

Roj: STSJ PV 3308/2008
Id Cendoj: 48020330012008100274
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Bilbao
Sección: 1
Nº de Recurso: 1265/2005
Nº de Resolución: 886/2008
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANIA
Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES x
- x PAÍS VASCO x
- x CONCIERTO ECONÓMICO x
- x EFECTOS (RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO) x

Resumen:

Se pretende la anulación de un precepto de Norma Foral, que modifica varios artículos de la norma reguladora del Impuesto de Sociedades en normativa autonómica. Se ha planteado por la Sala cuestión prejudicial ante el TJ de la UE. Autonomía fiscal.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 1265/05

SENTENCIA NUMERO 886/08

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

DON LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANIA

MAGISTRADOS:

DON JOSÉ ANTONIO GONZÁLEZ SAIZ

DOÑA M^a DEL MAR DÍAZ PÉREZ

En la Villa de BILBAO, a veintidós de diciembre de dos mil ocho.

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por el Presidente y Magistrados antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso registrado con el número 1265/05 y seguido por el procedimiento Ordinario Ley 98 , en el que se impugna: NORMA FORAL 7/2005 DE 23 DE JUNIO DE MEDIDAS TRIBUTARIAS EN 2005 APROBADA POR LAS JUNTAS GENERALES DE BIZKAIA POR LA QUE SE MODIFICAN DETERMINADOS PRECEPTOS DE LA NORMA FORAL 3/1996 DE 26 DE JUNIO DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES PUBLICADA EN EL B.O.B. DE 28-6-05 .

Son partes en dicho recurso: como recurrente COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CASTILLA Y LEÓN, representada y dirigida por la LETRADA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CASTILLA Y LEÓN, DOÑA M^a. ELENA MARTÍNEZ ALVAREZ.

Como demandada DIPUTACIÓN FORAL DE BIZKAIA, representada por la Procuradora DOÑA M^a. BEGOÑA PEREA DE LA TAJADA y dirigida por el Letrado DON JOSÉ LUIS ECHEBERRIA MONASTERIO.

-JUNTAS GENERALES DE BIZKAIA, representadas por la Procuradora DOÑA M^a. BEGOÑA PEREA DE LA TAJADA y dirigidas por el Letrado DON LUIS AURTENETXE GOIRIENA.

-CÁMARA DE COMERCIO INDUSTRIA Y NAVEGACIÓN DE BILBAO, representada por la Procuradora DOÑA MARIA BEGOÑA PEREA DE LA TAJADA y dirigida por el Letrado DON IGNACIO SAENZ CORTABARRIA FERNANDEZ.

-CONFEDERACIÓN EMPRESARIAL VASCA, representada por el Procurador DON GERMÁN ORS SIMÓN y dirigida por el Letrado DON PABLO GIL ROA.

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANIA, Magistrado de esta Sala.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha de 27 de Julio de 2.005 la Letrada Doña María Elena Martínez Álvarez en representación de la Comunidad Autónoma de Castilla y León interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Norma Foral 7/2.005, de 23 de Junio de Juntas Generales de Bizkaia, cuyo *artículo 2 modifica la Norma Foral del Impuesto sobre Sociedades 3/1.996 de 26 de Junio* . Dicho proceso lleva referencia 1.265/2.005, y en el se constituyeron como partes demandadas, la Diputación Foral y Juntas Generales de Bizkaia, la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Bilbao, así como la "Confederación Empresarial Vasca-CONFEBASK".

SEGUNDO.- Seguidos los trámites pertinentes, en fecha de 14 de Octubre de 2.005 se formalizó el escrito principal de demanda en que se instaba de este Tribunal la declaración de nulidad de la nueva redacción dada por el *Artículo 2º a los artículos 11.4.a), g), y h), y 11.6 ; artículo 15.11 ; artículo 29.1 ; artículo 37 de la NFIS* , y también la nulidad de la *Disposición Final Primera de dicha Norma Foral*. -Folios 141 a 164 -.

Tras aludir, tanto a las características que a juicio de la parte recurrente presentaría el régimen fiscal de los territorios históricos del País Vasco, como a la normativa del Impuesto de Sociedades establecida por Norma Foral 3/1.996, de 26 de Junio, y a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Diciembre de 2.004 que anuló numerosos *preceptos de la misma, se centraba la fundamentación en dos tipos de infracciones achacadas a la nueva Norma Foral; por incumplir el régimen tributario prohibitivo de las ayudas públicas, contenido en los arts. 87 y 88 del Tratado CE ; y por establecer privilegios que lesionan preceptos constitucionales referidos al principio de solidaridad, (Arts. 2, 138 y 156) , al de igualdad, y al de unidad de mercado, además de ser contrarias al Concerto Económico aprobado por Ley 2/2.002, de 23 de Mayo , al establecer privilegios que implicarían una presión efectiva global inferior a la que existe en territorio común para las empresas sujetas al Impuesto de Sociedades.*

En el primer aspecto relativo a la constitución de ayudas a los efectos de aplicación del *art. 87 del Tratado CE* , se examinan los preceptos recurridos, y así;

En particular, el *artículo 11* , referido a las amortizaciones, merece el reproche de dicha parte en los siguientes extremos y por las razones que esquemáticamente se adelantan;

-Apartado 4. letra a), sobre libertad de amortización, por ser regulación inexistente en la legislación estatal, que únicamente prevé este tipo de beneficio para las empresas de reducida dimensión

-Apartado 4, letras g) y h), porque en la legislación del Estado únicamente existe deducción en la cuota y no en la base imponible, como gasto, suponiendo mayor ahorro financiero-fiscal.

-Apartado 6. Dado que en el ámbito estatal la amortización máxima es de la veintava parte de su importe, mientras que en la foral es la quinta parte, con un mayor gasto fiscal en los primeros años de inversión con un claro beneficio financiero-fiscal para las empresas radicadas en el mismo.

-En relación con el *Artículo 15, se impugna el apartado 11* , relativo a plusvalías monetarias, en tanto mantiene la corrección monetaria para cualquier elemento del inmovilizado material o inmaterial, tal como hacía la normativa de 1.996. (Y no solo para transmisión de inmuebles y corregido con un coeficiente de financiación propia, como en el Estado). Además, tratándose de inmuebles, no siempre prevé el coeficiente

como obligatorio, y no tributan las rentas obtenidas en caso de reinversión, en vez de la deducción en la cuota existente en el régimen común.

-En torno al *Artículo 29.1* , porque establece un tipo general de gravamen del 32,5% (idéntico al anulado de la N.F de 1.996), frente al 35% del régimen común.

-Respecto de la deducción por inversión en activos fijos materiales nuevos del *Artículo 37* , por no estar recogida en la regulación estatal del tributo, regulándose ahora en el mismo modo que la normativa de 1.996 anulada por STS de 9 de Diciembre de 2.004 , con deducción general del 10% de la inversión y limitación de 60.000 Euros. Además, existe otro beneficio fiscal sobre reserva de inversiones productivas del 10%, cuando en el territorio común solo cabe deducción en la cuota por inversiones en ahorro energético y activos medio-ambientales.

Por último, la *Disposición Final Primera* , sobre entrada en vigor, supone atribuir efectos retroactivos a una norma constitutiva de "ayuda de Estado", y con ello inejecutar la STS de, e incide sobre periodos impositivos anteriores afectados por la STS citada.

Como fundamento principal, y haciendo variadas citas normativas y de la jurisprudencia comunitaria e interna, el recurso expone que tales medidas fiscales constituyen Ayudas de Estado a los efectos del *artículo 87 del Tratado CE* , y están siendo aplicadas sin haber sido comunicadas a la Comisión Europea para que se pronuncie sobre su compatibilidad con el Tratado. Los Fundamentos Noveno y Décimo se dedican a desarrollar las infracciones de derecho constitucional que se atribuyen a la disposición recurrida.

TERCERO.- En escrito presentado el 22 de Noviembre de 2.005, las Juntas Generales de Bizkaia contestaron al escrito de demanda, y en primer término suscitaron la cuestión procedimental de extemporaneidad en el ejercicio de la acción al entablarse el 22 de Julio de 2.005 cuando la Norma Foral no había sido oficialmente publicada en el Boletín Oficial de 1 de Agosto de ese año, y si bien en posterior escrito de 22 de Setiembre de 2.005, dentro de los dos meses siguientes a aquella, se hacía declaración de voluntad de impugnarla, tal manifestación no viene soportada por Acuerdo del órgano competente de la C.A. de Castilla-León, y la certificación del mismo de fecha de 21 de Julio no satisface el requisito del *artículo 45.2.d) LJCA* .

Más tarde rechaza dicha parte demandada que las disposiciones impugnadas constituyan ayudas de Estado, por carecer del requisito de especificidad o selectividad, con exhaustivo examen de decisiones de la Comisión y del TJCE y de otros elementos de interés en el panorama del derecho comunitario. En la última parte de su escrito, que comprende los folios 216 a 261 de estos autos, se rechazaba igualmente que las disposiciones impugnadas contravengan principios constitucionales de solidaridad e igualdad o el Concierto Económico vigente.

En fecha de 23 de Diciembre de 2.005 tuvo entrada el escrito de contestación a cargo de la representación de la Diputación Foral de Bizkaia, (consta a los folios 269 a 298), en el que, oponiéndose a la pretensión, se adhería en lo fundamental a los argumentos de las Juntas Generales, destacando la ausencia de carácter de ayuda de Estado del *artículo 87.1 TJCE* y falta de toda doctrina del TJCE para atribuir esa calificación a medidas fiscales aplicables a todos los contribuyentes sujetos a un mismo régimen tributario, desligando tal supuesto de los conocidos por la Comisión Europea que detalla y desarrolla; corroboración de tal criterio por el informe del Abogado General Geelhoed de 20 de Octubre de 2.005 en asunto C-88/03, (Portugal/Comisión); ó precedente interpretación del Tratado, a falta de armonización del *art. 94* , en el sentido de que admite la coexistencia en un mismo Estado miembro de distintos regímenes tributarios con diferentes tipos impositivos, entre otros aspectos relacionados con dicho tema litigioso. Se rechazaban asimismo las lesiones constitucionales alegadas con varias citas de la Jurisprudencia. En sentido esencialmente coincidente se opusieron, la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Bilbao, y la entidad "Confebask". (Folios 300 a 324, y 333 a 362) .

CUARTO.- Recibido el pleito a prueba, sin practicarse ninguna diligencia, y evacuando el trámite de conclusiones sucintas acordado, la Providencia de 4 de Mayo de 2.006 dejó las actuaciones pendientes de señalamiento de día para la Votación y Fallo por el turno establecido.

En ese estado de trámite, y por medio de Providencia de 14 de Junio de 2.006, adoptó la Sala la siguiente resolución; "Visto el estado de conclusión del presente proceso, al que por razón de la materia el *artículo 66 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo* antepone para su Votación y Fallo, y sin prejuzgar ahora este Tribunal la procedencia de su planteamiento, óigase a las partes por plazo común de diez días acerca de la pertinencia de remitir prejudicialmente al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la cuestión interpretativa de si las medidas tributarias contenidas en los ordinales Uno, Dos, Cuatro

y Seis del *Artículo 2 de la Norma Foral de Juntas Generales de Bizkaia, 7/2.005, de 23 de Junio* , por los que se modifican los *artículos 11, 15.11, 29.1.a)*, y *37 de la Norma Foral 3/1.996, de 26 de Junio* , del Impuesto sobre Sociedades, son contrarias al Tratado por causa de ser susceptibles de calificarse como Ayuda del *artículo 8 7.1* , y haberse promulgado sin cumplimiento del deber de comunicación previa a la Comisión dispuesto por el *artículo 88.3* y la jurisprudencia comunitaria."

QUINTO.- En respuesta a dicha Providencia tuvieron entrada escritos de 30 de Junio, 4 y de 5 de Julio de 2.006, de las representaciones procesales respectivas de CONFEBASK, Diputación Foral, Juntas Generales y Comunidad Autónoma de Castilla y León, pronunciándose favorablemente las tres primeras respecto de dicha remisión y en contra de ella la referida parte recurrente. -Folios 489 a 520-.

SEXTO.- Por medio de Auto de 20 de Setiembre, rectificado por el de 28 de setiembre de 2006 , y por los fundamentos que en él se expresan, se acordó textualmente; "PLANTEAR CUESTIÓN PREJUDICIAL AL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS CON SEDE EN LUXEMBURGO EN LOS TÉRMINOS QUE SIGUEN: SI EL *ARTÍCULO 87.1* DEL TRATADO DEBE INTERPRETARSE EN EL SENTIDO DE QUE LAS MEDIDAS TRIBUTARIAS ADOPTADAS POR LAS JUNTAS GENERALES DEL TERRITORIO HISTÓRICO DE BIZKAIA, DANDO NUEVA REDACCIÓN A LOS *ARTÍCULOS 29.1,A)*, *37 Y 39 DE LA NORMATIVA DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES, POR ESTABLECER UN TIPO IMPOSITIVO INFERIOR AL GENERAL DE LA LEY DEL ESTADO ESPAÑOL Y UNAS DEDUCCIONES DE LA CUOTA QUE NO EXISTEN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO TRIBUTARIO ESTATAL, APLICABLES EN EL ÁMBITO TERRITORIAL DE DICHA ENTIDAD INFRAESTATAL DOTADA DE AUTONOMÍA, HAN DE CONSIDERARSE SELECTIVAS CON ENCAJE EN LA NOCIÓN DE AYUDA DE ESTADO DE DICHO PRECEPTO Y HAN DE COMUNICARSE POR ELLO A LA COMISIÓN EN LOS TÉRMINOS DEL *ARTÍCULO 88.3 DEL TRATADO* ".*

SÉPTIMO.- En fecha de 11 de Setiembre de 2.008, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, (Sala Tercera), ha dictado Sentencia en los referidos asuntos acumulados C-428/06 a C-434/06 , y Sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal; "El *artículo 87 CE, apartado 1* , debe interpretarse en el sentido de que, para apreciar el carácter selectivo de una medida, se tiene en cuenta la autonomía institucional, de procedimiento y económica de la que goce la autoridad que adopte esa medida. Incumbe al órgano jurisdiccional remitente, único competente para identificar el Derecho nacional aplicable e interpretarlo, así como para aplicar el Derecho comunitario a los litigios de los que conoce, verificar si los Territorios Históricos y la Comunidad Autónoma del País Vasco gozan de tal autonomía, lo que tendría como consecuencia que las normas adoptadas dentro de los límites de las competencias otorgadas a dichas entidades infraestatales por la Constitución Española de 1.978 y las demás disposiciones del Derecho español no tienen carácter selectivo, en el sentido del concepto de ayuda de Estado tal como aparece recogido en el *artículo 87 CE, apartado 1* ".

OCTAVO.- Por Providencia de 20 de Octubre de 2.008, se señaló para la Votación y Fallo del presente asunto el día 23 del mismo mes y año, siendo confirmado dicho señalamiento por Auto resolutorio de Recurso de Súplica de 13 de Noviembre de 2.008 , quedando mientras tanto en suspenso el plazo para dictar sentencia.

II.- FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- En el presente proceso la Comunidad Autónoma de Castilla y León que es parte recurrente pretende la anulación del *artículo 2 de la Norma Foral 7/2.005, de 23 de Junio* , de Juntas Generales de Bizkaia, de "medidas tributarias en 2.005", (Boletín Oficial de Bizkaia, nº 17, de 28 de Junio), en la parte que modifica los *artículos 11.4 .a)*, g), y h), *artículo 11.6* , *artículo 15.11* , *artículo 29.1* , *artículo 37, de la Norma Foral 3/1.996, de 26 de Junio* , reguladora del Impuesto sobre Sociedades, así como de la *Disposición Final Primera* de la misma, relativa a la aplicabilidad temporal de dichas modificaciones.

La impugnación queda enmarcada con carácter principal, y como se ha anticipado en los antecedentes de la presente sentencia, en la aplicación a tales medidas fiscales de la calificación de ayudas de Estado del *artículo 87.1 del TUE* , y, en su caso, del procedimiento de derecho comunitario para su autorización, y cuestión ésta cuya respuesta jurisdiccional afirmativa había determinado con anterioridad la anulación de iguales o equivalentes *preceptos de la Norma Foral 3/1.996, de 26 de Junio* , por virtud de la Sentencia de Casación del Tribunal Supremo fechada el 9 de Diciembre de 2.004, (R.J. 130/2.005), y que rebrota, con radical discrepancia entre las partes, con ocasión de promulgarse la Norma Foral que en este proceso es revisada.

Sin embargo, -y al compás del proceso-, la solución a la controversia procesal ha venido a ser iluminada por una trascendental aportación interpretativa de parte del Tribunal de Justicia de las

Comunidades Europeas, que especialmente por medio de la Sentencia de su Gran Sala de 6 de Septiembre de 2.006, en el asunto C-88/03 , ha sentado las premisas y criterios generales que posibilitan que, para una entidad infraestatal dotada de un estatuto jurídico y fáctico que la haga lo suficientemente autónoma del Gobierno central de un Estado miembro, sea el territorio en el que la entidad infraestatal que ha adoptado la medida ejerce su competencia, y no el territorio nacional en su conjunto, el que deba considerarse referente para determinar si una medida adoptada por dicha entidad favorece a ciertas empresas, y, en suma, conlleva el rasgo de selectividad que la hace contraria al Tratado.

Posteriormente, la Sala Tercera del TJCE ha dictado la recientísima Sentencia de 11 de Setiembre de 2.008 , en respuesta a las solicitudes de Decisión Prejudicial que fueron elevadas por esta misma Sala con la finalidad de pulsar el grado de consolidación de tal doctrina, y de obtener la colaboración interpretativa de tan alta institución comunitaria a la hora de llevar a cabo la tarea de trasladar las referidas premisas al concreto supuesto de hecho que ofrece la autonomía fiscal de la Comunidad Autónoma vasca. Como habrá ocasión posterior de expresar con detalle, esa doctrina de interpretación del *artículo 87 TCE* , y su acomodación específicas al supuesto jurídico-institucional del País Vasco, resultan decisivos para el principal pronunciamiento de este proceso.

SEGUNDO.- Empezando esa primera y sustancial tarea que las partes procesales imponen, y en busca de la mayor claridad y brevedad, vamos a prescindir inicialmente de abordar el análisis de cuantos fundamentos y alegaciones consisten en trasponer al caso, o refutar para él, los criterios mantenidos o aplicados con anterioridad por la jurisprudencia o por los órganos jurisdiccionales internos, así como las autoridades administrativas comunitarias, ante la presencia de un elemento de interpretación vinculante tan eminente y preciso como el citado, pero no sin hacer una primera consideración sobre el objeto material de revisión de este proceso en conexión con esos otros anteriores pronunciamientos jurisdiccionales, y muy especialmente el del Recurso de Casación nº 7.893/99, que recayó en el originario proceso contencioso-administrativo seguido contra la Norma Foral 3/1.996, de 26 de Junio, en su originaria redacción. (RCA nº 3.753/96).

Independientemente de las implicaciones doctrinales que la Sentencia en él dictada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en fecha de 9 de Diciembre de 2.004, podía tener y de hecho ha venido teniendo sobre la materia propia de enjuiciamiento en este nuevo proceso de contenido significativamente idéntico, (implicaciones manifestadas, sobre todo, en la adopción de medidas cautelares directamente inspiradas por tal Sentencia, según la reiterada concepción del *fumus boni iuris* en favor de los recurrentes surgida del hecho de existir una anterior sentencia anulatoria), en el aspecto procesal principal, el incidente de Ejecución de Sentencia promovido en dichos autos 3.753/96 , por la asociación empresarial riojana recurrente, -FER-, dio lugar también a los Autos de esta Sala de 14 de Noviembre de 2.005 y 17 de Marzo de 2.006 , que declararon la nulidad en vía incidental, entre otros, del *artículo 2º apartados Cuatro y Siete, de la Norma Foral 7/2.005* , aquí enjuiciada, referidos al tipo general de 32,5% del *art. 29.1 .a)* y a la deducción del *artículo 39 de la Norma Foral 3/1.996* .

No obstante, dichos Autos incidentales han sido posteriormente revocados por Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Mayo de 2.008 en Recurso de Casación nº 2.648/2.006, e igualmente lo ha sido el Auto de Medidas Cautelares de 21 de Octubre de 2.005, por virtud de STS de 12 de Julio de 2.007 en Recurso de Casación 854/2.006, por lo que no se hacen precisas otras mayores reflexiones para llegar a la conclusión de que el objeto litigioso aparece hoy en día nítido y despojado de todo previo condicionante jurisdiccional interno que prejuzgue su resolución y el contenido del Fallo.

Esto resulta así más acentuadamente si cabe en función de las consideraciones que en dichas recientes Sentencias ha venido formulando la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de las que cabe destacar ahora las que contiene el F.J. Quinto de la referida STS de 27 de Mayo pasado, señalando primeramente como razón decisoria de la revocación, que, "si bien la Sentencia de esta Sala de 9 de Diciembre de 2004 , juzgó de la validez de las disposiciones impugnadas con arreglo al momento en que fueron publicadas (año 1996), a la hora de dar cumplimiento a aquella, dictando las disposiciones de sustitución, y transcurridos 10 años (por tanto, ya en 2005), puede considerarse razonable entender que las Decisiones de la Comisión no se habían enfrentado a los preceptos que han suscitado la presente controversia y que, en consecuencia, los mismos no planteaban problema desde el punto de vista del derecho Comunitario, por lo que no era necesario tampoco someterlas al procedimiento de comunicación previa a la Comisión Europea que se establece en el *artículo 88, apartado 3* del Tratado de la Unión Europea", y añadiendo más tarde que, no obstante, esa revocación, "...no puede afectar a la otra posibilidad de impugnación de las correspondientes disposiciones, hecha efectiva en el presente caso a través de los recursos contencioso-administrativos interpuestos ante el Tribunal Superior de Justicia por las Comunidades Autónomas de la Rioja y Castilla y León y por la Unión general de Trabajadores de la Rioja y sin que por ello tampoco, la conclusión que

alcanzamos suponga prejuzgar el resultado de los mismos, una vez quede resuelta la cuestión prejudicial de interpretación planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Bilbao".

TERCERO.- Partiendo de lo anterior, vamos a acometer ese primer planteamiento impugnatorio del proceso que gira en torno a la consideración de las medidas tributarias promulgadas como ayudas prohibidas por el Tratado CE.

Para adentrarse en él, la Sala precisa que, como insistentemente recuerda la Sentencia del TJCE recaída en los asuntos acumulados C-428 a 434 de 2.006 , es al órgano judicial interno remitente al que corresponde apreciar si se está en presencia de ayudas de Estado, no siendo competente el TJCE en el seno del litigio interno, para aplicar el Derecho comunitario, "sino únicamente para interpretar o apreciar la validez de éste". -Apartado 77-.

En consecuencia, el contenido de la referida Sentencia no puede ser entendido como un reenvío por parte de dicho Tribunal comunitario de nuevas cuestiones, dudas o planteamientos al órgano judicial consultante que éste debería abordar en una perspectiva de intercomunicación o reciprocidad de actuaciones.

Cuestión muy diversa es que, recordándole al juzgador del Estado miembro que él es el exclusivo destinatario de las controversias fundadas en Derecho comunitario europeo que las partes lleguen a formular, el TJCE examine y valore los puntos de vista y observaciones que los intervinientes en el curso del procedimiento incoado para adoptar las decisiones prejudiciales, (incluso Gobiernos de otros Estados miembros), hayan dejado expuestos en sus escritos o en la vista pública celebrada ante el citado Tribunal comunitario.

Sin embargo, el litigio principal no deja por ello de ser el que era, ni amplia su ámbito subjetivo y objetivo en relación con esos otros actores, cuestiones, e incógnitas a los que da respuesta inmediata, o se abstiene de darla el TJCEE, pues se abordan en la Sentencia con la exclusiva finalidad de dar una completa directriz y orientación, con todos los posibles matices, a la petición de interpretación del órgano judicial solicitante.

Justamente por ello, y ante la segura y legítima expectativa de las partes de este proceso de que tales menciones del TJCEE, sean examinadas por la Sala sentenciadora, ésta, dentro de los márgenes de la congruencia procesal y en la medida en que se instalen en el campo del método definido por el interprete del Derecho comunitario y las apreciaciones jurídicas del derecho interno, ("iura novit curia"), va a ensayar su mayor posible dilucidación en esta sentencia, desde la conciencia que le asiste de que el nivel extremo de litigiosidad interna alcanzado en la materia propicia los mayores esfuerzos a la hora de resolver las controversias. Todo ello sin olvidar que lo que el TJCE defiende es el método de interpretación, y no un temario de preguntas concretas a resolver por el órgano remitente.

No obstante, desconoceríamos plenamente el sentido y finalidad de las consultas prejudiciales del *art. 234 TCEE*, si entendiésemos que el procedimiento incidental ante el Tribunal de Justicia CE es el principal, y que dicha institución es el juzgador último de las cuestiones del presente litigio y quien mediante "mandatos" dirigidos a este órgano judicial interno le está requiriendo a investigar nuevos hechos, debiendo éste emprender una instrucción judicial de oficio para, en suma, resolver sobre los supuestos de hecho inciertos que de ello resulten, al margen de los que enmarcan la pretensión revisora actuada por las partes mediante las alegaciones y pruebas contenidas en el proceso.

Con ello se pretendería que, a raíz de la respuesta prejudicial, se inicie un nuevo litigio diferente del ya concluso y pendiente de sentencia, y que sea incluso la Jurisdicción Contencioso-Administrativa revisora la que lleve a cabo pesquisas o sondeos inciertos sobre meras hipótesis de hechos y fundamentos, so capa de indefensión a la parte recurrente, que, no obstante, habría que recordar que ha intervenido en todas las fases alegatorias y eventualmente probatorias del presente proceso; ha sido oída y ha podido sostener lo conveniente acerca del planteamiento de la Cuestión Prejudicial, y ha sido igualmente parte interviniente ante el TJCE.

Muy al contrario, el TJCE, como el mismo reitera, es un Tribunal que asiste al órgano judicial interno exclusivamente en la interpretación de los puntos de Derecho comunitario que éste último le somete, y que deja al Tribunal remitente la determinación y examen de todas las cuestiones que exceden de esa interpretación del derecho comunitario que le cumple decidir.

Como síntesis, así se reitera en el párrafo 139 de la Sentencia prejudicial al decir que, "no incumbe al Tribunal de Justicia declarar si las normas forales controvertidas en los asuntos principales constituyen

ayudas de Estado en el sentido del *artículo 87 CE apartado 1* . En efecto, tal operación de calificación implicaría que el Tribunal de Justicia procediera a la determinación, la interpretación y la aplicación del Derecho nacional aplicable, así como a un examen de los hechos, funciones que competen al órgano jurisdiccional remitente, mientras que el Tribunal de Justicia solamente es competente para interpretar el concepto de ayuda de Estado en el sentido de dicha disposición, con objeto de proporcionar al citado órgano jurisdiccional criterios que le permitan resolver los litigios de los que conoce."

No puede por ello confundirse ese deslinde de atribuciones, -orientado en exclusiva a que el TJCE proporcione criterios de interpretación sin invadir la competencia del Tribunal interno-, con supuestos mandatos a éste para indagar y decidir determinados puntos de derecho nacional interno, lo que es una perspectiva del todo ajena a la posición de ambos órganos jurisdiccionales, que confunde la mera consulta prejudicial con un hipotético recurso jerárquico ante un Tribunal interno de nivel superior.

Por ello, recibida la respuesta prejudicial del TJCE, -trámite final del proceso principal conforme a reiterada jurisprudencia -, el órgano jurisdiccional interno, lo único que puede y debe hacer, es dictar con inmediatez la sentencia del litigio, que a él exclusivamente le corresponde.

CUARTO.- Dicho esto, como indica la Sentencia de 11 de Setiembre, se trata de verificar por esta Sala si la entidad infraestatal compuesta por la CA del País Vasco y los Territorios Históricos goza de la suficiente autonomía, es decir, "si dispone de autonomía institucional, de procedimiento y económica, desempeñando un papel fundamental en la definición del medio político y económico en el que operan las empresas" -Sentencia TJCE de 11 de setiembre, apartado 55 -, y papel fundamental ese que, "es consecuencia de la autonomía y no un requisito previo de ésta", siendo tales, "los únicos requisitos que deben cumplirse para que el territorio en que ejerce su competencia.....sea el marco pertinente para apreciar si una decisión adoptada por ésta tiene carácter selectivo". -Apdo. 60-.

Esta particular reflexión y otras del Tribunal, -y los términos en que emite su respuesta final-, nos lleva a diferenciar dos grandes campos de análisis. Uno de ellos, de índole más abstracta y planteable en términos estrictamente jurídicos internos, es si la autonomía financiera y tributaria que asiste al País Vasco en el ordenamiento jurídico constitucional y estatutario vigente cumple esa triple condición para ser "marco pertinente" para la apreciación del carácter selectivo de una medida. El segundo no afectaría al marco institucional como tal, una vez verificado, sino a una apreciación in concreto de las características mismas de la medida, que, además de por las razones generales que se derivan del *artículo 87.1 TCE* , podrían también ser calificadas de selectivas si se adoptan fuera de las competencias que a la entidad infraestatal corresponden, -apartado 143-, o si dan lugar u originan otras compensaciones o flujos financieros que supongan, con relación de causa a efecto, que los Territorios Históricos o la CAPV no asumen las consecuencias políticas o financieras de su decisión.

Si nos situamos en ese doble esquema de posibilidades, lo que procede primeramente en este proceso contencioso- administrativo, -ya que es la cuestión que está en la base de todo el litigio desde los planteamientos procesales de hecho y derecho de las partes litigantes y de las resoluciones judiciales y comunitarias en que sus tesis se han fundado-, es, "verificar si los Territorios Históricos y la Comunidad Autónoma del País Vasco gozan de tal autonomía, lo que tendría como consecuencia que las normas adoptadas dentro de los límites de las competencias otorgadas a dichas entidades infraestatales por la Constitución Española de 1.978 y las demás disposiciones del Derecho español no tienen carácter selectivo, en el sentido del concepto de ayuda de Estado tal como aparece recogido en el *artículo 87 CE, apartado 1* ".

EL TJCE en la Sentencia de 6 de Setiembre de 2.006, asunto C-88/03 , ya estableció los tres criterios acumulativos de que la autonomía de la región europea examinada debería gozar para excluir esa calificación, y ahora viene a reafirmarlos con ocasión de plantearse dudas sobre la concreta situación del País Vasco a la hora de juzgar de las disposiciones fiscales establecidas con carácter de generalidad dentro de su ámbito.

El resultado que vamos a obtener es el que se desarrolla y concluye en las siguientes fundamentaciones;

-La autonomía institucional de esa entidad en tanto poseedora de "un *estatuto político y administrativo distinto al del Gobierno Central*", -en palabras del TJCE en el *apartado 87* -, no ha merecido la duda de esta Sala, y nos remitimos con ello a los particulares atinentes del Auto de planteamiento. Es de destacar que en este capítulo, y aunque se formularon algunas objeciones, -párrafo 85-, la respuesta del TJCE tampoco introduce matices adversativos ni condicionantes, afirmando con rotundidad que entidades infraestatales como los Territorios Históricos y la Comunidad Autónoma del País Vasco, "cumplen el criterio de la

autonomía institucional".

-En lo relativo a la autonomía en materia de procedimiento, se le planteaban a esta Sala ciertas dudas de interpretación acerca del alcance de dicho criterio. Se decía que el procedimiento formal de elaboración de la normativa tributaria del País Vasco, no está sometido a la intervención directa del Gobierno central, pero que cuenta éste con mecanismos, (no coercitivos, sino de conciliación, recíprocos y paritarios), en orden a, una vez conocidos los proyectos, examinar la adecuación al Concierto entre las partes, en pos de que las normativas a promulgar por ambas se acomoden a lo pactado y elevado a nivel de ley entre las Administraciones concertantes. La duda era si esa actividad del Gobierno central constituía un síntoma de insuficiencia de la autonomía del País Vasco de cara a integrar dicho criterio del Tribunal de Justicia.

Igualmente se añadía que, desde un punto de vista distinto, es decir, desde la perspectiva de los objetivos a atender por la normativa tributaria autónoma y a su eventual obligación de, "tener en cuenta el interés nacional al fijar el tipo impositivo", lo que el Concierto refleja son límites negativos recogidos en su *artículo 3º*, referidos a la presión fiscal efectiva global, a las libertades de circulación y establecimiento, o a no producir efectos discriminatorios. Si la Comunidad Autónoma vasca, a través de los órganos competentes de los Territorios Históricos del País Vasco, puede libremente producir normativas diferenciadas de las del Estado en materia tributaria, fijando tipos impositivos distintos en función de apreciaciones económicas y de oportunidad política que en principio están solo referidas a su propio ámbito, si bien el *Estatuto de Autonomía, -artículo 41.2-*, y el propio Concierto que de él dimana, *-artículos 2 y 3-*, se establecen unos límites genéricos en orden a la armonización fiscal con el Estado, que pueden dar lugar a un control jurisdiccional a posteriori de las concretas disposiciones fiscales puestas en vigor a efectos de verificar la observancia de esas pautas o directrices legales.

A estas vacilaciones de la Sala consultante, y atendidas igualmente las observaciones formuladas ante el propio TJCE por los intervinientes, dedica el Tribunal los párrafos 95 a 110, que no vamos a transcribir íntegramente por razones de economía y mayor claridad y dado que su texto completo se encuentra incorporado a estos autos, limitándonos a extraer una síntesis significativa de las pautas interpretativas que el Tribunal nos brinda.

En torno a la primera de las dudas, la Decisión Prejudicial comienza por afirmar que la autonomía procedimental, "no excluye que se establezca un procedimiento de conciliación para prevenir los conflictos, siempre que la decisión final tomada al término de dicho procedimiento sea adoptada por la entidad infraestatal y no por el Gobierno central".-96-

Luego, tras analizar diversos preceptos del vigente Concierto Económico, (*arts. 4.1, 64*), concluye que la Comisión de Evaluación Normativa, "es solamente un órgano consultivo y de conciliación, y no un mecanismo a través del cual el Gobierno central imponga su propia decisión en el caso de que exista un conflicto entre un proyecto de normas forales y la normativa tributaria del Estado español." -100-

Esas precisiones del TJCE, conducen inequívocamente a esta Sala a dar por sentado que la existencia de los mecanismos aludidos no inciden negativamente sobre el nivel de autonomía que exige al indicado criterio.

En lo concerniente al segundo grupo de dudas y observaciones, es asimismo enervatorio de las mismas el enfoque que en los apartados 101 y siguientes se desarrolla por el TJCE, en base a la conclusión de que; "Por lo que atañe a los diferentes principios invocados por la Comunidad Autónoma de la Rioja, la Comunidad Autónoma de Castilla y León así como la Comisión, no puede concluirse que aquéllos menoscaben la autonomía de decisión de los Territorios Históricos, sino más bien que definen los límites de ésta".

Se examina el principio de solidaridad del *art. 138 CE*, respecto del que se nos dice que, "exigir a una entidad infraestatal que tome en consideración el equilibrio económico de las diversas partes del territorio nacional a la hora de adoptar una norma tributaria define el límite de las competencias de dicha entidad, aun cuando los conceptos utilizados para definir esos límites, como el concepto de equilibrio económico, sean desarrollados eventualmente en el marco de la interpretación correspondiente al control jurisdiccional," o que, "el hecho de que deban respetarse determinados límites preestablecidos a la hora de adoptar una decisión no implica, en principio, que se menoscabe la autonomía de decisión de la entidad que adopte aquélla." -103 y 104-

Respecto al principio de armonización fiscal y todas sus vertientes, enunciadas en el *artículo 3* del Concierto Económico, se declara que; "Si bien parece desprenderse de dicho principio que los Territorios

Históricos no están dotados de una competencia de gran amplitud por lo que se refiere a la presión fiscal global que puede establecerse mediante las normas forales, ya que ésta debe ser equivalente a la que existe en el resto del Estado español, las partes están de acuerdo, sin embargo, en que la presión fiscal global es tan sólo uno de los elementos que han de tomarse en consideración a la hora de adoptar una norma tributaria. Así pues, siempre y cuando respeten ese principio, los Territorios Históricos están facultados para adoptar disposiciones tributarias que difieran en diversos aspectos de las disposiciones aplicables en el resto del referido Estado." Además, -siempre en palabras del TJCE-, el criterio esencial para determinar la existencia de autonomía en materia de procedimiento no es la amplitud de la competencia reconocida a la entidad infraestatal, sino la posibilidad de que esta entidad adopte, en virtud de esa competencia, una decisión de manera independiente, es decir, sin que el Gobierno central pueda intervenir directamente en su contenido, y de ello se desprende que la obligación de que una entidad infraestatal tome en consideración el interés del Estado al objeto de respetar los límites de las competencias atribuidas a dicha entidad no constituye, en principio, un elemento que menoscabe la autonomía en materia de procedimiento de ésta cuando adopte una decisión dentro de los límites de esas competencias.

En definitiva, "procede señalar que, como se deduce de las disposiciones nacionales aplicables y, en particular, de los *artículos 63 y 64* del Concierto Económico, no cabe concluir que el Gobierno central pueda intervenir directamente en el proceso de adopción de una norma foral para imponer la observancia de principios como el de solidaridad, el de armonización fiscal, u otros principios como los invocados por las demandantes en el procedimiento principal".

Aunque esas exhaustivas consideraciones dejarían incólume la competencia del órgano jurisdiccional nacional para determinar, aplicar e interpretar el derecho nacional, y para aplicar por sí el derecho comunitario sobre esta materia, -párrafo 110-, no se atisban ni aparecen otras vertientes diferentes en lo relativo a dicho criterio procedimental, cuyo examen crítico, - por lo que las partes han llegado a observar y oponer y la Sala ha llegado a contrastar-, ha de tenerse por agotado, y por plenamente inconducente y frustrado el cuestionamiento del mismo en el caso de las medidas tributarias enjuiciadas.

QUINTO.- En lo que respecta, por último, a la autonomía económica, esta Sala de lo Contencioso-Administrativo no albergaba, ni alberga dudas, -y luego se volverá sobre ello-, acerca de que el bloque normativo a tener en cuenta configura una situación de autonomía financiera y presupuestaria, en que el País Vasco opera como fiscalmente responsable de sus políticas en materia tributaria, asumiendo las repercusiones que de una menor recaudación puedan derivarse en la limitación del gasto público en servicios para la comunidad e infraestructuras de su competencia, sin que existan previsiones normativas específicas en el sistema legal acerca de que el déficit fiscal hipotético que pudiera seguirse de una menor recaudación fuese soportado o subvencionado por los poderes públicos centrales o por otras regiones.

No obstante ha mantenido la duda de si el nivel competencial del País Vasco es suficiente para colmar las exigencias de dicho criterio, tal y como fue enunciado por la Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Portugal/Comisión, al quedar limitado ese elenco por las competencias exclusivas del Estado en materias de incidencia económica sobre el País Vasco tales como "sistema monetario", "bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica", "régimen económico de la Seguridad Social", "obras públicas de interés general", entre otras a que se refiere el *artículo 149* de la Constitución.

Por ello, -decía esta Sala-, la existencia de un marco económico distinto dentro del País Vasco ha de relativizarse y ponerse en función de unas exigencias de esencial unidad de mercado o unidad de orden económico, que son límite consustancial al sistema autonómico español, según la jurisprudencia de su propio Tribunal Constitucional. -SSTC 96/1.984, de 19 de Octubre, y 96/2.002, de 25 de Abril, entre otras-.

Podemos añadir ahora que lo que propiciaba esa duda eran algunas sugerencias del Abogado General en el propio Asunto C- 88/03 que podían hacer suponer que la autonomía económica requerible debía ser consecuencia de un nivel competencial más alto que el actual de la CA del País Vasco y equivalente a una dirección completa y efectiva de la política económica y financiera dentro de la entidad infraestatal, que originase en la práctica un marco económico diverso. (Así el punto 55 de su Informe apuntaba la concluyente de que, "las empresas establecidas dentro y fuera de la región operan en marcos jurídico y económicamente distintos que no pueden compararse").

A la vista de la respuesta prejudicial del Tribunal de Justicia, -apartados 123 a 135-, deducimos claramente que la interpretación del Tratado en este punto no permite mantener esa duda.

En primer lugar se corrobora con el apartado 67 de la sentencia Portugal/Comisión, que para que una entidad infraestatal goce de autonomía económica y financiera es requisito que las consecuencias financieras de una reducción del tipo impositivo aplicable a las empresas localizadas en la región no se vean

compensadas por ayudas o subvenciones procedentes de otras regiones o del Gobierno central. Y destaca que, "el mero hecho de que se deduzca de una apreciación global de las relaciones financieras entre el Estado central y sus entidades infraestatales que existen transferencias financieras de dicho Estado hacia estas últimas no basta, en cuanto tal, para demostrar que dichas entidades no asumen las consecuencias financieras de las medidas fiscales que adoptan y, por tanto, que no gozan de autonomía financiera, ya que tales transferencias pueden explicarse por motivos que no tengan relación alguna con las referidas medidas fiscales." -135-. Se añade en otro punto, que, "...debe existir una compensación, es decir, una relación de causa a efecto entre una medida tributaria adoptada por las autoridades forales y los importes puestos a cargo del Estado español." -129-.

Por tanto, si desde el punto de vista del criterio de la autonomía económica lo que se debe tener en cuenta exclusiva es si las consecuencias de menor ingreso de las medidas fiscales adoptadas por la CA del País Vasco son compensadas a ésta por el Gobierno Central o por el Estado en su conjunto, y en modo alguno han de tenerse presentes todas y cada una de las relaciones y flujos financieros que por otras razones no compensatorias, se originen, ninguna cabida pueden tener situaciones económicas y estadísticas generales y no específicas del País Vasco, como ocurriría con la Seguridad Social, y con la posibilidad señalada en el apartado 121 de que exista un déficit en materia de pensiones.

En razón precisamente del sistema de caja única al que se alude, *-art. 149.1.17 CE-*, se trata de una materia ajena a la competencia de la CA del País Vasco y de los Territorios Históricos, en la que estos no son receptores institucionales de flujo financiero ni aportación alguna, y en que quienes intervienen son los beneficiarios particulares de las prestaciones en sus relaciones con las Administraciones estatales competentes, con independencia de que residan en el País Vasco o en otra Comunidad Autónoma española. Es por tanto implanteable que a través de la cobertura de ese eventual déficit, *-realmente del Estado y puramente indicativo respecto de cada CA-*, se pueda compensar directa o indirectamente el coste de una medida tributaria reductora de ingresos de las Haciendas Forales, y, en segundo lugar, el hecho de que la Administración o el Gobierno central mantengan las fundamentales competencias sobre esa y otras materias relevantes para el marco jurídico y económico en que operan las empresas en el País Vasco, *-y en esta línea se formulaba la duda de esta Sala-*, no afecta negativamente a la suficiencia de la autonomía económica y financiera de la región de que se trata.

Abundando en esta línea los apartados 53 y siguientes de la Sentencia de 11 de Setiembre rechazan que la doctrina del tribunal de Justicia establezca ningún requisito previo para la aplicación de los tres criterios del apartado 67 de la sentencia Azores, pues la entidad infraestatal desempeñará un papel fundamental en la definición del medio político y económico en que se desenvuelven la empresas por el solo hecho de contar con la suficiencia autonomía. Se acoge así el punto de vista de las Conclusiones de la Abogada General que en el apartado 69 destaca que el Tribunal se refería a la autonomía en la adopción de las medidas concretas y no a la posibilidad de adoptar libremente decisiones en materia de política económica, en general. Por ello no se comparte el punto de vista de la Comisión de que deba examinarse con carácter previo si dicha entidad desempeña un papel fundamental en la definición del marco político y económico, para después examinar la concurrencia de los tres requisitos de autonomía, *-apartado 65-*, y ello aunque las competencias resulten reducidas a la hora de fijar las condiciones marco para la economía, que no depende únicamente del marco normativo tributario y esta influido por otros muchos factores, al punto de que hoy en días ni siquiera los propios Estados miembros cuentan con autonomía completa en materia de política económica. *- Apartado 67.*

SEXTO.- A partir de esas conclusiones y métodos que el Tribunal de Justicia implanta, tal y como esta misma Sala esbozó en su Auto de 20 de Setiembre de 2.006 , se van a valorar seguidamente los rasgos fundamentales del régimen económico- financiero de relaciones entre el Estado y la C.A del País Vasco, dotado de los siguientes presupuestos y características normativas.

1°).- El *artículo 40 del Estatuto de Autonomía* para el País Vasco aprobado por la *Ley Orgánica 3/1.979, de 18 de Diciembre* , establece que para el adecuado ejercicio y financiación de sus competencias el País Vasco, "dispondrá de su propia Hacienda Autónoma", y el *artículo 41* dispone que las relaciones de orden tributario entre el Estado y el País Vasco vendrán reguladas mediante el sistema foral tradicional de Concierto Económico.

Dentro de los principios y bases del regimen de Concierto el *apartado 2 de dicho artículo 41* menciona que las Instituciones competentes de los Territorios Históricos, "podrán mantener, establecer y regular, dentro de su territorio, el régimen tributario, atendiendo a la estructura general impositiva del Estado, a las normas que para la coordinación, armonización fiscal y colaboración con el Estado se contengan en el propio Concierto, y a las que dicte el Parlamento Vasco para idénticas finalidades dentro de la Comunidad

Autónoma".

Se incluyen seguidamente como bases y principios de dicho régimen los de que la gestión tributaria en su conjunto de todos los impuestos, salvo los aduaneros, se efectuará por las Diputaciones Forales; que las Instituciones forales deben adoptar los acuerdos pertinentes para aplicar en su respectivo territorio las normas fiscales de carácter excepcional y coyuntural que el Estado decida aplicar en territorio común; así como que, "la aportación del País Vasco al Estado consistirá en un cupo global, integrado por los correspondientes a cada uno de sus Territorios, como contribución a todas las cargas del Estado que no asuma la Comunidad Autónoma". El régimen debe aplicarse de acuerdo con el principio de solidaridad constitucional.

2°).- Promulgado el primer Concierto postconstitucional por *Ley de Cortes 12/1.981, de 13 de mayo*, el posterior y actualmente vigente resultó aprobado, con duración indefinida, por *Ley 12/2.002, de Mayo, y dentro de su Capítulo I*, sobre Tributos, se recogen idénticos principios en los *artículos 1º y 2º*, dedicándose después el *artículo 3º* a sentar los deberes que recaen sobre los Territorios Históricos en su creación normativa en orden a la armonización fiscal, (adecuación en cuanto a terminología y conceptos, mantenimiento de "una presión efectiva global equivalente a la existente en el resto del Estado", garantía de libertades de circulación y establecimiento de personas, y circulación de bienes, capitales y servicios, sin efectos discriminatorios, menoscabo de la competencia empresarial o distorsión en la asignación de recursos).

3°).- El Capítulo II del Concierto de 2.002 se dedica a las relaciones financieras entre el Estado y el País Vasco, que se rigen por los principios de autonomía fiscal y financiera del País Vasco para el desarrollo y ejecución de sus competencias, respeto de la solidaridad *constitucional, y coordinación y colaboración con el Estado en materia de estabilidad presupuestaria. -Artículo 48 -*.

Dada esa autosuficiencia financiera de la Comunidad Autónoma, es el País Vasco el que ha de contribuir a sostener las cargas del Estado no asumidas por la Comunidad Autónoma, lo que se lleva a cabo mediante el Cupo Global, cuya metodología de fijación se establece quinquenalmente mediante acuerdo de la Comisión Mixta refrendado por Ley de Cortes Generales, y actualizaciones anuales.

Ahora bien, que la fijación quinquenal se produzca mediante un acuerdo de Comisión Mixta no supone que el cupo se determine según criterios, libres, discrecionales, coyunturales y abiertos a la simple negociación política entre las partes. Antes bien, el Concierto consagra un sistema de determinación del mismo marcadamente rígido y permanente, (de ahí el epígrafe dedicado a su "metodología"), sin el cual la afirmación de toda autonomía económica en el sentido definido por el TJCE resultaría problemática y abierta a todas las dudas, pues nunca existiría la mínima certeza de que el régimen tributario de los Territorios Históricos no quedase compensado por un menor Cupo, en función de cualquiera de sus inciertas variables.

Para ello, el *artículo 49* comienza por definir de modo preceptivo e insoslayable que la aportación del País Vasco al Estado consistirá en un cupo global, "como contribución a todas las cargas del Estado que no asuma la Comunidad Autónoma del País Vasco". A partir de esa premisa la referida contribución tampoco queda confiada a razones de oportunidad o a cada contingencia, sino que está sujeta a unas reglas de legal determinación que, sin la menor pérdida de rigor pueden calificarse como de ciertas, explícitas y reducibles a plasmación y verificación matemática, con lo que devienen plenamente útiles a los objetivos que nuestra verificación pretende.

El *artículo 52.Uno* tiene por cargas no asumidas por la CAPV aquellas que corresponden a competencias cuyo ejercicio efectivo no ha asumido la Comunidad Autónoma. Para determinarlas se toma el total de gastos del Presupuesto del Estado y se deduce la asignación presupuestaria íntegra a nivel estatal de las competencias con que cuenta el País Vasco desde la fecha de efectividad de la transferencias.

Tal es el mecanismo primario y esencial que garantiza la objetividad conceptual de la premisa de autonomía de financiación en lo que se refiere al sistema institucional del cupo, pues lo que está describiendo es una relación entre dos partes que ejercen competencias dispares y en que la entidad infraestatal, con los ingresos tributarios de que es titular, no solo sufraga el sostenimiento de las cargas y servicios de su propia competencia, sino también los que no lo son, actuando el Estado central como un poder intermediario que en el ámbito del País Vasco recibe contraprestación económica por las competencias gestoras que ejerce según su coste presupuestario. Esa calificación y relación entre los sistemas financieros públicos o Haciendas implicadas supone, a priori, que la que sufre el riesgo derivado de la hipotética menor recaudación es la dominante, es decir, aquella que, a riesgo y ventura, afronta el compromiso de sufragar la totalidad de necesidades, políticas públicas y servicios prestados por ambas

Administraciones o del Estado-, a la que el cupo global le debe garantizar un ingreso equivalente al coste presupuestario del servicio que presta en la C.A vasca.

Entendemos por tanto, que este rasgo, -tantas veces ignorado cuantas se presuponga erróneamente que el sistema de cupo del Concierto Económico es una suma estimada sobre la base de lo que el País Vasco recaude como delegado estatal-, garantiza que el requisito de autonomía económica y financiera definida por la jurisprudencia del TJCE se cumpla en términos absolutos con solo verificar que existe la correlación y proporción idónea entre cargas no asumidas y flujo económico recibido por el Estado, ya que no existe, por definición, un flujo inverso y variable que contrapreste o compense a la Comunidad Autónoma, y de ahí que la Sala consultante no haya engendrado ni elevado dudas que no serían congruentes con la realidad de dicho sistema. Aun más, cabría, como luego se insistirá, que esa correlación no fuese perfecta ni completa, y que se produjeran excepciones a ese modelo teórico o global mediante corrientes de sentido tendencialmente inverso, siempre que no tengan por causa efectiva la de compensar reducciones o menores ingresos fiscales.

En esa línea, el mismo apartado 126 de la Sentencia de 11 de Setiembre del TJCE ya deja apuntado, aunque sea en esa lógica puramente aproximativa y de orientación que, como venimos diciendo, no aborda en profundidad el examen de la normativa nacional ni trasciende de la respuesta inmediata a observaciones oídas por dicho Tribunal, que "el importe de los ingresos fiscales de los Territorios Históricos no influye en la primera etapa de cálculo", y vamos a plantearnos seguidamente si influye en las sucesivas fases de ajuste y comprobar si podrían verse afectados directa o indirectamente por un régimen tributario más favorable para los contribuyentes.

Avanzando en ese examen, y a título interpretativo añade el *artículo 52. Tres*, que no son cargas asumidas por el País Vasco las cantidades asignadas por los PGE al Fondo de Compensación Interterritorial, las transferencias o subvenciones del Estado a favor de entes públicos con competencias no asumidas por la CAPV, y los intereses y cuotas de amortización de las deudas del Estado. Con ello se está indicando, en suma, que el País Vasco ha de contribuir proporcionalmente a esas ímpensas o cargas estatales, dentro de una lógica y coherencia plenas pues, si el Presupuesto del Estado experimenta déficits o mayores gravámenes por vía de dotar financieramente a entes estatales que actúan en el País Vasco o por causa de las competencias en general ejercitadas en él, cuyo equilibrio origine deuda pública con intereses y cuotas de amortización, es de la mayor normalidad sistemática que hayan de ser asumidos por la Hacienda autónoma.

4°).- El Concierto se adentra seguidamente en dos capítulos que inciden sobre el Cupo, que son los ajustes a consumo referidos a dos tributos, (IVA, e II.EE de Fabricación), -*Artículos 53 a 55* -, y las compensaciones, -*artículo 56* -.

En cuanto a los primeros debemos destacar que lo que intentan lograr mediante la técnica estadística y matemática que utilizan es perfeccionar la imputación de ingresos por dichos tributos, mediante un mecanismo de ajuste entre el índice de la capacidad recaudatoria y el de consumo del País Vasco. Para ilustrar la completa falta de relación que entendemos que existe entre esos ajustes y lo que ahora es objeto de atención, se tiene que partir de una base fundamental, que es que dichos tributos, IVA e Impuestos Especiales, se exigen preceptivamente en el País Vasco en función de la misma normativa que en el Estado, -*arts. 26 y 33* -, y falta en ellos toda capacidad autonómica y foral para establecer medidas que reduzcan la carga impositiva de los contribuyentes, por lo que las fórmulas de ajuste son propias de la técnica de un sistema de gestión y recaudación compartida por ambas Administraciones, y resulta conceptualmente inviable que a través de ella se pueda establecer una compensación de la pérdida de ingresos derivada de medidas reductoras de la tributación para los destinatarios que hayan sido adoptadas mediante Norma Foral, pues esas medidas reductoras ni existen hoy ni han existido a lo largo de toda la vigencia del régimen postconstitucional de Concierto. De otra parte, los parámetros utilizados para calcular esos ajustes son lo suficientemente específicos, objetivos y detallados para concluir que se sustraen a toda aplicación compensatoria indirecta en relación con otros diferentes tributos como lo es el Impuesto de Sociedades.

Bien es verdad que el *artículo 55 alude a "otros ajustes"*, y, dentro de ellos, a dos que tendrían por objeto perfeccionar la imposición directa, y no la indirecta a que acabamos de referirnos, y están referidos a las cantidades que resulten de considerar los supuestos establecidos en los *artículos 9.Uno primera b)* y *7.Dos* del Concierto Económico.

El primero de esos artículos atribuye en el Impuesto sobre la Renta la recaudación de las retenciones e ingresos a cuenta por rendimientos del capital mobiliario a la Diputación Foral competente por razón del

territorio cuando se trate de las correspondientes a intereses y demás contraprestaciones de las deudas y empréstitos emitidos por la Comunidad Autónoma, Diputaciones Forales, Ayuntamientos y demás Entes de la Administración territorial e institucional del País Vasco, cualquiera que sea el lugar en el que se hagan efectivas, mientras que los que correspondan a emisiones realizadas por el Estado, otras Comunidades Autónomas, Corporaciones de territorio común y demás Entes de sus eriales e institucionales, aun cuando se satisfagan en territorio vasco, serán exigidas por el Estado.

Por su parte el *artículo 7.Dos* señala que, en el mismo tributo o IRPF, corresponderán a la Administración del Estado las retenciones relativas a las retribuciones, tanto activas como pasivas, incluidas las pensiones generadas por persona distinta del perceptor, satisfechas por aquélla a los funcionarios y empleados en régimen de contratación laboral o administrativa del Estado.

Puede verse en consecuencia que se está ante dos supuestos en que las Haciendas del País Vasco y del Estado, lo que corrigen son los efectos de que, en tales casos, ocasiona que las retenciones del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas se atribuyan a cada Administración no con criterios de base eminentemente territorial, sino con criterio subjetivo acerca de la fuente emisión de los activos financieros públicos o de pago de las retribuciones, activas o pasivas. No especifica la ley el sentido del ajuste, pero, por las características de la materia sobre la que recae, -retenciones en la fuente por ingresos de los contribuyentes-, ni se trata de una compensación, ni recae sobre los ingresos por tributación directa final, total y proporcional de los sujetos pasivos, sino sobre algún tipo de desviación estadística derivada de la excepción que dichas reglas incorporan, y que lo que suponen en la práctica es que sea la Administración del Estado la que recaude unas retenciones que, en principio, no encajan en la lógica general del Concierto. Por ello, si el ajuste fuese favorable a los Territorios Históricos nunca tomaría como origen material el mayor o menor ingreso que ellos hayan experimentado por la aplicación de sus tributos, sino el que, al ingresar, por ejemplo, las retenciones de los pensionistas del Régimen General de la Seguridad Social sobre el que el Estado tiene competencia-, haya experimentado el Gobierno central.

En relación con las compensaciones el *artículo 56* establece que del Cupo se restarán por compensación los siguientes conceptos:

- a) La parte imputable de los tributos no concertados.
- b) La parte imputable de los ingresos presupuestarios de naturaleza no tributaria.
- c) La parte imputable del déficit que presenten los Presupuestos Generales del Estado, en la forma que determine la Ley de Cupo. Si existiera superávit se operará en sentido inverso.

Estas medidas suponen restas o disminuciones del Cupo básico o inicial que hemos enunciado, y representan una acomodación a la verdadera realidad competencial fiscal del País Vasco, que no tiene un sistema tributario tan completo ni recauda por todos los conceptos por los que lo que hace el Estado. De ahí que la ley considere que se debe disminuir de la contribución a las cargas asumidas por el Estado en el País Vasco aquella parte imputable a los impuestos e ingresos con que el Estado contaría para financiarlas y, en cambio, la Hacienda del País Vasco no cuenta.

Por último, según el *artículo 56. Dos*, también será objeto de compensación del cupo de cada Territorio Histórico la parte imputable al País Vasco por aquellos ingresos que financian las funciones y servicios traspasados al País Vasco en materia sanitaria y de servicios sociales de la Seguridad Social y que, con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, eran satisfechos al País Vasco mediante transferencias de la Tesorería General de la Seguridad Social, por aplicación de lo previsto en el régimen presupuestario regulado en los Reales Decretos 1536/1987, de 6 de noviembre; 1476/1987, de 2 de octubre; 1946/1996, de 23 de agosto y 558/1998, de 2 de abril.

Respecto de la compensación por la parte imputable de los ingresos que financian esos servicios transferidos de la Seguridad Social, en materia sanitaria y de servicios sociales, (y no de prestaciones económicas como más arriba se examinaba), ocurre algo equiparable. Se dice que desde su traspaso tales servicios eran financiados por la Tesorería General de la Seguridad Social y que ya no lo son tras la entrada en vigor de la *ley del Concierto de 2.002, sustituyéndose ese régimen por uno* de descuentos en el Cupo. Es un punto que se refiere a una materia de especial transferencia en que no juegan las reglas técnico-jurídicas generales de reducción del cupo según competencias asumidas, pero que se orienta en la misma línea y que, por su contenido, -servicios sanitarios y sociales-, no puede resultar más ajeno a toda idea de compensación de reducciones tributarias en la imposición directa.

5º).- Por lo que se refiere a los índices de imputación, *-artículo 57-*, que son las proporciones o ratios porcentuales con que se imputan al País Vasco y sus Territorios Históricos los distintos conceptos de cargas no asumidas, ajustes y compensaciones, se determinan básicamente, "en función de la renta de los Territorios Históricos en relación con el Estado». Es decir, mediante un concepto no fiscal sino econométrico y dinámico, (y por ello, totalmente ajeno a la evolución de los ingresos fiscales y atinente a la sola importancia relativa de la economía del País Vasco en el conjunto), que se fija para cada quinquenio mediante la correspondiente Ley del Cupo, y al que habrá ocasión posterior de hacer concretas referencias.

Ya antes hemos visto que el instrumento financiero último del Concierto Económico, es decir, el cupo, no consiste ni en una estimación de las competencias transferidas al País Vasco, ni tampoco en una proporción de la recaudación obtenida que la CAPV pague anualmente al Estado. Por tanto, y pese a los equívocos que hayan podido surgir en este asunto, el índice de imputación no introduce en la fórmula de cálculo del cupo la menor referencia a la evolución de los ingresos fiscales de los Territorios Históricos, sino una simple proporción que sirve para dividir una magnitud (las competencias no asumidas), que hasta llegar al *artículo 57* se había calculado en términos globales o de totalidad del Presupuesto del Estado, sin ponderarse aún cual es la verdadera incidencia del País Vasco en el conjunto. Esa es la exclusiva función y cometido que cumple y eso es lo que explica, y en buena medida justifica que, seguramente por evitar debates estériles entre las partes, tal índice, *-que siempre experimentará alguna variación-*, se haya decidido mantener totalmente estable en el tiempo, y venga fijado en el 6,24 por 100 desde 1.981.

No se dice en dicha disposición del *artículo 57* que el índice (o coeficiente), se fije de manera mecánica y utilizando un módulo estadístico preestablecido legalmente, y hay que deducir que, en efecto, puede existir un margen limitado de discrecionalidad a la hora de interpretar, aplicar y fijar cuantitativamente en cada *ley del cupo lo que, según el artículo 50.Uno*, sería fruto del principio general o regla básica establecida por el Concierto. La sola idea de que se fije por un período mínimo de cinco años da la medida de que la exactitud estadística de ese índice no constituye un objetivo de logro primordial dentro de la filosofía de la norma concertada, pero no por ello se difumina su naturaleza, acorde con el establecimiento de un marco jurídico y metodológico cierto para fijar las relaciones financieras entre los concertantes.

En esta materia, *-y según expone el apartado 12 0 de la Sentencia de 11 de Setiembre de 2.008-*, sostuvo la Comisión europea en sus alegaciones que el cálculo del cupo se produce en función de la renta relativa de los territorios históricos respecto a la del Estado, por lo que constituiría un mecanismo de solidaridad. Entendemos, por el contrario, que en lo único que influye la renta relativa del País Vasco es en el modo de valorar el coste proporcional de las competencias que en aquel ejerce el Estado, respecto de lo que constituye un sistema plenamente objetivo. No se calcula el Cupo por razón de que un territorio o región cuente con una supuesta renta relativa inferior y contribuya según ella, resultando así subsidiado, como parecería deducirse de tal argumento de la Comisión.

Como conclusión de toda esta parte vamos a reiterar que no llegan a apreciarse en dicho sistema ninguna de las dos situaciones que en el apartado 110 de las Conclusiones del Abogado General detallaba; en primer lugar, la magnitud de los ingresos tributarios no es el parámetro que se tiene en cuenta a la hora de afirmar la existencia de transferencias de fondos. En segundo lugar, la merma de ingresos fiscales no da lugar a la adaptación compensatoria de las transferencias de fondos entre el nivel infraestatal y el del Estado miembro. Ambas premisas decaen, como venimos explicando, porque el cupo se determina sin la menor consideración a lo que los Territorios Históricos hayan obtenido por vía de ingresos, lo cual, dicho sea de paso, les otorga un notable potencial y autonomía en cuanto al gasto público, y es ese mayor margen de gasto, y no la posibilidad de repercutir o trasladar al Estado el menor ingreso, lo que atribuye, según sus partidarios, un carácter particularmente ventajoso a dicho sistema de financiación autonómica.

De ahí que, volviendo a una de las reflexiones de la Sra. Kokott, Abogado General, *-punto 56-*, sobre las causas últimas de la doctrina del Caso Azores, *-que equilibraría dos principios, el de que la autonomía constitucional interna no quede en entredicho con solo dictarse una medida tributaria más favorable que la del Estado central, y el de la exigencia de que el legislador territorial sea realmente autónomo para que los Estados miembros no eludan la prohibición de ayudas a través de su ordenamiento, transfiriendo competencias legislativas de manera puramente formal-*, podemos afirmar rotundamente que el sistema examinado garantiza al máximo que esa autonomía no es un préstamo competencial y financiero del Estado central mediante el cual sea éste, y no el poder infraestatal, el que asuma la decisión, responsabilidad y efectos reales de la medida, y mediante el que se burle en definitiva el Tratado de la Unión Europea.

SÉPTIMO.- Hasta este momento hemos examinado el marco teórico o abstracto de las relaciones jurídico-institucionales de las que se deduce un nivel de autonomía que lleva a la conclusión de que las

medidas tributarias generales acordadas por los Territorios Históricos dentro de su competencia no deben ser calificadas como selectivas.

A partir de este punto, la interpretación de los conceptos empleados abarca igualmente otras pautas que pueden entenderse como condicionantes particulares que enervarían la idea de suficiencia de esa autonomía en relación con una o varias medidas tributarias en especial.

Por ello, vamos a referenciar esas cuestiones a las medidas tributarias adoptadas en el año 2.005, aunque podría asimismo partirse de la base temporal del año 1.996 en que por vez primera las disposiciones fiscales diferenciadas del IS se adoptaron.

El Tribunal de Justicia en el apartado 13 7 aprecia que las observaciones que se le hacen en lo relativo a las posibles compensaciones derivadas de la garantía por parte del Estado español de un servicio público mínimo o del funcionamiento del Fondo de Compensación Interterritorial, no le han sido explicadas de manera precisa.

Por nuestra parte tampoco estamos en condiciones de identificar que flujo financiero haya podido derivar en los ejercicios contemplados o cualquier otro afectado por la vigencia de las medidas fiscales recurridas, de esa hipotética garantía o del Fondo de Compensación Interterritorial.

En torno a lo primero, no nos consta la existencia de disposición que lo establezca, y menos aún en el ámbito del régimen financiero del Concierto Económico, pero en todo caso consideramos que la experiencia más común pone en duda tal flujo compensatorio en el contexto de las normas tributarias enjuiciadas, dado que la Comunidad Autónoma del País Vasco se sitúa en el grupo de las CC.AA españolas de mayor renta por habitante, (según datos de Contabilidad Regional del INE de 2.006, alcanzaría los 28.731 Euros de renta per cápita, un 36 por 100 por encima de la media de la UE-27, y un 29 por 100 por encima de la media española), y no ha estado entre 1.996 y 2.005, ni está actualmente, en situación que requiera la ayuda del Gobierno central para la atención de servicios mínimos básicos ni de dotaciones a la inversión con recursos del FCI previsto por el *artículo 158.2 CE* y *Ley 29/1.990, de 26 de Diciembre*. Una situación que no se da en la realidad objetiva no puede traer causa ni origen en medidas tributarias como las enjuiciadas.

Otra vertiente interpretativa que el TJCE acomete se centra en el método de cálculo del cupo previsto por el Concierto Económico vigente.

Así, en torno a uno de los datos esenciales del cálculo del cupo como es el coeficiente de imputación, señala que, "si bien dicho coeficiente se determina partiendo de datos económicos, se fija, sin embargo, en el marco de negociaciones esencialmente políticas entre el Estado español y la Comunidad Autónoma del País Vasco. Por consiguiente, una decisión de reducción del tipo impositivo no tiene necesariamente que influir en el porcentaje de ese coeficiente.

Y respecto a la posibilidad de que dicho coeficiente fuese calculado correctamente desde el punto de vista económico, o si está infravalorado, indica, "que una infravaloración de dicho coeficiente tan sólo puede constituir un indicio de una falta de autonomía económica de los Territorios Históricos. Ahora bien, debe existir una compensación, es decir, una relación de causa a efecto entre una medida tributaria adoptada por las autoridades forales y los importes puestos a cargo del Estado español." -129-

Esta Sala, en su planteamiento de la consulta prejudicial no introdujo ninguna alusión al cálculo de ese coeficiente o índice de imputación no solo porque su definición normativa es, en principio, y como el TJCE corrobora, ajena a toda idea de compensación de concretas medidas incentivadoras, sino porque a nivel puramente fáctico e histórico ha aparecido como un elemento general y estable del régimen de Concierto Económico, y si con el Concierto actual, aprobado por *Ley 12/2.002, de 23 de Mayo*, que le atribuye una vigencia coincidente con la de cada *Ley de cupo, -artículo 57. Dos-*, está cifrado en el 6,24%, lo cierto es que desde la aprobación del primer Concierto postconstitucional de 1.980-81 por *Ley de Cortes 12/1.981, ha venido siendo invariablemente fijado en ese mismo 6,24 por 100. (Artículo 1° de las sucesivas Leyes quinquenales sobre metodología de determinación del cupo; Ley 44/1.988, de 28 de Diciembre, (1.987-91), Ley 7/1.993, de 16 de Abril, (1.992-96), Ley 37/1.997, de 4 de Agosto, (1.997-01), Ley 13/2.002, de 23 de Mayo, (2.002-06), y Ley 29/2.007, de 25 de Octubre, (2.007-11).*

Por tanto, si en algún momento ese índice del 6,24 por 100 ha estado infravalorado, (lo que, de ocurrir, pensamos que con mayor probabilidad habría acontecido en el año 1.980, dado el mayor peso que la economía del País Vasco detentaba entonces en el conjunto nacional, mientras que representaría en los años 2.004, en cambio, un aproximado 6,03 por 100 calculado en PIB a precios de mercado, según el INE),

no puede establecerse una solvente relación de causa-efecto con las medidas reductoras de la carga fiscal adoptadas en 1.996 o en 2.005, pues no se puede establecer relación causal entre dichas medidas tributarias y una magnitud jurídico-económica que se ha mantenido constante e invariable tanto si las medidas se adoptaban como si no, y ya con el mismo tipo impositivo, -años 1.980 a 1.995-, ya con distinto tipo general de tributación en el IS. -Años 1.996 en adelante-.

Estas circunstancias no pasan inadvertidas en el análisis que realizaban las Conclusiones de la Abogada General Sra. Kokott fechadas el 8 de Mayo de 2.008, donde en el apartado 62 se indicaba que "no resulta evidente que las medidas fiscales de los Territorios Históricos tengan por objeto compensar desventajas estructurales, geográficas o de otro tipo similares", y en cuanto al coeficiente de imputación se apreciaba en los apartados 114 y 115 la dificultad de determinar la medida en que las modificaciones tributarias discutidas influyen en las transferencias económicas realizadas al Estado, con alusiones a que dicho índice, fijado en el 6,24 en 1981, no se haya modificado desde hace más de 25 años.

No obstante, y desde el cometido específico que nos incumbe de interpretar el Derecho interno, tendríamos que aclarar que en la lógica argumental de esas Conclusiones (y acaso también en la de los apartados 126 y 127 de la Sentencia), se tiende a atribuir a dicho índice la misión de expresar la parte proporcional de los ingresos fiscales de los Territorios Históricos, cuando, según hemos visto, tal magnitud ni siquiera expresa tal concepto evolutivo de ingresos fiscales, y si una simple relación porcentual entre la economía del País Vasco y la del conjunto nacional, con lo cual es tanto más inexpresivo para desvelar la influencia de la recaudación en la determinación del Cupo.

Por último, en los puntos 133, y 134 la Sala Tercera del TJCE declara que, "si bien una compensación financiera puede ser declarada y específica, también puede ser oculta y deducirse únicamente del examen concreto de los flujos financieros existentes entre la entidad infraestatal de que se trate, el Estado miembro al que ésta pertenezca y las demás regiones de este último. Ese examen puede indicar, en efecto, que una decisión de reducción de impuesto adoptada por la entidad Infraestatal tiene como consecuencia mayores transferencias financieras en beneficio suyo, debido a los métodos de cálculo utilizados para determinar los importes que deben transferirse".

Lo que la Sala remitente de la cuestión prejudicial deduce de esos párrafos es la enunciación de una pauta para la interpretación de los criterios determinantes de la autonomía económica de las entidades infraestatales, a través de la cual el TJCE está indicando que la apreciación de la insuficiencia de ese criterio puede basarse, además de en el puro derecho formal del Estado miembro, en otras actuaciones compensatorias no explícitas. El Tribunal de Justicia no hace concreción a la situación del caso enjuiciado por esta Sala, -ni siquiera menciona a los sujetos del entramado institucional del Reino de España, como lo hace en otras ocasiones-, porque ya ha dejado anteriormente dicho que no cuenta con otras mayores explicaciones, y la Sala revisora no puede extraer consecuencias conjeturales de hechos ignotos o de situaciones meramente hipotéticas. Lo único que nos cabe es reiterar las alegaciones ante el Tribunal de Justicia del Gobierno español indicando que; "ni los flujos financieros ni la cuantificación de los servicios que presta el Estado se ven alterados como consecuencia de las modificaciones tributarias que aprueban las instituciones competentes de los Territorios Históricos". -115-. Y esa afirmación, que es válida y fundada en términos de derecho, no permite mayores especulaciones ni posicionamientos .

OCTAVO.- En la doctrina del TJCE aparece igualmente la necesidad de fiscalización previa del respeto a los límites de la competencia con que los órganos e instituciones de la *C.A.P.V actúen al dictar las normas y disposiciones* recurridas. La vulneración de esos límites supondría, tal y como es subrayado por la Sentencia prejudicial en su parte final, (puntos 142 y 143), que el marco de referencia para apreciar el carácter selectivo de la norma de general aplicación, se ampliase a todo el territorio español, con las consecuencias derivables en orden al *artículo 87.1 TCE* .

Esa premisa abre una novedosa perspectiva para establecer la debida conexión entre la noción de ayuda de Estado y la infracción de Derecho interno, -ya planteada por la STS de 9 de Diciembre de 2.004 -, y no depara en el presente caso un auténtico debate ni controversia procesal desde las coordenadas del derecho constitucional y autonómico vigente en lo que concierne al soporte básico de la competencia misma, que para el caso vendría representado por la previsión del Concierto Económico vigente de que el Impuesto de Sociedades es un, "tributo concertado de normativa autónoma", -*artículo 14.Uno* -, cuya libre regulación por los Territorios Históricos se inserta en la previsión más general de que éstos pueden mantener, establecer y regular dentro de su territorio su propio régimen tributario. -*Artículo I Uno C.Ecón* en relación con *artículo 41.2.a) del EAPV* -.

En el ámbito de lo que las Conclusiones de la Sra. Kokott califican como autonomía formal de

configuración, no cabe ahora poner en cuestión el presupuesto competencial que adorna a las medidas tributarias impugnadas en este proceso que ya ha sido más arriba desarrollado en torno a los criterios de autonomía institucional y funcional.

No obstante, el TJCE no se centra tan solo en esa competencia formal y material básica, sino en el ejercicio de la misma dentro de sus límites de derecho interno y de ello nos da una razón coherente desde la óptica del derecho comunitario, ("puesto que las reglas relativas, en particular, a las transferencias financieras se elaboraron en función de esas competencias tal como han sido definidas")

La clave creemos encontrarla en las propias Conclusiones de la Abogado General en su ensayo sobre la autonomía material de configuración, cuando con motivo de comentar la STS de 9 de Diciembre de 2.004 , y afirmar que constituiría un círculo vicioso considerar que el alcance de la autonomía dependa del concepto comunitario de ayuda de Estado, puesto que el TJCE supedita la existencia de una ayuda de Estado precisamente al hecho de que el legislador autonómico carezca de autonomía de acuerdo con el derecho interno, concibe la solución de que, "el análisis de las competencias del legislador autonómico es un requisito previo de la aplicación del concepto de ayuda con arreglo al *artículo 87 apartado 1*" (*Apartado 103*).

En esa lógica, que asume luego el TJCE, lo que el Tribunal interno tendrá que examinar son las particularidades y objeciones que se opongan en función de los límites materiales que los Territorios Históricos del País Vasco afrontan cuando producen regulaciones normativas tributarias y que en la propia labor previa del Abogado General comprende alusiones, entre otros, a los principios de solidaridad de los *arts. 138 y 156 CE* , igualdad del *artículo 31 CE* , o presión fiscal efectiva global, y supone un recorrido por los pareceres de las partes y diversos pronunciamientos de los Tribunales internos.

La novedad de ese enfoque es que, en lo sucesivo, las cuestiones de Derecho comunitario sobre ayudas prohibidas y las cuestiones sobre acomodación a la legalidad constitucional o legal de una medida tributaria, que antes aparecían separadas entre sí y de pronunciamiento compatible, quedarán fundidas en un solo problema e incógnita a resolver. La medida tributaria emanada de las instituciones forales del País Vasco será constitutiva de ayuda de Estado, aunque sea general en su seno por razón de su contenido y destinatarios, sí desborda los límites de ejercicio competencial que consagran la Constitución, el Estatuto de Autonomía y el propio Concerto Económico, y si es así, deberá ser calificada como tal ayuda y sometida al régimen de autorización que el Tratado establece.

Para el presente caso, la Comunidad de Castilla y León que es parte recurrente hace mera enunciación en los Fundamentos Jurídicos Noveno y Décimo de su escrito principal, de infracciones de principios constitucionales de autonomía, igualdad, unidad y solidaridad, citando y transcribiendo parcialmente fundamentaciones extraídas de la Sentencia del Tribunal Supremo, que declaran que: "La compatibilidad con la igualdad encuentra una primera referencia en la autonomía financiera (*art. 156 CE*), en relación con la que la jurisprudencia constitucional ha entendido que la igualdad de los ciudadanos españoles no significa que sea imprescindible una total uniformidad fiscal en todo el territorio nacional, lo que sería incompatible con la autonomía financiera, y aún más con el específico sistema foral. Lo que impone el principio de que se trata es que se asegure la igualdad de posiciones jurídicas fundamentales de los ciudadanos en relación con los deberes tributarios, que evite ciertamente la configuración de sistemas tributarios verdaderamente privilegiados en el territorio nacional. En este sentido la STC 150/1990 , señala: "la autonomía significa precisamente la capacidad de cada nacionalidad o región de decidir cuándo y cómo ejercer sus propias competencias, en el marco de la Constitución y del Estatuto. Y si, como es lógico, de dicho ejercicio derivan desigualdades en la posición jurídica de los ciudadanos residentes en cada una de las distintas Comunidades Autónomas no por ello resultan necesariamente infringidos los *artículos 1, 9.2, 14, 139, 149.1.1* de la Constitución [ni los *artículos 31.1, 38 y 149.1.13* , cabe añadir] ya que estos preceptos no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía, sino a lo sumo, y por lo que al ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales se reviere, una igualdad de posiciones jurídicas fundamentales».

Por tanto, salvaguardada la identidad básica de derechos y deberes de los españoles, las cargas fiscales que deban soportar, pueden ser en alguna medida diferentes.

Por consiguiente, el deber básico de contribuir a los gastos públicos establecido en el *artículo 31.1 CE* puede tener un tratamiento diferenciado en los Territorios Históricos, siempre que quede a salvo la igualdad básica de todos los españoles y ello no suponga un trato fiscal realmente privilegiado." -F.J. Décimo-

Pero tal cita, lejos de ponerla en duda, trae causa y refleja la doctrina del Tribunal Constitucional, por ejemplo en su Sentencia 319/1.993, de 30 de Noviembre, acerca de que preceptos como el del *artículo 139.1 CE*, "aseguran una determinada uniformidad normativa en todo el territorio nacional y preservan también, de este modo, una posición igual o común de todos los españoles, más allá de las diferencias de régimen jurídico que resultan, inexcusablemente, del legítimo ejercicio de la autonomía", (...) "Pero ni la igualdad así procurada por la Constitución, -igualdad integradora de la autonomía-, puede identificarse con la afirmada por el *artículo 14*, (precepto que no es medida de validez, por razón de competencia, de las normas autonómicas), ni cabe tampoco sostener que esta última resulte menoscabada a resultas de cualquier conculcación autonómica del orden, constitucional y estatutario, de articulación y distribución de competencias. Como ya dijimos en la STC. 76/1.986, la divergencia entre normas que emanan de poderes legislativos distintos no puede dar lugar a una pretensión de igualdad, (aunque sí, claro está, a otro tipo de controversia constitucional)".

También la citada STC. 37/1.987, de 26 de Marzo, como más tarde las SSTC. 186/1.993, de 7 de Junio, 225/1.993, de 8 de Julio, ó 337/1.994, de 23 de Diciembre, se han centrado en este problema, recalando que, "el principio constitucional de igualdad no impone que todas las Comunidades Autónomas ostenten las mismas competencias, ni menos aún, que tengan que ejercerlas de una manera o con un contenido y unos resultados idénticos o semejantes". (...) Y si como es lógico, de ese ejercicio derivan desigualdades en la posición jurídica de los ciudadanos residentes en cada una de las distintas Comunidades Autónomas, no por ello resultan necesariamente infringidos los *artículos 1, 9.2, 14, 139.1 y 149.1.1º de la CE*, ya que estos preceptos no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias, (...) sino, a lo sumo, y por lo que al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de los deberes constitucionales se refiere, una igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales, (...)."

Todo lo que se acaba de exponer excluye asimismo que el tipo impositivo autónomamente adoptado, pueda ser entendido como un privilegio, pues esa idea, que constitucionalmente estaría mucho más asentada en el principio de generalidad tributaria del *artículo 31* que en el *artículo 138.2 CE*, podría derivarse como conclusión final de que el tratamiento fiscal hubiese de calificarse, por exceso competencial, como ayuda de Estado, que es una noción que corre paralela al régimen de privilegio, pero que no se acomoda a la situación en que, para su propio ámbito, una entidad o región dotada de autonomía constitucionalmente reconocida, tome decisiones sobre la regulación tributaria material general.

Más tarde se mencionan igualmente los principios de libre competencia y libertad de establecimiento, con invocación del F.J Duodécimo de dicha Sentencia, según la cual, "el Tribunal Constitucional ha señalado que la unidad de mercado descansa sobre dos principios: la libre circulación de bienes y personas por todo el territorio español, que ninguna autoridad podrá obstaculizar directa o indirectamente y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica, sin los cuales no es posible alcanzar en el mercado nacional el grado de integración que su carácter unitario impone (SSTC 96/1984, 88/1986 y 64/1990). Y la defensa de la libre competencia condiciona, desde luego, el ejercicio de las potestades tributarias de los Territorios Históricos. Así el *artículo 4.11* del anterior Concerto Económico señalaba que las NN.FF. no podrán implicar menoscabo de las posibilidades de competencia empresarial ni distorsionar la asignación de recursos y el libre movimiento de capitales y mano de obra.

Pero resulta, precisamente, que esos mismos principios de libre competencia y libertad de establecimiento que resultan centrales en la Unión Europea, son los que servirán, de acuerdo con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y el criterio de las propias instituciones europeas, para diferenciar de modo individualizado los preceptos de las NN.FF. que, al ser encuadrables en el concepto de "Ayudas de Estado", son susceptibles de incidir en las libertades de competencia y establecimiento".

Ahora bien, en torno a este aspecto, según entendemos y deducimos de la doctrina del TJCE que antes hemos resumido, sí la calificación de una medida como Ayuda de Estado no puede erigirse en un apriorismo que excluya toda necesidad de juicio sobre la acomodación de la misma a los parámetros del derecho interno en el aspecto de los límites competenciales, podemos añadir ahora a esa observación que, en la trayectoria jurisprudencial posterior a la vigente Constitución, no nos constan precedentes en los que medidas como las enjuiciadas en este proceso, -tipo impositivo del 32,5% frente al común del 35%, deducción del 10%-, etc..., hayan sido consideradas en sí mismas, y al margen de otras consideraciones sobre la aplicabilidad del Tratado CEE, como violentadoras de los principios de unidad de mercado, libre competencia e igualdad de establecimiento constitucionalmente consagrados y dentro de los márgenes racionales de diversidad que el ordenamiento jurídico contempla.

Aún más, las conclusiones de la Abogado General Kokott dedican el apartado 93 de sus conclusiones a glosar que si bien esa diferencia de tipos y deducciones pueden influir en el contribuyente a la hora de decidir donde desea establecerse, el Tribunal de Justicia, dada la disparidad de las legislaciones de los miembros, ha declarado que el Tratado no garantiza a aquellos la neutralidad fiscal del traslado de sus actividades, -se cita la STJCE de 29 de Abril de 2.004, (C-387/01)-, y que ese principio puede aplicarse a la situación de España en la medida en que la normativa tributaria pueda ser considerada autónoma frente al sistema del Estado central, como sin duda hemos concluido que lo es.

En ese sentido, si bien la jurisprudencia interna abre tales posibilidades, y como dice el F.J Undécimo de la STS de 9 de Diciembre de 2.004 , "resulta posible una cierta competitividad fiscal entre Comunidades Autónomas, con diferentes ofertas de incentivos", en modo alguno entendemos que en el derecho interno concurren unas potencialidades ilimitadas de competencia fiscal entre las diversas Comunidades Autónomas, -apartado 90 de las Conclusiones-, equiparables a las que se puedan dar entre los Estados miembros de la UE, en función de sus legislaciones no armonizadas hasta la fecha en materia de imposición directa, pues, con la jurisprudencia constitucional que hemos mencionado más arriba, así como con los límites que el Concierto Económico establece en su *artículo 3 .c*), queda reafirmado el principio de unidad de mercado y una sola soberanía en materia tributaria -*art. 133 CE* -.

No parece acogible la idea de que los límites del *artículo 3 .c*) del Concierto Económico se sitúen en las mismas claves, reconduzcan a la unidad del mercado europeo y satisfagan las mismas finalidades que los de Derecho comunitario, ya que mediando la indiscutible autonomía reguladora fiscal del País Vasco las posibilidades de apreciar cualquier vulneración de tales límites por parte de las disposiciones enjuiciadas sería prácticamente inexistente, pues, en dirección contraria a lo que lo dice la Abogado General en el apartado 102 de sus Conclusiones, nos encontraríamos ante un cierto círculo vicioso, ya que la realidad comunitaria de muy dispares regímenes de imposición directa no permitiría, hoy por hoy, achacar a cada uno de ellos la infracción de tales libertades de circulación, y establecimiento, sin perjuicio de una futura armonización europea basada en el *artículo 94 TCE* , y reflejada también por el *art. 2. Uno* del Concierto Económico. En ese particular sentido entendemos que cobraría toda su dimensión lo que apunta el referido apartado 93.

Como conclusión consideramos que no hay un punto de partida idéntico entre ambas proposiciones sobre unidad de mercado, interno y comunitario. En el ámbito de la CEE, la necesidad armonizadora surge actualmente, -una vez ya superada la fase de desarme aduanero y de desaparición de las barreras fiscales entre los Estados miembros-, de la conclusión de que los sistemas fiscales múltiples entorpecen el ejercicio de las cuatro libertades que deben poderse ejercer por cualquier nacional de los Estados miembros desde que nació el mercado interior en base al Acta Única. Esto ocurre no solo porque los sistemas fiscales son instrumentos protectores de los intereses nacionales y del desarrollo de las propias fuerzas económicas, (proteccionismo y captación de inversiones), sino porque, aunque no se pretenda incidir con ellos en la voluntad de los agentes económicos, las simples divergencias de regulación conllevan una restricción objetiva de esas libertades. Es decir, se está ante un mercado único inacabado. En cambio, en el ámbito del Estado miembro que, como España, admite en su interior una variedad de regímenes fiscales en base al principio de autonomía de nacionalidades y regiones, -*artículo 2 CE* - y del especial reconocimiento de los Derechos Históricos de algunas de ellas, -*Disposición Adicional Primera CE* -, el punto de partida de la unidad de mercado es una premisa del sistema de Estados nacionales ya alcanzada al que reconducen finalmente la variedad de normativas internas. Es muy posible que la condición de subsistencia de estas últimas sea el retraso en la armonización fiscal en la UE, pero sin que tal condición suponga que no sea el derecho interno quien las reconozca y regule.

Por ello la cuestión de validez competencial de las disposiciones forales puede ser analizada casuísticamente desde tal perspectiva, sin perjuicio de que como hemos adelantado y examinado, no concurren para el presente caso argumentos y razones sólidas de la parte recurrente, que, reiteramos, no han trascendido en lo esencial de cuestionar, como contraría a dicha unidad de mercado, la simple manifestación de la autonomía reguladora de régimen foral, sin hacer llegar al Tribunal, ni descubrir éste, elementos específicos de análisis y juicio que den soporte a la extralimitación.

NOVENO.- Por razones de exhaustividad una última mención ha de corresponder a la *Disposición Final Primera* de la Norma Foral combatida.

La parte de la misma que parece verse incidiada por la breve argumentación que la parte recurrente dedica a este capítulo es el inciso de la misma que establece que, "lo dispuesto en los *apartados 1, 2, 4, 6 y 7 del artículo 2* y en la *Disposición Adicional Segunda* de esta Norma Foral será de aplicación a los períodos impositivos concluidos con posterioridad a 14 de marzo de 2.005". Sin embargo, más allá de aludirse a una

retroactividad que, como tal, no se hace materia de especial fundamentación y que no afecta de manera directa a la eficacia de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Diciembre de 2.004 , -como cuestión en cuyo ámbito esta Sala ha dictado la Sentencia de 10 de enero de 2.008 en RCA 667/2.005 , anulando la *Disposición Adicional Décima de la N.F General Tributaria 2/2.005* -, el reproche parece instalado en la simple repercusión que sobre la eficacia de las disposiciones sustantivas conllevaría la declaración de ayudas de Estado que la parte recurrente asigna a aquellas disposiciones sustantivas, por lo que la suerte de dicha Disposición Final ha de quedar vinculada a la de ellas sin poder hacer un pronunciamiento anulatorio específico en torno a la misma.

En consecuencia de todo lo anterior, y no apreciando motivos de prosperidad del recurso, procede confirmar las disposiciones normativas recurridas, sin hacer especial pronunciamiento en costas. -*Artículo 139.1 LJCA* -.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación al caso del pleito, la Sala emite el siguiente,

FALLO

QUE DESESTIMAMOS EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN LETRADA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CASTILLA Y LEÓN CONTRA LA NORMA FORAL 7/2.005, DE 23 DE JUNIO, DE LAS JUNTAS GENERALES DE BIZKAIA, EN LO REFERIDO AL *ARTICULO 2 DE LA MISMA, EN CUANTO A LA MODIFICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 11.4.A) G) Y H), Y 11.6 ; ARTÍCULO 15.11; ARTICULO 29.1; Y ARTICULO 37 DE LA NORMA FORAL 3/1.996* , DEL IMPUESTO DE SOCIEDADES; Y ASIMISMO EN LO REFERIDO A SU *DISPOSICIÓN FINAL PRIMERA* , Y CONFIRMAMOS DICHAS DISPOSICIONES, SIN ESPECIAL IMPOSICIÓN DE COSTAS.

CONTRA ESTA SENTENCIA CABE RECURSO DE CASACIÓN ANTE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO, EL CUAL HABRÁ DE PREPARARSE MEDIANTE LA PRESENTACIÓN DE ESCRITO ANTE ESTE ÓRGANO JURISDICCIONAL EN EL PLAZO DE 10 DÍAS, A CONTAR DESDE EL SIGUIENTE A LA NOTIFICACIÓN DE ESTA RESOLUCIÓN.

Así por esta nuestra Sentencia de la que se dejará certificación literal en los autos, con encuadernación de su original en el libro correspondiente, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario doy fe.