



Juan ZURDO RUIZ-AYÚCAR
Ignacio ZURDO RUIZ-AYÚCAR
Socios directores de J. & I. Zurdo
Abogados
Madrid

A vueltas con la Junta Arbitral de la Ley del Concierto Económico y el artículo 44 de la LJCA. Una interpretación de parte

I. INTRODUCCIÓN

Recientemente se han hecho en estos Cuadernos de Aranzadi diversos comentarios sobre incidencias jurídicas nacidas del Concierto Vasco y de su aplicación.

Nos referimos ahora a los trabajos de Isaac MERINO JARA y Sofía ARANA LANDÍN, en cuanto que abordan el tema que ahora queremos exponer y que no es otro que el que deriva de la inexistencia de la Junta Arbitral que el Concierto Vasco prevé desde su primera versión postconstitucional y los problemas que tal inexistencia hacer nacer.

En concreto, creemos oportuno glosar una sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que parece de referencia obligada en el tema, y es la de 15 de noviembre de 2004. Ambos comentaristas se refieren a su contenido.

Se da la circunstancia de que dicha Sentencia se produce respecto de un asunto en el que la Diputación Foral de Álava nos confió la asistencia letrada.

Contando con la debida autorización, estimamos oportuno hacer estos comentarios para reflejar la totalidad conceptual del conflicto y no sólo el que se recoge de la Sentencia. Y creemos que esta conveniencia ha de referirse a los asuntos más procedimentales de fondo, por lo que su exposición puede servir para derivar ideas o futuros comentarios de quienes están académica o profesionalmente relacionados con materias como las del Concierto Económico y las que rodean al «objeto» de la jurisdicción contencioso-administrativa. Éste es nuestro ánimo.

II. CRONOLOGÍA Y HECHOS A DESTACAR

1. El fondo del asunto planteado consiste en un conflicto interpretativo sobre un determinado punto de conexión previsto en el Concierto para la aplicabilidad del IVA.

Este asunto es conocido: qué Administración es competente para la exacción del impuesto cuando las empresas vinícolas destinan a consumo partidas que han circulado previamente en régimen suspensivo.

No es nuestra intención desarrollar ahora este debate. Baste decir que los empresarios se vieron sujetos a la vez, a las dos jurisdicciones: la foral y la estatal.

La Administración Tributaria del Estado entendía que estas operaciones están normativamente consideradas como «asimiladas a las importaciones», término no previsto en los puntos de conexión; esta asimilación permite extender la competencia que tiene atribuida en materia de tráfico exterior y ello le habilitaba para levantar Actas con sus correspondientes liquidaciones.

La Administración Foral, por su parte, consideró que la etiqueta normativa (asimilación) no hace a estas operaciones realmente tráfico exterior, ya que corresponden a trasiegos internos al territorio; de ahí su competencia.

2. Las vicisitudes han sido largas y complejas. Dejando de lado precedentes diversos, llegó un momento en que a la dirección de los servicios tributarios de la Diputación le pareció que el mejor remedio era acudir a la jurisdicción contenciosa.

3. Este remedio era inevitable, porque la solución natural era y sigue siendo inviable: no es posible residenciar el conflicto ante la Junta Arbitral por la sencilla razón de que «no existe», o mejor, existe si se quiere pero no está constituida.

4. Es este último un matiz ya comentado también en estas páginas. Hay quien opina que la Junta «está constituida» porque lo ordena el Concierto, pero que no es operativa porque no se han nombrado sus componentes. Resulta así que se produce la paradójica situación de que puede que exista pero a los efectos es como si no existiera. Lo que sutilmente se deriva de esta idea es que la normativa que rodea a la Junta es eficaz en aspectos que no correspondan con su operatividad, cuestión que no es baladí por lo que luego se dirá.

5. Para proceder al recurso contencioso la Diputación recurrió primeramente al requerimiento que la Ley de la Jurisdicción prevé en su artículo 44 para los conflictos entre Administraciones Públicas.

Como no se contestó al requerimiento, la Diputación actora consideró expedita la vía para interponer el recurso, ya que no caben recursos administrativos previos en esta opción procedimental contenciosa.

Aludir a este procedimiento, es –a nuestro entender– absolutamente esencial para tener una visión completa del caso. Pero ya anticipamos que no parece haberlo sido, porque la Sentencia no aborda para nada lo alegado al respecto, ni la parte contraria lo consideró oportuno.

Este silencio es el que ahora queremos abordar, ya que su alcance por supuesto que afecta a la sustancia del caso, pero es que trasciende al propio orden conceptual de la jurisdicción contenciosa, ya que lo que pretendemos es propiciar una interpretación que salga al paso de la que hace la Sala y que nos parece muy peligrosa en el terreno doctrinal.

6. El recurso, en definitiva, se promovió ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco por muy diversas razones.

Dado que no era posible acudir a la Junta Arbitral, queda cerrado el acceso a la jurisdicción contenciosa previsto en el concierto para residenciar ante el Tribunal Supremo el conflicto.

Y si ello era así, abierta la vía contenciosa a través de la legislación común, de la Jurisdicción Contenciosa, el asunto se planteaba ante el Tribunal Superior de Justicia, entre otras razones, porque la Ley Jurisdiccional atribuye a estos Tribunales una competencia residual genérica para aquellos conflictos que no tuviesen previsto un criterio de asignación legal.

7. La Sala del Tribunal Superior de Justicia admitió el recurso y admitió también la suspensión que, como medida cautelar, se había solicitado, de modo que a la vista del pertinente Auto, la Agencia Tributaria debía abstenerse de continuar sus actuaciones. Luego no ocurrió así en algunos casos concretos y a través de vericuetos tan sorprendentes que no merece la pena, ahora, explicarlos.

8. Poco antes de declarar (por segunda vez) concluso el pleito y de que se fijara fecha para deliberación y fallo, la Sala requirió a la Diputación actora para que formulase alegaciones respecto de lo que el Abogado del Estado había opuesto y es que «no existía actividad impugnabile» y que por ello faltaba el objeto del recurso como elemento procesal determinante.

Naturalmente se alegó en contra según lo que diremos después.

Pero de nada sirvió y se produjo la Sentencia que validó el criterio de la Administración recurrida. Se declaró inadmisibile el recurso por falta de objeto.

9. Considerando, que la Sentencia vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva, la Diputación Foral la recurrió ante el Tribunal Constitucional, básicamente porque no se había ejercido la jurisdicción y porque con la Sentencia quedaba todo el asunto sin resolver, con lo que ello supone para el fondo final del asunto: ¿qué hacer con los conflictos competenciales entre Administraciones si no existe (o no está constituida operativamente) la Junta Arbitral?

Lo que como parte esperamos ahora es que el asunto se resuelva por el Tribunal Constitucional y que se aborde en esta alta instancia una cuestión esencial para el correcto funcionamiento, que es de esperar y de desear, de una institución básica en nuestra organización constitucional. Y lo que se ha pedido es que se declare la competencia jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia en estos asuntos, en tanto no funcione la Junta Arbitral, y que por ello puedan residenciarse ante el mismo estos conflictos por el bien de la seguridad jurídica de los contribuyentes (sujetos pacientes finales sobre quien se repercute todo este embrollo).

III. LOS DOS PROBLEMAS CENTRALES A CONSIDERAR

Para nosotros lo más destacable de este conflicto son dos grandes cuestiones: primera, si procede alguna suspensión cuando se producen estos conflictos y segunda, si existe materia impugnabile cuando se produce el conflicto del artículo 44 LJCA.

1. La suspensión de actuaciones

a) De una parte, la contenida en el artículo 66.Dos de la Ley del Concierto vigente y que mantiene la del anterior. Dice esta disposición que «cuando se suscite

el conflicto de competencias, las Administraciones afectadas lo notificarán a los interesados, lo que determinará la interrupción de la prescripción y se abstendrán de cualquier actuación ulterior».

Este precepto puede ser interpretado de dos maneras: una es que la norma de suspensión sólo tiene virtualidad si se ha suscitado el conflicto de competencias ante la Junta Arbitral; es así que la Junta no existe, luego el mandato con su alcance suspensivo carece de eficacia. Naturalmente, es la tesis de la Administración del Estado.

La segunda manera es considerar que la norma es eficaz «per se»; el conflicto está suscitado y la seguridad jurídica requiere la abstención de actuaciones. Otra cosa es que por no existir la Junta, el mandato paralizante quede inhabilitado, efecto digamos que «perverso» contra la finalidad lógica de la norma. Además, diríamos recordando la sutileza antes apuntada, el hecho de que la Junta Arbitral no sea «operativa» porque carece de componentes, supone supeditar el cumplimiento de un mandato a un condicionante derivado o que puede dejar la aplicabilidad de un contrato (Concierto) a la voluntad de una de las partes.

b) Sin embargo lo que no se llegó a exponer correctamente o no se quiso interpretar, es que la Diputación Foral, como órgano de gobierno del Territorio Histórico de Álava, ante todo y sobre todo quería invocar su norma específica de relación con el Estado, cual es el Concierto, y hacer aplicable su mandato suspensivo sobre la base del cumplimiento del principio de lealtad que debe presidir sus relaciones.

Dicho esto, la Diputación utilizó la vía común de la Ley Jurisdiccional prevista en el artículo 44: dado el «litigio» entre Administraciones Públicas, la Administración Foral requirió a la Agencia Tributaria para que «hiciera cesar» la actuación material que estaba realizando con las inspecciones a los contribuyentes.

Este requerimiento es —como dice el precepto— previo a la interposición del recurso.

c) Lo interesante del caso es que ambas disposiciones conducen a lo mismo: el Concierto ordena a las Administraciones que se «abstengan de cualquier actuación ulterior». Y por la vía del requerimiento previo, se solicita o requiere que «se haga cesar» la actuación material.

Con ello localizar el efecto suspensivo en el proceso contencioso no es sólo cuestión de que el artículo 66.Dos de la Ley del Concierto sea viable u operativo. Es que dicho efecto es el que igualmente tiene contemplado como requisito previo la LJCA para interponer el recurso contencioso.

Por consiguiente la adopción de una medida cautelar en el proceso, con el efecto suspensivo solicitado, no era sólo cuestión condicionada a la existencia de la Junta, sino efecto propio de un presupuesto procesal y contenido natural de la figura procesal de las «Medidas Cautelares», si así lo decide la Sala como fue el caso.

2. La actividad impugnabile

Llegamos así al meollo sustancial del conflicto y auténtico núcleo de la cuestión controvertida.

La Sentencia que glosamos, y que ha llegado a los repertorios, se ha pronunciado –exclusivamente– en el ámbito argumental del Concierto.

Así viene a decir que en ninguna parte se ha configurado al TSJPV como órgano competente para asumir cuestiones competenciales o que no puede irrogarse funciones atribuidas a la Junta arbitral, etcétera.

Y recogiendo la tesis del Abogado del Estado argumenta que puesto que no existe Junta, no hay actividad administrativa impugnabile y que ello es así porque la Diputación actora ha querido residenciar argumentalmente su recurso sobre la base conceptual del Concierto, de la Junta, del efecto suspensivo y de la utilización de una vía de solución de conflicto inexistente; y como no existe, no hay actividad impugnabile.

Gráficamente el Abogado del Estado había dicho que residenciar el conflicto en la línea argumental del Concierto y de la Junta Arbitral era «condenar el conflicto al ostracismo jurídico».

La Sentencia, finalmente, lo que hace es «declarar inadmisibile» el recurso porque los actos o actuaciones no eran susceptibles de impugnación.

Pero las cosas no fueron así, o no fueron sólo así y esto es lo que queremos aclarar ahora con las intenciones expresadas al inicio de este artículo.

Si la Diputación Foral invocaba el Concierto era –como se ha dicho– por una idea de lealtad y por el evidente hecho de que no debía renunciar a la institución que constitucionalmente (y singularmente con los otros Territorios Forales) le es propia.

Pero ello no era una ingenuidad: invocado el Concierto y sus mandatos lo que se hizo fue acceder al régimen común del litigio entre Administraciones y requerimiento previo.

Es sabido que este precepto es nuevo con la última reforma de la Ley Jurisdiccional, pero ello no supone ni desconocerlo ni empezar a interpretarlo de un modo que a nosotros nos parece improcedente, dicho sea con todos los respetos.

Abierta la vía contenciosa que configura el artículo 44, al que se acudió ¿cómo es posible decir que este tipo de pretensiones no pueden ser objeto del recurso contencioso o que no constituyen «actividad impugnabile»?

La pirueta mental es la siguiente: puesto que se ha acudido a la inaprehensible Junta Arbitral y dada su inexistencia, lo que se pretenda respecto de los conflictos es inexistente porque este TSJ no la puede sustituir y no hay actividad impugnabile porque no se suscitó conflicto competencial ante la Junta.

Nuestra duda es entonces: ¿por qué la Sala no entró –como se pidió– por la vía del artículo 44 de la Ley Jurisdiccional?

Ése es el problema. Y ése es el riesgo: que sobre esta doctrina sea imposible, en

el futuro y para cualquier Administración Pública, acudir a un precepto nacido para resolver estos conflictos porque se considere que su invocación «no es actividad impugnable» por aplicación del artículo 25 de la propia Ley.

IV. CONCLUSIÓN

Las líneas que anteceden han pretendido dar la visión completa del caso resuelto por la Sentencia referida.

Pensamos que la lectura de esta Sentencia es insuficiente si no se conoce la historia completa. Por ello, ni los criterios vertidos sobre la Junta Arbitral son absolutamente coherentes con lo que se suscitó, ni el silencio sobre el artículo 44 invocado es para pasar por alto.

Es posible que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre estos temas y quizás se pueda esperar que con la resolución que adopte se contribuya a desatascar una situación que, personalmente, nos resulta incomprensible.