

DERECHOS FORALES Y GOBERNANZA ECONÓMICA MULTINIVEL

Profesor Doctor José Carlos Cano Montejano
Doctor en Derecho
Profesor de Derecho en la UCM

Fecha de recepción: 24 de septiembre de 2018

Fecha de aceptación: 29 de octubre de 2018

RESUMEN: Los derechos forales históricos del País Vasco constituyen una de las características fundamentales de la forma de Estado de España. Su reconocimiento y aplicación tanto por la Constitución Española como por el Estatuto de Gernika debe considerarse como uno de los hitos más relevantes de la restauración democrática en España, de manera que la incardinación de las peculiaridades forales de los Territorios Históricos debe considerarse desde la perspectiva del conjunto de las circunstancias que engloban la distribución territorial del poder en España, y su organización, siendo un componente fundamental de una correcta comprensión del Estado de las Autonomías. La Gobernanza económica en la UE ha provocado ciertos recelos e incomprendimientos respecto a estos derechos históricos, y ha puesto de manifiesto que el respeto de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros por parte de la Unión todavía tiene un cierto margen de mejora, sin la cual la UE puede resultar poco practicable y factible.

ABSTRACT: Historical rights of the Basque Country are one of the most determining characteristics of the Spanish constitutional state form. Their recognition and application both by the Spanish Constitution and the Basque Statute of Autonomy should be regarded as one of the milestones of the Spanish Democracy, so that the incardinación of the Basque peculiarities having regard to the special circumstances that encompass the whole Spanish regional scheme, is to be considered as a vital component of a comprehensive approach to the State of the Autonomies. The economic Governance at EU level has provoked misunderstandings and considerations that have made come to light the background of a Union which should be most respectful of the constitutional traditions of the member States, without which no EU would be feasible, viable or workable.

PALABRAS CLAVE: Gobernanza multinivel, derechos forales, derechos históricos, País Vasco, Euskadi, UE, integración europea, tradiciones constitucionales, Constitución española, Estatuto de Gernika, Estado Autonomico.

KEYWORDS: Multilevel Governance, historical rights, Basque Country, EU, constitutional traditions, State Form, Constitution, Gernika Statute, Spanish regional definition, European integration, State of Autonomies.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La Gobernanza Económica en la UE. 3. El PEC y sus consecuencias para España. 4. Las Leyes de Estabilidad Financiera y los Territorios Históricos. 5. La Reforma del Artículo 135 CE. 6. Las tradiciones constitucionales de los Estados miembros. 7. Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN

La integración económica, y su manifestación en las distintas técnicas de gobernanza, ha tenido una trascendental repercusión sobre los sistemas constitucionales de los Estados miembros de la UEM, en particular sobre los procedimientos presupuestarios, en la medida en que se han tenido que amoldar a los imperativos derivados de las directrices emanadas desde las autoridades europeas, especialmente las emitidas desde el Banco Central Europeo y la Comisión Europea, aunque no se puede obviar la labor del Consejo ni del Eurogrupo.

Querríamos comenzar indicando que la potestad presupuestaria es una de las más importantes de las que disfruta un Parlamento libremente elegido en un país democrático. De hecho, en España, las Cortes Generales tienen su origen medieval fundamentalmente en la convocatoria que los Reyes llevaban a cabo para exigir tributos en sus territorios y a sus ciudadanos, y esta nota característica se repite en prácticamente todos los Parlamentos europeos. Es evidente, que esta labor medieval está hoy en día ampliamente superada, y que la Ley de Presupuestos es una previsión sobre los gastos e ingresos de las Administraciones Públicas y del gasto público que se puede llegar a alcanzar para un determinado ejercicio, y que los Presupuestos Generales del Estado –aunque se siga considerando la Ley más importante de cada año, no hace sino reflejar un programa político del Gobierno que esté en el poder en cada momento determinado. Por esta razón, el Tribunal Constitucional ha definido la Ley de Presupuestos como “*Ley singular, de contenido constitucionalmente determinado, exponente máximo de la democracia parlamentaria*”¹

Sin embargo, esta facultad presupuestaria tiene dos facetas, ya que no se restringe exclusivamente a la determinación del gasto y a la previsión de ingresos, sino que también comprende el seguimiento que de la ejecución del presupuesto lleva a cabo el Parlamento a través de la Comisión de Presupuestos, y que representa y manifiesta esa potestad de control que mantiene las Cortes sobre la Ley Presupuestos anual². De este modo, no creo que exageremos al afirmar que esta facultad es una de las más importantes que reflejan el carácter y el tenor de las potestades que ostenta un Parlamento³.

También es distinto el ejercicio de la potestad presupuestaria dependiendo de la forma de gobierno de cada Estado, es decir, no lleva a cabo el mismo control sobre el presupuesto un Parlamento en un sistema presidencialista que uno en una forma de gobierno parlamentaria. El Congreso de los EE.UU. tiene unas funciones y potestades de las que carece, por ejemplo, el Parlamento británico o las Cortes españolas –por citar dos sistemas netamente parlamentarios-.

En EE.UU el Congreso recuperó en 1974 unas importantes atribuciones de control sobre la función presupuestaria, con la aprobación de la *Congressional Budget and Impoundment Act*, que revocó la *Budget and Accounting Act* de 1921 que, a su vez, había otorgado unas exorbitantes potestades al Gobierno en la elaboración y control de la Ley de Presupuestos. Con la Ley de 1974 se creó el *House Budget Committee* que es el Comité competente dentro del Congreso para llevar a cabo esa importante función de seguimiento y control-, y también se modificó la fecha de inicio del ejercicio presupuestario, del 1 de julio al 1 de octubre de cada año natural.

Sin embargo, la comparación que se pueda llevar a cabo con cualquier país no sirve para los Estados que forman parte de la Unión Europea, ya que las consecuencias para estos de su participación en esta organización supranacional han sido muy importantes para los procedimientos presupuestarios de los respectivos Parlamentos nacionales. De este modo, se puede afirmar sin temor a equivocarse que, a efectos de la potestad presupuestaria, los

¹ Fundamento Jurídico cuarto de la STC 003/2003, de 16 de enero.

² M. ARAGÓN REYES, “El control Parlamentario como control político”, Revista de Derecho Político, UNED, nº 23, 1986; M.A. MARTINEZ LAGO, “El Control Parlamentario sobre el Presupuesto Público”. Presupuesto y Gasto público, Madrid, nº 48. 2007.

³ P. BIGLINIO CAMPOS, “Parlamento, Presupuesto y Tribunal de Cuentas”, Revista de las Cortes Generales, nº 37, 1996.

Estados miembros y sus Parlamentos han perdido rasgos relevantes de su autonomía, y de sus potestades, y que siempre se consideraron como originarias, intangibles, y definitorias tanto de cada Estado como de su libérrima capacidad de autodeterminación en función del ejercicio de sus derechos de soberanía.

2. LA GOBERNANZA ECONÓMICA EN LA UE

La pertenencia a la Unión Europea, y la ratificación de los sucesivos Tratados –a través de las correspondientes Actas de Adhesión, que son Leyes nacionales pero también instrumentos de Derecho internacional en la medida en que articulan la incardinación a nivel interno de los postulados derivados de esos mismos Tratados- ha supuesto una matización en el ejercicio de los derechos de soberanía de los Estados miembros de la UE, ya que –en el caso de algunos- se ha atribuido o cedido a las Instituciones Europeas. Estos derechos en las primeras etapas de la integración hacían referencia a políticas transferidas –como eran la Política Comercial Común, la Política Agrícola Común, la Política de Pesca o la Política de la Competencia- que eran manifestación de aquellas atribuciones que habían sido asumidas como exclusivas por la Unión.

Sin embargo, la paulatina y progresiva inclusión de nuevas materias y especialmente las vinculadas a la integración económica, como son las financieras, monetarias y presupuestarias, y sobre todo a partir del Tratado de Maastricht con el establecimiento de la Unión Económica y Monetaria –y la instauración del Euro como moneda común, y la aparición de una novedosa institución a través de la creación del Banco Central Europeo-, han supuesto que también esta novedosa perspectiva matice profundamente el ejercicio de algunas potestades constitucionales y constituyentes de los Estados miembros.

Por esta razón, las connotaciones constitucionales de la integración económica y de la gobernanza europea no tienen parangón a nivel internacional, ya que Estados soberanos –entre los que se encuentran algunos de los más antiguos del planeta como Francia, el Reino Unido y España-, han renunciado al ejercicio autónomo y libérrimo de potestades que en otras épocas hubiesen sido consideradas como irrenunciables e indisponibles, porque afectan al núcleo duro e intangible de la soberanía nacional, y por lo tanto, su transferencia –o digámoslo más sutilmente, la admisión de su ejercicio conjunto- ha inaugurado una nueva época no sólo para la Unión Europea sino también para los Estados miembros y, por ende, para sus ciudadanos.

El camino nominalmente se instauró con el Tratado de Maastricht⁴ que sentó las premisas de partida al determinar los criterios de convergencia que debían de ser cumplidos por los países candidatos a participar en la Unión Económica y Monetaria, declarando explícitamente que *“los Estados miembros considerarán sus políticas económicas una cuestión de interés común”*⁵. Esta declaración –en nuestra opinión- sienta las bases de la gobernanza económica, ya que introduce el cariz comunitario respecto de lo que tradicionalmente había sido considerado un aspecto excluido de la integración europea, y sólo relevante a efectos de otras políticas que sí ya habían sido comunitarizadas –la Política Aduanera, la Política Comercial Común, la Política de la Competencia, por citar algunas-.

De este modo, uno de los elementos determinantes de la política presupuestaria interna, la capacidad de incurrir en déficit por parte de un Estado, se puso en entredicho explícitamente en Maastricht, al declarar que *“los Estados miembros evitarán déficit públicos excesivos”*⁶, y también respecto a la política monetaria al determinar que *“el objetivo principal del SEBC será mantener la estabilidad de precios”*⁷.

⁴ Ratificado por el Reino de España el 29 de diciembre de 1992, y publicado en el BOE de 13 de enero de 1994

⁵ Artículo 103.1 TUE

⁶ Artículo 104 C. TUE

⁷ Artículo 105.

Esta línea de solidez financiera y de equilibrio presupuestario se mantiene íntegra en el vigente Tratado de Lisboa, que en su capítulo dedicado a la Política Económica, en concreto en su artículo 126.1 afirma que “*los Estados miembros evitarán déficits públicos excesivos*”.

3. EL PEC Y SUS CONSECUENCIAS PARA ESPAÑA

A su vez, el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, con anterioridad al Tratado de Lisboa, y ya en su primera versión –la denominada Propuesta Waigel– establecía unos baremos para la deuda pública en relación con el PIB⁸, y que se plasmaron matizados en los Reglamentos del PEC aprobados en 1997. Sin embargo, la ampliación al Este de la Unión Europea⁹ y el empeoramiento generalizado de la situación económica en la zona Euro provocó que –como hemos tratado en páginas anteriores–, se reformase el Pacto para dotarle de una flexibilidad mayor, incluyendo una cláusulas de excepcionalidad, transitorias y también atenuantes, para permitir que las políticas presupuestarias de los Estados miembros pudiesen afrontar situaciones de desequilibrios más complejos.

Todo ello ha tenido un evidente y trascendente reflejo en nuestro país: en primer lugar, porque las sucesivas Leyes de Estabilidad Presupuestaria han recogido los principios que inspiraban el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, para poder adecuarse a los objetivos de déficit fijados desde las Instituciones Europeas. Además, la reforma de la Constitución en su artículo 135 se llevó a cabo para poder cumplir con los objetivos de Bruselas; pero –a los efectos que nos ocupa este trabajo– lo relevante es que esta rigidez presupuestaria ha tenido un efecto cascada sobre todas las Administraciones Públicas de nuestro país, ya que no sólo quedaba afectada la independencia presupuestaria del Gobierno central, sino también –y como reflejo de las competencias tributarias y presupuestarias de las diferentes Comunidades Autónomas–, los Gobiernos autonómicos, y las Haciendas locales de los Ayuntamientos y Municipios.

En este sentido es conveniente recordar que la Constitución española diseña una pluralidad de Haciendas más que una Hacienda plural¹⁰, y es importante la matización ya que hace referencia a la titularidad del poder originario sobre la potestad tributaria. Es evidente que en España el modelo constitucional impidiese una atribución a las Comunidades Autónomas de potestades tributarias sería imposible llevar a cabo una interpretación correcta del principio autonómico que se recoge en el artículo 2 CE¹¹. Es cierto que el artículo 133 determina que la potestad originaria para establecer tributos recae en el Estado español¹², pero –en nuestra opinión– esta atribución hay que matizarla y debe ser objeto de una interpretación conforme al resto de las disposiciones constitucionales, es decir, esa potestad está matizada por el principio autonómico y por los derechos históricos recogidos en la Disposición Adicional Primera de la Constitución¹³. El principio autonómico exige que las competencias atribuidas a las Comunidades Autónomas tengan un reflejo

⁸ M. BUTI; D. FRANCO y H. ONGENA, “Fiscal Discipline and Flexibility in EMU: The Implementation of the Stability and Growth Pact”, *Oxford Review of Economic Policy*, volumen 14, número 3, 1998, páginas 81-97.

⁹ J. DE LA CRUZ FERRER, *Rumbo a Europa: La ampliación al Este de la Unión Europea: Repercusiones para España*, Madrid 2002

¹⁰ A. NAVARRO FAURÉ, “La Conciliación entre la estabilidad presupuestaria y una Hacienda Autonómica social”, en *Revista Valenciana d'Estudis Autonòmics*. 2016, 61, pág 92

¹¹ Artículo 2. La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas.

¹² Artículo 133. 1. La potestad originaria para establecer los tributos corresponde exclusivamente al Estado, mediante ley. 2. Las Comunidades Autónomas y las Corporaciones locales podrán establecer y exigir tributos, de acuerdo con la Constitución y las leyes. 3. Todo beneficio fiscal que afecte a los tributos del Estado deberá establecerse en virtud de ley. 4. Las administraciones públicas sólo podrán contraer obligaciones financieras y realizar gastos de acuerdo con las leyes.

¹³ Disposición Adicional Primera: Primera. La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales. La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía

financiero que derive tanto de la Constitución¹⁴ como del Estatuto de Autonomía correspondiente, de manera que se dote realmente de contenido a la afirmación del principio de autonomía financiera.

Todo este esquema, ya de difícil articulación a nivel interno, se ha visto contundentemente matizado a través de las directrices emanadas por la Unión Europea, y esto tanto para el Estado como para los Gobiernos autonómicos y locales. De tal manera que se puede afirmar que el principio de soberanía presupuestaria ha decaído plenamente. Pero la nueva realidad debe ser compaginable con las exigencias del diseño constitucional de cada uno de los Estados miembros, porque de otro modo quedarían afectadas las estructuras básicas e indisponibles del Estado como lo hemos venido considerando hasta ahora, también desde la perspectiva del Derecho Constitucional clásico.

En lo que atañe a España, la exigencia de control de déficit y de rigor presupuestario se ha manifestado en toda la Legislación financiera y tributaria, y especialmente desde la aprobación de la modificación del artículo 135, pero también con anterioridad. La Ley General de Estabilidad Presupuestaria de 2001¹⁵ determinó explícitamente que sus disposiciones deberían ser aplicadas por las Administraciones autonómicas¹⁶, aunque esta norma se elaboró en un momento en el que el déficit todavía no era una preocupación relevante, ya que la situación económica todavía podía calificarse de favorable.

4. LAS LEYES DE ESTABILIDAD FINANCIERA Y LOS TERRITORIOS HISTÓRICOS

El momento de inflexión se plasma fundamentalmente en la Ley de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de 2012¹⁷ en la que se plasmó explícitamente la limitación de déficit para las Comunidades Autónomas. Esta Ley constituía un imperativo expreso ínsito en la propia reforma del artículo 135 de la Constitución española de septiembre de 2011, de manera que se daba cumplimiento a este deber constitucional a través de la aprobación de esta Ley Orgánica. Esta Ley, por primera vez, regulaba también el déficit de las Administraciones autonómicas y locales¹⁸. De este modo en la Ley se regulaban *“los criterios para el establecimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda pública para cada una de las Administraciones Públicas e individualmente para las Comunidades Autónomas.”*

Esta Ley implicó a su vez un apoderamiento en favor del Gobierno central en relación con el cumplimiento de sus principios y de la supervisión de la coordinación con el resto de las Administraciones públicas territoriales implicadas, sin perjuicio de las atribuciones competenciales del Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas. También se hizo necesaria la aprobación de otra para que se pudiese emitir deuda pública

¹⁴ Artículo 156. 1. Las Comunidades Autónomas gozarán de autonomía financiera para el desarrollo y ejecución de sus competencias con arreglo a los principios de coordinación con la Hacienda estatal y de solidaridad entre todos los españoles. 2. Las Comunidades Autónomas podrán actuar como delegados o colaboradores del Estado para la recaudación, la gestión y la liquidación de los recursos tributarios de aquél, de acuerdo con las leyes y los Estatutos.

¹⁵ Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria, BOE núm. 298 de 13 diciembre de 2001

¹⁶ Exposición de Motivos II: “Así, en virtud de lo dispuesto en los artículos 149.1.13.^a y 149.1.18.^a de la Constitución, el marco de la estabilidad presupuestaria que la presente Ley regula tiene carácter básico, resultando en consecuencia aplicable a todas las Administraciones públicas en sus distintas personificaciones, al objeto de que la actuación presupuestaria coordinada de todas ellas, puesta al servicio de la política económica del Gobierno, permita conseguir la imprescindible estabilidad económica interna y externa, como base para el mantenimiento del escenario económico actual, doblemente caracterizado por un elevado crecimiento y una elevada tasa de creación de empleo.”

¹⁷ Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

¹⁸ Preámbulo: A diferencia de la normativa anterior, la Ley regula en un texto único la estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de todas las Administraciones Públicas, tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas, Corporaciones Locales y Seguridad Social. Esto mejora la coherencia en la regulación jurídica, supone una mayor claridad de la Ley y transmite una idea de igualdad en las exigencias presupuestarias, de responsabilidad y lealtad institucional entre todas las Administraciones Públicas.

por parte de las Comunidades Autónomas, o pudiesen acceder al mercado crediticio¹⁹. Además, el artículo 16 determinó que el Gobierno debía establecer los objetivos individuales para cada una de las Comunidades Autónomas en relación con el déficit y la capacidad de endeudamiento.

Si examinamos con atención las exigencias para las Comunidades Autónomas del marco constitucional y de legalidad vigente en materia financiera y tributaria, se puede afirmar con toda rotundidad que las obligaciones que se derivan para las mismas provienen tanto del plano interno como del comunitario, ya que reflejan el esfuerzo por aunar, compaginar y coordinar las exigencias constitucionales del Estado autonómico con las derivadas de la pertenencia de España a la Unión Europea, y a su adhesión a los instrumentos de gobernanza económica.

A esto habría que añadir la pérdida de independencia en la definición de los instrumentos de política financiera y presupuestaria, y que se ha producido desde la ratificación del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria²⁰, ya que en su artículo 11 se recoge la necesaria implicación de las autoridades comunitarias para la adopción por parte de un Estado miembro de *“todas las grandes reformas de política económica que proyecten llevar a cabo”*. De esta manera, la autonomía financiera de los Estados partícipes en la moneda común y en la Unión Económica y Monetaria ha quedado absolutamente minimizada.

Al mismo tiempo, esa independencia financiera de las Comunidades Autónomas en España había sido una realidad desde la aprobación del primer régimen general que estableció la Ley Orgánica de Financiación Autonómica²¹. Esta Ley establecía algo fundamental e insoslayable –y que se mantiene en la versión vigente–, el hecho de que el régimen de concierto económico conforme a la Disposición Adicional Primera de la misma Ley, singularizaba al País Vasco²², de tal manera que en esta Comunidad Autónoma su financiación se regula de acuerdo al Estatuto de Gernika y al Concierto Económico.

Pero, como indicamos en la introducción, esta singularidad está lejos de ser reflejo de un privilegio o de un trato singularizado ilegítimo de Euskadi en relación con el resto de las Comunidades Autónomas de régimen común. Esta afirmación puede parecer superflua ya que se han sucedido numerosos procesos judiciales que se han iniciado por Comunidades Autónomas limítrofes al País Vasco, en contra de las singularidades tributarias de las Haciendas forales, y que han pretendido precisamente poner en evidencia esa diferencia que en su opinión atentaba contra el principio de igualdad entre territorios y entre ciudadanos.

Pero con el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica, todo el esquema ha quedado matizado en la medida en que la capacidad tributaria de las Comunidades Autónomas, tanto las de régimen común como la de los Territorios Históricos y de la Hacienda Foral navarra, han perdido también cierto grado de autonomía en su determinación.

La LOFCA, a pesar de todo, únicamente ha reflejado lo que explícitamente se recoge en la Constitución, y que no hace más que institucionalizar y legitimar el Concierto Económico y la autonomía tributaria del País Vasco y de Navarra.

Sin embargo, justamente esta singularidad que tiene España al permitir al menos dos regímenes fiscales –aunque propiamente debería hablarse de tres, porque el Convenio con Navarra también supone una particularidad que matiza la unidad tributaria del Estado, y por lo tanto, estaríamos ante tres regímenes: el general, el derivado del Concierto vasco y el Convenio con Navarra– ha suscitado algunas reticencias a nivel de las Instituciones Europeas, y en concreto de la Comisión Europea, al entender que se rompía con el principio

¹⁹ Artículo 13 Instrumentación del principio de sostenibilidad financiera: 4. El Estado y las Comunidades Autónomas habrán de estar autorizados por Ley para emitir deuda pública o contraer crédito.

²⁰ Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica, hecho en Bruselas el 2 de marzo de 2012, BOE núm. 29, 2 de febrero de 2013

²¹ Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas

²² Disposición Adicional Primera LOFCA: El sistema foral tradicional de concierto económico se aplicará en la Comunidad Autónoma del País Vasco de acuerdo con lo establecido en el correspondiente Estatuto de Autonomía.

de igualdad entre los ciudadanos comunitarios, con independencia de su lugar de residencia. En concreto en lo que se refiere a la libertad de establecimiento, y sus implicaciones respecto al Impuesto de Sociedades –que es un impuesto que los Territorios Históricos y sus Juntas Generales regulado a través de sus propias Normas Forales tributarias.

La particularidad del País Vasco es que representa una singularidad única en todo el territorio de la Unión Europea. Ningún ente territorial autónomo dependiente de un Estado miembro goza de las potestades que concede el Concierto económico²³ al País Vasco, otorgándole la capacidad de ostentar un régimen tributario propio ya desde la Constitución. Este reconocimiento explícito no sólo es constitucional, sino también legal, ya que tanto el Estatuto de Gernika, como La Ley del Concierto Económico, la Ley de Territorios Históricos y la propia LOFCA, respaldan y legitiman la singularidad de las Haciendas Forales.

Además, como correctamente ha indicado la doctrina²⁴, el reconocimiento de la competencia tributaria como principio general, matiza la relación con el Estado en la medida en que la regla de interpretación y de hermenéutica debe ser la de la prevalencia de la autonomía financiera y tributaria para el País Vasco en el caso de que se produzca un conflicto entre la normativa estatal y la legislación foral de desarrollo de competencias tributarias.

Este esquema de relación competencial –sólo aparentemente sencillo- resulta de gran complejidad, ya que en el legítimo ejercicio de sus competencias, las Haciendas Forales y las Juntas Generales han regulado algunos impuestos, –especialmente en lo que atañe a la determinación del contenido del Impuesto de Sociedades, algo que ha sido sometido a estrecha observación desde la Comisión Europea, ya que –supuestamente- esa potestad podía afectar a una de las Libertades básicas comunitarias: la Libertad de Establecimiento.

5. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 135 CE

Las consecuencias de la reforma del artículo 135 de la Constitución española deben ser interpretadas, matizadas, atemperadas y ponderadas desde la perspectiva de la estructura territorial descentralizada de España. El artículo 2 diseña un Estado presidido por el principio autonómico, y conforme al mismo, los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas han asumido gran parte de las competencias relevantes a efectos económicos y de prestaciones sociales. De este modo, hoy en día a efectos no sólo prácticos, sino también reales, las competencias residenciadas en los Gobiernos autonómicos equivalen al menos, tanto en nivel de gasto como de su amplitud, a los que despliega y desempeña el Gobierno central, de manera que las restricciones presupuestarias en cascada que impone la Ley de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera²⁵ –que, como hemos visto, afecta en los mismos términos a los entes territoriales y al Gobierno central- no son algo baladí ni periférico, afectando gravemente a la estructura constitucional del Estado español en su manifestación territorial.

De aquí que propugnemos una interpretación teleológica del artículo 135 conforme al resto del texto constitucional, siendo que –es importante recordarlo- el Título Preliminar de la Constitución Española es el que diseña, expresa y determina los elementos indisponibles del Estado español, y el principio de autonomía se refleja explícita y taxativamente en ese lugar preponderante, por decisión del constituyente, manifestando un rasgo indisponible por el legislador ordinario, siendo que sólo una reforma agravada de la Constitución- conforme a lo establecido en el Título X- podría alterar ese rasgo estructural, esencial, originario y permanente de la misma.

²³ Ley 12/2002, de 23 de mayo, por la que se aprueba el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco, BOE núm. 124, de 24/05/2002

²⁴ I. ALONSO ARCE, *El Concierto Económico en Europa: el equilibrio entre la Autonomía tributaria foral y la construcción de la Europa del Futuro*, IVAP 2010, pág. 13.

²⁵ Ley Orgánica 1/2016, de 31 de octubre, de reforma de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera

Las anteriores afirmaciones pueden suscitar varias consideraciones, en nuestra opinión, de legítimo planteamiento. Nos limitaremos a enumerar las que parecen más evidentes: la reforma de la Constitución en la que se introdujo la nueva redacción del artículo 135, recogiendo a su vez las exigencias derivadas de la Unión Económica y Monetaria, se llevó a cabo a través del procedimiento simple del artículo 167 CE, siendo que afectaba a la estructura descentralizada del Estado español, y –por lo tanto– indirectamente debería haber requerido de una concertación autonómica previa y pactada –siguiendo la terminología del Concierto Económico–. En cualquier caso, las consecuencias de la reforma del artículo 135 han sido muy gravosas para las Comunidades Autónomas y para los territorios forales –en concreto, para Álava, Vizcaya, Guipúzcoa y Navarra–, y han afectado a elementos sustanciales de su autonomía y del núcleo esencial de la Foralidad.

Es evidente, que esto es más acuciante para la Comunidad Autónoma del País Vasco, ya que sus competencias tributarias y financieras son exorbitantes respecto de las que ostentan el resto de las Comunidades de régimen general. De esta manera, su estatuto foral ha quedado afectado por la pertenencia de España al organismo de integración supranacional que representa la Unión Europea, y –con independencia de los singulares procedimientos por incumplimiento suscitados por las peculiaridades del régimen foral en materia tributaria ante las Instituciones Europeas– la pregunta oportuna es si el choque entre Derecho Europeo y Foralidad es evitable o puede ser reconducido de alguna manera. La respuesta que vamos a sostener y defender a lo largo de las páginas que siguen es unívoca: no hay contraposición entre Foralidad y las exigencias derivadas tanto de la UEM como de la gobernanza económica que lleva a aneja.

6. LAS TRADICIONES CONSTITUCIONALES DE LOS ESTADOS MIEMBROS

El Tratado de Lisboa reconoce explícitamente el respeto de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros²⁶ como uno de los rasgos fundamentales de la Unión, en concreto, como principios generales que inspiran el Derecho Europeo y que también deben manifestarse en la acción de las Instituciones Europeas. A su vez, los principios de proporcionalidad²⁷ y de subsidiariedad²⁸ han quedado reflejados a nivel de los Tratados, de esta manera, también en el plano comunitario –y quizá más que en ningún otro– se debe llevar a cabo una obligada ponderación entre fines y objetivos, y los medios atinentes, legítimos y adecuados para su consecución.

De aquí que una acción comunitaria que atente contra los principios constitucionales de los Estados miembros, excedería el principio de proporcionalidad gravemente, y también el de subsidiariedad, en la medida en que el objetivo de la misma pudiese lograrse mejor desde la perspectiva de la autonomía del Estado miembro que a través de la imposición desde las Instituciones Europeas. Además, en el supuesto de la gobernanza derivada de la UEM, son pertinentes ambos principios, ya que son complementarios una vez que se ha reconocido la competencia en favor de las Instituciones Europeas.

Pero la referencia en los Tratados a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros de la UE no se restringe a esta mención en relación con los derechos fundamentales. Ya con anterioridad, el artículo 4.2 del TUE²⁹ se había referido a las mismas al exigir un trato de igualdad entre los Estados miembros de la Unión, y el respeto de sus propias y singulares características de identidad nacional, incluyendo explícitamente las que hacen referencia a la autonomía regional y local.

²⁶ Artículo 6.3 del Tratado de la Unión Europea (TUE): 3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales.

²⁷ Artículo 5.4 TUE

²⁸ Artículo 5.3 TUE

²⁹ Art.4.2 TUE

En nuestra opinión, hay tres elementos comunes a las tradiciones constitucionales de todos los Estados miembros de la Unión, por un lado, el principio democrático, y por otro, el respeto a los derechos fundamentales. Pero hay un tercer elemento que hace referencia a su diseño territorial, y que en muchas ocasiones es reflejo de la historia del país, y por lo tanto, pertenece al núcleo de esa esfera intangible e inalienable que conforma la identidad nacional, como plano indisponible de manera unilateral para el Estado desde su posición de garante de la legitimidad, y, por tanto, también debería serlo para las Instituciones Europeas en el ejercicio de sus competencias, que son de atribución y en concepto de transferencia o cesión, pero que en ningún caso ejercen a título originario y excluyente.

Por esa razón, el respeto a la estructura constitucional tiene que ser un criterio de interpretación extensiva para juzgar respecto al ejercicio de las competencias atribuidas a las Instituciones Europeas, ya que esto resulta congruente con el diseño competencial que hacen los Tratados de las atribuciones de las Instituciones Europeas, y en particular en relación con las competencias compartidas -recordemos que la Unión Económica y Monetaria lo es-, porque es en éstas en las que entra de manera más imperiosa en juego el baremo de la proporcionalidad, y el de la compatibilidad con esas indisponibles estructuras constitucionales.

Por todo ello, y de la misma manera que toda iniciativa legislativa comunitaria debe incluir un declaración respecto a la afectación que provoca sobre la subsidiariedad y la proporcionalidad³⁰, así como una mención relativa a la eventual repercusión que la misma pueda tener sobre los derechos fundamentales reconocidos tanto a nivel comunitario como nacional -entre otros elementos que deben ser tomados en consideración, como son el impacto financiero, pero también las consecuencias de la implementación de una norma comunitaria sobre la legislación regional o autonómica-. Por esta razón sostenemos que sería aconsejable que **esa previa valoración de impacto pudiese ser extensible a las tradiciones constitucionales**³¹, de manera que en el hipotético supuesto de que una acción pudiese tener un negativo efecto sobre la estructura constitucional de un Estado miembro, se pudiese ofrecer un trámite de alegaciones, y -si fuese necesario- la creación de una comisión mixta encargada de poder ponderar apropiadamente la necesidad de la propuesta, y la mejor manera de atemperarla con las exigencias nacionales derivadas de ese sustrato indisponible que representa el bloque interno de constitucionalidad³².

Además, esto sería coherente y congruente con el principio de subsidiariedad, aunque éste tiene un carácter previo -*ex ante*- en relación con la acción comunitaria, en la medida en que sirve para calibrar la conveniencia de llevar a cabo la iniciativa, y por lo tanto, fundamentalmente se restringe a la determinación del alcance de la competencia exclusiva de la Unión sobre una determinada propuesta de actividad,³³ de manera que coadyuva a determinar el verdadero y legítimo alcance del ejercicio y de la ejecución de esa misma competencia ya existente.

Sin embargo, la proporcionalidad como principio y baremo para juzgar de la conveniencia de una acción comunitaria tiene un alcance diferente y unas consecuencias distintas. El artículo 296 del TFUE³⁴ nos indica someramente como debe aplicarse la proporcionalidad en relación con la elección del tipo de acto jurídico que sea más conveniente para el logro del fin perseguido. Por su parte, el Protocolo núm. 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad -anejo al TFUE- hace una explícita referencia a la cuestión que nos ocupa en estas páginas, las consecuencias que puede tener una acción comunitaria sobre las regiones europeas:

*Artículo 2.- Antes de proponer un acto legislativo, la Comisión procederá a amplias consultas. Estas consultas deberán tener en cuenta, cuando proceda, la **dimensión***

³⁰ Artículo 5 Protocolo núm. 2 TFUE

³¹ J.C., CANO MONTEJANO, *Transparencia e Hiperregulación en la UE*, Madrid 2014, Pág. 92.

³² P., VER LOREN VAN THEMAAT, "Some Preliminary observations on the Intergovernmental Conferences: The relations between the concepts of a Common Market, a Monetary Union, a Political Union and Sovereignty", en CMLR 28:1991, 291-318.

³³ R. ALONSO GARCÍA, *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, Madrid 2016, pág. 110

³⁴ *Artículo 296 TFUE*

regional y local de las acciones previstas. *En casos de urgencia excepcional, la Comisión no procederá a estas consultas. Motivará su decisión en su propuesta.*

Por todo ello, nos parece muy apropiada la previsión legislativa que se lleva a cabo en el artículo 8³⁵ del Protocolo núm. 2 citado, en relación con la potestad que se otorga al Comité de las Regiones para interponer un recurso de anulación respecto a un acto legislativo comunitario que supuestamente haya infringido los principios de proporcionalidad y subsidiariedad, de esta manera se otorga un protagonismo al órgano consultivo de la Unión Europea que estatutariamente tiene el deber de defender y representar los intereses de las regiones y de los entes subnacionales y descentralizados de los Estados miembros.

Aunque incidiremos en el siguiente capítulo sobre la cuestión, nos gustaría en estos momentos manifestar que estas adecuadas y pertinentes referencias que los Tratados y Protocolos comunitarios hacen en favor de las regiones de Europa es algo conveniente y necesario, en la medida en que se quiera realmente lograr en la Unión una *Europa de las Regiones*. Por ello, y en la medida en que la subsidiariedad implica una mayor cercanía al ciudadano y al administrado, el ente territorial mejor cualificado para juzgar sobre la conveniencia y pertinencia de una propuesta comunitaria ya no es el Estado miembro en sí mismo considerado sino las regiones y entes territoriales que lo forman –en nuestro país las Comunidades Autónomas-³⁶. De este modo se otorgaría una mayor coherencia interpretativa a los principios expuestos, y se atribuiría al nivel más adecuado la ponderación de la transcendencia territorial y regional de la medida en cuestión.

7. CONCLUSIONES

Es determinante comprender el relevante paso que se da desde el gobierno –como ejercicio del poder por el Estado y desde el Estado- **a la gobernanza** –como manifestación del poder ejercido desde una pluralidad de entes diversos en su naturaleza y en su manifestación, entre los que el Estado en sentido tradicional sólo sería un elemento más a tomar en consideración, y en los que habría necesariamente que englobar las Instituciones de autogobierno regional, como son las Instituciones Forales del País Vasco y de sus Territorios Históricos.

De aquí que la gobernanza implique necesariamente pluralidad de centros de imputación, debiendo estar guiada en el despliegue de sus virtualidades por los principios de asociación y de cooperación. Esta gobernanza no puede ser excluyente, y debe tener como nota característica fundamental la de ser omnicomprensiva con la realidad subyacente. Es evidente que el gobierno económico que se ejerce desde la UE sólo es admisible en la medida en que se haga partícipe en su ejecución no sólo a los Estados miembros, como destinatarios primarios de esas directrices, sino también a los receptores últimos de esas instrucciones, como son las Comunidades Autónomas y los Territorios Históricos y Forales, para el caso de España.

Aquí reside uno de los grandes retos con que se va a ver confrontada la integración europea, en particular a partir de la salida del Reino Unido de la UE, con la reconsideración de la pertinencia y legitimación de cada acción de las Instituciones Europeas, que no pueden ni atribuirse competencias unilateralmente –porque incurrirían en una actuación *ultra vires*, ni forzar una interpretación de las mismas que desfigure su alcance, y afecte ilegítimamente al núcleo indisponible de la soberanía estatal de cada Estado miembro³⁷. Pero ese contenido constitucional insoslayable debe ser considerado desde la perspectiva del modelo territorial, y no sólo desde la conveniencia o pertinencia de la iniciativa o acción propuestas. De otro modo, podemos asistir a un auténtico declive o crepúsculo³⁸ del constitucionalismo como lo hemos considerado hasta ahora en los Estados occidentales,

³⁵ Artículo 8 Protocolo núm. 2 al TFUE

³⁶ S. PETSCHEN, “Una Europa de Estados, de pueblos y de regiones”, Política y Sociedad, 28 Madrid 1998: pág. 67

³⁷ Sentencia sobre el Tratado de Lisboa del Tribunal Constitucional alemán: BVerfG, 2 BvE 2/08, de 30.6.2009

³⁸ T. BÖRZEL, “European Governance: Governing with or without the State?” en *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford University Press 2011, pág. 73 y ss.

porque el ejercicio legítimo del poder pasa por el Estado, y cualquier circunstancia que altere sustancialmente este esquema puede derivar en una desconstitucionalización, que puede conllevar la pérdida o puesta en entredicho de aquellas garantías que otorga el ordenamiento jurídico como máxima expresión del poder del Estado, y esto tanto respecto de los ciudadanos como de los territorios.

Por todo ello, nos gustaría culminar afirmando que la Europa del siglo XXI tendrá que ser de la Ciudadanía y de las Regiones de Europa, ya que ambos elementos manifiestan y legitiman el acierto, la adecuación y la congruencia de una iniciativa comunitaria, y por eso son el mejor baremo para juzgar respecto a la oportunidad y eficacia de una acción comunitaria. Cualquier otro escenario, en lo que atañe al desarrollo y perspectivas de futuro de la Unión Europea, podría eventualmente conllevar una progresiva renacionalización perniciosa, negativa y desintegradora, que afectaría gravemente a los fundamentos de la integración europea, ya que el Estado nacional *per se* tiene una tendencia centripeta hacia la retención de competencias, y las Instituciones Europeas a desplegar extensivamente sus áreas de acción.