.ª del capítulo 2.º del título I, por enten-

(5) Op. cit., pp. 53-59.

der que ampliar dicha prohibición a la sección 2.ª supondría dejar sin contenido material la figura del Decreto-ley, dada la natural *vis expansiva* de los derechos y libertades. Aduciendo el argumento del artículo 28.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1979, entienden que «la excepción debe detenerse en la materia propia de las leyes orgánicas, que (...) no cubre todo el campo de la reserva de ley, excepción que encuentra una justificación institucional clara» (6).

En idéntico sentido y aportando una serie de argumentos que más abajo tendremos ocasión de rebatir, se pronuncia el profesor F. PÉREZ ROYO (7).

3. En el inicio de nuestro desarrollo argumental parece necesario comenzar por el análisis del *iter* constitucional para entrever los posibles elementos interpretativos que el proceso de elaboración de la Constitución puede aportar.

En el Anteproyecto de Constitución publicado en el «Boletín Oficial de las Cortes» («BOC») el día 5 de enero de 1978 y en su artículo 78.1, se decía:

«En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes, que regulen materias enumeradas en el artículo 72 y no afecten a la ordenación de las instituciones del Estado, los derechos y libertades de los ciudadanos regulados en el título II ni al régimen de los Territorios Autónomos.»

A su vez, en el título II, que llevaba por epígrafe «De los derechos y deberes fundamentales», se contenía el capítulo 2.º («De las libertades públicas»), en cuyo artículo 26.2 se disponía:

«Sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales con arreglo a una ley.»

Como resulta fácilmente constatable, la voluntad manifiesta del legislador constituyente, en esta primera redacción, era la de excluir el Decreto-ley de la regulación de los derechos y libertades,

(6) Vid. *Curso de Derecho administrativo*, cit., p. 143.

(7) Véase su trabajo «Las fuentes del Derecho tributario en el nuevo ordenamiento constitucional», en *Hacienda y Constitución*, cit., pp. 13-49, en especial pp. 30-33.

entre los cuales se incluía el deber tributario, pues sistemáticamente no se hacía diferencia alguna, al quedar incluido el mismo entre las libertades públicas del capítulo 2.º.

En el Informe de la Ponencia, publicado en el «BOC» del día 17 de abril de 1978, se introdujeron ciertas modificaciones.

El anterior título II pasa a ser el nuevo título I («De los derechos y deberes fundamentales»), dentro del cual el capítulo 2.º («Libertades y derechos») se escinde en dos secciones, la primera, que lleva por denominación «De las libertades públicas», y la segunda bajo el epígrafe «De los derechos y deberes de los ciudadanos», en cuyo artículo 30.2 (anterior art. 26) se recoge el deber tributario.

La modificación traía causa de la aceptación de la enmienda núm. 332 del Grupo Socialista del Congreso, justificada por razones de mejor colocación sistemática y material de los artículos. Pero decisiva fue la enmienda núm. 779 del Grupo de UCD, no tanto por razones de orden sistemático cuanto por la alteración que conllevaba en el régimen de garantías. Así, el anterior artículo 45 pasa a ser ahora el artículo 48, quedando reducida la protección reforzada (procedimiento preferente y sumario y recurso de amparo) del que a la postre sería el definitivo artículo 53.2 CE a los derechos y libertades de la sección 1.ª del capítulo 2.º del título I, entre los que no se incluía el deber tributario.

El equívoco que pudo deslizarse a propósito de la viabilidad de la figura del Decreto-ley en relación con la regulación de los derechos y deberes de la sección 2.ª del capítulo 2.º estribaba en el mantenimiento en el nuevo artículo 79.1 (anterior art. 78.1) de la expresión «derechos y libertades de los ciudadanos», dado que en el mismo no se efectuó la correlativa modificación congruente con el verdadero propósito de la enmienda, que iba encaminada a excluir el ámbito de los derechos y deberes de la sección 2.ª del capítulo 2.º del régimen especial de garantías jurisdiccionales a que más arriba se ha hecho mención, y no a permitir la inmisión del Decreto-ley en dicho ámbito.

Obsérvese que dicha expresión era coherente con la anterior colocación sistemática de los artículos referentes a las libertades y derechos de los ciudadanos, dada la indiferencia con que eran contemplados en el capítulo 2.º del título I, pero no así con la nueva ordenación de dicho capítulo 2.º, escindido en dos secciones. De este modo pudo pensarse que en determinado momento del proceso constituyente latía la idea de permitir la regulación por De-

creto-ley de ciertos derechos y deberes, y en particular del deber tributario, conclusión ésta perfectamente legítima a tenor de una interpretación literal del artículo 79.1 en relación con la disposición sistemática del capítulo 2.º del título I.

Tal planteamiento estuvo sin duda presente a la hora de proponer y aceptar una enmienda *in voce* en el curso de los debates de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, en virtud de la cual se introdujo en el artículo 85.1 (anteriores arts. 78.1 y 79.1) la palabra «deberes», con la evidente intención de excluir al Decreto-ley de la regulación de los derechos y deberes de la sección 2.ª del capítulo 2.º, tesis ésta ratificada por cuanto parece que el alcance de la enmienda iba dirigido en un principio únicamente a dejar excluido el deber tributario del ámbito del Decreto-ley.

Sea como fuere resurgió de nuevo la idea inicial del Anteproyecto, que no sufrirá más alteración en el curso de los ulteriores trámites parlamentarios que los derivados de la mera colocación de los artículos en los sucesivos textos del *iter* constitucional, de resultas del cual es el definitivo artículo 86.1, a cuyo tenor el Decreto-ley resulta excluido de la regulación de «los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I».

4. Una vez que hemos constatado cómo el desarrollo de los debates parlamentarios a lo largo del proceso constituyente estuvo presidido por el propósito de marcar la exclusión del Decreto-ley respecto del ámbito tributario, procede entrar a examinar las razones aducidas por un cualificado sector de la doctrina administrativa y tributarista en orden a defender la constitucionalidad de un Decreto-ley que eventualmente regulase la materia tributaria y que, en general, entrara a conocer de los derechos y deberes de la sección 2.ª del capítulo 2.º.

Para los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ (8) el ámbito de la prohibición en relación con el Decreto-ley queda constreñido a los derechos y libertades de la sección 1.ª del capítulo 2.º del título I del texto constitucional, ámbito coincidente con el reservado a la Ley Orgánica (art. 81.1 CE), y ello en virtud de la natural *vis expansiva* de los derechos y libertades, que haría que, de extenderse la prohibición a todo el capítulo 2.º, el Decreto-ley se viera privado de toda virtualidad práctica.

(8) Vid. su *Curso...*, cit., p. 143.

Una tesis tal, plausible sin duda desde una concepción institucional coherente de nuestro sistema de fuentes, no es, sin embargo, conforme al dato estrictamente normativo, esto es, desde una perspectiva de *lege data*, y ello por cuanto toda interpretación correctora, como es la que proponen estos ilustres profesores, entraña el evidente peligro de desnaturalización de la primigenia finalidad de una norma, riesgo que se incrementa cuando, como en este caso, nos encontramos ante la norma suprema del ordenamiento jurídico.

En segundo lugar se acude, en apoyo de la tesis reseñada, al artículo 28.2 LOTC, precepto según el cual «el Tribunal podrá declarar inconstitucionales por infracción del artículo 81 de la Constitución los preceptos de un Decreto-ley (...) en el caso de que hubieran regulado materias reservadas a Ley orgánica o impliquen modificación o derogación de una ley aprobada con tal carácter, cualquiera que sea su contenido».

A mi juicio, la referencia a este artículo 28.2 no deja de plantear graves carencias, y ello por las siguientes razones.

En primer lugar, el inciso final de este precepto de la LOTC supone la congelación de la materia regulada por una ley aprobada con el carácter de orgánica, aun cuando la misma no esté incluida entre los supuestos del artículo 81.1 de la Constitución, por lo que puede concluirse que el criterio estrictamente formal del artículo 28.2 LOTC es contrario al criterio material del núm. 1 del artículo 81 del texto constitucional.

En tal sentido ha venido a pronunciarse precisamente uno de los sustentadores de la tesis restrictiva sobre el ámbito de prohibición del Decreto-ley, el profesor T. R. FERNÁNDEZ (9). Este autor, desde una concepción sustancialista y material de la ley, que entronca con las más prístinas raíces del principio de legalidad como expresión suprema de la voluntad general y autonormación de la comunidad sobre sí misma, formula una dura crítica de la figura de la ley orgánica en cuanto categoría formal que desvirtúa el sentido originario de la ley en el constitucionalismo moderno de cuño liberal occidental y restringe, de hecho, el poder supremo del legislador, opuesto a cualquier tipo de autovinculación.

Dado que la figura se ha plasmado al más alto nivel normativo, continúa FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, no resta sino interpretar restrictivamente el ámbito de la institución, y, en consecuencia, pronun-

(9) T. R. FERNÁNDEZ, *Las leyes orgánicas y el bloque de la constitucionalidad*, Ed. Civitas, Madrid, 1981.

ciarse en contra de cualquier tipo de conceptualización formalista, esto es, relativa al procedimiento de elaboración, de las leyes orgánicas. Sólo entendiendo tal categoría como elemento normativo de regulación de un ámbito material muy acotado (art. 81 y conexos CE), puede darse cumplida satisfacción a las exigencias institucionales que persigue en este aspecto la Constitución. Para concluir, dice T. R. FERNÁNDEZ, el artículo 28.2 LOTC, en cuanto consagra solapadamente un principio de carácter estrictamente formal ha de entenderse que contradice el sentido del artículo 81 CE, por lo que tal contradicción se traduce en la inconstitucionalidad del precepto de la LOTC o bien su inaplicabilidad como apoyo argumental. Y en este mismo sentido parece que se orienta la interpretación jurisprudencial que de las leyes orgánicas ha hecho ya el Tribunal Constitucional (10).

Pero aún más. Sin cuestionar en este momento la constitucionalidad del criterio consagrado en el artículo 28.2 LOTC, la asunción de este precepto como criterio interpretativo sustentador de la concepción restringida del ámbito de exclusión del Decreto-ley, constreñido tal ámbito a la sección 1.ª del capítulo 2.º del título I, resulta, a mi entender, inadecuada.

Si no hemos entendido mal el pensamiento de los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, a que más atrás nos hemos referido, la apelación al artículo 28.2 LOTC no resulta, como a primera vista pudiera parecer, contradictorio con su propia categorización de la ley orgánica como instrumento legislativo definido desde una perspectiva estrictamente material. Y ello porque cuando los citados profesores defienden la exclusión del Decreto-ley única y exclusivamente del ámbito reservado a la ley orgánica, lo hacen en base a una argumentación impecable a partir de sus propios presupuestos. Tal argumentación a lo que se nos alcanza es del siguiente tenor: puesto que el artículo 28.2 LOTC tipifica como inconstitucionales sólo aquellos Decretos-leyes que hayan re-

(10) La tesis apuntada, sostenida por los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ en su *Curso...*, cit., pp. 134-139, en el sentido de que la delimitación entre ley orgánica y ley ordinaria es competencial y no jerárquica o de rango, ha obtenido el respaldo del Tribunal Constitucional en diversas sentencias (entre ellas las de 13 de febrero de 1981 y 5 de agosto de 1983), de las que como botón de muestra extraemos un fragmento: «Que si es cierto que existen materias reservadas a leyes orgánicas (art. 81 CE), 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» (S. de 13 de febrero de 1981, citada por T. R. FERNÁNDEZ en *Las leyes orgánicas...*, cit., p. 91).

gulado materias reservadas a la ley orgánica por el artículo 81 CE, en la medida que tal precepto consagra un principio de carácter material cuya virtualidad se extiende a la regulación de los derechos y libertades contenidos en la sección 1.ª del capítulo 2.º del título I de la Constitución, por lo que hace referencia al alcance de la expresión «derechos fundamentales y libertades públicas» contenido en dicho artículo, afirmar, como lo hace el artículo 28.2 LOTC, la inconstitucionalidad del Decreto-ley que invadiese tal ámbito es tanto como sostener la viabilidad de un Decreto-ley que entrara a conocer, por exclusión respecto del ámbito en que opera su interdicción, de la sección 2.ª del capítulo 2.º del título I de la Constitución.

Ahora bien, del tenor literal del artículo 28.2 LOTC no puede extraerse la conclusión de que el Decreto-ley resulte excluido sólo del ámbito reservado a la ley orgánica. Ciertamente, tal prohibición existe, pero ello no se deduce de dicho artículo, sino del propio artículo 86.1 CE. El artículo 28.2 LOTC es un mero criterio interpretativo del que el Tribunal Constitucional puede valerse («El Tribunal podrá declarar») a la hora de apreciar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un texto normativo con rango y fuerza de ley, pero su eficacia no implica que el Decreto-ley sólo tenga vedada su inmisión respecto de las materias reservadas a la ley orgánica por el artículo 81.1 CE, pues ello sería contradictorio con el inciso final del artículo 28.2 LOTC («cualquiera que sea su contenido»), ya que a tenor del mismo sería perfectamente legítima la ley orgánica que regulase, v. gr., la materia tributaria, materia ésta vedada por el artículo 81 de la Constitución a tal instrumento normativo, según la concepción material de la ley orgánica que venimos admitiendo. Tal conclusión atentaría contra los postulados más elementales de la seguridad jurídica al dejar en manos de una decisión estrictamente política (el aprobar o no una ley con el carácter de orgánica) el ámbito material de la ley orgánica, lo que supondría que la delimitación del Decreto-ley no estaría definida a nivel constitucional, sino puramente legislativo.

En definitiva, todo nuestro razonamiento se ha orientado en la dirección de mostrar la improcedencia de recurrir al artículo 28.2 LOTC para defender una determinada concepción del Decreto-ley, puesto que el inciso final del mismo resulta radicalmente incompatible con la tesis de la ley orgánica como instituto determinado, no por un criterio formal, sino material o de competencia. En

la medida que dicho inciso final parece consagrar este criterio puramente formal o de quórum, apelar al artículo 28.2 LOTC resulta cuando menos incoherente, a no ser que lo entendamos, saltando por encima del tenor literal de las palabras, en el sentido más conforme a la Constitución, es decir, que el contenido de la ley orgánica no puede ser otro que el del artículo 81 de la Constitución (y ya sabemos que tal contenido está taxativamente predeterminado en función de criterios materiales o competenciales), con lo cual el inciso final quedaría vaciado de contenido. Además, tal interpretación, de suyo obvia (las normas han de ser, en todo caso, interpretadas de acuerdo con la Constitución), no deja de ser un mero propósito de buenas intenciones, y éstas no pueden erigirse evidentemente en criterio de interpretación jurídica.

En conclusión, de todo lo que antecede se desprende que la exclusión del Decreto-ley del solo ámbito reservado a la ley orgánica no puede fundamentarse en el artículo 28.2 LOTC, precepto éste que no puede servir de apoyo, en consecuencia, para defender la constitucionalidad de un Decreto-ley que incida frontalmente en la materia tributaria.

Por su parte, el profesor PÉREZ ROYO (11), en una línea concurrente con la de GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, ha realizado un esfuerzo argumental tendente a justificar el Decreto-ley en materia tributaria.

Sostiene este autor que una vez superada la óptica individualista del principio de reserva de ley tributaria y lejos de la conceptualización del deber de tributar con una visión restrictiva, no hay excesivos inconvenientes en admitir el Decreto-ley en el ámbito tributario, máxime cuando la institución tributaria no afecta al estatuto personal del ciudadano, estando dirigida la intervención del Parlamento a asegurar la publicidad de los debates en una función de composición de intereses.

A mi entender, éste es un razonamiento de carácter predominantemente político, no basado en categorías jurídicas. Es cierto que Derecho y Política se hallan estrechamente interconectados, hasta el punto que aquél no se concibe sino desde y por referencia a ésta. La interrelación Derecho-Política, especialmente en el ámbito del Derecho Público, fue resaltada hace ya años por TRIEPEL (12),

(11) Vid. *Las fuentes del Derecho tributario...*, cit., pp. 30-33.

(12) H. TRIEPEL, *Derecho público y política*, Ed. Civitas, Madrid, 1974, traducción y prólogo de J. L. CARRO. Se trata del discurso de toma de posesión del rectorado de la Universidad Federico Guillermo, de Berlín, el 15 de octubre de 1926

que señalaba la imposibilidad de estudiar el Derecho Público con categorías estrictamente jurídicas. Mas es igualmente cierto que el análisis jurídico, aun cuando haya de tomar en consideración aquellos postulados, no puede conceptuarse como un puro voluntarismo, ya que se halla investido de la suficiente consistencia como para reclamar una específica autonomía científica, a partir del arsenal interpretativo de que viene dotado, la lógica y la hermenéutica jurídicas, criterios que, en todo caso, y en base a la necesaria relación interdisciplinaria, han de ser coherentes con los datos de la Historia y la Sociología Política. Y no por ello creemos que pueda ser lícito calificar tal postura como positivista, con toda la carga ideológica que dicha expresión comporta. Antes bien, nos atreveríamos a calificarla como institucional o principialista, en conexión con la catalogación del saber de los juristas como verdadera ciencia jurídica, cuyo objetivo es descubrir la lógica interna y sistemática del mundo normativo desde una concepción de principios o institucional y cuyo propósito no es tanto obtener verdades ciertas cuanto conclusiones aceptables (13).

En todo caso es indudable que el no disimulado recelo de los constituyentes hacia la figura del Decreto-ley, motivado sin duda por el abuso del mismo en el régimen franquista, pretendió ser contrarrestado en el texto constitucional con la introducción del debate parlamentario. Mas si se observa el artículo 86.2 CE, tal debate tiene un carácter esencialmente político y de control. Residiendo en último extremo la potestad legislativa del Estado en las Cortes Generales (art. 66.2 de la Constitución) la intervención de éstas se pretendió configurar en términos de depuración de la potestad legiferante y no tanto de decantación del ordenamiento jurídico. Se trataba básicamente de fiscalizar una utilización inadecuada por el Gobierno de los Decretos-leyes, pero esta finalidad latente en el razonamiento de PÉREZ ROYO no deja de constituir una argumentación en clave no jurídica, máxime si tenemos en cuenta que la intervención del Congreso (no de las Cortes Generales) se reduce a un debate y votación de totalidad sobre el conjunto del texto, con lo cual se hurta al Parlamento lo más genuinamente característico de la tramitación parlamentaria, justificador en sus orígenes del principio de la autoimposición tributaria, el debate en profun-

(13) En este sentido es de reseñar el magnífico comentario que en su libro *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Ed. Civitas, Madrid, 1981, hace el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA en el prólogo al mismo (pp. 19-34).

dad de los textos legales, con la subsiguiente posibilidad de introducción de enmiendas y textos alternativos.

Por otro lado, una afirmación tan categórica como la de que la institución tributaria no afecta al estatuto personal del ciudadano no deja de plantear serias dudas. Y ello porque el concepto de estatuto personal no está claramente definido en la doctrina (14), pues por él no cabe entender exclusivamente el conjunto de derechos y libertades de contenido individual atinentes a la esfera personal. Sin duda, aunque ya no revestida del ropaje con que apareció en sus orígenes, la propiedad conserva un último reducto de garantía de la propia libertad individual, por lo que el deber tributario, máximo exponente de la afección de la propiedad individual, incide en el propio ámbito de garantías personales, cuyo correlato jurídico se encuentra en el capítulo 2.º del título I de la Constitución, con independencia de la distribución sistemática interna de los diferentes derechos y libertades.

Un segundo argumento orientado a poner de relieve la improcedencia de la exclusión del Decreto-ley en materia tributaria se centra en el análisis de la naturaleza de la prestación tributaria. Teniendo en cuenta, razona el profesor PÉREZ ROYO, que el tributo no origina una prestación de consecuencias irreparables, interpretada *a contrario sensu* la interdicción del Decreto-ley respecto de otros supuestos del título I en que tal prohibición sí estaría justificada, cabe concluir que el Decreto-ley sería perfectamente admisible en materia tributaria.

Late sin duda en este planteamiento una encomiable preocupación por acentuar los criterios de carácter axiológico. Mas a la relatividad de lo que es o no irreparable se añade el insalvable obstáculo de la oposición entre lo que sería deseable y el material normativo que el Derecho positivo nos ofrece. Y en este sentido es evidente que la irreparabilidad de la prestación tributaria no puede ponerse en conexión con la prohibición de la confiscatoriedad del sistema tributario, pues deducir una correlación tal sería semejante a admitir el reconocimiento de cualquiera de los derechos y libertades de la sección 2.ª del capítulo 2.º del título I como dotado de un contenido arbitrario y exclusivamente formal.

(14) Una síntesis de las diferentes posiciones doctrinales en torno al significado de la garantía institucional del derecho de propiedad individual desde la óptica de la imposición puede verse en C. PALAU TABOADA, «La protección constitucional de la propiedad privada como límite al poder tributario», en el volumen colectivo *Hacienda y Constitución*, cit., pp. 277-320.

Finalmente, F. PÉREZ ROYO concluye reconociendo la posibilidad del Decreto-ley en materia tributaria porque de no ser así los efectos de la exclusión conducirían al absurdo, desde el momento que ninguno de los aspectos del deber tributario (y generalizando, nada de lo relativo a la sección 2.^a del capítulo 2.^o) podría ser regulado por Decreto-ley por accidental y coyuntural que pudiera parecer. A tal crítica, excesivamente maximalista, creo poder dar cumplida respuesta cuando aborde en concreto el tema del Decreto-ley 11/79, de 20 de julio.

5. Es éste el momento de abordar *in extenso* la importante doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia de 4 de febrero de 1983, referente a la constitucionalidad del Decreto-ley 11/79, de 20 de julio, impugnado sobre la base (por lo que aquí interesa) de la prohibición que el artículo 86 CE formula respecto de los Decretos-leyes en materia de derechos, deberes y libertades, doctrina que resulta especialmente reveladora en cuanto se contiene en ella el primer pronunciamiento del Tribunal Constitucional con relación a nuestro específico objeto de estudio: la viabilidad del Decreto-ley en materia tributaria.

La argumentación de este Alto Tribunal se desdobra, en armonía con las alegaciones formuladas, en una doble perspectiva:

— El análisis de la eventual inconstitucionalidad de carácter material del Decreto-ley 11/79, cuestión ésta conducida a través de la interpretación del sentido y alcance de los principios contenidos en el artículo 9.3 CE y en concreto de la eventual violación del principio de seguridad jurídica.

— El problema de la posible vulneración del artículo 86.1 de la Constitución, esto es, el tema de la legitimidad constitucional de la incidencia del Decreto-ley en la materia tributaria. Dicha problemática se aborda desde la consideración del principio de legalidad tributaria, de un lado, y desde el significado político-institucional del Decreto-ley a la luz de la Constitución de 1978, de otro. Y en conexión con la determinación de la extensión, alcance y límites de la figura normativa Decreto-ley, el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre dos cuestiones incidentalmente planteadas: el análisis del presupuesto de hecho del Decreto-ley y la sucesión lógica situación habilitante-normación emanada en orden a una hipotética inadecuación sobrevenida.

En la línea del presente trabajo el comentario de la sentencia debe constreñirse al segundo de los pronunciamientos explicitados

en la misma, sin perjuicio de verificar alguna matización en relación con el primero de ellos, sobre todo por la interrelación seguridad jurídica-normación producida por Decreto-ley, presente en el voto particular formulado por el magistrado Gómez-Ferrer Morant.

Desde este objetivo desarrollaremos nuestra argumentación al hilo del trabajo del catedrático de Derecho Financiero Carlos PALAO TABOADA, publicado en «Crónica Tributaria», a propósito de la sentencia de 4 de febrero de 1983 (15).

A mi juicio el Tribunal Constitucional incide en un error de partida al examinar la eventual inconstitucionalidad formal de la norma impugnada, error consistente en dissociar el planteamiento de la cuestión reseñada, desdoblándolo en «dos subcuestiones preliminares» para analizarlas por separado: la determinación del sentido y alcance del principio de legalidad en materia tributaria y el significado institucional de los Decretos-leyes en el texto constitucional.

Y este aserto es plenamente justificable por cuanto al señalar el Tribunal Constitucional que «en el sistema constitucional español no rige de manera absoluta el principio de legalidad para todo lo atinente a la materia tributaria y que la reserva de ley se limita a la creación de los tributos y a su esencial configuración» (fundamento jurídico 6.º), hace derivar la legitimidad constitucional del Decreto-ley en materia tributaria, siempre que no afecte a los derechos, deberes y libertades del título I de la Constitución. Y esta limitación contenida en el artículo 86.1 CE queda salvaguardada desde el momento en que el principio de legalidad tributaria, esto es, la regulación por ley de las cuestiones tributarias, se reduce a «la creación *ex novo* de un tributo y la determinación de los elementos esenciales o configuradores del mismo» (fundamento jurídico 4.º).

En consecuencia, puesto que el Decreto-ley 11/79 se ha limitado a dar una nueva regulación a determinados aspectos de un tributo ya creado, la contribución territorial urbana, no cabe plantear objeción alguna a la validez de dicha figura normativa.

A propósito de esta argumentación me gustaría hacer una serie de consideraciones.

En primer lugar, el planteamiento del principio de legalidad en materia tributaria se enfoca desde la dualidad ley-reglamento (o

(15) Vid. a este respecto C. PALAO, *Comentarios a la sentencia de 4 de febrero de 1983*, publicado en el núm. 43 de «Crónica Tributaria» (1982), pp. 163-179.

legislación delegada) y no, como a mi juicio debería hacerse desde un correcto entendimiento de la institución a la luz de la Constitución, desde la delimitación competencial ley ordinaria (por cuanto la ley orgánica queda excluida a virtud del art. 81.1 CE)-Decreto-ley, máxime si consideramos que la cuestión que se trata de dilucidar es la viabilidad constitucional del Decreto-ley en materia tributaria.

En segundo lugar, y aquí conectamos con la segunda de las cuestiones analizadas por el Tribunal Constitucional, el significado político-jurídico del Decreto-ley en la Constitución española, la inmisión jurídicamente válida del Decreto-ley en la regulación del deber tributario ha de merecer este juicio siempre y cuando el Decreto-ley no proceda a «la creación *ex novo* de un tributo y la *determinación de los elementos esenciales o configuradores del mismo*» (16). Entiende el Tribunal Constitucional que tal prohibición no queda transgredida por la «supresión de las exenciones o su reducción o la de las bonificaciones, porque esto no constituye alteración de los elementos esenciales del tributo» (fundamento jurídico 6.º).

La contradicción en que incurre el Tribunal Constitucional es a mi entender palmaria y ello porque aun cuando alude a la determinación de los elementos esenciales del tributo (ámbito éste al que se extiende la interdicción del Decreto-ley) no precisa qué entiende por «elementos esenciales y configuradores del tributo». Y es hoy comúnmente aceptado por la doctrina tributarista más cualificada que entre los elementos esenciales del tributo han de entenderse comprendidos la base imponible y la cuota tributaria, por lo que no se entiende muy bien la afirmación del Tribunal Constitucional en el sentido de que la supresión de las exenciones o su reducción o la de las bonificaciones no constituye alteración de elementos esenciales del tributo.

En tercer lugar y siendo esencialmente correcto el punto de arranque del Tribunal Constitucional a la hora de justificar la constitucionalidad del Decreto-ley en materia tributaria (su incidencia en este ámbito a tenor del art. 86.1 CE) discrepo en cuanto a la interpretación que se da respecto del alcance y sentido de la afectación de los derechos, deberes y libertades del título I. Dejo simplemente apuntada esta cuestión para abordarla posteriormente con mayor profundidad.

(16) El subrayado es nuestro.

Por otro lado, en el voto particular a la citada sentencia se mezclan, a mi juicio indebidamente, dos cuestiones, incidiendo aunque por camino distinto en el mismo error que expresa la opinión mayoritaria del Tribunal. Tras afirmar el magistrado Gómez-Ferrer que el citado Decreto-ley 11/79 viola el principio de seguridad jurídica por afectar «a la confianza de los ciudadanos en el Estado» (n. 4 del voto particular), pues no hay que olvidar que el tema de fondo que promovió la cuestión de inconstitucionalidad fue la reducción o supresión de ciertos beneficios fiscales concedidos por la normativa anterior, lo que según el Tribunal supone algo más que una expectativa de que se mantenga la legislación vigente, hace derivar la inconstitucionalidad del mismo de una razón puramente formal: «Medida tan importante excede a mi juicio del posible ámbito del Decreto-ley, de acuerdo con el artículo 86.1 de la Constitución, que prohíbe expresamente que el mismo afecte a los deberes de los ciudadanos a que se refiere su título I.»

Dicho magistrado reproduce el contenido del artículo 86.1, pero en su argumentación dicho artículo no tiene sino una muy forzada cabida por cuanto en el artículo 86.1 se alude a los «derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I», pero no a los principios que recoge el artículo 9.3 de la Constitución, ubicado sistemáticamente en el título preliminar del vigente texto constitucional.

A mayor abundamiento, la legitimidad constitucional del Decreto-ley en lo referente a su eventual inmisión en el ámbito del artículo 31.3 CE no debe reconducirse hacia la siempre muy discutible «gravedad» de una regulación jurídica, aunque hay que tener en cuenta que el parecer de este magistrado se constriñe a analizar un punto muy concreto, la constitucionalidad de la disposición transitoria impugnada, por lo que son evidentes los riesgos inherentes a la generalización de tal tipo de doctrina. A mi entender, y como he expuesto con anterioridad, sólo desde la correcta delimitación competencial del Decreto-ley puede analizarse la cuestión planteada, y no en los términos en que la misma se hace.

6. De todo lo expuesto hasta ahora, y sin perjuicio de aludir al tratar de los mecanismos jurídicos de reacción frente al Decreto-ley 11/79 a las dos cuestiones incidentalmente planteadas por el Tribunal Constitucional en la sentencia de 4 de febrero de 1983 relativas al presupuesto de hecho contenido en el artículo 86.1 CE, se deduce que los argumentos en contra de la constitucionalidad

de un Decreto-ley que regule materias comprendidas en el capítulo 2.º, sección 2.ª, del título I de la Constitución son más sólidos y concluyentes que los que abogan en favor de su viabilidad.

III. EL DECRETO-LEY 11/79, DE 20 DE JULIO SOBRE MEDIDAS URGENTES DE FINANCIACIÓN DE LAS HACIENDAS LOCALES

1. Del análisis efectuado en el epígrafe anterior podría extraerse una primera conclusión, según la cual todo Decreto-ley que entrase a conocer de materias comprendidas en la sección 2.ª del capítulo 2.º del título I resultaría anticonstitucional, conclusión extensible al Decreto-ley que comentamos y que afecta al contenido del deber tributario por lo que se refiere a las Haciendas locales.

Una correcta comprensión del ámbito material del Decreto-ley requiere partir del examen del propio artículo 86.1 de la Constitución. Según este precepto el Decreto-ley no «podrá afectar a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I».

El término polémico en esta redacción es, a mi juicio, el verbo «afectar», que ha pasado hasta cierto punto inadvertido, cuando no mal interpretado, por la doctrina.

Para J. SALAS el término afectar no sólo excluye la regulación frontal por el Decreto-ley de la materia tributaria, sino cualquier tipo de normación. Entiende el citado autor que la primera conclusión sería aceptable si el vocable utilizado fuese el de «regular», mas no ocurre lo propio con el de «afectar». Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que este último no implica determinación alguna sobre el ámbito de afección, en tanto que el término «afectar», entendido no sólo en su literalidad, supone que la regulación ha de incidir en el ámbito esencial del derecho, en aquellos aspectos que por su relevancia son revestidos de la protección consistente en garantizar su desarrollo a un cierto tipo normativo y, por lo que aquí interesa, excluirlos del tipo normativo Decreto-ley.

En consecuencia, un Decreto-ley sólo resultará inconstitucional cuando pretenda regular aspectos esenciales del deber tributario, esto es, aquellos que hacen referencia a la identidad y entidad de la obligación tributaria (hecho imponible, sujeto pasivo, base imponible, cuota). Tal ámbito vendría a identificarse con los aspectos

cubiertos por el principio de reserva de ley, entendida la ley en sentido formal. En este sentido se pronuncia J. M. QUERALT (17).

Sólo así es posible compatibilizar las exigencias constitucionales con la finalidad primigenia del Decreto-ley, esto es, atender a la regulación de supuestos de extraordinaria y urgente necesidad, tal como reza el presupuesto habilitante del artículo 86.1 CE y superar el inconveniente constitucional derivado de la exclusión *a priori* del Decreto-ley en materia tributaria. Tal exclusión, que por razones de operatividad podría ser cuestionada de *lege ferenda*, ha de ser sin embargo aceptada y, en la medida de lo posible, corregida. Y tal corrección ha de venir por el camino apuntado, que es el único que permite aprehender las exigencias de la institución tributaria sin vulnerar con ello el propio texto constitucional.

Sentado lo anterior, estamos ahora en condiciones de pronunciarnos acerca de la constitucionalidad del Decreto-ley 11/79, una vez que hemos concluido en la interdicción del Decreto-ley respecto de la regulación innovativa de los diferentes tributos.

2. Tal como se reconoce en la exposición de motivos, la razón determinante de la publicación del Decreto-ley fue atender a las imperiosas y acuciantes necesidades de financiación de las Haciendas locales, que se encuentran en situación caótica, lastrada por el peso de una gestión municipal inadecuada. Según esto quedaría cubierto el imperativo constitucional del presupuesto de hecho del artículo 86.1 CE.

Adentrándonos ahora en el examen de su contenido, a fin de verificar si del mismo se extrae algún dato que permita afirmar que su regulación se ha extendido a los aspectos esenciales del deber tributario, los que definen la identidad y entidad de la obligación tributaria, podremos apreciar si se puede concluir o no en su inconstitucionalidad.

El artículo 1.º se refiere a la actualización de los valores catastrales de la Contribución Territorial Urbana; en el artículo 2.º-2 se fija la cuantía de la renta catastral, procediéndose en el artículo 5.º a establecer una serie de exenciones, reducciones y bonificaciones en la Contribución Territorial Urbana. Los artículos 6.º y 7.º contemplan un aumento de los recargos municipales de la licencia fiscal de profesionales y artistas. En otros artículos se prevén incrementos de los tipos de gravamen de diversos impuestos, la extensión del hecho imponible, etc.

(17) Vid. J. M. QUERALT, *La ordenación...*, cit., pp. 553-564.

En conclusión: se trata de preceptos cuyo denominador común es la afección del contenido de la obligación tributaria, lo que hemos denominado entidad de la misma. Supuesto que es un elemento esencial del deber tributario, excluido del Decreto-ley, cabe concluir que por infringir el artículo 86.1 CE en relación con el artículo 31 resulta inconstitucional.

Idéntico juicio no puede producirse respecto de los artículos 11 a 17 del Decreto-ley, ya que los mismos se refieren a aspectos tales como la ordenación presupuestaria municipal y el procedimiento de gestión de dichos presupuestos, por lo que al no afectar específicamente al contenido de la obligación tributaria de los ciudadanos sino tratarse de normas dirigidas a una correcta gestión municipal, las mismas no están vedadas al Decreto-ley, que en consecuencia podrá entrar a regularlas.

IV.—LA CONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO-LEY DE 20 DE JULIO DE 1979 A LA LUZ DE LOS ELEMENTOS CONFIGURADORES DEL DECRETO-LEY: EN PARTICULAR, EL PRESUPUESTO DE HECHO HABILITANTE Y LA NATURALEZA DEL DECRETO-LEY CONVALIDADO. LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD COMO EVENTUAL REMEDIO PROCESAL

1. Aceptada como primera conclusión la inconstitucionalidad de los preceptos del Decreto-ley 11/79, de 20 de julio, que regulan el contenido de la obligación tributaria de diversos impuestos municipales, la declaración de inconstitucionalidad compete al Tribunal Constitucional, de conformidad con los artículos 161.1.a) y 163 CE y preceptos concordantes de la LOTC, pudiendo promoverse la declaración de inconstitucionalidad, bien a través del recurso de inconstitucionalidad, bien mediante la llamada cuestión de inconstitucionalidad, tal como reza el artículo 29.1 LOTC.

Así, pues, en orden a una posible reconsideración del tema por el Tribunal Constitucional en el concreto caso que aquí analizamos, el planteamiento de un recurso de inconstitucionalidad es de todo punto inviable, puesto que la caducidad del plazo para la interposición del mismo (3 meses) veda de entrada toda posibilidad en tal sentido. Tal cuestión, por evidente, no requiere de mayores comentarios.

La única vía utilizable, pues, es la de la llamada cuestión de inconstitucionalidad. Según el artículo 163 de la Constitución:

«Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso que una norma con rango de ley aplicable al caso de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos»,

concretándose en los artículos 35 a 37 LOTC el régimen jurídico de la cuestión de inconstitucionalidad.

Dicha vía podrá ser accionada en el curso de un proceso judicial pudiéndose plantear la cuestión de oficio o a instancia de parte.

Concluido el procedimiento de liquidación tributaria y una vez cumplidos los requisitos de la reclamación económico-administrativa, al acceder el recurso a la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Territorial correspondiente podrá plantearse la cuestión de inconstitucionalidad, que de ser estimada en el sentido propugnado en este trabajo producirá los efectos que señala el artículo 38 LOTC, desapareciendo los preceptos del Decreto-ley en cuestión del mundo de lo jurídico.

2. Esta ha sido en definitiva la vía accionada en las tres sentencias del Tribunal Constitucional a que hemos hecho referencia.

No obstante, por haberse fallado en sentido contrario al que aquí defendemos, la cuestión que es necesario dilucidar estriba en la posibilidad de que en el futuro el Tribunal Constitucional a través de la consideración de factores no contemplados o cuando menos simplemente reseñados en la sentencia de 4 de febrero de 1983 pueda llegar a conclusiones diferentes.

En este sentido y con carácter previo es preciso discernir la viabilidad procesal de futuros pronunciamientos del Tribunal Constitucional atinentes a la constitucionalidad del Decreto-ley en materia tributaria, y en concreto, por lo que hace referencia al instituto de la cosa juzgada, determinar si eventuales cuestiones de inconstitucionalidad planteadas a propósito de ejercicios fiscales posteriores a 1980 (recordemos que el Tribunal Constitucional admitió a trámite las cuestiones de inconstitucionalidad 432/82 y 29/83 en base a la no resolución de las cuestiones núms. 19 y 20/82, que dieron lugar a la STC de 4 de febrero de 1983, al tiempo de la presentación ante el Tribunal de las mismas) pueden ser declaradas

inadmisibles por el Tribunal Constitucional a tenor de los artículos 37.1 y 38.2 LOTC. Transcribimos este último precepto:

«Las sentencias desestimatorias dictadas en recursos de inconstitucionalidad impedirán cualquier planteamiento ulterior de la cuestión en la misma vía fundado en infracción de idéntico precepto constitucional.»

La interpretación de este precepto de la LOTC ha sido objeto de viva polémica entre los autores, habiendo sido criticado por un destacado sector doctrinal (18).

A mi entender y por lo que hace referencia al supuesto contemplado, dicha norma no es óbice para el planteamiento de futuras cuestiones de inconstitucionalidad fundadas en la infracción del precepto constitucional contenido en el artículo 86.1 CE en relación con el artículo 31.3 CE (alegados, entre otros, en los procesos referidos). Y ello por una interpretación sistemática de los distintos apartados del artículo 38, incardinado en el capítulo IV, título II, de la LOTC, relativo a los efectos de las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad. Cuando el núm. 2 del artículo 38 alude a los «recursos de inconstitucionalidad» se está refiriendo a una de las dos vías procesales a través de las que puede instarse la declaración de inconstitucionalidad, como resulta del artículo 29.1 LOTC.

Por consiguiente, el alcance de la expresión «recurso de inconstitucionalidad» del núm. 2 del artículo 38 tiene el sentido restringido que en la LOTC se atribuye al procedimiento de declaración de inconstitucionalidad explicitado en el artículo 29.1.a) LOTC. Dicha tesis queda confirmada por cuanto el núm. 3 del artículo 38 LOTC se refiere *in concreto* a los efectos de la sentencia recaída en cuestión de inconstitucionalidad.

En consecuencia, cuando el Tribunal Constitucional alude a los posibles efectos de cosa juzgada de la sentencia de 4 de febrero de 1983, que no hace extensibles a las sentencias de 18 de mayo y 14 de junio de 1983 por las razones ya expresadas, está apuntando, a mi juicio, en la dirección del artículo 37.1 LOTC y no del artículo 38.2 de dicha ley, por cuanto todas las cuestiones de inconstitucionalidad resueltas en las tres sentencias mencionadas impugnaban la constitucionalidad de un mismo precepto, la disposición transi-

(18) Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., pp. 156-159.

toria 2.ª b) del Decreto-ley 11/79, de 20 de julio. Este extremo requiere, siquiera sea someramente, una cierta atención.

El artículo 37.1 LOTC declara que el Tribunal Constitucional podrá decretar la inadmisión de una cuestión de inconstitucionalidad cuando fuere notoriamente infundada la cuestión suscitada. Tal inadmisión no puede retrotraerse, a mi entender, a la eficacia de la cosa juzgada, por cuanto ésta se contempla, no en el artículo 37.1, sino en el artículo 38.2, en relación con el núm. 1 del mismo precepto de la LOTC. Por el contrario, en el supuesto del artículo 37.1 LOTC se alude a la inidoneidad de la cuestión planteada para merecer un pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional, inidoneidad que podrá basarse en múltiples causas, pero que en definitiva tiene como común denominador la inexistencia de un sustrato suficiente de carácter material que pueda concluir en una sentencia del Tribunal Constitucional. Y este supuesto es radicalmente distinto del alcance de la cosa juzgada que proclaman los artículos 164 CE y 38.1 LOTC, y que en relación con el Tribunal Constitucional no tiene otra virtualidad que la vinculación respecto del fallo y no de la *ratio decidendi* del mismo, pues de aceptarse esta última solución se impediría el planteamiento de ulteriores cuestiones de inconstitucionalidad (19).

Por tanto, resuelto este eventual obstáculo procesal quedan por concretar los argumentos de fondo o razones materiales invocables en futuras cuestiones de inconstitucionalidad tendentes a obtener la abrogación del Decreto-ley por infracción del artículo 86.1 CE en relación con el artículo 31.3 del texto fundamental, y en los términos más atrás expresados.

Este apoyo argumental nos viene proporcionado por la misma sentencia de 4 de febrero de 1983. En efecto, al referirse al presupuesto de hecho habilitante del Decreto-ley, el Tribunal Constitucional señala que el carácter de «disposiciones legislativas provisionales» que le atribuye a la figura normativa en cuestión el artículo 86.1 CE no significa que el Decreto-ley se someta «a un plazo de vigencia tras el cual deba quedar derogada su regulación» (fundamento jurídico 7.º), pues la delimitación temporal de su vigencia no es un carácter consustancial al Decreto-ley, afirmación ésta que ha de entenderse en conexión con el carácter flexible que el Tribu-

(19) En esta dirección se orienta el reciente libro de R. BUCANEGRA, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, IEAL, Madrid, 1982, y que ha sido objeto de una muy interesante recensión por parte de I. DE OTTO en «Revista Española de Derecho Constitucional», núm. 6 (1982), pp. 325-334.

nal Constitucional atribuye a la situación fáctica habilitante del Decreto-ley (fundamento jurídico 5.º).

Ahora bien, y aquí se sitúa la clave de bóveda de toda la cuestión, lo anterior no empece la inconstitucionalidad de un Decreto-ley por inadecuación sobrevenida entre la situación habilitante y la normación producida. Dicho con palabras del Tribunal: «Se puede afirmar que no existe la necesaria adecuación entre la situación de necesidad habilitante y la regulación normativa producida, si a causa de la necesidad de dotar de medios y recursos financieros a las Corporaciones locales en su primer período de funcionamiento postconstitucional se estableciera una regulación (...) que adquiriera carácter permanente y normal.»

Es evidente, a tenor del texto transcrito, que el punto crucial es la concreción del sentido y alcance de las expresiones «permanencia» y «normalidad». A este respecto discrepo de la opinión del profesor PALAO, quien, ante el carácter difícilmente asible de los términos del Tribunal Constitucional, interpreta dichas expresiones señalando que «quizá lo que ha querido decir el Tribunal Constitucional es que no puede tomarse como pretexto la urgencia respecto de una determinada regulación para dictar una disposición que desborde los límites de ésta», en base a un apoyo literal en la frase «si a causa de la necesidad...». Sin embargo, como reconoce a continuación, de ser éste el sentir del Tribunal Constitucional la conclusión sería errónea, pues en tal supuesto no estaríamos ante una inadecuación sobrevenida, sino en presencia de una «insuficiencia originaria de esta habilitación» (20).

En todo caso, no deja de ser sorprendente el deseo del Tribunal Constitucional de configurar una vía de salida en un tema cuya resolución se ha verificado a mi entender en términos argumentales no demasiado convincentes. Negada la inconstitucionalidad del Decreto-ley en materia tributaria desde un análisis jurídico-formal en cuanto fuente adecuada para regular normativamente dicha materia, el desarrollo del fundamento jurídico 7.º se orienta hacia la consideración del presupuesto de hecho habilitante como único resorte accionable a la hora de declarar inconstitucional un Decreto-ley de estas o parecidas características. Lo que el Tribunal Constitucional denomina «tendencia a la permanencia y a la normalidad» del Decreto-ley no es, a mi juicio, sino la prolongación de la eficacia del mismo por un espacio temporal sensiblemente superior al que

(20) Vid. C. PALAO en *Comentarios...*, cit., p. 178.

quizá estaba en la mente del Gobierno, autor del Decreto-ley, cuando se propuso regular una materia a través de este instituto normativo. Y esta interpretación no es, como a primera vista pudiera parecer, contradictoria con la tesis del Tribunal Constitucional, en el sentido de que la «provisionalidad» del Decreto-ley no implica vigencia temporal limitada, pues dando a la literalidad de las palabras la significación que merecen, en consonancia con el criterio interpretativo del artículo 3.1 del Código civil, lo que se deduce de la afirmación del Tribunal Constitucional es, por un lado, el carácter flexible del presupuesto de hecho, y en segundo lugar, y esto es trascendente desde mi punto de vista, que la «extraordinaria y urgente necesidad» a que alude el artículo 86.1 CE como situación fáctica habilitante de la regulación por Decreto-ley de una determinada materia, ha de entenderse desde la contemplación de la materia concreta regulada por el Decreto-ley, esto es, la distinta entidad de cada materia impide tratar uniformemente la eventual inadecuación sobrevenida entre el presupuesto de hecho y la normativa emanada, y en este sentido apunta la frase «no queremos decir que todos los Decretos-leyes, que son 'disposiciones legislativas provisionales', según el texto del artículo 86 de la Constitución, tengan que quedar necesariamente sometidos a un plazo temporal de vigencia».

La tesis aquí mantenida encuentra una doble apoyatura interpretativa, cuyo hilo conductor es la idea más o menos velada de «provisionalidad» de los Decretos-leyes, aun cuando hayan sido convalidados por el Congreso.

En primer lugar, me refiero a la práctica constitucional habida a propósito de la interpretación conjunta y sistemática de los números 2 y 3 del artículo 86 CE.

En un primer momento se entendió que la consolidación en el ordenamiento jurídico de los Decretos-leyes dictados por el Gobierno en uso de la potestad que le confiere el artículo 86.1 CE podía instrumentarse a través de una doble vía alternativa y excluyente:

— La convalidación por el Congreso de los Decretos-leyes con arreglo a las prescripciones del artículo 86.2 CE.

— La tramitación durante el plazo establecido en el núm. 2 del artículo 86 de la Constitución de los Decretos-leyes como proyectos de ley con arreglo al trámite de urgencia.

De tal modo que si se optaba por la primera vía, la de la convalidación, ello excluía la ulterior tramitación del texto como proyecto de ley.

Esta interpretación, claramente insuficiente, dejaba irresueltas múltiples cuestiones, entre ellas la naturaleza jurídica del Decreto-ley convalidado. De ahí que en una segunda lectura se haya entendido que lo que prevé el artículo 86.2 y 3 CE son dos vías alternativas y potencialmente concurrentes, esto es, la convalidación no excluye la ulterior tramitación como proyecto de ley.

Dejado esto sentado, el problema que quedaba por resolver era determinar el sentido de la remisión al plazo de treinta días que el núm. 3 del artículo 86 hace para tramitar los Decretos-leyes por el procedimiento legislativo de urgencia. ¿Significaba tal vez que la vía del núm. 3 del artículo 86 decaía en el caso de que los Decretos-leyes no hubieran sido tramitados como proyectos de ley y sancionados y promulgados dentro del plazo de treinta días? O, por el contrario, ¿había que entender que en tal plazo sólo se exigía el acuerdo de tramitar los Decretos-leyes como proyectos de ley?

Esta última es la interpretación que a mi juicio ha venido a consagrar el artículo 151.4 del vigente Reglamento del Congreso de 10 de febrero de 1982, interpretación acorde con el texto constitucional y por lo demás irreprochable, pues no hay que olvidar que el plazo de treinta días resulta extraordinariamente reducido aun para el caso de la tramitación por el procedimiento de urgencia.

Como digo, esta segunda interpretación es la que ha acabado por imponerse, y así la práctica parlamentaria registra casos de Decretos-leyes convalidados luego tramitados como proyectos de ley. Así ha acontecido con el Decreto-ley de 16 de enero de 1981, convertido en la ley 40/81, de 28 de octubre de 1981, sobre el régimen jurídico de las Corporaciones locales, o el Decreto-ley de 23 de febrero de 1983, luego ley 7/83, de 29 de junio de 1983, de expropiación de los Bancos y demás Sociedades del grupo Rumasa, S. A.

¿Cual es el significado de esta práctica constitucional? A mi juicio no es otro que el de la conciencia por parte del legislador de la «provisionalidad» del Decreto-ley (en el sentido más arriba apuntado) y la necesidad de convertir este instrumento normativo, justificado por la «extraordinaria y urgente necesidad», determinante de su publicación, en ley para su plena integración y consolidación constitucional en el ordenamiento jurídico.

Y en segundo lugar, y conectando con la anterior argumentación, voy a referirme a la postura del Tribunal Constitucional, contenida en la sentencia de 31 de mayo de 1982 (21), mencionada por la de 4 de febrero de 1983, a propósito del tipo de norma resultante tras la convalidación del Decreto-ley por el Congreso. Por su claridad y fuerza expresiva reproduciremos alguna de las consideraciones del Tribunal Constitucional:

«En aquellos supuestos en que el Congreso de los Diputados se haya limitado a ejercitar sus competencias fiscalizadoras contempladas en el apartado 2.º del artículo 86 de la CE, sin acudir a la vía del núm. 3, no puede considerarse que el Decreto-ley se haya convertido en ley formal del Parlamento, tras el acuerdo de convalidación, sino únicamente que se ha cumplido con el requisito constitucional del que dependía la pervivencia en el tiempo, con fuerza y valor de ley, de la disposición producto del ejercicio de la potestad normativa extraordinaria que al Gobierno le reconoce la Constitución. En otras palabras, *el Decreto-ley no se transforma en ley, es decir, no cambia su naturaleza jurídica*» (fundamento jurídico 2.º) (22).

Puestas las anteriores afirmaciones en conexión con el criterio de la doble vía alternativa que prevé el artículo 86 en sus núms. 2 y 3 CE, la conclusión que puede extraerse es la que ya apuntamos al referirnos a la práctica constitucional de tramitar los Decretos-leyes convalidados por el procedimiento de urgencia. Sólo cuando el Decreto-ley se ha convertido en ley formal (núm. 3 del art. 86) es cuando puede decirse con propiedad que ha dejado de ser una norma «provisional» (art. 86.1 CE) dictada en atención a un supuesto de urgente necesidad, para integrarse plenamente en el ordenamiento jurídico.

En suma, las anteriores reflexiones confirman desde mi punto de vista la interpretación apuntada acerca del sentido de los términos «provisionalidad» y «permanencia» contenidos en la sentencia de 4 de febrero de 1983. Lo cual no significa obviamente que

(21) Vid. a propósito de tal sentencia el comentario de A. BLASCO, *Principios de la jurisprudencia constitucional*, cit., pp. 111-120.

(22) El subrayado es nuestro.

todo Decreto-ley convalidado haya de ser tramitado como proyecto de ley, pues como reconoce la sentencia de 31 de mayo de 1982, al tratarse de dos vías alternativas queda al criterio de oportunidad del Congreso convertir un Decreto-ley convalidado en ley formal. Por el contrario, dicha doctrina no hace sino reforzar la línea interpretativa que aquí proponemos.

En resumen, dos son las conclusiones implícitas en la argumentación del Tribunal Constitucional que pueden derivarse de la sentencia de 4 de febrero de 1983:

— En primer lugar, la «tendencia a la permanencia y a la normalidad», cuya constatación ocasionaría la inconstitucionalidad del Decreto-ley por incidir en la inadecuación sobrevenida señalada, es una indicación dirigida al legislador para que en un plazo razonable y en la medida que lo permita la situación legislativa proceda a regular la materia normada por Decreto-ley a través de los cauces procedimentales ordinarios. Conclusión ésta a mi entender coherente con el adjetivo «provisionales» con que configura al Decreto-ley el artículo 86.1 CE.

— En segundo lugar, el distinto alcance y amplitud de la gama de materias a que puede acceder el Decreto-ley se traduce en distintos grados de provisionalidad, en virtud de la superior consistencia de unas materias respecto de otras. Y en este orden de ideas me parece fuera de duda la radical trascendencia de la materia tributaria, a propósito de la cual cobra mayor relevancia aún el carácter provisional del Decreto-ley que regule aspectos concernientes al deber tributario del artículo 31.3 CE.

Esta conclusión queda ratificada por el Tribunal Constitucional cuando a propósito del Decreto-ley 11/79 señala que «la actual cuestión se suscita en relación con el primer ejercicio fiscal posterior a la vigencia del Decreto-ley, por lo cual la conclusión que hay que extraer es que el apuntado defecto no se puede considerar producido referido a dicho momento, sin perjuicio de que en el futuro podamos llegar a una conclusión diferente».

En suma, el Tribunal Constitucional deja abierta la puerta a la estimación de una futura cuestión de inconstitucionalidad que impugnara la validez constitucional del Decreto-ley, si no amparándose en el dato jurídico-formal, sí al menos a través de la relevancia del presupuesto de hecho del Decreto-ley en la línea de la inter-

pretación que aquí hemos intentado en relación con los conceptos de «permanencia» y «normalidad».

3. Es ya el momento de cerrar estas reflexiones al hilo de la problemática que suscita el Decreto-ley como fuente del Derecho. Si bien no hemos pretendido agotar toda la rica temática planteada, por cuanto las ideas aquí vertidas no van a solventar la totalidad de problemas que presenta el desarrollo institucional del Decreto-ley, creemos que el bagaje doctrinal existente, así como el no muy definido hasta el momento contenido jurisprudencial, posee las suficientes potencialidades como para ser desarrollados en el sentido que hemos tratado de exponer en las líneas que preceden.

En el Estado de Derecho las consideraciones de tipo formal se sitúan casi en plano idéntico a los aspectos materiales o sustanciales. Si bien es cierto que el Derecho se justifica por su vertiente teleológica, por sus fines, que el texto constitucional prefigura y delimita, las cuestiones de forma y procedimiento, máxime en el decisivo tema de las fuentes, conforman la clave de bóveda desde las que han de ser contempladas y analizadas las regulaciones de fondo o de justicia material, en la medida que las mismas se erigen en principio de orden y cauce de garantías.

La delimitación conceptual del ámbito material del Decreto-ley en todas sus dimensiones, y especialmente en la que hemos analizado en el presente trabajo, adquiere de este modo toda su virtualidad y patentiza la radical trascendencia de configurar con claridad los aspectos esenciales de la institución jurídica, so pena de vernos desbordados por la ingente problemática que el desarrollo cotidiano de la Constitución pone de manifiesto. Es a esta tarea hacia la que se ha orientado este modesto trabajo, que en definitiva no ha pretendido, como ya puse de manifiesto al comienzo, sino contribuir a la depuración del ordenamiento jurídico desde una perspectiva finalista, de la que no está ausente en absoluto la propia técnica jurídica.

Cáceres, noviembre 1983.

ADDENDA SOBRE EL CASO RUMASA

Concluida la redacción de las páginas que anteceden, el «Boletín Oficial del Estado» del día 14 de diciembre de 1983 publicaba la sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de diciembre de 1983, que resolvía el recurso de inconstitucionalidad contra el Decreto-ley 2/83, de 23 de febrero, sobre expropiación por razones de utilidad pública e interés social de los Bancos y otras sociedades que componen el grupo «RUMASA, S. A.». El alcance de la tesis jurisprudencial referente al ámbito competencial del Decreto-ley contenida en dicha resolución, tanto por la singularidad de la cuestión planteada como por la disidencia manifestada en el voto particular por seis de los magistrados, resulta especialmente problemática. En este sentido es particularmente reveladora la cita de un párrafo de la sentencia, contenida en el fundamento jurídico 9.º, en orden a las consecuencias que pueda desplegar la doctrina establecida en el pronunciamiento del Tribunal Constitucional. Dice así el Tribunal:

«La excepcionalidad de la situación creada comprometedora de la estabilidad del sistema financiero (...), no autoriza a compartir temores por la extensión de la técnica utilizada a otras situaciones, bien ajenas a la excepcionalidad de la que ahora tratamos, pues no concurriendo en ellas las características de la presente, no podrían resolverse por la vía expropiatoria *ope legis*, puesta en marcha mediante un Decreto-ley.»

Pudiera pensarse, con todas las reservas inherentes a un hipotético juicio de intencionalidades y motivaciones, que en el ánimo del Tribunal han pesado decisivamente consideraciones ajenas a las estrictamente vinculadas al juicio de constitucionalidad y de las que resultan sintomáticas los avatares procesales acaecidos durante la tramitación del recurso de inconstitucionalidad. Con todo, nuestra misión ha de constreñirse a un enjuiciamiento estrictamente jurídico de la sentencia.

1. En este orden de ideas, y en una línea de contraste con las tesis mantenidas en el cuerpo general del presente estudio, orientada a verificar la legitimidad de la intromisión de un Decreto-ley en el ámbito de los derechos y deberes del capítulo 2.º, sección 2.ª, título I de la Constitución (en el supuesto contemplado en la sentencia, el derecho de propiedad, art. 33 CE), el análisis de la precitada sentencia ha de articularse en torno a dos ideas motrices:

De un lado, la valoración que efectúa el Tribunal (y de modo contradictorio con la opinión mayoritaria, el voto particular) de la conversión del Decreto-ley en la ley 7/83, de 29 de junio, en razón de la incidencia de dicha conversión en la subsistencia del proceso de impugnación incoado, y, de modo correlativo, el alcance del pronunciamiento del Tribunal a tenor de la asunción efectuada por la ley de la regulación materialmente expropiatoria contenida en el Decreto-ley.

De otro, la virtualidad del Decreto-ley como mecanismo constitucionalmente legítimo de expropiación de bienes y derechos, esto es, como instrumento normativo idóneo para verificar la privación del derecho subjetivo de propiedad en que singularmente se concreta la garantía institucional del artículo 33.1 de la Constitución a través de la correspondiente indemnización.

2. Ambas cuestiones, junto con el examen del presupuesto de hecho habilitante del Decreto-ley, ceñido al tema de la necesidad, definida por las notas de lo extraordinario y urgente, de una norma para atender a una situación a la que no puede darse respuesta adecuada mediante el procedimiento legislativo ordinario y que en el presente caso se sitúa en la defensa de la estabilidad del sistema financiero comprometido por la forma de gestión de las sociedades implicadas, son objeto de análisis pormenorizado en la sentencia del Tribunal Constitucional.

Por lo que se refiere a la primera de ellas, esto es, la subsistencia del recurso por mor de la eventual modificación procesal operada por la ley de conversión, si bien no deja de afirmarse la procedencia del recurso, por cuanto aun derogado el Decreto-ley de 23 de febrero por la posterior ley de 29 de junio, el control se justifica en la medida que «ha de considerarse constitucionalmente legítimo que en defensa de la Constitución, para velar por la recta utilización del instrumento previsto para los casos que señala el artículo 86.1» (fundamento jurídico 3.º), se haga uso de los medios de impugnación que en defensa de la legalidad constitucional se prevén en el texto fundamental, y entre ellos el del recurso de inconstitucionalidad, sin embargo, como se sostiene en el fundamento jurídico 2.º, la conversión del Decreto-ley en ley reduce el ámbito litigioso del proceso, pues en virtud de la sustitución de normas operada, la ley posterior despliega su eficacia desde el momento de la entrada en vigor del Decreto-ley, pues, dada la recepción normativa que se ha producido, la ley es el último eslabón de un proceso legis-

lativo que, iniciado con el Decreto-ley, culmina en la regulación aprobada por las Cortes en uso de la facultad que le confiere el artículo 86.3 CE. Y ello porque, aunque el Decreto-ley una vez convalidado (y por consiguiente, despojado ya del matiz de la provisionalidad que le define en cuanto disposición legislativa emanada del Gobierno en caso de extraordinaria y urgente necesidad) continúa siendo una norma o acto con fuerza de ley, y no una ley en sentido formal, sin embargo, como dice el Tribunal, el proceso no «congela las facultades legislativas ni la definición y alcance del litigio», y por ende no «puede entenderse perpetuado al momento de su planteamiento, ajeno a las vicisitudes posteriores que resulten, en general, del ejercicio de potestades legislativas» (fundamento jurídico 2.º).

La anterior argumentación del Tribunal Constitucional, que hemos procurado sintetizar, adolece de graves defectos, del que no deja de ser el menos importante la propia ambigüedad de su texto, consecuencia del farragoso lenguaje que en general preside toda la redacción de la sentencia. Ambigüedad que conduce a resultados verdaderamente distorsionantes y contradictorios con el cuerpo general de doctrina precedente en materia de Decretos-leyes (STC de 31 de mayo de 1982 y de 4 de febrero de 1983).

Me explico. Aceptado que el proceso incoado contra el Decreto-ley no queda enervado por la derogación que del mismo llevó a cabo la disposición final de la ley de 29 de junio de 1983, efecto que podía considerarse factible en la medida en que el contenido de aquél fue asumido, prácticamente sin modificaciones, por ésta, ya que, como expresamente reconoce el Tribunal, el recurso se orienta a controlar la corrección constitucional del uso del instrumento normativo Decreto-ley, afirmar, como hace el Tribunal, que la incidencia de la ley de conversión restringe el ámbito del proceso litigioso supone, o desconocer el carácter del Decreto-ley como norma autónoma e independiente de la eventual ley de conversión, o bien sostener que el artículo 86 CE configura un único procedimiento, cuyos pasos serían los siguientes: emanación del Decreto-ley, convalidación por el Congreso, y tramitación como ley de conversión por el procedimiento de urgencia, con la particularidad de que esta última fase no es esencial, pero caso de producirse sustituiría al Decreto-ley y sería por tanto eficaz, con carácter retroactivo, desde la publicación de éste.

Pues bien, la primera de las mencionadas posibilidades no pa-

rece cohonestarse con la finalidad del recurso de inconstitucionalidad, una vez que ha sido admitida su procedencia como mecanismo de control de la recta utilización del Decreto-ley, y ello a pesar del intento de justificación que propone el Tribunal, amparándose en que el proceso no puede desvincularse de los avatares legislativos posteriores, explicación ésta de todo punto insatisfactoria, pues deja en la penumbra la naturaleza jurídica del Decreto-ley, que con toda claridad había sido afirmada en la sentencia de 31 de mayo de 1982.

Por el contrario, la segunda de las tesis apuntadas presenta una mayor enjundia, y nos permite conectar con uno de los planteamientos que se sostienen en el trabajo a que a modo de epílogo sirve este comentario. En efecto, recuérdese que en la sentencia de 4 de febrero de 1983 se contenían, a propósito del presupuesto fáctico legitimador del Decreto-ley, referencias a la tendencia a la permanencia y normalidad de un Decreto-ley, eventualmente determinante de la indecuación sobrevenida entre el presupuesto habilitante y la normación producida, que de constatarse podría concluir en la declaración de inconstitucionalidad del Decreto-ley. Tales referencias hallan, a mi entender, su anclaje jurisprudencial expreso en la STC de 31 de mayo de 1982 (citada por la que ahora comentamos), a cuyo tenor la excepcionalidad de la emanación de un Decreto-ley ha de justificarse en la «conexión de sentido entre la situación definida y las medidas que en el Decreto-ley se adoptan» (fundamento jurídico 3.º). Pues bien, el alcance de la expresión «tendencia a la permanencia y a la normalidad» era interpretado, en el estudio que antecede a este comentario, en el sentido de no reconocer una vigencia ilimitada al Decreto-ley, aun cuando la convalidación del Congreso supusiera la pérdida de la provisionalidad del mismo. Esta interpretación puede ahora verse confirmada por el criterio del alto órgano jurisdiccional al afirmar, a propósito de la extraordinaria y urgente necesidad legitimadora del Decreto-ley, que la utilización de este vehículo normativo puede efectuarse «con el designio de adoptar, dentro de los límites y concurriendo el presupuesto habilitante, *previsiones legislativas de acción inmediata que encontrarán en la ulterior ley aprobada siguiendo lo que dice el artículo 86.3 su regulación definitiva*» (el subrayado es nuestro).

Ahora bien, si lo que ha pretendido señalar el Tribunal es que la plena inserción y vigencia sin limitación temporal en el ordena-

miento jurídico del Decreto-ley convalidado parece exigir la aprobación de una ley posterior (de conversión en este caso) que opere una ratificación del contenido de aquél (con las modificaciones que se estimen pertinentes, como es obvio) y suponga una cobertura definitiva de la regulación anticipada por el Decreto-ley, en la medida en que, en virtud de la excepcionalidad de la emanación del Decreto-ley y la alteración de facultades legislativas que conlleva, su plena consolidación jurídica viene a imponer un pronunciamiento pleno de los órganos en que constitucionalmente reside la potestad legislativa del Estado, las Cortes Generales, si todo ello es así, repito, creo que la tesis del Tribunal Constitucional no es objetable.

Si, por el contrario, en esta afirmación pretende encontrarse base suficiente para reducir el objeto del litigio planteado, la conclusión que se deriva ya no es tan irreprochable desde el punto de vista jurídico-constitucional. Pues, una de dos, o se sostiene que, en tanto no se apruebe la ley de conversión, la regulación contenida en el Decreto-ley no es definitiva, en cuyo supuesto habría que concluir que el artículo 86, en sus tres apartados, no configura sino un solo proceso legislativo, con lo que la autonomía e independencia del Decreto-ley quedarían desvirtuadas, en contra de lo sostenido en anteriores pronunciamientos del Tribunal Constitucional (así, v. gr., STC de 31 de mayo de 1982), o bien, habría que aceptar que el enjuiciamiento de todo Decreto-ley estaría en función del contenido de la eventual ley de conversión, en tanto en cuanto hasta que no se dictara ésta (y esto, como se puede comprender, depende de los avatares consustanciales al procedimiento legislativo) no sería posible concretar el objeto del proceso deducido contra el Decreto-ley, ni por ende los recurrentes podrían fundamentar su recurso con pleno conocimiento de causa. Como se ve, esta conclusión contradiría las exigencias más ineludibles del mundo del Derecho, las dimanantes de la seguridad jurídica, en un campo de tan grave trascendencia como el de la justicia constitucional.

Sea como fuere, ninguna de las posibles conclusiones apuntadas parece que deba admitirse en aras de un correcto entendimiento de la figura del Decreto-ley y del juego de los tres apartados del artículo 86 de la Constitución. La construcción del Tribunal Constitucional ha estado orientada, a mi juicio, hacia la exclusión de parte del contenido polémico del Decreto-ley y de la reducción del objeto litigioso procesal, constreñido a la declaración de utilidad pública e interés social y al acuerdo de ocupación urgente e inmediata de

los bienes expropiados, cotenidos éstos que en el sentir del Tribunal son los que han desplegado su eficacia con anterioridad a la aprobación de la Ley de conversión (no impugnada por los recurrentes, como advierte el Tribunal Constitucional) y que, por tanto, han de ser enjuiciados directamente por el mismo, pues el resto queda excluido por la ley de cobertura. Así, a título de ejemplo, no procede entrar en el análisis de la fijación del justiprecio por el Decreto-ley, pues a la entrada en vigor de la ley 7/83 no había aún comenzado dicha fase del expediente expropiatorio, y, en la línea de la doctrina jurisprudencial que entiende el Decreto-ley como anticipación de lo que halló en la Ley su regulación definitiva, la valoración de los bienes y derechos expropiados ha de efectuarse con arreglo a lo dispuesto en la ley 7/83.

Esta posición expresada en el parecer mayoritario del Tribunal Constitucional no es, empero, aceptable ni conciliable con nuestra propia línea argumental, como ya ha sido reiterado. Del mismo modo que no ha sido asumido por los seis magistrados disidentes que en el voto particular han expresado su criterio en parecidos términos a los apuntados por nosotros. Refiriéndose al texto de la sentencia se dice en el núm. 1 de dicho voto particular que esta postura «no tiene justificación alguna, ya que deriva de no haber adoptado con todas sus consecuencias una de las dos concepciones», concepciones éstas que, respectivamente, veían en el Decreto-ley una norma distinta y diferenciada de la Ley posterior de conversión, en cuyo caso el pronunciamiento del Tribunal debería haberse extendido a la totalidad del Decreto-ley impugnado, o una mera fase del único proceso que prevé el artículo 86 CE, en cuyo supuesto no se entienden muy bien las apreciaciones que hace el Tribunal a propósito de la autonomía e independencia del Decreto-ley.

3. Analizado ya el primero de los aspectos puestos de relieve en la sentencia 111/83, de 2 de diciembre, que ofrecen interés de cara a nuestro estudio de los Decretos-leyes, habremos de referirnos ahora a la segunda de las cuestiones planteadas, la que tiene por objeto el examen de la corrección constitucional de la intromisión del Decreto-ley en el capítulo 2.º, sección 2.ª, título I de la Constitución, y en concreto la viabilidad de la afección por Decreto-ley del derecho subjetivo de propiedad, reconocido en el artículo 33 CE, y canalizada hacia la privación singular de dicho derecho mediante el correspondiente mecanismo expropiatorio.

Vuelve aquí a reproducirse la problemática del ámbito material del Decreto-ley y el alcance de las restricciones contenidas en el núm. 1 del artículo 86 CE. El fundamento jurídico 8.º de la sentencia del Tribunal Constitucional está dedicado a intentar precisar (como ya se hiciera en la de 4 de febrero de 1983) el contenido del término «afectar», configurado como piedra angular de la interpretación que a las limitaciones del Decreto-ley haya de darse. Pues bien, la superación de las posturas excesivamente radicales, que entienden, bien que el Decreto-ley sólo tiene vedada su inmisión respecto del capítulo 2.º, sección 1.ª, título I, pudiendo en consecuencia incidir sobre los derechos y deberes de la sección 2.ª de dicho capítulo y título, bien rechazando todo tipo de injerencia en dicho ámbito apoyándose en una lectura literal del artículo 86.1 CE, conduce al Tribunal Constitucional a sostener una tercera vía: el Decreto-ley sólo estará prohibido respecto de aquellas relaciones que alteren elementos esenciales de los derechos del capítulo 2.º, sección 2.ª, título I (entre ellos, el de propiedad). Siendo esto así, la cuestión se constriñe a analizar si el Decreto-ley de 2 de febrero de 1983 altera elementos esenciales del derecho de propiedad consagrado en el artículo 33 de la Constitución, y, en la medida en que los intereses de la comunidad parecen imponer la necesidad de una privación singular de bienes y derechos, si el equivalente económico en que se traduce la garantía indemnizatoria del proceso expropiatorio ha sido esencialmente alterado por el Decreto-ley en cuestión.

Puede resultar interesante a estos efectos transcribir el apartado 3 del artículo 33 CE. Dice así este precepto:

«Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con las leyes.»

El derecho de propiedad consagrado constitucionalmente en el artículo 33 de la Constitución de 1978 se halla ubicado sistemáticamente, como reiteradamente ha sido ya señalado, en el capítulo 2.º, sección 2.ª, título I de la Constitución, encuadre sistemático que se traduce en una protección jurídico-constitucional inferior o más debilitada que la prevista para los derechos y libertades de la sección 1.ª del capítulo 2.º del título I. La evolución histórica en los planteamientos ideológicos del derecho de propiedad ha conducido

a configurar este derecho en la Constitución de una manera evidentemente distinta de la que reclamarían los postulados liberales decimonónicos. Con todo, la propiedad aparece en la Constitución de 1978 (en íntima conexión con otras declaraciones constitucionales referidas a la libertad de empresa o al principio de la economía de mercado) dotada de un contenido institucional que la hace inmune frente a las alteraciones que pretendan desvirtuar su naturaleza o núcleo esencial. El derecho de propiedad aparece así como institución consagrada en la Constitución y protegida por la misma en cuanto «componente esencial, cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo en ella un núcleo o reducto indisponible por el legislador». Esta afirmación, contenida en la STC de 28 de julio de 1981 («BOE» de 13 de agosto) proclama la denominada «garantía institucional», que en términos de protección jurídica se traduce en la necesidad de «la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar», en términos de la sentencia últimamente citada. Pues bien, cuando de la propiedad se trata la garantía institucional se concreta, si los intereses de la comunidad así lo exigen, en la sustitución del bien o derecho objeto de propiedad por el equivalente económico indemnizatorio a través del mecanismo legal expropiatorio. Configurada la expropiación como un proceso causal constituido por una serie de fases, el procedimiento expropiatorio traduce la exigencia constitucional de la reparación integral en los supuestos de ablación singular del derecho a través de las formalidades legalmente previstas.

¿Qué significa todo esto de cara al proceso resuelto por la sentencia 111/83 del Tribunal Constitucional?

Dejando a un lado el tema de la viabilidad constitucional de las expropiaciones legislativas singulares, cuestión de fondo en la que no procede entrar en este momento (sobre algunos de los problemas de fondo relacionados con el tema puede verse el trabajo de L. MARTÍN REBOLLO, *De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica*, en el núm. 100-102 de esta REVISTA, vol. III, 1983, pp. 2471 y ss., en especial 2525 y ss.), y concretando el examen de los aspectos materiales del Decreto-ley a los dos que son objeto de pronunciamiento por el Tribunal Constitucional, declaración de utilidad pública e interés social y acuer-

do de ocupación urgente e inmediata (restricción de conocimiento por el Tribunal sobre el que ya hemos dado nuestra opinión), interesa contrastar la afirmación contenida en el fundamento jurídico 9.º a propósito de la declaración de utilidad pública e interés social, respecto de la que dice el Tribunal Constitucional que no está «reservada necesariamente a ley formal en el sistema del régimen general expropiatorio y, desde luego, no reservada a ley formal en la Constitución (art. 33.3)».

Los artículos 11 y 12 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, al aludir a la declaración de utilidad pública o interés social como requisito previo a la expropiación forzosa, hablan, respectivamente, de Ley aprobada en Cortes y de Ley. Por su parte, el artículo 33.3 CE señala que sólo una causa de utilidad pública e interés social (causa que por lo demás ha de ser justificada) puede legitimar la privación singular de bienes y derechos y que dicha privación ha de efectuarse «mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes». La previa declaración de utilidad pública e interés social aparece, así, como presupuesto constitucional de finalidad garantista de la institución de la propiedad, indisponible para el legislador ordinario, que al configurar el procedimiento expropiatorio ha de partir como exigencia ineludible (junto con el montante indemnizatorio) de dicha declaración, en cuanto elemento esencial de carácter previo del procedimiento expropiatorio. Y en tanto hemos convenido que tal declaración no puede efectuarse sino por una norma que tenga fuerza de ley (en la medida en que es la ley la encargada de definir los contornos precisos de la institución de la propiedad, tal como resulta garantizada por el artículo 33.3 de la Constitución), esta ley no puede ser otra que la ley formal, es decir, la ley emanada de Cortes, por cuando si el término «afectar» del artículo 86.1 se entiende como alteración de elementos esenciales del derecho, el Decreto-ley no podrá en ningún caso proceder a la declaración de utilidad pública e interés social como causa determinante de la expropiación forzosa, pues en caso contrario infringiría la prohibición del artículo 86.1 CE, ya que, como ha reconocido el Tribunal Constitucional, sólo a la definición de los elementos esenciales del derecho (y no hay duda acerca de la esencialidad de la declaración de utilidad pública e interés social a efectos de configurar la garantía expropiatoria) tiene el Decreto-ley vedado su acceso. De ahí en última instancia la errónea doctrina

que a mi juicio se desprende de la afirmación citada del Tribunal Constitucional.

El segundo de los pronunciamientos objeto de la sentencia, el acuerdo de ocupación urgente e inmediata, no es, por el contrario, materia reservada a la ley formal, pues ni la Constitución se refiere directamente a él (como sucede con la declaración de utilidad pública e interés social) ni el sistema general expropiatorio, la LEF vigente, lo considera como requisito que ha de ser establecido por la ley (art. 15 y ss. LEF), por lo que es claro que nada se opone a que dicha declaración se contenga en un Decreto-ley, norma, por lo demás, con fuerza de ley.

¿Cuál es la posición del voto particular en este punto? En realidad, la argumentación de los seis magistrados que formulan dicho voto ha de ser entendida a la luz de su planteamiento inicial: desde la consideración del Decreto-ley como norma distinta de la ley posterior proceden a un enjuiciamiento de la totalidad del contenido de aquél. El punto de engarce con el análisis pormenorizado de la constitucionalidad de cada uno de los artículos del Decreto-ley se sitúa en la siguiente afirmación:

«Entendemos que el Decreto-ley afecta al derecho de propiedad cuando, al margen del sistema general expropiatorio, establece normas singulares sobre la expropiación o adopta medidas expropiatorias concretas, de tal modo que no se limita a contemplar las peculiaridades del caso, considerado de extraordinaria y urgente necesidad, sino que lleva a cabo una *minoración* de las garantías previstas en dicho sistema.»

Es decir, lo que el voto particular cuestiona no es la legitimidad de las expropiaciones por Decreto-ley sino la regulación material expropiatoria que el mismo disciplina, resultando inconstitucional cuando a través de un contraste con el sistema general expropiatorio, esto es, la LEF, el Decreto-ley prevea unos contenidos garantistas inferiores a los contemplados en la ley expropiatoria. Esta apreciación me sugiere de modo inmediato este interrogante: una regulación materialmente expropiatoria que revista carácter de ley, ¿ha de ser confrontada con el marco constitucional o con la LEF? La cuestión quizá no resulte baladí si se tiene en cuenta que la razón determinante de la publicación de un Decreto-ley expropiatorio ha de situarse en el presupuesto fáctico habilitante, la

situación de extraordinaria y urgente necesidad. Con todo, el planteamiento de estos magistrados resultaría sugerente si no fuera porque, a mi entender, choca con un obstáculo de partida insalvable: la inviabilidad de que por Decreto-ley se declare la utilidad pública e interés social como causa definitiva de la expropiación. En este sentido no puedo compartir la opinión de estos magistrados, que sostienen que dicha declaración «en sí misma considerada, no afecta, a nuestro juicio, al derecho de propiedad de bienes concretos y determinados, dado que se trata de una fase previa a la iniciación del expediente expropiatorio, por lo que no vulnera el artículo 86.1 de la Constitución». Ahora bien, si la causa determinante de la expropiación es la declaración de utilidad pública e interés social, y ya hemos visto que el derecho subjetivo de propiedad sólo cede en los casos previstos por la ley (en sentido formal), esto es, cuando existe una previa declaración del tenor citado, apoyarse en el carácter de esta declaración como requisito previo a la iniciación del expediente expropiatorio y afirmar que tal declaración no afecta al derecho de propiedad, cuando justamente el efecto inmediato que tal declaración opera es la de poner en marcha el mecanismo indemnizatorio en que se concreta la garantía institucional cuando los intereses de la comunidad imponen la privación singular de bienes y derechos es, dicho sea con todos los respetos para con el criterio de estos magistrados, un puro nominalismo jurídico y una tergiversación de la realidad.

Desde este punto de vista la afección del contenido esencial del derecho como límite de la intromisión del Decreto-ley en el ámbito del derecho de propiedad se concretaría en la prohibición de vulnerar la garantía institucional que configura el artículo 33 CE y no tanto, como ya ha sido puesto de relieve, en la interdicción de minorar las garantías expropiatorias que establece la LEF, pues, de admitir que el Decreto-ley no está vedado de la regulación expropiatoria singular, el término de referencia para enjuiciar su constitucionalidad no puede estar constituido obviamente por la LEF sino por la Constitución. Y en todo caso, y como ya hemos señalado, configurándose la declaración de utilidad pública e interés social como pórtico del sistema expropiatorio, y dado que tal declaración le está prohibida al Decreto-ley, el entrar a considerar el valor del juicio de estos magistrados sobre la inconstitucionalidad de la expresión «por ministerio de la Ley» del artículo 2.º del Decreto-ley o la restricción de la legitimación para intervenir en la

fase de justiprecio, que establece el artículo 4.º del mismo, no puede tener sino una importancia secundaria y relativa, desde el momento que tales declaraciones del precitado Decreto-ley habrían de ser objeto de un pronunciamiento ulterior al referente a la declaración de utilidad pública e interés social, pronunciamiento éste preferente y de carácter excluyente. En todo caso no se advierte que tales manifestaciones del Decreto-ley supongan una minoración de la garantía expropiatoria del artículo 33 de la Constitución. Respecto de la primera porque es evidente que tal adquisición por ley (y el Decreto-ley es norma con fuerza de ley) es un efecto inherente a la transmisión del dominio resultante del negocio expropiatorio, y en cuanto a la segunda, porque tal restricción puede justificarse plenamente en la medida en que la complejidad del supuesto y la enorme pluralidad de posibles accionistas podrían suponer un cúmulo de dificultades, hasta cierto punto innecesarias, en la fase de fijación del justiprecio, dificultades que por lo demás no cabría justificar en la defensa de los legítimos derechos de los accionistas individuales, cuyo interés en todo caso estaría supeditado al interés superior de todos ellos de no prolongar en exceso dicha fase.

4. Y acabo. Este largo comentario a la STC de 2 de diciembre de 1983 ha sido guiado por el propósito de poner de manifiesto sus ambigüedades y la nada definida (ni en la sentencia ni en el voto particular) doctrina jurisprudencial sobre un Decreto-ley que, referido al derecho de propiedad, se inserta en la línea del estudio de la incidencia de este instrumento normativo sobre los derechos y deberes del capítulo 2.º, sección 2.ª, título I de la Constitución. En concreto, dos han sido, para nuestro propósito, los temas básicos abordados en la STC 111/83:

En primer lugar, la incardinación de la ley de conversión en el mecanismo del artículo 86 de la Constitución y su incidencia respecto de la naturaleza del Decreto-ley convalidado.

En segundo lugar, el ámbito material de afección del Decreto-ley y la interpretación que del verbo «afectar» hace el Tribunal Constitucional.

Los criterios aportados por el Tribunal en relación con ambas cuestiones han sido ya suficientemente analizados en este comentario. Creemos que resultan contradictorios, especialmente por lo que hace referencia al primero de los temas planteados, con la doctrina sentada anteriormente por el Alto Tribunal.

Sólo nos resta esperar que en el futuro el Tribunal Constitucional rectifique esta línea jurisprudencial que estimamos errónea, a ser posible siguiendo los criterios que una parte considerable de la doctrina especializada ha señalado y que encuentran su continuación, con matices personales, en este comentario y en el estudio que le precede.

Cáceres, marzo 1984.

* * *

A P E N D I C E

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 111/1983,
DE 2 DE DICIEMBRE

Fundamentos jurídicos

Primero. El presente recurso de inconstitucionalidad se dirige contra el Real Decreto-ley 2/1983 y se sustenta, desde su primera argumentación, en la supuesta violación del artículo 86.1, en las dos limitaciones que tal precepto impone al Decreto-ley, constreñida la primera al presupuesto —y, a la vez, justificación— de la utilización del indicado instrumento, cual es una situación de extraordinaria y urgente necesidad, y referida la segunda a las materias prohibidas al Decreto-ley, que son, en el caso, los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I de la CE, en los términos discutidos con que esta reserva se hace en el indicado artículo 86.1. Pero, junto a esta impugnación global, que, como es propio de su naturaleza y alcance, es de tratamiento preferente —y en caso de estimación, excluyente—, se articula con un carácter que por fuerza ha de entenderse en términos procesales como subsidiario otro conjunto de motivos que se singularizan en algunos preceptos del Real Decreto-ley en cuestión, cuales son los artículos 3.º, 4.º (en la inteligencia de esta impugnación también parcialmente, al menos el art. 5.º) y 6.º, preceptos a los que se acusa de violar algunos de los artículos que en nuestra Constitución proclaman el derecho a la inviolabilidad de domicilio (art. 18.2), el derecho de asociación (art. 22) o el derecho a la jurisdicción (art. 24). La fun-

damentación del recurso, por último, se cierra con una invocación del artículo 9.º.3, en lo que se refiere a la seguridad jurídica y a la interdicción de la arbitrariedad, y del artículo 14, en cuanto proclama, se dice, la igualdad ante la ley y la igualdad en la ley, alegaciones que si bien no explican suficientemente cuál es el efecto anulatorio que a ellas se anuda en el planteamiento del recurrente, parece que es el total del Real Decreto-ley, aunque desde una consideración distinta del conjunto impugnatorio al que antes nos hemos referido. Este es el cuadro impugnatorio, que si exponemos ahora en el comienzo de nuestras consideraciones no es sólo para ordenar la materia, también lo es para preparar el análisis desde otro aspecto que juzgamos importante, cual es que el Decreto-ley se tramitó como proyecto de ley, culminando en la ley 7/1983, de 29 de junio, ley a la que no se ha extendido el recurso de inconstitucionalidad.

Segundo. Cabe preguntarse si la conversión —con algunas modificaciones— del Decreto-ley 2/1983 en la ley 7/1983, y lo que en ésta se dispone respecto de la derogación de aquél, altera el contenido del presente proceso. Por de pronto no estamos en el caso de la derogación que dice el artículo 86.2, sino cabalmente en una hipótesis bien opuesta, cual es la del artículo 86.3, culminada en una ley, que como acto pleno del legislativo sustituye al Decreto-ley. El problema aquí planteado no es idéntico al que surgiría en un supuesto recurso directo de inconstitucionalidad contra una ley que, aunque vigente en el momento de haberse interpuesto aquél, hubiera sido posteriormente derogada; ni es equivalente a la hipótesis de una cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con un precepto de una ley derogada; ni tampoco podrían identificarse entre sí estos dos últimos supuestos, pues el primero persiguiría el control abstracto, mientras que el segundo buscaría un control concreto, y por consiguiente, aunque tanto el recurso como la cuestión tienen por objeto el enjuiciamiento de normas en uno y otra podrían justificarse soluciones distintas en cuanto a la desaparición de la razón del proceso, pues mientras en el recurso directo la derogación por lo común extingue el objeto, en la cuestión de inconstitucionalidad la solución puede ser otra por cuanto la validez de la norma —aun derogada— puede requerir un juicio de constitucionalidad. El supuesto del artículo 86.3 y la sustitución del Real Decreto-ley por la ley con una eficacia retroactiva que no es el caso examinar en este momento ofrece unas particularidades que impiden extender a él las conclusiones que pudieran inferirse

de lo que acabamos de decir, desde las dos vertientes del control abstracto y del control concreto. Como bien se comprende, se trata aquí ciertamente de un recurso directo y de un enjuiciamiento de un Decreto-ley, mas no del fenómeno general de la sustitución de una norma por otra mediante la fórmula derogatoria que tiene su reconocimiento general en el artículo 2.º.2 del Código civil. El fenómeno es el singular del artículo 86.3: en un procedimiento legislativo que tiene su origen en un Decreto-ley se culmina con una ley que sustituye —con los efectos retroactivos inherentes a su objeto— al Decreto-ley. El Decreto-ley llevaba dentro de sí —al acudirse a la vía del artículo 86.3— el límite de su vigencia. Con estas precisiones es de donde debe examinarse si la conversión del Decreto-ley en ley priva de contenido al proceso o, en otra hipótesis, que es la que compartimos, reduce su ámbito litigioso. La otra alternativa, cual es la vinculación al proceso incoado, esto es, a la situación legislativa que configuró la pretensión sin operarse transformación alguna, no es aceptable, pues ni el proceso congela las facultades legislativas ni la definición y alcance del litigio puede entenderse perpetuado al momento de su planteamiento, ajeno a las vicisitudes posteriores que resulten, en general, del ejercicio de potestades legislativas.

Tercero. Con arreglo a los apartados segundo y tercero del artículo 86 de la CE resulta que el procedimiento del primero de estos apartados en la hipótesis de que el Decreto-ley sea convalidado —ésta es la expresión que utiliza el precepto— no altera la naturaleza del Decreto-ley, pues si bien cede su carácter de provisionalidad, sigue siendo una norma o un acto con fuerza de ley, no una ley. El íter legislativo del artículo 86.3, por el contrario, lleva a una ley, en su propio sentido de acto imputable al legislativo, por la vía de un procedimiento que aun teniendo en su origen el Decreto-ley, no arrastra necesariamente la impugnación hecha valer contra éste. La constitucionalidad de la ley, en todo caso, y también en la hipótesis del artículo 86.3, podrá someterse al procedimiento impugnatorio que dice el artículo 29.1, a), de la LOTC, mas para ello será menester que los legitimados para ello, según lo prevenido en su artículo 32, promuevan el recurso. Los diputados que han impugnado el Decreto-ley 2/1983 sólo han cuestionado su constitucionalidad, sin extender a la ley ulterior el recurso, de modo que la expropiación *ope legis*, que es el contenido de esta ley, no puede ser objeto del presente proceso. Así planteadas las cosas, y

aunque extinguido el Decreto-ley mediante la promulgación de una ley destinada a reemplazarle la cuestión es si subsiste la razón de la impugnación de aquél. Que el control del Decreto-ley en cuanto tal no está impedido por el hecho de la novación operada por la ley, siguiendo lo que dispone el artículo 86.3, es algo fuera de duda, pues ha de considerarse constitucionalmente legítimo que en defensa de la Constitución, para velar por la recta utilización del instrumento previsto para los casos que señala el artículo 86.1, los sujetos u órganos legitimados para promover el recurso de inconstitucionalidad concreta al Decreto-ley, sin atraer al proceso la ley ulterior, la impugnación. El interés constitucional que mueve a los recurrentes es así el de ajustar el uso del instrumento del Decreto-ley al marco del artículo 86.1, interés constitucional que, por un lado, no puede considerarse satisfecho por la derivación del Decreto-ley hacia el cauce del artículo 86.3, y por otro, no puede quedar sin enjuiciamiento acudiendo a la idea —que nada autoriza— de gravar a los recurrentes con la carga de impugnar la ley, como presupuesto para enjuiciar los vicios que el Decreto-ley pudiera tener en cuanto tal. Pudiera acaso pensarse que una eficacia retroactiva de la ley que diera cobijo a los efectos producidos por el Decreto-ley puede privar de sentido a la impugnación dirigida y ceñida por la voluntad de los parlamentarios recurrentes al Decreto-ley, mas esto no es así, pues sin cuestionar ahora si un vicio en origen por utilización del instrumento del Decreto-ley, contra lo que previene el artículo 86.1, puede comunicar efectos invalidatorios, es lo cierto que el velar por el recto ejercicio de la potestad de emitir Decretos-leyes, dentro del marco constitucional, es algo que no puede eludirse por la utilización del procedimiento del artículo 86.3.

Cuarto. Con este planteamiento es claro que el primero —y desde luego el principal— de los problemas es el que constitucionalmente se sitúa en el artículo 86.1, en el que 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 y no poder 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 aparta-

dos 2 y 3 del indicado artículo 86. Se amplía así el juego normal atribuido al Gobierno en la acción legislativa, pues, junto a su papel de mayor presencia en la promoción de leyes dentro del marco que define la CE, se pone a su disposición con todos los condicionamientos que dice el artículo 86.1 y cuyo estudio tendrá que traerse a esta sentencia en lo preciso para enjuiciar el Decreto-ley 2/1983, un instrumento con el que atender necesidades que reclaman una acción legislativa inmediata. La novación en ley, a través del artículo 86.3, revela que estamos en presencia —cuando ésta es la vía a la que reconduce el Decreto-ley— de una forma distinta de la ordinaria, con caracteres definidos, de producción legislativa, en cuyo origen con la fuerza de ley, pero con la provisionalidad que reclama la potestad de las Cortes en materia legislativa, se sitúa un instrumento de acción inmediata que, utilizado dentro de los límites que el indicado artículo 86.1 establece, pueda convertirse en ley, ésta sin las restricciones que el Decreto-ley tiene, porque cualquiera que sea el procedimiento legislativo elegido, las Cortes despliegan la plenitud de sus facultades legislativas dentro, claro es, del marco constitucional. Al Decreto-ley no podrá ciertamente acudir fuera de las previsiones del artículo 86.1, y si se hiciera, quebrando con ello los supuestos del orden constitucional democrático, corresponderá al Congreso en la vía del artículo 86.2 velar porque esto no sea así, sin perjuicio de que dentro de las coordenadas constitucionales y como control jurídico pueda residenciarse ante este Tribunal, tanto en una confrontación del contenido del Decreto-ley con la norma constitucional como —y aun con prioridad— en una confrontación en orden a su regularidad dentro del marco de limitaciones que dice el artículo 86.1. Esta es la definición del Decreto-ley que este Tribunal ha hecho en otras sentencias anteriores, como son las de 31 de mayo de 1982 (que fue publicada en el «Boletín Oficial del Estado» de 28 de junio) y la de 4 de febrero de 1983 (publicada en el «Boletín Oficial del Estado» de 9 de marzo). Decíamos en la primera de las sentencias que acabamos de recordar que «el Gobierno podrá también dictar normas con rango de ley en los supuestos de extraordinaria y urgente necesidad, pero esta posibilidad se configura, no obstante, 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» (fdo. 1.^o). Estos requisitos, añadía la sentencia, están recogidos en

la CE (art. 86.1), configurando tres bloques definidos, que son el que se dicten exclusivamente para afrontar una situación de extraordinaria y urgente necesidad, el que no incidan en la materia vedada al Decreto-ley y el que se sometan inmediatamente al Congreso. Sobre los dos primeros bloques se centra —en lo más importante de la impugnación— el debate y a ellos vamos a dedicar las consideraciones que siguen.

Quinto. En el fundamento anterior hemos visto ya cómo el artículo 86.1 establece, como presupuesto fáctico de la legitimidad constitucional del Decreto-ley, y a la vez como justificación de que ceda el instrumento ordinario de la acción legislativa —esto es, la ley en su sentido formal—, la existencia de una necesidad que, requiriendo de tratamiento a nivel de ley, se presenta con las notas de lo extraordinario y urgente. El problema en este primero de los condicionamientos del Decreto-ley ofrece más de un aspecto, pues, junto al concepto de la necesidad adjetivada por la referencia a lo extraordinario y a lo urgente, desde una estimación jurídica, se ofrece en muy estrecha relación el problema de la adecuación de la medida normativa a aquella situación desde la vertiente, sobre todo, de la urgencia. El cuadro se cierra con la cuestión del control constitucional de estos componentes esenciales del presupuesto habilitante del Decreto-ley, existiendo como existe (ahí está el art. 86.2) un control parlamentario. Comenzando por esto último nos basta recordar aquí lo dicho en cuantas ocasiones se ha residenciado ante este Tribunal un Decreto-ley, pudiendo mencionarse en este punto las sentencias de 31 de mayo de 1982 («Boletín Oficial del Estado» de 28 de junio) y 4 de febrero de 1983 («Boletín Oficial del Estado» de 9 de marzo), coincidentes con todas las demás en que ha tenido que abordarse el tema en que el control parlamentario no excluye el jurisdiccional, ejercitable, como todo lo definido por esta nota de lo jurisdiccional, a través de criterios y razones jurídicas. Como decíamos en la primera de las sentencias que hemos citado, «el peso que en la apreciación de lo que haya de considerarse como caso de extraordinaria y urgente necesidad es forzoso conceder al juicio puramente político de los órganos a los que incumbe la dirección política del Estado no puede ser obstáculo para extender también el examen sobre la competencia habilitante al conocimiento del Tribunal Constitucional en cuanto sea necesario para garantizar un uso del Decreto-ley adecuado a la Constitución» (fdo. 3.º). El Gobierno, ciertamente, ostenta el poder de actuación en el es-

pacio que es inherente a la acción política; se trata de actuaciones jurídicamente discrecionales, dentro de los límites constitucionales, mediante unos conceptos que si bien no son inmunes al control jurisdiccional, rechazan —por la propia función que compete al Tribunal— toda injerencia en la decisión política que, correspondiendo a la elección y responsabilidad del Gobierno, tiene el control, también desde la dimensión política, además de los otros contenidos plenos del control, del Congreso. En aquella misma sentencia marcábamos las líneas del ámbito del control jurisdiccional cuando decíamos que «el Tribunal Constitucional podrá, en supuestos de uso abusivo o arbitrario, rechazar la definición que los órganos políticos hagan de una situación determinada como caso de extraordinaria y urgente necesidad, de tal naturaleza que no pueda ser atendida por la vía del procedimiento legislativo de urgencia. Es claro que el ejercicio de esta potestad de control implica que dicha definición sea explícita y razonada y que exista una conexión de sentido entre la situación definida y las medidas que en el Decreto-ley se adoptan» (fdo. 3.º). El Tribunal no podría, sin traspasar las fronteras de su función y, a la vez, de su responsabilidad, inmiscuirse en la decisión de gobierno, pues si así se hiciera quedarían alterados los supuestos del orden constitucional democrático. Desde estos límites del control jurisdiccional debemos ahora detenernos en los otros aspectos que enunciamos al comienzo de este fundamento.

Sexto. La extraordinaria y urgente necesidad no ha de entenderse en el sentido extremo de confinar el Decreto-ley para ordenar situaciones —o intervenir en acontecimientos— de excepcional amenaza para la comunidad o el orden constitucional. Nuestra Constitución, decíamos en la sentencia de 4 de febrero de 1983 («Boletín Oficial del Estado» de 9 de marzo), ha contemplado el Decreto-ley como instrumento del que es posible hacer uso para ordenar situaciones que, por razones difíciles de prever, reclaman una acción legislativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la tramitación parlamentaria de las leyes. La justificación del Decreto-ley podrá también darse en aquellos casos en que por circunstancias o factores, o por su compleja concurrencia, no pueda acudir a la medida legislativa ordinaria, sin hacer quebrar la efectividad de la acción requerida, bien por el tiempo a invertir en el procedimiento legislativo o por la necesidad de la inmediatez de la medida. Por lo demás, el modo como el artículo 86 ha contemplado

la figura del Decreto-ley susceptible de culminar en una ley por la vía del apartado tercero del indicado artículo, en un sistema en que el Gobierno ha de gozar de la confianza de la Cámara, confiere otra variante importante a la utilización del Decreto-ley, utilización con el designio de adoptar, dentro de los límites y concurriendo el presupuesto habilitante, previsiones legislativas de acción inmediata que encontrarán en la ulterior ley aprobada, siguiendo lo que dice el artículo 86.3, su regulación definitiva. Según el Banco de España, la situación del grupo comprendido en la medida ordenada por el Decreto-ley en cuestión reclamaba una acción pública inmediata; el informe analiza las medidas o alternativas de acción posible, y entre ellas, con una insinuada preferencia, la de toma de control del grupo, como conjunto, ante el riesgo que se anuda a las otras alternativas o ante su inoperatividad. Dentro de este análisis, el Gobierno optó por la alternativa del control global a través de una expropiación ordenada por el Decreto-ley impugnado. Son estos estudios y lo que se dijo en los debates ante la Cámara como antecedente a la decisión convalidatoria del Decreto-ley desde el banco del Gobierno y desde los parlamentarios los elementos proporcionados al Tribunal, por lo que se contrae ahora al tema del presupuesto determinante del Decreto-ley, en su complejidad de necesidad extraordinaria y urgente. Los recurrentes creen —y así lo dicen en la demanda— que no hay indicios suficientes de una situación crítica que hiciera necesaria la excepcional medida de expropiación, a lo que añaden en una alegación ulterior, conocidos los informes del Banco de España, que de ellos no se colige que la expropiación fuera la medida pertinente y recomendable. Pero propiamente, si prescindimos de lo que en punto a los indicios de buena salud del grupo de empresas al que se refiere la expropiación se dijo en la demanda, la discrepancia es, en realidad, respecto a la elección de la técnica expropiatoria. Esto es otra cuestión con, al menos, dos vertientes, de las que una se refiere a un punto antes enunciado, cual es la adecuación de la medida a la situación de necesidad o, en palabras de nuestra sentencia de 31 de mayo de 1982, a la «conexión de sentido entre la situación definida y las medidas que en el Decreto-ley se adoptan» (fdo. 3.º), y la otra, si el Decreto-ley es instrumento válido para operar una expropiación. Desde el concreto punto de la situación de necesidad calificada de modo relevante, y de inexcusable exigencia para que el Gobierno pueda

acudir al Decreto-ley, no es detectable una actuación violadora del artículo 86.1.

Séptimo. Todo el camino recorrido hasta aquí induce, antes de llegar al análisis del Decreto-ley desde la otra de las limitaciones que a esta figura establece el artículo 86.1 de la Constitución Española, y a la que hemos aludido desde el comienzo de las consideraciones del presente texto, a realizar una en buena parte recapitulación. Ante todo conviene poner de relieve que el Decreto-ley en cuestión aparece como una acción bien singularizada de intervención en una situación excepcional que, presentándose con caracteres definidos de riesgo con potencialidad de desestabilización del sistema financiero, reclamaba —y reclamaba con urgencia— una acción de los poderes públicos, por cuanto ante la dimensión del fenómeno, con proyección en el orden económico-financiero y aun en el social por la extensión de los sectores afectados, el problema tenía una relevancia que traspasaba las fronteras de los acotados límites de una crisis empresarial para convertirse en un factor determinante de inestabilidad de la situación financiera nacional. Tal es la constatación fáctica —y la valoración— que se hace por las autoridades financieras, sin que, frente a estos hechos y a su estimación económica, se hayan opuesto en el curso del debate procesal, o en documentos anteriores traídos a nuestra consideración, otras informaciones y estimaciones técnicas que, siendo por su autoría y contenido contrastables con los informes que hemos dicho, pudieran reconducir el problema a una discrepancia fáctica o de valoración técnica que permitieran una configuración del antecedente del Decreto-ley con entidad suficiente para hacer quebrar la decisión del Gobierno. Es, a esta situación, a la que el Gobierno dentro de los remedios sobre los que discurre el informe de la autoridad financiera, responde con la medida expropiatoria que el Decreto-ley acoge, sin que pueda pedirse a este Tribunal —en la hipótesis de la legitimidad constitucional de las alternativas consideradas— que invalidando la expropiatoria por una consideración apoyada en la bondad de cualquiera de las otras y de su carácter de menos incisivas o restrictivas de la propiedad o de más convenientes para el interés público excluya aquella, porque si a esto atendiera el Tribunal se trasladaría a él una responsabilidad que no corresponde a su función y entrañaría una injerencia en una decisión política que sólo al Gobierno —con el control parlamentario— corresponde. La idea de adecuación o congruencia entre la situación

que reclama una acción del Gobierno y el contenido de esta acción no puede traerse aquí más allá de los términos en que hemos dicho es susceptible de control constitucional el presupuesto habilitante del Decreto-ley. Otra cosa es si la medida expropiatoria *ope singulis* era constitucionalmente legítima. Pues bien, en este punto —y con ello llegamos al final de la recapitulación que hacemos en este fundamento— ha de tenerse muy presente que el Decreto-ley ha seguido el procedimiento del artículo 86.3, concluyendo con la ley 7/1983, que es hoy el instrumento de la expropiación *ope legis* de la totalidad de las acciones o participaciones sociales representativas del capital de las sociedades integrantes del grupo «Rumasa». Con esto el proceso se contrae a si la medida específica operada con incidencia inmediata en la propiedad, con el carácter inherente a la provisionalidad de la disposición luego transformada en definitiva y que ha culminado en la sanción plena de una ley, es contraria a lo que manda el artículo 86.1. La controversia pierde extensión y el problema se relativiza desde la perspectiva, que ahora nos interesa, de la materia excluida a la acción de los Decretos-leyes. Tendrá que verse, partiendo de una situación extraordinaria y urgente a la que el Gobierno da respuesta mediante un cuadro de medidas entre las que ocupa una posición principal la expropiatoria, luego recogidas en la ley 7/1983, de modo que el efecto inmediato anudado al Decreto-ley bien puede verse —desde la relación entre Decreto-ley y ley de conversión— como una anticipación de lo que también encontró la cobertura de una ley aprobada por las Cortes Generales.

Octavo. Se ha señalado —y éste es el otro de los motivos de impugnación con proyección directa sobre el Decreto-ley— que el Decreto-ley no es figura constitucionalmente válida para afectar al derecho de propiedad, porque este derecho tiene reconocimiento en el artículo 33, que forma parte del título I de la Constitución, dentro de una sección que lleva como rúbrica la «de los derechos y deberes de los ciudadanos». Una interpretación del artículo 86.1 que lleve en este punto a una restricción de lo que dice su letra, para reducir el ámbito de la limitación de modo que se hagan coincidir las menciones referentes a los derechos y libertades con la materia reservada a la ley orgánica, tal como define el artículo 81.1, con trascendencia también para la legislación delegada, aunque implica un esfuerzo hermenéutico que no deja de contar con algunos apoyos, no es conciliable con una interpretación vinculada a unos

cánones atentos no sólo al propio sentido literal del precepto, sino, además, a un análisis comparativo con los otros artículos (los artículos 81 y 82) y a lo expuesto en nuestra sentencia de 4 de febrero de 1983 («Boletín Oficial del Estado» de 9 de marzo), en la que, a propósito del artículo 31 de la CE, situado en la misma sección que el artículo 33 ahora invocado, el criterio adoptado no fue el de la coextensión de los artículos 81.1 y 86.1 de la CE. Por otra parte, la tesis partidaria de una expansión de la limitación contenida en el artículo 86.1 de la CE se sustenta en una idea tan restrictiva del Decreto-ley que lleva en su seno el vaciamiento de la figura y la hace inservible para regular con mayor o menor incidencia cualquier aspecto concerniente a las materias incluidas en el título I de la Constitución sin más base interpretativa que el otorgamiento al verbo «afectar» de un contenido literal amplísimo; como con tan exigua base se conduce a la inutilidad absoluta del Decreto-ley, pues es difícil imaginar alguno cuyo contenido no afectase a algún derecho comprendido en el título I, es claro que tal interpretación, fácilmente reducible *ad absurdum*, tampoco puede ser aceptada, ni la aceptó el Tribunal en su sentencia de 4 de febrero de 1983 (fundamento jurídico 6.º) («Boletín Oficial del Estado» de 9 de marzo). Entre una y otra líneas interpretativas, ambas, por extremas, rechazables, la cláusula restrictiva del artículo 86.1 de la CE («no podrán afectar...») debe ser entendida de modo tal que ni reduzca a la nada el Decreto-ley, que es un instrumento normativo previsto por la Constitución, «del que es posible hacer uso para dar respuesta a las perspectivas cambiantes de la vida actual» (fundamento 5.º, sentencia de 4 de febrero de 1983), ni permita que por Decreto-ley se regule el régimen general de los derechos, deberes y libertades del título I, ni dé pie para que por Decreto-ley se vaya en contra del contenido o elementos esenciales de alguno de tales derechos. Esta vía interpretativa exige también que se tenga muy en cuenta la configuración constitucional del derecho afectado en cada caso, e incluso su colocación en el texto constitucional dentro de las diversas secciones y capítulos de su título I, dotados de mayor o menor rigor protector a tenor del artículo 53 de la CE. En el caso que nos ocupa, el derecho de propiedad, incluido en la sección 2.ª del capítulo II del título I, aparece regulado en el artículo 33, donde se contiene una doble garantía de tal derecho, ya que se reconoce desde la vertiente institucional y desde la vertiente individual; esto es, como un derecho subjetivo, debilitado, sin em-

bargo, por cuanto cede para convertirse en un equivalente económico, cuando el bien de la comunidad, concretado en el artículo 33.3 por la referencia a los conceptos de utilidad pública o interés social, legitima la expropiación. La garantía expropiatoria como garantía patrimonial tiene su reconocimiento constitucional en el indicado precepto cuando precisa que la privación de los bienes o derechos está condicionada, para su regularidad constitucional, a que se lleve a cabo mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes. La cuestión se traslada a examinar si el Decreto-ley priva de estas garantías o, sin llegar a este extremo de incidencia en el derecho, altera elementos esenciales, examen, por lo demás, que debe hacerse teniendo bien presente que el Decreto-ley ha sido sustituido por la ley 7/1983, que no habiendo sido impugnada proporciona cobertura inatacable aquí a la expropiación, y es que la expropiación, por voluntad de los impugnantes, ha quedado preservada de todo pronunciamiento que pudiera conducir a situaciones anteriores a la misma.

Noveno. La expropiación que estamos considerando es, sin duda, un caso singular, no responde a esquemas generales y tampoco puede llevarse, sin hacer quebrar la institución, a modelos expropiatorios de signo sancionatorio, pero atiende a una situación extraordinaria de grave incidencia en el interés de la comunidad, comprometido por el riesgo de la estabilidad del sistema financiero y la preservación de otros intereses que reclamaron, junto a una acción inmediata que no podría posponerse a la utilización de mecanismos legislativos ordinarios, la actuación global a través de la técnica expropiatoria. El supuesto no es el de la expropiación privativa de bienes con destino posterior a un fin al que se afectan esos bienes, ni tampoco una operación destinada a reservar al sector público recursos o servicios o, por último, una operación con motivación y justificación sancionadora. La excepcionalidad de la situación creada, comprometedora de la estabilidad del sistema financiero, según el juicio de las autoridades económicas, no autoriza a compartir temores por la extensión de la técnica utilizada a otras situaciones bien ajenas a la excepcionalidad de la que ahora tratamos, pues no concurriendo en ellas las características de la presente no podrían resolverse por la vía expropiatoria *ope legis*, puesta en marcha mediante un Decreto-ley. Es justamente la indicada situación extraordinaria y urgente la que legitima la expropiación dentro de la exigencia de una norma habilitante para cum-

plir con el primero de los requisitos de la expropiación forzosa, cual es la declaración de utilidad pública o de interés social, no reservada necesariamente a ley formal en el sistema del régimen general expropiatorio y, desde luego, no reservada a ley formal en la Constitución (art. 33.3). La necesidad de la ocupación, y aun la urgencia de la ocupación inmediata, incluso con el efecto expropiatorio transmisivo de la propiedad, excepcionalmente justificado por la concurrencia de un supuesto que a la vez de su urgencia no hace posible que opere la regla sustancial y, por lo común, general del pago como *conditio iuris* del efecto transmisivo, no es materia reservada a la ley formal en el artículo 33.3, que remite a las leyes, ni en la regulación de la legislación expropiatoria general, que admite, con la atribución a la Administración del acuerdo de necesidad de ocupación, mecanismos también en manos del ejecutivo para decretar la urgente ocupación. Que no se acudiera a esta regulación (art. 52 de la LEF) y se arbitrara la solución legislativa mediante la fórmula del Decreto-ley puede explicarse, por lo demás, por la insuficiente de aquella regulación para la singularidad del caso, pero sin que esto altere, desde el marco del artículo 86.1 de la Constitución Española, que tal regulación de la necesidad de la ocupación, segundo momento de la cobertura legal expropiatoria, la solución del problema en lo que atañe a la no exigencia de ley en sentido formal para disponer lo que fue el contenido del artículo 2.º del Decreto-ley 2/1983, luego trasladado a la ley 7/1983, también en su artículo 2.º El que la singularidad del caso haga quebrar la regla del previo pago y la más formal que real del depósito previo prevista para los supuestos precisos de la ocupación urgente, que dice el artículo 52 de la LEF, con no ser problema específico de la expropiación en cuanto cubierta por el Decreto-ley, pues es común al contenido de la ley 7/1983, lo que sería bastante para excusar su estudio porque entrañaría un enjuiciamiento de esta ley, es claro que no respondería por la singularidad de la expropiación de que tratamos a las exigencias institucionales del previo pago. Seguramente la conclusión a que acabamos de llegar se refuerza, desde otra línea argumental, si observamos que todo el estudiado complejo expropiatorio se asume en la ley 7/1983, de modo que desde el análisis de esta ley aquellos efectos son una anticipación justificada por la excepcional y urgente situación de lo que en esta ley se dispone.

Décimo. Otro de los motivos de impugnación alegados por los

recurrentes, en muy estrecha relación con el estudiado en los fundamentos que preceden, es el que invocando los artículos 38 y 128.2, en inmediata relación con el artículo 86.1, todos de la Constitución Española, acusa que la libertad de empresa, garantía institucional del modelo de sociedad, se ha violado porque está reservada a la ley con prohibición del Decreto-ley. Ciertamente que el primero de los citados preceptos constitucionales en muy directa conexión con otros de la misma CE y muy directamente con los artículos 128 y 131 vienen a configurar unos límites dentro de los que necesariamente han de moverse los poderes constituidos al establecer o adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico de nuestra sociedad. Pero ni se ha operado aquí una actuación pública de sustracción al sector privado de bloques de recursos o servicios, por cuanto se trata de actuación expropiatoria que, recayendo, en definitiva, sobre empresas diversas, pasan a titularidad pública, con la previsión, además, de su posible reprivatización, actuando mientras tanto la Administración como empresaria, dentro del marco de la economía de mercado, ni la intervención de empresas, figura contemplada en el artículo 128.2 y legitimada constitucionalmente cuando así lo exigiere el interés general, está impedida a la acción del Decreto-ley. La expresión «mediante ley» que utiliza el mencionado precepto, además de ser comprensiva de leyes generales que disciplinan con carácter general la intervención, permite la ley singularizada de intervención que, mediando una situación de extraordinaria y urgente necesidad y, claro es, un interés general legitimador de la medida, está abierta al Decreto-ley, por cuanto la mención a la ley no es identificable en exclusividad con el de ley en sentido formal.

Undécimo. El Decreto-ley comprende otros contenidos además de los dichos en ordena la declaración de la utilidad pública o interés social y a la necesidad y urgencia de la ocupación con el efecto transmisivo inmediato de las participaciones sociales, de los que unos son instrumentales para la efectividad del objetivo del control global del grupo «Rumasa» mediante la asunción pública, abierta, sin embargo, en la ley 7/1983 a posibilidades de reprivatización de las sociedades cuyas acciones o participaciones sociales se expropiaron, y otros pertenecen a la sustantividad y a las garantías del justiprecio. Los primeros tuvieron su efectividad inmediata, agotando en sí mismo toda su virtualidad, como es el contenido de los artículos 3.º y 6.º, quedando cubierta su legitimidad por su

propia naturaleza de medidas enderezadas al objetivo expropiatorio, y a los que no cabe oponer —como se hace por los recurrentes— que quebrantan lo que en punto a la inviolabilidad de domicilio (art. 18.1) o derecho de asociación (art. 22) establece la CE, por cuanto ninguna relación guarda el tema con el contenido constitucionalmente declarado de los indicados derechos. Los segundos, que constituyen el contenido de los artículos 4.º y 5.º, siendo preceptos del Decreto-ley, no generaron, sin embargo, un efecto inmediato y, por otro lado, han sido sustituidos por los artículos correspondientes (3.º y 4.º) de la ley 7/1983, que es el texto legal que disciplinará la fase de justiprecio de la expropiación, por lo que su enjuiciamiento aquí, con no ser preciso desde los acotados campos de este proceso, entrañaría un enjuiciamiento de la ley 7/1983.

Duodécimo. Unas últimas consideraciones se hacen por los recurrentes invocando al efecto los artículos 9.º.3 y 14 de la Constitución Española para acusar al Decreto-ley de atentatorio a los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad, por lo que se refiere al primero de los citados preceptos, y a la igualdad ante la ley y en la ley, trayendo a colación el artículo 14. La invocación de la igualdad no es para proscribir las expropiaciones *ope legis*, en lo que pudieran tener de tratamiento singulares, tema, por lo demás, ajeno al proceso ceñido al análisis del Decreto-ley desde el ángulo del artículo 86.1, sino para sostener que en otras actuaciones de crisis financiera, que no se cuida de documentar para dotar al alegato de alguna consistencia, los poderes públicos han actuado con medidas menos restrictivas y enérgicas que la expropiatoria. La debilidad del argumento es patente y no permite mínimamente discurrir respecto a la virtualidad que en el tratamiento de las situaciones de crisis financieras pudiera tener el indicado principio de igualdad, principio que en la estructura del artículo 14 de la CE tiene obviamente un sentido que no se alcanza a comprender qué relación puede tener con los fenómenos de crisis reclamadores de medidas de intervención adecuada a la entidad de las situaciones y a los intereses generales afectados. No es mayor la precisión, y el aparato argumental, para apoyar los alegatos de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad que se hacen con propósito —según parece entenderse— invalidatorio del Decreto-ley y más bien se nos presentan como calificación conjunta de las violaciones que los recurrentes creen

ver y que han desarrollado en toda la motivación que precede a estos últimos motivos del recurso que ellos reconducen a los indicados principios. Con esta mención del artículo 9.3 nada es menester añadir a lo que se ha dicho anteriormente.

F A L L O

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

Ha decidido:

Desestimar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el Real Decreto-ley 2/1983, de 23 de febrero.

Publíquese esta sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dado en Madrid, a 2 de diciembre de 1983.—Manuel García-Pelayo y Alonso.—Jerónimo Arozamena Sierra.—Ángel Latorre Segura.—Manuel Díez de Velasco Vallejo.—Francisco Rubio Llorente.—Gloria Begué Cantón.—Luis Díez Picazo.—Francisco Tomás y Valiente.—Rafael Gómez-Ferrer Morant.—Ángel Escudero del Corral.—Antonio Truyol Serra.—Francisco Pera Verdaguer.—Firmado y rubricado.

Voto particular que en el recurso de inconstitucionalidad número 116/1983 formulan conjuntamente los magistrados doña Gloria Begué Cantón, don Ángel Escudero del Corral, don Rafael Gómez-Ferrer Morant, don Francisco Pera Verdaguer, don Francisco Rubio Llorente y don Antonio Truyol Serra.

1. Nuestra primera discrepancia respecto del parecer mayoritario se refiere a la posible incidencia de la ley 7/1973, posterior al Decreto-ley impugnado 2/1983, sobre el ámbito del presente recurso de inconstitucionalidad. La relación entre ambas normas puede ser entendida de dos maneras diferentes: bien considerando que el Decreto-ley y la ley posterior son dos normas distintas, bien estimando que representan dos momentos de la misma norma. Estas dos concepciones llevan a consecuencias divergentes. La primera de ellas obliga a concluir que, por tratarse de dos normas distintas,

la impugnación del Decreto-ley no se extiende a la ley, cuya inconstitucionalidad, en consecuencia, no podrá ser examinada por impedirlo así la naturaleza del recurso de inconstitucionalidad y más precisamente, y a contrario, el artículo 39.1 de la LOTC. También conduce ineludiblemente a la conclusión de que la Ley carece de efecto alguno sobre el Decreto-ley anterior, al que deroga, por lo que subsisten los vicios que éste efectivamente tuviera en el momento anterior a la derogación. La segunda concepción permite entender que la ley posterior subsana en alguna medida los vicios del Decreto-ley, pero, lógicamente, obliga a considerar que la impugnación de éste incluye también la de aquélla, ya que la ley no es sino una prolongación en otra forma del Decreto-ley.

La opinión de la que disentimos oscila entre estas dos concepciones incompatibles, aceptando de cada una de ellas tan sólo una consecuencia y negando la otra. Estima, de una parte, que la impugnación del Decreto-ley no arrastra necesariamente la impugnación de la ley, pero al mismo tiempo, mediante alusiones a la «retroactividad» de esta ley, cuyo alcance como norma determinante de la expropiación hace retroceder hasta el momento de la promulgación del Decreto-ley, atribuye implícitamente a la ley eficacia para sanar los vicios formales del Decreto-ley. Sobre la base de este planteamiento contradictorio entra a analizar el contenido del Decreto-ley, pero solamente de forma parcial, esto es, en cuanto encierra una declaración de utilidad pública e interés social y un acuerdo de ocupación urgente e inmediata de los bienes expropiados; postura que, a nuestro juicio, no tiene justificación alguna, ya que deriva de no haber adoptado con todas sus consecuencias una de las dos concepciones.

Por nuestra parte, entendemos que el Decreto-ley, que se encontraba vigente en el momento de interponer el recurso de inconstitucionalidad, es una norma distinta de la ley posterior, pues de otro modo desaparecerían las limitaciones que el artículo 86.1 de la Constitución impone al Decreto-ley. Por ello, a nuestro parecer, si bien en ningún caso podrá ser enjuiciada la ley posterior, no recurrida por impedirlo el artículo 39.1 de la LOTC, la sentencia, en cambio, debió extenderse al enjuiciamiento de la totalidad del Decreto-ley, con objeto de determinar su conformidad o disconformidad con la Constitución, cuya supremacía corresponde preservar a este Tribunal en caso de recurso, de acuerdo con el artículo 27.1 de su Ley Orgánica.

2. El artículo 86.1 de la Constitución establece que en caso de extraordinaria y urgente necesidad el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que adoptarán la forma de Decretos-leyes, los cuales, por lo que interesa a los efectos del presente recurso, no podrán afectar a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en su título I.

Nuestro criterio no se aparta del sustentado por la mayoría del Tribunal en cuanto a la necesidad de analizar en el presente caso la existencia de los requisitos que el mencionado artículo establece para los Decretos-leyes, que, como no cabe olvidar, son resultado de una potestad legislativa de la que sólo excepcionalmente puede hacer uso el Gobierno, pues su titular único son las Cortes Generales (art. 66.2 de la Constitución). En esta línea de análisis no disintimos del parecer mayoritario en cuanto a la existencia de una situación de extraordinaria y urgente necesidad como presupuesto habilitante del Decreto-ley y compartimos la interpretación de los derechos, deberes y libertades a que se refiere el artículo 86.1 —que incluye todos los del título I, y entre ellos el derecho de propiedad— y la relativa al alcance del verbo «afectar» en el sentido de que no excluye toda incidencia en los mismos.

Ahora bien, la existencia de una situación de hecho que justifique el recurso al Decreto-ley no permite, como es obvio, promulgar cualquier Decreto-ley, sino sólo una disposición de esta naturaleza cuyo contenido no exceda de los límites que el artículo 86.1 de la Constitución impone. Y, a nuestro juicio, a diferencia del parecer mayoritario, por muy flexible que quiera hacerse la interpretación del verbo «afectar», resulta claro que la norma recurrida, que lleva a cabo una privación singular del derecho de propiedad de determinados ciudadanos por medio de la expropiación, afecta sin duda a tal derecho. Por otra parte, el derecho de propiedad, cuya posible afectación se discute en el presente caso, está garantizado por el artículo 33 de la Constitución, y los tres apartados del mismo no pueden ser artificialmente disociados de manera que llegue a entenderse que la llamada «garantía expropiatoria» constituye un derecho distinto del derecho mismo de propiedad y no, como efectivamente sucede, una garantía de su contenido, consistente en que «nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes».

En razón de lo antes expuesto, entendemos que el Decreto-ley afecta al derecho de propiedad cuando, al margen del sistema general expropiatorio, establece normas singulares sobre la expropiación o adopta medidas expropiatorias concretas, de tal modo que no se limita a contemplar las peculiaridades del caso, considerado de extraordinaria y urgente necesidad, sino que lleva a cabo una minoración de las garantías previstas en dicho sistema.

3. Una vez efectuadas las consideraciones anteriores, de carácter general, se impone analizar el contenido del articulado del Decreto-ley objeto del presente recurso, con el fin de precisar en qué medida es conforme o disconforme con la Constitución.

En el artículo 1.º se decreta la expropiación forzosa, por causa de utilidad pública e interés social, de la totalidad de las acciones representativas del capital de las sociedades a que se refiere el anexo del mismo Decreto-ley.

El alcance de este artículo, enjuiciado desde la perspectiva del sistema general expropiatorio, es, a nuestro parecer, el de efectuar la declaración de utilidad pública e interés social, por una parte, y concretar los bienes que es necesario ocupar, de otra. En el presente apartado nos referiremos al primer aspecto, para considerar el segundo aspecto en el siguiente.

La declaración de utilidad pública e interés social del fin perseguido por la expropiación, en sí misma considerada, no afecta, a nuestro juicio, al derecho de propiedad de bienes concretos y determinados, dado que se trata de una fase previa a la iniciación del expediente expropiatorio, por lo que no vulnera el artículo 86.1 de la Constitución y, por ello, no puede calificarse de inconstitucional. Por otro lado, esta declaración, así interpretada, no se aparta del sistema general expropiatorio, teniendo en cuenta las especiales características del caso, ya que la causa de tal declaración, según se deduce de la exposición de motivos del Decreto-ley, es la defensa de la estabilidad del sistema financiero nacional, puesta en grave riesgo por la forma de gestión de las sociedades implicadas, así como la de los intereses legítimos de los depositantes y trabajadores a los que alcanzaría una crisis de la organización, dado que el grupo de sociedades matrices y filiales constituye una unidad de dirección y de riesgo. Es obvio que tal causa, por su entidad, trasciende del mero incumplimiento de la función social de la propiedad, por lo que, al no darse exclusivamente el supuesto

previsto en los artículos 71 y siguientes de la Ley de Expropiación Forzosa, pueden ser de aplicación los preceptos generales de dicha Ley, y en especial su artículo 12, que no exige una Ley votada en Cortes cuando se trata de la expropiación de bienes muebles.

En definitiva, por las razones expuestas, que no coinciden íntegramente con las sustentadas por el parecer mayoritario, entendemos que la declaración de utilidad pública e interés social no es inconstitucional. Tal declaración no supone que el expediente expropiatorio pueda llevarse a cabo al margen del sistema general ni prejuzga los bienes de necesaria ocupación a que debe extenderse la expropiación para conseguir la finalidad propuesta.

4. El artículo 1.º del Decreto-ley impugnado, en cuanto establece la necesidad de ocupación, así como los artículos 2.º, 3.º y 6.º del mismo, contienen un conjunto de medidas que globalmente consideradas pueden calificarse de ocupación (toma de posesión de las sociedades del grupo, gestión de las mismas y cierre durante un día de las oficinas, sucursales y agencias de los Bancos afectados), con la excepción de lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 2.º del Decreto-ley, en cuanto a que el Estado adquiere el pleno dominio de las acciones por ministerio de la ley.

Por lo que concierne a este último extremo, estimamos que la adquisición del pleno dominio de las acciones por ministerio de la ley, al margen por completo del sistema general expropiatorio, es decir, la privación del derecho de propiedad, afecta indudablemente a este derecho, por lo que el Decreto-ley excede en este punto del límite que establece el artículo 86.1 de la Constitución y es, por tanto, inconstitucional. El parecer mayoritario, por lo demás, no aduce un razonamiento convincente que justifique por qué entiende que la privación de un derecho no afecta a ese derecho, sin que por nuestra parte encontremos razón alguna para compartir tal conclusión.

En cuanto a las medidas de ocupación, si se consideran como parte de un procedimiento expropiatorio singular, como realmente son, no constituyen una modulación del sistema general, sino que suponen la minoración de garantías previstas en el mismo. Así, en cuanto a la necesidad de ocupación, se elimina el expediente contradictorio (arts. 15 y ss. de la Ley de Expropiación Forzosa), que permite determinar los bienes de necesaria ocupación para conseguir la finalidad propuesta con la declaración de utilidad pública e interés social, y en cuanto a la propia ocupación, el Decreto-ley

no se limita a aplicar la ocupación urgente, prevista en la Ley de Expropiación Forzosa para los bienes inmuebles (art. 52), sino que elimina la garantía del depósito previo y la indemnización también previa por la rapidez de la ocupación. En estas condiciones, resulta claro a nuestro juicio que las medidas de ocupación se apartan del sistema general —como reconoce el parecer mayoritario en la parte que las examina— en puntos esenciales, reduciendo las garantías de los expropiados. Por ello, entendemos que, por lo que respecta a tales medidas, adoptadas como parte de un procedimiento expropiatorio, el Decreto-ley excede del límite impuesto por el artículo 86.1 de la Constitución, dado que con ellas se afecta al derecho de propiedad, tal como aparece en el artículo 33.3 de la misma.

Ahora bien, de las consideraciones anteriores no se deduce necesariamente que las medidas de ocupación hayan de ser estimadas contrarias a la Constitución, ya que pueden ser contempladas desde otra perspectiva, en virtud del principio de conservación de las normas y actos de los poderes públicos, que este Tribunal ha aplicado en diversas ocasiones. Este enfoque nos lleva a examinar cuáles son las posibilidades constitucionales y legales de que dispone el Gobierno, sin observar los requisitos previstos en el procedimiento general expropiatorio, para poder llevar a cabo la ocupación de bienes en un caso excepcional, de extraordinaria y urgente necesidad, de las características señaladas en la exposición de motivos del Decreto-ley que es objeto de impugnación. Para ello es preciso partir de las previsiones constitucionales relativas al derecho de propiedad y a la libertad de empresa, con el fin de determinar en qué medida el sistema legal permite la adopción de tales decisiones.

En esta línea de razonamiento es necesario destacar, en primer lugar, que la función social de la propiedad impone unos límites al ejercicio de la titularidad dominical (art. 33.1 de la Constitución), y que también la libertad de empresa (art. 38) se reconoce dentro de unos límites, derivados de las exigencias de la economía general; a lo que hay que sumar muy especialmente que el artículo 128 de la Constitución establece, en su apartado primero, que toda la riqueza del país, en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad, está subordinada al interés general, y en su apartado segundo declara que por ley podrá acordarse la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general. Con el alcance que aquí se contempla la intervención ha de acordarse por norma con forma

de ley, o en virtud de la misma, en cuanto afecta al ejercicio del derecho de propiedad y a la libertad de empresa al privar al empresario de la gestión (art. 53.1 de la Constitución).

Aunque no existe ley posconstitucional en la que pueda subscribirse el caso que nos ocupa, debe tenerse en cuenta que el artículo 120 de la Ley de Expropiación Forzosa permite al Gobierno, por razones graves de orden público, adoptar medidas que comprenden la ocupación de bienes en los términos que indica, con indemnización posterior, sin las formalidades que exige para la expropiación. Este precepto fue pensado en principio para supuestos distintos, pero, como este Tribunal viene señalando reiteradamente, las normas preconstitucionales han de ser interpretadas de conformidad con la Constitución. Por nuestra parte, entendemos que en un Estado social y democrático de Derecho, como el que proclama el artículo 1.º de nuestra Constitución, el concepto de orden público, debidamente concretado, no puede entenderse tan sólo como un límite al ejercicio de determinadas libertades y derechos consagrados con el carácter de fundamentales por la Constitución, según se recoge en los Tratados y Convenios internacionales ratificados por España, sino que, con mayor razón, ha de serlo para las libertades y derechos de contenido patrimonial, como los de propiedad y libertad de empresa, que gozan de un menor nivel de protección constitucional y tienen como límite la función social (art. 33.1) y las exigencias de la economía nacional (art. 38). En este sentido, dadas las peculiaridades del caso, reflejadas, como antes hemos visto, en la exposición de motivos del Decreto-ley, las medidas de ocupación, que serían de carácter cautelar y no impedirían la aplicación posterior del procedimiento expropiatorio, no son contrarias a la Constitución en cuanto pueden encajar en el sistema legal, interpretado de acuerdo con los principios constitucionales y la realidad socioeconómica actual, es decir, en el contexto de una economía con un grado de desarrollo y complejidad industrial y financiera muy superior al existente en 1954, fecha de la Ley de Expropiación Forzosa. Interpretación que, a su vez, pone de manifiesto el desfase sobrevenido y la urgente necesidad de actualizar la legislación vigente.

En conclusión, a nuestro juicio, las medidas de ocupación adoptadas, consideradas en sí mismas y extraídas del seno del expediente expropiatorio en el que se enmarcan en el Decreto-ley, no son

inconstitucionales, en cuanto subsumibles en las previsiones legales.

5. El artículo cuatro del Decreto-ley impugnado establece en su párrafo primero que los titulares de las acciones expropiadas quedarán constituidos en una «Comunidad de accionistas» por cada Sociedad a la que aquellas acciones correspondan, al objeto de actuar colectivamente en el procedimiento expropiatorio y, en su caso, en los procedimientos judiciales que puedan tener lugar como consecuencia de la expropiación; y en su párrafo segundo regula la convocatoria de la Asamblea general de las respectivas comunidades de accionistas, la forma de designar un órgano que asuma su representación y la eventual actuación del Ministerio Fiscal.

El parecer mayoritario entiende que no se debe entrar en el examen de este precepto ni en el del siguiente, por razones que no compartimos, según ha quedado expuesto en el número 1 del presente voto particular.

Establece el artículo cuarto, en lo que concierne a las relaciones Administración-expropiados, un procedimiento que no se ajusta a la Ley de Expropiación Forzosa y que implica una minoración de las garantías en cuanto excluye la posibilidad de actuación individual de cada expropiado (arts. 4 y 5 de dicha Ley). Por ello estimamos que la regulación de las comunidades de accionistas no significa una modulación del sistema general en atención a las peculiaridades del caso concreto, sino que, dado su carácter obligatorio y excluyente, afecta al derecho de propiedad y, por lo tanto, excede del límite que establece el artículo 86.1 de la Constitución, lo que determina su inconstitucionalidad.

6. El artículo 5.º del Decreto-ley regula la fase de justiprecio, a cuyo efecto establece plazos para abrir dicha fase (núm. 1) y formalizar las hojas de aprecio (núm. 2); determina los criterios de valoración de las acciones (núm. 3), y fija la competencia del Jurado Provincial de Expropiación de Madrid (núm. 4).

Los apartados 1, 2 y 4 constituyen modulaciones del sistema general para el caso concreto que nos ocupa —sin duda alguna de gran complejidad—, modulaciones que no suponen una disminución de garantías, por lo que, en sí mismas consideradas, no son inconstitucionales, máxime si se las interpreta —como, a nuestro juicio, es obligado— desde la perspectiva del sistema general, es decir, sin excluir la responsabilidad por demora respecto al plazo

fijado en dicho sistema (art. 56 de la Ley de Expropiación Forzosa).

La fijación del justiprecio —núm. 3 del art. 5.º— no se ajusta a lo dispuesto por el artículo 40 de la Ley de Expropiación Forzosa, el cual establece los criterios aplicables para la expropiación de bienes muebles. Constituye una garantía esencial del derecho de propiedad el que, en caso de expropiación, se observen los criterios de valoración establecidos por las leyes, y es claro que esta garantía desaparece en la medida en que, como aquí sucede, se establece que en un caso concreto de expropiación se aplicarán criterios singulares distintos de los generales. En consecuencia, interpretado como una norma imperativa, el precepto sería inconstitucional al exceder del límite previsto para los Decretos-leyes por el artículo 86.1 de la Constitución.

Pero no obstante lo anterior, es posible interpretar este precepto —art. 5.3 del Decreto-ley— como un criterio de determinación del justiprecio que, al igual que ocurre con los previstos en los artículos 38 a 42 de la Ley de Expropiación Forzosa, no impide la aplicación de lo dispuesto en su artículo 43, en el que se establece que «no obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, tanto el propietario como la Administración podrán llevar a cabo la tasación aplicando los criterios estimativos que juzguen más adecuados si la evaluación practicada por las normas que en aquellos artículos se fijan no resulta, a su juicio, conforme con el valor real de los bienes y derechos objeto de expropiación, por ser éste superior o inferior a aquélla». Interpretado así el precepto, no sería inconstitucional en cuanto no impediría la obtención del valor real de los bienes, que es la garantía esencial del expropiado que contempla la Ley de Expropiación Forzosa. Por nuestra parte, nos inclinamos a esta interpretación, dado que en el Decreto-ley no se ha pretendido que el justiprecio sea inferior al real, ni se ha configurado el nuevo criterio de valoración como una especie de sanción por incumplimiento de la función social de la propiedad, sino que, por el contrario, la exposición de motivos indica que la expropiación se lleva a cabo «en el respeto más absoluto de los derechos de los accionistas mediante el pago del justo precio de sus acciones».

7. En virtud de los razonamientos anteriores disentimos del fallo de la sentencia, que, en nuestra opinión, debió ser estimato-

rio en parte y desestimatorio en lo demás. En concreto, entendemos que procedía declarar la inconstitucionalidad del artículo 2.º del Decreto-ley impugnado, en cuanto establece la adquisición del pleno dominio de las acciones de las Sociedades expropiadas por ministerio de la ley, y también la del artículo 4.º; y que debió declararse la no inconstitucionalidad de los restantes artículos, interpretados en la forma que se expone en los fundamentos anteriores.

Madrid, 7 de diciembre de 1983.—Gloria Begué Cantón.—Angel Escudero del Corral. — Rafael Gómez-Ferrer Morant. — Francisco Pera Verdaguer. — Francisco Rubio Llorente. — Antonio Truyol Serra.