

## A GOLPE DE DECRETO-LEY

RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO

### *Cómo citar / Citation*

Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (2021).  
A golpe de Decreto-Ley (Editorial)  
DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.3>  
*Cuadernos de Derecho Privado*, 1, pp. 1-7

En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el artículo 86 CE permite al Gobierno dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes, que deberán ser sometidos inmediatamente a votación por el Congreso para su convalidación.

Esta es la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la interpretación y aplicación de esa norma:

a) El concepto de extraordinaria y urgente necesidad que contiene la Constitución no es «*una cláusula o expresión vacía de significado dentro de la cual el lógico margen de apreciación política del Gobierno se mueva libremente sin restricción alguna*», sino, por el contrario, la constatación de un límite jurídico a la actuación en cuestión.

b) El control del Tribunal consiste en velar por que el Gobierno no se haya apartado del margen de apreciación concedido por la norma, esto es, que la situación sea de «*extraordinaria y urgente necesidad*».

c) La adecuada fiscalización del recurso al decreto-ley requiere el análisis de dos requisitos: por un lado, la presentación explícita y razonada de los motivos que han sido tenidos en cuenta por el Gobierno en su aprobación, y, por otro lado, la existencia de una necesaria conexión entre la situación de urgencia definida y la medida concreta adoptada para atenderla.

d) No es necesario que dicha presentación haya de contenerse en el propio Real Decreto-ley, ya que cabe deducirla de la exposición de motivos o del preámbulo de la norma, del debate parlamentario de convalidación, o del propio expediente de elaboración de aquélla.

e) En cuanto al requisito de la conexión entre la urgencia y la medida concreta, hay que atender tanto al contenido como a la estructura de las disposiciones incluidas en el Real Decreto-ley, debiéndose tener en cuenta las situaciones concretas y los objetivos gubernamentales.

f) Generalmente, se ha venido admitiendo el uso del decreto-ley en situaciones que se han calificado como *«coyunturas económicas problemáticas»*, para atender *«situaciones concretas de los objetivos gubernamentales que por razones difíciles de prever requieran una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes»*.

g) Ahora bien, la valoración de la extraordinaria y urgente necesidad de una medida puede ser independiente de su imprevisibilidad e, incluso, de que tenga su origen en la previa inactividad del propio Gobierno siempre que concurra efectivamente la excepcionalidad de la situación, pues *«lo que aquí debe importar no es tanto la causa de las circunstancias que justifican la legislación de urgencia cuanto el hecho de que tales circunstancias efectivamente concurran»*.

h) El hecho de que se considere una reforma estructural no impide, por sí sola, la utilización de la figura del decreto-ley, pues el posible carácter estructural del problema que se pretende atajar no excluye que dicho problema pueda convertirse en un momento dado en un supuesto de extraordinaria y urgente necesidad, que justifique la aprobación de un decreto-ley; lo que deberá ser determinado atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso.

i) Es posible que en el cuerpo normativo de un mismo decreto-ley se integren reglas, o bloques de preceptos, para cada uno de los cuales se postule una distinta y específica causa de extraordinaria y urgente necesidad. Así ocurre en los llamados decretos-leyes transversales, dictados ante coyunturas de crisis económica o en los que se contenga, de otro modo, una política social o económica de urgencia. De ahí que en tales casos los requisitos de extraordinaria y urgente necesidad deban ser cumplimentados para cada uno de los bloques de preceptos en cuestión. De ahí que encontremos sentencias del Tribunal Constitucional en las que se declare la inconstitucionalidad de unos preceptos y no de otros del mismo decreto-ley. Un ejemplo próximo lo encontramos en la STC 61/2018 (BOE 7.7), que declara la inconstitucionalidad de varias disposiciones del Real Decreto-ley 5/2013, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, por no haberse cumplido en su caso ese requisito de justificación de la extraordinaria y urgente necesidad.

La exigencia de los requisitos enumerados responde al reconocimiento de que, si bien la iniciativa legislativa corresponde al Gobierno (art. 87.1 CE), la potestad legislativa reside en las Cortes Generales. Por lo que la potestad de dictar decretos-leyes que el art. 86 CE atribuye al Gobierno debe ser contemplada como una excepción. Importa insistir en ello, so pena de alentar un traspaso significativo de la potestad legislativa al Gobierno en detrimento de las Cortes Generales, titular de dicha potestad en cuanto representante del pueblo español.

Sin embargo, cabe observar como el recurso al decreto-ley es cada vez más frecuente. A 22 de diciembre, en el momento de escribir esta tribuna, cabe contabilizar 29 decretos-leyes, frente a 19 leyes y 11 leyes orgánicas publicadas por el BOE a lo largo de este año 2021. Echemos la vista atrás. En el año 2020 el BOE publicó 36 decretos-leyes, 11 leyes y 3 leyes orgánicas. Ciertamente –piensa uno-, la pandemia del COVID propicia lo extraordinario y urgente. Pero sigamos echando la vista atrás: 18 decretos-leyes, 7 leyes y 3 leyes orgánicas en el año 2019; 28 decretos-leyes, 11 leyes y 5 leyes orgánicas en el año 2018; 21 decretos-leyes, 12 leyes y 3 leyes orgánicas en el año 2017.

Resulta que lo previsto como extraordinario ha pasado a ser ordinario.

Son cifras que acreditan un crecimiento de los decretos leyes que me atrevería a calificar de desbocado en comparación con las leyes aprobadas por las Cortes Generales.

Surgen lógicamente las preguntas: ¿Vivimos tiempos de necesidades extraordinarias y urgentes? ¿Existe una marcada tendencia por parte del Ejecutivo a invadir el territorio del Legislativo? Probablemente proceda contestar afirmativamente en ambos casos. Es obvio que el devenir social, la historia de sus cambios o acontecimientos, se ha acelerado. Basta con reflexionar sobre la propia vida, por joven que sea la persona que proceda a semejante reflexión, para comprobarlo. Pero también sabemos de la permanente tendencia expansiva del Ejecutivo. De ahí la importancia de la división de poderes y de su defensa.

Un botón de muestra de esa inercia expansiva del Poder ejecutivo nos lo brinda una sentencia del Tribunal Constitucional de este mismo año, la STC 110/2021 (BOE 15.6), que declara inconstitucional la disposición final segunda del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 -la cual modificaba el artículo 6.2 de la Ley 11/2002,

reguladora del Centro Nacional de Inteligencia, con el fin de cambiar la composición de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos de Inteligencia-, por entender que no concurrían en dicha disposición los requisitos de extraordinaria y urgente necesidad para justificar su inclusión en el Real Decreto-ley en cuestión.

Concluyentes los argumentos de la sentencia:

*«Ya quedó dicho que la justificación común o general del Real Decreto-ley 8/2020 reside en la necesidad de subvenir de inmediato a las consecuencias sociales y económicas de la crisis sanitaria deparada por el COVID-19; emergencia que está también en el origen de una previa declaración de estado de alarma (Real Decreto 463/2020) [...]».*

*Así planteados los términos del presente análisis, este tribunal no puede compartir que la disposición final segunda que se impugna muestre conexión de sentido alguna con la causa de extraordinaria y urgente necesidad que llevó a la adopción del Real Decreto-ley 8/2020. No existe ningún vínculo de adecuación entre el común presupuesto habilitante de la norma y esta singular regla, carente de congruencia con la situación que se trata de afrontar, con la que no guarda relación discernible, ni directa ni indirecta.*

[...]

*Se refuerza la apreciación anterior, si se tiene presente que la disposición final segunda introduce en el ordenamiento una modificación legislativa de vigencia indefinida, en manifiesta divergencia con la temporalidad tasada que el propio Real Decreto-ley predica, en general, de todas y cada una de sus determinaciones, en plena correspondencia con los apremios circunstanciales en los que se fundamentó esta legislación excepcional» (apartado 7 de los fundamentos jurídicos).*

Entre los casos más llamativos de recurso indebido al decreto-ley se encuentra el de su utilización para la transposición de Directivas de la Unión Europea a nuestro ordenamiento. Sistema de transposición que ha pasado a ser el habitual, con la excepción de los supuestos en los que, por razón de la materia, la misma tiene que producirse por ley orgánica, puesto que, de acuerdo con el art. 86.1, los Decretos-leyes *«no podrán afectar [...] a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I»* de la Constitución (*vid.*, por ejemplo, la LO 7/2021, de protección de datos personales

tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales – BOE 27.5).

Y ha pasado a ser el habitual porque es la forma de poner remedio al retraso con el que los sucesivos Gobiernos han venido actuando a la hora de tramitar el proyecto de ley correspondiente.

Tan es habitual que el Gobierno utiliza un extenso texto uniforme en el Preámbulo de cada decreto-ley de transposición de directiva para cumplimentar el requisito de explicar las razones por las que concurren los requisitos de extraordinaria y urgente necesidad. Basta con leer los preámbulos del Real Decreto-ley 7/2021, de transposición de directivas en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores (BOE 28.4), y del Real Decreto-ley 24/2021, de transposición de directivas en las materias de bonos garantizados, distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de la información del sector público, ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas importaciones y suministros, de personas consumidoras y para la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes (BOE 3.11), para comprobar lo dicho.

Ambos preámbulos cuentan con un extenso apartado I en que se exponen detalladamente los argumentos que respaldan la utilización del sistema de decreto-ley, basándose en la doctrina del Tribunal Constitucional. Con alguna variante secundaria se reproducen literalmente los mismos argumentos; también con el mismo añadido final, copia del límite absoluto al decreto-ley que el art. 86.1 CE establece: *«Debe señalarse también que este real decreto-ley no afecta al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I de la Constitución, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al derecho electoral general»*.

Obsérvese que la transcripción del título de los dos mencionados Decretos-leyes pone de relieve que, además, se ha pasado a utilizar la fórmula para transposiciones masivas de multitud de directivas referidas a las más diversas materias, dedicándose un Título o Libro de los mencionados Decreto-leyes a cada una de ellas. Ni que decir tiene

que ello da lugar a textos legislativos kilométricos. Así el Real Decreto-ley 7/2021 consta de ocho Títulos y ocupa unas 180 páginas de BOE; el Real Decreto-ley 24/2021 consta de siete Libros y ocupa unas 160 páginas.

Conscientes del exceso en ambos casos, los redactores del preámbulo introducen un párrafo exculpatorio: *«España viene cumpliendo de manera consistente con los objetivos de transposición en los plazos comprometidos desde el inicio del establecimiento de los mismos. No obstante, en los últimos años, hechos como la repetición de elecciones generales en 2019, con la consiguiente disolución de las Cortes generales y la existencia de un Gobierno en funciones durante un tiempo prolongado, así como la propagación de la pandemia ocasionada por el COVID-19 desde el primer trimestre de 2020, explican la acumulación de retrasos en la transposición de algunas directivas, que requieren una norma con rango de ley para su incorporación al ordenamiento jurídico interno».*

Disculpas que no pueden servir para justificar tanta negligencia en el respeto de los plazos de transposición, que normalmente son muy amplios. Plazos que deben sumarse al que corresponde a la propia tramitación de la Directiva, que es amplio también.

Además, procede observar que esa negligencia viene de lejos, de momentos en los que ni COVID, ni disolución de Cortes generales, ni Gobiernos en funciones. En los propios preámbulos de uno y otro Decreto-ley a los que me he referido se menciona la STC 1/2012, según la cual, cabe recurrir a semejante procedimiento de transposición de directivas cuando existe un *«patente retraso en la transposición»* y un procedimiento de incumplimiento contra nuestro país como consecuencia de aquél.

Cierto que esas dos circunstancias permitieron al alto Tribunal aceptar (parcialmente, ya que en el recurso origen de la sentencia también se planteaba una objeción competencial, que sí que fue estimada) la constitucionalidad del Real Decreto-ley 9/2000, que transponía a nuestro ordenamiento las Directivas 85/377/CEE, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, y 97/11/CE, por la que se modifica la anterior.

Pero importa destacar que el Tribunal tuvo en cuenta además un tercer factor: *«la importancia que, conforme al art. 45 CE, cabe conferir a que la casi totalidad de los proyectos con relevancia económica y social quedara sometida cuanto antes a evaluación de impacto ambiental».*

Por otra parte, la propia STC 1/2012 puntualizaba lo siguiente: «*Como hemos afirmado recientemente en la STC 119/2011, de 5 de julio (FJ 7), a propósito de una utilización indebida del derecho de enmienda en el procedimiento legislativo, “desatender los límites constitucionales bajo el paraguas de la urgencia normativa no deja de ser una lesión constitucional por mucho que pueda parecer conveniente coyunturalmente. Una buena política legislativa puede evitarlo y cuando excepcionalmente no sea posible debe asumir el coste democrático que pueda tener pero no forzar la Constitución”.* Tanto más cuanto que la incorporación de las directivas de la Unión Europea constituye una obligación normal, previsible y hasta cotidiana derivada de nuestra pertenencia a la Unión Europea» (fundamento jurídico 9, párrafo 7).

A lo que cabe añadir que el Informe del Consejo de Estado de 14 de febrero de 2008, sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español, si bien admite que en determinadas circunstancias excepcionales pueda procederse por razones de urgencia a la transposición de aquél mediante decreto-ley, rechaza que semejante cauce pueda convertirse en mecanismo ordinario, como puntualiza el propio Preámbulo del Real Decreto-ley 24/2021.

Sin embargo, esto es lo que ha sucedido, en contra del parecer tanto de nuestro Tribunal Constitucional como del Consejo de Estado: la transposición del Derecho europeo se produce normalmente *a golpe de Decreto-ley*. Cada vez se incurre más en el incumplimiento del plazo de transposición. Y cuanto mayor sea el retraso, mayor será el riesgo de que la Comisión nos sancione. Lo que a su vez abre la puerta a apreciar la concurrencia de los requisitos exigidos por el art. 86 CE, Cuanto más incumple el Gobierno el deber de transponer tempestivamente las directivas de la Unión, más se justifica la urgente necesidad exigida por el artículo 86 CC, puesto que -en palabras del Tribunal Constitucional, como ya ha quedado reseñado antes-, si la urgencia existe, no importa que se deba a culpa del Gobierno.

Una observación final.

La práctica de complementar la aprobación del decreto-ley de turno con su tramitación como proyecto de ley tiene la virtud de introducir un periodo de confusión, hasta que dicha tramitación se concluye, como consecuencia de las modificaciones que se introduzcan en la misma frente al texto de aquél.