

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA FRENTE A MEDIDAS GUBERNAMENTALES BLINDADAS POR DECRETO-LEY¹

GABRIEL DOMÉNECH PASCUAL

Profesor de Derecho Administrativo. Universitat de València

Revista española de Derecho Administrativo 198

Abril – Junio 2019

Págs. 139 – 164

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. UNA PRÁCTICA MANIFIESTAMENTE CONTRARIA A LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. III. CÓMO PROTEGER JUDICIALMENTE A LOS CIUDADANOS FRENTE A LOS DECRETOS-LEYES DICTADOS PARA DEJARLOS INDEFENSOS. 1. *Impugnación de los actos dictados en aplicación de los decretos-leyes*. 2. *Los decretos-leyes no merecen la misma deferencia judicial que las leyes*. 3. *Inaplicación (judicial y administrativa) de los decretos-leyes contrarios al derecho de la unión europea*. 4. *Inaplicación administrativa de los decretos-leyes inconstitucionales*. 5. *Medidas cautelares contra las situaciones y los actos originados en aplicación de los decretos-leyes*. 5.1. Fundamento. 5.2. Régimen jurídico de las medidas cautelares. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

1. Este trabajo ha sido elaborado en el marco de dos proyectos de investigación financiados, respectivamente, por el Ministerio de Economía y Competitividad (DER2015-67613-R) y la Generalitat Valenciana (PROMETEO/2017/064). El autor agradece los valiosos comentarios que en relación con un borrador de este artículo formularon Luis Arroyo, José María Rodríguez de Santiago, Julia Ortega, Andrés Boix, Pedro Corvinos, Diego Gómez, Gonzalo Erices, Emilio Aparicio, Jesús Alfaro, Arturo Muñoz y Mariano Bacigalupo. Los errores subsistentes son de la exclusiva responsabilidad del autor.

RESUMEN: En el actual contexto de generalizado abuso de la posibilidad de dictar decretos-leyes prevista por el artículo 86 de la Constitución española, es cada vez más frecuente que el Gobierno dé esta forma jurídica a ciertas medidas con la finalidad de dificultar que los interesados puedan impugnarlas ante los Tribunales. En el presente trabajo se analiza la conformidad con la Constitución de esta práctica, así como los cauces que los ciudadanos pueden utilizar para obtener la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos afectados.

PALABRAS CLAVE: Decretos-leyes – Derecho a la tutela judicial efectiva – Jurisdicción contencioso-administrativa – Medidas cautelares Discrecionalidad administrativa.

ABSTRACT: The Spanish Government has widely abused its power of enacting decree-laws, which is provided for under very strict conditions and only for cases of «extraordinary and urgent necessity» by article 86 of the Spanish constitution. In this context, the Government has increasingly passed decree-laws in order to prevent affected citizens from challenging controversial regulations before the courts. This paper analyzes whether such praxis conforms with the Spanish constitution, and how the courts might protect those citizens against it.

KEYWORDS: Decree-laws – Right to judicial protection – Judicial review – Interim measures – Administrative discretion.

I. INTRODUCCIÓN

Nuestros gobernantes le están cogiendo el gusto a dictar decretos-leyes con el fin de «blindar» medidas controvertidas frente a la posibilidad de que los afectados las impugnen ante los Tribunales y éstos las declaren contrarias a Derecho. Y no sólo eso, sino que, además, se están aficionando a «restregárselo por la cara» a las personas interesadas, a manifestar abiertamente, con descaro y sin ambages, que utilizan la forma del decreto-ley con el objeto de impedir que éstas puedan ejercer el derecho fundamental que el artículo 24 de la Constitución les reconoce. Sirvan cuatro ejemplos.

En virtud del Real Decreto-ley 10/2018, de 24 de agosto, el Gobierno adoptó diversas medidas conducentes a exhumar los restos del dictador Francisco Franco del Valle de los Caídos. La operación había sido anunciada pocos días antes a bombo y platillo. Radio Televisión Española, un medio poco sospechoso de mostrarse muy crítico con el Gobierno o de tergiversar sus palabras, informaba que la exhumación se «[haría] mediante un decreto ley que [modificaría] la Ley de Memoria Histórica con el fin de “evitar demandas judiciales” [en comillas en el original] que retrasasen su desarrollo. Así lo [habían] confirmado fuentes del Ejecutivo a Efe y Europa Press»².

El Real Decreto-ley 3/2018, de 20 de abril, elevó a rango legal dos normas que ya estaban formalmente vigentes en nuestro ordenamiento jurídico desde que las estableciera el Real Decreto 1057/2015, de 20 de noviembre. En virtud de la primera, debía denegarse el otorgamiento de nuevas licencias de

2. Vid. la noticia aparecida en *rtve.es*, 21 de agosto de 2018, titulada «La exhumación de Franco se hará por decreto ley para evitar demandas judiciales que provoquen su retraso».

vehículos con conductor (en adelante, VTC), cuando la proporción entre el número de las existentes en el territorio de la Comunidad autónoma en que se pretendiese domiciliarlas y el de las de taxi domiciliadas en ese mismo territorio fuese superior a 1/30. En virtud de la segunda, se prohibía que los VTC prestasen más de un 20% de sus servicios fuera del territorio de la correspondiente Comunidad autónoma. La finalidad perseguida por el Decreto-ley, según advirtieron unánimemente los medios de comunicación³, era «blindar» ambas restricciones frente a la posibilidad de que la inminente Sentencia (RJ 2018, 2695) que el Tribunal Supremo había de dictar sobre la legalidad del citado Real Decreto 1057/2015 las anulara y, seguidamente, pudieran entrar en este sector nuevos competidores⁴. El Gobierno cambiaba a mitad de partida las reglas del juego con el objeto de burlar las consecuencias jurídicas de una decisión judicial que intuía podía serle desfavorable⁵.

El Real Decreto-ley 13/2018, de 28 de septiembre, por el que se modifica la Ley de ordenación de los Transportes Terrestres en materia de arrendamiento de vehículos con conductor, establece que las licencias de VTC ya no permitirán realizar transportes urbanos, lo que supone, *de facto*, expropiarlas. A modo de «indemnización», se les permite seguir prestando servicios urbanos durante cuatro años, ampliables por otros dos como máximo. En otro lugar hemos sostenido que esta medida es inconstitucional por restringir de manera arbitraria, discriminatoria y desproporcionada la libertad de empresa, así como por no venir acompañada del justiprecio indemnizatorio constitucionalmente debido⁶. Sin embargo, en la rueda de prensa celebrada para presentar en sociedad el Decreto-ley, el Ministro de Fomento José Luis Ábalos «aseguró que la norma sobre VTC [estaba] “blindada jurídicamente”, de forma que [evitaba] cualquier recurso ante el Tribunal Constitucional o una cascada de reclamaciones de propietarios de licencias, si bien [daba] por hecho que se [producirían]»⁷.

3. Vid., entre otros, *El Mundo*, 20 de abril de 2018, «Fomento justifica su “blindaje” al taxi para crear una Ley nacional frente a los “desequilibrios locales”»; *Europa Press*, 20 de abril de 2018, «El Gobierno blindará con un Real Decreto Ley las limitaciones a Uber frente al taxi»; *El País*, 21 de abril de 2018, «El Gobierno blindará por ley al taxi del avance de empresas como Uber y Cabify»; *ABC*, 20 de abril de 2018, «El Gobierno blindará la norma que protege al taxi de Uber y Cabify».

4. Finalmente, el Tribunal Supremo estimó en su Sentencia de 4 de junio de 2018 (RJ 2018, 2695) (rec. 438/2017) que tales restricciones eran conformes a Derecho. Sobre algunos aspectos de esta STS (RJ 2018, 2695), vid. Baño León (2018) y Doménech Pascual (2019).

5. En general, sobre los problemas que plantean semejantes «convalidaciones legislativas», vid. Doménech Pascual (2002, pp. 432 y ss.) y Boix Palop (2004).

6. Doménech Pascual (2019). En sentido similar, vid. González-Deleito (2019) y Górriz López (2019).

7. *Europa Press*, 28 de septiembre de 2018, «Ábalos asegura que ni el taxi ni las VTC “pueden decir que han ganado” con el Decreto».

A principios del año 2019, la Generalitat de Catalunya anunciaba la aprobación de varias medidas que harían prácticamente imposible que los VTC siguiesen prestando servicios urbanos a través de plataformas digitales como Cabify y Uber, lo que eliminaría *de facto* la «indemnización» prevista en el citado Real Decreto-ley 13/2018. Se preveía, por ejemplo, el establecimiento de un periodo mínimo de varias horas que debía mediar entre la solicitud del servicio y la prestación efectiva del mismo, así como la obligación de que los VTC volvieran a su base operativa después de cada carrera⁸. La Autoritat Catalana de la Competència (en adelante, ACCO) reaccionó de inmediato publicando una nota de prensa en la que se advertía que esas disposiciones eran discriminatorias, introducían una restricción ineficiente de la libre competencia, reducirían el bienestar de los usuarios e incrementarían la congestión del tráfico y la polución atmosférica. La ACCO apuntaba, también, que, en el caso de que finalmente se aprobaran, llevaría a cabo las «acciones apropiadas con el fin de defender y promover la competencia en el mercado, de conformidad con la misión que [tenía] encomendada»⁹.

Pocos días después, y tras una reunión celebrada en Madrid entre representantes del Ministerio de Fomento y de las Comunidades autónomas, la Generalitat anunciaba que las restricciones en cuestión se aprobarían mediante decreto-ley. Ello impediría, obviamente, que los ciudadanos afectados, la ACCO y la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia pudieran recurrirlas¹⁰. La prensa notó que sólo podrían ser impugnadas ante el Tribunal Constitucional, lo cual resultaría complicado, cuando menos porque, en la antedicha reunión, «los representantes del ministerio también dejaron claro que el Gobierno jamás se personaría para intentar tumbar en los tribunales un decreto-ley aprobado por una comunidad en este frente». Además, la tramitación del correspondiente procedimiento judicial sería más compleja y llevaría mucho más tiempo que si del caso conocieran los Tribunales ordinarios¹¹. Finalmente, el Decreto ley 4/2019, de 29 de enero, ha establecido tres medidas que hacen prácticamente imposible que la gran mayoría de VTC siga desarrollando su actividad en Cataluña: (i) un periodo mínimo de pre-contratación de quince minutos, ampliable sin límite alguno por las Entidades locales; (ii)

8. *El Confidencial*, 9 de enero de 2019, «Golpe mortal a Uber y Cabify en Cataluña: solo podrás pedirlos con horas de antelación».

9. Nota de prensa de la *Autoritat Catalana de la Competència* de 10 de enero de 2019, titulada «La ACCO considera discriminatorio y restrictivo de la competencia imponer a los VTC's la obligación que se les pre-contraten los servicios con una antelación mínima de 6 horas».

10. *El Confidencial*, 18 de enero de 2019, «El Govern reclusa: exigirá solo 15 mins para pedir una VTC y el taxi declara la huelga».

11. *El Confidencial*, 17 de enero de 2019, «Fomento da luz verde a la Generalitat para crear la ley que liquidaría a Uber y Cabify».

la prohibición de circular o estacionar en la vía pública cuando no hayan sido pre-contratados o estén prestando sus servicios; y (iii) la prohibición de mostrar a los usuarios la geolocalización de los vehículos antes que tales servicios hayan sido contratados. El hecho de que el Consell de Garanties Estatutàries haya dictaminado que la primera de estas medidas es contraria al artículo 38 de la Constitución por restringir de manera desproporcionada la libertad de empresa¹² no ha impedido que el Parlamento le haya dado el visto bueno. Ni tampoco que otras Comunidades autónomas, como la aragonesa y la valenciana, hayan seguido el «ejemplo» de la catalana¹³.

La cuestionable práctica que ilustran estos cuatro casos constituye una manifestación de un fenómeno más amplio: el del generalizado y grosero abuso de la figura del decreto-ley. El mal uso del poder previsto en el artículo 86 de la Constitución ya ha sido objeto de abundantes estudios, que se han centrado en describir sus principales manifestaciones y causas, así como en sugerir algunos remedios, consistentes, básicamente, en modificar, en mayor o menor medida: (i) las reglas constitucionales que han de respetar los decretos-leyes; (ii) la interpretación que el Tribunal Constitucional ha hecho de ellas; y (iii) la configuración del control ulterior que el Parlamento ejerce sobre los mismos¹⁴.

El presente trabajo trata de contribuir a esta literatura en dos puntos. En primer lugar, se estudia la conformidad con la Constitución española de los decretos-leyes que pretenden efectuar los referidos «blindajes». A continuación, se analizan los instrumentos que los ciudadanos pueden utilizar para obtener la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos afectados por tales normas.

II. UNA PRÁCTICA MANIFIESTAMENTE CONTRARIA A LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Los decretos-leyes constituyen una anomalía en una democracia parlamentaria. Es anómalo que un órgano gubernamental compuesto por unas pocas personas cuya legitimidad democrática es indirecta pueda adoptar, a través de un procedimiento sumamente expeditivo y opaco, normas jurídicas con el mismo valor jurídico que las aprobadas, a través de cauces mucho más

12. Vid. su Dictamen 2/2019, de 22 de febrero (JUR 2019, 73422).

13. Vid. el Decreto-ley 7/2019, de 12 de marzo, del Gobierno de Aragón, de medidas urgentes en materia de transporte de viajeros mediante el arrendamiento de vehículos con conductor; y el Decreto-ley valenciano 4/2019, de 29 de marzo, del Consell, de prestación del servicio de transporte público discrecional de personas viajeras mediante arrendamiento de vehículos con conductor.

14. Vid., por ejemplo, Aragón Reyes (2016, pp. 173 y ss.).

plurales, participativos y transparentes, por el órgano en el que se integran los representantes directos del pueblo. Es anómalo que el Gobierno pueda derogar lo dispuesto por el Parlamento. De ahí que en la mayoría de las democracias occidentales no exista semejante posibilidad. De ahí, también, que el artículo 86 de nuestra Constitución la contemple con carácter excepcional y condicione su utilización al cumplimiento de muy estrictos requisitos.

Sin embargo, y como todo el mundo sabe, lo que sobre el papel es extraordinario y excepcional se ha convertido en la práctica en un cauce ordinario de producción legislativa. Gobiernos de todos los colores han usado y abusado profusamente del poder que les confiere el citado precepto constitucional, hasta el punto de que hoy en España se están dictando muchos más decretos-leyes que leyes¹⁵. La práctica está tan normalizada que los miembros del partido mayoritario de la oposición apenas reprochan ya al Gobierno de turno sus abusos, conscientes de que ellos hicieron lo mismo y volverán a hacerlo en cuanto tengan oportunidad.

En esta práctica, denunciada por infinidad de autores¹⁶, ha tenido mucho que ver el estrepitoso fracaso de nuestra justicia constitucional. Durante sus primeras décadas de andadura, el Tribunal Constitucional exhibió una notable laxitud a la hora de juzgar si concurría el presupuesto habilitante del artículo 86 CE, es decir, si existía una «situación de extraordinaria y urgente necesidad» para dictarlos, lo que propició que el Gobierno estirara el ya anchísimo margen de apreciación que se le dejaba e interpretara de manera excesivamente amplia este concepto. Posteriormente, cuando los excesos comenzaron a adquirir proporciones notoriamente inaceptables, el Tribunal Constitucional rectificó en cierta medida y empezó a anular algunos decretos-leyes por falta de aquel presupuesto¹⁷. Pero no ha servido

15. En la siguiente tabla puede verse el número de los distintos tipos de normas con rango de ley dictadas por el Estado durante los últimos tres años:

Año	Leyes orgánicas	Leyes ordinarias	Decretos-leyes
2018	5	11	28
2017	1	12	21
2016	2	0	7

16. Vid., entre otros, Barreiro González (2003, pp. 57 y ss.); Díaz de Mera Rodríguez (2011); Arana García (2013); de la Iglesia Chamarro (2013); Martín Rebollo (2015); García Majado (2016); Aragón Reyes (2016); Carmona Contreras (2017), y González López (2018). En relación con los decretos-leyes dictados por las Comunidades Autónomas, que presentan problemas prácticos muy similares, vid. Herráiz Serrano (2011); Boix Palop (2012); Donaire Villa (2012); Tardío Pato (2013), y González García (2017).

17. Vid. las SSTC 68/2007, de 28 de marzo (RTC 2007, 68); 31/2011, de 17 de marzo (RTC 2011, 31); 137/2011, de 14 de septiembre (RTC 2011, 137); 1/2012, de 13 de enero (RTC 2012, 1); 27 (RTC 2015, 27) y 29/2015, de 19 de febrero (RTC 2015, 29); 196 (RTC 2015, 196) y 199/2015, de 24 de septiembre (RTC 2015, 199); 211/2015, de 8 de octubre (RTC

de nada a los efectos de atajar esta mala praxis, seguramente porque nuestros gobernantes se han dado cuenta de que los beneficios políticos que les reporta adoptar decretos-leyes de cuestionable conformidad con la Constitución superan con frecuencia a los costes que les puede ocasionar una eventual anulación al cabo de varios años.

Puede comprobarse fácilmente que casi todos los decretos-leyes dictados para blindar regulaciones carecen del referido presupuesto habilitante. La explicación es bien sencilla. El propósito que normalmente anima al Gobierno a utilizar la forma del decreto-ley para blindar las medidas cuestionadas, en lugar de darles rango reglamentario o llevarlas al Parlamento, no es hacer frente a una situación de extraordinaria y urgente necesidad, sino: (i) impedir que puedan ser impugnadas y revisadas por los Tribunales; y/o (ii) aprobarlas de manera expeditiva con el fin de contentar de manera más o menos inmediata a sus votantes, sin los retrasos y los incordios que implicaría la tramitación del procedimiento legislativo ordinario o del procedimiento de elaboración de disposiciones reglamentarias¹⁸. Los casos de la exhumación de los restos de Franco y del régimen jurídico de los VTC, mentados en la introducción del presente trabajo, son ilustrativos a este respecto. Después de que esos restos hayan estado reposando en el Valle de los Caídos durante más de cuarenta años, no se adivina por qué resulta tan extraordinaria y urgentemente necesario sacarlos de ese lugar para llevarlos a otro, todavía por determinar, como para sacrificar los valores democráticos que subyacen en el procedimiento de aprobación de las leyes. No se adivinan cuáles son los gravísimos perjuicios que se ocasionarían si la modificación legislativa requerida para proceder a la exhumación se efectuara a través de los cauces parlamentarios normales¹⁹. Por otro lado, resulta del todo inverosímil que el incremento del número de VTC producido en nuestras ciudades durante el último año constituya un problema económico, ambiental, social y de congestión del tráfico de tal magnitud que hagan extraordinaria y urgentemente necesario prohibir que estos vehículos presten servicios urbanos, máxime cuando la prohibición comenzará a producir efectos no antes de cuatro años, lo que viene a constituir

2015, 211); 230/2015, de 5 de noviembre (RTC 2015, 230); 26/2016, de 18 de febrero (RTC 2016, 26); 38/2016, de 3 de marzo (RTC 2016, 38); 70/2016, de 14 de abril (RTC 2016, 70); 125 (RTC 2016, 125) y 126/2016, de 7 de julio (RTC 2016, 126); 169/2016, de 6 de octubre (RTC 2016, 169); 73/2017, de 8 de junio (RTC 2017, 73); y 150 (RTC 2017, 150) y 152/2017, de 21 de diciembre (RTC 2017, 152).

18. Como advierte Núñez Lozano (2003, pp. 349 y ss.), la regulación mediante decreto-ley de una materia no reservada a la ley tiene dos «efectos claramente negativos»: «se prescinde del procedimiento de elaboración de reglamentos» y «se blindan la nueva norma frente al enjuiciamiento contencioso».

19. Para más detalles sobre la falta de la «extraordinaria y urgente necesidad» del Real Decreto-ley 10/2018, vid. Lafuente Benaches (2018, pp. 14 y ss.).

una «auto-refutación» de su supuesta urgencia²⁰. Según ha declarado en varias ocasiones el Tribunal Constitucional, resultan inaceptables como decretos-leyes «especialmente aquellas disposiciones que, por su estructura misma, independientemente de su contenido, no modifican de manera instantánea la situación jurídica existente»²¹.

Nótese que las regulaciones así blindadas incurren en una doble infracción inconstitucional. Por un lado, vulneran el artículo 86 CE y, a la postre, reducen la legitimidad democrática y la calidad de las regulaciones aprobadas por este cauce. Por otro, lesionan el derecho a la tutela judicial efectiva, al restringir de manera muy sustancial e injustificada las posibilidades de que los ciudadanos recaben la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos afectados.

En efecto, el «blindaje» impide que los afectados recurran directamente las correspondientes medidas. A diferencia de los decretos legislativos –en tanto en cuanto exceden de los límites de la ley de delegación– y los reglamentos, los decretos-leyes nunca pueden ser objeto de recurso contencioso-administrativo, a pesar de que las razones teóricas que justifican que los primeros puedan ser inaplicados y, eventualmente, incluso anulados por los Tribunales ordinarios seguramente podrían valer también para los segundos. El Tribunal Constitucional ostenta el monopolio para conocer del recurso directo contra decretos-leyes. Y los particulares afectados carecen de legitimación para interponerlo.

Según veremos más adelante, los interesados sólo podrán atacar estas disposiciones «indirectamente». Tendrán que esperar a que se les apliquen. Por lo general, necesitarán que a su amparo se dicte algún acto administrativo para poder impugnarlo aduciendo que se basa en una norma inconstitucional. Ello debilita enormemente su posición, por varias razones. En primer lugar, es posible que las normas blindadas les ocasionen perjuicios, a veces de difícil o imposible reparación, antes incluso de ser formalmente aplicadas. Por ejemplo, el antedicho Real Decreto-ley 13/2018, desde el momento de su publicación, ha podido provocar que las empresas de VTC comiencen a experimentar dificultades para obtener financiación y desarrollar su actividad, toda vez que la sería amenaza de tener que cerrar en cuatro años impuesta por esa norma incrementa considerablemente el riesgo que para acreedores, trabajadores y proveedores supone trabar relaciones económicas con ellas²². En segundo

20. Para más detalles sobre el Real Decreto-ley 13/2018, vid. Doménech Pascual (2019) y Górriz López (2019).

21. SSTC 39/2013, de 14 de febrero (RTC 2013, 39), y 26/2016, de 18 de febrero (RTC 2016, 26).

22. Véase, en ese sentido, la noticia aparecida en *El Economista*, de 12 de octubre de 2018, «El decreto para limitar a Uber y Cabify corta el crédito a las VTC».

lugar, a fin de obtener la plena tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos, los afectados deben agotar la vía administrativa, interponer luego un recurso-contencioso administrativo y lograr que el órgano jurisdiccional competente eleve una cuestión ante el Tribunal Constitucional, y que éste, después de un procedimiento que seguramente se prolongará durante varios años, declare la invalidez de la regulación cuestionada. Declaración que tal vez llegue demasiado tarde, especialmente si la aplicación de la norma inconstitucional les ha ocasionado en el ínterin daños irreparables.

Privar a los afectados de la posibilidad de impugnar directamente las medidas consideradas también puede producir otros efectos perniciosos, si ninguno de los sujetos legitimados interpone un recurso de inconstitucionalidad contra el correspondiente decreto-ley. En primer lugar, cabe que se cree una situación de incertidumbre acerca de su validez, sobre todo si algún juez decide elevar una cuestión de inconstitucionalidad contra el mismo; situación que puede persistir fácilmente durante varios años, hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie al respecto. En segundo lugar, la incertidumbre puede generar conflictos y litigios. En tercer lugar, cabe que distintos justiciables igualmente afectados por el decreto-ley sean tratados de manera desigual, si algunos órganos jurisdiccionales entienden que éste es conforme con la Constitución y otros estiman lo contrario; las desigualdades resultantes pueden dar lugar a perjuicios irreparables, si la sentencia que declara la inconstitucionalidad del decreto-ley se dicta después de que las resoluciones de los Tribunales ordinarios que no lo cuestionaron han devenido firmes.

III. CÓMO PROTEGER JUDICIALMENTE A LOS CIUDADANOS FRENTE A LOS DECRETOS-LEYES DICTADOS PARA DEJARLOS INDEFENSOS

Los Tribunales ordinarios deberían apurar las posibilidades que les deja el ordenamiento jurídico para salvaguardar los derechos e intereses legítimos afectados por decretos-leyes dictados con el propósito de obstaculizar el control judicial. De un lado, porque así lo exige, como fácilmente puede comprenderse, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución, cuya observancia no puede quedar al albur del Gobierno. Los Tribunales deben interpretar y aplicar el ordenamiento de manera que se minimicen, hasta donde sea fáctica y jurídicamente posible, las restricciones de este y otros derechos fundamentales. De otro lado, si se tolera que el Gobierno logre su propósito de dejar desprotegidos a los afectados, se está alentando y propiciando que futuros Gobiernos sigan incurriendo en esta inconstitucional práctica. Adicionalmente, debe notarse que, hasta la fecha, la ulterior, complaciente y tardía intervención del Tribunal Constitucional se ha revelado manifiestamente inútil para prevenir dicha práctica, así como

insuficiente al objeto de proteger efectivamente a los ciudadanos afectados. A ello han contribuido también las reticencias que éste ha mostrado a la hora de suspender cautelarmente, con efectos generales, la eficacia de las disposiciones sometidas a su juicio²³.

1. IMPUGNACIÓN DE LOS ACTOS DICTADOS EN APLICACIÓN DE LOS DECRETOS-LEYES

Los ciudadanos afectados por una norma de rango legal, aunque no estén legitimados para atacarla directamente mediante un recurso de inconstitucionalidad, sí pueden impugnar ante los Tribunales ordinarios las situaciones y los actos jurídicos nacidos de su aplicación –liquidaciones tributarias, sanciones administrativas, órdenes de restauración de la legalidad, etc.–, aduciendo para ello que la norma a cuyo amparo han surgido es contraria a lo dispuesto en la Constitución.

Así lo ha declarado explícitamente, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2017 (RJ 2017, 298) (rec. 1616/2016), en relación con una resolución administrativa dictada en aplicación de un decreto-ley que, según el recurrente, vulneraba la Constitución española y el Derecho de la Unión Europea. El Tribunal de instancia había inadmitido el recurso contencioso-administrativo por la razón de que, «en realidad, se [pretendía] cuestionar la norma con rango de Ley, y que la Sala [planteara] cuestión de inconstitucionalidad» contra la misma. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación, pues: (i) «lo que se [impugnaba] en este proceso [eran] dos resoluciones administrativas que... [eran] perfectamente impugnables en vía contencioso-administrativa»; (ii) no hay precepto alguno que «directa o indirectamente limite los motivos de impugnación que puedan utilizarse en el proceso contencioso administrativo», o «que impida utilizar únicamente, como motivo de impugnación, la invalidez de la ley que sirva de cobertura» a la resolución impugnada. En fin, «cualquier interesado está legitimado para impugnar un acto o una disposición con base en la disconformidad a Derecho de la norma con rango legal en que aquéllos se fundan». El Tribunal Supremo advierte que esto no constituye anomalía alguna, sino que simplemente pone «al órgano jurisdiccional en disposición de ejercer su facultad de plantear una cuestión (que es previa a la decisión del fondo del pleito) ante el Tribunal Constitucional».

Esta conclusión –finaliza el Tribunal– resulta aplicable con mayor razón, si cabe, cuando el recurrente aduce la vulneración del Derecho de la Unión Europea, pues en tal caso los órganos jurisdiccionales ordinarios pueden

23. Véase el ATC 90/2010, de 14 de julio (RTC 2010, 90 AUTO).

inaplicar la norma de rango legal contraria al mismo, sin necesidad, en principio, de elevar una previa cuestión prejudicial.

2. LOS DECRETOS-LEYES NO MERECE LA MISMA DEFERENCIA JUDICIAL QUE LAS LEYES

Interesa subrayar que los Tribunales ordinarios no deberían mostrar frente a los decretos-leyes la misma deferencia con la que suelen tratar a las leyes, sino una muy inferior. Así deberían actuar cuando enjuicien la conformidad del correspondiente decreto-ley con el Derecho, por ejemplo, al decidir: (i) si elevan o no una cuestión de inconstitucionalidad o una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea; (ii) si aplican o inaplican el decreto-ley por vulnerar el Derecho de la Unión; y (iii) si deben adoptar o no medidas cautelares dirigidas a proteger los derechos e intereses legítimos de los recurrentes frente a los perjuicios de imposible o difícil reparación que podría causarles la ejecución inmediata de los actos dictados en aplicación de la norma de rango legal en cuestión.

El Tribunal Constitucional ha señalado, en sentido similar, que «los actos o las normas que emanan de poderes legítimos disfrutan de una presunción de legitimidad, que... [es] tanto más enérgica cuanto más directa es la conexión del órgano con la voluntad popular y llega por eso a su grado máximo en el caso del legislador, que lo es, precisamente, por ser el representante de tal voluntad»²⁴. Lo cual implica que la presunción ha de ser más débil cuando el autor de la norma enjuiciada es el Gobierno, cuya conexión con la voluntad popular es menos directa que la del Parlamento.

La razón principal que justifica que los Tribunales se auto-restrinjan cuando enjuician leyes es que éstas han sido elaboradas por el órgano que mejor representa al pueblo, a través de un procedimiento público y en el que pueden participar y deliberar ampliamente todas las fuerzas políticas, incluidas las minoritarias, lo que reduce significativamente el riesgo de que por esta vía se establezcan regulaciones arbitrarias y desequilibradas²⁵. Ninguna de las dos circunstancias concurre en el caso de los decretos-leyes, que son aprobados por un órgano que posee menor legitimidad democrática y mediante un cauce todavía menos transparente y garantista que el utilizado ordinariamente para dictar simples reglamentos administrativos.

Interesa subrayar que la ulterior intervención del Congreso por la que se «convalida» el decreto-ley no permite «compensar» ni de lejos la pérdida

24. STC 66/1985, de 23 de mayo (RTC 1985, 66).

25. Vid. Ferreres Comella (1997, pp. 163 y ss.); y, *mutatis mutandis*, Doménech Pascual (2018).

de legitimidad democrática que implica el hecho de que la norma haya sido aprobada por el Gobierno y no por las Cortes Generales a través del procedimiento legislativo ordinario²⁶. La razón es que el exiguo trámite de convalidación ofrece muchas menos posibilidades de participación política, discusión, mejora y fiscalización de la norma considerada. En este trámite, en efecto: (i) interviene sólo una de las cámaras legislativas, el Congreso, mientras que en la producción de las leyes participan ambas; (ii) no se permiten introducir modificaciones y, por lo tanto, mejoras en el texto considerado; sólo cabe la ratificación o la derogación; (iii) un miembro del Gobierno expone ante el Congreso «las razones que han obligado» a la promulgación del decreto-ley y el debate subsiguiente se realiza conforme a lo establecido para los de totalidad²⁷, lo que significa que hay un turno a favor y otro en contra de quince minutos y, luego, los grupos parlamentarios disponen de turnos de sólo diez minutos para fijar sus posiciones²⁸.

Un dato que ilustra la complacencia y debilidad con la que el Parlamento ha ejercido sus funciones de control sobre los decretos-leyes sometidos a su consideración es que sólo ha rechazado la convalidación de cuatro (4) de los quinientos setenta y seis (576) aprobados por el Gobierno durante los cuarenta primeros años de vigencia de la Constitución, y uno de los cuatro rechazos se produjo por error, que se enmendó –¡cómo no!– mediante la aprobación y convalidación de un nuevo decreto-ley²⁹.

Debe resaltarse, asimismo, que los decretos-leyes se aprueban habitualmente sin observar ninguno de los trámites que el Gobierno debe llevar a cabo cuando elabora disposiciones reglamentarias o proyectos de normas con rango de ley, y que garantizan hasta cierto punto la conformidad a Derecho, la calidad y el acierto de éstas. En efecto, el artículo 26 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, establece que «la elaboración de los anteproyectos de ley, de los proyectos de real decreto legislativo y de normas reglamentarias se ajustará» [a un procedimiento integrado por los trámites a los que seguidamente nos referiremos]. De una interpretación *a contrario sensu* de este precepto se desprende claramente que no es obligado observar tales trámites cuando se confeccionan proyectos de decreto-ley. Es decir, en este caso, el Gobierno puede prescindir totalmente –y, de hecho, usualmente prescinde– de:

26. En el mismo sentido, Carmona Contreras (2013, pp. 17 y ss.).

27. Art. 151.2 del Reglamento del Congreso.

28. Art. 74.2 del Reglamento del Congreso.

29. Se trata de los Reales Decretos-leyes 1/1979, de 8 de enero; 1/2006, de 20 de enero (cuyo contenido reitera el Real Decreto-ley 2/2006, de 10 de febrero), 4/2017, de 24 de febrero, y 21/2018, de 14 de diciembre.

- i. La consulta pública previa a los sujetos y las organizaciones más representativas potencialmente afectados por la futura norma acerca de los problemas que se pretenden solucionar con la iniciativa, la necesidad, oportunidad y objetivos de su aprobación, así como las posibles soluciones alternativas.
- ii. Los trámites de información pública y audiencia a los ciudadanos y organizaciones o asociaciones que agrupen o representen a personas cuyos derechos o intereses legítimos se vieran afectados por la norma y cuyos fines guarden relación directa con su objeto.
- iii. La memoria del análisis de impacto normativo, en la que hay que explicar: la oportunidad y la necesidad de la propuesta, así como las alternativas de regulación estudiadas; el contenido de la disposición en cuestión, acompañado de su análisis jurídico; el análisis sobre la adecuación de la norma propuesta al orden de distribución de competencias; el impacto económico y presupuestario de la medida, que debe incluir una evaluación de las consecuencias de su aplicación sobre los sectores, colectivos o agentes afectados por la norma, incluidos los efectos sobre la competencia, la unidad de mercado, la competitividad y su encaje con la legislación vigente en estas materias; la evaluación de las cargas administrativas que conlleva la propuesta normativa, en especial para las pequeñas y medianas empresas; y el impacto por razón de género.
- iv. El informe del Consejo de Estado.
- v. El informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio o Ministerios proponentes.
- vi. Y la realización de otros estudios y consultas que puedan estimarse convenientes para garantizar el acierto y la legalidad del texto.

El legislador dispone la obligación de llevar a cabo tales actuaciones porque considera –seguramente, con razón– que los beneficios derivados de realizarlas exceden de sus costes. Dichos trámites permiten a los ciudadanos interesados participar en la gestión de los asuntos públicos, hacerse escuchar y defender sus derechos e intereses legítimos. También hacen posible que la Administración obtenga valiosa información que normalmente le será muy útil para resolver de la mejor manera posible los problemas regulatorios a los que trata de hacer frente. Se comprende, pues, que la observancia del referido procedimiento incrementará significativamente la legitimidad y la calidad de las disposiciones así elaboradas, así como la probabilidad de que las mismas sean conformes a Derecho y logren un justo equilibrio entre todos los derechos e intereses concernidos. Lo cual significa que la total omisión de esos trámites reducirá de manera igualmente significativa la legitimidad y la calidad de las disposiciones normativas correspondientes, así como la probabilidad de que

éstas contengan regulaciones ajustadas a Derecho, equilibradas y acertadas, que satisfagan de manera óptima el conjunto de los intereses afectados. De ahí que las disposiciones gubernamentales que han sido preparadas con escrupulosa observancia de todos esos trámites merezcan mayor deferencia judicial que las dictadas prescindiendo total y absolutamente de los mismos.

3. INAPLICACIÓN (JUDICIAL Y ADMINISTRATIVA) DE LOS DECRETOS-LEYES CONTRARIOS AL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Cuando conozcan de las acciones formuladas contra las situaciones y los actos jurídicos nacidos en aplicación de los correspondientes decretos-leyes, los Tribunales españoles pueden inaplicar por su propia autoridad –sin necesidad, en principio, de elevar una cuestión prejudicial– aquellos que a su juicio violen algún principio o disposición del Derecho de la Unión Europea³⁰. No es descabellado pensar, por ejemplo, que algunas de las medidas anunciadas por la Generalitat para el sector de los VTC constituyen restricciones discriminatorias y desproporcionadas de las libertades de establecimiento y de prestación de servicios. Los órganos jurisdiccionales nacionales sólo estarán obligados a formular una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia cuando resuelvan un caso en única o última instancia, salvo que la interpretación que en el mismo haya que dar a las disposiciones del Derecho de la Unión Europea aplicables esté ya lo suficientemente clara³¹.

Y también las autoridades administrativas e incluso las personas jurídicas de Derecho privado cuando ejercen funciones públicas pueden y, en principio, deben inaplicar, por su propia autoridad, las disposiciones normativas nacionales, ya sean de rango legal o reglamentario, que consideren contrarias al Derecho de la Unión Europea. Así lo ha declarado el Tribunal de Justicia en una reiterada jurisprudencia³². La única posibilidad que tienen de «liberarse» de ese deber es formular, facultativamente, una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo, en el caso de que esas autoridades reúnan las características requeridas para ser consideradas «órganos

30. Vid., por todos, Fernández Farreres (2016).

31. Vid. el art. 267 TFUE y la STJUE de 6 de octubre de 1982 (*Cilfit y otros*, C-283/81).

32. Vid., entre otras, las SSTJUE de 22 de junio de 1989 (TJCE 1989, 149) (*Fratelli Costanzo*, C-103/88), 29 de abril de 1999 (TJCE 1999, 93) (*Ciola*, C-224/97), 9 de septiembre de 2003 (TJCE 2003, 245) (*CIF*, C-198/01), 12 de enero de 2010 (TJCE 2010, 1) (*Petersen*, C-341/08), 14 de octubre de 2010 (TJCE 2010, 302) (*Fuß*, C-243/09), 22 de diciembre de 2010 (TJCE 2010, 414) (*Gavieiro e Iglesias Torres*, C-444/09 y C-456/09), 24 de mayo de 2012 (TJCE 2012, 124) (*Amia*, C-97/11) y 4 de diciembre de 2018 (TJCE 2018, 289) (*The Minister for Justice and Equality y Commissioner of the Garda Síochána*, C-378/17). En relación con las personas jurídico-privadas que realizan funciones públicas, vid. la STJUE de 10 de octubre de 2017 (JUR 2017, 252965) (*Farrell*, C-413/15). En nuestra doctrina, vid., por todos, Cobreros Mendazona (2015).

jurisdiccionales» a los efectos del artículo 257 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: tener origen legal, ser órganos permanentes e independientes, que su jurisdicción tenga naturaleza obligatoria, que su procedimiento de decisión sea contradictorio y que resuelvan con arreglo a normas jurídicas³³.

4. INAPLICACIÓN ADMINISTRATIVA DE LOS DECRETOS-LEYES INCONSTITUCIONALES

En otro lugar hemos sostenido que las Administraciones públicas pueden y deben dejar de aplicar también las normas con rango de ley que a su juicio vulneren lo dispuesto en la Constitución española³⁴. Dado que carecen de la posibilidad de elevar una cuestión de inconstitucionalidad, la única manera que tienen de hacer prevalecer las normas constitucionales sobre las normas de rango inferior es aplicar directamente las primeras e inaplicar las segundas, cuando se les presenta una antinomia entre ambas.

Si, por el contrario, se estima que las Administraciones públicas no pueden dejar de aplicar normas de rango legal aun cuando las consideren inconstitucionales, entonces resulta inaceptable obligar a quienes impugnen actos dictados al amparo de esas normas por considerarlas inconstitucionales a interponer un recurso administrativo antes de acudir a los Tribunales. Esa obligación de «agotar la vía administrativa» constituiría una restricción desproporcionada, por inútil, del derecho a la tutela judicial efectiva, pues el órgano administrativo encargado de resolver el recurso no podría tutelar los derechos e intereses legítimos del recurrente vulnerados por la norma inconstitucional. Así ha venido a declararlo la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2018 (RJ 2018, 2383) (núm. 815/2018), por la que se sienta la siguiente doctrina: «Cuando se discute exclusivamente la inconstitucionalidad de las disposiciones legales que dan cobertura a los actos de aplicación de los tributos y restantes ingresos de Derecho Público de las Entidades locales, cuestión respecto de la que éstas carecen de competencia para pronunciarse o para proponerla a quien tiene competencia para ello, quedando constreñidas a aplicar la norma legal de que se trate, no resulta obligatorio interponer, como presupuesto de procedibilidad del ulterior recurso contencioso-administrativo, el correspondiente recurso administrativo previsto como preceptivo».

33. Vid. las Recomendaciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a los órganos jurisdiccionales nacionales relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales (2018/C 257/01).

34. Vid. Doménech Pascual (2001 y 2011).

5. MEDIDAS CAUTELARES CONTRA LAS SITUACIONES Y LOS ACTOS ORIGINADOS EN APLICACIÓN DE LOS DECRETOS-LEYES

5.1. Fundamento

En el caso de que estimen que el decreto-ley considerado «sólo» vulnera la Constitución, los Tribunales tendrán que elevar una cuestión de inconstitucionalidad y aguardar su resolución. Y en el ínterin podrán y, en su caso, deberán adoptar las medidas cautelares que resulten adecuadas, necesarias y proporcionadas para proteger efectivamente los derechos de los recurrentes, en especial frente al riesgo de que la ejecución inmediata de las actuaciones impugnadas les ocasione perjuicios que una ulterior sentencia estimatoria no pueda reparar plenamente.

La mera circunstancia de que la actuación impugnada se haya realizado al amparo de un decreto-ley no quita que pueda ser suspendida, ni tampoco que se adopten otras medidas cautelares proporcionadas para salvaguardar efectivamente los derechos de los justiciables. La prohibición que pesa sobre los Tribunales ordinarios de resolver el pleito inaplicando por su propia autoridad una norma con rango de ley no les impide privar de efectos, con carácter cautelar, a decisiones o situaciones jurídicas concretas surgidas en aplicación de esa norma.

En favor de esta tesis cabe esgrimir sólidas razones. (i) La primera y más importante es que negar por la referida circunstancia la posibilidad de adoptar medidas cautelares supondría que los actores quedarían absolutamente privados de uno de los contenidos nucleares del derecho a la tutela judicial efectiva: el derecho a la tutela cautelar, que con frecuencia resulta imprescindible para que aquélla sea realmente efectiva³⁵. A falta de una disposición constitucional que prescriba semejante privación, no cabe aceptarla.

(ii) La segunda es que en las disposiciones que regulan las condiciones bajo las cuales se pueden adoptar tales medidas –v. gr. en un proceso civil o contencioso-administrativo– no se excluye ni restringe la posibilidad de tomarlas por la razón de los motivos alegados por el actor. Lo cual es muy lógico y plausible. Si, como hemos visto, no se limita la posibilidad de impugnar una resolución administrativa por razón de los motivos de impugnación alegados –de manera que cabe esgrimir que la norma de rango legal sobre la que aquélla se basa es inconstitucional– resulta coherente que tampoco se restrinja la protección cautelar del recurrente por tal razón.

(iii) La conclusión contraria no viene impuesta por el artículo 30 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (en adelante,

35. Véanse, entre otras muchas, las SSTC 115/1987, de 7 de julio (RTC 1987, 115); 238/1992, de 17 de diciembre, y 78/1996, de 20 de mayo (RTC 1996, 78).

LOTC), donde puede leerse que «la admisión de un recurso o de una cuestión de inconstitucionalidad no suspenderá la vigencia ni la aplicación de la ley, de la disposición normativa o del acto con fuerza de ley, excepto en el caso en que el Gobierno se ampare en lo dispuesto por el artículo 161.2 de la Constitución para impugnar, por medio de su Presidente, leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de ley de las Comunidades Autónomas». Este precepto debe ser interpretado de conformidad con la Constitución. Por de pronto, es dudoso que el mismo prohíba categóricamente al Tribunal constitucional suspender cautelarmente la aplicación de una ley. No resulta irrazonable estimar que lo que el legislador ha querido establecer aquí es, simplemente, que *la mera admisión de un recurso o cuestión no determinará automáticamente tal suspensión* Auto del Tribunal Constitucional 90/2010, de 14 de julio (RTC 2010, 90), sin excluir la posibilidad que ésta sea acordada excepcionalmente por aquel Tribunal, tras ponderar las circunstancias del caso. En este sentido, el Magistrado Javier Delgado Barrio, en su voto particular al, advierte que dicha posibilidad no ha sido ni prevista ni excluida explícitamente por el legislador. Y este silencio no debe entenderse como una prohibición categórica. Antes bien, la necesidad de proteger ciertos bienes especialmente relevantes frente al riesgo de que sufran daños irreparables mientras se sustancia el proceso justifica que el Tribunal Constitucional pueda suspender excepcionalmente las disposiciones con rango de ley sometidas a su juicio.

En cualquier caso, *no resulta admisible entender que el artículo 30 LOTC prohíbe, además, que se suspendan cautelarmente los actos dictados en aplicación de las disposiciones cuestionadas*. Si se interpretara en este sentido extensivo, sería inconstitucional, por las razones expuestas. Debe concluirse, por consiguiente, que lo que este precepto dispone es que la admisión del recurso o cuestión de inconstitucionalidad no conlleva la suspensión, *con efectos generales*, de la aplicación de la norma considerada, sin perjuicio de que los actos dictados a su amparo sí puedan ser objeto de medidas cautelares, según lo exigido por el artículo 24 CE.

(iv) Por razones similares, ha de entenderse que tampoco el artículo 163 de la Constitución impide tomar tales medidas. Dispone este precepto que «cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, *que en ningún caso serán suspensivos*». Este último inciso debe ser interpretado a la luz de las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva, en el sentido de que la Constitución ha querido excluir, simplemente, que el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad implique la suspensión, *con efectos generales*, de la ley considerada, sin perjuicio de que los Tribunales puedan, antes incluso de elevar la cuestión, adoptar las medidas cautelares necesarias

para proteger efectivamente los derechos e intereses legítimos afectados por los actos dictados en aplicación de aquélla.

(v) Téngase en cuenta, asimismo, lo dicho anteriormente: la imposibilidad de adoptar medidas cautelares contra los actos dictados en aplicación de la ley no sólo menoscabaría seriamente el derecho a la tutela judicial efectiva de las personas afectadas, sino que alentaría la perniciosa e inconstitucional práctica que estamos considerando.

(vi) El Derecho de la Unión Europea da un claro soporte a la tesis que aquí defendemos, aunque aquí conviene distinguir dos supuestos. El primero se plantea cuando la norma de rango legal se estima contraria al Derecho de la Unión. El segundo, cuando una norma tal es cuestionada por violar la Constitución española.

La solución que hay que dar al primer caso no admite duda alguna desde hace décadas. En su Sentencia de 19 de junio de 1990 (TJCE 1991, 12) (*Factortame*, C-213/89), el Tribunal de Justicia dejó bien claro que los Tribunales nacionales pueden y deben adoptar medidas cautelares para proteger efectivamente los derechos derivados del Derecho comunitario frente a una vulneración de los mismos ocasionada por una ley nacional, incluso cuando el ordenamiento jurídico nacional prohíba la adopción de esas medidas cautelares y establezca la presunción de que las leyes internas se presumen conformes al Derecho comunitario mientras no se haya resuelto acerca de su compatibilidad con el mismo. El Tribunal basa esta doctrina en tres argumentos. En primer lugar, reitera lo dicho en su Sentencia de 9 de marzo de 1978 (*Simenthal*, C-106/77): «sería incompatible con las exigencias inherentes a la propia naturaleza del Derecho comunitario toda disposición de un ordenamiento jurídico nacional o toda práctica, legislativa, administrativa o judicial, que redujese la eficacia del Derecho comunitario por el hecho de negar al Juez competente para aplicar ese Derecho la facultad de hacer, en el mismo momento de esa aplicación, todo lo necesario para excluir las disposiciones legislativas nacionales que pudiesen constituir un obstáculo, incluso temporal, a la plena eficacia de las normas comunitarias». En segundo término, añade que «la plena eficacia del Derecho comunitario se vería igualmente reducida si una norma de Derecho nacional pudiera impedir al Juez, que conoce de un litigio regido por el Derecho comunitario, conceder medidas provisionales para garantizar la plena eficacia de la resolución judicial que debe recaer acerca de la existencia de los derechos invocados con base en el Derecho comunitario». Finalmente, advierte que la eficacia del sistema de cuestiones prejudiciales previsto en el artículo 177 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea³⁶

36. Véase, hoy, el art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

«resultaría menoscabada si el órgano jurisdiccional nacional que suspende el procedimiento hasta que este Tribunal de Justicia responda a su cuestión prejudicial no pudiera conceder medidas provisionales hasta el pronunciamiento de su resolución adoptada tras la respuesta del Tribunal de Justicia». Es decir, las medidas cautelares son necesarias y exigibles a fin de asegurar la eficacia de las resoluciones adoptadas por el Tribunal de Justicia y, a la postre, por el propio Tribunal nacional.

Como no podía ser de otra manera, esta solución se acepta hoy con toda normalidad en la jurisprudencia española. Por ejemplo, el Tribunal Supremo ha estimado en varias sentencias que, en aplicación de los criterios legales y jurisprudenciales usualmente empleados para adoptar medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo, había que suspender una liquidación dictada en virtud de una disposición legislativa reguladora del impuesto sobre grandes establecimientos comerciales cuya incompatibilidad con la libertad de establecimiento establecida por el Derecho de la Unión alegaban los actores. El Alto Tribunal se detiene especialmente en argumentar la concurrencia del requisito de la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) del recurrente, toda vez que el Tribunal de Justicia de Luxemburgo había declarado recientemente la incompatibilidad de una disposición similar y, además, la Dirección General de Fiscalidad de la Unión Europea había incoado un procedimiento de infracción contra el Reino de España en relación con la norma legal cuestionada³⁷.

El segundo caso, donde se aduce la inconstitucionalidad de la norma de rango legal en cuya aplicación se ha dictado el acto impugnado, no viene regulado por el Derecho de la Unión Europea, pero en éste encontramos una consolidada solución para un supuesto análogo. En su Sentencia de 21 de febrero de 1991 (TJCE 1991, 135) (*Zuckerfabrik*, C-143/88 y C-92/89), el Tribunal de Justicia dejó sentado que, aunque los órganos jurisdiccionales nacionales no puedan inaplicar las normas comunitarias derivadas –en el asunto enjuiciado, se trataba de un reglamento– que estimen contrarias al Derecho comunitario originario, sí pueden suspender cautelarmente la ejecución de actos administrativos dictados en ejecución de aquéllas. Según el Tribunal, la circunstancia de que los reglamentos comunitarios sean obligatorios en todos sus elementos y directamente aplicables en los Estados miembros³⁸, «no puede obstaculizar la protección jurisdiccional derivada para los justiciables del Derecho comunitario». La tutela judicial frente a los reglamentos comunitarios «implica

37. Véanse las SSTs de 14 de diciembre de 2015 (RJ 2015, 5258) (recs. 607 y 614/2015), 24 de febrero de 2016 (RJ 2016, 4129) (re. 2517/2015), 7 de julio de 2016 (RJ 2016, 3731) (rec. 3454/2014) y 24 de marzo de 2017 (rec. 1605 (RJ 2017, 1273) y 1296/2016 (RJ 2017, 1300)).

38. Se cita el art. 189 del Tratado de la CEE, equivalente al hoy vigente art. 288 TFUE.

el derecho de los justiciables a impugnar, por vía incidental, la legalidad de estos reglamentos ante un órgano jurisdiccional nacional y a dar lugar a que éste plantee cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia». «Este derecho se pondría en peligro si, en espera de una sentencia de este Tribunal de Justicia, único competente para declarar la invalidez de un reglamento comunitario... el justiciable, siempre que se den determinados requisitos, no pudiera conseguir una resolución de suspensión que permitiera paralizar, en lo que a él se refiere, los efectos del reglamento impugnado»³⁹.

El problema es sustancialmente igual al que se plantea cuando se impugna un acto administrativo dictado en virtud de una ley cuya compatibilidad con la Constitución se cuestiona. La posición de los Tribunales ordinarios españoles respecto de las normas con rango de ley y los reglamentos de la Unión Europea es perfectamente análoga. En ninguno de los dos casos pueden dichos órganos jurisdiccionales resolver los casos sometidos a su juicio inaplicando esas normas por considerarlas contrarias a Derecho. Para ello deben elevar antes una cuestión prejudicial, con el objeto de que el Tribunal competente –ora el Constitucional ora el de Justicia– se pronuncie sobre la conformidad de las disposiciones cuestionadas con las normas a las que deben ajustarse –la Constitución española, en el primer caso, y el Derecho primario de la Unión Europea, en el segundo–. Ahora bien, ello no quita que los Tribunales ordinarios puedan adoptar medidas cautelares contra los actos dictados en aplicación de tales normas. La circunstancia de que estos órganos estén «sujetos al imperio de la ley» (art. 117.3 CE) no puede obstaculizar la tutela judicial efectiva que para los justiciables se deriva de la Constitución española. La protección judicial frente a las normas de rango legal implica el derecho de los justiciables a impugnar, por vía incidental, la legalidad de estas normas ante un órgano jurisdiccional y a dar lugar a que éste plantee una cuestión prejudicial ante el Tribunal Constitucional. Este derecho se pondría en peligro si, en espera de una sentencia de este Tribunal Constitucional, único competente para declarar la invalidez de tales normas, el justiciable, siempre que se den determinados requisitos, no pudiera conseguir una resolución de suspensión que permitiera paralizar, en lo que a él se refiere, los efectos de la disposición normativa cuestionada.

Esta solución ha sido confirmada por el reciente Auto del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2019 (JUR 2019, 176038) (rec. 75/2019). Los recurrentes solicitaban la suspensión del Acuerdo del Consejo de Ministros por el que, en aplicación del Real Decreto-ley 10/2018, se había dispuesto la

39. La STJUE de 6 de diciembre de 2005 (TJCE 2005, 364) (*ABNA y otros*, C453/03, C11/04, C12/04 y C194/04) puntualiza: sólo los Tribunales (no las autoridades administrativas) nacionales pueden adoptar semejantes medidas cautelares.

exhumación de los restos de Francisco Franco y su traslado al cementerio de El Pardo-Mingorrubio. El Tribunal Supremo considera que, para tomar una decisión al respecto, en este caso concreto, es «suficiente atender a la preservación de la finalidad legítima del recurso, que es el primero de los criterios que sienta la Ley de la Jurisdicción en su artículo 130.1 para la ponderación de los intereses en juego». Estima, pues, que en la presente ocasión no hace falta entrar «en las razones con las que los recurrentes quieren poner de manifiesto la apariencia de buen derecho que, dicen, les asiste, ni tampoco en las que... da el Abogado del Estado para rechazarla», pero no descarta la posibilidad de que en otros casos análogos haya que entrar a juzgar si existe o no dicha apariencia. Razonando exclusivamente desde la perspectiva de la «finalidad legítima del recurso» y la ponderación de todos los intereses en juego, el Tribunal advierte que, si no se suspende la exhumación y ésta se lleva a cabo, «la situación que se produciría sería extraordinariamente perjudicial no sólo para los recurrentes sino también para el interés público por las singulares y únicas circunstancias que concurren en este caso». Habida cuenta de ello y de que, previsiblemente, la suspensión no implicará que los intereses públicos perseguidos por la exhumación queden negativamente afectados [si el recurso contencioso-administrativo finalmente se desestima] por un tiempo prolongado, pues «no hay razones que impidan resolver [dicho recurso] en un plazo razonable, el Tribunal Supremo adopta la medida cautelar solicitada. Nótese que, a pesar de que el Tribunal dice que no va a examinar la apariencia de buen derecho del recurrente, *de facto* lo hace de modo implícito. Al estimar que la satisfacción de los intereses públicos que, en su caso, exigen la exhumación pueden esperar un tiempo hasta que se dicte sentencia sobre el fondo del asunto, el Auto (JUR 2019, 176038) está indicando de manera tácita que probablemente no había la extraordinaria y urgente necesidad requerida para dictar el Real Decreto-ley 10/2018.

5.2. Régimen jurídico de las medidas cautelares

Para determinar si y en qué medida procede adoptar una medida cautelar contra las situaciones y los actos originados en virtud del decreto-ley cuestionado, habrá que aplicar las disposiciones que regulan la adopción de tales medidas en cada uno de los procedimientos a través de los cuales pueden ser impugnados dichos actos y situaciones. Habida cuenta de que la gran mayoría de los decretos-leyes se dictan en materias de Derecho público, habrá que estar, normalmente, a lo dispuesto en los artículos 129 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. En la esfera pública, la decisión cautelar por antonomasia es la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, pero también cabe adoptar medidas de otro tipo necesarias para «asegurar la efectividad de

la sentencia» y, en particular, aquellas que tienen un «contenido positivo». Los Tribunales pueden disponer, por ejemplo, que se permita al recurrente seguir desarrollando una determinada actividad, o que la parte demandada venga obligada a dar, hacer o no hacer algo, como, por ejemplo: bloquear en una cuenta corriente el importe de una ayuda cuya legalidad se discute⁴⁰; adaptar el sistema catalán de enseñanza lingüística a fin de garantizar que el castellano constituye una lengua vehicular del mismo⁴¹; transferir el importe de una subvención otorgada pero no pagada⁴²; inscribir al recurrente como miembro de un colegio profesional⁴³; recibir una concesión de dominio público⁴⁴; conceder la cartilla ganadera, necesaria para comercializar ciertos productos⁴⁵; conceder a un extranjero la autorización inicial de residencia y trabajo⁴⁶; escolarizar a un alumno en un centro de educación infantil⁴⁷; dispensar la atención sanitaria requerida a internos en centros penitenciarios⁴⁸, etc.

Podrán ser objeto de suspensión tanto los actos administrativos singulares como las disposiciones generales –reglamentarias– dictadas en ejecución del decreto-ley⁴⁹. El Tribunal Supremo ha llegado incluso a tomar medidas cautelares positivas en relación con una disposición reglamentaria que venían a suponer la obligación de la Administración demandada de establecer y aplicar, provisionalmente, una regulación general con un determinado contenido. El Auto del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2012 (JUR 2012, 102173) (rec. 203/2012), por ejemplo, dispone que «de modo cautelar y en tanto se dicte sentencia, el Ministerio de Industria, Energía y Turismo ha de complementar la fijación de los peajes de acceso establecidos por la Orden impugnada hasta el punto en que con ellos se sufraguen en su integridad los costes de las actividades reguladas correspondientes a las dos partidas reseñadas en el fundamento jurídico tercero de esta resolución»⁵⁰.

Para juzgar la procedencia de las medidas cautelares solicitadas, los Tribunales ordinarios deben ponderar varios factores, básicamente: (i) el *periculum in mora*, es decir, el riesgo de que la no adopción de la medida considerada

40. STS de 17 de julio de 2014 (RJ 2014, 3728) (rec. 2815/2013).

41. SSTS de 29 de mayo de 2014 (RJ 2014, 3033) (rec. 3182/2013) y 30 de junio de 2014 (RJ 2014, 3521) (rec. 3365/2013).

42. STS de 3 de diciembre de 2013 (RJ 2013, 8156) (rec. 4586/2012).

43. STS de 9 de julio de 2009 (RJ 2010, 332) (rec. 1643/2008).

44. STS de 19 de septiembre de 2017 (RJ 2017, 4174) (rec. 3148/2016).

45. STSJ de Castilla y León (Burgos) de 20 de septiembre de 2002 (RJCA 2002, 916) (rec. 59/2002).

46. STSJ de Murcia de 22 de diciembre de 2006 (JUR 2007, 179681) (rec. 416/2006).

47. STSJ de Aragón de 20 de febrero de 2015 (JUR 2015, 89967) (rec. 281/2014).

48. STSJ de Castilla y León de 30 de septiembre de 2014 (JUR 2014, 293289) (rec. 363/2014).

49. Sobre la suspensión cautelar de disposiciones reglamentarias, vid. Fuertes López (2002).

50. En el mismo sentido, vid. el ATS de 15 de marzo de 2012 (JUR 2012, 111004) (rec. 212/2012).

cause al recurrente daños de imposible o difícil reparación; (ii) los costes y beneficios que para otros intereses legítimos implicados puedan derivarse de la medida; y (iii) el llamado *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, es decir, la probabilidad de que el recurrente obtenga una sentencia estimatoria de sus pretensiones.

Sirva de ejemplo el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de 26 de septiembre de 2018 (JUR 2018, 284823) (rec. 142/2018), en virtud del cual se suspende cautelarmente un reglamento por el que la Autoritat Metropolitana de Barcelona imponía a los VTC la obligación de contar con una licencia local para poder desarrollar su actividad en su territorio, lo que suponía, *de facto*, la inmediata expulsión del mercado de miles de VTC. El Tribunal advierte que la suspensión cautelar «puede perjudicar al sector del taxi», «como también es consciente de que los titulares de autorizaciones VTC pueden verse seriamente perjudicados para el caso de alzarse la suspensión». El Tribunal, sin embargo, no entra a ponderar tales intereses, ni tampoco los de la movilidad y la calidad ambiental atmosférica que se pudieran ver afectados, pues considera determinante la abrumadora apariencia de buen derecho del recurrente. *Prima facie*, resulta evidente que la referida Autoritat «carece de competencia para reglamentar la intervención del arrendamiento de vehículos con conductor VTC y, por consiguiente, para imponer, en su ámbito territorial, una autorización añadida a la estatal. Menos aún para reglamentar la intervención y regular las autorizaciones necesarias con efectos retroactivos, y limitar... el número total de autorizaciones».

En relación con los decretos-leyes, y como ya se ha argumentado por extenso anteriormente, a la hora de aplicar los mentados criterios, los Tribunales deberían mostrar escasa deferencia hacia lo dispuesto por normas gubernamentales que constituyen una seria anomalía en una democracia parlamentaria, máxime si apestan a inconstitucionalidad y sus artífices han proclamado que les han dado forma de decreto-ley para burlar el derecho a la tutela judicial efectiva de las personas afectadas. Las declaraciones, como las que hemos visto a modo de ejemplo al inicio del presente trabajo, por las que los artífices del decreto-ley manifiestan explícita o cuando menos inequívocamente que éste ha sido dictado con semejante finalidad espuria constituyen un sólido indicio de la apariencia de buen derecho de los actores.

IV. CONCLUSIONES

El presente trabajo trata de contribuir a la abundante literatura jurídica sobre el «uso y abuso del decreto-ley» en dos puntos. En primer lugar, analiza por qué los decretos-leyes dictados con el objeto de «blindar» ciertas regulaciones frente a la posibilidad de que los afectados las impugnen ante los Tribunales

y éstos las declaren contrarias a Derecho vulneran los artículos 86 y 24 de la Constitución española.

En segundo lugar, estudia los cauces a través de los cuales los ciudadanos pueden obtener la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos afectados por esas normas. En particular, pone de relieve que aquéllos siempre pueden impugnar las situaciones y los actos nacidos en virtud de los decretos-leyes cuestionados. Y subraya que los Tribunales, al conocer de las correspondientes impugnaciones, deben: (i) mostrar frente a estas normas con rango de ley una deferencia muy inferior a la que merecen las leyes; (ii) inaplicar por su propia autoridad –sin necesidad, en principio, de elevar una cuestión prejudicial– los decretos-leyes que, a su juicio, violen alguna norma perteneciente al Derecho de la Unión Europea; y (iii) adoptar las medidas cautelares adecuadas, necesarias y proporcionadas para proteger efectivamente los derechos de los recurrentes, en especial frente al riesgo de que la ejecución inmediata de las actuaciones impugnadas –y originadas por la aplicación del decreto-ley cuya inconstitucionalidad o contradicción con el Derecho de la Unión se alega– les ocasione perjuicios que una ulterior sentencia estimatoria no pueda reparar plenamente.

V. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Aragón Reyes, Manuel (2016), *Uso y abuso del decreto-ley. Una propuesta de reinterpretación constitucional*, Iustel, Madrid.
- Arana García, Estanislao (2013), «Uso y abuso del decreto-ley», *Revista de Administración Pública*, 191, pp. 337-365.
- Baño León, José María (2018), «La competencia municipal en el transporte urbano discrecional, a propósito de la STS núm. 921/2018, de 4 de junio (RJ 2018, 2695), sobre los límites a las VTC», *Revista de Estudios Locales. Cunal*, 212, pp. 66-68.
- Barreiro González, Germán José (2003), «Sobre la extraordinaria y urgente necesidad de los decretos-leyes», *Derecho Privado y Constitución*, 17, pp. 45-60.
- Boix Palop, Andrés (2004), *Las convalidaciones legislativas*, Iustel, Madrid.
- Boix Palop, Andrés (2012), «La inconstitucionalidad del decreto-ley autonómico». *Asamblea. Revista de la Asamblea de Madrid*, 27, pp. 121-148.
- Carmona Contreras, Ana M. (2013), «El decreto ley en tiempos de crisis», *Revista Catalana de Dret Públic*, 47, pp. 1-20.

- Carmona Contreras, Ana M. (2017), «Decreto-ley y crisis económica. O cuando la necesidad (política) no hace virtud (constitucional)», *Diritto & Questioni Pubbliche*, 17, pp. 107-138.
- Cobrerros Mendazona, Edorta (2015), «La aplicación del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea por la Administración», *Revista Vasca de Administración Pública*, 103, pp. 171-207.
- De la Iglesia Chamarro, Asunción (2013), «Crisis económica y expansión del ejercicio normativo del Gobierno. En particular, los decretos-leyes nacionales y autonómicos», *Estudios de Deusto*, 61-2, pp. 69-80.
- Díaz de Mera Rodríguez, Ana (2011), «Gobierno de la crisis. Uso y abuso del Decreto-Ley», *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 24, pp. 137-178.
- Doménech Pascual, Gabriel (2001), «La inaplicación administrativa de reglamentos ilegales y leyes inconstitucionales», *Revista de Administración Pública*, 155, pp. 59-106.
- Doménech Pascual, Gabriel (2002), *La invalidez de los reglamentos*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Doménech Pascual, Gabriel (2011), «El principio de presunción de validez», en Juan Alfonso Santamaría Pastor (ed.), *Los principios jurídicos del Derecho administrativo*, La Ley, Madrid, pp. 1031-1060.
- Doménech Pascual, Gabriel (2018), «Una teoría económica del control judicial de la discrecionalidad administrativa», *Revista Andaluza de Administración Pública*, 100, 2018, pp. 131-164.
- Doménech Pascual, Gabriel (2019), «Penalty y expulsión. La economía de las plataformas digitales en el sector de los taxis y los VTC», en Antonio Ortí Vallejo y Gemma Rubio Gimeno (eds.), *Propuestas de regulación de las plataformas de economía colaborativa. Perspectivas general y sectoriales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 293-310.
- Donaire Villa, Francisco Javier (2012), *Las normas con fuerza de Ley de las Comunidades Autónomas. Las figuras del Decreto legislativo y del Decreto-ley autonómicos*, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona.
- Fernández Farreres, Germán (2016), «Inaplicación judicial de la ley por razón de la primacía del Derecho de la Unión Europea y derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías: estado de la cuestión en la jurisprudencia constitucional», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 181, pp. 25-44.

- Ferreres Comella, Víctor (1997), *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- Fuertes López, Mercedes (2002), «Tutela cautelar e impugnación de Reglamentos», *Revista de Administración Pública*, 157, pp. 57-87.
- García Majado, Patricia (2016), «El presupuesto habilitante del decreto-ley ante la crisis económica», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 25.
- González García, Ignacio (2017), «La trascendencia constitucional del deficiente control del decreto ley autonómico», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 111, pp. 99-124.
- González López, Juan José (2018), «A vueltas con el Decreto-Ley: consideraciones sobre el control de la extraordinaria y urgente necesidad», en Santiago Bello Paredes (dir.), *Cuarenta años de Constitución Española: un análisis desde España e Iberoamérica*, Aranzadi, Cizur Menor.
- González-Deleito, Nicolás (2019), «La contrarreforma del modelo de arrendamiento de vehículos con conductor», *Actualidad Administrativa*, 1/2019.
- Górriz López, Carlos (2019), «Taxi vs. Uber: de la competencia desleal al arrendamiento de vehículo con conductor», *Revista de Derecho Mercantil*, 311.
- Herráiz Serrano, Olga (2011), «Teoría y práctica del Decreto-ley autonómico tras su incorporación al sistema de fuentes de algunas Comunidades», *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, 25, pp. 105-161.
- Lafuente Benaches, Mercedes (2018), «¿Cabe exhumar por decreto-ley?», *Revista General de Derecho Administrativo*, 49.
- Martín Rebollo, Luis (2015), «Uso y abuso del Decreto-Ley (un análisis empírico)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 174, pp. 23-92.
- Núñez Lozano, María del Carmen (2003), «El decreto-ley como alternativa a la potestad reglamentaria en situaciones de extraordinaria y urgente necesidad», *Revista de Administración Pública*, 162, pp. 337-358.
- Tardío Pato, José Antonio (2013), «La introducción de decretos-leyes autonómicos en España», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 160, pp. 319-359.