

ANÁLISIS JURISPRUDENCIA	<p>DE UN (NO) ABUSO DEL DECRETO-LEY A UN POSIBLE (NUEVO) INTENTO DE LAWFARE.</p> <p>Comentario a la STC 145/2023, de 25 de octubre, sobre la constitucionalidad del Real Decreto-Ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público¹</p>
	<p>Prof. Dr. Antonio Costa Reyes T.U. Derecho del Trabajo y de la Seguridad. UCO.</p>
	<p>1. Introducción. 2. El recurso planteado por los diputados de Vox. 3. La respuesta (unánime) del TC. 3.1. Subsistencia del conflicto y efectos del acuerdo de convalidación del RD-ley 14/2021: reducción del ámbito litigioso. 3.2. Control de adecuación al art. 86 CE. 3.2.1. Presupuesto habilitante. a) Situación justificativa concreta: extraordinaria y urgente necesidad. b) Conexión de sentido o relación. 3.2.2. Límites materiales. 4. Reflexiones finales: el decreto ley como problema (clásico) y el recurso de inconstitucionalidad como instrumento del (nuevo) lawfare.</p>

1. INTRODUCCIÓN

La sentencia que comentamos parte del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Grupo Parlamentario de Vox contra el RD-Ley 14/2021, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público. Como sabemos, se trataba de una norma de urgencia que adoptó el Gobierno para, según explicitaba, intervenir en varias cuestiones claves de la problemática de la alta tasa de temporalidad en el empleo público, en particular, en aras a afrontar cuestiones tanto de futuro (art. 1), esto es, respecto al incumplimiento del plazo de vigencia máximo de las relaciones temporales en el empleo público que pudieran producirse con posterioridad a su entrada en vigor; como de pasado, por cuanto contenía (art. 2) medidas dirigidas a las situaciones anteriores y ya consolidadas de quienes, desde hacía años, se encontraban ocupando temporalmente plazas estructurales sin que las mismas hubieron sido objeto de los debidos procesos de reglamentarios de cobertura definitiva.

Por la relevancia que tendrá para el caso, debe recordarse que tal norma de urgencia superó el trámite de convalidación por Acuerdo de 21 de julio de 2021 y que incluso, posteriormente, fue prácticamente derogada (salvo su DF 2ª) y sustituida con la entrada en vigor de la homónima Ley 20/2021, que, salvo algunas cuestiones añadidas (*v.gr.*, D.A. 6ª y sgs), mantuvo el texto originario.

El TC desestimaré de manera unánime el recurso, rechazando los argumentos de VOX y, con ello, afirmará que el Gobierno, “ha aportado justificación suficiente que permita apreciar la existencia de la situación habilitante requerida por

¹ Este trabajo forma parte del Proyecto de Investigación PID2022-139488OB-I00 DER “Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de España: proyección e impacto de sus políticas palancas y componentes sociales en el marco jurídico sociolaboral”, financiado/a por MCIN 10.13039/501100011033.

el art. 86.1 CE, sin que la regulación contenida en su art. 2 traspase los límites materiales del Decreto-ley (...).”

En las páginas que siguen vamos a intentar explicar las razones esgrimidas por el TC para fundamentar su fallo y responder con ellas a los motivos alegados por los recurrentes. En cualquier caso, advertimos, la sentencia no aporta grandes novedades respecto a una muy asentada doctrina del TC sobre los límites y alcance de la facultades gubernativas que prevé el art. 86.1 CE. Es más, y como vamos a intentar poner de manifiesto, el planteamiento del recurso parece ignorar toda esa doctrina y postula unas posiciones muy superadas (pues como se verá en particular en este caso, las alegaciones que cuestionan el adecuado uso en términos formales del RD-Ley son claramente infundadas ante la evidencia los hechos-argumentos aportados y de aquella doctrina constitucional), al punto de que en diversos momentos lo que da la impresión es de querer volver a los debates sobre el alcance y límites del decreto-ley propios del pasado siglo, de ahí que hayamos considerado oportuno ponerlo de manifiesto trayendo a colación sentencias del TC (y artículos doctrinales) muy anteriores en el tiempo². Tan claro parece ser que la sentencia desestimatoria se adoptará por unanimidad de los integrantes, algo particularmente extraño (*rara avis*) en los últimos años con relación a la cuestión del adecuado uso por el Gobierno de la facultad conferida en el art. 86.1 CE...y por ello, insistimos, quizás el uso que se hace en este caso responda no al supuesto concreto (RD-Ley 14/2021), sino más bien a un cuestionamiento permanente de la actividad del Gobierno de coalición y a “probar” si era posible dar pie a un cambio criterio constitucional, sobre todo, como luego observamos, teniendo en cuenta que desde inicios de esta década la anterior mayoría del TC parecía querer modificar, aunque sin explicitarlo, su consolidada posición (flexible) y reclamar desde entonces una mayor exigencia para la admisión de este tipo de normas de urgencia³.

Por ello, como explicaremos en las consideraciones finales, la sentencia nos lleva a una reflexión mayor, la de que junto a la clásica y tradicional crítica sobre el excesivo uso de esta facultad (y, por tanto, del Decreto-ley como instrumento normativo para incidir en materia laboral)⁴, creemos que también merece nuestra atención el progresivo y sostenido incremento de la vía del recurso de inconstitucionalidad frente a la acción del Gobierno por parte de los grupos políticos representados en el Congreso (modo de proceder que también se ha extendido frente a diversas Leyes aprobadas por el Parlamento).

2 A título de ejemplo, el recurso parece “inspirado” en posicionamientos como el recogido en ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I., “Teoría y práctica del decreto ley en el ordenamiento español”; Revista de Administración Pública, 106/1985.

3 Vid. SSTC 110 y 124/2021 (relativas al RD-Ley 8/2020) o 111/2021 (RD-Ley 15/2020).

4 En nuestra disciplina, con relación a la crisis económica de la pasada década, Editorial, “Con el agua al cuello: la crisis interminable y sus significados”; RDS 58/2012; más recientemente, GOERLICH PESET, J.M., “Algunas tendencias del sistema de fuentes. Manifestaciones recientes en el ámbito jurídico-laboral”; Labos, Vol. 3, nº 1, 2022.

2. EL RECURSO PLANTEADO POR LOS DIPUTADOS DE VOX

Como luego explicaremos, el marco interpretativo constitucional respecto al ejercicio de la facultad reconocida al Gobierno en el art. 86.1 CE, en opinión de diversos autores, ha venido a implicar en la práctica “una especie de presunción *iuris tantum* en favor de la constitucionalidad del Decreto-ley promulgado, provocando de facto una alteración de la carga de la prueba (*ya que*) sobre los impugnantes recaerá el *onus* de argüir motivos y razones (...) sobre la actuación abusiva y arbitraria del poder ejecutivo en el caso concreto”⁵. En consecuencia, cobra especial interés analizar los argumentos que los recurrentes plantean y, por tanto, corresponde una lectura atenta a lo fundamentado por VOX en su recurso de inconstitucionalidad y, singularmente, si los motivos alegados manifiestan esa reforzada exigencia argumentativa.

Por lo que se refiere al primero de los razonamientos por los que se opone a la licitud general del Decreto-ley, inexistencia de presupuesto habilitante, sostienen los recurrentes que, con base en la propia justificación dada por el Gobierno en el Preámbulo de la norma, no puede afirmarse la concurrencia de la exigida extraordinaria y urgente necesidad y ello porque no existe nada de ello en la situación que se pretende afrontar con dicha norma. De hecho, prosiguen argumentando, se trataría de una reforma estructural, ya que lo que se pretende afrontar es un problema histórico de las administraciones públicas (AA.PP.): el manifiesto abuso de la temporalidad en el empleo público. Ciertamente, añaden, se trata de “un fenómeno observable desde hace varias décadas”, al punto de que en el referido Preámbulo se explicita que el problema deriva de causas muy anteriores en el tiempo, esencialmente, tanto de restricción presupuestaria derivada de la crisis de la década pasada que limitó gravemente la tasa de reposición del empleo público (lo que impedía crear plazas de nuevo ingreso, llevando a utilizar abusivamente del empleo temporal), como de insuficiente planificación estratégica en la ordenación del empleo público, constatada en la falta de regularidad y la excesiva complejidad (y lentitud) en las convocatorias y procesos selectivos. En definitiva, concluyen los recurrentes, tal situación no es imprevisible y, por tanto, carecería de la exigible urgencia extraordinaria.

En esta línea, niegan que dicha situación se haya visto afectada, en los términos que requeriría el art. 86 CE, por la Directiva 1999/70/CE, pues era de sobra conocida la exigencia que marcaba su cláusula 5 (adopción de medidas destinadas a evitar la utilización abusiva de nombramientos temporales). En concreto, sostiene el recurso de inconstitucionalidad, tal conclusión no se ve alterada por la doctrina del TJUE (singularmente, STJUE 03/06/2021, C-726/2019), por cuanto que ésta tiene como destinatarios a los tribunales (no al legislador) y, en ese sentido, subrayan los recurrentes, la misma ha obtenido acogida favorable

5 DÍAZ DE MERA RODRÍGUEZ, A. D., “Gobierno de la crisis. Uso y abuso del Decreto-ley”; Asamblea, 24/2011, pp. 145 (en general, 137-178).

con la STS 649/2021 (rec. 3263/2019) que, rectificando su jurisprudencia, viene a reconocer un plazo máximo para las situaciones temporales derivadas de interinidad (tres años).

Por poner en contexto al lector, la mencionada STJUE responde a la cuestión de prejudicialidad planteada por el ATSJ de Madrid de 23/09/2019 (rec. 876/2018) en el cual se planteaba, en esencia, si nuestra regulación se ajusta a la referida Directiva en casos de interinidad por vacante en las AAPP donde, por un lado, no se establece una duración máxima de estos contratos temporales⁶, ni se concretan las razones objetivas que justifican la renovación de las mismas, ni se fija el número de tales renovaciones ni la causa por las que éstas serían posibles por parte del empleador (AAPP), con la consecuencia de que dichos contratos se puedan mantener durante años (sin que nada obligue a su cobertura definitiva o, en todo caso, que baste para mantener tal situación la mera alegación de que la demora es consecuencia de la crisis económica de la pasada década). Y, por otro lado, porque, además, no se reconoce el derecho de las personas trabajadoras así afectadas a ser indemnizadas cuando cesan. A lo que el TJUE contestará que tal normativa y la jurisprudencia que la mantiene no es acorde a la Directiva 1999/70/CE, primero, porque continuar el contrato más allá del plazo inicialmente previsto implica una renovación tácita y, por ende, debe considerarse una sucesión de contratos (abuso) a efectos de la referida norma comunitaria. Segundo, porque interpretar que el plazo para organizar procesos selectivos previsto en el art. 70 LEBEP (tres años) no obliga, efectivamente y en todo caso, a que éstos tengan lugar, supone de facto la inexistencia de medidas preventivas frente a tal abuso. Y finalmente, porque no parece existir medida sancionatoria adecuada, pues con su doctrina sobre la materia, el TS no se ajusta al principio de *interpretación conforme*, ya que niega consecuencia alguna frente a tal abuso, pues no les reconoce a quienes estén en tal situación –en todo caso– ni el carácter de indefinido ni tampoco –una vez que cesen– el derecho a indemnización alguna (al no venir prevista para los contratos de interinidad).

No sin una profunda crítica a lo concluido por el Tribunal comunitario, el TS se verá forzado a cambiar su posición y aceptará no solo que, superado el plazo legalmente establecido para la cobertura, deba entenderse que se produce un nuevo contrato y, por tanto, una sucesión a efectos de la Directiva (aunque precise que, técnicamente, conforme a la normativa interna, se trate del mismo contrato); sino también –muy especialmente– que, en ese caso, habría de considerarse como regla general (por tanto, no siempre) que el contrato temporal se desnaturaliza y se convierte en indefinido no-fijo (INF) y, por ello, si se extingue posteriormente, la persona afectada tendría derecho a una indemnización equivalente-asimilable al despido por causas objetivas (*ex* STS de 28/03/2017, rec. 1664/2015).

6 A diferencia de lo que acontece para los sujetos privados, *ex* art. 15.3, 3º LET. Al respecto, COSTA REYES, A., “La reforma de la contratación laboral temporal y formativa. Comentario a los supuestos del artículo 15 y a las novedades del artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores tras el Real Decreto-Ley 32/2021”; RTSS-CEF, 467/2022, pp. 56-57.

Una breve valoración sobre este primer bloque que cuestiona de forma general la existencia de circunstancia habilitante, aunque ya adelantada al inicio: pareciera que con tal razonar (negar el Decreto-ley en caso de problemas estructurales), los recurrentes pretendieran reclamar y llevar a sus últimos extremos lo manifestado en la STC 110/2021, cuando advirtió que la extraordinaria y urgente necesidad debe ser vista “como fruto de circunstancias hasta entonces imprevisibles o súbitas que impusieran el inmediato dictado de la norma impugnada” (recuérdese que, en virtud de ello, declaró la nulidad parcial del Real Decreto-ley 8/2020)”⁷.

En este sentido, se entiende también que los diputados de VOX considerarán igualmente que las referencias que en el Preámbulo se hacen a los compromisos del propio Gobierno con la UE en relación a los Fondos *Next Generation* (plasmados en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia -PRTR-, Componente 11 “Modernización de las Administraciones públicas”), no pueden justificar la extraordinaria y urgente necesidad aludida en el art. 86 CE, y no solo porque el recurrido RD-Ley 14/2021 no da respuesta a las reformas comprometidas ni la regulación comunitaria imponga una norma interna para reducir la temporalidad (como lo evidenciaría, a su parecer, el hecho de haber accedido ya a tales fondos sin haber cumplido previamente con las reformas comprometidas), sino porque, en todo caso, reducir la temporalidad antes del primer semestre de 2021 es una obligación voluntariamente asumida por el propio Gobierno, de modo que, de aceptar esta explicación de la norma de urgencia, se estaría admitiendo que el Ejecutivo pudiera crear el presupuesto habilitante.

En todo caso, añade el recurso, atendidos los amplios plazos de ejecución de tales procesos selectivos, no puede considerarse que haya urgencia, pues con ellos se evidenciaría que no concurre la situación absolutamente perentoria que hace imprescindible optar por esta excepcional facultad del Gobierno.

En otro orden de cosas, y además de las referidas cuestiones generales por las que consideran que el RD-Ley 14/2021 no cumple con el presupuesto habilitante *ex art.* 86.1 CE, los parlamentarios de VOX cuestionan su concreta regulación, pues entienden que, más allá de la fijación de un plazo máximo de vigencia de las relaciones de interinidad (tres años), prácticamente ninguna de las medidas que se recogen guarda relación alguna con la situación que pretende resolverse. En concreto, afirmarán, las medidas propuestas resultan “inocuas” (*sic*), pues lo preceptuado ya formaba parte de la norma reformada (LEBEP) o de los prin-

7 Pronunciamiento que, al igual que en las SSTC 124 y 34/2021, conllevó un interesante voto particular que criticaba el encubierto e “inmotivado *overruling* respecto de lo que constituía la doctrina previa de este Tribunal en la materia”. Subrayando también la relevancia que tal sentencia tiene en cuanto corrección a su mayor flexibilidad o laxitud anterior respecto a la concurrencia de la situación habilitante; LLIGADAS GONZÁLEZ, G., “Laxitud interpretativa y abuso de las situaciones económicas complejas y de la heterogeneidad en los decretos-leyes: novedades en la práctica gubernamental y en la jurisprudencia constitucional”; Revista Española de Derecho Constitucional, 128/2023, pp. 153 y ss.

cipios generales de la actuación administrativa o ya existía jurisprudencia que daba respuesta al problema (la referida STS 649/2021) o, simplemente, como ocurre con los *procesos de estabilización de empleo temporal* recogidos en el art. 2 RD-Ley 14/2021, nada tienen que ver con la mencionada STJUE.

Finalmente, como última argumentación, los recurrentes consideran que el RD-Ley cuestionado vulnera los límites materiales previstos en el art. 86 CE porque, al regularse en su referido art. 2 un procedimiento de acceso a la función pública (tanto la tipología como la valoración de alguna de sus fases-concurso), se afecta el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, un aspecto esencial en el art. 23.2 CE. En definitiva, y como aclara el TC en la delimitación del objeto del recurso, se estaría aquí cuestionando tanto una cuestión formal, es decir, si se extralimita la norma de urgencia porque afecta a ese derecho fundamental regulado en el Tít. I (al fijar que la prueba selectiva no será cualquiera de las admitidas en la Ley, sino el concurso-oposición); como sustantiva, a saber, si al fijar en dicho precepto el valor mínimo de la fase de concurso, se violenta el contenido esencial del principio de igualdad en el acceso que contempla el mencionado art. 23.2 CE.

3. RESPUESTA DEL TC

3.1. SUBSISTENCIA DEL CONFLICTO Y EFECTOS DEL ACUERDO DE CONVALIDACIÓN DEL RD-LEY 14/2021 Y LA POSTERIOR APROBACIÓN DE LA LEY 20/2021: REDUCCIÓN DEL ÁMBITO LITIGIOSO

Antes de entrar en el fondo del asunto, es oportuno recordar, como hace el propio TC, que el conflicto a resolver subsiste pese a la advertida convalidación del referido RD-Ley, o incluso, a su posterior tramitación como proyecto de Ley por el trámite de urgencia (y que dio lugar a la Ley 20/2021); pues como ha declarado en otras ocasiones (STC 34/2017), el decaimiento posterior del RD-Ley (por cualquier razón: pérdida de vigencia, no convalidación o derogación-sustitución por una Ley posterior), antes de que se dicte sentencia al recurso de inconstitucionalidad planteado, no excluye que el TC deba pronunciarse y controlar si la potestad ejercida por el Gobierno siguió los requisitos que establece el mencionado art. 86 CE.

Es decir, se mantiene el interés por determinar si la actuación gubernamental siguió los requisitos formales exigidos (*ex art. 86.1 CE*), pues el incumplimiento de los mismos no puede subsanarse por la posterior convalidación (art. 86.2 CE) o derogación por la legislación sobrevenida (art. 86.3 CE), de ahí que deba el TC manifestarse sobre su (in)constitucionalidad, porque de aceptar esa subsanación *a posteriori*, vaciaría de contenido los límites previstos en el mencionado art. 86.1 CE, ya que su operatividad quedaría limitada al tiempo que media entre su promulgación y su convalidación o derogación, lo que en la práctica impedi-

ría al TC poder pronunciarse⁸. Ahora bien, y siguiendo su tradicional doctrina, la derogación y sustitución por una Ley posterior que mantiene el anterior contenido (en nuestro caso, la Ley 20/2021) sí implica reducir *su ámbito litigioso* (STC 111/1983), de modo que deben quedar fuera del enjuiciamiento aquellas impugnaciones basadas en la vulneración de preceptos constitucionales sustantivos, como ocurría aquí respecto al contenido del art. 23 CE (pues la norma de urgencia recurrida fijaba un porcentaje en la valoración del concurso que pudiera considerarse contrario a lo admisible); y ello porque, aun siendo preceptos del Decreto-ley, los mismos no generaron un efecto inmediato y, por otro lado y principalmente, porque han sido sustituidos por el art. 2.4, 2º Ley 20/2021, que es el texto legal que disciplinará ahora la materia, “por lo que su enjuiciamiento aquí, con no ser preciso desde los acotados campos de este proceso, entrañaría un enjuiciamiento” de dicha Ley (STC 6/1983)⁹.

Distinto será el enjuiciamiento formal del Decreto-ley, esto es, si en su aprobación el Gobierno siguió o no los requisitos establecidos en el precepto constitucional, pues tal inobservancia constituye una infracción que sólo puede repararse con una declaración de inconstitucionalidad (por todas, STC 68/2007). En consecuencia, el TC sí dará respuesta a la cuestión sobre si, al regular en el art. 2 un proceso de acceso a la función pública, se rebasaron los límites materiales impuestos por el art. 86.1 CE para regular deberes y libertades regulados en el Título I (en concreto, los del art. 23 CE).

3.2. CONTROL DE ADECUACIÓN AL ART. 86 CE

3.2.1. Presupuesto habilitante

El TC responde al cuestionamiento de la concurrencia presupuesto habilitante tomando como referencia su tradicional doctrina que dice sintetizada en la anterior STC 18/2023. Así, y en primer lugar, recuerda que la extraordinaria y urgente necesidad reclamada en el art. 86.1 CE no supone una expresión vacía de contenido o significado, sino que, más al contrario, supone un límite jurídico a la actuación mediante decretos leyes y, por tanto, que el TC pueda controlar la situación definida como tal por el Gobierno y, en su caso, rechazarla y declarar la inconstitucionalidad de la concreta norma de urgencia (STC 182/1997).

Ahora bien, recuerda el TC que su control es jurídico, *ex post* y externo, es decir –y en línea con el sentido que desde sus inicios viene concibiéndolo– que el

8 DÍAZ DE MERA RODRÍGUEZ, A. D., “Gobierno de la crisis...; cit., pp. 149-150. En el caso de convalidación, porque la misma no cambia la naturaleza jurídica del Decreto-ley, tan solo da permanencia a lo que hasta ese momento era provisional, STC 29/1982.

9 Con idéntico fundamento, pero en una situación contraria, cabe citar la STC 68/2007 que (citando la STC 160/1987) declaró inconstitucional el RD-Ley 5/2002, pero que no entró a analizar las cuestiones de derecho sustantivo alegadas, porque afectaban a preceptos posteriormente modificados o derogados por la Ley 45/2002, por lo que carecía de sentido “pronunciarse sobre normas que el mismo legislador ha expulsado ya de dicho ordenamiento... de modo total, sin ultraactividad”.

mismo consiste en verificar, no en sustituir, el juicio político o de oportunidad (el cual corresponde tanto al Gobierno *–a priori–* como, posteriormente, al Congreso –STC 110/2021–). Dicho en otras palabras, no es un juicio de fondo sobre la calidad técnica y alcance de las medidas (STC 29/1982). Como reitera también en esta ocasión el TC, tal debe ser su posición a la hora de enjuiciar el uso por parte del Gobierno, fruto precisamente de la que considera regulación constitucional flexible y matizada de los decretos-leyes, la cual le lleva a admitir un amplio margen de apreciación (discrecionalidad) por parte del Ejecutivo sobre la concurrencia de la existencia de una situación de extraordinaria y urgente necesidad. En resumen, lo que se debe controlar es que tal valoración esté dentro de lo posible o comprensible (atendido el conjunto de factores que determinaron al Gobierno a dictar el Decreto-ley, lo que a su vez permitirá tomar en consideración diversos instrumentos), y, por tanto, lo que el TC debe verificar es que la situación alegada no desborda los límites de lo manifestamente razonable (STC 199/2015), al objeto *–esencialmente–* de excluir actuaciones de uso abusivo o flagrante arbitrariedad (*ex art. 9.3 CE*) –STC 29/1982–.

Desde esta perspectiva, el TC comienza recordando que la justificación de los Decretos-leyes no exige que la situación a atender suponga un peligro grave para el sistema constitucional o el orden público (normal ejercicio de los derechos fundamentales o de los servicios públicos, etc.), pues ya desde los años '80 del pasado siglo había advertido que para tales situaciones extremas se prevén en la CE otros instrumentos (*v.gr.*, art. 116 CE); es más, ya desde entonces afirmó que ni tan siquiera se requiere de situaciones de necesidad absoluta o fuerza mayor (por todas, STC 6/1983). En efecto, existe una consolidada posición sobre que la situación o supuesto habilitante hay que entenderlo de manera más amplia, como se infiere de que el ámbito de actuación del Decreto-ley como instrumento normativo no se defina de manera positiva, sino que se restrinja de modo negativo, mediante una lista de excepciones. En conclusión, y en los términos expresados por la sentencia, lo exigido constitucionalmente viene más bien referido a una *necesidad relativa* respecto de “situaciones concretas de los objetivos gubernamentales que 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”¹⁰.

Junto a ello, para justificar esta posición más abierta, la sentencia comentada refresca su planteamiento (STC 1/2012) de que la CE no fija más condicionantes que la concurrencia de tales circunstancias excepcionales (supuestos de extraordinaria y urgente necesidad), por lo que no sería exigible que la concreta situación a abordar sea necesariamente imprevisible ni que su origen o causa fuera ajena a la (in)actividad del propio Gobierno. En definitiva, pues, lo relevan-

¹⁰ También, ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I., “Teoría y práctica del decreto ley...; cit.

te a estos efectos será que concurra la excepcionalidad mencionada y que ésta requiera una acción normativa inmediata (o, mejor dicho, en un plazo más breve que el requerido para la tramitación parlamentaria de la Ley, porque el hecho de que se dé una situación de urgencia que requiera de una rápida actuación no implica que automáticamente se tenga que usar la figura del Decreto-ley si la legislación ordinaria puede regular la situación sin que suponga un empeoramiento).

Bajo estos parámetros, el control externo del TC sobre la concurrencia del presupuesto habilitante ha venido reclamando superar, en todo caso, un doble canon (STC 17/2023)¹¹: a) que la situación de extraordinaria y urgente necesidad se encuentre explicitada, razonada y concreta (a través de una precisa referencia a una situación determinada); no siendo admisibles fórmulas rituarías, genéricas (aplicables a todo tipo de realidades de un modo intercambiable), teóricas o abstractas o vacías de contenido específico (*vid.* por contraste, SSTC 68/2007 y 18/2023). Y b), que, además, exista una *conexión de sentido o relación* entre la referida situación así definida y las concretas medidas contempladas en el Decreto-ley, pues de lo contrario, aun concurriendo aquella situación, la desconexión con las concretas medidas evidenciarían insuficiencia originaria de habilitación (entre otras muchas, SSTC 29/1982, 6/1983 y 111/1983).

a) Situación justificativa concreta: *extraordinaria y urgente necesidad*

Frente a los argumentos esgrimidos en el recurso, la STC comentada confirmará su doctrina (referida más arriba y oportunamente traída por la Abogacía del Estado) y, por tanto, que a los efectos del art. 86.1 CE “interesa sólo (...) si la situación era objetivamente merecedora de un tratamiento normativo por la vía de la legislación de urgencia, con independencia de las causas que hubieran podido ocasionarla” (por todas, STC 11/2002).

Ahora bien, lo afirmado no debe ser entendido como que la urgencia justificativa *ex art. 86 CE* sea una cuestión formal, ni –como viene reiterándose (por todas, STC 68/2007)–, puede ser entendida como un mero deseo o interés del Gobierno en la inmediata entrada en vigor de la norma (simplemente por «abreviar el proceso» o «utilizar la vía más rápida» o «el mecanismo más directo», STC 125/2016). Más al contrario, dicha urgencia debe responder a una realidad externa, que es la que demanda tal intervención con una premura especial (mayor que la que posibilita una Ley del Parlamento).

Por lo que respecta a la justificación de la situación habilitante, la sentencia comentada nos recuerda anteriores pronunciamientos (por todas, STC 29/1982,

11 O dicho en términos más claros (STC 12/2015, Voto Particular de Valdés Dal-Ré): las razones explicativas deben ser tanto *básicas*, esto es, la razón general o genérica de la norma en su conjunto; como *instrumentales*, es decir, que aquellas encuentren acomodo en los concretos bloques normativos.

reiterada en muchas otras, *v.gr.* SSTC, 182/1997 o 137/2003) en los que ya se afirmaba que su definición en los términos exigidos puede valorarse no solo desde lo explicitado en el propio Decreto-ley (*v.gr.*, su Exposición de Motivos), sino que también puede ser deducido de una pluralidad de otros elementos (*v.gr.*, lo planteado en el debate parlamentario de convalidación o en el propio expediente de elaboración de la misma -memoria de análisis de impacto normativo, etc.). Se trata, sin duda, de un elemento más de la criticada flexibilidad del TC para la admisión, por cuanto que, en puridad, lo que se somete a control jurisdiccional es solamente lo primero. Junto a ello, recordará además que tal justificación no exige en ningún caso una especial o específica y detallada carga de motivación (STC 18/2023).

Tras describir y exponer en detalle los argumentos gubernamentales extraídos de todos esos elementos, el TC inicia su fundamentación para responder a los motivos alegados en el recurso. Así, comienza señalando que el propio Gobierno reconoce en el Preámbulo de la norma que el problema de la alta temporalidad en las AA.PP. tiene carácter estructural y que no tiene por tanto nada de repentina, pero inmediatamente advierte que ésta no es la cuestión, sino si el Ejecutivo ha justificado suficientemente que, atendidas las circunstancias *sobrevenidas*, el Decreto-ley era necesario “para poner remedio a dicha situación estructural sin demora” (*rectius*, en un plazo más breve que el requerido para la tramitación parlamentaria de la Ley). Es decir, el TC viene a reiterar su tradicional posición de que el hecho de que se trate de situaciones problemáticas estructurales (no meramente coyunturales) no excluye la posibilidad de hacer uso de la facultad prevista en el art. 86.1 CE, sin perjuicio de que en esos casos se reclamara un *plus*, y es que hayan sobrevenido circunstancias nuevas (“extraordinarias”) que impusieran objetivamente el cambio inmediato (STC 111/2021) por estar “cualificadas por notas de gravedad, imprevisibilidad o relevancia” (STC 68/2007). Y en el caso concreto, el TC concluye que se ha satisfecho la carga de explicar y razonar suficientemente la existencia de una circunstancia excepcional sobrevenida, que en este caso el Gobierno afirma que era triple.

i. Por un lado, y pese a tratarse de una situación estructural, la necesidad de intervenir de manera inmediata era preciso porque la alta temporalidad comprometía la adecuada prestación de los servicios públicos y, con ello, “la recuperación de la situación ocasionada por la sobrevenida crisis sanitaria”.

ii. Por otro lado, los compromisos adquiridos ante la Comisión Europea en el Componente 11 del PRTR para la obtención y liberación de los fondos comunitarios *Next Generation*, los cuales quedaban condicionados a adoptar al término del primer semestre de 2021 una reforma normativa en este ámbito (reducción de la temporalidad en el empleo público).

iii. Y, finalmente, las exigencias de la Directiva 1999/70/CE y de la doctrina judicial emanada de la STS 649/2021, porque, ante la falta de previsión legal

expresa, “excluye la posibilidad de indemnizar válidamente a los contratos de interinidad”.

Algunas precisiones sobre las razones mencionadas. Sobre la primera de las circunstancias, de corte económico, nos limitaremos a subrayar la existencia de una (criticable) doctrina constitucional particularmente flexible a la hora de admitir el Decreto-ley en contextos de crisis (en la mayoría de los casos y sin importar su alcance restrictivo en los derechos sociales), al punto de que prácticamente cualquier medida que se afirmase que favorecía la recuperación económica se consideraba suficiente para justificar la existencia de situación habilitante¹². En todo caso, subrayamos, esa ha sido la doctrina constante del TC, por lo que nada justificaba *a priori* no mantenerla.

En cuanto a la segunda, relativa a los plazos y compromisos adquiridos y la incidencia de su cumplimiento en los fondos (y frente a la alegación que VOX hace en su recurso de que tal riesgo no existiría, pues el Gobierno ya los había recibido antes de aprobar el RD-Ley 14/2021), debe recordarse que esos desembolsos no se perciben íntegramente y de una sola vez, sino que en diversas fases y, por tanto, su entrega puede suspenderse o paralizarse o exigirse su devolución en función del desarrollo de la ejecución de los acuerdos previstos en dicho PRTR, de ahí la necesidad de acreditar lo comprometido, tal y como prevé el Reglamento (UE) 2021/241, por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (art. 24). En consecuencia, la falta de cumplimiento de las obligaciones asumidas sí tenía a futuro importantes consecuencias en términos de recepción de los Fondos inicialmente asignados e incluso de devolución de los recibidos.

Parece evidente que los recurrentes “confundieron” la llamada prefinanciación (considerando 46 y art. 13 Reglamento UE 2021/241) -que es lo que en ese momento había percibido nuestro país-, con la financiación directa y propiamente dicha, la cual se encuentra ligada precisamente al cumplimiento de hitos del PRTR presentados y concretados en el llamado *acuerdo de disposiciones operativas* (Considerando 70 y arts. 20.6 y 24.3), dentro del cual se encontraba la aprobación de una reforma legal como la contenida en el RD-Ley 14/2021 antes de finalizar el segundo trimestre¹³.

12 Vid. los ejemplos citados en el Voto Particular a la STC 110/2021. Paradigmática en los inicios la STC 23/1993, que consideró suficientemente habilitante la existencia de “coyunturas económicas problemáticas”. En extenso, los datos en LLIGADAS GONZÁLEZ, G., “Laxitud interpretativa...; cit.

13 Vid. ANNEX to the Commission Decision approving the Operational Arrangements between the Commission and Spain pursuant to Regulation (EU) 2021/241 -donde se incluye este hito de introducir una reforma como la operada por el RD-Ley 14/2021 (p. 131)-. Dicho acuerdo recibirá la evaluación favorable de la Comisión al acreditarse el cumplimiento en plazo de los compromisos acordados, lo que permitió a nuestro país obtener el desembolso de 10.000 millones de euros vinculados.

En definitiva, los fondos se perciben en función del cumplimiento de los hitos comprometidos, tanto los intermedios como el global (en nuestro caso, la reducción de la temporalidad en el empleo público), de ahí que la aprobación del RD-Ley 14/2021 sea solo un hito intermedio (el inicial) y que, por tanto, la financiación posterior queda igualmente condicionada a que su ejecución y cumplimiento se verifique en cada fase según

Y, finalmente, respecto al marco derivado de las señaladas sentencias, queremos observar, por un lado, que el TS no excluía la indemnización para los contratos de interinidad, simplemente, es que legalmente no se les reconocía tal posibilidad en ningún caso (art. 49.1, c LET). Lo que sí estableció en aquella sentencia, como ya hemos comentado, es otra cosa: generalizar la idea de que el trabajo interino por vacante se desnaturaliza cuando tal situación se extiende más allá del plazo previsto para la cobertura de las plazas (tres años, *ex art. 70.1, in fine* LEBEP) y, en consecuencia, proceder como regla a considerar como INF a la persona interina así afectada, y sobre tal base, aplicar su propia doctrina y, con ello, “el reconocimiento a su favor de una indemnización de veinte días por año de servicio con un máximo de doce mensualidades” para cuando cese en tal situación.

Realmente, lo que el Gobierno argumentó (E.MM) para justificar la situación sobrevenida de extraordinaria y urgente necesidad es que tal STS venía a expresar, junto con la referida STJUE, la insuficiencia de nuestro marco normativo existente desde la perspectiva de las exigencias comunitarias (tanto de prevención como de sanción frente al abuso) y, por tanto, la necesidad de una regulación que conjugase el efecto útil de la Directiva 1999/70/CE con los principios constitucionales de acceso al empleo público en aquellos casos ya referidos *supra* de utilización abusiva de contratos de interinidad por vacante celebrados para cubrir necesidades duraderas. Y en este sentido, señalará la Abogacía del Estado, la referida STS no dio solución al problema de la falta de medias sancionadores frente a tal abuso, pues, pese a su concurrencia, no impone una novación del contrato de interinidad por vacante ni generaba el derecho a indemnización alguna *per se* (es decir, por el mero abuso y no tanto por la extinción).

Y por otro lado, aunque muy conectado con lo anterior, debe precisarse que si bien la mera alusión a que la Directiva afectada no hubiera sido correctamente traspuesta en plazo no justificaría el recurso al Decreto-ley (por todas, STC 329/2005), lo cierto es que no es lo aquí acontecido, pues lo que el Gobierno alegaba para justificar esa necesidad son otros factores relevantes para nuestro examen (STC 1/2012): la concurrencia tanto del elemento material como causal, los cuales sí motivarían el RD-Ley 14/2021. En particular, estos elementos o factores determinantes se concretarían en *a)* que la gravísima situación de excesiva temporalidad en el sector público –muy por encima del privado–, redundaba en un perjuicio para afrontar con garantías los retos pospandemia; *b)* los mencionados compromisos *ex* PRTR y de las consecuencias ya advertidas que podrían derivarse en caso de no afrontar el problema del empleo temporal en las AA.PP.¹⁴. Y, por último, *c)* la ya referida doctrina judicial (STJUE y la STS) derivada de la

el calendario en el referido *acuerdo de disposiciones operativas*. Sobre la necesaria comunicación de los avances relativos a la ejecución del PRTR (art. 27 Reglamento UE 2021/241), *vid.* los correspondientes *Informes de ejecución del Plan de Recuperación*.

14 “La Unión Europea presiona a España para bajar la temporalidad en la Administración”; El País, 4/3/2021.

apreciación de esa falta de adecuación y, por ende, de los problemas de seguridad jurídica y litigiosidad que ello puede provocar. Y con relación a esta última, no está de más añadir aquí que, respecto al derecho a la indemnización y su cuantía en los casos en los que la situación es declarada como INF (cual pudiera ser las de fraude o mantenimiento del contrato más allá de su vigencia máxima), es una cuestión nada estable que ha generado importantes problemas de seguridad jurídica, precisamente, por los continuos cambios jurisprudenciales¹⁵. Pero también hay que recordar que en el caso de los funcionarios interinos, el propio TS venía declarando que ni tan siquiera era posible esa solución indemnizatoria al no serles aplicables la lógica laboral y, por tanto, remitiéndoles a reclamar vía responsabilidad patrimonial de la Administración por el abuso en la temporalidad de su función, lo que les exigiría acreditar la carga de justificar o probar no sólo la existencia de un daño real y efectivo (el cual no se presumiría por el abuso en la duración de la relación) sino, además, su cuantía y la pertinencia de los criterios de cuantificación (no bastando la mera alegación de los previsto en el ámbito laboral)¹⁶. En definitiva, como también recordara el Abogado del Estado, la existencia de una jurisprudencia, incluso con criterios consolidados (lo que ni tan siquiera ocurre aquí), no cuestiona la concurrencia del presupuesto habilitante, porque no exime del deber de abordar una regulación positiva.

Finalmente, y en respuesta a la alegada distancia temporal en la ejecución de las medidas que contempla el RD-Ley 14/2021 (singularmente, respecto a los procesos de estabilización), cabe recordar que, conforme a reiterada jurisprudencia constitucional, el elemento determinante para la justificación de esta figura normativa es la premura temporal de la decisión (la inmediatez de la acción normativa), sin que ello implique necesariamente la inmediata aplicación de las medidas (sus efectos), pues “para nuestro Alto Tribunal no merece tacha alguna de inconstitucionalidad el que una vez constatada la necesidad de una súbita respuesta normativa, el inicio de su aplicación efectiva se posponga en el tiempo”. En definitiva, “se admite una eventual disociación entre la regulación inmediata de la coyuntura urgente y la efectividad de las normas elaboradas a tal respecto”¹⁷, por cuanto que el periodo de “ejecución estará en función de la naturaleza y complejidad de las propias medidas adoptadas” (STC 237/2012). Y en este sentido, puede entenderse (STC 139/2016) que esa demora en la ejecución de los plazos para llevar a cabo los referidos procesos selectivos parece “la necesaria en relación con el cambio que se introduce, el cual requiere un periodo

15 En extenso, PÉREZ GUERRERO, M.L., El futuro de los trabajadores indefinidos no fijos: una puerta hacia la estabilidad; Aranzadi, 2022.

16 A mayor abundamiento, en diversas SSTs se expresará claramente la necesidad y urgencia de la reforma en la materia, pues vino a afirmar que lo que se pretendía por las personas trabajadoras (indemnización) sólo tendrá respaldo legal tras las reformas de 2021, pero que precisamente por ello (*ratione temporis*) se les negó a ellas; por todas, SSTs 1401/2021 (rec. 6302/2018) –que se refiere al RD-Ley 14/2021– y 576/2023 (rec. 5132/2019) –que hace lo propio en relación a la Ley 20/2021–.

17 CARMONA CONTRERAS, A., “A vueltas con la urgente necesidad”; Diario La Ley, 2000, Ref. D-191.

de necesaria adaptación, razonable por lo demás, por parte de los potenciales destinatarios (otras administraciones) y atendida a la ya sabida complejidad de los mismos¹⁸.

En otras palabras, lo relevante será que “se haya establecido con urgencia un nuevo marco jurídico” (SSTC 29/1986 o 23/1993), y que el mismo tenga lugar sin remisiones a desarrollos posteriores y, en todo caso, que su regulación tenga lugar en un período inferior al que hubiera sido necesario para tramitar un proyecto de ley siguiendo la vía de urgencia (STC 29/1982). Y a tal efecto, como advertía ya esta última sentencia, cobran especial importancia ciertos indicios referidos a los intervalos temporales transcurridos entre la aprobación (en nuestro caso, 6 de julio) y publicación en el BOE (7 de julio), entrada en vigor (al día siguiente) y efectividad de las disposiciones acordadas.

En relación este último indicio, y retomando la cuestión de los plazos, si bien no es estrictamente necesario la ejecutividad inmediata de lo contenido en el Decreto-ley, sí es exigible que la norma de urgencia entre en vigor (“eficacia inmediata”) e indique el momento exacto en el que sus previsiones comenzarán a aplicarse (SSTC 237/2012, y 104/2015). Por el contrario, sería rechazable que la dilación en su aplicación se difiera a un momento incierto o indeterminado o, simplemente, quede absolutamente condicionado en su eficacia a posteriores desarrollos reglamentarios (pues ello implicaría una mera deslegalización y no una regulación cierta, STC 64/2017).

A partir de tales condicionantes, sin duda amplios, parece correcto afirmar que el RD-Ley 14/2021 sí incide directamente en la situación preexistente que pretende modificarse, ya que configura legalmente la oferta de empleo en los procesos de estabilización (fijando plazos máximos, el proceso de cobertura, etc.) y, respecto a las exigencias comunitarias, se introducen medidas de inmediata aplicación: duración máxima en las relaciones de interinidad por vacante (con la modificación del art. 10.4 LEBEP), y consecuencias frente al incumplimiento de esa vigencia máxima y se prevén expresamente sanciones frente al abuso (sucesión) en la contratación de duración determinada.

En definitiva, y tomando en consideración la flexibilidad con la que se viene admitiendo la facultad del art. 86.1 CE y del referido alcance del control por parte del TC¹⁹, cabe concluir que la STC es plenamente coherente con la misma al afirmar que el Gobierno cumplió sus obligaciones y, por eso mismo, nada innova ni

18 En todo caso, compartimos la crítica a la excesiva laxitud con la que se viene a admitir la “urgencia” para el uso del decreto-ley en aquellos casos en los que ni el tiempo de tramitación ni el de ejecución responden a esa imperiosa necesidad; algunos ejemplos, GOERLICH PESET, J.M., “Algunas tendencias del sistema de fuentes...; cit., pp. 7-8.

19 Muy crítica con todo ello, GARCÍA MAJADO, P., “Cuarenta años de legislación de urgencia”; AA.VV. (Álvarez/Punset, Coords.) Cuatro décadas de una Constitución normativa (1978-2018), Thomson-Reuters, 2018.

nada le resultaría criticable desde dicha perspectiva. Con todo, sí quisiéramos añadir que solo los dos últimas circunstancias señaladas para justificar el uso de la norma de urgencia responden en algo a tal calificativo, por cuando, al menos, sí especifican una concreta situación. Y por eso es importante subrayar que, si bien el Tribunal no analizará de una manera genérica los motivos alegados por el Gobierno, sino que entrará a ponderar cada una de las razones esgrimidas (en línea con la mayor exigencia justificativa adoptada desde la STC 68/2007); no es menos cierto que, tal y como parece haber ocurrido en nuestro caso, ello no excluirá igualmente una evaluación “de conjunto”, al objeto de valorar jurídicamente el juicio político del Ejecutivo (STC 14/2020).

b) Conexión de sentido o relación

Recuerda el TC que tal conexión debe ser entendida como la “relación de adecuación” de las medidas adoptadas y la situación de urgencia a cuya solución sirven (STC 29/1982) y significa, por tanto, que aquéllas “guarden una relación directa o de congruencia con la situación que se trata de afrontar”. Subrayamos nosotros ahora que tal control se trata de un mero *juicio de razonabilidad*²⁰, porque como ya se aclaró, queda extramuros de su “control todo juicio de oportunidad política acerca de la calidad y el alcance de las medidas”, cuya función corresponde a otras instituciones del Estado, concretamente, al Parlamento, a quien la Constitución reconoce la facultad de refrendo. En otras palabras, “no se trata de discutir acerca de la bondad técnica de las medidas, sino de examinar la correspondencia de las normas contenidas en el decreto-ley con la situación (...) que se trata de afrontar” (STC 182/1997).

En todo caso, en relación con este canon, el mismo debe implicar descender a las medidas concretas adoptadas por la norma para verificar si superan el canon de constitucionalidad, para lo cual “se ha fijado un doble criterio o perspectiva para valorar su existencia: el contenido, por un lado, y la estructura, por otro, de las disposiciones incluidas en el Real Decreto-ley controvertido” (STC 34/2017, FJ 3).

A partir de tales premisas, se comprende que el TC, sobre la base del ya referido el alcance de su control, solo descartará esa conexión cuando las medidas adoptadas o bien, “por su contenido y de manera evidente, no guarden relación alguna (...) con la situación que se trata de afrontar”, o bien, y muy especialmente, cuando “por su estructura misma, independientemente de su contenido, no modifican de manera instantánea la situación jurídica existente” (reiterando su consolidada doctrina en la materia, STC 29/1982).

Y en el caso de la comentada STC, atendiendo al control que le corresponde, se excluye esa falta de conexión, pues las modificaciones fueron aprobadas, precisamente, antes de que expirara el primer semestre de 2021 (plazo comprometido en el PRTR); y porque, atendidas las concretas medidas adoptadas, entiende que

20 DÍAZ DE MERA RODRÍGUEZ, A. D., “Gobierno de la crisis...; cit., pp. 142-143.

(independientemente del acierto técnico de las mismas) es claro que aparecen indiscutiblemente conectadas con el objetivo último de rebajar la temporalidad en el sector público y, por tanto, con las concretas circunstancias excepcionales (situación de urgente y extraordinaria necesidad) alegadas para justificar el ejercicio de la facultad *ex art.* 86.1 CE. En concreto, la sentencia destaca que el art. 1 RD-Ley incluye medidas a futuro destinadas tanto a prevenir la excesiva temporalidad (*v.gr.*, delimitando la causa y clarificando el término del contrato de interinidad por vacante) como para sancionar su abuso –según los términos expresados por el Gobierno– de manera efectiva, proporcionada y disuasoria (estableciendo la obligación de evitar cualquier irregularidad en la contratación laboral temporal, incluida la nulidad de cualquier actuación que implique incumplir los plazos máximos de vigencia, so pena de incurrir en responsabilidad de todo tipo por quien no la atienda; así como previendo un régimen de compensación en caso de incumplimiento de esos plazos). Y el art. 2 recoge, para las situaciones ya consolidadas (a pasado), tanto un nuevo proceso de estabilización de empleo temporal (abusivo), pero ahora con plazos tasados para asegurar su cumplimiento y evitar más dilaciones; como compensaciones para el personal temporal afectado que viera extinguida su relación por no superar el referido proceso de selección.

En conclusión, y siguiendo la asentada doctrina constitucional en la materia (por todas, STC 189/2005), el TC resolverá que, desde la perspectiva que le permite su ámbito control, las concretas medidas incluidas, tanto individualmente consideradas como, sobre todo, de manera global, se manifiestan como apropiadas para la consecución de la finalidad pretendida²¹.

3.2.2. Límites materiales

Como advertíamos, en el recurso planteado por los diputados de Vox se cuestionaba la posible conculcación del principio de igualdad contemplado en el art. 23 CE, lo que implicaría una tacha de ilicitud concreta (el art. 2) del Decreto-ley, por cuanto que el art. 86.1 CE establece que no podrá afectar a derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I.

Obsérvese que el término empleado en el precepto constitucional es tan amplio (*afectar*), que para darle un sentido que no inutilice la facultad regulada en el art. 86.1 CE, el TC ha huido de una conceptualización general y, en cambio, ha optado desde sus inicios por un análisis casuístico de cada situación, en particular, del concreto derecho afectado y la específica regulación²². Por tanto, no conta-

21 Con todo, en un análisis de detalle (que no es el corresponde al TC), ya hemos señalado en otro lugar que no resuelven todas las situaciones posibles de inadecuación o que, más allá incluso, pudieran no ajustarse a lo que el marco europeo nos reclama; en extenso, COSTA REYES, A., “Contratación laboral temporal irregular en la Administración pública. El rayo que no cesa. A propósito de las reformas de 2021 y la jurisprudencia del TS: desde el indefinido no fijo al fijo”; RDS, 1032023, pp. 20 y ss.

22 GARCÍA MAJADO, P., “Cuarenta años de legislación de urgencia”; cit. “El examen individual se hará teniendo en cuenta la configuración constitucional del derecho o deber afectado en cada caso; su colocación

mos con más criterio apriorístico que el de excluir los extremos: ni afectar puede interpretarse en un sentido tan inflexible que impida toda incidencia, ni tampoco en un sentido tan laxo que todo le sea finalmente permitido al Decreto-ley (SSTC 111/1983 y 60/1986). Y, en línea con la flexibilidad varias veces advertida, el hecho de que el precepto constitucional no tome como punto de referencia del art. 86.1 CE conceptos repetidos en otros de sus apartados, explicará la tendencia de no aplicar estas limitaciones materiales en su máximo rigor²³. No obstante, de una lectura atenta de la doctrina del TC viene a concluirse que lo que tiene proscrito el Decreto-ley es la “ordenación general, frontal o directa, pero no de la regulación incidental de las materias comprendidas en dicho precepto”²⁴.

Conforme a tal contexto, la sentencia rechazará el criterio utilizado por los recurrentes de VOX para valorar si se excedió el límite material, pues su base interpretativa es simplemente que el art. 2 RD-Ley 14/2021 “afecta” al contenido del art. 23 CE. El TC, alineado con su doctrina ya adelantada, recuerda que tal verbo presenta un contenido literal tan amplio que admitir el criterio de los recurrentes conduciría a la inutilidad absoluta del decreto-ley (fácilmente reducible *ad absurdum*), por cuanto se asienta en una idea tan restrictiva (y rechazada desde los primeros pronunciamientos del TC sobre la materia) que lleva en su seno el vaciamiento de tal norma de urgencia y la haría inservible para regular cualquier aspecto concerniente a las materias incluidas en el título I CE (por todas, SSTC 6/1983 y 111/1983).

Dicho lo cual, concluye señalando que el art. 2 RD-Ley, atacado por este motivo, no se extralimita en los términos que el TC viene requiriendo para considerar conculcado el límite material, pues no fija una regulación general del derecho fundamental de acceso a la función pública ni de su contenido esencial, que es lo que tiene vetado (STC 9/2023). Lejos de ello, simplemente autoriza una tasa adicional de estabilización, fijando plazos para tales procesos de estabilización y disponiendo el modo en que se deben articular.

4. REFLEXIONES FINALES: EL DECRETO LEY COMO PROBLEMA (CLÁSICO) Y EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD COMO INSTRUMENTO DEL (NUEVO) *LAWFARE*

Si hay una cuestión en la que parece existir un consenso generalizado en la doctrina es en la crítica al excesivo (ab)uso de la figura del Decreto-ley. Cuestionado desde sus orígenes como una peligrosa excepción a la división de poderes y por su negativa incidencia en el parlamentarismo (al ser un instrumento extraño

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 art. 53 de la CE; y la naturaleza y alcance de la concreta regulación de que se trate”; STC 111/1983 (reiterada en STC 9/2023).

23 ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I., “Teoría y práctica del decreto ley...; cit.

24 GARCÍA MAJADO, P., “Cuarenta años de legislación de urgencia”; cit.

a la teoría clásica de las fuentes de producción normativa), lo cierto es que la realidad no parece corresponderse con esa visión tan crítica, y no solo porque ya en el debate constitucional no pareciera plantear rechazo alguno, sino muy especialmente, porque tanto cuantitativa como cualitativamente ha devenido en una práctica relativamente ordinaria y porque, como hemos tenido la oportunidad de comprobar, en su control jurisdiccional, el TC ha mantenido una doctrina favorecedora de su admisión con su flexibilidad a la hora de apreciar la concurrencia de los requisitos que reclama el art. 86.1 CE.

Desarrollando esta sintética idea, cabe comenzar advirtiendo el doble propósito que guio la redacción del referido precepto constitucional²⁵: por una parte, asumir con realismo la tendencia general de los sistemas parlamentarios contemporáneos, aceptando una mayor capacidad normativa del Ejecutivo, sobre todo teniendo en cuenta el cambio de papel del Estado y los efectos que el mismo tendrá en el incremento de las tareas correspondientes a la legislación (regular más cuestiones y de una forma más diversa, etc.)²⁶. Y, por otro lado, a modo de contrapeso, se trató de disciplinar su uso, proporcionando una respuesta jurídica limitativa, sobre la base de tres grandes pilares: la concurrencia de un presupuesto habilitante tasado (en términos, *a priori*, extraordinariamente reducidos); la existencia de límites materiales y, finalmente, el reconocimiento de un doble mecanismo de control por el TC (potencial) y las Cortes Generales (convalidación).

Ciertamente, a primera vista y sobre el papel, la Constitución presenta una concepción muy estricta del Decreto-ley, sometiéndolo a importantes límites y controles, de índole tanto política como jurídica. Sin embargo, “la aparente desintonía entre norma y realidad es más aparente que real, justificándose en una concepción ya superada del decreto-ley”, que no es la que precisamente asume nuestra Carta Magna. Ciertamente, no debemos perder de vista que “estamos ante una figura normativa que se integra normalmente en el sistema de fuentes del Derecho y que, lejos de la ruptura que su existencia implicaba en el rígido esquema de separación de poderes imperante en el Estado decimonónico –en el que no tenía cabida formal–, recibe expresa sanción constitucional” (que además reconoce al Gobierno en ejercicio de una potestad propia, no delegada). Por tanto, “la extraordinaria y urgente necesidad, se aborda desde una perspectiva integradora, claramente renovadora desde el punto de vista conceptual y plenamente acorde con la realidad cotidiana en la que operan los gobiernos en el Estado contemporáneo”²⁷.

Y en esta lógica y contexto, el Tribunal ha sentado esa doctrina flexible que alcanza a todos los aspectos del artículo 86 CE, al punto de que la misma ha

25 ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I., “Teoría y práctica del decreto ley...; cit.

26 GOERLICH PESET, J.M., “Algunas tendencias del sistema de fuentes...; cit., pp. 4-5.

27 CARMONA CONTRERAS, A., “A vueltas con la urgente necesidad”; cit. *Vid.* SSTC 6/1983 y 111/1983).

reconocido abiertamente la utilidad del Decreto-ley en el tiempo presente y el amplio margen de discrecionalidad que cabe conceder al Gobierno; y, como resultado, “es posible apreciar una cierta cotidianización en las necesidades urgentes”²⁸. En definitiva, suele ser también una conclusión ampliamente compartida el que, si el diseño de este instrumento normativo parece “indudablemente inspirado por un criterio restrictivo fácilmente advertible”, no cabe más conclusión que “quien ha contribuido de manera decisiva a alcanzar los elevados índices que la legislación de urgencia presenta en nuestro país es el Tribunal Constitucional”²⁹.

Con todo, es importante volver a subrayarlo, esa generalización no es un fenómeno nuevo ni especialmente significativo de la última legislatura (de hecho, suele señalarse la crisis de la pasada década el punto de inflexión), pero lo cierto es que el decreto-ley ha terminado por convertirse en un protagonista principal y destacado de las normas con rango de ley dentro de la actividad reguladora del Estado³⁰. Particularmente en el ámbito sociolaboral, podríamos concluir, parangonando a PALOMEQUE LÓPEZ, que la norma de urgencia, como la crisis económica, es ya “un compañero de viaje histórico del Derecho del Trabajo”.

Por mi parte, comparto la crítica que la doctrina viene haciendo del (ab)uso del decreto-ley y la excesiva flexibilidad del control constitucional en el ejercicio de la facultad que le otorga el art. 86.1 CE (aunque entiendo que éste no es el caso de la sentencia comentada). A nuestro parecer, es evidente la necesidad de buscar vías para limitarlo visto el imparable crecimiento en su uso y los problemas que genera, no solo en términos parlamentarios, sino también de seguridad jurídica y calidad normativa³¹. Ello implicaría, entre otras cosas, acercar a la realidad la idea de que “esos límites que fija el art. 86.1 CE evidencian la voluntad del constituyente de que el decreto-ley sea una norma de carácter excepcional y de uso restringido, que nunca puede convertirse, por tanto, en un modo ordinario de legislar”, lo que debiera implicar reforzar “el carácter extraordinario de la situación de necesidad, que es tanto como decir fuera de lo común, anómalo, difícil o imposible de prever” (Voto Particular STC 199/2015).

No obstante, somos conscientes que el problema está en encontrar el punto medio y evitar la deriva contraria y, con ello, suplantar al Gobierno en su dis-

28 ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I., “Teoría y práctica del decreto ley...; cit.

29 GARCÍA MAJADO, P., “Cuarenta años de legislación de urgencia”; cit.

30 Algunos datos, en LLIGADAS GONZÁLEZ, G., “Laxitud interpretativa...; cit., 134 y ss. También, GARCÍA MAJADO, P., “Cuarenta años de legislación de urgencia”; cit.

31 Tendencia que se mantiene y que evidencia otro problema en cuanto a la pérdida de calidad del texto legal, GOERLICH PESET, J.M., “Algunas tendencias del sistema de fuentes...; cit. Del mismo autor, “Normas omnibus, leyes transversales y sistema jurídico”; Labos, Vol. 4 (Especial), 2023. También, ARANA GARCÍA, E., “Uso y abuso del Decreto-ley”; Revista de Administración Pública, 191/2013, p. 365. No se trata, sin embargo, de algo absolutamente novedoso, sino más bien de una consecuencia derivada de esta forma de legislar de urgencia, pues varios de esos males también han estado presentes en periodos anteriores (reformas con ocasión a la anterior crisis financiera); *vid.* Editorial, “Con el agua al cuello...; cit.

crecional apreciación política³². Ciertamente, que el TC refuerce el nivel de exigibilidad y rigor nos plantea el riesgo de que, en la práctica, entre a valorar el fondo de la justificación dada por el Gobierno, lo cual supondría una valoración de oportunidad, función que compete al Congreso.

Por eso, junto a esa crítica a la ya clásica doctrina del TC en esta materia, no debería perderse de vista que lo que el recurso al Decreto-ley pone de manifiesto es la insuficiencia del parlamentarismo para cubrir con rapidez a la urgencia cotidiana que plantea la vida acelerada y a las perspectivas cambiantes de la vida y la sociedad actual, particularmente en *sociedades del riesgo* como la nuestra.

Por eso, además de criticar el uso “cotidiano” al Decreto-ley, quizás convendría revisar la labor del legislativo, pues el mayor peso relativo del decreto-ley en nuestra producción legal responde en muchos casos a su menor intervención y, por ello mismo, convendría analizar los problemas que se derivan de la rigidez con que se ha regulado el principio de legalidad, por cuanto parece forzar o legitimar, en la práctica, un uso creciente e indiscriminado de los decretos con fuerza de ley como único cauce del Gobierno para afrontar sus responsabilidades.

Por eso mismo, en tal contexto, no parece muy acertado plantear una mayor dilación en la tramitación parlamentaria de las leyes, pues lejos de favorecer una mejor calidad democrática, alargar los debates terminará por favorecer aún más el uso de este instrumento de urgencia y, mucho nos tememos, una más amplia aceptación por parte del TC, ya que implican directamente una mayor dilatación de los (considerados ya largos) plazos de la legislación ordinaria y, por ende, abonando la necesaria urgencia que alimenta el Decreto-ley³³. En este sentido, la reciente reforma del Reglamento del Senado, lejos de atender al problema principal, supone generalizar una potencial ampliación de plazos para afrontar una situación concreta (la tramitación de la proposición de Ley de Amnistía). En definitiva, con prácticas de este tipo creemos que se introduce una peligrosa justificación que abone el uso del decreto ley³⁴.

En otro orden de cosas, también cabe observar el exponencial crecimiento de los recursos de inconstitucionalidad planteados por grupos parlamentarios en los

32 GOERLICH PESET, J.M., “Normas omnibus...; cit., p. 9.

33 No cabe perder de vista que, aunque el excesivo uso del decreto ley no distingue color del gobierno ni mayorías parlamentarias (GARCÍA MAJADO, P., “Cuarenta años de legislación de urgencia”; cit.), tampoco debe desconocerse que la crisis del bipartidismo y, con ello, la pérdida de las mayorías absolutas en las cámaras, guardan una cierta relación con, al menos, no reducir su peso, por cuanto posibilita a los gobiernos en minoría una cierta posición de fuerza; en esta línea, DÍAZ DE MERA RODRÍGUEZ, A. D., “Gobierno de la crisis...; cit., nota 42 (citando a Piedrieri). En cualquier caso, frente a una supuesta nostalgia por el bipartidismo y sus mayorías absolutas, debería tenerse en cuenta que, en demasiadas ocasiones, supusieron en la práctica la eliminación del debate parlamentario y, por tanto, no puede hablarse de una mejor salud democrática.

34 Sobre todo, dada la función que el Senado tiene y su ausencia en la convalidación; BARÓN MOLINA, D.B., “El conflicto entre el Real Decreto Ley y la separación de poderes”; Anuario UNED en Calatayud, 27/2021, 61-62.

últimos años, en cifras que no encuentran parangón³⁵. Y en esta línea, por lo que respecta a decretos-leyes, en los últimos tres años, y sin contar los relativos al COVID o al estado de alarma, el TC ha resuelto trece de ellos planteados por grupos parlamentarios (el PP en su mayoría) referidos a once Decretos-leyes del Gobierno de coalición, mientras que, en todo el lustro previo, se dictaron una decena de sentencias para resolver los recursos frente al cuestionamiento de la facultad gubernativa en siete leyes de urgencia³⁶. Y contra las leyes del Estado, durante la pasa legislatura los grupos de diputados plantearon más recursos que durante toda la década anterior (2019-2023, 41 veces y de 2010-2019: 34 veces). Datos que parecen apuntar a la ya advertida estrategia política de deslegitimar las actuaciones del Gobierno de coalición³⁷.

Y en esta línea, respecto a la oportunidad o calidad en el ejercicio de tal facultad de los diputados en el caso aquí analizado, parece seguir esa cuestionable práctica, pues como ya advertíamos al inicio de este estudio, en el supuesto ahora analizado, las razones alegadas por VOX para cuestionar la actuación gubernamental carecían del más mínimo sustento, al punto de que es de las muy escasas ocasiones en las que en el último lustro el Pleno ha decidido desestimar el recurso por unanimidad. Y como también adelantábamos, el recurso planteado pretendía una vuelta a debates superados en el seno del Tribunal sobre los requisitos exigidos para la licitud en el ejercicio de la facultad que el art. 86.1 CE confiere al Gobierno (tanto respecto a la concurrencia de la situación habilitante, en su doble canon, como del límite material exigible).

Atendido todo lo anterior, es legítimo preguntarse cuál puede ser el motivo de plantear un recurso de inconstitucionalidad como el que los diputados de VOX presentaron (y en general, el de recurrir sistemáticamente ante los tribunales la acción gubernativa con rango de Ley). Cuestión difícil de saber, pero me atrevería a especular, atendidos los argumentos planteados, que pareciera querer ahondar en el advertido cambio de criterio que parecía inaugurar una mayor restricción al uso de la facultad que otorga el art. 86.1 CE (endureciendo el rigor en el control de los requisitos) que se venía detectando desde el año 2019 (y muy particularmente con varias sentencias de 2021 que citamos en este trabajo) y que contrastaba con la flexibilidad y laxitud con la que se admitieron los del periodo anterior y muy especialmente toda la legislación de urgencia nacida con ocasión de la crisis financiera de 2008 (*vid.* STC 61/2018 y, particularmente, la STC 199/2015 cuyo Voto Particular, del Prof. Valdés, se aconseja leer).

35 Desde 2021 se cuentan casi 40, los mismo que en toda la década anterior. Fuente: Tribunal Constitucional (Estadísticas jurisdiccionales).

36 Fuente: Tribunal Constitucional (Estadísticas jurisdiccionales).

37 BAYLOS GRAU, A., "La constitucionalidad del Derecho-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación (Breve comentario a la STC 18/2023, de 21 de marzo)"; RDS, 101/2023, pp. 141 y ss.

No parece admitir muchas dudas la conclusión de que, sin explicitarse la razón del cambio de criterio, en los últimos años se había apreciado una mayor restricción en el uso de este instrumento por parte de la entonces mayoría en el TC (cuya renovación, no lo olvidemos, se publicó en el BOE 31/12/2022)³⁸. Línea interpretativa que parece habría seguido ganando peso si atendemos a lo que ese sector -ahora minoritario- viene planteando en sus votos particulares a recientes sentencias del TC. En efecto, en algunas de ellas (*vid.* SSTC 144/2023 y 18/2023), además de fuertes acusaciones a la mayoría que respalda la sentencia (de reconstruir o completar artificiosamente el supuesto habilitante y sustituir con ello la función del Gobierno), deslegitima la acción normativa del Ejecutivo por violentar el principio democrático y el de separación de poderes y le acusa de un mayor abuso de decreto-ley que en periodos anteriores (lo cual, como hemos advertido, es solo una verdad a medias); para concluir reclamando al propio TC que no abdique de su deber y que, por el contrario, lleve a cabo “un control riguroso” “del presupuesto habilitante de la extraordinaria urgente necesidad” pues “no cabe una interpretación laxa” del mismo... ni del límite material (voto particular STC 9/2023).

Bienvenido sea dicho planteamiento más limitativo, aunque se haga valer ahora y no antes, cuando ese sector entonces mayoritario enjuiciaba la normativa de urgencia del anterior Gobierno popular. Reiteramos, una vez más, que somos partidarios de ese mayor control y rigor en la exigencia de los requisitos reclamados en el art. 86.1 CE, pero también de que se busquen fórmulas que hagan compatible la labor del legislador con las exigencias de la acelerada realidad cotidiana y, muy especialmente, que ese cambio de criterio, el cual implicaría dar un giro jurisprudencial de una enorme naturaleza, exigiría una detallada explicación y justificación razonable, siquiera en aras a la seguridad jurídica que permite la estabilidad en la doctrina constitucional.

38 *Vid.* SSTC 110 y 124/2021 (relativas al RD-Ley 8/2020) o 111/2021 (RD-Ley 15/2020). Otro dato interesante es que hasta el año 2018 solo dos decretos-leyes habían sido declarados inconstitucionales por falta del presupuesto habilitante (CABRERA OREJAS, M., “Sinopsis artículo 86”; 2018, en <https://app.congreso.es>), cifra que se superó en los cuatro años posteriores.