

EL CONCIERTO ECONÓMICO Y LOS DERECHOS  
FORALES VASCOS EN SEDE  
JUDICIAL EUROPEA

JOSÉ MANUEL MARTÍNEZ SIERRA (\*)

*SUMARIO:* 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA INSTITUCIONAL Y LA AUTONOMÍA DE LAS DIPUTACIONES FORALES: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA DE 6 DE MARZO DE 2002.—3. SOBRE LA INTRASCENDENCIA COMUNITARIA DE LOS DERECHOS HISTÓRICOS VASCOS: CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. ANTONIO SAGGIO PRESENTADAS EL 1 DE JULIO DE 1999: 3.1. *En relación con la libertad de establecimiento.* 3.2. *Sobre el concepto de ayudas de Estado.* 3.3. *A modo de conclusión.*—4. EL PROBLEMA DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA: LOS AUTOS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 28 DE MARZO DE 2003 EN EL ASUNTO C-75/02 Y DE 6 DE MARZO DE 2003 EN EL ASUNTO C-186/02: 4.1. *El Auto del Tribunal de Justicia de 28 de marzo de 2003 en el asunto C-75/02.* 4.2. *El Auto del Tribunal de Justicia de 6 de marzo de 2003 en el asunto C-186/02.*—5. SOBRE LA INTRASCENDENCIA COMUNITARIA DEL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL DE LA NORMATIVA FORAL: SSTPI DE 6 DE MARZO DE 2002 EN LOS ASUNTOS ACUMULADOS T-92/00 Y T-103/00; DE 23 DE OCTUBRE DE 2002 EN LOS ASUNTOS ACUMULADOS T-269/99, T-271/99 Y T-272/99, DE 23 DE OCTUBRE DE 2002, EN LOS ASUNTOS ACUMULADOS T-346/99, T-347/99 Y T-348/99: 5.1. *Privilegios cimentados en la historia y fundamentación jurídica en sede europea.* 5.2. *Los límites impuestos por el Derecho comunitario a la cobertura constitucional del acervo foral.*—6. CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

El conflicto existente entre el Estado central —regido durante los últimos veinticinco años por fuerzas constitucionalistas— y la Comunidad Autónoma del País Vasco —regida durante toda su historia, que es la constitucional, por fuerzas nacionalistas, en solitario o en coalición—, no solamente se desarrolla

---

(\*) Profesor Titular de Derecho Constitucional en la Universidad Complutense de Madrid, [jmartinez@der.ucm.es](mailto:jmartinez@der.ucm.es).

en el ámbito jurídico-político nacional. El plano internacional ha vivido episodios destacables del mismo. Se ha desarrollado en distintos terrenos: en la esfera de las Organizaciones no Gubernamentales, en el ámbito de las Organizaciones Internacionales, incluso en el estatal —de otros Estados—. Han sido promovidos por ambos entes y por fuerzas políticas de diverso signo. De naturaleza variable en lo estratégico: así encontramos desde las clásicas campañas nacionalistas, denominadas de «sensibilización» con el problema vasco, que llevaron a algunos órganos jurisdiccionales, particularmente en Bélgica, a considerar a los miembros de ETA como perseguidos políticos; a los últimos posicionamientos —incluyendo nombramientos de jueces— del Gobierno central en los órganos jurisdiccionales del Consejo de Europa y de la Unión Europea.

El presente trabajo se centra en un aspecto de esta conflictiva relación: el desarrollado en sede judicial de la Unión Europea a propósito del Concierto Económico y de los Derechos Forales vascos. Aunque son claras las distintas implicaciones jurídicas connaturales a la Comunidad Autónoma del País Vasco y a las Diputaciones Forales Vascas, no faltan puntos de conexión.

En la dimensión nacional destacan las repercusiones en el contencioso de la conexión política entre ambos planos. Ésta se refleja, como veremos al estudiar los casos, en los distintos actores que se implican en el contencioso junto con las Diputaciones Forales —la Comunidad Autónoma del País Vasco, las Comunidades Autónomas limítrofes a las Diputaciones Forales y el Gobierno Central—, en la forma en la que se implican —bien coadyuvando bien iniciado el procedimiento sancionador con una denuncia— y en el sentido de sus pretensiones —buscando el mantenimiento íntegro del acervo foral o la liquidación parcial del mismo—.

Por otro lado, las diferencias constitucionales entre los dos entes intraestatales afectados en nuestro estudio —Comunidad y Diputaciones— no ocultan la relevancia constitucional de los denominados derechos históricos en ambos planos. Como veremos, el Tribunal de Justicia de la Unión, torna dichos derechos irrelevantes para el plano constitucional europeo, lo cual, si bien en distinta dimensión, supone una piedra de toque para la Comunidad Autónoma Vasca y para la Comunidad Autónoma de Navarra.

Hechas estas precisiones, entramos en el tema. Analizaremos los aspectos más relevantes de los casos desarrollados en sede comunitaria desde la segunda mitad de los noventa, que son el núcleo del desarrollo jurisprudencial en el ámbito de estudio hasta la fecha, en concreto: la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de marzo de 2002; las Conclusiones del Abogado General Sr. Antonio Saggio presentadas el 1 de julio de 1999; los autos del Tribunal de Justicia de 28 de marzo de 2003 en el asunto C-75/02 y de 6 de marzo de 2003 en el asunto C-186/02; las Sentencias del Tribunal de Primera Instancia

de 6 de marzo de 2002 en los asuntos acumulados T-92/00 y T-103/00, de 23 de octubre de 2002 en los asuntos acumulados T-269/99, T-271/99 y T-272/99, de 23 de octubre de 2002 en los asuntos acumulados T-346/99, T-347/99 y T-348/99.

Desde el punto de vista metodológico, realizaremos nuestro análisis desligándonos del orden cronológico para favorecer la exégesis de la doctrina Tribunal de Justicia (TJ) y del Tribunal de Primera Instancia (TPI). Tras esta introducción y antes de una breve conclusión, seguiremos los siguientes apartados: el principio de la autonomía institucional y la autonomía de las Diputaciones Forales; la intrascendencia comunitaria de los derechos históricos vascos; el problema de la legitimación activa; la intrascendencia comunitaria del reconocimiento Constitucional español de la normativa foral.

## 2. EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA INSTITUCIONAL Y LA AUTONOMÍA DE LAS DIPUTACIONES FORALES: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA DE 6 DE MARZO DE 2002

No es objeto de este estudio analizar la naturaleza jurídica y el alcance del Concierto y de la normativa foral (1); tampoco entrar en disquisiciones políticas sobre las consecuencias de la dialéctica sintonía-discrepancia entre la Comunidad Autónoma del País Vasco y las Diputaciones Forales, atendiendo al distinto signo político de cada una de ellas. Siendo el lector de esta Revista perfecto conocedor de la materia aquí tratada, puede darse por sentada la siguiente afirmación: la autonomía y discrecionalidad de la Diputación Foral es esencial para la actualización de las potencialidades contenidas en el acervo foral.

Pues bien, sobre la discrecionalidad otorgada a las Diputaciones Forales por el ordenamiento constitucional español incidió la Sentencia del TPI de 6 de marzo de 2002 que estudiamos de inmediato (2).

---

(1) Conocida es la doctrina más autorizada en esta materia. Entre la doctrinal preferimos la de J. CORCUERA ATIENZA: «La constitucionalización de los derechos históricos: Fueros y Autonomía», *REDC*, núm. 11, 1984, págs. 9-38; «Notas sobre el debate de los derechos históricos de los territorios forales», *REP*, núm. 46-47, 1985, págs. 55-89; *Política y Derecho: La construcción de la autonomía vasca*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991; otra visión en M. HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN: «La titularidad de los derechos históricos vascos», *REP*, núm. 58, 1987, págs. 191-213; «Concepto y función de los derechos históricos (disposición adicional 1.ª de la Constitución)», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 15, 1988, págs. 7-27; *Derechos Históricos y Constitución*, Taurus, Madrid, 1998. Entre la jurisprudencial destacan las SSTC 11/1984, 123/1984, 76/1988, 96/2002.

(2) En los asuntos acumulados T-127/99, T-129/99 y T-148/99.

La Sentencia del TPI de 6 de marzo de 2002, resolvió los asuntos acumulados T-127/99 —en el que era parte demandante la Diputación Foral de Álava—, T-129/99 —en el que era parte demandante la Comunidad Autónoma del País Vasco— y T-148/99 —en el que era parte demandante *Daewoo Electronics Manufacturing España*, S.A.—, que tenían por objeto un recurso de anulación de la Decisión 1999/718/CE de la Comisión —parte demandada— (3), relativa a la ayuda estatal concedida por España —en concreto por la Diputación Foral de Álava— en favor de *Daewoo Electronics Manufacturing España*, S.A. —Demesa.

La disposición adicional sexta de la Norma Foral 22/1994, de 20 de diciembre, de ejecución del presupuesto del Territorio Histórico de Álava para el año 1995 (4), al amparo del Concierto Económico Vasco, estableció la posibilidad de diversas ayudas fiscales. El 13 de marzo de 1996, las autoridades autonómicas vascas y *Daewoo Electronics* firmaron un contrato de colaboración en virtud del cual esta empresa se comprometió a instalar una fábrica de frigoríficos en el País Vasco. Como contrapartida, las autoridades forales vascas se comprometieron a apoyar este proyecto concediendo una serie de subvenciones. A la sazón y al amparo de la disposición citada, cuya validez se prorrogaría en virtud del Acuerdo 737/1997, de 21 de octubre (5), la Diputación Foral de Álava, otorgó a *Daewoo Electronics* un crédito fiscal del 45 por 100. Entre otras, estas medidas fueron objeto de las sucesivas impugnaciones emprendidas por la Comisión.

Aclarado el supuesto de hecho, entramos en la conexión del caso con nuestro interés, a saber: la compatibilidad de las competencias constitucionales de la Diputación Foral con el acervo comunitario.

La Comisión basó la Decisión impugnada en la presunción de que el cré-

(3) Decisión de 24 de febrero de 1999, DO L 292, pág. 1.

(4) *Boletín Oficial del Territorio Histórico de Álava (BOTH A)*, núm. 5, de 13 de enero de 1995.

(5) La validez de dicha disposición se prorrogó, para el año 1996, mediante la quinta disposición adicional de la Norma Foral 33/1995, de 20 de diciembre (*BOTH A* núm. 4, de 10 de enero de 1996), en su versión modificada por el apartado 2.11 de la disposición derogatoria única de la Norma Foral 24/1996, de 5 de julio (*BOTH A*, núm. 90, de 9 de agosto de 1996). Para el año 1997, la medida fiscal se prorrogó mediante la séptima disposición adicional de la Norma Foral 31/1996, de 18 de diciembre (*BOTH A*, núm. 148, de 30 de diciembre de 1996). El crédito fiscal del 45 por 100 del importe de las inversiones se mantuvo, con modificaciones, para los años 1998 y 1999, en virtud de la undécima disposición adicional de la Norma Foral 33/1997, de 19 de diciembre (*BOTH A*, núm. 150, de 31 de diciembre de 1997), y en virtud de la séptima disposición adicional de la Norma Foral 36/1998, de 17 de diciembre (*BOTH A*, núm. 149, de 30 de diciembre de 1998), respectivamente.

dito fiscal, establecido por la Norma Foral 22/1994, constituye una medida específica que favorece a determinadas empresas o producciones en el sentido del artículo 92, apartado 1, del Tratado CE (6). Las partes demandantes afectadas consideraron que la facultad discrecional de que dispone la Diputación Foral de Álava no puede entenderse como una facultad de adoptar decisiones arbitrarias. En efecto, el artículo 9 de la Constitución española condena la arbitrariedad de los poderes públicos; en la práctica, a ninguna empresa que cumplía los requisitos reglamentarios establecidos le había sido denegado el crédito fiscal.

El TPI recuerda que, si bien las medidas de alcance puramente general no están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 92, apartado 1 del Tratado, una larga doctrina del TJ ha perfilado ese precepto de forma restrictiva (7). Así, «incluso intervenciones que, a primera vista, son aplicables a la generalidad de las empresas pueden caracterizarse por una cierta selectividad y, por consiguiente, ser consideradas como medidas destinadas a favorecer a determinadas empresas o producciones» (8). Así sucede, en particular, «cuando la Administración que debe aplicar la norma general disponga de una facultad discrecional en lo que respecta a la aplicación del acto» (9).

El TPI, aplicando este estricto «test de especificidad» al caso estudiado, consideró que la Diputación Foral de Álava, en virtud de las disposiciones de la Norma Foral 22/1994, disponía de una ciertas facultades discrecionales por lo que se refería a la aplicación del crédito fiscal. En concreto contenía las siguientes: la Norma Foral permitía a la Diputación Foral fijar el importe de la inversión admisible; modular el importe de la intervención financiera; además, fijar los plazos y limitaciones que, en cada caso, resulten de aplicación.

Es decir, el «test de especificidad» es tan estricto que no requiere la constatación de una discriminación positiva en la aplicación de la norma para negar la consideración de la medida general. Por ello, para el acervo comunitario, es perfectamente intrascendente que se alegue de parte el artículo 9 de la Constitución española, pues «para excluir la calificación de medida general, no es necesario verificar si el comportamiento de la Administración tributaria es arbi-

---

(6) Para facilitar el seguimiento en paralelo de las sentencias estudiadas, se citan los preceptos con la numeración del tratado vigente en el momento del pronunciamiento del Tribunal.

(7) SSTJ de 26 de septiembre de 1996, *Francia c. Comisión*, C-241/94, Rec. pág. I-4551, apartados 23 y 24; de 1 de diciembre de 1998, *Ecotrade*, C-200/97, Rec. pág. I-7907, apartado 40, y de 17 de junio de 1999, *Piaggio*, C-295/97, Rec. pág. I-3735, apartado 39; conclusiones del Abogado General Sr. La Pergola en el asunto sobre el que recayó la sentencia *España c. Comisión*, C-342/96, Rec. pág. I-2641, apartado 8.

(8) STPI de 6 de marzo de 2002, T-127/99, T-129/99 y T-148/99, apartado 149.

(9) *Ibidem*.

trario. Basta demostrar, como se ha hecho en el caso de autos, que la citada Administración dispone de una facultad de apreciación discrecional que le permite, en particular, modular el importe o los requisitos de concesión de la ventaja fiscal de que se trata en función de las características de los proyectos de inversión sometidos a su apreciación» (10).

3. SOBRE LA INTRASCENDENCIA COMUNITARIA DE LOS DERECHOS  
HISTÓRICOS VASCOS: CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL  
SR. ANTONIO SAGGIO PRESENTADAS EN 1 DE JULIO DE 1999 (11)

La génesis del contencioso ahora estudiado se encuentra en las tres Normas Forales adoptadas por las Juntas Generales de las Diputaciones Forales de Guipúzcoa —11/93, de 26 de junio—, de Álava —18/93, de 5 de julio— y de Vizcaya —5/93, de 24 de junio—, relativas a medidas fiscales urgentes de apoyo a la inversión e impulso de la actividad económica. Dichas Normas Forales, en presunta compatibilidad con el Concierto Económico que desarrollaban, establecían, para el período comprendido entre su entrada en vigor y el 31 de diciembre de 1994, una serie de beneficios fiscales en materia de Impuesto de Sociedades y de Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, a las empresas y a las personas físicas sujetas al régimen fiscal de los Territorios Históricos Vascos; ventajas de las que no se beneficiaban las empresas y las personas físicas sujetas al régimen común.

El Gobierno central, un año después de su aprobación y en el contexto del conflicto sobre el desarrollo del Concierto Económico, decidió impugnar las mencionadas Normas ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (TSJPV). Entre los motivos de impugnación destacaba la violación del Derecho Comunitario, en concreto la infracción de los artículos 43 y 87 del Tratado CE. A juicio del Gobierno español, dicha infracción se debía al hecho de que las Normas Forales excluían de los beneficios fiscales a los ciudadanos y a las sociedades de otros Estados miembros que, si bien ejercían una actividad eco-

---

(10) STPI de 6 de marzo de 2002, T-127/99, T-129/99 y T-148/99, apartado 154.

(11) Conclusiones presentadas en los Asuntos acumulados C-400/97, C-401/97 y C-402/97, *Administración del Estado c. Juntas Generales de Guipúzcoa y otros* (Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco). Como aclararemos en el transcurso de este epígrafe, el desistimiento del Gobierno español en el litigio nacional del que trae causa la cuestión prejudicial que activo el contencioso comunitario, motivó que el TJ no llegase a dictar sentencia sobre el asunto. De ahí que se comenten necesariamente las Conclusiones del Abogado General.

nómica en el territorio vasco, no eran al mismo tiempo residentes en territorio español. Mediante tres autos de fecha 30 de julio de 1997, de idéntico contenido, el TSJPV —Sala de lo Contencioso-Administrativo— planteó al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«Si el artículo 52 del TCE debe ser interpretado en el sentido de que se opone al mismo y, en su caso, al artículo 92.1 de dicho Tratado, una reglamentación afectante a un Territorio perteneciente a una Comunidad Autónoma de un Estado miembro, relativa a medidas fiscales urgentes de apoyo a la inversión e impulso de la actividad económica, a las que pueden acogerse los sujetos pasivos que tributen exclusivamente a la Hacienda Foral de dicho Territorio o tengan su domicilio fiscal o realicen en él la proporción mayor del volumen de sus operaciones o tengan su domicilio fiscal en tal Territorio y el volumen de sus operaciones realizado en la Comunidad Autónoma en el ejercicio anterior sea superior al 25 por 100 del total volumen de sus operaciones, y no incluye entre los beneficiarios de dichas medidas a las demás personas físicas y jurídicas residentes en el propio Estado o en otro Estado miembro de la Comunidad Europea».

De la cuestión prejudicial, como bien entendió el Abogado General, se derivaban dos grandes cuestiones: una relativa al conflicto latente entre el Concerto Económico-acervo foral y la libertad de establecimiento comunitaria; y otra en relación con el concepto de ayudas de Estado.

### 3.1. *En relación con la libertad de establecimiento*

Para demostrar la incompatibilidad de la Normativa Foral con el acervo comunitario, el Abogado General opta por la mera descripción del mismo en este ámbito (12). Así, recuerda que la libertad de establecimiento, reconocida por el artículo 43 del Tratado CE, permite a los nacionales de un Estado miembro el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio en las mismas condiciones que las fijadas por la legislación del Estado miembro para sus propios nacionales; comprende, conforme al artículo 48 del Tratado CE, para las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Comunidad, el derecho a ejercer su actividad en el Estado

---

(12) Conclusiones del Abogado General Sr. Antonio Saggio a los asuntos C-400/97, C-401/97 y C-402/97, presentadas el 1 de julio de 1999, apartados 19 a 25.

miembro de que se trate por medio de una sucursal o agencia (13). De ahí que, como sentenció el TJ en su día interpretando el precepto indicado, «admitir que el Estado miembro donde se encuentra el establecimiento puede aplicar libremente un trato diferente, por la única razón de que el domicilio de una sociedad se halle en otro Estado miembro, privaría [...] de su contenido a esta disposición» (14). Es decir, dentro del ámbito de aplicación del artículo 43 del Tratado CE —libertad de establecimiento— se encuentra el trato fiscal discriminatorio que obstaculice o limite el ejercicio del derecho de establecimiento (15); de ahí que, aunque la fiscalidad directa sea competencia de los Estados miembros, estos últimos deban ejercerla respetando el Derecho comunitario (16).

Las Juntas Forales pretendieron eludir este acervo, vigorosamente consolidado por vía pretoriana, con una equivocada interpretación del principio de autonomía institucional en conexión con una excepción a la doctrina resumida en el párrafo anterior, la de «coherencia del régimen tributario». Concretamente, alegaron que la disparidad de trato entre sujetos pasivos del impuesto —cuya existencia reconocen— se basa en la circunstancia de que los criterios de sujeción son reflejo del «reparto interno de competencias entre las autoridades tributarias del País Vasco y las del Estado». Su tesis se apoyó en la doctrina *Bachmann*, en la que el Tribunal de Justicia utilizó por primera vez el concepto de «coherencia del régimen tributario» al realizar una valoración de la normativa tributaria y de sus efectos frente a los sujetos establecidos en otros Estados miembros (17).

En sus Conclusiones, el Abogado General hace abstracción de los límites del principio de autonomía institucional, como ya hicieran las autoridades vascas, pese a ser un tema frontal en el contencioso estudiado; también evita, con una remisión a sus Conclusiones en el asunto *Vestergaard* (18), cualquier valo-

(13) STJ de 12 de abril de 1994, *Halliburton*, C-1/93, Rec. pág. I-1137, apartado 14.

(14) STJ de 28 de enero de 1986, *Comisión c. Francia*, C 270/83, Rec. pág. 273, apartado 18.

(15) STJ de 13 de julio de 1993, *Commerzbank*, C-330/91, Rec. pág. I-4017; Conclusiones del Abogado General Sr. Antonio Saggio a los asuntos C-400/97, C-401/97 y C-402/97, presentadas el 1 de julio de 1999, apartado 21.

(16) SSTJ de 4 de octubre de 1991, *Comisión/Reino Unido*, C-246/89, Rec. pág. I-4585; de 14 de febrero de 1995, *Schumacker*, C-279/93, Rec. pág. I-225; de 27 de junio de 1996, *Asscher*, C-107/94, Rec. pág. I-3089; de 15 de mayo de 1997, *Futura Participations SA*, C-250/95, Rec. pág. I-2471, y de 16 de julio de 1998, *ICI*, C-264/96, Rec. pág. I-4695.

(17) Sentencia de 28 de enero de 1992, *C-204/90*, Rec. pág. I-249, apartado 28.

(18) Conclusiones del Abogado General Sr. Antonio Saggio presentadas el 10 de junio de 1999 en el asunto *Vestergaard*, C-55/98, apartados 27 y sigs.

ración sobre la posibilidad de invocar dicha excepción frente a medidas manifiestamente discriminatorias, como ocurre en el caso que trae causa del estudiado.

En positivo, el Abogado General se centra en «negar la mayor», poniendo de manifiesto que el concepto de «coherencia tributaria» no tiene ni el contenido ni el alcance que le atribuyen las autoridades vascas. Con respecto al contenido, deja claro que el concepto de coherencia tributaria, entendido como motivo imperativo de interés general capaz de limitar las libertades económicas fundamentales garantizadas por el Tratado, ha sido precisado y delimitado con posterioridad al asunto *Bachmann en Svensson, Asscher y Futura Participations* (19). En segundo lugar, dejando claro que «la coherencia del sistema tributario a que alude el Tribunal de Justicia se refiere no, como pretenden las autoridades vascas, al reparto de competencias en materia tributaria dentro de un Estado miembro, sino al vínculo concreto existente entre dos operaciones —una de signo negativo, otra de signo positivo— dentro de un mismo sistema tributario. En el caso que nos ocupa, no existe, dentro del sistema tributario español, ningún tributo que pueda considerarse directamente relacionado con las deducciones previstas por la normativa del País Vasco para las sociedades que tengan allí su domicilio fiscal» (20).

### 3.2. *Sobre el concepto de ayudas de Estado*

El segundo interrogante de la cuestión prejudicial del TSJPV se refería a si las medidas de apoyo a la inversión adoptadas por las autoridades vascas y señaladas anteriormente son compatibles con las disposiciones del Tratado sobre ayudas de Estado (artículos 87 y siguientes del Tratado CE). Es decir, se demandaba del TJ que examinara si, en concreto, las medidas aplicadas por las Diputaciones Forales están comprendidas dentro del concepto de ayuda recogido en el apartado 1 del artículo 87 del Tratado CE. Como es sabido, el test de análisis pertinente se basa en tres elementos, siendo el segundo y el tercero de nuestro interés: 1) la existencia de una ventaja o beneficio perceptibles por las empresas, obtenidos a resultas de una intervención pública; 2) la imputabilidad de las medidas de que se trata al Estado español; 3) la especificidad de las me-

---

(19) Respectivamente, SSTJ de 14 de noviembre de 1995, *Svensson*, C-484/93, Rec. pág. I-3955, apartados 16 a 18; de 27 de junio de 1996, *Asscher*, C-107/94, Rec. pág. I-3089, apartados 56-60; de 15 de mayo de 1997, *Futura Participations SA*, C-250/95, Rec. pág. I-2471.

(20) Conclusiones del Abogado General Sr. Antonio Saggio a los asuntos C-400/97, C-401/97 y C-402/97, presentadas el 1 de julio de 1999, apartado 24.

didadas estatales, por cuanto van destinadas a favorecer a algunas empresas o producciones.

Abordar la imputabilidad de las medidas adoptadas por un ente infraestatal al Estado central, en relación con las obligaciones derivadas de la pertenencia a la Unión Europea es un hecho de capital importancia en un Estado descentralizado. Sobre manera cuando esas medidas, cual es el caso, tienen, en principio, el amparo constitucional nacional pero no el europeo, poniendo una vez más en tela de juicio la cobertura constitucional española de la integración supranacional.

El TJ ha tenido ocasión de sentar doctrina sobre el particular gracias al contencioso generado desde los Estados Federales de la Unión, esencialmente por dos Estados fundadores, Alemania (21) y Bélgica (22). Piedra angular de esta doctrina es el asunto *República Federal de Alemania c. Comisión*. Se trataba, a semejanza con en el caso estudiado, de un sistema de ayudas establecido por el *Land* de Renania del Norte-Westfalia en el ámbito de un programa de mejora de la estructura económica regional, a favor de empresas establecidas en algunas zonas de su territorio. Esta normativa regional se había adoptado con arreglo a una Ley marco federal. Al examinar la legalidad de la Decisión de la Comisión, que consideraba que el programa de ayudas regionales era incompatible con el mercado común, el Tribunal de Justicia señaló que «el hecho de que este programa de ayudas haya sido adoptado por un Estado federado o por una colectividad territorial y no por el poder federal o central no impide la aplicación del apartado 1 del artículo 92 del Tratado, si se cumplen los requisitos de este artículo. [...] De ello se deduce que las ayudas concedidas por las entidades regionales y locales de los Estados miembros, cualesquiera que sean su estatuto y denominación, deben también ser examinadas, en el sentido del artículo 92 del Tratado» (23). En consecuencia, la noción de poder público dada por el TJ incluye a todos los entes intraestatales: Comunidades Autónomas, Diputaciones, Cabildos y Ayuntamientos.

El tercer aspecto del test hace referencia a la dialéctica especificidad —que cae dentro del art. 92— frente a generalidad —que queda excluida— de las medidas estatales.

Las partes del litigio principal pretendían justificar las medidas cuestiona-

---

(21) Sentencia de 14 de octubre de 1987, asunto *República Federal de Alemania c. Comisión*, C- 248/84, Rec. pág. 4014.

(22) Sentencia de 8 de marzo de 1988, asunto *Exécutif régional wallon y SA Glaverbel c. Comisión*, asuntos acumulados C- 62/87 y C- 72/87, Rec. pág. 1573.

(23) Sentencia de 14 de octubre de 1987, *República Federal de Alemania c. Comisión*, apartado 17.

das en la naturaleza genérica de las mismas, sobre la base de la organización de las competencias en materia tributaria del ordenamiento español. Según éstas, nos encontramos ante medidas de carácter general, adoptadas por una autoridad competente dentro del territorio de un Estado miembro; no existiendo el elemento de selectividad por tener la medida como destinatarios a todos los sujetos pasivos, que están sometidos, con arreglo a las normas de atribución de competencias, a la normativa fiscal de las autoridades locales. Por último concluyen que «considerar que el reparto de competencias en materia fiscal entre el Estado y los Territorios Históricos es contrario a las disposiciones del Tratado en materia de ayudas equivaldría a emitir un juicio de valor sobre la estructura constitucional del Estado español» (24).

La argumentación de las partes, basada fundamentalmente en el reparto competencial constitucional español, forzaba a todos los actores del procedimiento —Comisión, Abogado General y TJ— a pronunciarse sobre la relevancia constitucional europea de los derechos de los Territorios Históricos y su reconocimiento constitucional a nivel nacional.

El Abogado General encaró tan frontal y coherentemente la cuestión que torna innecesarias aclaraciones: «El hecho de que las medidas examinadas sean adoptadas por colectividades territoriales dotadas de competencia exclusiva con arreglo al Derecho nacional parece, como ha señalado la Comisión, *una circunstancia meramente formal* que no es suficiente para justificar el trato preferencial dado a las empresas comprendidas dentro del ámbito de aplicación de las Normas Forales. De no ser así, el Estado podría fácilmente evitar la aplicación, en parte de su propio territorio, de las disposiciones comunitarias en materia de ayudas de Estado simplemente introduciendo modificaciones al reparto interno de competencias en determinadas materias, para poder invocar el carácter «general», para ese determinado territorio, de las medidas de referencia» (25).

La contundente conclusión del Abogado General —compartida por la Comisión—, además de basarse en la literalidad del Tratado, se apoyó en una consolidada doctrina del TJ. Dicha doctrina tiene un doble desarrollo. Por un lado, la relativa a la propia naturaleza del precepto, como la doctrina *Intermills*, en la que se atribuyó a la expresión «bajo cualquier forma» del artículo 87 el significado de que requiere que el intérprete compruebe no tanto quién asignó la ayuda o la naturaleza de sus competencias a la luz de las normas internas, sino

---

(24) Así se resume por el Abogado General Sr. Antonio Saggio en sus Conclusiones sobre los asuntos acumulados C-400/97, C-401/97 y C-402/97, apartado 36.

(25) Conclusiones del Abogado General Sr. Antonio Saggio en los asuntos C-400/97, C-401/97 y C-402/97, presentadas el 1 de julio de 1999, apartado 37. Énfasis añadido.

más bien cuáles son los efectos de la ayuda (26). En una segunda dimensión, como ya vimos en el punto anterior, el TJ ha reiterado la intrascendencia del reparto competencial constitucional nacional —y del principio federal y regional— desde la perspectiva constitucional europea cuando este ordenamiento pueda verse preterido. El Abogado General cita aquí cuatro asuntos: *Exécutif régional wallon-Estado Belga* (27); *República Federal de Alemania c. Comisión* (28); *Comisión c. Italia* —Región de Sicilia— (29); *Tierce Ladbroke* (30).

Resumiendo estas últimas dos sentencias, el Abogado General liquida toda esperanza de considerar el acervo foral como medida de carácter general y en consecuencia compatible con la normativa comunitaria: «Hay que añadir, con la Comisión, que “la naturaleza y el sistema del régimen”, los cuales, según el Tribunal de Justicia, pueden motivar un trato diferenciado respecto a la normativa generalmente aplicada, *no se refieren a elementos formales como el grado de autonomía de las entidades territoriales de referencia*, sino a la subsistencia de una situación de hecho diferente que justifica una desviación de las normas generales. Pues bien, en el presente caso, es difícil determinar qué circunstancias, vinculadas a la naturaleza y al sistema del régimen, pueden justificar la disparidad de trato resultante de las Normas vascas. La autonomía fiscal de los Territorios Vascos no refleja, en efecto, ninguna especificidad del territorio de que se trata —por lo que se refiere a condiciones económicas como el nivel de empleo, los costes de producción, las infraestructuras, el coste de la mano de obra— que exija, de rebote, un trato fiscal diferente con respecto al vigente en el resto del territorio español» (31).

(26) Véase la Sentencia de 14 de noviembre de 1984, *Inter Mills*, C-323/82, Rec. pág. 3809.

(27) El Tribunal de Justicia interpretó el concepto de ayuda de Estado en relación con medidas adoptadas por el *Exécutif régional wallon* dentro del marco de una Ley estatal que establecía medidas destinadas a favorecer el desarrollo económico. Sentencia antes citada, apartado 6.

(28) El Tribunal de Justicia excluyó que pudiera darse relevancia a la estructura constitucional interna del Estado de que se trate, destacando la circunstancia de que el artículo 87, «al mencionar las ayudas concedidas por los Estados o mediante fondos estatales bajo cualquier forma, se refiere a todas las ayudas financiadas por medio de recursos públicos. De ello se deduce que las ayudas concedidas por las entidades regionales y locales de los Estados miembros, cualesquiera que sean su estatuto y denominación, deben también ser examinadas, en el sentido del artículo 92 del Tratado». STJ *Alemania c. Comisión*, *cit.*, apartado 17.

(29) El Tribunal de Justicia impuso al Gobierno central que adoptase las medidas necesarias para eliminar del ordenamiento medidas de ayuda adoptadas mediante la Ley de la Región de Sicilia en un sector en el que ésta posee competencia exclusiva. STJ de 2 de julio de 1974, *Gobierno de la República Italiana c. Comisión*, C-173/73, Rec. pág. 709.

(30) STJ de 9 de diciembre de 1997, *Tierce Ladbroke*, C-353/95, Rec. pág. I-7007.

(31) Conclusiones del Abogado General Sr. Antonio Saggio a los asuntos C-400/97, C-401/97 y C-402/97, presentadas el 1 de julio de 1999, apartado 38. Énfasis añadido.

Puede ciertamente concluirse, desbrozando el formalismo medido del Abogado General, que la única relevancia constitucional a tener plenamente en cuenta es la europea. ¿Cuál es la diferencia entre el caso Canario y el Vasco en el ámbito tratado? Que la ultraperifericidad es un factor diferencial que, por sí sólo —y *ceteris paribus*, haciendo ahora abstracción de su efectivo reconocimiento en el ámbito comunitario— permitiría considerar discriminaciones positivas fiscales como una medida general. No así los derechos históricos vascos, pues, para una Unión moderna, que no procesa en términos de derechos históricos sino económicos, los territorios que ostentan esos derechos no son ni más ni menos que La Rioja o Cantabria. Por mejor decir, un ordenamiento jurídico moderno no puede admitir un trato diferente —a nivel federal— en base a derechos históricos abstractos o por los reconocimientos que la historia tenga en los ordenamientos constitucionales nacionales.

### 3.3. *A modo de conclusión*

La principal enseñanza de esta dimensión del contencioso radica en recordar la imposibilidad de ampararse en la distribución constitucional nacional de competencias —ni en el principio autonómico ni en el foral— para establecer discriminaciones positivas. La eventual ratificación de la opinión del Abogado General por el TJ hubiera implicado un vaciamiento significativo del Concierto Económico (32), de ahí que las autoridades vascas y centrales llegasen a un criticable acuerdo para impedir que el TJ llegase a pronunciarse sobre la cuestión prejudicial dejando sin cobertura al Concierto Económico ante el TJ. Tras las conclusiones del Abogado General aquí estudiadas, el Gobierno central, parte demandante en el procedimiento principal, se apresuró a desistir del mismo y el TSJPV —mediante escrito de 8 de febrero de 2000— a desistir de su cuestión prejudicial. En consecuencia el Presidente del TJ, mediante auto de 16 de febrero de 2000, acordó archivar los asuntos acumulados C-400/97, C-401/97 y C-402/97 (33).

---

(32) Conviene recordar el gran impacto mediático que tuvieron las Conclusiones del Abogado General y la reacción de las autoridades vascas a las mismas. Véanse los diarios: *Expansión*, *El País* y *El Mundo* de 2 de julio de 1999; *El País* de 16 de julio de 1999; *Expansión* de 26 de julio de 1999.

(33) ATJ de 16 de febrero de 2000 en los asuntos acumulados C-400/97, C-401/97 y C-402/97, Rec. pág. I-1091.

4. EL PROBLEMA DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA: LOS AUTOS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 28 DE MARZO DE 2003 EN EL ASUNTO C-75/02 Y DE 6 DE MARZO DE 2003 EN EL ASUNGO C-186/02

Como es sabido, un gran déficit del proceso autonómico es la deficiente articulación del papel de las Comunidades Autónomas en el proceso de integración europeo. Dicho déficit podría resumirse en cuatro elementos: un vaciamiento competencial de las Comunidades Autónomas a favor del Estado por la vía de la recentralización por mediación del título relaciones exteriores; un interés de buena parte de las Comunidades Autónomas —ignorado desde el Estado central— por deslindar las relaciones con la Unión de las relaciones exteriores clásicas; la constatación por parte del Tribunal Constitucional de que, ante la imposibilidad de resolver por vía interpretativa lo que el constituyente no intentó siquiera resolver, sólo cabe la colaboración entre los dos entes; por último, un demostrado interés, por parte de algunas Comunidades Autónomas, de evitar desarrollar vías comunes de articulación de mecanismos junto o frente al Estado para minimizar el inexcusable olvido del constituyente.

Uno de los muchos aspectos de esa insatisfacción es la ausencia de legitimación activa plena de los entes intraestatales en el contencioso comunitario. Pasamos a analizar dos autos del TJ, relativos a la legitimación activa de las Diputaciones Forales, de los que se derivan conclusiones para todo ente intraestatal español.

4.1. *El Auto del Tribunal de Justicia de 28 de marzo de 2003 en el asunto C-75/02*

El asunto C-75/02, tiene su origen remoto en un recurso de anulación interpuesto por las tres Diputaciones Forales Vascas contra la Decisión 2001/168/CECA de la Comisión, de 31 de octubre de 2000 (34), que consideraba parte de la normativa española-foral relativa al impuesto de sociedades contraria al ordenamiento comunitario. Dicho recurso fue inadmitido por auto del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (Sala Tercera ampliada) de 11 de enero de 2002 —asunto *Diputación Foral de Álava y otros c. Comisión*— (35). Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 6 de marzo de 2002, las tres Diputaciones Forales Vascas interpusieron, con arreglo al artículo 49 del Estatuto CECA del Tribunal de Justicia y al artículo 49 del Estatuto CE del Tribunal de Justicia, un recurso de casación

---

(34) DO 2001, L 60, pág. 57.

(35) Asunto *Diputación Foral de Álava y otros c. Comisión*, T-77/01, Rec. pág. II-81.

por el que se solicita la anulación del auto del Tribunal de Primera Instancia de 11 de enero de 2002, dando nacimiento al asunto C-75/02.

Paralelamente, mediante escrito registrado en la Secretaría del TJ el 29 de diciembre de 2000 con el número C-501/00, el Reino de España interpuso ante el TJ un recurso de anulación de la Decisión controvertida. En este último asunto, mediante auto de 13 de junio de 2001, el Presidente del Tribunal de Justicia autorizó a las partes recurrentes en el presente asunto a intervenir en el litigio en apoyo de las pretensiones del Reino de España.

Pese a tener asegurada la recepción de sus alegaciones relativas a la materia objeto del contencioso del asunto C-75/02, en el asunto C-501/00, la Diputación Foral agotaron las vías procesales, acudiendo en casación ante el TJ para conseguir el reconocimiento explícito de su legitimación activa en el contencioso comunitario en las materias que afecten a sus competencias en el ámbito sectorial tratado. Para conseguir tal fin, se apoyaron en dos argumentos fundamentalmente.

#### 4.1.1. *La particularidad de las Diputaciones Forales y la legitimación activa*

Como es sabido, la regulación de la legitimación activa no es igual en los tres tratados fundacionales, siendo más restrictiva en la CECA que en la CE y la CEEA. Basta para comprobarlo la mera lectura de los preceptos cardinales de tal regulación: el artículo 33 CA (36) y el artículo 230 CE (37).

---

(36) El artículo 33 CA, párrafos primero y segundo, establece:

«El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse sobre los recursos de nulidad por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación del Tratado o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder, interpuestos contra las Decisiones y Recomendaciones de la Comisión por uno de los Estados miembros o por el Consejo. No obstante, el examen del Tribunal no podrá referirse a la apreciación de la situación resultante de hechos o circunstancias económicas en consideración a la cual se hubieren tomado tales Decisiones o formulado tales Recomendaciones, excepto cuando se acuse a la Comisión de haber incurrido en desviación de poder o de haber ignorado manifiestamente las disposiciones del Tratado o cualquier norma jurídica relativa a su ejecución.»

La empresas o las asociaciones contempladas en el artículo 48 podrán interponer, en las mismas condiciones, recurso contra las Decisiones y Recomendaciones individuales que les afecten o contra las Decisiones y Recomendaciones generales que estimen que adolecen de desviación de poder por lo que a ellas respecta».

(37) El artículo 230 CE, párrafo cuarto, dispone:

«Toda persona física o jurídica podrá interponer, en las mismas condiciones, recurso contra las decisiones de las que sea destinataria y contra las decisiones que, aunque revistan la forma de un reglamento o de una decisión dirigida a otra persona, le afecten directa e individualmente».

La pretensión de las Diputaciones Forales se basó en salvar la literalidad del artículo 33 CA, buscando así la concesión de la legitimación activa que la literalidad del precepto les niega. Según ellas, el artículo 33 CA debe interpretarse a la luz de los Tratados CE y CEEA y, en particular, del artículo 230 CE, párrafo cuarto. Añaden que, conforme a éste, tienen legitimación activa todas las personas directa e individualmente afectadas por el acto del que no son destinatarias. A su juicio, las restricciones del artículo 33 CA, párrafo segundo, se deben únicamente al hecho de que los redactores del Tratado CECA no habían previsto que pudieran resultar afectadas por un acto adoptado en el marco de dicho Tratado personas distintas de las empresas productoras de carbón o acero.

El Tribunal de Justicia recuerda —pese a la línea de defensa de las partes demandantes, que parece buscar una declaración *ex novo* del Tribunal— haber declarado reiteradamente que el artículo 33 CA enumera de modo limitativo los sujetos de Derecho habilitados para formular recurso de anulación (38), sentenciando: «Contrariamente a lo que afirman las partes recurrentes, *nada permite apartarse del tenor literal del artículo 33 CA, párrafo segundo*. En efecto, puede pensarse razonablemente que los autores del Tratado firmado en Roma el 25 de marzo de 1957 conocían el Tratado CECA, adoptado seis años antes, y, en particular, el contenido y el alcance del artículo 33 CA y dieron voluntariamente un alcance diferente a las disposiciones del artículo 173 del Tratado CEE» (39).

Lo explícito del verbo del Tribunal sigue sin otorgar margen a interpretaciones. Conviene, pese a ello, hacer dos breves comentarios. En primer lugar, convendría preguntarse sobre la eventual debilidad del principio de la tutela judicial efectiva, a él nos referiremos en el siguiente punto. Por otro lado, conviene recordar que la inviabilidad de superar la literalidad del tratado en este contexto, que tan categóricamente sienta aquí el TJ, fue desdicha en una histórica sentencia en la que otorgó legitimidad pasiva al Parlamento europeo en el ámbito CECA, superando la literalidad del Tratado realizando una interpretación *mens legislatoris* antípoda de la desplegada en este caso (40). De dicho trato dispar, obviando aquí las críticas que más veces de lo deseable merece el Tribunal de Luxemburgo, únicamente puede deducirse que, el Estado de Derecho europeo, en el que se basó la doctrina *Les Vers*, prima sobre el reconocimiento foral en la Constitución española.

(38) En concreto cita la clásica Sentencia de 11 de julio de 1984, *Commune de Differdange y otros c. Comisión*, 222/83, Rec. pág. 2889, apartado 8.

(39) ATJ de 28 de marzo de 2003, C-75/02, apartado 27.

(40) STJ de 23 de abril de 1986, *Parti écologiste «Les Verts» c. Parlamento Europeo*, asunto 294/83, ECR 1986, pág. 1339.

#### 4.1.2. *Sobre la tutela judicial efectiva*

Subsidiariamente las partes consideraron que el TPI debería haber declarado la admisibilidad de su recurso en virtud del principio de la tutela judicial efectiva. La interpretación de las partes del principio comunitario consideraba que si bien dicho principio no implica que se reconozca a cualquier persona, en todos los casos, el derecho a plantear el asunto ante el TPI, sí que exige en cambio el establecimiento de un mecanismo de recurso eficaz, aunque sea interno, del cual, según su entender, tampoco disponían en el caso de autos.

El TJ, en primer lugar, apoyando las tesis del TPI señaló que las limitaciones derivadas del artículo 33 CA, párrafo segundo, se ven compensadas por un régimen de intervención flexible. El artículo 34 del Estatuto CECA del Tribunal de Justicia permite a cualquier persona física o jurídica —y, por tanto, a las autoridades intraestatales—, cuando demuestra un interés en el litigio, intervenir en el marco de un recurso de anulación entablado por un Estado miembro contra una decisión adoptada con arreglo al Tratado CECA. Como ha constatado el Tribunal de Primera Instancia, en el marco del recurso de anulación interpuesto ante el Tribunal de Justicia por el Reino de España contra la Decisión controvertida —asunto C-501/00—, se admitió la intervención de las partes recurrentes. De este razonamiento se concluye: «En el presente caso, tal procedimiento ha conferido una tutela judicial efectiva a las partes recurrentes, contrariamente a lo que ellas afirman» (41).

En segundo lugar, el TJ, zanjó la cuestión con cita expresa a su previa doctrina (asunto *Unión de Pequeños Agricultores c. Consejo*) (42): «si bien los requisitos para la interposición de un recurso ante el órgano jurisdiccional comunitario deben interpretarse a la luz del principio de tutela judicial efectiva, tal interpretación no puede conducir a ignorar un requisito expresamente previsto en el Tratado CECA sin sobrepasar las competencias que éste atribuye al juez comunitario» (43).

En nuestra opinión, sólo este segundo argumento, pese a sus debilidades —si se tiene en cuenta la recepción del principio a nivel nacional— tiene cierta

(41) ATJ de 28 de marzo de 2003 en el asunto C-75/02, apartado 33.

(42) Aunque, como hemos indicado se cita la Sentencia de 25 de julio de 2002 (*Unión de Pequeños Agricultores c. Consejo*, C-50/00 P, Rec. pág. I-6677, apartado 44), no es éste un caso aislado en la doctrina del Tribunal de Luxemburgo. Véanse, por ejemplo, las Sentencias de 2 de febrero de 1988, *Van der Kooy c. Comisión*, asuntos acumulados 67/85, 68/85 y 70/85, Rec. pág. 219, apartado 14; *Extramet Industrie c. Consejo*, C-358/89, Rec. pág. I-2501, apartado 13, y *Codorniu c. Consejo*, C-309/89, Rec. pág. I-1853, apartado 19.

(43) ATJ de 28 de marzo de 2003 en el asunto C-75/02, apartado 34.

fuerza desde la lógica comunitaria. Efectivamente, el TJ es excesivamente generoso con las bondades de la flexibilidad del sistema procesal comunitario. Aunque implícitamente así se pudiera entender de la *rationale* del Tribunal, no estamos ante un haz de procedimientos alternativos. Las partes demandantes solamente encuentran un resquicio procesal de forma indirecta, dependiente de la voluntad de un sujeto plenamente legitimado, el Estado español. Este sujeto, como sabemos y hemos visto en casos anteriores, no deja —como las partes demandantes y muchas Comunidades Autónomas— de instrumentalizar políticamente el contencioso comunitario, precisamente por el conflicto relativo al desarrollo del Título VIII de nuestra Constitución. Ello no solamente afecta al planteamiento del contencioso, sino al sentido del mismo, lo cual, tiene gran importancia dado que las partes coadyuvantes solamente pueden intervenir para defender una de las posiciones postuladas por las partes.

La solución comunitaria a este conflicto no puede pasar por intentar minimizar, con argumentos inconsistentes, las diferencias existentes en el reconocimiento a escala europea y nacional del principio de la tutela judicial efectiva. Inexorablemente debe pasar, como ocurre en el segundo argumento, por dejar constancia dolorosa del mismo. Dicha realidad nos remite al sempiterno problema del desequilibrio del reconocimiento de los derechos en ambos niveles y a la dialéctica entre el TJ y los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros. La recepción de la Carta de Derechos Fundamentales en el Derecho Originario, en nuestra opinión, no finiquitará el problema, pues persistirán disparidades de protección en la aplicación por parte del TJ de los derechos contenidos en la Carta y eventualmente surgirán nuevos problemas. Como ha puesto de manifiesto el profesor Rubio Llorente, con la inclusión de la Carta «quiebran los vínculos, que la afortunada fórmula alumbrada por el Tribunal había logrado mantener, entre los Derechos Fundamentales garantizados por los Estados y los que garantiza la Unión como principios generales de su ordenamiento, y se destruye, sin sustituirlo por ningún otro, el delicado equilibrio ahora existente entre la jurisdicción de la Unión y la de los Estados» (44); ello sin entrar en las repercusiones derivadas para el reparto competencial —que en su efecto centrípeto federalizante explícitamente intenta evitar la Carta— y para el mantenimiento del acervo comunitario —por el dispar nivel de protección remanente—. Por todo ello, solamente iniciados en la dialéctica *Solange* entre ambas jurisdicciones, pueden entender los esfuerzos del TJ por difuminar la realidad del reconocimiento del principio de la tutela judicial a nivel europeo.

---

(44) F. RUBIO LLORENTE: «Mostrar los Derechos sin destruir la Unión», en E. GARCÍA DE ENTERRÍA (dir.): *La Encrucijada Constitucional Europea*, Civitas, 2002, pág. 150.

El papel monopolizador que el Estado central juega en el contencioso comunitario confiere al Gobierno de la nación una ventaja sustancial en la carrera de instrumentalización a la que todos los actores del sistema se han lanzado. Puede el Gobierno central, con lealtad formal al ordenamiento comunitario —como hizo en los asuntos 400/97, C-401/97 y C-402/97 estudiados y en otros muchos asuntos (45)—, denunciar la violación que las medidas forales de discriminación positiva suponen para dicho ordenamiento ante un órgano jurisdiccional nacional para posteriormente, por intereses políticos, desistir evitando que el TJ se pronuncie sobre la infracción. Y puede el Gobierno central, con lealtad a la Constitución española, no personarse en la resolución de un procedimiento iniciado por la Comisión, dificultando e incluso impidiendo —dependiendo de las partes personadas y la afectación— la personación de la autoridad intraestatal afectada.

De lo dicho bien pueden deducirse las razones por las que la propuesta de Estatuto político de la Comunidad de Euskadi —que en sus propuestas de relación con la Unión Europea es menos rupturista que en su relación con el Estado Español—, aspira a la eliminación del monopolio de la legitimación activa del Estado, no a través de una reforma del Derecho Comunitario como sería plausible —aunque con muchos más riesgos políticos para un nacionalismo vasco temeroso de desautorización por la Unión—, sino por la inconstitucional vía de la imposición de la defensa de los intereses vascos al Gobierno central en sede jurisdiccional europea, cuando y como lo decida el Gobierno Vasco (46).

Es difícil de mantener, tras los asuntos que llevamos vistos, que el Gobierno central esté actuando con lealtad constitucional en alguno de los dos niveles indicados. En el europeo, porque la lealtad real conllevaría modificar los preceptos y sistemas nacionales de cualquier rango que contravengan el ordenamiento comunitario, de forma autónoma y con independencia de que así lo exija la doctrina del TJ. Y resulta manifiesto que una parte destacable del acervo foral lo es, como ha puesto de manifiesto el propio Gobierno central en sus personaciones. Pero, refutar como ilegal a nivel comunitario lo que es constitucional en el plano español, bien podría considerarse una deslealtad en el plano constitucional español. La solución a esta situación, como veremos en la conclusión, solamente puede pasar por la modificación del ordenamiento y/o

(45) Véase sobre el particular el diario *Expansión*, 14 de julio de 1999.

(46) En detalle, J. M. MARTÍNEZ SIERRA: «La propuesta de Estatuto político de la Comunidad de Euskadi y el Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa», en prensa, Ed. UPV, *Actas del Congreso Internacional 25 años de Constitución y Democracia*, celebrado en Bilbao los días 19, 20 y 21 de noviembre de 2003.

la práctica nacional hasta hacerlo compatible íntegramente con el comunitario, ello por no permitir dicho ordenamiento otra opción y por no haber para el Estado español alternativa a la pertenencia a la Unión Europea.

#### 4.2. *El Auto del Tribunal de Justicia de 6 de marzo de 2003 en el asunto C-186/02*

El asunto C-186/02 tiene por objeto un recurso de casación interpuesto contra la Sentencia dictada por el TPI el 6 de marzo de 2002 (*Diputación Foral de Álava y otros c. Comisión*) (47). En la decisión recurrida el TPI consideró contraria al Derecho Comunitario —calificándola como ayuda de Estado— una normativa dictada por la Diputación Foral de Álava por la que establecía varias discriminaciones fiscales positivas, que, entre otras, provocaron el traslado de la producción de la empresa Ramondín, S.A., con domicilio social en Logroño, a Álava, a través de la creación de Ramondín Cápsulas, S.A.

La sentencia fue recurrida en casación ante el TJ por dicha empresa, siendo las otras partes en el procedimiento la Comisión de las Comunidades Europeas, parte demandada en primera instancia, y la Diputación Foral de Álava, parte demandante en primera instancia. Junto a estas partes, dos Comunidades Autónomas solicitaron intervenir: la Comunidad Autónoma de La Rioja, en apoyo de las pretensiones de la Comisión; la Comunidad Foral de Navarra, en apoyo de las pretensiones de Ramondín, S.A., y de Ramondín Cápsulas, S.A.

Se plantea en nuestro estudio una nueva manifestación del conflicto interterritorial generado por la excepción del foralismo y de su reflejo en el contencioso comunitario. Las Comunidades Autónomas, como el Estado central, sabedoras de que la excepción cubierta por la Constitución española no lo está por la europea, instrumentalizan el contencioso europeo, bien para liquidar la excepción si les perjudica, bien para defenderla si les beneficia. En los antagónicos roles descritos se situaron la Comunidad Autónoma de La Rioja y la Comunidad Foral de Navarra. Como pasamos a ver, y en alguna medida por el grado de instrumentalización que guió la personación, la decisión tomada por el TJ respecto a la concesión de la legitimación activa en el recurso fue disímil para las dos Comunidades Autónomas personadas.

---

(47) Asuntos acumulados T-92/00 y T-103/00, Rec. pág. II-1385.

#### 4.2.1. *El marco jurídico*

El artículo 40 del Estatuto del Tribunal de Justicia reza: «Los Estados miembros y las instituciones de las Comunidades pueden intervenir como coadyuvantes en los litigios sometidos al Tribunal de Justicia. El mismo derecho tendrá cualquier otra persona que *demuestre un interés en la solución de un litigio* sometido al Tribunal de Justicia, excepto los litigios entre los Estados miembros, entre instituciones de las Comunidades, o entre Estados miembros, por una parte, e instituciones de las Comunidades, por otra. [...] Las pretensiones de la demanda de intervención no pueden tener otro fin que apoyar las pretensiones de una de las partes» (48).

A lo largo de los años el TJ ha ido cerrando la incertidumbre mayor del precepto: saber qué se entiende por un interés en la solución del litigio. El propio Tribunal resumió su construcción doctrinal en el asunto *National Power y PowerGen* (49): «Así, para autorizar la intervención, el Tribunal de Justicia verifica que los coadyuvantes resulten directamente afectados por la decisión impugnada y que su interés en la solución del litigio sea indudable (50). El Tribunal de Justicia considera igualmente que es necesario un interés directo y actual en que se acojan las pretensiones en sí mismas, y no un interés respecto a los motivos invocados (51). En otro auto, el Tribunal de Justicia mantiene que el interés requerido al efecto no debe referirse simplemente a unas tesis jurídicas abstractas, sino que debe existir en relación con las propias pretensiones de una de las partes en el proceso (52). Según el Tribunal de Justicia, debe distinguirse a quienes solicitan intervenir como coadyuvantes y justifican un interés directo en la suerte deparada al acto específico cuya anulación se solicita, de quienes justifican sólo un interés indirecto en la solución del litigio a causa de semejanzas entre su situación y la de una de las partes» (53).

(48) DOCE de 24 de diciembre de 2002, C/ 325-176. Énfasis añadido.

(49) Citamos el Auto del Tribunal de Justicia de 17 de junio de 1997 en los asuntos acumulados C-151/97 y C-157/97, apartado 53. Para facilitar su lectura hemos optado por sacar del texto central de la cita, e incluirlo a pie de página, la abundante jurisprudencia citada.

(50) Auto de 19 de febrero de 1960, *Países Bajos c. Alta Autoridad*, 25/59, Rec. págs. 787 y sigs., especialmente pág. 792.

(51) Autos *Lemmerz-Werke c. Alta Autoridad*, 111/63, Rec. 1965, pág. 884, y *Amylum y otros c. Consejo y Comisión*, asuntos acumulados 116/77, 124/77 y 143/77, Rec. pág. 893, apartados 7 y 9.

(52) Auto de 10 de junio de 1965, *Consten c. Comisión*, 56/64, Rec. 1966, págs. 556 y sigs., especialmente pág. 558.

(53) Autos de 15 de noviembre de 1993, *Scaramuzza c. Comisión*, C-76/93 P, Rec. págs. I-5715 y I-5722, apartado 11; véanse igualmente los autos del Tribunal de Primera Instancia de 15

#### 4.2.2. *La admisión de la demanda de intervención de la Comunidad Autónoma de La Rioja*

La demanda de intervención de la Comunidad Autónoma de La Rioja se basó en tres aspectos: ser una región limítrofe del Territorio Histórico de Álava; haber presentado ante la Comisión una denuncia en relación con las ayudas controvertidas, por tener estas una repercusión directa sobre sus intereses, ya que podrían dar lugar al traslado de empresas establecidas en su territorio e implicar una competencia desleal respecto a otras regiones limítrofes; que las ayudas concedidas a Ramondín, S.A., y a Ramondín Cápsulas, S.A., provocaron el traslado al territorio de Álava de la empresa Ramondín, que hasta entonces y desde 1971 estaba establecida en el territorio de La Rioja.

Vistas las alegaciones, el TJ consideró que la Comunidad Autónoma de La Rioja demuestra un interés directo y actual en que se acojan las pretensiones de la Comisión —parte demandante en el pleito recurrido—; en consecuencia, debe estimarse su demanda de intervención, con base en tres motivos: que esta Comunidad efectivamente presentó una denuncia ante la Comisión; que quedó acreditado que a la empresa Ramondín se le aplicó el régimen de ayudas controvertido con ocasión de su traslado al territorio de Álava; y «En términos más generales, procede señalar que, debido a la proximidad geográfica de la Comunidad Autónoma de La Rioja y del Territorio Histórico de Álava, el régimen de ayudas de que se trata puede afectar de manera directa y actual a la situación económica de dicha Comunidad, bien provocando el traslado de algunas empresas, o bien perjudicando a la situación competitiva de otras» (54).

#### 4.2.3. *La inadmisión de la demanda de intervención de la Comunidad Autónoma de Navarra*

La demanda de intervención Gobierno Foral de Navarra se basó en dos aspectos. En primer lugar, por ser Navarra parte en un asunto *sub iudice* ante el TPI suspendido por dicho Tribunal hasta que el TJ se hubiera pronunciado sobre diversos asuntos, entre los cuales se encontraba el caso referido. Además, con especial importancia para nuestro estudio, se alegaba la gran similitud existente entre las normas discutidas en ambos contenciosos: la Norma Foral

---

de junio de 1993, *Rijnoudt y Hocken c. Comisión*, asuntos acumulados T-97/92 y T-111/92, Rec. pág. II-587, apartado 22, y de 8 de diciembre de 1993, *Kruidvat c. Comisión*, T-87/92, Rec. pág. II-1375, apartado 12.

(54) ATJ de 6 de marzo de 2003 en el asunto C-186/02, apartado 9.

22/1994 de la Diputación Foral de Álava, de 20 de diciembre de 1994, de ejecución del presupuesto del Territorio Histórico de Álava para el año 1995 de un lado (55); la Ley Foral 24/1996 de Navarra, de 30 de diciembre de 1996, del Impuesto sobre sociedades de otro (56).

Subsidiariamente, el Gobierno Foral de Navarra invocó un interés directo y actual en la solución del presente litigio en su condición de comunidad limítrofe del Territorio Histórico de Álava. En su opinión, la sentencia que dicte el Tribunal de Justicia en el caso de autos puede afectarle directamente, habida cuenta de dicha proximidad geográfica. A este respecto, se basa en el auto del Tribunal de Primera Instancia de 10 de abril de 2002, dictado en el asunto T-225/01, que admitió la intervención de la Comunidad Autónoma de La Rioja en apoyo de las pretensiones de la Comisión, debido a que la Ley Foral 24/1996 de que se trataba en aquel asunto, adoptada en favor de las empresas de nueva creación, podría afectar directamente a la economía de La Rioja, región limítrofe de Navarra.

El TJ consideró, con respecto al núcleo central de la argumentación del Gobierno Foral, que éste no invoca más que un interés indirecto en la solución del litigio a causa de semejanzas entre su situación y la de una de las partes del presente asunto, la Diputación Foral de Álava.

Con respecto al segundo argumento, tampoco consideró que el Gobierno Foral de Navarra puede justificar un interés directo y actual derivado de la situación geográfica de la Comunidad Foral, dado que al pretender intervenir como coadyuvante de las recurrentes «sólo podría invocar adecuadamente esta proximidad geográfica si pudiera alegar que las medidas controvertidas tendrían efectos beneficiosos para su economía. Pues bien, no aduce ningún efecto concreto de las citadas medidas en su territorio, a diferencia de la Comunidad Autónoma de La Rioja [...]. En realidad, resulta que el Gobierno Foral de Navarra pretende defender sus intereses como autoridad tributaria con unas competencias similares a las de la autoridad tributaria de que se trata en el presente asunto, objetivo que es ajeno a un eventual efecto del régimen de ayudas examinado en el caso de autos sobre un territorio limítrofe» (57).

Efectivamente, acierta de pleno el TJ al identificar el interés último del Gobierno Foral en este contencioso, estamos ante otra instrumentalización del contencioso comunitario. Pero, en general, en el ámbito estudiado, dicha instrumentalización es el motor del contencioso comunitario promovido por todas las autoridades españolas, con independencia de la fortaleza de los asideros en

---

(55) *Boletín Oficial del Territorio Histórico de Álava*, núm. 5, de 13 de enero de 1995.

(56) *Boletín Oficial de Navarra*, núm. 159, de 31 de diciembre de 1996.

(57) ATJ de 6 de marzo de 2003 en el asunto C-186/02, apartado 17.

el supuesto de hecho del asunto *a quo*. De ahí que hayan tardado tanto en llegar estos conflictos al contencioso comunitario y que hayan llegado abrupta y simultáneamente tantos asuntos.

La deficiente labor del constituyente, del legislador nacional, del Tribunal Constitucional y de los entes infraestatales en la adaptación de las dos realidades jurídicas sobredimensiona el papel que juega la Unión en su desarrollo. El campo aquí estudiado es tierra abonada de conflictos por carecer a escala europea de la cobertura gozada en el ámbito nacional.

Sería ideal, aunque doloroso para los partidarios del *statu quo* constitucional, que el TJ tuviese la oportunidad de pronunciarse sobre la constitucionalidad comunitaria del acervo foral de forma global. No existiendo esa posibilidad en el contencioso comunitario, nos seguiremos viendo sometidos a un goteo de asuntos, dependiente en muchos casos de la tensión centralismo-autonomismo y de la citada instrumentalización. Todo lo más, podremos encontrar —como en la cuestión prejudicial del TSJPV estudiada— pronunciamientos que, por el supuesto de hecho, fueren una interpretación de mayor alcance. Decimos fueren porque el TJ no está hoy por la labor de generar más conflictos con los Estados miembros que los estrictamente necesarios. La *rationale* de la exégesis del TJ, como hemos visto, enraizada en las repercusiones del caso concreto, no permite al Tribunal levantar la vista y encarar —quizá ver siquiera— la cuestión de fondo: la compatibilidad de los Derechos Forales con el Derecho de la competencia comunitario, atendiendo a la naturaleza de las distintas lógicas federales que las sustentan.

5. SOBRE LA INTRASCENDENCIA COMUNITARIA DEL RECONOCIMIENTO  
CONSTITUCIONAL ESPAÑOL DE LA NORMATIVA FORAL: SSTPI DE 6 DE MARZO  
DE 2002 EN LOS ASUNTOS ACUMULADOS T-92/00 Y T-103/00; DE 23 DE OCTUBRE  
DE 2002 EN LOS ASUNTOS ACUMULADOS T-269/99, T-271/99 Y T-272/99;  
DE 23 DE OCTUBRE DE 2002, EN LOS ASUNTOS ACUMULADOS  
T-346/99, T-347/99 Y T-348/99

Las últimas tres sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales comunitarios ratifican las líneas jurisprudenciales analizadas hasta ahora, enfatizando la ilegalidad europea de la discriminación fiscal positiva desarrollada comúnmente por las Diputaciones Forales. Sin embargo, frente a los primeros asuntos estudiados, encontramos aquí señas claras de intranquilidad por parte de las Diputaciones Forales con respecto al claro cercenamiento comunitario de su privilegiado *status* constitucional español.

Nos centraremos en dos aspectos. Uno completamente novedoso, por ser

fruto de la presión que el devenir del contencioso ya analizado provoca en las Diputaciones: el recurso no a un acto sancionador sino a un acto de incoación del procedimiento sancionador iniciado por la Comisión. Otro, parcialmente novedoso, pues, aunque se había abordado en el estudio de las Conclusiones del Abogado General Saggio, no había encontrado refrendo tan claro en sentencia: los límites impuestos por el Derecho comunitario a la cobertura constitucional del acervo foral.

### 5.1. *Privilegios cimentados en la historia y fundamentación jurídica en sede europea*

Las dos sentencias dictadas el 23 de octubre de 2002 (58), traen causa de recursos de anulación interpuestos por todas las Diputaciones Forales vascas frente a varias Decisiones de la Comisión, en concreto: contra las Decisiones de la Comisión de incoar el procedimiento previsto en el artículo 88 CE, apartado 2, contra el Estado español en relación con las ayudas fiscales concedidas en forma de crédito fiscal del 45 por 100 en los Territorios Históricos de Álava, Vizcaya y Guipúzcoa —personados a la sazón y con la misma representación— (59); contra las Decisiones de la Comisión de incoar el procedimiento previsto en el artículo 88 CE, apartado 2, contra el Estado español en relación con determinadas ayudas fiscales en forma de reducción de la base imponible del impuesto de sociedades en los Territorios Históricos de Álava, Vizcaya y Guipúzcoa —personados igualmente con la misma representación— (60).

Nos encontramos ante una serie de elementos muy significativos. Las tres Diputaciones forales se personan conjuntamente y bajo la misma representación, frente a la postulación seguida normalmente: separada y coadyuvando eventualmente. Por su parte, el Gobierno central, no se personó en la causa: pese a estar en entredicho el ordenamiento constitucional —su cobertura al acervo foral—; no obstante el interés de las Diputaciones en la causa; pese a ser el Estado español el imputado formal del incumplimiento. Por último, conviene enfatizar que las Diputaciones recurrieron un mero acto de incoación del procedimiento sancionador. El hecho de que las Diputaciones no esperasen a la finalización del procedimiento sancionador, junto con el resto de aspectos citados, son muestra de los estragos que en el acervo foral y en su desarrollo político-económico está teniendo el contencioso comunitario.

(58) SSTPI de 23 de octubre de 2002, en los asuntos acumulados T-269/99, T-271/99 y T-272/99; de 23 de octubre de 2002, en los asuntos acumulados T-346/99, T-347/99 y T-348/99.

(59) DO 1999, C 351, pág. 29, y DO 2000, C 71, pág. 8.

(60) DO 2000, C 55, pág. 2.

Como es sabido, la piedra angular del acervo foral es su idiosincrasia fiscal, particularmente la posibilidad de establecer saltos cualitativos en los Territorios Forales frente al régimen común por mediación de discriminaciones positivas. Y lo es por ser un aliciente económico tangible para unas empresas entregadas más que nunca al coste de oportunidad. Dicha ecuación funciona en un contexto de seguridad jurídica, es decir, cuando la prima otorgada por las Diputaciones Forales a las empresas —por iniciar su actividad o por trasladarse desde otro lugar— se mantiene en el tiempo. Hasta que se desató la batalla del concierto económico, la jurisdicción comunitaria no tuvo ocasión de pronunciarse, de suerte que, las empresas —con frecuencia mal asesoradas en materia de derecho europeo e internacional— quisieron creer que la cobertura constitucional española del acervo foral era garantía de seguridad jurídica. En este contexto, la intervención de la jurisdicción comunitaria no ha hecho sino recordar a los operadores jurídicos y a las autoridades españolas lo que nunca debieron olvidar: el ordenamiento comunitario, por primar sobre los nacionales, no puede ser ignorado por los operadores jurídicos, políticos y económicos.

Haber ignorado políticamente durante tanto tiempo las colisiones manifiestas entre los dos ordenes constitucionales genera situaciones como la estudiada. El problema no es solamente la devolución de las ayudas por parte de las empresas —que las pierden, y en caso de traslado, también el coste añadido—, sino la incertidumbre generalizada que sobre el sistema se ha instalado en los operadores económicos. Tras los asuntos que hemos visto hasta ahora ¿Pueden las Diputaciones Forales seguir ofreciendo incentivos parecidos a los declarados ilegales sin incurrir en responsabilidad? ¿Qué empresa con asesoramiento legal adecuado va a imbuirse en este mar de incertidumbre jurídica? Ahí, en la respuesta de los operadores económicos, debe encontrarse la reacción de las Diputaciones Forales.

## *5.2. Los límites impuestos por el Derecho comunitario a la cobertura constitucional del acervo foral*

Una manifestación del desaliento reflejado en el epígrafe anterior se encuentra en el contenido de los recursos. Versando éstos sobre supuestos de hecho muy similares a los ya estudiados —por así determinarlo las ayudas otorgadas por las Diputaciones Forales—, la defensa reitera argumentos ya desestimados por los Tribunales europeos, todo lo más fuerza alguno de los más sensibles. Destacan en esta línea los relativos a la cobertura constitucional del acervo foral.

En los asuntos acumulados T-92/00 y T-103/00 las partes demandantes sostuvieron que, aun suponiendo que las medidas fiscales controvertidas tengan carácter selectivo, quedarían excluidas del ámbito de aplicación del artículo 87 CE, apartado 1, dado que estando el sistema fiscal vasco amparado por la Constitución española, está justificado, como tal, por la naturaleza y la economía del sistema general español.

En los asuntos acumulados T-346/99, T-347/99 y T-348/99 y en los asuntos acumulados T-269/99, T-271/99 y T-272/99, las partes, reproduciendo en ambos miméticamente sus alegaciones, llegan incluso a sustituir la argumentación jurídica por el sofisma político. Por ejemplo, al sostener, con escaso apego a la realidad del acto de incoación, que la Comisión dedujo la especificidad de las medidas fiscales controvertidas de su carácter regional. Señalando «que los Territorios Históricos de Álava, Vizcaya y Guipúzcoa cuentan desde el siglo XIX con una autonomía fiscal reconocida y protegida por la Constitución del Estado Español» y que «las Decisiones impugnadas cuestionan implícitamente dicha autonomía» (61). Para posteriormente acusar a la Comisión de desviación de poder al considerar que intenta llevar a cabo una cierta armonización fiscal utilizando la vía de la política de las ayudas de Estado: «las Decisiones impugnadas forman parte de un proceso global iniciado por la Comisión para cuestionar el régimen tributario vasco en su conjunto» (62).

En las sentencias ahora estudiadas, el TPI eliminó toda posibilidad de considerar la cobertura constitucional de la normativa foral como relevante. Amparándose en la doctrina del TJ, alguna aquí estudiada (63), sentenció: «el hecho de que la Constitución española haya reconocido a las autoridades vascas competencias fiscales no permite considerar que todo beneficio fiscal concedido por dichas autoridades esté justificado por la naturaleza o la economía del sistema fiscal. En efecto, las medidas adoptadas por entidades intraestatales (descentralizadas, federadas, regionales o de otra índole) de los Estados miembros, cualesquiera que sean su naturaleza jurídica y denominación, están comprendidas, del mismo modo que las medidas adoptadas por el poder federal o

---

(61) SSTPI de 23 de octubre de 2002, en los asuntos acumulados T-346/99, T-347/99 y T-348/99, apartado 47; de 23 de octubre de 2002 en los asuntos acumulados T-269/99, T-271/99 y T-272/99, apartado 51.

(62) SSTPI de 23 de octubre de 2002, en los asuntos acumulados T-346/99, T-347/99 y T-348/99, apartados 86 y 87; de 23 de octubre de 2002 en los asuntos acumulados T-269/99, T-271/99 y T-272/99, apartados 90 y 91.

(63) STJ de 14 de octubre de 1987, Alemania c. Comisión, 248/84, Rec. pág. 4013, apartado 17; STPI de 6 de marzo de 2002, Diputación Foral de Álava y otros c. Comisión, asuntos acumulados T-127/99, T-129/99 y T-148/99, Rec. pág. II-0000, apartado 142.

central, en el ámbito de aplicación del artículo 87 CE, apartado 1, si se cumplen los requisitos establecidos en dicha disposición» (64).

Interpretando este apartado de la sentencia a la luz de la doctrina del TJ y TPI, dentro y fuera del conflicto Foral, no puede evitar pensarse que solamente la decidida intención del Tribunal de rebajar la tensión del conflicto —que ha llegado a la acusación de desviación de poder— impidió una formulación más directa. Lo que realmente piensa y está diciendo el Tribunal es que todo beneficio fiscal concedido por las autoridades vascas deberá pasar el test que al caso impone el Derecho comunitario; o, por mejor decir, que dicho test no sufre alteración por la recepción que la Constitución Española otorgue a dichas autoridades y a la normativa de ellas emanada.

En este caso, la naturaleza o la economía del sistema fiscal solamente depende del marco constitucional europeo, en concreto del artículo 87 CE. En su Sentencia de 6 de marzo de 2002, el TPI —que por lo demás repite literalmente el razonamiento de la STPI de 23 de octubre recién citado— (65) considera que basta la literalidad del artículo 87 CE, apartado 1 —al mencionar dicho precepto las ayudas concedidas por «los Estados o mediante fondos estatales bajo cualquier forma»— para sostener el pleno sometimiento de los entes intraestatales, cualquiera su forma o cobertura constitucional nacional al ordenamiento comunitario específico, por referirse el precepto a todas las ayudas financiadas por medio de recursos públicos.

## 6. CONCLUSIÓN

El estudio llevado a cabo en este trabajo permite formular dos conclusiones esenciales. En primer lugar queda constatado que una parte cardinal del Concierto Económico Vasco —la discriminación fiscal positiva— es contraria al Derecho de la Unión Europea, y que dicha ilegalidad no encuentra cobertura

(64) STPI de 23 de octubre de 2002, en los asuntos acumulados T-346/99, T-347/99 y T-348/99, apartado 62.

(65) En concreto consideró «que el hecho de que el Territorio Histórico de Álava tenga autonomía fiscal reconocida y protegida por la Constitución española no dispensa, sin embargo, a dicha región del respeto de las disposiciones del Tratado en materia de ayudas de Estado. [...] las medidas adoptadas por entidades intraestatales (descentralizadas, federadas, regionales o de otra índole) de los Estados miembros, cualesquiera que sean su naturaleza jurídica y denominación, están comprendidas, del mismo modo que las medidas adoptadas por el poder federal o central, en el ámbito de aplicación del artículo 87 CE, apartado 1, si se cumplen los requisitos establecidos en dicha disposición». STPI de 6 de marzo de 2002 en los asuntos acumulados T-92/00 y T-103/00, apartado 57.

posible desde la lógica del Derecho Comunitario habida cuenta del cierre doctrinal realizado por el TJ. En segundo lugar, puede concluirse que los actores nacionales —Gobierno Central, Autonómico y Diputaciones Forales—, lejos de apostar por un desarrollo del sistema foral armonioso con el ordenamiento europeo, han optado por enrocarse en sus intereses, llegando incluso a instrumentalizar el contencioso comunitario en defensa de los mismos: las autoridades vascas en la defensa a ultranza del sistema; el Gobierno central entre la defensa de la cobertura constitucional del sistema foral y la consciente apuesta a favor de la liquidación de parte del sistema y/o de su desarrollo por cuenta de la Unión.

No se puede ignorar que el conflicto político que rodea a la actualización de los Derechos Históricos Vascos está presente en esta tardía e intensa irrupción del conflicto en sede judicial europea y, en consecuencia, que el devenir del mismo en dicha sede dependerá también de la instrumentalización política del contencioso europeo. Pero dicha realidad no puede empañar la cristalina identificación del conflicto jurídico: el ordenamiento jurídico español está desarrollando un régimen considerado inconstitucional desde el prisma europeo. ¿Qué hacer?

En primer lugar, descartar la posibilidad de que el Derecho Comunitario legalice los extremos estudiados del Concierto Económico, la doctrina del TJ estudiada y la actitud la Comisión no muestran fisuras; tampoco parece posible que el Reino de España pueda pedir una renegociación del Tratado de Adhesión para legalizar el conflictivo desarrollo del Concierto: ni política —por razones palmarias— ni jurídicamente habida cuenta de la trascendencia que el TJ ha dado a la inconstitucionalidad del desarrollo del régimen discutido. Por consiguiente, el problema debe ser resuelto en el plano del ordenamiento nacional, sin necesidad de alcanzar el ámbito de la constitucionalidad como se deduce de la doctrina del Tribunal Constitucional.

La doctrina de nuestro Tribunal Constitucional en la materia tratada dista de ser pacífica en cuanto al alcance real de los Derechos Históricos (66). Sin embargo, en la materia específica de nuestro estudio nos ha dotado de la certi-

---

(66) «Los territorios forales son titulares de «derechos históricos» respetados, amparados y sujetos a actualización en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía, en virtud de lo dispuesto por la disposición adicional primera de la Constitución; por lo que la delimitación de las competencias de tales territorios podrá exigir una investigación histórica acerca de cuáles sean tales «derechos»». STC 11/1984, FJ. 4: «Difícilmente puede considerarse, en consecuencia, que el ámbito actual y actualizado de los derechos históricos de los territorios forales haya quedado indeterminado, y dependiente de investigaciones históricas o decisiones judiciales caso por caso, STC 76/1988, FJ. 6.

dumbre necesaria para la presente conclusión: *a)* la idea de los derechos históricos, a que alude la disposición adicional primera de la Constitución, no puede considerarse como un título autónomo (60); *b)* «lo que no le es dable al legislador —desde el punto de vista de la igualdad como garantía básica del sistema tributario— es localizar en una parte del territorio nacional, y para un sector o grupo de sujetos, un beneficio tributario sin una justificación plausible que haga prevalecer la quiebra del genérico deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos sobre los objetivos de redistribución de la renta (art. 131.1 CE) y de solidaridad (art. 138.1 CE), que la Constitución española propugna y que dotan de contenido al Estado social y democrático de Derecho» (68); por último, que legislador no puede evitar la inconstitucionalidad europea de las discriminaciones fiscales forales controvertidas introduciendo discriminaciones que rebasen los límites de la Constitución Española (69).

Una vez constatada la ausencia de cobertura constitucional para el desarrollo de los Derechos Históricos estudiados, procede preguntarse sobre su cobertura legal. El Artículo 2 del Concierto Económico no deja lugar a dudas sobre el particular: «El sistema tributario que establezcan los Territorios Históricos seguirá los siguientes principios [...] Sometimiento a los Tratados o Convenios internacionales firmados y ratificados por el Estado español o a los que éste se adhiera» (70). Huelga recordar que no cabe interpretación, ni iusinterenacionista ni constitucional, que pueda excluir al Derecho europeo, tanto el originario como el derivado, del alcance del precepto citado.

---

(67) «La idea de derechos históricos de las comunidades y territorios forales, a que alude la disposición adicional primera de la Constitución, no puede considerarse como un título autónomo, del que puedan deducirse específicas competencias, pues la propia disposición adicional manifiesta con toda claridad que la actualización general de dicho régimen foral se ha de llevar a cabo en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía», STC 123/1984, FJ. 3.

(68) STC 76/1988, FJ. 8.

(69) «El hecho de que la norma impugnada pretendiese dar cumplimiento a un mandato de la Comisión Europea no evita, sin embargo, la lesión del art. 31.1 CE, pues si así era, aunque la finalidad perseguida sea constitucionalmente legítima, ello no implica necesariamente que el medio utilizado para alcanzar el fin sea adecuado al mismo, en sentido de razonable y proporcionado», STC 76/1988, FJ. 8. Conviene recordar que en este asunto —que versa sobre el mismo supuesto que las Conclusiones del Abogado General Saggio aquí estudiadas, las Normas dictadas por las Diputaciones Forales vascas en el año 1988— el TC declaró inconstitucional la Disposición Adicional octava de la Ley 42/1994 que, como estimó la Comisión europea, daba cumplimiento adecuado a la Decisión de la Comisión 93/337/CEE, de 10 de mayo, que constató la ilegalidad comunitaria de las discriminaciones fiscales contenidas en las Normas dictadas por las Diputaciones Forales vascas en el año 1988.

(70) *Vid.* Anejo a la Ley 12/2002, de 23 de mayo, por la que se aprueba el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco, *BOE* núm. 124, de 24 de mayo de 2002.

Finalizado nuestro periplo podemos constatar la ausencia absoluta de cobertura al desarrollo del Concierto Económico aquí estudiado, tanto en el ordenamiento jurídico europeo como en el español, así en el plano de la constitucionalidad como en el de la legalidad. La llamativa y reiterada ilegalidad ha sido provocada, *de facto*, por todos los actores del sistema —forales, autonómicos y nacionales—, que han optado, sembrando dudas sobre su proceder constitucional, por ignorar los notorios límites de la legalidad comunitaria, que son inexorablemente los Concierto Económico como el propio instrumento normativo explícita. El TJ se ha encargado de hacer más visibles los contornos del Concierto Económico, eliminando las hipotéticas dudas que pudieran existir sobre el particular, por ello, en el futuro, únicamente cabe el respeto o la insumisión consciente a la legalidad vigente.