

UN “AUTÉNTICO EMBROLLO JURÍDICO” Y SU APARENTE SOLUCIÓN: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 155/2005.

Jordi Sellarés Serra*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. CRONOLOGÍA DE LOS HECHOS. III. PROBLEMAS JURÍDICOS DEL CASO. IV. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA. ARGUMENTOS DE LAS PARTES. 1. Recurso del grupo socialista. 2. Defensa del Abogado del Estado. El canje de cromos. V. RAZONAMIENTO DE LA SENTENCIA. 1. Fallo: Ni sí nino, sino todo lo contrario. 2. Votos particulares. VI. A MODO DE PREGUNTAS FINALES Y VALORACIÓN CRÍTICA

I. INTRODUCCIÓN

El 28 de octubre de 1998 la hoy Vicepresidenta Primera del Gobierno, Doña María Teresa Fernández de la Vega, presentó la propuesta del grupo socialista de un conflicto de atribuciones entre el Congreso de los Diputados y el Gobierno de entonces por los artículos 2 y 3 del Real Decreto-Ley 14/1998, de 9 de octubre, por el que España se adhería a “diversos acuerdos del Fondo Monetario Internacional”. En su discurso calificó la situación resultante de “auténtico embrollo jurídico”¹ y dejaba al Parlamento sólo la posibilidad de “obligar al Gobierno a que lo denunciase”².

No lo hicieron entonces. Ni tampoco lo hizo después el Gobierno socialista. El embrollo ha acabado ahora con la Sentencia del pleno del Tribunal Constitucional 155/2005, de 9 de junio³, que resuelve los recursos de inconstitucionalidad 73/1999 y 3247/1999 (acumulados)⁴. La Sentencia considera inconstitucionales y por ello nulos los artículos 2 y 3 del Real Decreto-Ley 14/1998. Estima inconstitucional, pero no nulo, el idéntico artículo 2 de la Ley 13/1999 de “adhesión (sic) de España a diversos acuerdos del Fondo

* Doctor en Derecho. Profesor Asociado de Derecho Internacional Público. Universidad de Barcelona y ESADE

© Jordi Sellarés Serra. Todos los derechos reservados.

¹ “[S]i la autorización de un tratado se hace por el artículo 86 y luego no hay convalidación –vamos a suponer que no la hay-, dado que ya se han contraído obligaciones con otros Estados que se resuelven fuera de España en otros ordenamientos jurídicos, nos estamos encontrando con un auténtico embrollo jurídico que conduciría a la inaplicabilidad en el orden interno de una cosa que aquí no existe, porque no se ha convalidado por el Congreso, pero que sí existe fuera de España. Produce efectos fuera de España”. *Diario de Sesiones. Congreso*. 28 de octubre de 1998. Núm. 190. Pág. 10133.

² *Diario de Sesiones. Congreso*. 28 de octubre de 1998. Núm. 190. Pág. 10133.

³ *BOE*. 8 de julio del 2005. Núm. 162. Suplemento.

⁴ Auto del Tribunal Constitucional de 15 de febrero del 2000. Auto 44/2000.

Monetario Internacional”, que convalidaba el Real Decreto-Ley en lo referente a una aportación de España al FMI. Y considera válida la ratificación de la cuarta enmienda del convenio constitutivo del Fondo Monetario Internacional que recogía el artículo 3 de la Ley 14/1998. Sin embargo quedan aún misterios por resolver que la interpretación del garante de la Constitución no ha cerrado definitivamente. Como la urgencia de ratificar una enmienda a un tratado internacional que a día de hoy no ha entrado en vigor y que no se sabe quién ha ratificado. O la fecha en que lo hizo España.

Tampoco queda claro por qué si es inconstitucional, el artículo 2 de la Ley no es nulo – como obliga la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional-. La justificación esgrimida alega un precedente –el de la sentencia que consideró inconstitucional que en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas se discriminara a peor a las parejas casadas- para decir que la nulidad no es útil porque dejaría un vacío jurídico y el prestigio del Estado frente a los demás actores internacionales prevalece sobre nuestras leyes, incluso si éstas son parte del bloque de constitucionalidad.

Un razonamiento políticamente útil, pero que no resiste la crítica jurídica. Porque en el presente caso la nulidad no hubiera dejado una laguna jurídica, y la obligación exterior no es cierta. Pero demuestra que en según qué casos, una obligación internacional no sólo es suprallegal aunque infraconstitucional, sino que una ambigua razón de Estado permite vulnerar la Constitución sin alterar una coma de ésta. Sólo porque la nulidad no repararía el “mal” causado –lo que no es cierto-. O porque el compromiso internacional es “inatacable” desde la perspectiva del derecho de los tratados –lo que tampoco es cierto-. O porque su reversión provocaría perjuicios al Fondo Monetario Internacional u otros Estados –lo que tampoco es cierto, porque el Fondo está obligado a devolver con intereses esos fondos, esos terceros Estados sólo los recibían del Fondo y no de España, y la crisis que justificó su incremento ya es historia-, ya que son calificados como “consecuencia indeseada”⁵ y prevalece sobre la vulneración de la Constitución. No debería ser así, según una visión jerárquica de las fuentes del Derecho español.

Quizá convenga, pues, revisar la doctrina que asegura que “de ningún modo un tratado puede prevalecer sobre la Constitución, a no ser, según el artículo 95.1, que medie la

⁵ Fundamento Jurídico 10. “...entrando en el concreto enjuiciamiento de los artículos impugnados, en cuanto al art. 2 hemos de declarar en esta Sentencia su inconstitucionalidad por vulneración de los arts. 94.1 d) y 74.2 CE. Ello no obstante en este caso debemos eludir la declaración de nulidad del precepto, que derivaría de la aplicación sin matices del art. 39.1 LOTC, posibilidad de la que excepcionalmente venimos haciendo uso desde la STC 45/1989, de 20 de febrero, cuando así lo exige la necesidad de evitar los efectos que en otro caso resultarían en perjuicio del ordenamiento constitucional a cuya indemnidad sirve el instituto de la nulidad –supuesto de las inconstitucionalidades por omisión; así, por ejemplo, STC 96/1996, de 30 de mayo- o cuando la disposición recurrida ha deparado efectos económicos cuya reversión provocaría consecuencias indeseadas desde el punto de vista de la seguridad jurídica o de los derechos de terceros -por todas, STC 13/1992, de 6 de febrero.

Pues bien, en el presente caso el compromiso de carácter económico asumido por el Estado ha de darse por perfectamente consumado, y no cabe revertirlo para evitar los perjuicios que en otro caso podrían acarrear al Fondo Monetario Internacional y a otros Estados.

La inidoneidad del específico procedimiento seguido por las Cortes Generales, con ser, insistimos, tan grave como puede serlo toda infracción de la Constitución, encuentra sanción suficiente con la declaración de inconstitucionalidad del precepto que de ese procedimiento ha resultado, sin necesidad de añadir a ello un efecto anulatorio que, sobre no reparar en su integridad el mal causado, sumaría al ya producido el de la revisión de un compromiso internacional inatacable desde la perspectiva del Derecho de los tratados...”

previa revisión de la misma, lo cual debe realizarse por las mayorías previstas en los artículos 167 y 168 de la Constitución. En todo caso, el Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir para que declare si existe o no contradicción entre el tratado y la Constitución”⁶. Quizá baste prever que al final el Tribunal Constitucional declare que ni sí, ni no, sino todo lo contrario, una alternativa hasta ahora no prevista. Ya que “si el alto Tribunal estimase la inconstitucionalidad del Tratado habría dos soluciones (suponiendo que no se puedan interponer reservas):

- de un lado, como nada obliga a ser Parte del Tratado, no prestar el consentimiento, evitando así el conflicto con la Constitución;
- de otro, es iniciar la previa revisión de la Constitución (art. 95.1) por los mecanismos en los arts. 166 a 169 de la Constitución ...”⁷.

Aunque en estos ejemplos –como otros muchos del resto de doctrina existente- puede que se pensara en la comprobación previa de la constitucionalidad de un tratado, nada así lo indica. Esta sentencia demuestra que se puede estimar la inconstitucionalidad, y sin embargo luego no se revisa la Constitución ni se abandona el tratado. “Algo” más importante nos obliga a seguir allí. Quizá una razón de Estado tan importante como el sentido del ridículo. Internacional, claro.

II. CRONOLOGÍA DE LOS HECHOS

El Fondo Monetario Internacional es una organización internacional, inserta dentro del sistema de Naciones Unidas y, como organismo especializado, encargada desde su fundación en 1944 en Bretton Woods, de la estabilidad del sistema de cambios en el comercio internacional. Inicialmente se basó en el patrón oro –cada moneda nacional tenía una equivalencia en este metal- y el Fondo garantizaba los valores de las monedas por medio de préstamos, y para ello tiene un capital creado con las aportaciones de los diferentes Estados miembros⁸. A finales de los años 60 se abandonó el patrón oro.

El 27 de septiembre de 1997⁹, poco después de su devolución a la República Popular China y en medio de la crisis financiera asiática, el Fondo Monetario Internacional realiza una reunión en Hong Kong, en la que adopta una cuarta enmienda a su Convenio constitutivo. La enmienda incrementa la cuota de los miembros¹⁰ y la correspondiente asignación que corresponde a cada uno de derechos especiales de giro (DEGs).

⁶ PASTOR RIDRUEJO, José A. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. 5ª ed. Ed. Tecnos. Madrid, 194. Pág. 202

⁷ DÍEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. 14ª ed. Ed. Tecnos. Madrid, 2003. Pág. 172

⁸ Por poner un ejemplo, actualmente Camboya tiene una cuota de 87,5 millones de Derechos Especiales de giro, un 0,04% del total del capital pero con un 0,05% de los votos. Vid.

<http://www.imf.org/external/np/sec/memdir/members.htm>

⁹ El dictamen 2104/1998 del Consejo de Estado, reitera hasta tres veces que esa decisión se adoptó el 23 de septiembre de 1997.

¹⁰ Es la única solución para poder disponer de más fondos. “Apart from any retained profits or accumulated losses, quotas directly determine the total assets of the Fund. Generally speaking, assets can be increased only by admitting new members or by increasing the quotas of existing members, though the Fund may under prescribed conditions increase the funds at its disposal by borrowing”. ALTMAN, Oscar. “Quotas in the International Monetary Fund”. *Staff Papers IMF*. Vol. 5. N°2. (Aug. 1956). Pág. 131.

Para que dicha enmienda entre en vigor, deben reunirse una mayoría de 3/5 de los Miembros con un 85% de los derechos de voto¹¹. El 10 de octubre de 1998, más de un año más tarde de aquella decisión del FMI, el BOE publica el Real Decreto-Ley 14/1998 de 9 de octubre, “de adhesión (sic) de España a diversos acuerdos del Fondo Monetario Internacional”. Tras el enunciado del Real Decreto-Ley vienen 10 párrafos, de los que 9, sin alterar una coma, se repetirán más tarde como Exposición de Motivos de la Ley 13/1999¹² que convalida el anterior Real Decreto-Ley y supone la “adhesión (sic) de España a diversos acuerdos del Fondo Monetario Internacional”¹³.

El artículo primero del Real Decreto-Ley de la posterior Ley incrementan la cuota española hasta 3.048,9 millones de DEGs, aumentándola en 1.113,5 millones. En ese momento, la cuota de España era de 1.935,4 millones de DEGs, desde que así se fijó en la 9ª revisión general de cuotas, según el informe de 21 de mayo de 1990 del Comité

El mismo autor recuerda que “quotas determine, or at least affect, the amount and the rate of member drawings (borrowing) from the Fund” (Pág. 132) y que “during and before the Bretton Woods Conference, countries often had conflicting views with respect to the size of quota they wanted. From the point of view of access to the Fund’s resources, each country wanted a large quota. From the point of view of paying its suscription, each country wanted a small quota” (Págs. 133-134). A lo que parece, la actitud de España en este caso es la excepción de la regla.

¹¹ Según el artículo XXVIII del Convenio Constitutivo del FMI, para que una enmienda entre en vigor, pasarán tres meses desde la comunicación oficial del Fondo a todos los países miembros de haber obtenido “tres quintos de los países miembros cuyos votos sumen el ochenta y cinco por ciento de la totalidad de los votos”. El 24 de septiembre de 1999 el entonces Director Ejecutivo elabora un informe para el Comité Interino sobre el progreso en el reforzamiento de la arquitectura del sistema financiero internacional, que en su párrafo 40 reconoce que sólo 89 miembros, con menos del 50% de los votos, habían comunicado por entonces su aceptación de la cuarta enmienda. Ni hasta 4 gestiones personales del autor a través del servicio de información del Fondo o de empleados del Fondo con los que tiene amistad no han permitido descubrir quién ha ratificado. Sólo sabemos que Australia lo ha hecho por gestiones cerca de su Tesoro. Pero la respuesta del Fondo Monetario Internacional, sección “public affairs”, a través del Sr. Gites Ahir, es que “no tienen permiso para hacer público qué países han ratificado” (mensaje de 20 de julio del 2005). Resulta por ello difícil asumir en este punto que “La comunicación más amplia de información a los mercados y al público en general constituye un elemento central de la reforma del sistema financiero internacional. También es piedra angular de la reforma reciente y continua del propio FMI ... Desde mediados de los años noventa, el FMI ha incrementado mucho el volumen de información que publica –sobre su propia actividad y política y también sobre los países miembros – principalmente en Internet”. CLIFT, Jeremy (director) *¿Qué es el Fondo Monetario Internacional?*. Guía del FMI. FMI. Washington, 2004. Págs. 41 y 42. Disponible en <http://www.imf.org>

¹² Dejando dudas existenciales en quien lee, en octubre de 1998, que por la “inestabilidad financiera ... algunos países” tienen “dificultades para afrontar sus compromisos internacionales” y que la situación “está agravándose en las últimas semanas”, cuando redescubre las mismas palabras seis meses o veinticinco semanas más tarde, en abril de 1999. ¿Ha seguido agravándose? ¿O es sólo la gravedad de octubre de 1998? ¿Los “últimos meses” de que hablaba el Real Decreto-Ley son los mismos “últimos meses” que inician la Exposición de Motivos de la Ley? ¿Son los mismos pero ampliados? Las “últimas semanas” ¿hasta dónde llegan?. La sentencia no lo aclara. El voto particular del magistrado Jorge Rodríguez-Zapata Pérez insiste en ello en su punto 7, al decir que “el consentimiento del Estado español se prestó en este caso con la máxima urgencia”. Añade que “es este un aspecto –el de la extraordinaria y urgente necesidad –que entiendo acreditado, aunque no voy a insistir en él porque no lo trata la Sentencia de la mayoría” pero lo hace recordando el dictamen del Consejo de Estado 3936/98/MC/LD de 8 de octubre de 1998 (publicado en el BOE el mismo día que el Real Decreto Ley, el 10 de octubre) que alude a “una situación de inestabilidad financiera internacional que –dice- se había agravado en los últimos meses (si no días)” (sic). Que la cuarta enmienda siga sin estar en vigor no parece encajar con esa urgencia.

¹³ BOE de 22 de abril de 1996. Núm. 96. Págs. 14937 y ss.

Ejecutivo a la Junta de Gobernadores. No se modificaría hasta la 11ª revisión, que las incrementaría en un 45% y entró en vigor en enero de 1999. Precisamente la que se plantea aquí es la cuota de España según esa undécima revisión.

El artículo dos -de tanto Real Decreto-Ley como de Ley- en su redacción, aprobaba “la adhesión del Reino de España como miembro participante”, es decir, un incremento del compromiso español de préstamos al Fondo por 672 millones de derechos especiales de giro¹⁴, como máximo.

El artículo tres de ambas normas, por su parte, autoriza la ratificación por España de la cuarta enmienda¹⁵ al Convenio constitutivo del Fondo Monetario Internacional. Esta enmienda autoriza al Fondo, en previsión de nuevas tormentas financieras internacionales, a asignarle a España 268.572.777 derechos especiales de giro¹⁶ más¹⁷.

¹⁴ 1 Derecho Especial de Giro = 1,32523 US\$ en el momento del Real Decreto-Ley. Si el dólar estadounidense lo calculamos a 160 Ptas. (valor en el momento de la adhesión), supondría una equivalencia de 212,0368 Ptas. para cada Derecho Especial de Giro. En este caso 672 millones de DEG son 142.488.720.000 Ptas. Al cambio actual, 856 millones de Euros. El dictamen del Consejo de Estado 2104/1998 de 16 de julio de 1998 recoge el informe del Gabinete de Tratados del Ministerio de Asuntos Exteriores de 14 de mayo de 1998, en que se asegura que “siendo la equivalencia de un DEG 1,36 dólares”.

Hay que recordar que al crearse los Derechos Especiales de Giro se plantearon una larga serie de nombres alternativos para esta nueva moneda. La lista incluye bancor, unitas, dolphin, bezant, moneta, unitor, grammor, lir, unité, deca, iva, spesmil, EWNit, Fund Reserve Unit, General Reserve Unit, International Reserve Unit, mana, paper gold, Reserve unit, solidus, UNit, means, ponnkas, eskimo, Schweitzer (por el apellido del inventor), ergor, goldoz, monad, morsels, “drawing unit reserve asset”, cru (“composite/collective reserve unit”) o talent. En GOLD, Joseph “Special drawing rights: renaming the infant asset” *Staff papers IMF*. Vol. 23. Nº 2 (julio 1976). Págs. 295-311.

Aún más sorprendente que el nombre del señalado autor es que en la Guía sobre qué es el Fondo Monetario Internacional disponible en la propia “web” de la organización, se explique que el “DEG, o derecho especial de giro, es un activo internacional de reserva creado por el FMI en 1969 (en virtud de la primera enmienda del Convenio Constitutivo)” que “se creó como activo complementario de reserva que el FMI “asignaría” periódicamente a los países miembros en caso de necesidad, y que podría cancelarse en la medida que hiciera falta. El DEG –que a veces recibe el nombre de “papel oro” aunque no tiene existencia física- ha sido asignado a los países miembros (en forma de asientos contables) en cantidades proporcionales a las cuotas”. Porque los DEGs aparecen precisamente al terminarse el patrón oro, y dejar las divisas flotando. Vid. CLIFT, Jeremy (director) *Op. cit.*. Pág. 18. Disponible en <http://www.imf.org>.

¹⁵ El Convenio constitutivo del Fondo Monetario Internacional se adoptó en la Conferencia Financiera y Monetaria de Naciones Unidas de Bretton Woods (New Hampshire, EE.UU.), el 22 de julio de 1944, y entró en vigor el 27 de diciembre de 1945. Ha sido enmendado en tres ocasiones: el 31 de mayo de 1968 –en vigor, el 28 de julio de 1969, creando los Derechos Especiales de Giro-, el 30 de abril de 1976 -en vigor, el 1º de abril de 1978- y el 28 de junio de 1990 –en vigor desde el 11 de noviembre de 1992-.

¹⁶ 56.947.312.202 Ptas., valor de aquel momento. Al cambio, 342 millones de Euros. Sin embargo, según la prensa “en su conjunto se elevaron a 5.670 millones de euros” ya que “se incrementaban las aportaciones realizadas de España al Fondo Monetario Internacional (FMI) en un 45%”. *La Vanguardia*, 21 de junio 2005.

¹⁷ Según el dictamen del Consejo de Estado 2104/1998, de 16 de julio de 1998, que recoge el informe de 18 de marzo de 1998 de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Economía y Hacienda, la enmienda estaba “en tramitación desde la Asamblea anual de Madrid de 1994” y “se justifica con base en el principio de equidad, puesto que a los miembros más recientes del FMI (una quinta parte del total, en particular las antiguas repúblicas soviéticas) no se les ha asignado derechos especiales de giro (DEG)” de ahí que haya “la duplicación de la cantidad de DEG actualmente en vigor, asignándose a cada país miembro un volumen de DEG del 29,315 % de la cuota, lo que para España significa pasar desde los actuales 298 millones de DEG a 567 millones”.

El único párrafo del preámbulo que no pasa del Real Decreto-Ley a la Ley es el realmente importante para comprender el presente caso. Éste dice “En su virtud, en uso de la autorización contenida en el artículo 86 de la Constitución, y para atender a la mayor brevedad a las necesidades expuestas, a propuesta del Vicepresidente Segundo del Gobierno y Ministro de Economía y Hacienda, de acuerdo con el Consejo de Estado¹⁸ y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 9 de octubre de 1998”.

Es decir, justifica el uso del Real Decreto-Ley para autorizar la adhesión de España a la cuota incrementada, y para autorizar la ratificación por parte de España de la cuarta enmienda al Convenio constitutivo del FMI.

Al considerar que se abre un conflicto de competencias ente el Congreso de los Diputados y el Gobierno, el 19 de octubre de 1998 el Grupo Parlamentario Socialista (84 diputados, en concreto) eleva una propuesta de planteamiento de conflicto de atribuciones ante el Tribunal Constitucional, por cuanto el Parlamento tiene por virtud del art. 94.1 de la Constitución la competencia para dar el consentimiento en los tratados que supongan obligaciones financieras para la Hacienda Pública.

Creen que se trata de un control de la acción exterior del Estado por parte de las Cortes, que “se convierte por la vía del Decreto-Ley en un acto, no ya de control de las Cámaras sobre el Gobierno, sino en un acto legislativo que el Gobierno impone a las mismas¹⁹” y que es especialmente grave porque “un acto ajeno al procedimiento legislativo, como es el de prestación de consentimiento del Estado para obligarse por medio de Tratados o Convenios que requiere la previa autorización de las Cortes Generales, ha adquirido eficacia jurídica inmediata mediante su publicación en el Boletín Oficial del Estado”²⁰. Buscan en el Reglamento del Senado y en el artículo 59.3 LOTC la base legal para dicho conflicto.

Llegada la votación de esta propuesta inmediatamente antes de la convalidación del Real Decreto-Ley 14/1998 –que se obtiene-, la propuesta de conflicto de competencias es derrotada en el Congreso. En el interesante debate parlamentario de 28 de octubre de 1998, la en aquel entonces diputada socialista Fernández de la Vega Sanz argumenta que no cabe alegar urgencia alguna para el Real Decreto-Ley, por cuanto la mayoría de

¹⁸ El Consejo de Estado emitió su dictamen en 4 días, por medio de su Comisión Permanente. La solicitó el Consejo de Ministros el 2 de octubre y el 8 de ese mes ya se había adoptado. Asumió que existía urgencia en “las actuales (de entonces) circunstancias de la economía mundial” y que había que “contrarrestar esta situación de inestabilidad financiera, pues de lo contrario, tal crisis sería cada vez más profunda y más negativas sus repercusiones en la economía mundial”. Aunque en su dictamen 2104/1998, aprobado el 16 de julio, había dicho que la ratificación de la 4ª enmienda debía seguir el artículo 94.1 d de la Constitución por las obligaciones financieras para la Hacienda Pública, y así era menester “la previa autorización de las Cortes Generales”, ahora sorprende diciendo que dicha intervención de las Cortes queda “garantizada” con la convalidación del Real-Decreto Ley y su tramitación como Ley. Finalmente menciona la excepción que permite el artículo 104 del TCE (según redacción del art. G.25 del Tratado de Maastricht) a la prohibición a los bancos centrales nacionales de descubiertos o concesión de créditos, salvo para las obligaciones con el FMI. Así, tras recomendar añadir los antecedentes para su tramitación en las Cortes “sin perjuicio de unir, además, pero no únicamente, la traducción correspondiente” y retocar el art. 2.2, da un dictamen favorable.

¹⁹ Fundamento jurídico 2º de la propuesta.

²⁰ Fundamento jurídico 2º de la propuesta.

los tratados se remontan a 8 ó 12 meses antes, ni tampoco cree que se pueda sustituir al Parlamento con un Real Decreto-Ley. No discute el fin último de la norma, con el que están de acuerdo, y cree que la precipitación final se debe al deseo de acudir a la Cumbre Iberoamericana de Oporto de ese mes de octubre con su tramitación concluida. Aclara que el Consejo de Estado ha opinado que la ratificación de la 4ª enmienda debía cursar su tramitación parlamentaria normal, y que hacerlo tras haberse publicado el Real Decreto-Ley hace que haya una doble ratificación incomprensible, de la que no hay precedentes. Destaca que este Real Decreto-Ley confunde Gobierno y Parlamento como si no se tratara de dos poderes diferentes, y que aplicación inmediata de la ratificación se ha dado ya con su publicación en el BOE, lo que es “una elusión muy seria del sistema de control de tratados que establece la Constitución”. Aclara, tras unas reflexiones sobre el hecho que tratados y leyes sean cosas distintas, que si no se convalida el Real Decreto-Ley entramos en un auténtico caos jurídico, y que con esta tramitación, ni el Senado ni el Tribunal Constitucional pueden intervenir.

El entonces Vicepresidente Segundo y Ministro de Economía y Hacienda, Sr. Rodrigo de Rato y Figaredo²¹, más tarde, en el debate de convalidación del Real Decreto-Ley, asume la autoría, y la justifica con una explicación sobre la economía mundial. En un momento determinado del debate, reconoce su falta de formación jurídica²², lo que podría explicar bien todo el problema.

Los argumentos planteados tanto en el debate parlamentario como en la propuesta de conflicto de competencias son las que recoge el Recurso de inconstitucionalidad 73/1999, cuya interposición se publica el 6 de febrero de 1999 en el BOE. Lo presentan un numeroso grupo de diputados socialistas²³. Significativamente hablan, ya en su larguísimo Fundamento Jurídico 1º, de “vicio radical en la formación de la voluntad y posterior consentimiento del Estado, desde el punto de vista del Derecho Internacional”, o páginas después, de “radical nulidad del consentimiento del Estado, con eventuales repercusiones y responsabilidades en el plano no sólo del derecho interno sino incluso del derecho internacional”. Llega a citar el artículo 46 del Convenio de Viena de 1969. Además hace hincapié en la colocación sistemática diferente de las Leyes y de los tratados internacionales en la Constitución y en el Reglamento del Congreso, e incluso recurre a citas doctrinales, como la de Mangas Martín o la de Remiro Brotóns. Anticipa, por último, la interposición de un segundo Recurso de inconstitucionalidad a la Ley que convalide el Real Decreto-Ley, porque “la propia Ley de convalidación sería en sí misma inconstitucional en la medida en que tampoco respetaría el específico procedimiento previsto en los artículos 74.2 y 94 de la CE”.

La tramitación parlamentaria de una parte del contenido de dicha Ley 13/1999 curiosamente se hizo por 2 caminos diferentes. Por un lado, la ratificación de la cuarta

²¹ Director Gerente del Fondo Monetario Internacional desde el 27 de abril del 2004.

²² “S.S. considera que un decreto-ley no es un elemento jurídico similar a una ley, cuestión que no voy a discutir con S.S. porque no me considero un jurista y por lo tanto no voy a competir con S.S. – ya compite S.S. con el Consejo de Estado y creo que es una competencia de alto nivel, a la que yo no me sumo -, no tenga ninguna duda que el Gobierno está dispuesto ... a que este decreto-ley se tramite como proyecto de ley. Y ahí se acaba el debate sobre esta cuestión”. *Diario de Sesiones. Congreso*. 28 de octubre de 1998. Núm. 190. Pág. 10149

²³ El autor dispone de copia de los dos recursos por gentileza de la letrada del Grupo Socialista. Vid. Nota 25.

enmienda del Convenio constitutivo del FMI se inició el 14 de septiembre de 1998 (antes que se publicara el Real Decreto-Ley, pues). El 5 de noviembre de ese año, la Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso propuso al pleno conceder la autorización solicitada, y el pleno del Congreso la concedió el 12 (aunque se publica el 19). Llega al Senado el día 16 –se publica ese mismo día-, no se presenta enmienda alguna –según se hace público el 23-, así que la Comisión de Exteriores eleva, el 23 de noviembre (publicándose el 25) la propuesta favorable al pleno, que el 1º de diciembre lo aprueba (según se da a conocer el día 9 de diciembre).

En cambio, la adhesión a los acuerdos del FMI que suben las cuotas para hacer frente a las necesidades del momento, se tramita como Proyecto de Ley, no como tratado o convenio internacional. Es el Real Decreto-Ley 14/1998, de 9 de octubre, reconvertido ahora en Ley. Se inicia el 11 de noviembre. El 23 de ese mes (publicado el 24), la Presidencia decide ampliar el plazo de enmiendas, aprobándolo la Mesa el 24 (publicándose el 25). Se presentan 5, 4 por el Grupo Socialista, y una del Grupo Popular. Las socialistas, piden incluir al Brasil –como también lo propone el grupo popular en la suya- en el aval del Estado al Banco de España, proponen que su desarrollo posterior sea mediante Real Decreto y que se condonen las deudas públicas de los países afectados por el huracán Mitch. Todas ellas son publicadas el 9 de febrero de 1999. El 10 de febrero, la ponencia emite su informe, publicado al día siguiente, que pasa a la Comisión de Economía, Comercio y Hacienda, quien a su vez, el 12 de febrero (publicación el 17) emite su dictamen favorable. El Grupo Socialista y el de Izquierda Unida mantienen sus enmiendas para el Pleno. Éste, el Pleno, aprueba el Proyecto el 18 – y se publica el 24 de febrero -. El texto aprobado entra en el Senado el mismo día de su publicación en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, el 5 de marzo de 1999. La única enmienda que se presenta en la Cámara Alta es la de un Senador del Grupo Mixto (en realidad, de Izquierda Unida), que pide un crédito extraordinario de 17.000 millones de Pesetas para atender las necesidades producidas por el huracán Mitch (según lo publicado el 12 de marzo). El Dictamen de la Comisión de Economía y Hacienda del Senado, se emite el 11 de marzo y se publica el 15. Aceptan en su Dictamen el texto del Proyecto de Ley recibido del Congreso de los Diputados, y sólo el Senador de la enmienda hace un voto particular.

Finalmente, el 24 de marzo, el Pleno del Senado aprueba el Proyecto, y así se hace público el 7 de abril en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. El 22 de abril aparece publicada la Ley 13/1999 en el BOE.

Más de cinco meses más tarde, el 19 de julio, el Grupo Socialista, que presentó tres enmiendas menores, presenta su recurso de inconstitucionalidad contra la Ley. Es el recurso 3247/1999²⁴. El recurso²⁵ reitera en gran medida –incluso literalmente- el anterior. Y añade que en lugar de la convalidación del Real Decreto-Ley, se ha hecho también su tramitación como Ley para poder subsanar vicios que la recurrente considera insalvables.

²⁴ BOE de 24 de septiembre de 1999. Núm. 229. Pág. 34107

²⁵ Como en el anterior recurso de inconstitucionalidad, firmado por 79 diputados, destacan en el segundo, entre los 81 diputados que lo firman, algunos nombres. Así antiguos Ministros –Carmen Alborch, José M^a Benegas-, futuros Ministros –Jesús Caldera, Cristina Narbona, M^a Teresa Fernández de la Vega, ahora Vicepresidenta 1^a-, o el actual Presidente del Gobierno. José Luis Rodríguez Zapatero.

III. PROBLEMAS JURÍDICOS DEL CASO.

A mi juicio, este caso plantea los siguientes problemas jurídicos:

- ¿Se puede ratificar un tratado internacional por medio de un Real Decreto-Ley? ¿Se puede adherir?
- ¿Puede la convalidación de un Real Decreto-Ley suplir la autorización parlamentaria para la prestación del consentimiento por parte de España que regula el art. 94.1 de la Constitución?
- Si tal ratificación por Real Decreto-Ley es inconstitucional ¿Es nula en derecho español? ¿Es nula en derecho internacional por ser una violación manifiesta que afecta una norma de importancia fundamental de nuestro derecho interno? (Es decir, “objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe”, según el art. 46. 1 y 2 del Convenio de Viena sobre derecho de los tratados de 1969).
- Hasta que no se declare la nulidad, ¿qué ocurre con sus efectos? En especial, en este caso, ¿hay que exigir la devolución con intereses de los pagos efectuados? ¿se debe considerar que España nunca ratificó la 4ª enmienda? ¿en qué fecha lo hizo?
- ¿Realmente los tratados internacionales son infraconstitucionales?

IV. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA. ARGUMENTOS DE LAS PARTES.

En el breve estudio que sigue se recogerán los argumentos de la sentencia y de sus votos particulares, dejando para otro apartado final una reflexión crítica de sus puntos más débiles.

La Sentencia, en sus antecedentes, sintetiza los hechos y las argumentaciones de los dos recursos y del Abogado del Estado. Así, el grupo socialista entiende que hay un vicio radical de la voluntad del Estado “y posterior consentimiento del Estado desde el punto de vista del Derecho internacional”²⁶. Más adelante concreta que de ello se deriva “una radical nulidad del consentimiento del Estado con eventuales repercusiones y responsabilidades en el plano internacional”²⁷. No desarrollará esa posible responsabilidad internacional del Estado.

1. Recurso del grupo socialista

Según los recurrentes debe haber una “esencial separación entre la actividad legislativa y la celebración de tratados”, con “procedimientos constitucional y reglamentariamente distintos, con una tramitación específica”, lo que es “una constante en nuestra historia constitucional y que fue incluso respetada durante la vigencia de las Leyes Fundamentales”²⁸. No cabe, pues, sustituir al Parlamento por “una suerte de autohabilitación por parte del Gobierno, amparándose en razones de urgencia y

²⁶ Antecedente 3.a) Párrafo 1.

²⁷ Antecedente 3.a) Párrafo 6

²⁸ Esta referencia al período franquista en el recurso socialista no deja de ser curiosa.

necesidad”²⁹. En opinión del recurso socialista hay obligación internacional –se exige en las decisiones del Directorio Ejecutivo del FMI, a las que se refiere el artículo 2 del Real Decreto-Ley y la Ley, un instrumento de adhesión que hay que depositar en el Fondo Monetario Internacional, y con ellas “han convenido en poner a disposición del Fondo recursos mediante el otorgamiento de préstamos”- y esta obligación internacional es para nuestra hacienda pública³⁰.

En concreto, citando al Consejo de Estado, consiste en “operaciones de crédito activo o pasivo para la Hacienda, ya sean de crédito económico, ya de crédito jurídico para las obligaciones monetarias”³¹.

Los socialistas ponen énfasis que el Gobierno de ese momento (del Partido Popular) se contradecía en “su propia forma de actuar, ya que previamente había solicitado de las Cortes Generales el inicio de ese procedimiento”³² (de tramitación ordinaria de los tratados internacionales) para luego presentarlo como Real Decreto-Ley. Además no logran apreciar la extraordinaria y urgente necesidad, ya que el Gobierno no hizo nada entre el 25 de septiembre de 1997 y el 28 de agosto de 1998. Además carecía de la imprevisibilidad que se exige a un Real Decreto-Ley, porque “el Gobierno conocía la existencia de cierta obligación internacional para España desde un año y once días antes de la aprobación del Decreto-ley”... “tiempo sobrado para que las Cortes Generales hubieran tramitado la preceptiva autorización”³³.

Además, con el Real Decreto-Ley se elimina el papel del Senado en la conclusión de tratados internacionales. De todo ello concluyen que “el Tribunal Constitucional podría declarar inconstitucional un Decreto-ley por vulneración de sus límites materiales, incluso en el supuesto de que ya hubiera sido substituido y derogado por la correspondiente ley de convalidación” y que “la propia ley de convalidación sería en sí misma inconstitucional”³⁴ por no respetar los procedimientos distintos de tramitación.

En el segundo recurso, el 3247/1999 que impugna la ley 13/1999, se insiste en que la convalidación “no supone ningún tipo de subsanación” y no es “constitucionalmente posible” ya que “la situación no se modifica(n) absoluto por el hecho de que materialmente el mismo texto sea convertido en Ley”³⁵.

2. Defensa del Abogado del Estado. El canje de cromos.

Por su lado, la sentencia resume la defensa que el Abogado del Estado realiza del Real Decreto-Ley y de la posterior Ley, muy técnica, propia de un contable, basada en la práctica anterior de las obligaciones asumidas con el Fondo Monetario Internacional y de los usos económico-financieros de dicha organización internacional. Para empezar,

²⁹ Antecedente 3.a) Párrafos 2 y 3

³⁰ Antecedente 3.a) Párrafo 4. Sorprende que se escriba “hacienda pública”, en minúscula, cuando el artículo 94.1 d) de la Constitución habla de “tratados o convenios que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública”, en mayúscula.

³¹ Antecedente 3.a) Párrafo 5. Referido al Dictamen nº 46.685, de 8 de junio de 1990, ya mencionado.

³² Antecedente 3.a) Párrafo 6.

³³ Antecedente 3.b) Párrafo 2

³⁴ Antecedente 3.a) Párrafo 7

³⁵ Antecedente 11. Párrafos 1 y 2.

recuerda que España se adhirió “por medio de Decreto-ley de 4 de julio de 1958”, que “la tercera enmienda tuvo una repercusión mínima” y que la “segunda enmienda fue aceptada por España mediante Instrumento de 18 de abril de 1977”³⁶. De la primera enmienda, ni una palabra, lo que es algo un poco paradójico.

Sigue a continuación aclarando que “poner a disposición” del FMI recursos es comprar moneda extranjera con cantidades de la propia, con el compromiso de recomprarla en 5 años. Para “constituir ese fondo de recursos”³⁷ del Fondo (valga el juego de palabras) hay una fórmula general –las cuotas- y otra excepcional –los préstamos de los Estados miembros-. La cuota se calcula cada cinco años según “su peso específico en la economía mundial” y puede dar lugar, “en su caso, al *pago* del aumento correspondiente”³⁸. El *pago* se hace descompuesto en un cuarto en Derechos Especiales de Giro o moneda de otro país, y tres cuartas partes en moneda propia. Ese 25 % “*pagado* en derechos especiales de giro o en divisas de otros países” puede ser luego sustituida por moneda propia “con sólo alegar problemas de balanza de pagos, escasez de reservas, etc.”³⁹. A pesar de describir esta operación como “*pago*”, el Abogado del Estado recupera el argumento utilizado en el debate parlamentario por parte del Grupo Popular⁴⁰ y el propio Vicepresidente Segundo y Ministro de Economía y Hacienda de la época⁴¹ y considera que sólo se ha producido un cambio de cromos. De modo que “en el activo del balance del Banco de España habrá una partida contra el Fondo por el importe de la cuota pagada en divisas”, y si se aumenta la cuota, “el Banco de España se limita a reducir la partida de activo que tiene en divisas ... y aumentar en la misma proporción su partida de activo contra el Fondo”. Es decir, “un cambio en la composición de la cuenta de activo del balance”. Igualmente, lo pagado en moneda propia es un “abono de su importe en la cuenta corriente que el Fondo tiene en cada Banco central, originando el pasivo correspondiente por el mismo importe”⁴². De ahí que, a su juicio, sea el Banco de España quien dispone lo necesario para cumplir estas obligaciones.

³⁶ Antecedente 8. Párrafo 1

³⁷ Antecedente 8. Párrafo 4

³⁸ Antecedente 8. Párrafo 4

³⁹ Antecedente 8. Párrafo 4

⁴⁰ En palabras del señor Ollero Tassara, “de los cuatro artículos del decreto-ley, los que implican obligaciones financieras no suponen modificación alguna de ningún tratado y el artículo que supone modificación de un tratado, que es el 3, no implica obligación financiera alguna porque, *casualmente, el Gobierno encontró después* (sic) una vía mediante la cual se podía solucionar perfectamente esa cuestión a través del artículo 13.2 b) de la Ley 13/1994, de Autonomía del Banco de España, por el cual no se asume ninguna obligación financiera. Se trata simplemente de un cambio de materialización de las reservas del Banco de España que, en vez de estar en divisas, van a estar en derechos de giro”. *Diario de Sesiones. Congreso*. 28 de octubre de 1998. Núm. 190. Pág. 10141.

⁴¹ “Que sepan que el derecho especial de giro es una unidad de cuenta del Fondo Monetario Internacional; por lo tanto, es una forma de asignar o de denominar reservas. Estos derechos especiales de giro suponen que España traslada al Fondo en este caso unos 2.800 millones de dólares y recibe a cambio la misma cantidad denominada en derechos especiales de giro, que continúan formando parte de nuestras reservas y que por lo tanto para nada afectan ni a decisiones presupuestarias ni al montante total de reservas españolas. Además, los derechos especiales de giro del Fondo Monetario Internacional son remunerados y, en consecuencia, ni siquiera se ve afectada la cuenta de beneficios del Banco de España”. *Diario de Sesiones. Congreso*. 28 de octubre de 1998. Núm. 190. Pág. 10145.

⁴² Antecedente 8. Párrafo 5

Lo mismo cabe decir de los fondos extraordinarios que se ceden al FMI, pues “la operación supondrá una partida de activo en su balance por la cantidad entregada, por suponer un derecho de crédito contra el Fondo”⁴³ que suponen el derecho al reembolso a cargo del Fondo. Es el Fondo quien asigna los derechos especiales de giro, que “se entregan por el Fondo sin ningún tipo de contraprestación, salvo la obligación de devolución en caso de cancelación”⁴⁴. En su exposición, el Abogado del Estado, presenta estas aportaciones extra al Fondo como “fondos de recursos al que puedan acceder sus miembros, temporalmente, para resolver sus necesidades coyunturales de moneda extranjera”. No son, pues, “inversión en países necesitados”, sino “moneda propia, de libre uso, o derechos especiales de giro para que éste (el Fondo) ponga los recursos a disposición, temporalmente, de los países miembros que los necesiten para hacer frente a sus obligaciones internacionales”⁴⁵. No alcanzamos a comprender qué interés puede tener ir pasando a terceros los cromos que le dejamos al Fondo si éstos no suponen una aportación real de dinero.

Sigue el Abogado del Estado distinguiendo la enmienda al Convenio constitutivo del FMI de la ejecución de sus decisiones. Según su visión, el aumento de cuotas es sólo un desarrollo del tratado con un ajuste contable. Del mismo modo, los préstamos al FMI son también un desarrollo. “Ergo”, no hace falta ningún acto de adhesión, ya que sólo es una “gestión de la cuenta de reservas del banco de España” y “no estamos ante una obligación financiera para la hacienda pública” aunque “estas cantidades serán entregadas por el Banco de España”⁴⁶.

Por lo que se refiere a la Cuarta enmienda al Convenio constitutivo del FMI, aunque tiene “por objeto hacer una mera asignación de derechos especiales de giro teniendo en cuenta la nueva situación internacional” y, a su juicio, éso estaría dentro de los casos del artículo 94.2 de la Constitución –mera información a las Cortes “a posteriori”- con decisión en solitario por el Banco de España, el Gobierno decidió someter la ratificación a la autorización previa de las Cortes⁴⁷. Así considera que “la falta de autorización previa del Congreso y del Senado de la cuarta enmienda al Convenio constitutivo no puede considerarse un vicio de constitucionalidad” y si lo fuera “su reconocimiento no podría provocar efecto alguno o, en su caso, meramente declarativo”⁴⁸.

El letrado del Gobierno cree que no se han vulnerado las competencias del Parlamento porque ha considerado hasta tres veces la autorización ahora recurrida, y destaca que no se ataca el artículo 4, tanto del Real Decreto-Ley como de la Ley, porque se trata de préstamos aún no concretados⁴⁹. Las Cortes convalidan el Real Decreto-Ley (que a su

⁴³ Antecedente 8. Párrafo 6

⁴⁴ Antecedente 8. Párrafo 7. Parece que entre el Abogado del Estado y el anterior Vicepresidente económico y ahora Director gerente del Fondo hay una discrepancia sustancial. ¿Los Derechos Especiales de Giro están o no remunerados con intereses? Según el Artículo XX Sección 1ª del Convenio Constitutivo en su redacción actual, tienen intereses que se fijan periódicamente.

⁴⁵ Antecedente 8. Párrafo 8.

⁴⁶ Antecedente 8. Párrafo 13.

⁴⁷ Antecedente 8. Párrafo 15.

⁴⁸ Antecedente 8. Párrafo 15. De toda la argumentación desarrollada por el Abogado del Estado parece que en la Sentencia sólo ha cuajado ésta, la de no provocar efecto alguno.

⁴⁹ “[H]ipotética asunción de nuevos compromisos mediante instrumentos financieros que todavía no se han determinado”. Antecedente 8. Párrafo 16. Lo que nos fuerza a pensar que las obligaciones financieras internacionales de los artículos 2 y 3 ya están desembolsadas. Ésto encajaría con las palabras de D.

juicio es “provisional”) y deja así de ser inconstitucional. Pero insiste en su visión y llega a recogerse su opinión que aparentemente debería haber sido encajado dentro del artículo 94.1 de la Constitución, pero que “un análisis más pormenorizado del contenido de esta enmienda (la 4ª), que consistía en una nueva asignación de derechos especiales de giro, puso de manifiesto que no podía suponer ninguna implicación para el gasto público y que, por ello, no requería ese procedimiento especial”⁵⁰. Resulta extraño que luego, a pesar de ese “análisis más pormenorizado”, se tramite según el artículo 94.1 de la Constitución. Más extraño aún es que si no hay que reconvertirlo en Ley, sus efectos sean provisionales. Que la sentencia deje claro que la vía correcta es la del artículo 94.1 llena de sombras lo pormenorizado que fue ese “análisis”.

En sus consideraciones finales, el Abogado del Estado considera que las especificidades del proceso parlamentario de ratificación, en contraposición con la tramitación legislativa ordinaria, son menores y apenas importan. Justifica la urgencia con referencias a la “situación financiera internacional y más concretamente, a la de los países iberoamericanos”, tras la crisis iniciada “en los mercados bursátiles orientales” que “podía extenderse a países iberoamericanos con una fuerte conexión económica y financiera con España”⁵¹ y no aclara la urgencia y el riesgo imprevisible, porque hacerlo supondría su materialización, a modo de “self-fulfilling prophecy”⁵².

Por lo que se refiere a la respuesta al recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 13/1999, el Abogado del Estado defiende la equivalencia entre la convalidación del Real Decreto-Ley y la tramitación como Ley. Añade que no hay invasión de competencias y que “ya no se pueda imputar el resultado de esa disposición al Gobierno”⁵³.

V. RAZONAMIENTOS DE LA SENTENCIA.

1. Fallo: Ni sí ni no, sino todo lo contrario

Tras cinco años sin ninguna actuación del Tribunal Constitucional⁵⁴, al sentenciar, éste inicia sus consideraciones preguntándose si la posterior autorización de las Cortes

Rodrigo de Rato en la sesión parlamentaria de 28 de octubre de 1998. “En este sentido, el Reino de España, en nuestra opinión, debe cumplir de forma inmediata con los compromisos que ya tenía adquiridos con el Fondo Monetario Internacional. España realiza una aportación inmediata de fondos a esa institución que ya tenía comprometida, pero necesario realizarla cuanto antes, como lo están haciendo otros países”. *Diario de Sesiones. Congreso*. 28 de octubre de 1998. Núm. 190. Pág. 10145.

⁵⁰ Antecedente 8. Párrafo 19.

⁵¹ Antecedente 8. Párrafo 20. Curiosamente, el FMI explica en la Guía antes mencionada sobre qué es el Fondo Monetario Internacional que “durante la crisis financiera en Asia en el período 1997-1998, el FMI facilitó préstamos muy considerables, por un total de más de US\$ 36.000 millones, a Indonesia, Corea y Tailandia en respaldo de medidas de estabilización y de reforma estructural”. No hay, pues, ninguna referencia a Iberoamérica. CLIFT, Jeremy, director. *Op. cit.* Pág. 32

⁵² Antecedente 8. Párrafo 21. “...no se ha podido ser todo lo realista y descriptivo que se podría haber sido por tratarse de un sector muy sensible, que actúa ante noticias negativas desencadenando crisis de muy difícil o imposible recuperación. Por este motivo la exposición de motivos del Decreto-ley no contiene una descripción apocalíptica de la situación financiera internacional...”

⁵³ Antecedente 13. Párrafo 4.

⁵⁴ De hecho, reconoce tácitamente su lentitud, al desestimar la alegación de que no se podría analizar si la Ley subsana los defectos de un Real Decreto-Ley y que sólo se podría discutir los efectos en el período de

elimina el vicio de inconstitucionalidad, y, a efectos doctrinales, si la vía del Real Decreto-Ley era la correcta, para luego –si es necesario- estudiar los requisitos del mismo. Resalta que el recurso no es de todo el Real Decreto-Ley, sino sólo de dos de sus artículos –asumiendo una de las alegaciones del Abogado del Estado, que destacaba que el artículo 4 no estaba recurrido-.

A juicio del Tribunal, las leyes son algo distinto a los tratados internacionales y por ello un Real Decreto-Ley no es vía para prestar el consentimiento a un tratado internacional. El Gobierno no puede ejercer a la vez dos papeles, de autorizante y autorizado. La convalidación parlamentaria de un Real Decreto-Ley sólo asegura la participación del Congreso de los Diputados, y no la de todas las Cortes Generales, “de manera que no es posible ver en la convalidación un acto equivalente a la autorización requerida por el artículo 94.1 CE”⁵⁵. Además, “ha de ser previa a la prestación del consentimiento”⁵⁶. De modo que el Real Decreto-Ley no es válido ni siquiera a efectos provisionales.

Entra a continuación a estudiar si es o no una obligación financiera para la Hacienda Pública aunque vaya a cargo del Banco de España, y sostiene que “llevan razón los recurrentes” y que es “evidente” que aunque las cantidades se apunten en la cuenta del activo del Banco de España, la “lógica consecuencia del compromiso previo de esa puesta a disposición, que caso de hacerse efectiva, exigirá la correspondiente aportación dineraria, a la que el Estado se obliga”, por lo que “es indudable la afectación de la hacienda pública”⁵⁷. Desautoriza, pues, la interpretación del Abogado de Estado del cambio de cromos y también la que convertía los acuerdos de incrementos de las aportaciones de España en meros desarrollos del Convenio constitutivo del FMI. Así, las decisiones del FMI sólo son obligatorias si cuentan con el acuerdo de los Estados miembros (“la adhesión a los mismos no es obligada”, los países miembros “no están obligados a concederlos” –los préstamos-) y cada compromiso es independiente del resto⁵⁸. De modo que “el art. 2 del Real Decreto-ley 14/1998 es inconstitucional por infracción del art. 94.1 d) de la Constitución”⁵⁹.

Acto seguido pasa al artículo 3 del Real Decreto-Ley y establece que la enmienda a un tratado debe seguir el mismo camino que la prestación del consentimiento a un tratado internacional, y detecta que el propio Gobierno ya lo supuso “al iniciar para ella el procedimiento del art. 94.1 CE antes de promulgar el Real Decreto-ley 14/1998 y continuarlo aun después de su promulgación”⁶⁰. De modo que establece la inconstitucionalidad del artículo 3 del Real Decreto-Ley y se ahorra “examinar si concurre o no la circunstancia de extraordinaria y urgente necesidad”⁶¹.

Establecida la inconstitucionalidad de los artículos 2 y 3 del Real Decreto-Ley, dilucida si la posterior Ley 13/1999 arregla sus vicios y sirve para cumplir con el art. 94.1 de la

vigencia entre uno y otro, porque ese lapso es “un tiempo en el que este Tribunal nunca podrá materialmente pronunciarse”. Fundamento jurídico 2. Párrafo 3.

⁵⁵ Fundamento jurídico 5. Párrafo 1.

⁵⁶ Fundamento jurídico 5. Párrafo 2.

⁵⁷ Fundamento jurídico 6. Párrafos 3 y 4.

⁵⁸ Fundamento jurídico 6. Párrafos 5 y 6.

⁵⁹ Fundamento jurídico 6. Párrafo 7.

⁶⁰ Fundamento jurídico 7. Párrafo 2.

⁶¹ Fundamento jurídico 7. Párrafo 5.

Constitución. Su respuesta es negativa, ya que una validación no es lo mismo que una autorización previa, en la validación sólo interviene una cámara parlamentaria y quien decide, en última instancia, es el Gobierno que lograría que su “autorización gubernativa” subsanada produjera efectos desde el principio. Porque de lo contrario el Tribunal Constitucional sólo podría verificar la compatibilidad del tratado “una vez que aquél ya hubiera sido objeto de compromiso por el Gobierno en el ámbito del Derecho internacional”⁶², precisamente lo ocurrido en este caso.

En cambio, el Tribunal considera que las Cortes intervienen correctamente si se tramita como una Ley, pero no por cualquier camino. Contrariamente a la afirmación del Abogado del Estado, que consideraba que era “un procedimiento que es prácticamente idéntico”⁶³, el Tribunal destaca el mayor papel del Senado en la ratificación de los tratados internacionales, “una relevancia verdaderamente excepcional en nuestro sistema parlamentario”⁶⁴, que tiene una promulgación y un control de constitucionalidad distinto.

Recuerda que la Ley 13/1999 no sólo incluye el consentimiento a tratados internacionales sino que incluye normas internas de carácter legislativo y reglamentario –como los pagos y avales de hasta 170.000 millones de Pesetas según la Ley general presupuestaria- y que en anteriores aumentos de la cuota ha habido ley de aplicación. Concluye, por tanto, que se deberían haber seguido dos procedimientos, uno para el consentimiento a la enmienda al tratado y otro para la ley de acompañamiento.

En el Fundamento jurídico 10 la sentencia da un vuelco y, como ya hemos señalado, a pesar de declarar la inconstitucionalidad del artículo 2 de la Ley 13/1999, no lo declara nulo para evitar perjuicios, por “cuando la disposición recurrida ha deparado efectos económicos cuya reversión provocaría consecuencias indeseadas desde el punto de vista de la seguridad jurídica o de los derechos de los terceros”⁶⁵. Vulnera conscientemente el artículo 39.1 LOTC⁶⁶ puesto que evita su “aplicación sin matices” (aunque la ley no prevé ningún matiz). La declaración de inconstitucionalidad es sanción suficiente. El Tribunal decide que los efectos son irreversibles, pues “el compromiso de carácter económico asumido por el Estado ha de darse por perfectamente consumado, y no cabe revertirlo para evitarlos perjuicios que en otro caso podrían acarrear al Fondo Monetario Internacional y a otros Estados”⁶⁷ ya que estamos ante “un compromiso internacional inatacable desde la perspectiva del Derecho de los tratados”⁶⁸.

Finalmente, como el proceso de ratificación de la 4ª enmienda fue paralelo al Real Decreto-Ley, el Tribunal considera que aquel proceso es correcto. Copiar el texto del Real Decreto-Ley es “innecesario e incluso anómalo”⁶⁹ pero no inconstitucional.

⁶² Fundamento jurídico 8. Párrafo 3.

⁶³ Fundamento jurídico 8. Párrafo 2

⁶⁴ Fundamento jurídico 9. Párrafo 3

⁶⁵ Fundamento jurídico 10. Párrafo 2

⁶⁶ Art. 39.1 Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de Ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia”

⁶⁷ Fundamento jurídico 10. Párrafo 3.

⁶⁸ Fundamento jurídico 10. Párrafo 4.

⁶⁹ Fundamento jurídico 10. Párrafo 6.

Aunque ya estuviera ratificado, no se había publicado como tal ratificación. Finalmente, en la sentencia se ignora que antes entró en vigor, precisamente lo que recordaba en la última frase del Fundamento jurídico 8, y no aclara qué pasaba en ese tiempo intermedio entre Real Decreto-Ley y Ley.

2. Votos particulares.

La sentencia tiene dos votos particulares que discrepan de la mayoría. Estos votos suponen, de hecho, una visión crítica de los puntos débiles de la sentencia. En el primero, de Javier Delgado Barrio, discrepa de los fundamentos jurídicos 9 y 10, porque son lacónicos y sin fundamentación. Para él no se infringe el artículo 94.1 CE y lamenta que la sentencia no concrete “en qué consisten las vulneraciones de estos preceptos”⁷⁰. Considera que hay que estudiar el procedimiento del artículo 74.2 de la Constitución. Como no hubo discrepancias entre el Congreso de los Diputados y el Senado y luego se aprobó la Ley por ambas cámaras, estima que no hay infracción del artículo 74.2 ni tampoco de los Reglamentos del Congreso y Senado. De ahí que estima que se debería haber desestimado el segundo de los recursos –no el primero–.

El segundo de los votos, del magistrado Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, es de mucha más enjundia. También defiende la legalidad de la Ley. Lo hace con florituras estilísticas muy atractivas –“la Constitución de 1978 ha sido severa en el control del Poder ejecutivo”⁷¹, “la preocupación de nuestros constituyentes por embridar la política exterior que dirige el Gobierno parlamentario del Reino de España”⁷², - defendiendo una lectura flexible, ya que no es necesario controlar al Gobierno como en tiempos de la dictadura, y el Gobierno necesita ahora un mayor margen de actuación. Así, contrapone la lectura estricta a una más flexible, descritas en inglés como “*broad and strict construction*”⁷³. Asegura que “algunos (sic) Gobiernos, inseguros ante la enunciación ciertamente no clara de los casos del artículo 94.1 CE”⁷⁴, y por miedo a una recalificación de los tratados una vez tramitada su autorización, prefieren hacerlo por la vía del artículo 94.1 de la Constitución. Así se llega a un dilema, “la alternativa peligrosa del incumplimiento inconstitucional o de la asfixia de nuestra acción exterior”⁷⁵.

A su juicio, dado que el Parlamento ha dado hasta tres veces su autorización (argumento del Abogado del Estado, recordémoslo), se debía haber dado por bueno. A pesar de que ocupa cuatro páginas de voto discrepante –cuando la sentencia llena seis-, afirma que “no me será posible exponer mi posición de forma detallada” y, por tanto, sólo detalla

⁷⁰ Voto particular 1. Punto 1

⁷¹ Voto particular 2. Punto 1. Párrafo 2.

⁷² Voto particular 2. Punto 1. Párrafo 3.

⁷³ Precisamente en inglés escribía Locke en el Capítulo XIII de su “The Second Treatise of Civil Government” destinado a “of the subordination of the Powers of the Commonwealth” defendiendo que “in all cases, whilst the government subsists, the legislative is the supreme power”, lo que mantenía incluso “in some commowealths where the legislative is not always in being ...”. Quizá una visión demasiado antigua para el magistrado discrepante, que coloca al ejecutivo por encima. Vid. LOCKE, John. *Two Treatises of Government*. The Hafner Library of Classics. Hafner Publishing Co. New York, 6ª Ed. 1965. Págs. 150 y 151

⁷⁴ Voto particular 2. Punto 1. Párrafo 6.

⁷⁵ Voto particular 2. Punto 2. Párrafo 2.

“los aspectos esenciales de mi disentimiento”⁷⁶, que es “más conforme al espíritu de la materia que nos ocupa”⁷⁷. Como se ha mencionado antes, defiende la visión del “cambio de cromos”. Estima que la autorización es una ley más y asegura que de esta visión hay ejemplos “sobrados” desde 1978, pero no los cita, porque no cree necesario “traer a colación”⁷⁸ ninguno.

Critica que se siga utilizando el Decreto 801/1972 porque en él aún hay “constantes referencias a la Ley constitutiva de las Cortes de 17 de julio 1942”⁷⁹ (el grupo socialista también lo hacía en su recurso) y en dos ocasiones exige una ley de tratados, a la que indica qué debe contener. Parece que defiende una visión dualista en la relación entre derecho interno e internacional. Cuantifica en un 60% los tratados en que no interviene el Rey y destaca que algunas resoluciones de organizaciones internacionales son fuentes del derecho internacional –curiosamente sólo cita las de ámbito financiero y bancario, y las medioambientales, “cuya naturaleza jurídica se encuentra a caballo entre lo convencional y lo institucional”⁸⁰, pero olvida al propio Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas-. Estima que la ley de tratados debería abarcar esa posible fuente –que no son tratados internacionales, lo que añade más paradojas a este asunto-..

Critica que la sentencia declare “paladinamente inconstitucional”⁸¹ el Real Decreto-Ley, y coherentemente critica que no se estudie en la sentencia que fuera el Real Decreto-Ley el que prestó el consentimiento de España. Cree que la prestación del consentimiento a tratados internacionales por medio de un Real Decreto-Ley no está excluido en la Constitución. Si algo no es nulo, no es nulo nada. Si lo era algo, todo lo que se deriva lo es también. Así que ve muy claro que la sentencia se contradice a declarar inconstitucional pero no nulo el artículo 2 de la Ley 13/1999 y “cuyos efectos sobre el tratado no se precisan”⁸².

Como cree que el Real Decreto-Ley permite ratificar un tratado, imposibilitarlo excluye la aplicación provisional de un tratado, “única posibilidad constitucional”⁸³, –olvidando que hay aún los tratados que irían por la vía del artículo 94.2 de la Constitución- y lo justifica con la pérdida de Filipinas al no poderse ratificar por Decreto el tratado de París de 1898 por el que se cedía Cuba, Puerto Rico y una de las islas Ladroneas. Lo que parece extraño para alguien que critica que se use aún una norma del pasado.

VI. A MODO DE PREGUNTAS FINALES Y VALORACIÓN CRÍTICA

El Real Decreto-Ley parece originado en la convicción, tan frecuente entre economistas, de que el Derecho y lo jurídico en general son meras formalidades sin importancia. Que, por ello, lo realmente importante es el compromiso de pagar, que puede ser una promesa verbal del propio Ministro a un colega, y que ya resolverán cómo hacerla efectiva de

⁷⁶ Voto particular 2. Punto 2. Párrafo 3.

⁷⁷ Voto particular 2. Punto 2. Párrafo 3.

⁷⁸ Voto particular 2. Punto 4. Párrafo 2.

⁷⁹ Voto particular 2. Punto 4. Párrafo 3.

⁸⁰ Voto particular 2. Punto 5.

⁸¹ Voto particular 2. Punto 6. Párrafo 2.

⁸² Voto particular 2. Punto 9. Párrafo 3.

⁸³ Voto particular 2. Punto 10. Párrafo 7.

inmediato los técnicos del Ministerio. En el presente caso, la inmediatez supuso vulnerar la Constitución. Eso ha quedado claro ahora. Pero quedan planteadas aún dudas tras la respuesta dada por el Tribunal Constitucional.

La Sentencia, al final, ha decidido que el primer consentimiento, la ratificación por Real Decreto-Ley, se prestó vulnerando la Constitución. Pero no entra en esos meses entre el Real Decreto-Ley y la Ley, ¿España no entró a formar parte del Convenio constitutivo del Fondo, según su 4ª enmienda, hasta la segunda ratificación? ¿Tendría que denunciarlo, como indicó la actual Vicepresidenta? ¿Se consideraría una ratificación evidentemente nula, y por ello, no alegable por los demás Estados? ¿Hubo aplicación provisional entre una fecha y la otra⁸⁴? ¿Por qué se pagó?

Pero la sentencia no entra en detalles y evita entrar en el campo del Derecho Internacional. No sólo no detecta que a la cuarta enmienda España no se puede “adherir” –como anuncian genéricamente tanto el Real Decreto-Ley y la Ley- porque aún no ha entrado en vigor y España estaba en la conferencia internacional que la negoció, sino sólo “ratificar”, sino que huye de reflexiones lógicas para limitarse a una ambigua explicación constitucionalista. ¿Podría dejar de estar en vigor la 4ª enmienda si España hubiera sido el Estado que permitió superar el listón del 85% del voto o las 3/5 partes de los Miembros?

Tampoco responde a cuestiones fácticas. ¿Por qué se pagó si la cuarta enmienda no ha entrado en vigor? ¿Dónde estaba la urgencia? ¿Por qué España lo consideró urgente si el resto de Estados necesarios para que entre en vigor no consideraron lo mismo? ¿Tendría el Fondo que devolver el dinero entregado? ¿Con intereses? (Recordemos que según Rodrigo de Rato los derechos especiales de giro los tienen y el texto del Convenio Constitutivo del FMI lo confirma) ¿Por qué es irreversible si el propio Abogado del Estado reconoce que con las aportaciones extraordinarias cabe devoluciones por naturaleza y la cuota puede bajarse si el Estado parte pierde posiciones en el contexto internacional?

De las cuestiones jurídicas que planteaba la sentencia, el Tribunal Constitucional responde que no puede ratificar un tratado internacional por medio de un Real Decreto-Ley y en buena lógica tampoco se puede realizar ninguna adhesión. También responde que la convalidación de un Real Decreto-Ley no suple la autorización parlamentaria para la prestación del consentimiento prevista en el art. 94.1 de la Constitución, aunque en este caso no se aplica porque se autorizó casi sin querer.

No aclara de manera convincente, en cambio, por qué siendo inconstitucional no es nula en derecho español. Ni sospecha que la nulidad española pueda afectar los efectos del tratado en el ámbito del derecho internacional, tal y como regula el art. 46. del Convenio de Viena sobre derecho de los tratados de 1969. De este modo no exige la “restitutio in

⁸⁴ En el debate parlamentario, el aquel entonces diputado por Minoría Catalana y ahora eurodiputado, Ignasi Guardans Cambó, ya planteó la aplicación provisional como solución al lío generado por el Real Decreto-Ley, que él califica de “galimatías jurídico”, “chapuza” o “error jurídico”, y del que “se puede salir perfectamente de este atolladero, de este galimatías sin acudir al conflicto de competencias que propone el Grupo Socialista, y eso sencillamente por la vía de la aplicación provisional de los tratados”, permitida, según aclara, por el artículo 25 del Convenio de Viena de 1969 y seguida por España en 76 ocasiones. *Diario de Sesiones. Congreso*. 28 de octubre de 1998. Núm. 190. Pág. 10138 y 10139.

integrum”. De modo que cabe deducir que los tratados internacionales no son, en realidad, infraconstitucionales, si afectan a compromisos económicos internacionales.

La cuestión clave está en el Fundamento Jurídico 10 de la Sentencia. Que declara inconstitucional pero no nula la obligación de España contenida en el artículo 2, la que subía sus posibles préstamos al FMI en 672 millones de DEGs, porque así lo permite la STC 45/1989 de 20 de febrero, ya que de lo contrario se afectaría otros Estados y el FMI y se perjudicaría la fiabilidad de España en el contexto internacional.

La realidad es otra. Como se prevé en el Convenio Constitutivo del FMI y en sus Estatutos, los Derechos Especiales de Giro se pueden devolver, y el FMI debería abonar intereses. No es una posibilidad prohibida internacionalmente. El Derecho internacional no obliga a convalidar algo que ha vulnerado flagrantemente la Constitución interna. Al contrario, si es evidente, su nulidad puede ser opuesta a otros Estados. La decisión del Tribunal, un parche a una “chapuza”, parece buscar su inoponibilidad más que la corrección jurídica.

Porque mientras que la cuarta enmienda aún no ha entrado en vigor –por lo que difícilmente puede perjudicar a otros Estados o al FMI- la cuota ampliada no es un capital propiedad del FMI sino del Estado miembro –en este caso, España- que puede hacer con ella lo que quiera, incluyendo pedir su devolución.

Sin embargo, el Tribunal usa el derecho internacional y las obligaciones del Reino en la sociedad internacional como un ámbito opaco en el que no se puede verificar nada y en el que el Estado se puede obligar sin que internamente se pueda deshacer esos compromisos. Lamentamos la falta de coraje del Tribunal al evitar pronunciarse sobre estos aspectos, y del nuevo Gobierno por no cumplir con lo que anunciaron. Porque nada impide a un Estado deshacer algo si estaba mal realizado.

Se podría pedir la devolución de la cuota abonada y los posibles préstamos hechos ilegalmente y acto seguido entregarla de nuevo –conservando los intereses que se hubieran devengado- sin que se pudiera alegar que se afectaban expectativas de otros Estados. Más bien lo contrario, por aquiescencia, no hacerlo supone avalar internacionalmente un comportamiento anómalo, ilegal, ahora que se debería pronunciar un órgano competente. Porque ya se ha pagado.

Por ello es muy triste descubrir que la sentencia en la que se basa para justificar ese incumplimiento de la LOTC es la 45/1989 de 20 de febrero⁸⁵, que rompió la

⁸⁵ “Fundamento jurídico 11: ... En lo que toca a los efectos, hemos de comenzar por recordar que, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica de este Tribunal (art. 39.1), las disposiciones consideradas inconstitucionales han de ser declaradas nulas, declaración que tiene efectos generales a partir de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado” (art. 38.1 LOTC) y que en cuanto comporta la inmediata y definitiva expulsión del ordenamiento de los preceptos afectados (STC 19/1987, fundamento jurídico 6º) impide la aplicación de los mismos desde el momento antes indicado, pues la Ley Orgánica no faculta a este Tribunal, a diferencia de lo que en algún otro sistema ocurre, para aplazar o diferir el momento de efectividad de la nulidad.

Ni esa vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad es, sin embargo, siempre necesaria, ni los efectos de la nulidad en lo que toca al pasado vienen definidos por la Ley, que deja a este Tribunal la

discriminación fiscal que padecían los matrimonios al hacer la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas en aplicación de la normativa creada por el Ministerio de Economía y Hacienda. Porque le da la vuelta a la sentencia para mantener el criterio ya aplicado, el de la administración que ha equivocado su postura. De la misma manera que no se aplicó retroactivamente y de manera generalizada aquella sentencia, y no permitió devoluciones de pagos, ésta lo deja todo igual, como si no se hubiera vulnerado nunca la Constitución al aceptar la nueva cuota, los préstamos al FMI o al ratificar la cuarta enmienda del FMI.

Parece como si el Tribunal quisiera darle la razón a Bodino cuando este autor de la época inicial del Derecho Internacional clásico⁸⁶ aconsejaba cumplir la palabra dada a un fuera de la ley, y ponía como ejemplo el anuncio publicado por el Emperador Augusto de que daría 25.000 escudos a quien le entregara el cántabro Corocotta o Ciocotas, “leader of the Spanish briganes”. Éste mismo se presentó y Augusto ordenó que le pagaran y le concedió el perdón “in order to give a good example of keeping faith, for in such matters the honour of God and of the Republic is involved ...”⁸⁷. Pagar y no remover más la cuestión, para poder mantener la honorabilidad del Estado internacionalmente. Pero demostrando que pasar de oposición a Gobierno produce amnesia y, aplicando las palabras de la actual Vicepresidenta 1ª, que el ordenamiento español aplica algo que no existe. De modo que la Constitución ya no es la norma suprema. La verdadera norma suprema está “ahí fuera”, en el limbo internacional, como si fuera un Expediente X.

Septiembre 2005

tarea de precisar su alcance en cada caso, dado que la categoría de nulidad no tiene el mismo contenido en los distintos sectores del ordenamiento.

La conexión entre inconstitucionalidad y nulidad quiebra, entre otros casos, en aquellos en los que la razón de la inconstitucionalidad del precepto reside, no en la determinación textual alguna de éste, sino en su omisión. ... preceptos ... inconstitucionales formaban parte de un sistema legal cuya plena acomodación a la Constitución no puede alcanzarse mediante la sola anulación de aquellas reglas, pues la sanción de nulidad, como medida estrictamente negativa, es manifiestamente incapaz para reordenar el régimen del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas ...

Le cumple, pues, al legislador, a partir de esta Sentencia, llevar a cabo las modificaciones o adaptaciones pertinentes en el régimen legal del impuesto, sirviéndose para ello de su propia libertad de configuración normativa ...

La segunda de las mencionadas precisiones es la de que entre las situaciones consolidadas que han de considerarse no susceptibles de ser revisadas como consecuencia de la nulidad que ahora declaramos figuran no sólo aquellas decididas mediante Sentencia con fuerza de cosa juzgada ... por exigencia del principio de seguridad jurídica ... las establecidas por actuaciones administrativas firmes...

... tampoco en lo que se refiere a los pagos hechos en virtud de autoliquidaciones o liquidaciones provisionales o definitivas acordadas por la Administración ... También en este supuesto, en efecto, esa nulidad provoca una laguna parcial en un sistema trabado que, como tal, no es sustituido por otros sistema alguno” (BOE nº 52)

⁸⁶ También, por lo que parece, era economista y que en 1568 ya relacionó los precios con el volumen monetario.

⁸⁷ BODIN, Jean. *Six Books of the Commonwealth*. Basil Blackwell. Oxford, 1967. Reimpresión. Pág. 180