

DECRETO-LEY Y FINANCIACION DE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS

Comentario crítico al RDL 7/1997,
de 14 de abril

ANA CARMONA CONTRERAS

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.—II. INCONSTITUCIONALIDAD POR VULNERACIÓN DE LA RESERVA DE LEY ESTABLECIDA POR EL ARTÍCULO 13.4 DE LA LOFCA: 1. *El principio de reserva de ley en el ordenamiento constitucional actual. La genérica exclusión de los productos legales no provenientes del Parlamento.* 2. *El artículo 13.4 LOFCA. La concreta exclusión de las normas legales no provenientes del Parlamento.* 3. *Breve excursus crítico. La práctica habitual de recoger los porcentajes de participación en las Leyes de Presupuestos ¿cumple con los requisitos de la reserva de ley?*—III. VULNERACIÓN ESPECÍFICA DE LA PROHIBICIÓN DE NO AFECTAR AL RÉGIMEN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 86.1 CE: 1. *El entendimiento de la expresión «régimen de las CC. AA.» por el TC.* 2. *¿Forma parte el sistema de financiación autonómica de dicho régimen?* 3. *¿Se produce afectación en este caso?:* 3.1. *Consideraciones genéricas en torno al alcance del término «afectar».* 3.2. *Su percepción por la jurisprudencia constitucional.* 3.3. *¿Incide directamente el RDL 7/1997 en el ejercicio de las competencias autonómicas?*

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El Real Decreto-ley 7/1997, de 14 de abril (*BOE* 16 de abril) es el instrumento jurídico elegido por el Gobierno presidido por J. M. Aznar para la aprobación de los porcentajes de participación de las Comunidades Autónomas en los ingresos del Estado para el quinquenio 1997-2001. Como reza en el propio título de la norma, la operación que se realiza no es otra que la de distribuir entre las CC. AA. el crédito consignado en la sección 32 de los Presupuestos Generales del Estado para 1997.

Rompiendo con lo que podría considerarse una práctica incorporada a nuestro ordenamiento jurídico, la mencionada Ley de Presupuestos para 1997 no viene a desglosar las precisas cantidades que, en concepto de porcentaje de

participación en los ingresos del Estado, corresponde individualmente a cada Comunidad Autónoma (1), sino que se limita a cuantificar una partida global pendiente de posterior concretización. Las razones que explican esta opción son de carácter eminentemente político y así se pone de manifiesto en la propia exposición de motivos del RDL 7/1997. La profunda reforma del sistema de financiación autonómica operada por el Acuerdo adoptado por el Consejo de Política Fiscal y Financiera (CPFF) el 23 de septiembre de 1996 (2) obligó a modificar la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las CC. AA. (LOFCA) y, asimismo, dio lugar a la Ley 14/1996, de 30 de diciembre, de Cesión de Tributos del Estado a las CC. AA. y de medidas fiscales complementarias. La circunstancia de que ambas entrasen en vigor el 29 de diciembre de 1996 y el 1 de enero de 1997, respectivamente, hizo imposible el desglose individualizado de cantidades en la Ley de Presupuestos, la cual plenamente consciente de ello incorpora a su texto distintas previsiones normativas, cuya finalidad evidente no es otra que la de ofrecer el marco normativo adecuado para colmar transitoriamente dicha laguna.

Si dirigimos nuestra atención a los artículos 82, 83 y 84 encontramos las disposiciones clave en este sentido. En primer lugar, se establece un plazo temporal máximo dentro del que habrán de aprobarse los porcentajes de participación de las CC. AA. en los ingresos del Estado; «antes del último día del mes siguiente al que se haya producido la entrada en vigor de la Ley Orgánica de

(1) La Ley 50/1984, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1985, incorpora por primera vez a dicho vehículo normativo los porcentajes de participación para ese ejercicio aprobados por las diferentes Comisiones Mixtas. Posteriormente, el Consejo de Política Fiscal y Financiera (CPFF), mediante acuerdo de 7 de noviembre de 1986, al establecer el sistema de financiación de las CC. AA. para el quinquenio 1987-1991, introdujo criterios para el cálculo de los mismos, indicando, asimismo, que éstos se quedarían aprobados por la Ley General de Presupuestos del Estado para 1987. Respondiendo a dicha previsión, la Ley 21/1986, de 23 de diciembre, estableció en su artículo 62.1 los porcentajes de participación provisionales para dicho quinquenio fijados por las correspondientes Comisiones Mixtas. Posteriormente, las posteriores Leyes de Presupuestos proceden a actualizar dichas cantidades. En 1992 se producirá otro acuerdo del CPFF fijando los porcentajes de participación definitiva para el quinquenio 1992-1996, cuyo contenido queda incorporado al artículo 89 de la Ley 39/1992, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1993 y cuya actualización se lleva a cabo anualmente por las posteriores leyes presupuestarias. Un detallado análisis de la cuestión puede encontrarse en J. RAMALLO-J. ZORZONA: «Sistemas y modelos de financiación autonómica», *Sistema financiero*; núm. 51, especialmente págs. 18-29.

(2) Acuerdo que tiene su origen en el pacto suscrito por el Partido Popular con los nacionalistas catalanes de Convergència i Unió, el Partido Nacionalista Vasco y Coalición Canaria, que aseguró el apoyo parlamentario de éstos y gracias al cual los Populares obtuvieron la mayoría suficiente para formar gobierno.

modificación parcial de la LOFCA» (3), esto es, antes del 28 de febrero de 1997. El artículo 82.3, por su parte, indica el marco normativo en el que habrá de contenerse la distribución y aplicación del referido crédito global entre las CC. AA.: «Se efectuará por norma con rango de ley.» Expirado el plazo indicado, la norma legal que procede a formalizar los distintos porcentajes autonómicos de participación en los ingresos del Estado para el quinquenio 1997-2001 es el referido RDL 7/1997.

Una vez expuesto el genérico marco de referencia en el que tal Decreto-ley viene a ubicarse y justificarse prácticamente, lo que a continuación procede es interrogarse acerca de la constitucionalidad del mismo. A este respecto, desde estos momentos de mera aproximación preliminar, hemos de manifestar nuestras dudas al respecto, de modo que el objeto principal de este trabajo aparecerá fundamentalmente orientado a la tarea de desentrañar, exponer y justificar los motivos sobre los que se sustenta tal desconfianza.

En dicha tarea, dejaremos a un lado el análisis de la concurrencia o no en este preciso caso del presupuesto habilitante previsto en el artículo 86.1 CE, esto es, de las causas de extraordinaria y urgente necesidad que abren la puerta al uso del decreto-ley por parte del Gobierno. La razón que justifica tal opción es que, existiendo prohibición constitucional sea de regulación, sea de afectación por decreto-ley de una concreta materia, la eventualidad de que se produzca una situación urgente, no legitima en ningún caso el recurso por el Ejecutivo a dicho instrumento normativo (4). Este será constitucionalmente viable sólo cuando la urgencia aparezca referida a materias sobre las que no pende ningún tipo de restricción constitucional, genérica o específica, en relación con esta concreta potestad gubernamental. La inaptitud material se conecta, pues, con el consiguiente vicio de la forma legal utilizada aun concurriendo su presupuesto habilitante.

(3) Téngase en cuenta que dicho plazo es común tanto para las CC. AA. que hayan adoptado como propio el «modelo de del sistema de financiación de las CC. AA. para el quinquenio 1997-2001» (art. 83.1), como para aquellas otras que, no habiendo aceptado tal modelo, no hayan adoptado un acuerdo con el Estado antes de dicha fecha (art. 84.1).

(4) Es precisamente la urgencia el principal argumento esgrimido por el ministro de Administraciones Públicas en el trámite de convalidación del RDL 7/1997. En opinión del señor Rajoy, concluido el plazo fijado por la Ley de Presupuestos para finalizar las negociaciones entre Estado y Comisiones Mixtas, «la opción de elaborar la norma y tramitarla como proyecto de ley no era plausible porque hubiese demorado meses la aplicación normal del sistema de financiación, expectativa que no encajaba con la conveniencia de aplicar sus reglas y concluir cuanto antes con la solución provisional de los anticipos de tesorería». Vid. *Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 79, pág. 3.853.

II. INCONSTITUCIONALIDAD POR VULNERACION DE LA RESERVA DE LEY ESTABLECIDA POR EL ARTICULO 13.4 DE LA LOFCA

1. *El principio de reserva de ley en el ordenamiento constitucional actual. La genérica exclusión de los productos legales no provenientes del Parlamento*

Dado el carácter constitucionalmente reconocido a los decretos-leyes como «disposiciones legislativas provisionales», resulta que, en principio, las materias regulables por decreto-ley son las mismas susceptibles de ser abordadas por la ley. En efecto, visto que tal instrumento normativo presenta fuerza y valor de ley, las exigencias del principio de legalidad, recogido expresamente en el artículo 9.3 CE, quedarían suficientemente cubiertas. Ahora bien, cuando de modo adicional se exige que la genérica competencia legislativa se exprese en una concreta forma y siguiendo un preciso procedimiento, entonces, los términos de la cuestión van a alterarse sustancialmente. En tales supuestos lo que cuenta es la cualidad formal de la norma y en dicho ámbito las posibilidades de actuación de nuestro instrumento normativo aparecen considerablemente oscurecidas, puesto que la concurrencia de rango, fuerza y valor de ley resultan insuficientes. Se exige taxativamente que la norma en cuestión sea precisamente una ley parlamentaria (*principio de reserva de ley*), lo cual determina una evidente diferencia cualitativa entre las distintas normas legales.

En tal contexto, resulta obvio que el dato «formal» no es más que la punta visible de un iceberg cuyas raíces se hunden hasta un nivel mucho más profundo, apareciendo como el efecto palpable de un planteamiento conceptual previo cuyas implicaciones trascienden la totalidad de nuestro edificio constitucional. La reserva lo es estrictamente a la forma de ley en tanto que ésta es el resultado de un concreto procedimiento, el legislativo, que sólo se lleva a cabo por un concreto órgano, el Parlamento. Desde este enfoque resulta que no sólo no resultan idóneas para regular las materias señaladas las fuentes infralegales, esto es, los reglamentos, sino también cualquier otra norma con fuerza de ley *no procedente de las Cortes Generales*; decretos-leyes y decretos legislativos. Llegados a este punto, sin embargo, consideramos necesario hacer algunas puntualizaciones relativas al entendimiento que en la actualidad recibe el concepto de reserva, aclarando la precisa significación con la que aquí se utilizará.

La primera observación a realizar es que la actual pervivencia y mantenimiento constitucional de esta figura presenta un contenido necesariamente dis-

tinto al de su imagen clásica (5) en el marco de la monarquía constitucional alemana (6). En efecto, si partimos de las premisas tradicionales refiriéndonos a la reserva de ley como un «instituto acuñado para proteger determinadas esferas de la competencia normativa de las Cámaras frente a un medio institucional del que al menos hay que predicar una cierta agresividad o tendencia a invadir tales espacios» (7), la conclusión aparece obvia: esta categoría no tiene cabida en la nueva Constitución (8). Desde el momento en que existe una legitimación única y común, la popular y democrática para todos los poderes incluido también el Ejecutivo, debería abandonarse por caduca la idea de reserva como protección de un espacio social autónomo resistente a la acción estatal (9).

Dicho esto, ha de aclararse que el hecho de que el uso de una expresión idéntica a la empleada en los sistemas constitucionales germánicos anteriores a la primera guerra mundial para denominar lo que era el dominio propio de la ley, no debe llamar a engaño, identificando como similares dos instituciones que en la realidad contemporánea se muestran radicalmente diferentes (10). En su acepción clásica, la reserva sólo impedía la regulación de ciertas materias por medio de reglamentos, siempre y cuando no existiera una previa habilitación parlamentaria que abriera la puerta a las normas secundarias. La circunstancia de que la intervención reglamentaria fuera posible era, pues, una eventualidad cuya verificación práctica dependía en última instancia de la voluntad del Parlamento. Mantener o no la competencia legislativa parlamentaria constitucionalmente asignada, cediéndola o no al Gobierno, se resolvía en una facultad potestativa de la representación popular (11).

(5) Cfr. I. DE OTTO: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, pág. 150; M. ARAGÓN: «La eficacia jurídica del principio democrático», *REDC*, núm. 24, 1988, pág. 41; L. PAREJO: *Crisis y renovamiento del Derecho público*, CEC, Madrid, 1991, pág. 56.

(6) Entre la doctrina alemana destaca especialmente el ya clásico estudio de D. JESCH: *Ley y Administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad*, IEA, Madrid, 1978, fundamentalmente págs. 131-139 y 157-171. Igualmente interesante resulta la obra de C. STARCK: *El concepto de ley en la Constitución alemana*, CEC, Madrid, 1979, págs. 393-412.

(7) A. GARRORENA: *El lugar de la ley en la Constitución española*, CEC, Madrid, 1980, pág. 54.

(8) A. GARRORENA: *Op.cit.*, pág. 57.

(9) L. PAREJO: *Op.cit.*, pág. 59.

(10) Ya en 1931, C. Schmitt: *La defensa de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1983, págs. 205-209, viene a referirse a las profundas diferencias existentes entre la idea de reserva de ley en la monarquía constitucional y en el régimen democrático instaurado por la Constitución de Weimar.

(11) F. BALAGUER: *Fuentes del Derecho II. Ordenamiento general del Estado y ordenamientos autonómicos*, Tecnos, Madrid, 1992, pág. 105, considera tal efecto «el fruto lógico de la

Ahora bien, como ya hemos indicado, la justificación con la que tal instituto aparece recogido en nuestra Constitución arranca de unas premisas conceptuales completamente distintas. Nos referimos, básicamente, al principio de legitimación democrática de todos los poderes dentro del ordenamiento y al pleno sometimiento de la ley a la Norma Suprema, ya que tal situación da como resultado el profundo redimensionamiento de la referida institución. En línea de principio, como certeramente ha resaltado I. de Otto, la existencia de la reserva de ley en relación con una materia determina que la regulación de la misma aparezca vedada a quien no sea el legislador mismo, esto es, que sólo los representantes de los ciudadanos puedan dictar las normas correspondientes. A partir de aquí el efecto inmediato que se produce es que lo que inicialmente se concebía como una *facultad disponible* para el Parlamento, se convierte en una *obligación irrenunciable* para dicho órgano (12). O como lo ha expresado el TC, su significado último «es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes», de tal manera que los mismos *necesariamente* «han de quedar exentos de la acción del Ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, los reglamentos» (13). Así entendido el principio de reserva de ley entraña «una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho, y como tal ha de ser preservado» (14).

Pero, aun aceptando como inobjectables estas afirmaciones, hemos de llamar la atención sobre la ausencia de referencia alguna a la innegable *vertiente procedimental* que el principio de reserva de ley parlamentaria incorpora como parte esencial de su contenido. Dimensión esta fundamental a la hora de entender su razón última (15), así como las implicaciones que produce en relación con las otras normas legales no procedentes del órgano representativo. El razo-

imposibilidad de configurar una concepción normativa de la Constitución en la que se definieran jurídicamente las competencias de los poderes públicos. Antes bien, la estructura dualista del Estado implicaba un reparto flexible de poder entre Ejecutivo y Legislativo».

(12) I. DE OTTO: *op.cit.*, pág. 152 (cursiva nuestra); F. RUBIO LLORENTE: «El principio de legalidad», *REDC*, núm. 39, 1993, pág. 25; J. M. BAÑO LEÓN: *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria. Remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 75.

(13) STC 83/1984, FJ. 4.º

(14) Termina el Alto Tribunal su razonamiento puntualizando que el entendimiento propuesto «no excluye ciertamente la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador».

(15) Especial énfasis ponen en este punto, J. M. BAÑO: *Op. cit.*, págs. 95-96; M. GERPE: «Principio de legalidad y remisiones en materia penal», *RJC*, núm. 3, 1991, pág. 79.

namiento del TC deberá ser completado, pues, añadiendo que la reserva en favor del Parlamento significa también, de forma subsiguiente, una preferencia inexcusable por el procedimiento legislativo. Y es que, como justamente ha indicado F. Rubio, la obligación impuesta a los representantes populares sólo se podrá cumplir «de acuerdo con un procedimiento público y contradictorio en el que las distintas posturas han de intentar justificarse ante la opinión pública, es decir, argumentando en debate con los intereses de todos» (16).

Las causas de dicha preferencia pueden colegirse sin mayor dificultad tomando como punto de referencia la efectiva virtualidad que el principio democrático irradia sobre la lógica desarrollada por la Constitución. En efecto, cuando éste se proyecta sobre la organización de los poderes estatales, ello da como resultado la imposición de un cierto orden en la distribución y asignación de sus funciones. De esta manera, resulta ser un lugar común en la mayoría de los textos constitucionales occidentales, el establecimiento de un neto protagonismo institucional en favor del Parlamento, en tanto que órgano portador del pluralismo político socialmente relevante. Y ello tiene un directo reflejo en el sistema de fuentes, resultando que la regulación de las cuestiones consideradas más relevantes aparece vinculada a la discusión pública, según un procedimiento caracterizado por las notas de contradicción y debate (17) y que, asimismo, permite la participación de todas las fuerzas representadas y no sólo de la mayoritaria (18). La norma resultante gozará, así, de un *plus de legitimidad reforzado* desde el punto de vista no sólo orgánico y substancial, sino también procedimental.

Desde esta aproximación se llega a una renovada versión garantista del instituto de la reserva de ley, no ya como protección de la representación social parlamentaria frente al autónomo espacio de poder autocrático dominado por la Monarquía y el Ejecutivo, sino como modo de proteger y tutelar los legítimos derechos participativos de las minorías frente a las mayorías (19). Y es que en el ámbito de un régimen parlamentario, donde Parlamento y Gobierno

(16) F. RUBIO LLORENTE: *Op. cit.*, pág. 24.

(17) F. RUBIO LLORENTE: «Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley», *RAP*, núms. 100-102, 1983, pág. 478; I. DE OTTO: *Op. cit.*, pág. 153; J. TORNOS MAS: «La relación entre la ley y el reglamento; reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional», *RAP*, núms. 100-102, vol. I, 1983, págs. 478-479; R. GARCÍA MACHO: *Potestad reglamentaria y reserva de ley*, Ariel, Barcelona, 1988, pág. 134; L. VILLACORTA: *Reserva de ley y Constitución*, Dykinson, Madrid, 1994, pág. 164.

(18) M. ARAGÓN: *Op. cit.*, págs. 41-42.

(19) A. CERRI: «Problemi generali della riserva di legge e misure restrittive della libertà economica», *GC*, 1962, pág. 2.242; E. CHELI: *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1967, pág. 228; V. DI CIULO: *Questioni in tema di decreti-legge*, Giuffrè, Milano, 1977, pág. 145.

no son poderes políticamente independientes, sino esencialmente vinculados por el mecanismo de la confianza parlamentaria, resulta absolutamente necesario garantizar también la efectiva participación de los grupos minoritarios en las distintas actividades desarrolladas por las Asambleas (19 bis). Estamos, pues, ante un medio a través del cual se mantiene abierta la puerta a un constante control sobre el eje Gobierno-mayoría parlamentaria (20).

2. *El artículo 13.4 LOFCA. La concreta exclusión de las normas legales no provenientes del Parlamento*

Aplicando las ideas hasta ahora expuestas al caso concreto que nos ocupa, parece razonable pensar que el sentido del artículo 13.4 LOFCA —«en cualquier caso, el porcentaje de participación se aprobará por ley» (21)—, se corresponde plenamente con la configuración de la reserva de ley aquí propuesta, obedeciendo a la finalidad apenas descrita. Sirva para confirmar tal intuición, la atenta consideración al curso de los debates parlamentarios de elaboración de la misma. Inicialmente, la referencia a la necesidad de una ley no se preveía (22). Tal mención se introdujo como consecuencia de la enmienda propuesta por el diputado del grupo centrista UCD don Antonio Díaz Fuentes, apareciendo expresamente justificada por la necesidad de que «la fijación de los presupuestos financieros se produzca por ley, a través de un debate nacional, transparente y público, en las Cortes españolas, como garantes del postulado constitucional de la solidaridad entre la comunidad de pueblos españoles» (23).

(19 bis) Interesantes consideraciones a este respecto se contienen en H. Kelsen: *Esencia y valor de la democracia*, Labor, Barcelona-Buenos Aires, 1934, págs. 81-85, incidiendo en la idea de que el «principio de la mayoría no constituye una dictadura de la mayoría sobre la minoría, sino un resultado de las influencias recíprocas entre ambos grupos, como consecuencia del choque de sus intenciones políticas».

(20) Cfr. R. GARCÍA MACHO: *Op. cit.*, págs. 134-138, donde se enfoca la cuestión de la reserva de ley fundamentalmente desde la perspectiva del principio de división de poderes, defendiendo que tal «principio resulta atacado en su “contenido nuclear” cuando materias que deberían ser reguladas por las Cortes lo son por el Gobierno».

(21) Previsiones similares a ésta aparecen expresamente recogidas en algunos Estatutos de Autonomía. Así, EA de Andalucía, artículo 58.3; EA de La Rioja, artículo 35.2; EA de Valencia, artículo 53.1; EA de Madrid, artículo 54.3.

(22) El texto originario del artículo 13 del proyecto de ley constaba únicamente de tres apartados, en ninguno de los cuales se hace referencia alguna a la forma jurídica en la que se ha de plasmar el porcentaje de participación de las CC. AA. en los ingresos del Estado.

(23) *Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas. El debate en las Cortes Generales*, Dirección General de Coordinación con las Haciendas Territoriales, Madrid, 1982, pág. 231.

Teniendo en cuenta el sentido de esta previsión normativa, no creemos constitucionalmente viable que sea un decreto-ley el instrumento jurídico utilizado para contener el porcentaje de participación de las CC. AA. en los ingresos del Estado, ya que con ello se está obviando la necesaria e imprescindible contraposición de opiniones propiciada por el debate parlamentario y que resulta absolutamente extraña al proceso de elaboración gubernamental de un decreto-ley. Porque no debe olvidarse que, por lo que al aspecto procedimental se refiere, este instrumento normativo presenta un innegable déficit democrático, dado que su elaboración y aprobación se lleva a cabo de modo unilateral por el Ejecutivo, al margen de cualquier mecanismo de control político. Así pues, la conclusión a subrayar es que la reserva de ley establecida por la LOFCA en este punto es clara, sin que resulte susceptible de someterse a ningún tipo de ulterior cuestionamiento, rebaja o relativización.

Y es que no puede perderse de vista que lo acordado previamente entre el Estado y las CC. AA., sea en las Comisiones Mixtas, sea en el Consejo de Política Fiscal y Financiera (24) *formalmente* no vincula al Parlamento, quien conserva intacta su capacidad decisoria (25). De esta forma, la alteración de tales acuerdos, teóricamente posible aunque prácticamente improbable (26), no debe ser el criterio que incline la balanza a la hora de elegir el vehículo normativo que lleve a cabo su formalización jurídica. A nuestro juicio, la eliminación —en términos prácticos— de la hipótesis de introducir enmiendas en sede parlamentaria, natural resultado de la lógica parlamentaria que inspira nuestro sistema político, debe ceder ante la evidencia de la finalidad última que inspira la elección de la forma «ley». Y ésta no es otra que las posibilidades de contradicción que la misma permite frente a lo pactado en otras sedes institucionales, cuyos procesos decisionales se caracterizan precisamente por su opacidad, escapando al control de la opinión pública (27). Como justamente ha sido desta-

(24) Téngase muy presente que el CPFF, según el artículo 3.2 LOFCA, es «un órgano consultivo y de deliberación», cuya intervención no es obligatoria según ha afirmado constantemente el TC. En este sentido, vid. las SSTC 63/1986, FJ. 11.º; 96/1990, FJ. 4.º; 237/1992, FJ. 3.º; 68/1996, FJ. 10.º

(25) M. MEDINA: *La incidencia del sistema de financiación en el ejercicio de las competencias de las Comunidades Autónomas*, CEC, Madrid, 1992, pág. 366. Como el mismo autor indica —*idem*, pág. 228— a una solución similar se llega en Alemania, donde los compromisos financieros adoptados en las Comisiones de Planificación no resultan vinculantes para el Parlamento, siendo éstos el titular, en última instancia, del poder presupuestario. En igual sentido, J. RAMALLO-J. ZORZONA: *Op. cit.*, pág. 32.

(26) M. MEDINA: *Op. cit.*, pág. 530.

(27) M. MEDINA: «Límites y posibilidades del control de constitucionalidad del reparto de los ingresos en el Estado autonómico», comunicación presentada a las XIX Jornadas de Estudios

cado por un relevante sector de la doctrina, la racionalización del proceso político en la órbita de la financiación autonómica pasa necesariamente por distintas fases, la primera de las cuales consiste en la negociación entre los entes afectados, normalmente canalizada a través de las respectivas Comisiones Mixtas o bien del CPFF, y que culmina con un acuerdo. Sin embargo, resulta innegable que «con esto no se colman las exigencias de racionalidad que la democracia reclama del proceso político, cuya plena racionalización requiere ineludiblemente también, la publicidad de los procedimientos de conformación de la voluntad política» (28).

Por tanto, no siendo constitucionalmente posible intercambiar productos legislativos de similar rango normativo aunque con diferente cualidad formal —ley-decreto-ley— a la hora de aprobar el porcentaje de participación, consideramos igualmente censurable la mención contenida en el artículo 82.3 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1997, disponiendo que el marco normativo en el que habrá de contenerse la distribución y aplicación del genérico crédito global entre las CC. AA. «se efectuará por norma con *rango de ley*». Porque no es lo mismo hablar de *competencia legislativa*, en tanto que genérica manifestación del principio de legalidad, que de *reserva a la forma de ley parlamentaria*, como precisa concreción de aquél (29). Mientras que la primera resulta la muestra más palpable de la tendencia presente en nuestro ordenamiento constitucional hacia la universalización de la preferencia de la ley, sin prejuzgar en absoluto el concreto régimen jurídico que en cada caso proceda (30), por su parte, ya sabemos que el segundo de los principios apuntados presenta un alcance mucho más concreto y reducido, circunscribiendo la legalidad única y exclusivamente a un tipo preciso de la misma, a la legalidad parlamentaria (31).

sobre *Constitución y el nuevo diseño de las Administraciones estatal y autonómica*, organizadas por la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, obra en prensa, 1997, pág. 15.

(28) M. MEDINA: *Op. cit. últ.*, págs. 13-14.

(29) F. RUBIO LLORENTE: «El principio...», pág. 32.

(30) Cfr. A. GARRORENA: *El lugar...*, págs. 60-61, en donde se defiende la idea de que «las constantes referencias constitucionales a la ley, presentan un significado y una intención que no es precisamente la de acotar una reserva, sino la de establecer una normativa constitucional cualificada para diversos supuestos de ley». De esta forma, la disciplina constitucional aparece dirigida a producir los más diversos efectos, lo que «confirma que no estamos ante una categoría unitaria sino en presencia de pluralidad de mecanismos jurídicos diferenciados». Así pues, «en el ordenamiento constitucional español no es el principio de reserva de ley, principio por otra parte inevitablemente material, sino el principio de legalidad en su versión más pura y formal (precedencia de la ley, exigencia de previa base legal) el que determina el ámbito de la ley».

(31) M. BAENA DEL ALCÁZAR: «Reserva de ley y potestad reglamentaria en la nueva Constitución española», VV. AA.: *La Constitución española y las fuentes del derecho*, IEF, Madrid, 1979, vol. I, pág. 291.

En este mismo sentido se ha manifestado el TC cuando ha afirmado expresamente que «la mención de la ley no es identificable en exclusividad con el concepto de ley formal» (32), aunque especificando que la remisión constitucional a la ley debe entenderse, *prima facie*, «como a la norma que con tal carácter sea aprobada por el órgano al que la Constitución le confiere el poder de legislar, es decir, la ley ordinaria aprobada por las Cortes Generales» (33).

Teniendo en cuenta la fundamental distinción entre legalidad y reserva de ley, los ámbitos de acción de tales principios van a quedar considerablemente *diversificados*, presentando un alcance igualmente distinto. En efecto, el principio de legalidad significa que sea la ley, no el reglamento, la fuente de las normas que imponen a los ciudadanos cualquier género de obligaciones y cargas (34). Por tanto, siendo esta última fuente la única excluida, correlativamente ha de entenderse que las normas legislativas provenientes del Gobierno no vulneran el principio de competencia legislativa, ya que lo que exige dicho principio es que en el punto de partida de toda acción normativa aparezca una disposición cualificada por las notas de fuerza, rango y valor de ley. Y todo ello sin predeterminedar ni su procedencia orgánica, ni la forma concreta en que ésta haya de manifestarse. Aquello que taxativamente se impide es la libre acción del reglamento, en tanto se carezca de una previa habilitación legal. Pero una vez sentada tal premisa, dada la diversificación de tipos legales existente en nuestro ordenamiento jurídico (principio de pluricentrismo legislativo), no creemos que pueda plantearse duda alguna respecto a que toda norma con fuerza, rango y valor de ley viene a dar cumplida respuesta a las exigencias de carácter eminentemente *jerárquico* impuestas por la legalidad. En tal sentido, recuérdese la afirmación del TC manifestando que «no es dudoso que entre las leyes de Cortes y los decretos-leyes existe *identidad de rango normativo, aunque no de naturaleza jurídica*» (35).

Siendo este el marco normativo de referencia, la disposición contenida en el referido artículo 82.3 no deja de suscitar dudas razonables sobre su constitucionalidad, a no ser que se considere que con dicha expresión se está haciendo referencia única y exclusivamente a la ley parlamentaria. Perteneciendo la

(32) SSTC 111/1983, FF.JJ. 8.º y 10.º; 60/1986, FJ. 2.º

(33) STC 60/1986, FJ. 2.º Deducción lógica si tenemos en cuenta que los productos legislativos emanados por el Gobierno quedan constitucionalmente condicionados a la concurrencia de ulteriores eventos; bien que se produzca una previa delegación legislativa por parte del Parlamento, en el caso de los decretos legislativos, bien, por lo que se refiere a los decretos-leyes, que se verifique una situación de extraordinaria y urgente necesidad.

(34) F. RUBIO LLORENTE: *Op.cit. últ.*, pág. 32 (cursiva nuestra).

(35) STC 60/1986, FJ. 2.º (cursiva nuestra).

LOFCA al bloque de la constitucionalidad —según reiterada jurisprudencia del TC (36)— y sirviendo, por lo tanto, como norma parámetro para enjuiciar la constitucionalidad de otras ajenas al mismo, sus previsiones no son susceptibles de ser alteradas por una ley ordinaria como es la ley de Presupuestos (37).

Y a este respecto, el TC se ha mostrado tajante. La peculiar configuración del sistema de financiación autonómica, inevitablemente plagada de conceptos indeterminados, determina el correlativo y necesario reconocimiento de un amplio margen de maniobra en favor del proceso político, sede natural donde aquéllos obtienen su correspondiente concretización. En este contexto, el ámbito del control material de tales concreciones normativas resulta sustancialmente reducido, circunscribiéndose a situaciones excepcionales en donde, bien el reparto de recursos financieros resulta *manifiestamente incompatible* con los fines trazados por el bloque de la constitucionalidad, bien el mecanismo de distribución establecido aparece carente de toda razonabilidad, incurriendo en arbitrariedad. Precisamente por ello, para compensar tal déficit de control material, el Alto Tribunal reacciona extremando el control sobre los cauces y procedimientos previstos en el bloque de la constitucionalidad, y a cuyo través debe conducirse *necesariamente* la conformación de la voluntad política (38). Esta línea argumental aparece diáfana y recogida en la STC 181/1988, cuyo Fundamento Jurídico 7.º afirma lo siguiente:

«el presente recurso plantea un problema de inconstitucionalidad formal, y no es posible confundir el supuesto formalismo al que el Abogado del Estado alude con el *imprescindible respeto* de las formas y procedimiento constitucionalmente exigible, que *no* están a *disposición* de los sujetos o instituciones a los que *vinculan*. Esta conclusión, reiterada por este Tribunal en otros ámbitos, es especialmente aplicable en todo lo que atañe a las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas, pues la consolidación y el correcto funcionamiento del Estado de las Autonomías dependen en buena medida de la estricta sujeción de uno y otras a las fórmulas racionales de cooperación, consulta, participación, coordinación, concertación o acuerdo previstas en la Constitución y los Estatutos de Autonomía» (cursiva nuestra).

(36) Vid., últimamente, la STC 68/1996, FJ. 9.º

(37) Un ejemplo concreto en este sentido se encuentra en la STC 181/1988, FJ. 3.º, en la que haciendo referencia al artículo 10.3 LOFCA, relativo a la cesión de tributos, se afirma lo siguiente: «Esta previsión resulta de *inexcusable cumplimiento* por la normativa de inferior rango y, contenida en una ley orgánica, su desconocimiento o vulneración es determinante de un vicio de *inconstitucionalidad* de las leyes que la infrinjan, a tenor de lo dispuesto en el artículo 28.2 LOTC» (cursiva nuestra).

(38) M. MEDINA: *Op.cit.*, págs. 11-12 (cursiva nuestra).

3. *Breve excursus crítico. La práctica habitual de recoger los porcentajes de participación en las Leyes de Presupuestos, ¿cumple con los requisitos de la reserva de ley?*

Si excluimos la Ley 43/1984, de 13 de diciembre, que determinó los porcentajes de participación para el ejercicio de 1984, la experiencia nos demuestra que, a partir de tal fecha, se ha venido recurriendo sistemáticamente a las Leyes de Presupuestos como habitual cauce normativo para la concreción de los mismos (39). La duda principal que aquí queremos plantear gira en torno a la cuestión de si con el recurso a dicha ley se cumple con la específica reserva contenida en el ya referido artículo 13.4 LOFCA o, por el contrario, resulta insuficiente dadas las peculiaridades inherentes a la normativa presupuestaria. Peculiaridades que, como la jurisprudencia del TC se ha encargado de reseñar, son derivación del «carácter instrumental del Presupuesto en relación con la política económica y también impuestas por el hecho de que su debate está, de alguna manera restringido por las disposiciones reglamentarias de las Cámaras que regulan su procedimiento», fundamentalmente, el requisito de conformidad del Gobierno para toda proposición o enmienda que suponga aumento de gastos o disminución de ingresos, lo cual supone, sin duda alguna, una restricción constitucional del debate (40).

Teniendo en cuenta el sustancial efecto reductor que la elección de la vía presupuestaria implica sobre los márgenes de la discusión parlamentaria (41) —razón última que justifica la institución de la reserva de ley—, la mayoría de la doctrina coincide en señalar que la previsión del artículo 13.4 LOFCA exige la tramitación legislativa por los cauces ordinarios, sin variación alguna (42). Como argumento básico para rechazar la incorporación del porcentaje a la Ley de Presupuestos, se invoca la inexistencia de fundamentos constitucionales sobre los que justificar tal disminución de la capacidad decisoria

(39) Vid. nota 1.

(40) STC 27/1981, FJ. 2.º

(41) Durante el debate de convalidación del RDL 7/1997, la representante del Grupo Socialista, señora Aroz, puso de manifiesto cómo con la elección de dicha vía presupuestaria, al igual que sucede con el recurso al decreto-ley, se elude el debate parlamentario. Vid. *Diario de Sesiones...*, pág. 3.854.

(42) J. PÉREZ ROYO: *El nuevo modelo de financiación autonómica: Análisis exclusivamente constitucional*, McGraw Hill, Madrid, 1997, pág. 139. En un sentido similar, M. MEDINA: *El sistema...*, pág. 366; G. CASADO: «Corresponsabilidad fiscal: Cuatro opiniones y un criterio común», *Perspectivas del Sistema Financiero*, núm. 51, 1995, pág. 177; F. D. ADAME: *Tributos propios de las Comunidades Autónomas*, Comares, Granada, 1996, nota 62, pág. 592.

del Parlamento (43). Dicho esto, sin embargo, también hemos de llamar la atención sobre el siguiente punto; tampoco existen concretas normas que excluyan expresamente la aprobación del porcentaje directamente por la Ley de Presupuestos (44). La Constitución únicamente prohíbe la creación de tributos (art. 134.7) (45) y, por su parte, tampoco la LOFCA introduce un veto expreso a este respecto. Si a ello unimos la orientación de la jurisprudencia constitucional que ha declarado expresamente la cualidad de «ley verdadera» de la norma presupuestaria (46) y que, asimismo, ha permitido la incorporación a la misma de previsiones no estrictamente contables, pero sí «directamente relacionadas» con estas últimas o con los criterios de política económica general en que se sustentan (47), entonces parece que la recepción de los porcentajes por la Ley General de Presupuestos del Estado no deba merecer reprobación alguna desde tal perspectiva, dado que encaja perfectamente en dicha interpretación.

La cuestión que late en el fondo del problema, y que no se resuelve con este planteamiento, es que junto con el incuestionable y necesario reflejo contable que esta operación ha de tener en la Ley de Presupuestos del Estado, creemos que resulta constitucionalmente exigible la existencia de una ley previa en la que la capacidad decisoria de las Cortes, expresada en fase de tramitación legislativa, no resulte sustancialmente mermada. Más allá de argumentos estrictamente formales, estimamos necesaria una interpretación sistemática del sentido de las normas integrantes del bloque de la constitucionalidad que conduzca al abandono de la práctica habitual de la mera y directa recepción de los acuerdos suscritos por las Comisiones Mixtas o en el CPPF por parte de las leyes presupuestarias. Junto con el necesario reflejo contable en la norma presupuestaria, el Gobierno debería presentar previamente a la discusión de la misma un específico proyecto de ley al menos al inicio de cada quinquenio, momento en el que los genéricos criterios de la LOFCA se concretan positivamente determinando los porcentajes de participación autonómica para dicho

(43) J. RAMALLO y J. ZORZONA: *Op. cit.*, pág. 32.

(44) Matización esta que llevan a cabo tanto J. RAMALLO y J. ZORZONA: *Op. cit.*, pág. 32, como F. D. ADAME: *Op. cit.*, nota 62, pág. 592.

(45) En este sentido, particularmente interesante resulta el Voto Particular formulado por los Magistrados L. López Guerra y P. Cruz Villalón a la STC 178/1994, señalando que más allá de los expresos límites constitucionalmente declarados no hay nada «que impida a las Cortes, en el uso de su potestad legislativa, introducir en la Ley de Presupuestos aquellas disposiciones que estimen de conveniente inclusión por su relación con la materia presupuestaria, o con la orientación de la política económica.

(46) STC 27/1981, FJ. 2.º

(47) SSTC 63/1986, FJ. 12.º; 65/1987, FJ. 4.º; 65/1990, FJ. 3.º; 76/1992, FJ. 4.º

período, proyecto que una vez aprobado se incorporará a la sección 32 de la Ley de Presupuestos (48).

III. VULNERACION ESPECIFICA DE LA PROHIBICION DE NO AFECTAR AL REGIMEN DE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS ESTABLECIDA EN EL ARTICULO 86.1 CE

1. *El entendimiento de la expresión «régimen de las CC. AA.» por el TC*

Que el término contenido en el artículo 86.1 CE hace referencia a algo distinto y, por supuesto, más extenso que la sucinta expresión «aprobación de Estatutos de Autonomía» que el artículo 81.1 CE reserva a la ley orgánica (49), resulta una cuestión tan evidente que de su mera afirmación no se deduce ninguna novedad determinante respecto a cuáles hayan de ser los concretos elementos que de forma positiva vienen a integrar adicionalmente la noción «régimen de las CC. AA.». En principio, atendiendo a la literalidad del término, podría considerarse que el mismo presenta una potencial aptitud excluyente que vendría a eliminar del ámbito regulador del decreto-ley cualquier tipo de relación entre el Estado y las CC. AA. (50). Lejos de tales aproximaciones apriorísticas optaremos por un detenido análisis del complejo normativo que en materia autonómica nos ofrece el Título VIII CE. Ello nos resultará mucho más operativo a la hora de discernir los precisos elementos que integran el susodicho régimen de las CC. AA., permitiendo diferenciarlos de aquellos otros que no lo son por pertenecer, desde un punto de vista competencial, al ámbito del Estado (art. 149 CE) y, todavía más, distinguiéndolos de los específicos supuestos en los que desde el nivel central puede incidirse en el reparto de com-

(48) Posteriormente, cada año se irán reflejando las actualizaciones y correcciones pertinentes fruto de las puntuales negociaciones entre el Estado y las CC. AA.

(49) Por ello huelga decir que los Decretos-leyes 13 y 14/1979, por los que se procedía a convocar respectivos referéndums en Cataluña y el País Vasco para la aprobación de sus Estatutos de Autonomía, resultan claramente inconstitucionales. La específica reserva de ley contenida en el artículo 81.1 CE aparece indudablemente vulnerada. Y dicha vulneración no puede justificarse, en modo alguno, como pretende el Gobierno, alegando a la ausencia de un concreto marco legal de desarrollo de las previsiones constitucionales relativas a la regulación de la institución del referéndum. En este sentido, véanse especialmente, J. PÉREZ ROYO: «La distribución de la capacidad normativa entre el Parlamento y el Gobierno», VV. AA.: *El Gobierno en la Constitución y los Estatutos de Autonomía*, Diputación de Barcelona, 1985, págs. 132-133, y E. LINDE: «Anotaciones a los decretos-leyes de convocatoria de los referéndum autonómicos en el País Vasco y Cataluña. Vigencia de la Constitución y reserva de ley orgánica», *RAP*, núm. 89, 1980, págs. 437 y sigs.

(50) J. PÉREZ ROYO: *Las fuentes del derecho*, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 119.

petencias Estado-CC. AA. (art. 150 CE). Siendo el decreto-ley una norma producida por el Ejecutivo estatal, desde un punto de vista lógico, sus hipotéticas posibilidades de actuación deberían ajustarse estrictamente al ámbito de competencias correspondientes al Estado, sin poder rebasar dicha esfera. A este respecto, una atenta referencia a la labor interpretativa llevada a cabo por la jurisprudencia constitucional resulta especialmente valiosa, ya que la misma ha venido a marcar importantes hitos que señalan decisivamente la solución de la cuestión que nos ocupa.

En este sentido, brilla con luz propia la Sentencia 29/1986, en la que el TC, abordando por vez primera tal asunto, sienta una importante doctrina inicial que, manteniéndose en sus líneas generales, ha ido consolidándose y desarrollándose a lo largo de los años. En primer lugar, se indica que el término «régimen de las CC. AA.» no afectable por decreto-ley se identifica con su «*régimen jurídico-constitucional*, incluida la posición institucional que les otorga la Constitución». A partir de ahí, el desarrollo argumental discurre siguiendo una sencilla secuencia lógica cuyo objeto principal es la identificación de las piezas que, a modo de teselas, componen el mosaico normativo cuya completa composición nos dará la imagen final pretendida.

En dicha tarea de referencia inicial, el TC dirige su atención hacia el bloque de la constitucionalidad, esto es, a «aquellas leyes que, de acuerdo con el artículo 28.1 LOTC, sirven de parámetro para enjuiciar la constitucionalidad de las demás; es decir, por lo que aquí interesa, el ámbito que la Constitución reserva a determinadas leyes para *delimitar las competencias del Estado y las diferentes CC. AA.* o para *regular y armonizar el ejercicio de las competencias de éstas*» (51). Pero, indudablemente, este conglomerado de normas no se agota aquí. Antes bien, precisamente se completa y cierra con éstas, ya que la Constitución se refiere, en primer lugar, y de forma preferente, a los Estatutos de autonomía, dada su condición de «norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma» (art. 147.1 CE). Tal consideración determina su condición de instancia normativa preeminente en la delimitación competencial, según las disposiciones contenidas en los artículos 147, 148 y 149 de la Constitución. Por ello, para situar la cuestión en sus justos términos el TC, de modo muy acertado, viene a recordar la fundamental doctrina que a este respecto sentó en su emblemática Sentencia 76/1983, en la que el proyecto de Ley orgánica de armonización del proceso autonómico (LOAPA) vino a perder tanto su naturaleza armonizadora, como su carácter orgánico. En dicha sentencia, *grosso modo*, se declaró que el legislador estatal no puede incidir de forma general en la distribución

(51) SSTC 29/1986, FJ. 2.º (cursiva nuestra) y 23/1993, FJ. 2.º

competencial dispuesta por los artículos 147 a 149 de la Constitución. Sólo podrá hacerlo de forma excepcional, existiendo una previa habilitación constitucional o estatutaria, y siempre que concurren las circunstancias que motivaron la inclusión de dicha habilitación en la Constitución o Estatuto (52).

Tras este somero y sumario repaso ya contamos con todos los elementos a partir de los cuales se define positivamente el régimen jurídico constitucional de las CC. AA., indicándonos el ámbito no afectable en ningún caso por decreto-ley: ni regular materias propias de los Estatutos de autonomía, ni operar ningún tipo de reducción, ampliación o armonización extraestatutaria de las competencias autonómicas (53). Por tanto, es exclusivamente a estos concretos supuestos a los que debe entenderse esencialmente referida la prohibición de «no afectar» contenida en el artículo 86.1 CE.

Llegados a este punto donde aparecen claros los componentes que integran el concepto de régimen constitucional de las CC. AA., debemos incorporar a nuestro discurso un nuevo elemento de argumentación que viene a ofrecernos una interesante perspectiva hasta ahora inédita; el artículo 149.1 CE, precepto en el que se recoge el elenco de materias sobre las que el Estado tiene competencia exclusiva. La Sentencia 29/1986 vino a descartar expresamente la inclusión del mismo en el conjunto de leyes determinadoras de competencias considerando justamente que aquí lo que se está ejerciendo son competencias reservadas al Estado (54). La Constitución refiere única y exclusivamente la afectación por las normas gubernamentales de urgencia, proscribiéndola, al ámbito competencial propio de las CC. AA. Pero una vez sentado esto, dicha prohibición no podrá considerarse igualmente aplicable a la esfera de las que son exclusivas del Estado, según lo dispuesto en el artículo 149.1, ya que aquí el protagonismo y la iniciativa normativa se sitúan sustancialmente en el nivel central. Teniendo en cuenta la proyección específica de este precepto, en palabras del TC, «no existe obstáculo constitucional alguno para que el decreto-ley, en el ámbito que corresponde a la competencia legislativa del Estado, pueda regular materias en las que las CC. AA. tengan competencias, pero en las que incida una competencia legislativa del Estado, siempre que esa regulación no tenga como fin *atribuir competencias, ni delimitar positivamente la esfera de las competencias autonómicas*» (55).

Con esta última mención vienen a despejarse las dudas que se habían plan-

(52) Vid., especialmente, el FJ. 4.º a) de dicha sentencia, también citado por la STC 29/1986.

(53) J. PÉREZ ROYO: *Las fuentes ...*, pág. 121.

(54) STC 29/1986, FJ. 2.º

(55) STC 23/1993, FJ. 2.º (cursiva nuestra).

teado entre un cierto sector de nuestra doctrina en relación con la posibilidad de que el Estado pudiera atribuir competencias a las CC. AA. mediante decreto-ley (56). El epicentro de la polémica vino a situarse en la previsión contenida en el artículo 67 LOTC, en donde refiriéndose a los conflictos de competencia se menciona el supuesto de que «la competencia controvertida hubiera sido atribuida por una Ley o *norma con rango de Ley*». En cualquier caso, tal previsión ha de considerarse parcialmente incorrecta desde un punto de vista técnico, debiendo entenderse que la mención a las normas con rango de ley se refiere exclusivamente a los decretos legislativos, únicas de estas normas que, mediando previa delegación de las Cortes Generales, pueden delimitar competencias (57). El TC, sin citar directamente el controvertido artículo de su ley orgánica, confirmará implícitamente tal interpretación, rechazando la viabilidad constitucional de normas legislativas de urgencia provenientes del Gobierno en el ámbito del artículo 149.1, cuyo fin sea la atribución de competencias a los entes autonómicos.

Un supuesto diverso al mencionado es aquél en el que existiendo una efectiva competencia exclusiva estatal, ésta no aparece constitucionalmente formulada a partir de la referencia a una materia globalmente considerada, sino que se presenta más restringida, definiendo su alcance únicamente en relación con las «bases», «la legislación básica» o las «normas básicas» de la materia en cuestión. En estos casos, la operación que efectúa el Estado se limita a concretar el alcance preciso de una competencia propia (58). De esta manera, aunque de modo correlativo se incida en el ámbito competencial autonómico, circunscribiendo negativamente el haz de potestades normativas que por no considerarse básicas corresponden a las CC. AA., tal efecto reflejo ni puede considerarse que tenga un valor atributivo ni, por consiguiente, que pueda afectar el régimen de las CC. AA. (59). Así pues, resulta ser un lugar común entre nuestra doctrina (60), afirmar la posibilidad de que dicha labor de *deslinde y fija-*

(56) I. ASTARLOA: «Artículo 86», VV. AA.: *Comentario leyes políticas. Constitución española de 1978* (dir. O. ALZAGA), vol. II, Edersa, Madrid, 1985, pág. 180, se muestra favorable a tal eventualidad pero sólo para casos de ampliación competencial. En contra, J. SALAS: *Los decretos-leyes en la Constitución española de 1978*, Civitas, Madrid, 1979, pág. 60.

(57) P. SANTOLAYA: *El régimen constitucional de los decretos-leyes*, Tecnos, Madrid, 1989, págs. 167-169.

(58) STC 225/1993, FJ. 2.º

(59) E. MALARET: «Algunas consideraciones en torno a la STC 29/1986», *RAP*, núm.11, 1986, pág. 289.

(60) Cfr. J. PÉREZ ROYO: *Las fuentes ...*, pág. 121; E. MALARET: *Op. cit.*, pág. 289; J. I. MORILLO-VELARDE: «El decreto-ley en la Constitución y en la jurisprudencia constitucional», VV. AA.: *Libro homenaje a J. L. Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989, pág. 847. En contra, P. SANTOLAYA: *Op. cit.*, pág. 168.

ción competencial pueda llevarse a cabo, ahora sí, por parte de un decreto-ley siempre y cuando, claro está, concurra el presupuesto fáctico señalado por el artículo 86.1 CE.

En este punto debemos poner de relieve la positiva actitud mantenida por el TC, proponiendo un entendimiento adecuado de aquella parte de su jurisprudencia la preferencia de la norma legislativa sobre la reglamentaria para el establecimiento de bases y normas básicas (61). Y es que no debe perderse de vista, como el mismo Tribunal se encarga de recordar, que «esa jurisprudencia trata de acentuar la reserva de ley y reducir la intervención del reglamento en la materia, *sin haberse planteado la problemática específica del decreto-ley*. Por ello, la referencia que esa jurisprudencia hace a la ley votada en Cortes en oposición al reglamento *no puede ser entendida como una exclusión del decreto-ley para establecer una legislación de carácter básico*» (62). Aquí, más que a un problema de forma jurídica con la que se ha de arropar la concreta norma básica nos enfrentamos a una cuestión en la que deben prevalecer los aspectos sustanciales relativos a una correcta delimitación del orden competencial propio. Por ello, lo que el TC viene a decir es que, en tanto el fondo se respete, la cuestión de la forma, existiendo identidad de rango entre ley parlamentaria y decreto-ley, no debe primar de forma absoluta, dado que no existe una puntual reserva de ley.

(61) Sobre las distintas posturas doctrinales en relación a la distinción conceptual entre legislación básica, normas básicas y bases, véanse, entre otros, J. SALAS: «Estatutos de autonomía, leyes básicas y leyes de armonización», VV.AA.: *Organización territorial del Estado (CC. AA.)*, vol. I, IEF, Madrid, 1984, especialmente, págs. 63-66, quien defiende la diferente profundidad normativa de las competencias estatales según se trate de bases, o bien de legislación o normativa básica. Más recientemente, ofrecen una visión distinta de la cuestión, rechazando la existencia de la referida modulación en la potestad estatal, J. JIMÉNEZ CAMPO: «¿Qué es lo básico? Legislación compartida en el Estado autonómico», *REDC*, núm. 27, 1989, págs. 68-79, y E. AJA: «El concepto de competencias concurrentes. La legislación básica del Estado y de desarrollo de las CC. AA.», VV. AA.: *Normativa básica en el ordenamiento jurídico español* (coordinación A. PÉREZ CALVO), INAP, Madrid, 1990, págs. 26-29. Una cuestión distinta, pero directamente relacionada con la problemática de lo básico es la del entendimiento y consideración de la cláusula contenida en el apartado 1 del artículo 149.1 CE, esto es, con la reserva al Estado de la «regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales». Un análisis del estado de la cuestión, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial se encuentra en L. LÓPEZ GUERRA: «Regulación de las cuestiones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los derechos fundamentales», artículo contenido también en la obra colectiva anteriormente citada.

(62) STC 23/1993, FJ. 3.º (cursiva nuestra).

2. *¿Forma parte el sistema de financiación autonómica de dicho régimen?*

Como ha señalado un destacado sector doctrinal, la prohibición de afectar el régimen de las CC. AA. por decreto-ley debe considerarse, asimismo, aplicable a otros supuestos mediante los cuales pueda incidirse desde el Estado en el contenido real y efectivo de las competencias autonómicas; posibilidad que se hace patente en el ámbito de su financiación (artículos 156 y 157 CE) (63). La autonomía exige, para ser real, la plena disposición de medios financieros que permita poder ejercer a las CC. AA., sin condicionamientos y con toda su extensión, las competencias constitucionalmente asignadas (64).

Y es que, en definitivas cuentas, la autonomía financiera se presenta como la clave de bóveda, como el atributo inexcusable con el que ha de contar todo ente dotado de verdadera autonomía política (65). Precisamente por ello, las disposiciones que integran el conglomerado de normas concretizadoras del genérico marco constitucional —esencialmente, LOFCA y Estatutos de Autonomía— establecen una serie de complejos mecanismos cuyo común denominador es el de propiciar el desarrollo de la negociación y el consenso políticos entre Estado y CC. AA. El delicado sistema de equilibrios instaurado, apostando claramente por el principio de cooperación, evita que la toma de decisiones recaiga exclusivamente sobre el Estado, obviando el necesario protagonismo que ha de reconocerse a las CC. AA. Protagonismo que ha de cultivarse particularmente en un sistema de financiación que, como el nuestro, aparece basado fundamentalmente, no sobre la propia y preeminente capacidad recaudadora de los entes autonómicos, sino en la presencia de fuentes exógenas, esto es, de proveniencia estatal (66).

Atendiendo al tenor literal de la LOFCA se comprueba la existencia de una implícita prohibición de incidencia unilateral por parte del Gobierno central en este ámbito. Así lo confirma la previsión de concretas y precisas reservas de ley en relación los principales mecanismos de financiación de las CC. AA.; aprobación del porcentaje de participación autonómica en los ingresos estatales (art. 13.4), así como la distribución del Fondo de Compensación Interterritorial para «gastos de inversión en los territorios comparativamente menos desarrollados», a partir de una serie de criterios establecidos por la pro-

(63) Cfr. J. SALAS: *Los decretos-leyes ...*, pág. 60; I. DE OTTO: *Op.cit.*, pág. 201.

(64) S. MUÑOZ MACHADO: *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, vol.II, Civitas, Madrid, 1984, pág. 399.

(65) M. MEDINA: *La incidencia ...*, pág. 343.

(66) STC 13/1992, FJ. 7.º

pia LOFCA (art. 16.1, *in fine*). Por tanto, en este ámbito específico la prohibición de afectación por decretos-leyes, más que una consecuencia directa del artículo 86.1 CE, viene a configurarse como una exigencia previamente impuesta por el principio de reserva de ley contenido tanto en los citados preceptos constitucionales, como en las correspondientes previsiones de la LOFCA.

3. ¿Se produce afectación en este caso?

3.1. Consideraciones genéricas en torno al alcance del término «afectar»

La delimitación material del artículo 86.1 CE tiene perfiles propios que no vienen a coincidir ni con la reserva de ley ordinaria, ni con la de ley orgánica. En algunos casos se producen similitudes y conexiones puntuales, pero de ello no pueden extraerse conclusiones generales. Antes bien, la exclusión del artículo 86 no incluye todas las materias que son objeto de reserva de ley, sino tan sólo cuatro bloques materiales en concreto (67). Y en relación con las mismas nuestro punto de vista es que la prohibición no es total, sino que queda circunscrita únicamente a aquellas incidencias normativas que impliquen su «afectación».

Nos enfrentamos, pues, a una cuestión de profundidad reguladora que resulta específica y propia del decreto-ley. Podríamos decir que del mismo modo que las materias recogidas en el artículo 86.1 constituyen un grupo autóctono, independiente de las delimitaciones materiales que la Constitución lleva a cabo en relación con otras fuentes del derecho, otro tanto sucede con el alcance de la potestad normativa que se reconoce a favor del Gobierno para supuestos de necesidad urgente; su formulación no resulta parangonable a ninguna otra. En relación con los derechos fundamentales el alcance de la reserva de ley orgánica queda circunscrito al «desarrollo». Y lo mismo ocurre con la expresión «regulación de ejercicio» para la reserva de ley ordinaria. En el caso de los decretos-leyes, la piedra de toque vendrá dada por el verbo «afectar», aunque teniendo en cuenta que aquí, a diferencia de los anteriores supuestos, la incidencia activa que dicho verbo incorpora aparece formulada negativamente. De lo que se trata, pues, es de descubrir el alcance regulador conferido a esta concreta manifestación de potestad legislativa a cargo del Gobierno para, a continuación, aplicar su sentido a cada una de las materias mencionadas.

(67) Cfr. I. DE OTTO: *Op.cit.*, pág. 199; A. GALLEGO ANABITARTE: «Sobre la no inconstitucionalidad del Decreto-ley 2/1983, de 23 de febrero», *La Ley*, núm.652 (2), 1983, pág. 1.146; L. LAVILLA: «Sobre los decretos-leyes», VV. AA.: *Libro homenaje...*, pág. 613.

Teniendo en cuenta estas referencias básicas, tendemos a creer que *no hay materia alguna cuya regulación le esté vedada al decreto-ley*. Lo que en realidad incorpora la referida previsión constitucional son limitaciones conectadas con el alcance de esa regulación en los cuatro ámbitos consabidos. El mandato contenido en el artículo 86.1 CE, por tanto, no vendría a excluir cualquier tipo de incidencia reguladora sobre las concretas materias citadas, sino sólo aquel tipo de regulación que implique la «afectación» de las mismas. La actividad normativa afectadora prohibida por dicho precepto nos sitúa, pues, frente a otro específico y adicional ámbito de acción exclusivamente reservado al procedimiento parlamentario y a la intervención de dicho órgano. Una vez hecha esta fundamental salvedad, en todo lo demás la potestad legislativa del Gobierno no está limitada y puede intervenir, eso sí, dentro de los límites marcados por las otras disposiciones constitucionales (reservas) y en tanto concurra el supuesto fáctico previsto en el artículo 86.1 (68). Sentado este punto, lo que procede es el esclarecimiento positivo del término afectar.

3.2. *Su percepción por la jurisprudencia constitucional*

Inmediatamente después de la entrada en vigor de la Constitución despuntó la posición de J. Salas, quien defendió una tesis decididamente restrictiva de dicha expresión. Según este autor, con la misma se venía a excluir «no solamente una ordenación frontal o directa de éstas (de las materias del art. 86), sino también cualquier regulación incidental o indirecta incluida en una norma dirigida a otra finalidad» (69). La realidad, sin embargo, ha venido a rebatir tales afirmaciones. En efecto, del mismo modo que la propia dinámica de la práctica constitucional fue imponiendo un entendimiento mucho menos estricto de la figura del decreto-ley de lo que, *a priori*, podría deducirse de la litera-

(68) En un sentido similar, refiriéndose específicamente a los derechos fundamentales, véase E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T. R. FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho administrativo*, 4.ª ed., Civitas, Madrid, 1988, pág. 167, aunque los ejemplos utilizados no sean precisamente los más adecuados para ilustrar tal posición: la atribución de competencia jurisdiccional a los tribunales ordinarios (STC 95/1988) y la tipificación de conductas constitutivas de sanción administrativa (STC 3/1988). En relación con la compatibilidad con la reserva de ley orgánica, especialmente interesantes resultan las siguientes consideraciones de L. VILLACORTA: *Op.cit.*, pág. 111; «del FJ. 4.º de la misma (se refiere a la STC 60/1986), puede deducirse que el Tribunal no excluye regulaciones por decreto-ley en materias reservadas a la ley orgánica, sino que sólo las excluye cuando esas materias queden afectadas por dicha regulación, porque no hace sino reiterar expresamente la jurisprudencia dictada en la STC 111/1983».

(69) J. SALAS: *Op. cit.*, pág. 44.

lidad constitucional, otro tanto vino a suceder con la expresión «no podrán afectar». Tomando en consideración dicha tendencia el TC, en su fundamental Sentencia 111/1983, dará un paso fundamental rechazando abiertamente la postura extrema de dicho autor sobre la base de los siguientes razonamientos:

«Por otra parte, la tesis partidaria de una *expansión de la limitación* contenida en el artículo 86.1 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 CE 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 ‘ab absurdum’*, tampoco puede ser aceptada, ni la aceptó el TC en su sentencia de 4 de febrero de 1983» (70).

Así pues, comprobamos que de la misma forma que el TC rechazó la interpretación extrema que identificaba las materias acotadas en el artículo 86.1 con las reservadas a ley orgánica, ahora va a proceder de un modo similar respecto al entendimiento de la fórmula «no podrán afectar». Sobre la base de tales premisas va a terminar sus razonamientos precedentes optando por una solución intermedia y conciliadora que se concreta en los siguientes términos:

«La cláusula restrictiva del artículo 86.1 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, (...) 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 que se tenga muy en cuenta la configuración del derecho constitucionalmente afectado en cada caso, e incluso su colocación 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» (71).

Con posterioridad, tales consideraciones referidas en un principio exclusivamente a los derechos, deberes y libertades del Título I se han ido extendiendo, considerándose igualmente aplicables, *mutatis mutandis*, a los restantes

(70) STC 111/1983, FJ. 8.º (cursiva nuestra).

(71) STC 111/1983, FJ. 8.º, *in fine* (cursiva nuestra). En un sentido similar, véanse las SSTC 3/1988, FJ. 8.º y 95/1988, FJ. 4.º

bloques materiales del artículo 86.1 CE. En relación al régimen de las Comunidades Autónomas, las conclusiones extraídas son las que siguen:

«Cuando la Constitución veda al decreto-ley “afectar” al régimen de las CC. AA., se refiere a una *delimitación directa y positiva de las competencias mediante tal instrumento normativo* y no a cualquier regulación que *indirectamente “incida” en las competencias autonómicas*. De otro modo, se vaciarían prácticamente de contenido los ámbitos de regulación sobre los que el decreto-ley puede proyectarse, puesto que es muy difícil encontrar un objeto normativo en el que no incida de uno u otro modo alguna competencia autonómica» (72).

Del análisis de la jurisprudencia constitucional, la conclusión que se desprende es que el TC ha optado por una interpretación integradora que ofrece una solución intermedia; entender el término afectar desde una óptica no estrictamente literal (73). Consecuentemente, lo único que va a resultar excluido de regulación para el decreto-ley será el régimen general respecto de los derechos, deberes y libertades del Título I; los elementos estructurales, esenciales o generales de la organización y funcionamiento de las instituciones básicas del Estado (74) y, finalmente, la delimitación directa y positiva de las competencias en relación al régimen de las CC. AA. En resumidas cuentas, más allá de una regulación de carácter general, actividad que no puede identificarse ni con la encomendada al legislador orgánico, ya que éste se mueve en un ámbito sustancialmente más reducido (75) ni, asimismo, con aquella que es propia de la

(72) STC 23/1993, FJ. 2.º (cursiva nuestra).

(73) I. DE OTTO: *Op. cit.*, pág. 200; M. CARRILLO: «Decreto-ley; ¿habitualidad o excepcionalidad?», *RCG*, núm. 11, 1987, pág. 73.

(74) STC 60/1986, FJ. 4.º Se excluyen, sin embargo, «cualesquiera otros aspectos incidentales o singulares de los mismos». Ninguna complicación se presenta en el ámbito del *derecho electoral general* donde, dados los términos esencialmente similares de los artículos 86.1 y 81.1 CE, se produce una coincidencia prácticamente total entre exclusión del decreto-ley y ámbito material reservado a la ley orgánica. Las distintas expresiones utilizadas no indican objetos distintos, sino que son fruto de una cuestión de estilo semántico. En efecto, ya que inmediatamente antes se había empleado el término «régimen» para referirse a las CC. AA., se estimó más correcto desde un punto de vista estilístico, a fin de evitar la reiteración, recurrir al vocablo «derecho» en vez de al de «régimen». Cfr. J. SALAS: *Op. cit.*, pág. 61., cerrándose la posibilidad de regulación por parte de cualquier otra norma.

(75) Véase, en contra, L. VILLACORTA: *Op. cit.*, pág. 161 quien se manifiesta en los siguientes términos: «Menos clara es su argumentación (la del TC) cuando se rechaza la identificación de las menciones referentes a los derechos, deberes y libertades con la materia reservada a ley orgánica, tal como la define el artículo 81.1. El Tribunal, en realidad, recusa que por decreto-ley se regule el régimen general de los derechos, deberes y libertades, lo cual, según hemos considerado, constituye la actividad dogmática que el artículo 81 encomienda al legislador orgánico.»

ley ordinaria, que puede presentar un alcance mucho más amplio, no existe afectación de las materias recogidas en el artículo 86.1 CE.

3.3. *¿Incide directamente el RDL 7/1997 en el ejercicio de las competencias autonómicas?*

Teniendo en cuenta las ideas hasta ahora expuestas y aplicándolas a este caso concreto, hemos de exponer nuestras dudas sobre la posible afectación que este decreto-ley produce sobre régimen de las CC. AA. Analicemos los motivos sobre los que basamos tal opinión. En línea de principio, su contenido viene a incidir en una materia, la financiación, que, como hemos visto, aparece positiva y directamente relacionada con el ámbito competencial autonómico. Téngase en cuenta que el porcentaje de participación en los ingresos del Estado se perfila en la práctica como el más importante de los instrumentos de financiación regional (76). Tratándose de una fuente de financiación en la que la autonomía de gasto es plena y cuya incondicionalidad es total (a diferencia de lo que sucede con los ingresos provenientes del Fondo de Compensación Interterritorial, de carácter condicionado), de ella va a depender en gran medida el real grado de autonomía regional. Por ello, en la práctica, resulta esencial para garantizar no sólo el principio de suficiencia financiera (77), sino también el de autonomía política (78). Y es que no debe pasarse por alto que una de las principales aspiraciones de las CC. AA. no es otra que la de tener más libertad para gastar, intentando reducir al máximo las trabas y vinculaciones inherentes a las transferencias recibidas (79).

Así pues, resulta evidente que la determinación del porcentaje de participación en los ingresos del Estado se incardina directamente en el corazón del régimen jurídico constitucional de las CC. AA., incidiendo poderosamente en su sistema competencial, y condicionándolo de modo sustancial. Su regulación, por tanto, escapa al ámbito de actuación constitucionalmente prescrito para el decreto-ley, puesto que viene a afectar dicho régimen (80). Y tal con-

(76) M. MEDINA: *La incidencia ...*, pág. 313.

(77) J. PÉREZ ROYO: *El nuevo modelo...*, pág. 134.

(78) G. CASADO: «Corresponsabilidad...», pág. 177.

(79) E. MOLDES: «La participación en los ingresos del Estado», en VV. AA.: *La financiación de las Comunidades Autónomas* (editores E. MOLDES y P. PUY), Minerva, Santiago de Compostela, 1996, pág. 117.

(80) A este respecto, puede traerse a colación la interesante Sentencia del Tribunal Constitucional 182/1997, de 28 de octubre de 1997, en la que se declara la inconstitucionalidad del artículo 2.1 del RDL 5/1992, de 21 de julio, de Medidas Presupuestarias Urgentes, que modifica las

clusión no puede variar un ápice a partir de la atención a consideraciones exclusivamente políticas. Nos referimos al hecho de que, en este concreto caso, el RDL 7/1997 no es más que el soporte jurídico que sirve de continente para un contenido previamente acordado en las sedes institucionales determinadas a tal efecto por la LOFCA. En este contexto, la norma gubernamental no vendría más que a formalizar y ratificar una voluntad jurídica preexistente, pero necesitada de ser normalmente integrada en el mundo del Derecho. Sin embargo, como decimos, tal deducción no resulta admisible, ya que una vez establecidos constitucionalmente los cauces y procedimientos de creación del derecho, tal orden no puede ser transgredido ni justificado por la voluntad política de la mayoría (81). Antes bien, la rigidez constitucional —así como las garantías conectadas a la misma— precisamente se presentan en la práctica como mecanismos al servicio de las minorías, como medios de protección del pacto constituyente frente a los hipotéticos abusos de los numéricamente superiores.

escalas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. El Tribunal, en el FJ. 7.º, *in fine*, de tal resolución, aclara que «no queda absolutamente impedida la utilización del decreto-ley en materia tributaria, cuando concurre el supuesto habilitante», puntualizando inmediatamente a continuación lo siguiente: «Ahora bien, será preciso tener en cuenta en cada caso en *qué tributo concreto* incide el decreto-ley —constatando su naturaleza, estructura y la función que cumple dentro del sistema tributario, así como el grado o medida en que interviene el principio de capacidad económica— *qué elementos* del mismo —esenciales o no— resultan alterados por este excepcional modo de producción normativa y, en fin, *cuál* es la *naturaleza y alcance* de la concreta regulación de que se trate» (cursiva nuestra). Haciendo abstracción de tales afirmaciones y desvinculándolas del caso concreto en el que se ubican, creemos que el criterio eminentemente cualitativo aquí utilizado, que basa la *ratio decidendi* del juicio de constitucionalidad sobre la centralidad del IRPF dentro de nuestro sistema tributario, resultaría susceptible de ser aplicado, *mutatis mutandis*, también en el ámbito de la financiación autonómica. De esta forma, *a priori*, no se excluiría genéricamente cualquier tipo de incidencia en dicho terreno, sino que habría de tomarse en consideración el concreto elemento afectado, así como la naturaleza y alcance de la precisa regulación llevada a cabo.

(81) Por ello no producen ninguna extrañeza los recursos de inconstitucionalidad presentados ante el TC, admitidos a trámite por Providencia de 29 de octubre de 1997, precisamente por las Comunidades de Andalucía, Extremadura y Castilla-La Mancha, únicas que no han aceptado el nuevo modelo de financiación autonómica y que no llegaron a un acuerdo con el Estado central en sus respectivas Comisiones Mixtas.

JURISPRUDENCIA

