

RI núm. 3.443/2010

AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN PLENO

D. Julián del Olmo Pastor, Procurador de los Tribunales y de la **Diputación Foral de Bizkaia**, según representación que acredito mediante certificación adjunta del acuerdo del Consejo de Gobierno de la Diputación en sesión celebrada el día 7 de febrero de 2012, que se adjunta, bajo la dirección letrada de **D. Enrique Lucas Murillo de la Cueva**, colegiado nº 6.670, del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya, comparezco ante este Tribunal Constitucional y, en cumplimiento del citado acuerdo del Consejo de Gobierno de la Diputación, DIGO:

Que por medio del presente escrito, formulo **SOLICITUD DE INTERVENCIÓN en el Recurso de Inconstitucionalidad núm. 3443/2010**, seguido a instancias del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de la Rioja contra la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, de modificación de las Leyes Orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial y al que, por medio de ATC 136/2010, de 5 de octubre de 2010 se acumularon los recursos de inconstitucionalidad núm. 4138/2010, 4223/2010 y 4224/2010, seguidos a instancias, respectivamente, del Parlamento de La Rioja, del Consejo de Gobierno de la Junta de Castilla y León y de las Cortes de Castilla y León, y ello con arreglo a los siguientes

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: La doctrina del Tribunal Constitucional admite, excepcionalmente, la intervención de las Comunidades Autónomas, en calidad de coadyuvantes, en los recursos de inconstitucionalidad de contenido competencial.

De acuerdo con el artículo 162.1 a) de la Constitución Española (CE) y 32 Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC), las partes en el recurso de inconstitucionalidad son, en calidad de recurrentes, los sujetos previstos en el primero de los preceptos citados (Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo 50 Diputados, 50 Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas). Tienen la condición de demandados, los órganos que hayan aprobado las disposiciones con rango o fuerza de ley que, a tenor del artículo 27 LOTC, son susceptibles de ser objeto del mismo y, también, los ejecutivos correspondientes.

En tal sentido, el artículo 34.1 LOTC dice que, admitida a tramite la demanda, el Tribunal Constitucional dará traslado de la misma al Congreso de los Diputados y al Senado por conducto de sus presidentes, al Gobierno por conducto del Ministerio de Justicia y, en caso de que el objeto del recurso fuera una Ley o disposición con fuerza de Ley autonómica, a los órganos legislativo y ejecutivo de la Comunidad Autónoma de que se

trate, a fin de que puedan personarse en el procedimiento y formular las alegaciones que estimaren oportunas.

Con arreglo a estas previsiones, la nómina de sujetos legitimados para actuar activa y pasivamente en el recurso de inconstitucionalidad se restringe, en principio, a los expresamente enunciados en la CE y la LOTC. Según la jurisprudencia constitucional, la restricción está justificada al tratarse de un proceso de enjuiciamiento abstracto y objetivo de normas con rango o fuerza de ley, de suerte tal que los legitimados para ser partes en él lo están no en función de la titularidad de competencias o de intereses generales sino por virtud de la expresa atribución de la misma efectuada por la Constitución o la LOTC en atención a su cometido constitucional.

El Tribunal no ha aceptado la personación de otros sujetos cuando se ha alegado, en virtud de la aplicación supletoria de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) que establece el artículo 80 LOTC y de la alusión del 81 de la misma ley a los coadyuvantes, la posibilidad de que pudieran intervenir en un recurso de inconstitucionalidad ya iniciado otras personas interesadas en apoyar la posición jurídica de una de las partes principales. Este tipo de intervención, denominada adhesiva, se caracteriza porque el que interviene tiene un interés legítimo en el resultado del pleito aunque no defiende un derecho propio sino ajeno cuya titularidad corresponde a la parte a cuya posición se adhiere pero del mencionado resultado depende un derecho propio que no constituye el objeto del proceso.

El Tribunal Constitucional ha reiterado que la legitimación en los recursos de inconstitucionalidad ha sido configurada por los artículos 162.1 a) CE y 32 y 34 LOTC a través de una enumeración de sujetos que constituye inequívocamente un *numerus clausus* taxativo y riguroso, plasmando una opción del poder constituyente o, en su caso, del legislativo, que no exige necesariamente correspondencia con la titularidad de derechos o intereses por parte de los así legitimados, pues lo están, no en atención a sus derechos o intereses, sino en virtud de la alta cualificación política que se infiere de su respectivo cometido constitucional (SSTC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 3; 42/1985, de 15 de marzo, FJ 2; 180/2000, de 29 de junio, FJ 2 a); AATC 201 y 202/2000, de 25 de julio, FF JJ 2).

En coherencia con esa interpretación, el Tribunal se ha mantenido muy firme frente a las tentativas de instituciones y entidades de diverso tipo de intervenir, como recurrentes o coadyuvantes, en los recursos de inconstitucionalidad. Muestra de ello fue, precisamente, su reacción frente al intento de la Diputación Foral de Bizkaia de recurrir la Ley de Elecciones a Juntas Generales de los Territorios Históricos aprobada por el Parlamento Vasco en 1987. En aquella ocasión el Auto del Tribunal Constitucional 1142/1987 (FJ 1) denegó definitivamente esa pretensión afirmando que:

"en el ámbito constitucional, y a diferencia del ámbito jurídico privado, de la garantía de derechos o competencias (o de una garantía institucional) no se deriva necesariamente la legitimación de los sujetos titulares de tales derechos o competencias para acceder a la jurisdicción constitucional. Esto no implica, por tanto, negar que la garantía de tales derechos pueda alcanzarse por otras vías

*procesales, sino que en el caso de autos **el acceso directo a la jurisdicción constitucional requiere inevitablemente la actuación de quienes reciben la legitimación necesaria para ello de la Constitución y de la ley Orgánica de este Tribunal.***"

Desde entonces, la jurisprudencia constitucional ha negado el acceso al recurso de inconstitucionalidad a diversas instituciones, como, por ejemplo, las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla (AATC 201 Y 202/2000, FJ 2) o a partidos políticos (AAATC 263 Y 264/2008), con el argumento de que quedan excluidas con carácter general del proceso cualesquiera otras personas físicas o jurídicas distintas de las expresamente reconocidas, fueran cuales fueren los intereses que tengan en el mantenimiento o en la invalidación de la Ley o de los actos o situaciones jurídicas realizados y desarrollados en aplicación de la Ley.

Asimismo, el Tribunal ha entendido que no se genera por ello situación alguna de indefensión para las personas físicas o jurídicas o las instituciones cuyos intereses o competencias puedan resultar afectados por la Sentencia que dicte. Dado el señalado carácter abstracto y objetivo del recurso de inconstitucionalidad no pueden hacerse valer intereses distintos a la pura o simple impugnación o defensa de la Ley recurrida (AATC 172/1995, de 6 de junio, FJ 4; 252/1996, de 17 de septiembre, FJ 2; 378/1996, de 17 de diciembre, FJ 2; 155/1998, de 30 de junio, FJ 2; 235/1998, de 10 de noviembre, FJ Único; 104/2004 bis, de 13 de abril, FJ 2; 455/2004, de 16 de noviembre, FJ 2; Auto Sala Primera recurso de inconstitucionalidad. 1470/2008, de 24 de julio, FJ 2).

Sin embargo, la regla general que circunscribe la intervención en los recursos de inconstitucionalidad a los expresamente legitimados por la CE o la LOTC admite una importante **excepción acogida por el Tribunal Constitucional en el ya citado ATC 172/1995**. Se produjo con motivo de la solicitud del Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña para personarse y alegar en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular contra diversos artículos de la Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, que modificaban la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Modificación que, a juicio del Gobierno catalán, afectaba al ámbito propio de sus competencias.

Ante la oposición del Abogado del Estado, el Tribunal sostuvo que, aunque, ciertamente, la naturaleza abstracta del recurso de inconstitucionalidad, limitado al enjuiciamiento de la constitucionalidad de una Ley, ha de excluir, como regla general, la intervención de cualquier persona distinta a las enunciadas en los artículos 162 C.E. y 32 y 34 LOTC, **no basta la consideración del tenor literal de los preceptos aludidos**, sino que es preciso tener en cuenta las **funciones del recurso de inconstitucionalidad**, ya que no siempre se limita a ser un puro proceso de control abstracto de normas, sino que, **en ocasiones, tiene un contenido competencial** que le convierte en instrumento de solución de determinados conflictos de esta índole, como se desprende de la simple lectura del artículo 67 LOTC.

Tras esta importante precisión, el ATC 172/1995 dijo que, si bien el artículo 34 LOTC silencia la intervención de las Comunidades Autónomas como partes demandadas fuera

del supuesto de que fueran las autoras de la disposición impugnada, su apartado 1 no se ocupa del trámite de la intervención adhesiva, sino única y exclusivamente de la personación y contestación a la demanda de las partes principales en el recurso de inconstitucionalidad. Acto y seguido, el Tribunal llamó la atención sobre el reconocimiento expreso de la legitimación de las Comunidades Autónomas por el artículo 32.2 LOTC que, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 162.1. a) CE, dispone que *«para el ejercicio del recurso de inconstitucionalidad contra las Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley del Estado que puedan afectar a su propio ámbito de autonomía, están también legitimados los órganos colegiados ejecutivos y las Asambleas de las Comunidades Autónomas, previo acuerdo adoptado al efecto»*.

El corolario obligado que extrajo del tenor literal del precepto fue que las Comunidades Autónomas pueden, con observancia del plazo previsto en el artículo 33 LOTC, interponer un recurso de inconstitucionalidad contra disposiciones con rango de Ley, siempre y cuando *«puedan afectar a su propio ámbito de autonomía»*, estando facultadas para comparecer y sostener la pretensión de inconstitucionalidad en calidad de partes demandantes. Constatación que le lleva a afirmar, con respecto a su posición de coadyuvante, que:

“si la Constitución [(art. 162.1 a)] y la LOTC (art. 32.2) facultan a las CC. AA., mediante el recurso de inconstitucionalidad, a impugnar las disposiciones con fuerza de Ley y ostentan, dentro de él, legitimación activa para comparecer como partes principales en orden a obtener la anulación por inconstitucionalidad de la norma, forzoso se hace convenir en que la misma legitimación se les ha de reconocer a tales Comunidades Autónomas para personarse, como partes secundarias o subordinadas de las demandadas, en punto a coadyuvar en la defensa de la constitucionalidad de la norma cuando el recurso planteado contra ella tenga el carácter competencial a que antes aludíamos, esto es, siempre y cuando se trate de disposiciones que inequívocamente afecten a su propio ámbito de autonomía y sin que, en ningún caso, dicha intervención adhesiva pueda suponer la modificación del objeto procesal, el cual ha de quedar definitivamente delimitado por las alegaciones exclusivamente formuladas por las partes principales contempladas en los arts. 32.1 y 34 de la LOTC debiendo quedar circunscrita su intervención a formular alegaciones sobre dicho objeto y a ser oída por este Tribunal.”

A partir de ese razonamiento el Tribunal accedió a la solicitud de intervención adhesiva de la Generalidad de Cataluña, en tanto que *“la reforma operada por la L.O. 16/1994 incidía sobre una Ley Orgánica, como lo es la del Poder Judicial, perteneciente al bloque de la constitucionalidad y, en lo que aquí interesa, debido al juego de la cláusula subrogatoria del art. 18.1 de su Estatuto de Autonomía, la decisión del presente recurso de inconstitucionalidad puede afectar a la esfera de su competencia en materia de justicia, tal y como, por lo demás, lo corrobora la simple lectura de los preceptos impugnados.”*

SEGUNDO: La doctrina constitucional sobre los coadyuvantes es aplicable a los recursos de inconstitucionalidad contra la LO 1/2010 a favor de los órganos forales de los Territorios Históricos ya que se cumplen los requisitos que ese efecto exige el ATC 172/1995.

Los órganos forales no aparecen expresamente mencionados en los artículos 162.1 a) CE y 32 LOTC y, por tanto, no están legitimados para interponer el recurso de inconstitucionalidad (AATC 1021 y 1142/1987). Sí lo están, en cambio, de conformidad con la Disposición Adicional Quinta, apartado 3 LOTC (introducida precisamente por la LO 1/2010), para plantear conflictos en defensa de la autonomía foral frente a las leyes del Estado. Por ello, la Diputación Foral de Bizkaia entiende que puede solicitar el personamiento en los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la LO 1/2010 invocando la doctrina del ATC 172/1995.

El carácter excepcional que dicho ATC da a la admisión de coadyuvantes en el recurso de inconstitucionalidad y la necesidad de interpretar restrictivamente esa posibilidad no han de suponer impedimento para la intervención de la Diputación Foral de Bizkaia pese a que, como se ha dicho, los órganos forales no figuren en la relación de sujetos legitimados del artículo 162.1 a) CE y a que los Territorios Históricos no sean Comunidades Autónomas.

Mi representada considera que en este supuesto también se ha de atender al criterio funcional que anima la interpretación seguida por el ATC 172/1995 para abrir la puerta a la intervención adhesiva de las Comunidades Autónomas en el recurso de inconstitucionalidad. Recordemos que para el Tribunal Constitucional lo determinante es la **función constitucional del recurso de inconstitucionalidad** y, en especial, que, además de su genérica finalidad de depuración del ordenamiento jurídico mediante la expulsión del mismo de los actos y disposiciones con rango y fuerza de ley que se opongan a la Constitución por cualquier motivo, **sirve, también, de manera específica, para resolver los conflictos competenciales que tenga su origen en una norma de esa naturaleza.** De ahí la previsión del artículo 67 LOTC y la peculiar transformación procesal que se deriva del mismo pues, en virtud de ese precepto, cuando los conflictos de competencia en los que la atribución competencial controvertida se haya realizado por una ley o una norma con rango de ley se tramitará *"en la forma prevista para el recurso de inconstitucionalidad."*

Por otra parte, la aceptación como coadyuvantes de las Comunidades Autónomas en los recursos de inconstitucionalidad que versen sobre conflictos legislativos de competencia ha de jugar tanto cuando se hayan planteado como tales *ab initio*, mediante la interposición del recurso de inconstitucionalidad con arreglo a los artículos 32 y siguientes LOTC, como cuando se haga a través de un conflicto de competencias iniciado conforme a los artículos 63 y siguientes LOTC que se tramite luego de acuerdo con el procedimiento del recurso de inconstitucionalidad (artículo 67 LOTC). El único límite que se impone en estos casos, es que su intervención **se atenga estrictamente al objeto procesal** delimitado por quienes actúan como partes principales de acuerdo con los artículos 161.2 a) CE y 34 LOTC.

Pues bien, los órganos forales de los Territorios Históricos cumplen los requisitos exigidos por el ATC 172/1995 aunque no tengan reconocida ni constitucional ni legalmente la legitimación activa en el recurso de inconstitucionalidad.

En primer lugar, aunque se trate de **procesos distintos**, es innegable que los recursos directos y las cuestiones prejudiciales contra normas forales fiscales que prevé la Disposición Adicional Quinta. 2 LOTC comparten con **una finalidad común** con el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad a cuyo procedimiento se remite, cuando estos últimos versan sobre leyes estatales de contenido competencial, como es el caso.

En segundo lugar, el **conflicto en defensa de la autonomía foral**, regulado en el apartado 3 de la misma Disposición Adicional Quinta LOTC, **participa**, igualmente, de la **finalidad apuntada** ya que está llamado a desembocar en el supuesto del artículo 67 LOTC. Su tenor literal es el siguiente:

“3. Las normas del Estado con rango de Ley podrán dar lugar al planteamiento de conflictos en defensa de la autonomía foral de los Territorios Históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco, constitucional y estatutariamente garantizada.

Están legitimadas para plantear estos conflictos las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos de Álava, Bizkaia y Gipuzkoa, mediante acuerdo adoptado al efecto.

Los referidos conflictos se tramitarán y resolverán con arreglo al procedimiento establecido en los artículos 63 y siguientes de esta Ley.”

Del tenor de este apartado se concluye que el **objeto específico y único de los conflictos en defensa de la autonomía foral** son las **leyes del Estado** y que la **finalidad propia y exclusiva** de ese proceso constitucional es de **naturaleza competencial**.

En el presente supuesto, el recurso de inconstitucionalidad se ha dirigido contra una ley estatal, la LO 1/2010, que contribuye decisivamente a garantizar la autonomía foral que se hace efectiva mediante el ejercicio de las competencias que le dan contenido. Asimismo, los recursos interpuestos por los órganos ejecutivos y legislativos de las Comunidades Autónomas de La Rioja y de Castilla y León apelan a la afectación a su ámbito propio de autonomía (artículo 32.2 LOTC) por lo que **el contenido competencial de los mismos es más que evidente**. Basta asomarse a las páginas de sus extensos escritos, comenzando por la justificación de su legitimación activa, para ponerlo de manifiesto. Es más, entre las infracciones constitucionales que alegan se incluye hasta la supuesta violación de varios preceptos del Estatuto de Autonomía para el País Vasco (EAPV).

Pero, con independencia de lo que afirmen los recurrentes, la dimensión competencial de la LO 1/2010 deriva de la propia regulación contenida en la misma. Así, tanto en su preámbulo como, lo que es más importante, en su articulado, se aprecia que la finalidad

de la modificación de la LOTC, la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ) y la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) que lleva cabo es ofrecer una adecuada protección jurisdiccional a la autonomía foral. Y, de manera específica, a las normas forales fiscales mediante las que se ejercen las competencias que el artículo 41.2 a) EAPV reconoce a los órganos forales de los Territorios Históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco de acuerdo con la Disposición Adicional Primera CE. Una protección jurisdiccional que el ordenamiento ha de ofrecer a un producto normativo (las normas forales fiscales) que opera sobre una materia, como es la tributaria, en la que los principios de legalidad, de reserva de ley y de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE) acompañan al de autodisposición de la comunidad sobre los impuestos que ha de pagar (artículo 133. 1 CE), según la máxima *no taxation without representation*. Todo ello trae consigo que las normas que aprueben los tributos ocupen un lugar destacado dentro del sistema de fuentes, únicamente subordinado al bloque de la constitucionalidad, (primariedad) y gocen de un régimen de justiciabilidad acorde con la función que están llamadas a cumplir.

Precisamente porque el contenido de la LO 1/2010 tiene una clara dimensión competencial, **los órganos forales**, y entre ellos la **Diputación Foral de Bizkaia**, **tuvieron la posibilidad de haber sido partes actoras y principales en un proceso constitucional de enjuiciamiento de la misma a través de un conflicto en defensa de la autonomía foral contra ella**. Eso habría sucedido si hubiesen estimado que su regulación lesionaba la autonomía foral por no dar una protección jurisdiccional a la misma que satisficiera lo demandado por la Disposición Adicional Primera CE y el artículo 41.2 a) EAPV en relación con el 37.3 EAPV. Este dato, la introducción por la LO 1/2010 de un mecanismo reaccional directo que los órganos forales pueden utilizar contra las leyes del Estado ante la jurisdicción constitucional, adquiere una importancia capital para la defensa de la autonomía foral traducida en diversas competencias entre las que destacan las concernientes a los tributos concertados. Razones que determinan que los citados órganos deban tener la posibilidad de intervenir como coadyuvantes o codemandados en el debate procesal sobre la constitucionalidad de la LO 1/2010.

En cuanto al parámetro de control para resolver el conflicto, es el integrado por lo que la STC 76/1988 definió como "*núcleo intangible de la foralidad*", en alusión al artículo 37.3 EAPV, cuya protección es una de las finalidades esenciales de la LO 1/2010. Además, la remisión de la Disposición Adicional Quinta 3 LOTC a "*los artículos 63 y siguientes de esta Ley*" incluye, obviamente, según queda dicho, al artículo 67 LOTC que el ATC 172/1995 trae a colación como elemento destacado de su fundamentación.

Pues bien, si consideramos en su conjunto los elementos señalados: (1) la legitimación activa de los órganos forales en el conflicto en defensa de la autonomía foral, (2) que este versa sobre normas estatales con rango o fuerza de ley, (3) el contenido estrictamente competencial que define a este proceso y (4) la incidencia que la LO 1/2010 tiene sobre la protección de aquella -pues no es indiferente que su garantía jurisdiccional se preste por los jueces y tribunales ordinarios o por el Tribunal Constitucional-, ningún obstáculo ha de impedir que se admita la personación de la Diputación Foral de Bizkaia en el recurso de inconstitucionalidad contra la LO 1/2010 como coadyuvantes o codemandado en defensa de la misma.

En definitiva, concurren en este caso las razones que justifican que sujetos distintos a las partes principales en el recurso de inconstitucionalidad sean admitidos en el mismo como coadyuvantes. Entendemos, en consecuencia, que **procede la admisión de la personación en el mismo de la Diputación Foral de Bizkaia** y que se le de la oportunidad de alegar en defensa de dicha ley. Con ello, el Tribunal no haría otra cosa que dar continuidad a su *"permanente esfuerzo (...) por obviar innecesarios obstáculos procesales de acceso a la jurisdicción constitucional"* al que se refirió en el ATC 1142/1987 antes citado.

TERCERO: La solicitud de intervención adhesiva como coadyuvante o codemandada no está sujeta a plazo de caducidad y puede formularse mientras esté pendiente el proceso.

De acuerdo con el artículo 13.1 LEC, aplicable en virtud de lo dispuesto en el artículo 80 LOTC, *"(m)ientras se encuentre pendiente un proceso, podrá ser admitido como demandante o demandado, quien acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito"*.

El interés de la Diputación Foral de Bizkaia para intervenir en este proceso ya ha sido manifestado en el fundamento jurídico segundo de este escrito. Téngase en cuenta, además, que la iniciativa originaria que dio lugar a la proposición de ley que, tras su aprobación por el Parlamento Vasco, se presentó ante el Congreso de los Diputados y fue finalmente aprobada como LO 1/2010, partió, precisamente de la propia Diputación Foral de Bizkaia. Por tanto, su interés en la defensa de la constitucionalidad de aquella es máximo.

En cuanto al momento en el que solicita la intervención, el precepto transcrito de la LEC permite hacerlo mientras los recursos de inconstitucionalidad acumulados contra la LO 1/2010 estén pendientes, como es el caso. Por lo tanto, dado que todavía no se ha dictado sentencia la Diputación Foral de Bizkaia está en condiciones de solicitar en estos momentos su intervención como coadyuvante o codemandada en los mismos.

La Diputación Foral de Bizkaia desea aclarar que no ha hecho uso de esa posibilidad hasta ahora en la creencia de que la defensa de la constitucionalidad de la LO 1/2010, se llevaría a cabo por los Letrados de las Cámaras y la Abogacía del Estado ante el Tribunal Constitucional de manera suficiente para sostener con solvencia la plena adecuación a la CE de la repetida ley orgánica. Sin embargo, la lectura de la contestación efectuada por el Abogado del Estado en este proceso, a la que mi representada ha tenido acceso en fechas recientes, ha causado una profunda preocupación en el Diputación Foral de Bizkaia debido a que la línea seguida por aquél no atiende a lo esperado sino que se basa en unas premisas que se alejan de manera patente de lo que, a juicio de la institución foral, son la letra y el espíritu de la LO 1/2010 y, además, se inclinan por una interpretación de la misma que debilita sobremanera su finalidad garantizadora de la autonomía foral. Ese es el motivo por el que mi representada se ha visto obligada a solicitar su intervención a título de coadyuvante o codemandada y así poder ofrecer,

modestamente, al Tribunal Constitucional argumentos sobre el objeto del proceso que o bien no se han aportado o no se han expuesto con la profundidad que considera necesaria.

La incorporación de la Diputación Foral de Bizkaia al recurso de inconstitucionalidad en este instante tampoco tiene que suponer una demora significativa en su resolución y, ante todo, servirá para colaborar con el Tribunal Constitucional aportando unas alegaciones sobre la constitucionalidad de la ley recurrida que, de otro modo, no constarían en el procedimiento.

CUARTO: La intervención adhesiva solicitada debe ceñirse al objeto del proceso constitucional definido por los escritos de recurso y contestación de las partes principales

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la intervención adhesiva como coadyuvante, esta ha de respetar el objeto del proceso tal y como lo hayan acotado las partes principales. Es, por tanto, necesario partir de la delimitación que hayan realizado sobre el mismo los escritos de recurso y contestación sin que sea admisible la introducción en el debate de cuestiones nuevas que no hayan sido planteadas por aquellos.

La comprobación de que la intervención del coadyuvante se atiene a esos límites ha de hacerse a la vista de sus alegaciones pues, hasta que se formulen, no será posible llevarla a cabo y, como quiera que la Diputación Foral de Bizkaia conoce el contenido de los recursos interpuestos contra la LO 1/2010, está en condiciones de formular sus alegaciones en este mismo instante a fin de que el Tribunal Constitucional pueda conocerlas de inmediato y no se ocasionen retrasos indebidos.

Por ello, siguiendo el precedente que dio lugar al ATC 172/1995, según consta en los antecedentes de la STC 150/2000, en aras de la economía procesal y para que el Tribunal Constitucional y las partes personadas cuenten con todos los elementos de juicio para la resolución de la presente solicitud de intervención sin necesidad de abrir un plazo específico para ello, se exponen a continuación las siguientes

ALEGACIONES DE LA DIPUTACIÓN FORAL DE BIZKAIA

I. LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LAS INSTITUCIONES AUTONÓMICAS RECURRENTES

Con carácter previo a la exposición de las razones que avalan la constitucionalidad de la LO 1/2010, es preciso aludir brevemente a la legitimación activa de las instituciones autonómicas recurrentes. Estas fundan su legitimación en la conexión que, a su modo de ver, existe entre la regulación recurrida y las competencias asumidas por las dos Comunidades Autónomas a través de sus estatutos de autonomía. Vienen a decir que la pérdida de legitimación activa en el recurso contencioso-administrativo contra las normas forales fiscales les priva de un medio de protección de dichas competencias.

La verdad es que si a esas Comunidades Autónomas y, en particular, a la de La Rioja, que ha sido la más activa en este terreno, se les ha reconocido hasta ahora la legitimación activa para recurrir normas forales ante la jurisdicción contencioso-administrativa, no ha sido porque estuviera previsto en la ley reguladora de la misma. Así, el artículo 1.3 a) LJCA, puesto en relación con la Disposición Adicional Primera LJCA, excluye esa posibilidad al permitir, únicamente, la impugnación de los actos de administración y gestión de las Mesas de las Juntas Generales. La explicación de su admisión no está, por consiguiente, en la LJCA sino en una doctrina del Tribunal Supremo que sostenía que, de otro modo, esas normas forales quedarían inmunes a cualquier control jurisdiccional, al menos hasta que la LOTC atribuyera su conocimiento al Tribunal Constitucional (las SSTs de 9 de Diciembre, de 2004, y de 9 de diciembre de 2009, FJ 3 lo dicen expresamente). No había, por tanto, una atribución legal de legitimación activa para recurrir las normas forales fiscales sino que se sustentaba en una construcción jurisprudencial que invocaba la necesidad de garantizar la tutela judicial efectiva de los recurrentes. Es de notar que ni el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco ni el Tribunal Supremo nunca plantearon la cuestión de inconstitucionalidad sobre la Disposición Adicional Primera LJCA a pesar de que diversas sentencias (STS 9 de diciembre de 2009, FJ 3) llegaron a reconocer que cuando las Juntas Generales ejercen funciones normativas actúan como *“el órgano legislativo foral competente”* y en alusión a la LJCA dijeron que *“(d)e la normativa reseñada claramente se deduce qué sólo son Administración Pública las Juntas Generales en actos y disposiciones en materia de personal y de gestión patrimonial pero no cuando actúan su potestad normativa en materia tributaria”*.

Tampoco gozan las Comunidades recurrentes de legitimación activa para interponer el recurso de inconstitucionalidad contra las leyes forales navarras o de otras Comunidades Autónomas, tengan contenido fiscal o no, porque no lo permite el artículo 32.2 LOTC.

En definitiva, los cambios normativos que realiza la LO 1/2010 en nada alteran la situación en la que se encontraba el ordenamiento jurídico antes de su entrada en vigor. Así, por un lado, la nueva redacción de los artículos 9.4 LOPJ y 3 d) LJCA se limita a explicitar de manera diáfana y precisa lo que se infería, *contrario sensu* de la Disposición Adicional Primera LJCA. Es decir, que no caben recursos contencioso-administrativos contra las normas forales fiscales. Por otro, la Disposición Adicional Quinta LOTC suple la falta de atribución expresa al Tribunal Constitucional de la competencia para enjuiciarlas que echaba de menos el Tribunal Supremo eliminando de raíz la posibilidad de que las normas forales fiscales queden exentas de control jurisdiccional. Lo que ahora ocurre es que ese control, que solo puede ser de constitucionalidad, dada la posición ordinamental y la función o de las repetidas normas, queda en las exclusivas manos del Tribunal Constitucional.

Lo expuesto supone que no sea posible establecer una conexión, siquiera remota, entre la ley recurrida y las competencias de las Comunidades Autónomas de La Rioja y de Castilla y León, cuyos gobiernos y parlamentos respectivos han interpuesto los recursos de inconstitucionalidad acumulados que nos ocupan.

Debe aclararse, igualmente, que la reserva que la LO 1/2010 realiza en favor del Tribunal Constitucional para que conozca en exclusiva de los recursos contra las normas forales fiscales y las cuestiones prejudiciales que se susciten sobre ellas determina la **total y absoluta exclusión de su enjuiciamiento por los tribunales ordinarios**. De acuerdo con la nueva Disposición Adicional Quinta 1 y 2 LOTC y los artículos 9.4.1 y 3 d) LJCA, y sin perjuicio de lo que en su momento se dirá con respecto a su adecuación al Derecho de la Unión Europea, las **normas forales fiscales vascas**; es decir, las que **regulen los tributos concertados en cada uno de los Territorios Históricos que integran la Comunidad Autónoma del País Vasco**, no pueden ser objeto del recurso contencioso administrativo a ningún efecto. Los vicios en los que tales normas puedan incurrir serán siempre de constitucionalidad y, como tales, habrán de ser examinados por el Tribunal Constitucional sin que eso implique bajo ningún concepto, como se explicará más adelante a la luz de las SSTC 73/2000 y 48/2005, contradicción alguna con los artículos 24.1 y 106.1 CE. **La garantía jurisdiccional del Tribunal Constitucional sobre las normas forales fiscales vascas es, por tanto, plena**. Tanto como lo es la que tienen las leyes y otros actos y disposiciones con rango fuerza o valor de ley contemplados en el artículo 27 LOTC. No tiene sentido alguno, por todo ello, la extraña tesis del Abogado del Estado, según la cual, el control sobre las normas forales fiscales se reparte entre la Justicia Constitucional y el Poder Judicial en función de si el vicio apreciado es de ilegalidad o de inconstitucionalidad.

Las Comunidades recurrentes apelan al efecto frontera con los territorios forales para justificar su legitimación activa y para combatir la LO 1/2010. Dicho efecto merece, a su juicio, de una garantía que les permita impugnar las normas forales fiscales de modo que la supresión de tal posibilidad les causaría un perjuicio que tienen el derecho a evitar a través de la posibilidad de impugnarlas como han hecho hasta ahora.

Este alegato debe rechazarse ya que, por un lado, el efecto frontera con Navarra, que sólo podría invocar La Rioja, no se ha traducido en el reconocimiento de legitimación activa para interponer el recurso de inconstitucionalidad contra las leyes forales fiscales navarras. El artículo 32.2 lo impide sin que las Comunidades recurrentes hayan objetado su inconstitucionalidad ni que les ocasione un perjuicio concreto. Por otro, la compensación a los inconvenientes que pudiera suponer a ambas Comunidades Autónomas el efecto frontera con los territorios forales ya está contemplado en sus respectivos estatutos de autonomía (artículos 46 del Estatuto de Autonomía de La Rioja¹ y artículo 83.1 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León), por lo que cuando se sientan afectadas negativamente por la autonomía tributaria foral habrán de acudir a esa vía en lugar de forzar los cauces procesales que las leyes ponen al servicio de los particulares para proteger sus derechos e intereses legítimos. No olvidemos, tampoco, que conforme a la jurisprudencia constitucional (por todas, STC 75/2001), los entes

¹ Este precepto dice así: "A los efectos de concretar los ingresos de la Comunidad Autónoma de La Rioja, y de forma especial, la participación territorializada de La Rioja en los tributos generales que se determinen y las condiciones para la aprobación de recargos sobre tributos del sistema fiscal general, en el marco de lo dispuesto en el artículo 157.3 de la Constitución y en la legislación que lo desarrolle, la **Administración General del Estado y la Comunidad Autónoma de La Rioja suscribirán un acuerdo bilateral** que se formalizará en Comisión Mixta, que podrá ser revisado periódicamente de forma conjunta, el cual deberá tener en cuenta el esfuerzo fiscal de La Rioja y que atenderá singularmente los criterios de corresponsabilidad fiscal y solidaridad interterritorial, **así como la corrección de los desequilibrios producidos en La Rioja por los efectos derivados de su situación limítrofe con otros territorios.**"

públicos no son titulares de derechos fundamentales y solo pueden ejercitar determinadas facultades de las que integran el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 CE en cuanto partes procesales.

Por último, el conflicto en defensa de la autonomía foral es todavía más ajeno a las Comunidades recurrentes ya que en él las únicas partes posibles son los órganos forales y el Estado.

II. LÍMITES INHERENTES AL ENJUICIAMIENTO DE LA LOTC

Señala el Abogado del Estado, con cita de la STC 49/2008, FFJJ 3 y 4, que el control que el Tribunal Constitucional efectúe sobre las modificaciones de la LOTC, como la realizada por la LO 1/2010, debe limitarse a los supuestos en que exista un conflicto evidente e insalvable entre la misma y el texto constitucional. Así lo requieren la función que encomienda a esa norma el artículo 165 CE y la necesidad de extremar las consideraciones institucionales y funcionales que siempre acompañan al control del legislador democrático. Un control que ha de prescindir de las intenciones y sospechas y centrarse en el examen abstracto y objetivo de las normas jurídicas en debate y que, solo si concluye con la constatación de una notoria e insuperable contradicción con la CE, podrá ser declarada inconstitucional.

La advertencia no por conocida y lógica deja de ser oportuna a la vista de los términos en los que se ha planteado la discusión sobre la LO 1/2010. Es conveniente no perderla de vista porque la introducción de la nueva Disposición Adicional Quinta LOTC, lejos de plantear un evidente e insalvable conflicto con la CE, es el resultado de la aplicación del artículo 161.1 d) CE, en coherencia con la garantía institucional de la foralidad contenida en la Disposición Adicional Primera CE y las previsiones estatutarias (artículos 3, 24.2, 25.1, 37.3, 40 y 41 EAPV) relativas a la actualización de los derechos históricos conforme a aquella.

Se trata de una operación pareja a la inclusión en el ámbito objetivo del recurso de inconstitucionalidad de actos y normas a los que la CE no atribuye de forma expresa el rango de ley (artículo 27.2 LOTC) y que ha sido confirmada por la jurisprudencia constitucional (STC 139/1988). En cuanto al conflicto en defensa de la autonomía foral, el apartado 3 de la Disposición Adicional Quinta LOTC sigue unas pautas análogas a las del conflicto en defensa de la autonomía local (artículos 75 *bis*, *ter*, *quater* y *quinque* LOTC), del que Tribunal Constitucionalidad conoce con naturalidad sin haber objetado su constitucionalidad (STC 240/2006, de 20 de julio).

III. SIGNIFICADO Y CONSECUENCIAS DE LA ACTUALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HISTÓRICOS DE LOS TERRITORIOS FORALES EN EL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO

Con el propósito de demostrar la falta de fundamento histórico y constitucional de las reformas de la LOTC, LOPJ y LJCA efectuadas por la LO 1/2010, los extensos escritos de recurso exponen, con un notorio afán de exhaustividad y, naturalmente, desde su particular punto de vista, los orígenes y evolución del régimen foral, del Concierto Económico y de la autonomía vasca bajo la Constitución de 1978. También se ocupan de

la jurisprudencia constitucional sobre la actualización de los derechos históricos prevista en la Disposición Adicional Primera CE y de la del Tribunal Supremo, aunque no de la más reciente. Por supuesto, es cita obligada en todos ellos la del artículo 6.2 de la Ley 27/1983, de de 25 de noviembre, de Relaciones entre las Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma y los Órganos Forales de sus Territorios Históricos (LTH) que dice que "*(e)n todo caso, la facultad de dictar normas con rango de Ley corresponde en exclusiva al Parlamento*".

De todo ello concluyen que, debido a la naturaleza reglamentaria de las normas forales fiscales, que dan por supuesta, la sustracción de su conocimiento a los tribunales ordinarios viola el artículo 106.1 CE y la atribución de su control al Tribunal Constitucional excede los límites del artículo 161.1 d) CE lesionando no solo el artículo 24.1 CE sino, también, una larga lista de preceptos constitucionales que afectan al principio de igualdad, de solidaridad y otras cuestiones diversas.

Por lo que se refiere al conflicto en defensa de la autonomía foral, los recurrentes alegan que se trata de un recurso de inconstitucionalidad encubierto en la medida que puede acabar con una sentencia de inconstitucionalidad de la ley estatal que sea objeto del mismo, pese a no iniciarse por ninguno de los legitimados fijados en el artículo 162.1 a) CE. A su juicio, su introducción en la LOTC es arbitraria al carecer de fundamento constitucional que lo justifique.

Pues bien, atendiendo a la delimitación del objeto procesal que han hecho los recurrentes y a la contestación a los recursos, nos ocuparemos, en primer lugar, de la peculiar naturaleza de las normas forales fiscales y de la función que les asigna el bloque de la constitucionalidad para luego hacer lo propio con respecto su correlato lógico, la reserva de su control al Tribunal Constitucional y la garantía de la foralidad en su conjunto.

A esos propósitos es preciso realizar algunas consideraciones generales al respecto, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional sobre las cuestiones debatidas.

1. El reconocimiento y garantía constitucional de los derechos históricos y su actualización en el marco de la CE y el EAPV

La constitucionalización de los derechos históricos a través de la Disposición Adicional Primera CE ha sido objeto de constante atención por la doctrina, que ha generado una extensa y rica bibliografía sobre el particular. También es importante la jurisprudencia constitucional y ordinaria recaída sobre la materia.

Obviamente, no es este el lugar para desgranar las distintas posiciones doctrinales ni para glosar los pronunciamientos jurisprudenciales. Será suficiente con exponer los aspectos que consideramos más importantes a los efectos de este escrito y destacar las principales decisiones que sobre esta cuestión ha emitido el Tribunal Constitucional. Así, sin ánimo de exhaustividad, cabe citar las SSTC 1/1982, 11, 16 y 123/1984, 94/1985, 95/1986, 76, 86 y 181/1988, 214/1989, 159/1993 y 132/1998, aunque, sin duda alguna, la más destacada para nuestro caso es la STC 76/1988, de 26 de abril, recaída sobre LTH.

En el plano normativo conviene repasar las previsiones constitucionales y estatutarias sobre esta cuestión, comenzando por la Disposición Adicional Primera CE, que dice así:

“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”.

Desde un primer momento, la doctrina puso de relieve que la Disposición transcrita, puesta en relación con la Derogatoria 2 CE, preserva la imagen de la foralidad tal y como es percibida socialmente. Los derechos históricos no se identifican, por lo tanto, con un haz competencial claramente definido, un inventario de atribuciones rescatado de la historia, sino con la imagen que de ellos tiene la colectividad en cada momento.

Los derechos históricos que la Disposición Adicional Primera CE ampara y respeta, y que son susceptibles de actualización, no se confunden con las potestades concretas históricamente ejercidas por las instituciones vascas porque la evolución de los sistemas forales nos muestra un contenido variable de esas potestades y su modificación a lo largo del tiempo. Pese a ello, sí permanece y tiene continuidad la existencia de un fondo competencial que se traduce en el ejercicio duradero de poderes de carácter jurídico-público en constante renovación y cambio. Por eso, aunque el inventario ha ido alterándose, lo que persiste es la idea o imagen de la foralidad la cual, en la medida que está protegida por la CE y actualizada por el EAPV, se erige en un límite para el legislador ordinario, tanto para el estatal como para el autonómico

En esa misma línea la STC 76/1988, FJ 4, declaró que *“el amparo y respeto de los derechos históricos (...) no puede estimarse como una garantía de toda competencia que pueda legítimamente calificarse de histórica. (...) Lo que la Constitución ha venido a amparar y respetar no es una suma o agregado de potestades, facultades o privilegios (...) susceptibles de ser traducidos en otras tantas competencias de titularidad o ejercicio respaldadas por la Historia. Como resulta de la propia dicción de la Disposición Adicional Primera CE, lo que se viene a garantizar es el régimen foral (...) pero no todos y cada uno de los derechos que históricamente la hayan caracterizado. (...), por definición, la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar. Todo ello en el bien entendido que esa garantía –referida a los Territorios Forales–, si bien no especifica exhaustivamente las competencias históricas que protege (esto es, un haz determinado de competencias concretas), sí alcanza, **como mínimo irreductible, a proteger un régimen de autogobierno territorial con el que quepa reconocer el régimen foral tradicional de los distintos Territorios Históricos. (...) la garantía institucional es desconocida cuando la institución es limitada de tal modo que se le priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre”.***

La identificación de los derechos históricos que integren la mencionada imagen de la foralidad y sean susceptibles de actualización puede exigir una mirada al pasado para comprobar su existencia previa, esto es, la indagación histórica a la que se refirió la STC 11/1984. Sin embargo, en lo que concierne a algunos de ellos y, singularmente, al Concierto Económico y a las potestades normativas tributarias de los Territorios Históricos que implica, la reconstrucción de la institución es relativamente sencilla al haber pervivido el aprobado por el Decreto 2.948/1976, de 26 de noviembre, para Álava. De ahí que la Disposición Transitoria Octava EAPV lo tomara como modelo.

Ahora bien, con la simple constatación histórica de la preexistencia de una institución y de unas potestades normativas en diversas materias no basta para que la actualización de esos derechos históricos quede amparada por la CE. Es necesario, además, su adecuación al nuevo contexto jurídico-constitucional y social en el que la actualización ha de realizarse. No en vano, la Disposición Adicional Primera CE exige que se lleve a cabo *"en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía"*, en nuestro caso el EAPV.

En tal sentido, la citada STC 76/1988, FJ 3, declaró que *"El carácter de norma suprema de la Constitución, a la que están sujetos todos los poderes del Estado (art. 9) y que resulta del ejercicio del poder constitucional del pueblo español, titular de la soberanía nacional, y del que emanan todos los poderes del Estado (art. 1.2) imposibilita el mantenimiento de situaciones jurídicas (aun con una probada tradición) que resulten incompatibles con los mandatos y principios constitucionales"*.

Según la misma STC 76/1988, FJ3, la actualización incide *"(t)anto en las competencias de las Instituciones centrales del Estado, como (en lo que aquí importa) en las de otras entidades territoriales, los territorios forales, cuyos «derechos históricos» habrán de acomodarse o adaptarse al nuevo orden territorial. La actualización, por tanto, y como la Constitución dispone, ha de llevarse a cabo también en el marco de los Estatutos de Autonomía, y ello puede suponer (contrariamente a lo señalado por los recurrentes) que determinados derechos históricos incompatibles con el hecho autonómico deban suprimirse, o que deban atribuirse a unos nuevos sujetos, las Comunidades Autónomas, aquellos que resulten imprescindibles para su misma configuración o funcionamiento"*.

Queda claro de esa manera que la inserción de los derechos históricos en el sistema constitucional y autonómico, incide en la autonomía de las instituciones forales que queda matizada por la integración de éstas en una estructura más amplia y englobante como es la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Sobre ese extremo la STC 76/1988 precisó que *"(El Estatuto de Autonomía) se configura como la norma fundacional de la Comunidad Autónoma del País Vasco, norma que integrando en una organización política superior a tres Territorios Históricos que ya disfrutaban de un régimen foral de autogobierno, reconoce a la nueva organización política unas competencias, cuyo ejercicio deberá corresponder en unos casos a unas instituciones comunes de nueva creación, y en otros, a los órganos de poder de dichos Territorios"*.

“(La reestructuración operada por el Estatuto hace que) “el fondo de competencias de raíz histórica (...) pasa a ejercerse en dos niveles diferentes: Uno, común, por parte de las Instituciones Comunes, habida cuenta de su naturaleza y funciones en la Comunidad Autónoma; y otro, no centralizado, sustentado en los órganos de poder tradicionales de cada uno de los Territorios Históricos (...). Así se explica que las Instituciones Comunes del País Vasco hayan recibido del Estatuto de Autonomía funciones en materias directamente vinculadas al régimen foral (como son los conciertos económicos), y, viceversa, que el Estatuto haya posibilitado la asunción por los órganos forales de los Territorios Históricos de diversas competencias sin necesaria relación con su ejercicio histórico –art. 37,3, f) EAPV”.

Manifestación clara y fundamental de la reestructuración que conlleva la actualización estatutaria es la asunción por la Comunidad Autónoma de competencias que históricamente habían ejercido los órganos forales como, por ejemplo, las de educación y policía (artículos 16 y 17 EAPV). También lo es, como recalca la sentencia que venimos siguiendo, la disciplina del artículo 41 EAPV en la que se ha operado una adecuación de los elementos definitorios del Concierto Económico a la realidad del Estado autonómico. Una de sus consecuencias es la participación obligada del Gobierno Vasco en la negociación y acuerdo del propio Concierto y, otra, que cuando los órganos forales ejerzan la competencia para *“mantener, establecer y regular, dentro de su territorio, el régimen tributario”* lo han de hacer *“atendiendo a la estructura impositiva del Estado”* y *“a las normas que para la coordinación, armonización fiscal y colaboración con el Estado se contengan en el Concierto, y las que dicte el Parlamento Vasco para idénticas finalidades dentro de la Comunidad Autónoma”*.

La transformación que ello ha supuesto de la imagen tradicional del Concierto Económico y de la mencionada potestad foral pudiera haber topado con el aparente obstáculo que representa la literalidad del artículo 37.2 EAPV, en cuya virtud, *“lo dispuesto en este Estatuto no supondrá alteración alguna de la naturaleza del régimen foral específico o de las competencias de los regímenes privativos de cada Territorio Histórico”*. La rotundidad de esa previsión estatutaria, dirigida a reforzar la garantía de la imagen de la foralidad, fue matizada por la STC 76/1988, FJ 6, que aclaró que ese precepto no debe entenderse como un impedimento para que el EAPV pudiera establecer *“ninguna limitación del régimen foral históricamente definido y del correspondiente e indeterminado elenco de derechos históricos. Si tal fuera el caso, el Estatuto no podría, evidentemente, llevar a cabo ninguna actualización y resultarían inexplicables cláusulas estatutarias –como las referentes al régimen fiscal- que suponen una clara alteración de la posición histórica de los territorios forales”*.

Ahora bien, lo que el artículo 37.2 EAPV sí viene a establecer, según el Tribunal Constitucional, es que, *“tanto los poderes y atribuciones que se confieren a los nuevos órganos que se crean -las Instituciones comunes- como el reparto competencial que se efectúa en relación con las Instituciones centrales del Estado habrán de entenderse siempre **sin menoscabo de la garantía del régimen foral y las inherentes competencias de los territorios históricos que el mismo Estatuto determina**”*. Se trata pues, -continúa la Sentencia-, *“de una **regla de garantía e interpretación, que coloca en lugar preferente, en cuanto a su respeto y protección, a los regímenes***

forales en su definición estatutaria, tanto frente a las Instituciones comunes del País Vasco como a los poderes centrales del Estado; regímenes forales que el mismo Estatuto precisa en cuanto a cuál sea su contenido esencial, intocable por los poderes autonómicos o estatales".

La doble vertiente sobre la que se proyecta la garantía contenida en el artículo 37.2 EAPV se confirma a lo largo del propio texto estatutario. A ese respecto, advierte el Tribunal que *"el mismo Estatuto, en otras ocasiones, recoge el límite que la garantía foral representa respecto a otras instituciones de la Comunidad Autónoma; así, en su art. 10, apartados 1 y 3, al referirse a determinadas competencias de la Comunidad Autónoma, lo hace «sin perjuicio de las facultades correspondientes a los territorios históricos, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 37 del mismo (Estatuto)», expresión que se repite en el art. 25.1, como límite a los poderes del Parlamento Vasco."*

Prosigue la Sentencia su explicación indicando que *"(e)l contenido de esa garantía foral - que aparece así como punto de referencia obligado para la aplicación e interpretación de las disposiciones del Estatuto de Autonomía, viene expresado en su art. 37, apartados 3 y 4. Y esto se lleva a cabo en forma que en manera alguna puede considerarse «meramente enunciativa» o ejemplificativa, como mantienen los recurrentes. Por el contrario, viene a precisar dos tipos de competencias que corresponden a los territorios históricos:*

a) Competencias exclusivas que derivan directamente del Estatuto: Se trata de las especificadas nominalmente en el apartado 3, subapartados a) a e), y de las comprendidas en el primer inciso del subapartado 1), «todas aquellas que se especifiquen en el presente Estatuto».

b) Competencias que habrán de precisarse a través de la actuación concreta de los poderes de la Comunidad, y que comprenden, tanto competencias exclusivas «que les sean transferidas» [art. 37.3 f)], sin que el Estatuto precise por parte de quién, como «el desarrollo normativo y la ejecución, dentro de su territorio, de las materias que el Parlamento Vasco señale» (art. 37.4).

Aparecen así definidos un núcleo intangible, por prescripción estatutaria, del contenido del régimen foral -y que resulta por tanto ser el mínimo sin el que desaparecería la misma imagen de la foralidad- y, además, un ámbito de expansión de ese régimen, que se hace depender de la actuación de otros órganos. Se contempla pues la posibilidad de transferencia o atribución de competencias adicionales al núcleo de la foralidad, competencias que pueden derivar, bien del Estatuto de Autonomía, bien de los procedimientos previstos en el art. 150.1 y 2 de la Constitución."

Las SSTC 86/1988, de 3 de mayo, 214/1989, de 21 de diciembre, y 140/1990, de 20 de septiembre, limitaron el alcance de las normas básicas estatales con respecto al régimen local y la función pública. Más tarde la 159/1993, de 6 de mayo (F J 6), insistió en la tesis de la garantía institucional y en el carácter instrumental que puede darse en ocasiones a la indagación histórica para contribuir a solucionar conflictos competenciales y reiteró que su uso es inadmisibile si con ello se pretende sustituir o desplazar los

mandatos legales que actualicen el régimen foral, como ya había dicho la STC 11/1984, de 2 de febrero. Por eso, aunque admitió que los Cuerpos de Miñones, Forales y Mikeletes tuvieron históricamente otras funciones además de las de representación, protección y custodia que les encomienda el artículo 17.5 EAPV, el Tribunal concluye que los términos de este precepto impiden su actualización por el legislador vasco.

Por su parte, la STC 132/1998, de 18 de junio, FJ 6, precisó, con respecto a las carreteras, que *"es una competencia que corresponde a los Territorios Históricos, no a las Instituciones comunes de la Comunidad Autónoma. La competencia en materia de carreteras de las Instituciones comunes de la Comunidad Autónoma es, pues, distinta de la que corresponde a otras Comunidades Autónomas, precisamente a causa de los derechos históricos de las Diputaciones forales. Derechos que, en materia de carreteras, han sido actualizados por el núm. 34 del art. 10 del E.A.P.V., en relación con su art. 37.1 f), en atención a que el régimen foral se encuentra garantizado por la Constitución (SSTC 11/1984, fundamentos jurídicos 4.º y 5.º, y 76/1988)."*

En estas largas pero obligadas citas a la doctrina del Tribunal Constitucional se aprecia la tensión entre los elementos históricos tradicionales y los creados por el EAPV de acuerdo con la Disposición Adicional Primera CE a fin de que la actualización del régimen foral se hiciera en el "marco" de la CE y de los Estatutos de Autonomía. También se constata cómo la garantía institucional de la foralidad impone una interpretación de esa tensión a la luz de la cláusula de contenida en el artículo 37. 2 EAPV.

Una vez conocidos los límites de la actualización y el necesario acomodo de las competencias forales tradicionales al nuevo escenario constitucional y estatutario, estamos en condiciones de examinar la incidencia que ha de tener en las normas mediante las que se materializa la potestad tributaria foral.

2. La potestad tributaria de los Territorios Históricos actualizada estatutariamente [artículos 41.2 a) y 35.1 EAPV] se hace efectiva a través de una fuente normativa que satisface los principios constitucionales de legalidad y reserva de ley (artículos 133.1 y 31.3 CE), y que se elabora y aprueba por órganos representativos de carácter parlamentario ordenándose inmediatamente al EAPV y a la CE

En coherencia con la obligada actualización de los derechos históricos en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía, el preámbulo de la LO 1/2010 fundamenta la equiparación procesal de las normas forales fiscales a la propia de las leyes atendiendo a las previsiones del EAPV.

El primero de los preceptos citados es el artículo 3 EAPV en cuya virtud:

"Cada uno de los Territorios Históricos que integran el País Vasco podrán, en el seno del mismo, conservar o, en su caso, restablecer y actualizar su organización e instituciones privativas de autogobierno."

El siguiente es el artículo 24. 2 que, establece que:

"Los Territorios Históricos conservarán y organizarán sus Instituciones forales de conformidad a lo dispuesto en el artículo 3 del presente Estatuto."

Por su parte, el artículo 25.1 EAPV determina:

*"1. El Parlamento Vasco ejerce la potestad legislativa, aprueba sus presupuestos e impulsa y controla la acción del Gobierno Vasco, **todo ello sin perjuicio de las competencias de las Instituciones a que se refiere el artículo 37 del presente Estatuto.**"*

El artículo 37 EAPV dice lo siguiente:

"1. Los órganos forales de los Territorios Históricos se regirán por el régimen jurídico privativo de cada uno de ellos.

2. Lo dispuesto en el presente Estatuto no supondrá alteración de la naturaleza del régimen foral específico o de las competencias de los regímenes privativos de cada Territorio Histórico.

3. En todo caso tendrán competencias exclusivas dentro de sus respectivos territorios en las siguientes materias:

- a) Organización, régimen y funcionamiento de sus propias instituciones.*
- b) Elaboración y aprobación de sus presupuestos.*
- c) Demarcaciones territoriales de ámbito supramunicipal que no excedan los límites provinciales.*
- d) Régimen de los bienes provinciales y municipales, tanto de dominio público como patrimoniales o de propios y comunales.*
- e) Régimen electoral municipal.*
- f) Todas aquéllas que se especifiquen en el presente Estatuto o que les sean transferidas.*

4. Les corresponderá, asimismo, el desarrollo normativo y la ejecución, dentro de su territorio, en las materias que el Parlamento Vasco señale.

5. Para la elección de los órganos representativos de los Territorios Históricos se atenderá a criterios de sufragio universal, libre, directo secreto y de representación proporcional, con circunscripciones electorales que procuren una representación adecuada de todas las zonas de cada territorio."

Por último, el artículo 41 1 y 2 a) EAPV dice así:

"1. Las relaciones de orden tributario entre el Estado y el País Vasco vendrán reguladas mediante el sistema foral tradicional de Concierto Económico o Convenios.

2. El contenido del régimen de Concierto respetará y se acomodará a los siguientes principios y bases:

a) *Las instituciones competentes de los Territorios Históricos **podrán mantener, establecer y regular, dentro de su Territorio, el régimen tributario** atendiendo a la estructura impositiva del Estado, a las normas que para la coordinación, armonización fiscal y colaboración con el Estado se contengan en el propio Concierto, y las que dicte el Parlamento Vasco para idénticas finalidades dentro de la Comunidad Autónoma. El Concierto de aprobará por Ley.*"

La secuencia de los artículos transcritos y, en particular, el contraste entre el 25.1 *in fine* EAPV y el 41.2 a) EAPV permiten llegar fácilmente a la conclusión de que una de las competencias a las que se refiere la salvedad que hace el primero es, precisamente, la contemplada en el artículo 41.2 a) EAPV. De esa correlación, se desprende, también, que tratándose de una competencia que comporta nada menos que "*mantener, establecer y regular*" su "*régimen tributario*" **las normas** a través de las que se ejerza y los **órganos** llamados a elaborarlas y aprobarlas han de cumplir los **requisitos constitucionales que derivan de los artículos 31.3 y 133.1 CE** y, consecuentemente, aquellas han de gozar de una garantía jurisdiccional acorde con su función, equiparable a la de la ley.

Es cierto que ninguno de los dos preceptos estatutarios menciona la palabra ley, salvo el inciso final del 41.2 a) EAPV, que la exige para la aprobación del Concierto, y la alusión a la potestad legislativa del Parlamento Vasco del 25.1. EAPV. Pero no lo es menos, que cuando este enuncia el "*sin perjuicio*" solo puede hacerlo con respecto a dicha potestad legislativa pues no es pensable que se refiera ni a la aprobación de los presupuestos ni al impulso y control de la acción del Gobierno Vasco.

Del mismo modo, la apelación del artículo 41.2 a) EAPV a las "*(i)nstituciones competentes de los Territorios Históricos*" **presupone que estos son titulares de la repetida potestad**. En cuanto a la configuración y funcionamiento de esas instituciones, el artículo 37.1 EAPV establece que "*(l)os órganos forales de los Territorios Históricos se regirán por el régimen jurídico privativo de cada uno de ellos*". El apartado 3, a), b) y f) del mismo precepto lo confirma al determinar que son competencias exclusivas de cada Territorio la "*(o)rganización, régimen y funcionamiento de sus propias instituciones*", la "*(e)laboración y aprobación de sus presupuestos*" y "*(t)odas aquéllas que se especifiquen en el presente Estatuto*" [como las del artículo 41.2 a) EAPV]. Por fin, el apartado 5 de este mismo artículo establece una importante matización al apartado 1 empleando una fórmula traída del artículo 152.1 CE para las Comunidades Autónomas constituidas conforme al procedimiento del artículo 151 CE. Así, determina que "*(p)ara la elección de los órganos representativos de los Territorios Históricos se atenderá a criterios de sufragio universal, libre, directo secreto y de representación proporcional, con circunscripciones electorales que procuren una representación adecuada de todas las zonas de cada territorio*"

La previsión del **artículo 37.5 EAPV** supone una modulación significativa de uno de los derechos históricos más elementales, como es el de autoorganización, que se explica en

el afán de **garantizar que las instituciones forales competentes** a las que se refiere el artículo 41.2 a) EAPV **estén organizadas y desarrollen su función normativa fiscal de acuerdo con el modelo parlamentario**. Una necesidad que ya había advertido el constituyente con respecto a las Comunidades Autónomas en aplicación de un principio de homogeneidad institucional (artículo 152.1 CE) inspirado en el sistema de gobierno parlamentario que adopta la CE (artículo 1.3 CE). La finalidad en ambos casos es **que la regulación de materias reservadas a la ley, entre las que se hallan las tributarias** (SSTC 37/1981, 6/1983, 179/1985, 19/1987, 185/1995 y 233/1999, entre otras), **se acometa por órganos de naturaleza representativa y estructura parlamentaria**. Solo así se satisface la finalidad última de la referida reserva de ley que es, como recordó la STC 233/1999 de 16 de diciembre, FJ 9, invocando las SSTC 19/1987 y 185/1995, *"garantizar la «autoimposición de la comunidad sobre sí misma» y, en última instancia, «proteger la libertad patrimonial y personal del ciudadano»*. De ahí la actual configuración actual de las **Juntas Generales de cada uno de los Territorios Históricos que adoptan el modelo parlamentario basado en el sufragio universal, el debate público, la garantía del pluralismo y de la función de oposición, tanto en cuanto a su organización como al procedimiento de enmienda, debate y aprobación de las normas forales fiscales**.

Es sabido que la reserva de ley en materia tributaria no es absoluta sino relativa y que resulta admisible la colaboración del reglamento, siempre que *"sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley"* y siempre que la colaboración se produzca *"en términos de subordinación, desarrollo y complementariedad"* (entre otras, SSTC 37/1981, 6/1983, 79/1985, 60/1986, 19/1987, 99/1987)". Ahora bien, tal colaboración requiere inexcusablemente que *"los criterios o principios que han de regir la materia deben contenerse en una ley"* habida cuenta que *"la determinación de los elementos esenciales o configuradores del mismo"* -el tributo- *debe llevarse a cabo mediante ley*" [STC 185/1995 (FJ 3)]. Por eso, no es posible asimilar la función de las normas forales fiscales a los simples reglamentos. Al contrario, *"mantener, establecer y regular el régimen tributario"* propio de cada Territorio Histórico, da a la competencia foral un contenido equivalente al reservado a las leyes y confiere a las Juntas Generales, cámaras representativas elegidas por sufragio universal, una libertad de configuración de gran amplitud. El preámbulo de la LO 1/2010 lo advierte, reiterando la doctrina jurisprudencial, ordinaria y constitucional (STS de 3 de mayo de 2001 y 9 de diciembre de 2004 y SSTC 255/2004 y 295/2006), conforme a la cual, las normas forales fiscales vascas no desarrollan ni complementan ley alguna sino que, dentro de los márgenes que define el artículo 41.2 a) EAPV y respetando, de acuerdo con este, lo dispuesto en la Ley 12/2002, de 23 de mayo, por la que se aprueba el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco (Ley del Concierto), regulan los tributos concertados de manera idéntica a como lo pueden hacer las leyes forales navarras o, en su ámbito, las leyes de otras Comunidades Autónomas, subordinándose directamente a la CE y al EAPV. Son, por tanto, lo que la doctrina denomina "normas primarias" y, como tales, han de ser protegidas.

3. Según el Tribunal Supremo, las normas forales fiscales son la expresión de una potestad normativa de nuevo cuño que ejercen las Juntas Generales en su condición de órgano legislativo foral y satisfacen la reserva de ley en materia tributaria. También ha declarado que ha asumido su control en tanto este no se residenciase expresamente en el Tribunal Constitucional a través de la modificación de la LOTC.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre las normas forales fiscales revela la dificultad de salvar la contradicción que implica predicar de las mismas la capacidad de cumplir con la reserva de ley y, al mismo tiempo, tener que sostener que tienen un rango reglamentario porque, de otro modo, quedarían exentas de control jurisdiccional.

Así, la STS de 3 de mayo de 2001 (Sala Tercera, Sección Segunda), el Alto Tribunal sostuvo (F. J. 11º) que la LTH reconoce a los Territorios Históricos una **"potestad normativa de nuevo cuño"** en las materias de su exclusiva competencia, *"que...se distingue de la mera potestad reglamentaria"* y se expresa a través de las Normas Forales de las Juntas Generales, que ocupan *"el primer puesto en la jerarquía interna de cada ordenamiento foral"*. Y *"si bien...tienen una naturaleza reglamentaria (pues las Leyes de la Comunidad Autónoma Vasca emanan sólo de su Parlamento) su posición en el ordenamiento general es singular, pues se ordenan directamente al Estatuto de 1979 y a la Constitución sin intermedio de Ley alguna, ni estatal ni autonómica (dentro del respeto al régimen de concierto con el Estado)"*. A través de estas Normas Forales, las Juntas Generales disfrutaban de *"la plena capacidad para realizar lo mismo que la Ley tributaria estatal"*, es, pues, *"equiparable dicha capacidad normativa de los Territorios Históricos, en el ámbito de sus competencias a la del legislador estatal"*.

Por su lado, la Sentencia de 9 de diciembre de 2004 (Sala Tercera, Sección Segunda), rechaza de plano la catalogación de las normas forales fiscales como reglamentos autónomos arguyendo que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional (STC 5/1982), en el sistema establecido por la CE no cabe la reserva reglamentaria y que además el Tribunal Supremo viene asegurando la subordinación de las normas forales fiscales a las leyes. Sin embargo, un poco más adelante, el Alto Tribunal reconoce que *"La capacidad normativa de dichos Territorios se ejerce en el marco de la Constitución y de la Ley, aunque los límites definidos por ésta sean, en ocasiones, extraordinariamente amplios e implique, de hecho, una deslegalización en materia tributaria que ha resultado posible por la citada Disposición Adicional Primera de la Norma Fundamental"* (Fundamento de Derecho 3 a).

Más adelante la STS citada advierte que **"en tanto no se produzca una reforma de la Ley Orgánica del Tribunal que permita residenciar ante este Tribunal la impugnación de las Normas Forales, el producto normativo de las Juntas Generales, de carácter reglamentario, ha de estar sometido a los controles de constitucionalidad y de legalidad de la Jurisdicción-Contencioso-Administrativa, haciendo efectiva las**

exigencias de tutela judicial (artículo 24.1 CE) y de sometimiento a Derecho de los poderes públicos". A esta aclaración se acompaña otra que resalta la "modulación del principio de reserva de ley" que inevitablemente hay que hacer ya que, "**la exigencia de subordinación y de complementariedad del Reglamento con respecto a la Ley, no se exige en relación con las normas reglamentarias que dictan las Juntas Generales en los mismos términos que se establecen con carácter general para dicha clase de normas en el ámbito tributario**". La STS que seguimos acaba precisando que "el principio de reserva de ley establecido en el artículo 31.3 CE resulta matizado para los Territorios Forales a los que el artículo 8.1 LTH reconoce, en las materias que son de su competencia exclusiva una potestad normativa sui generis ejercida mediante las Normas Forales de que se trata" (Fundamento de Derecho noveno).

Reiterando lo indicado con anterioridad, es llamativo que la jurisprudencia comentada se haya producido tras la entrada en vigor de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, cuya Disposición Adicional Primera sólo incluye en el ámbito de la misma "los actos y disposiciones en materia de personal y gestión patrimonial sujetos al derecho público adoptados por los órganos competentes de las Juntas Generales de los Territorios Históricos" con clara exclusión de los demás actos y disposiciones entre las que destacan las normas forales fiscales. Una Disposición que, insistimos, no ha dado lugar al planteamiento de ninguna cuestión de inconstitucionalidad sino que se ha interpretado como si la mencionada exclusión no hubiera existido.

Sea como fuere, la jurisprudencia ordinaria sobre las normas forales fiscales expuesta se completa con la STS 9 de diciembre de 2009, FJ 3, en la que el Alto Tribunal dice que, "(r)econocida potestad tributaria a las autoridades de los Territorios Históricos Vascos, la naturaleza de las Normas Forales ha suscitado una gran controversia, estando sometido el producto normativo de las Juntas Generales, **por la falta de una previsión expresa en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que permita residenciar ante este Tribunal la impugnación de las Normas Forales**, al control de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para hacer efectivas las exigencias de tutela judicial art. 24.1 CE) y de sometimiento a Derecho de los poderes públicos." A renglón seguido, el Tribunal Supremo, hace una importante aclaración, señalando que "esta circunstancia no puede ser determinante para aplicar a las Juntas Generales lo previsto en el art. 44 de la Ley de la Jurisdicción, porque no son Administración Pública cuando actúan su potestad normativa regulando el régimen tributario. El referido precepto contempla los litigios entre Administraciones Públicas, no entre una Administración Pública y **el órgano legislativo foral competente**, por lo que el plazo de impugnación debe computarse, tratándose de impugnación de Normas Forales de las Juntas Generales, desde la publicación en el Boletín Oficial correspondiente.

El repaso que se ha hecho de la jurisprudencia del Tribunal Supremo muestra con claridad una grave contradicción con la mantenida por el Tribunal Constitucional sobre la reserva de ley en materia tributaria. En efecto, tras afirmar que son la expresión de una potestad normativa de nuevo cuño y distinta de la meramente reglamentaria, el Tribunal Supremo primero dice que las normas forales fiscales tienen naturaleza reglamentaria y, luego, admite que pueden regular algunas materias reservadas a la ley para, a

continuación, sostener que eso no supone la quiebra de ningún principio constitucional y apelar, finalmente, a su posible control por el Tribunal Constitucional si se reforma en tal sentido la LOTC. Por otra parte, esa misma jurisprudencia se refiere al control de legalidad de las normas forales fiscales matizando que no es idéntico al que se realiza sobre otras normas subordinadas a la ley. La razón estriba en que las normas forales no son en puridad el complemento indispensable de otras leyes, función característica de los reglamentos, sino que su relación con la ley, en especial con la Ley del Concierto Económico, es de una naturaleza distinta a la de un simple reglamento ya que no la complementa ni desarrolla.

En definitiva, la jurisprudencia del **Tribunal Supremo califica a las normas forales fiscales de reglamentarias pero las caracteriza como si fueran las leyes**, tanto en lo que hace al cumplimiento de la reserva de ley como a su relación con las normas que integran el bloque de la constitucionalidad. Es decir, asume que aquellas adoptan opciones normativas propias, dentro de los márgenes que ofrece la Ley del Concierto, a la que no complementa ni desarrolla, estando dotadas de libertad de configuración de acuerdo con la voluntad mayoritaria de las Juntas Generales de las que emanan, libertad de la que no goza el normador reglamentario pues es característica y exclusiva del poder legislativo (STC 194/1989).

La contradicción es palmaria pero se ha mantenido invariable hasta la entrada en vigor de la LO 1/2010 porque, según dijo la STS de 9 de diciembre de 2004 y luego reiteró la de 9 de diciembre de 2009, "**en tanto no se produzca una reforma de la Ley Orgánica del Tribunal que permita residenciar ante este Tribunal la impugnación de las Normas Forales**" las normas forales fiscales quedarían exentas de control. Es de suponer que el Tribunal Supremo no hizo esta aclaración gratuitamente sino en la idea de que esa era la vía para resolver la contradicción en la que se había encontrado hasta entonces.

En efecto, la solución no está en someter a **las normas forales fiscales** al régimen impugnatorio de los reglamentos administrativos sino que, en coherencia, con su función, la naturaleza representativa y la organización y funcionamiento con arreglo al modelo parlamentario y al principio de publicidad de las Juntas Generales que las aprueban y su directa ordenación a la CE y el EAPV, **deben gozar de la protección jurisdiccional que la CE y la LOTC dan a las normas que reúnen esas características**. Así lo demanda la coherencia del sistema considerado en su conjunto a la luz de los principios constitucionales, el marco de la Constitución y el EAPV conforme al que ha de realizarse la actualización de los derechos históricos. No está de más, por ello, traer a colación el principio de la unidad de la Constitución (K. HESSE) como criterio interpretativo que ha de servir para superar contradicciones como la que nos ocupa y de la que se hace eco el preámbulo de la Ley 1/2010. Un principio que late en la STC 137/1986, FJ 3, en la que el Tribunal Constitucional declaró que "*la unidad de la Constitución (no) toleraría que una de sus disposiciones... se desvirtuase íntegramente por lo establecido en otra*" que es lo que sucedería si, atendiendo a lo defendido por los recurrentes y admitido parcialmente por el Abogado del Estado, se antepusiera una lectura rígida del artículo 106.1 CE ("*Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria*") a la garantía de la foralidad y a la actualización conforme a ella prevista en la Disposición Adicional Primera CE de uno de

los elementos esenciales del Concierto Económico como es la competencia foral para mantener, establecer y regular su régimen tributario.

IV. LOS ARGUMENTOS EMPLEADOS PARA SOSTENER LA ASIMILACIÓN DE LAS NORMAS FORALES FISCALES A LOS REGLAMENTOS A EFECTOS DE SU CONTROL JURISDICCIONAL CARECEN DE CONSISTENCIA

En epígrafes anteriores se han expuesto argumentos normativos y jurisprudenciales que impiden asimilar las normas forales fiscales a los simples reglamentos. No obstante, quedan algunos aspectos que despejar y es necesario salir al paso de ciertas opiniones esgrimidas por el Abogado del Estado que, lejos de orientarse a la defensa de la constitucionalidad de la ley enjuiciada, parecen poner en duda su ajuste a la CE. La Diputación Foral de Bizkaia discrepa radicalmente de esas consideraciones y entiende que, atendiendo estrictamente a la disciplina constitucional y estatutaria de la garantía de la foralidad, a la actualización de los derechos históricos y a la jurisprudencia constitucional, existe un apoyo sólido a las reformas efectuadas por la LO 1/2010.

1. El artículo 6.2 LTH no puede atribuir ni negar rango formal a ninguna fuente del derecho

Es un lugar común argumentar la naturaleza reglamentaria de las normas forales fiscales acudiendo al artículo 6.2 LTH que establece que "*(e)n todo caso, la facultad de dictar normas con rango de Ley corresponde en exclusiva al Parlamento*". Tal proclamación constituye, según algunos, una mera constatación obligada por la lógica jurídica ya que, de acuerdo con el artículo 152.1 CE y 25.1 EAPV, en la Comunidad Autónoma del País Vasco el poder legislativo reside en exclusiva en el Parlamento Vasco.

Hay que reconocer que ningún artículo del EAPV dice expresamente que las Instituciones Forales puedan aprobar normas con rango de ley pero, es un hecho igualmente indiscutible que no contiene prohibición directa o indirecta alguna del tenor del artículo 6.2 LTH. Tampoco admite réplica que el artículo 41.2 a) EAPV contempla un tipo normativo singular que cumple la misma función que la ley en el ordenamiento estatal. Lo mismo ocurre con la regulación de otras materias de la competencia de los Territorios Históricos (organización institucional y carreteras, por ejemplo) que, también, está reservada a la ley. Todo ello determina que las normas forales fiscales presenten unas singularidades de tal entidad (por la materia regulada, su relación con el bloque de la constitucionalidad y su forma de producción) que impidan su asimilación a los simples reglamentos a efectos de su control jurisdiccional y que, cuando los tribunales han acordado someterlas a control judicial hayan matizado, una y otra vez, ha sido ante la inexistencia de una previsión expresa que permitiera su conocimiento por el Tribunal Constitucional.

Más atrás reproducimos el artículo 25.1 EAPV en el que se dice que "*(e)l Parlamento Vasco ejerce la potestad legislativa (...) sin perjuicio de las competencias de las instituciones a que se refiere el artículo 37 del presente Estatuto*". Esta salvedad es llamativa por el lugar en el que se hace, ya que la distribución de competencias entre las instituciones comunes y forales se aborda de manera específica en el artículo 37 EAPV,

situado en el Capítulo IV (De las Instituciones de los Territorios Históricos) del Título II (De los poderes del País Vasco), sin perjuicio de las menciones que se hacen en el Título I EAPV (De las competencias del País Vasco) y de las que contiene el artículo 24.2 EAPV que abre el Capítulo Preliminar, sin rúbrica, de ese mismo Título II, al que pertenece el propio artículo 25 EAPV.

Decimos que el inciso que comentamos es llamativo porque **lo lógico hubiera sido que la salvaguardia de las competencias forales se hubiera hecho en bloque, al hablar de su reparto interno, y no en el precepto que atribuye la potestad legislativa al Parlamento Vasco**. Lo que en cualquier caso queda en evidencia es que cuando este ejerza esa potestad ha de observar las competencias forales, todas ellas, incluso aquellas que por su contenido material (las ya citadas sobre organización institucional y carreteras) requerirían de una norma con rango de ley por imperativo de los principios de legalidad y de reserva de ley. Pero en los supuestos citados y, desde luego, en la materia tributaria concertada, serán las instituciones competentes de los Territorios Históricos las que, como dice el artículo 41.2 a) EAPV, habrán de aprobar las normas forales fiscales correspondientes sin perjuicio de que, en virtud de ese mismo precepto, el Parlamento Vasco pueda emanar leyes dirigidas a la coordinación, armonización y colaboración fiscal que aquellas habrán de respetar.

A la vista de las consideraciones precedentes, es obvio que el recurso al artículo 6.2 LTH como argumento de autoridad para sostener el carácter reglamentario de las normas forales fiscales carece de entidad. Si se reconociese a la LTH la virtualidad necesaria para ordenar la atribución de potestades legislativas se estaría afirmando, no sabemos con qué fundamento, que el Parlamento Vasco dispone de la competencia para determinar en cada momento el rango formal de las normas emanadas de las Instituciones privativas de los Territorios Históricos. Incluso para el ejercicio de las competencias exclusivas, lo que el Tribunal Constitucional denominó "*núcleo intangible de la foralidad*" (STC 76/1988), pudiendo decidir si ese rango es el legal o el reglamentario según su particular criterio. De admitirse lo anterior, habría que aceptar igualmente que en una hipotética modificación del artículo 6.2 LTH el legislador vasco dijera que las normas forales fiscales son leyes, con lo que se acabaría la discusión sobre este asunto.

Todo indica, sin embargo, que ni siquiera la LTH puede acometer una tarea de esa naturaleza aun cuando, ciertamente, cumple una función cuasi-estatutaria en la articulación del ordenamiento de la Comunidad Autónoma con los de los Territorios Históricos y, de manera especial, en el orden económico-financiero. No está de más recordar en este punto que la STC 5/1982, FJ 2 afirmó tajantemente que "*es obvio, una Ley ordinaria no vincula al legislador futuro*" y añadió que las leyes que señalan el contenido de otras posteriores tienen la condición de meras orientaciones o recomendaciones que éstas podrán seguir o no sin que ello afecte en nada a su validez.

Existe, además, un obstáculo de orden competencial que precede a todo lo dicho ya que no ha de pasarse por alto que, según el artículo 149.1.8º CE, el Estado tiene competencia exclusiva sobre "*las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas (...) y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto (...) a las normas de derecho foral o especial*". Excede, por lo tanto, de las atribuciones del Parlamento Vasco conferir o negar el rango formal de ley a las normas forales fiscales. Sólo una ley

estatal, como la LO 1/2010, puede hacerlo respetando las mencionadas normas de derecho foral o especial y, en última instancia, los derechos históricos que la Disposición Adicional Primera CE reconoce y ampara. Gracias a ella se puso fin a la discordancia existente entre la general admisión de que las normas forales fiscales puedan regular cuestiones sometidas a estricta reserva de ley con la misma libertad de configuración que ésta y la falta de una previsión expresa en la LOTC que le diera la protección jurisdiccional del Tribunal Constitucional que garantiza su función normativa.

2. La jurisprudencia constitucional describe una situación dada y refuerza la singularidad de las normas forales fiscales

La STC 255/2004, de 23 de diciembre, FJ 2, declaró que *"las normas que regulan el sistema tributario de cada territorio histórico son normas que no emanan del Parlamento vasco, sino de las Juntas Generales de cada uno de los territorios históricos, a quienes corresponde "[l]a exacción, gestión, liquidación, inspección, revisión y recaudación de los tributos que integran el sistema tributario de los Territorios Históricos" (art. 2.2 de la Ley 12/1981). Se trata, pues, de disposiciones normativas que, aunque no tienen naturaleza de meros reglamentos de ejecución de la Ley estatal, carecen de rango de ley y, en esta medida, como acertadamente señala el Abogado del Estado, no pueden ser objeto de una cuestión de inconstitucionalidad (arts. 163 CE y 35.1 LOTC)."*

Más adelante, la misma sentencia dijo que *"aun cuando las normas forales son controlables por la jurisdicción contencioso-administrativa, dado que, en este caso, no hace sino reproducir textualmente la normativa estatal por expresa exigencia del art. 7.6 de la Ley 12/1981, de 13 de mayo, la infracción constitucional que pudiera imputarse a aquéllas ha de entenderse incluida en la norma estatal, respecto de la cual sí puede plantearse cuestión de inconstitucionalidad al tratarse de una disposición con rango de ley"* (FJ 2). La STC 295/2006, de 11 de octubre, FJ 3, reprodujo estas mismas apreciaciones.

De acuerdo con estos pronunciamientos:

- 1º.- Las normas forales fiscales carecen de rango de ley.
- 2º.- No tienen la naturaleza de meros reglamentos de ejecución de la ley estatal.
- 3º.- Son controlables por los tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.
- 4º.- En la medida que las normas forales fiscales reproduzcan textualmente la ley estatal, puede plantearse respecto de ellas la cuestión de inconstitucionalidad.

Lo primero que hay que decir de estas aseveraciones es que se formularon, como es natural, atendiendo a la situación en la que se encontraba el ordenamiento en aquél momento, esto es, con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 1/2010 en la que ya sabemos que el Tribunal Supremo asumía el conocimiento de las normas forales fiscales para que no quedaran exentas de control jurisdiccional.

En segundo lugar, el Tribunal Constitucional no afirma en ningún momento que las normas forales fiscales sean reglamentos. Lo que dice exactamente, tras reconocer que las normas que regulan el sistema tributario de cada Territorio Histórico tienen su fundamento en la Disposición Adicional Primera CE y en el artículo 41.2 a) EAPV, es que son disposiciones normativas y que, aunque no tienen la naturaleza de meros reglamentos de ejecución de la ley estatal, carecen de rango de ley. Nuevamente, pero esta vez **el supremo intérprete de la Constitución, sitúa a las normas forales en un incierto lugar del ordenamiento a través de enunciados negativos** que no aclaran cuál es su genuina naturaleza jurídica ni, lo que es más importante para la cuestión ahora debatida, se precise si es posible o no darles la protección jurisdiccional de la que gozan las leyes y otros actos con rango o fuerza de ley. Pregunta esta última a la que el Tribunal, obviamente, no tenía que contestar pues no era objeto directo del debate procesal habido entonces.

En tercer lugar, la especial naturaleza de las normas forales fiscales se corrobora en ambas SSTC con la posibilidad que se abre a que puedan ser objeto de la cuestión de inconstitucionalidad reservada por el artículo 163 CE a las normas con rango de ley.

En definitiva, las SSTC 255/2004 y 295/2006 no abordan frontalmente el problema que nos ocupa. Tan solo describen una situación distinta de la que en estos momentos existe y abonan suficientes elementos para que se pueda dar a las normas forales fiscales un tratamiento procesal distinto al de cualquier reglamento.

3. Alusión del Preámbulo de la LO 1/2010 a la naturaleza reglamentaria de las normas forales fiscales

Todos los recursos de inconstitucionalidad y, también el Abogado del Estado, mencionan el cuarto párrafo del Preámbulo de la LO 1/2010 en el que se dice que las normas forales tienen naturaleza reglamentaria. Con esa cita entienden confirmada su tesis, como si de una confesión se tratara, cuando la verdad es que en ese pasaje únicamente se deja constancia de una situación de hecho derivada del ya comentado artículo 6.2 LTH. Si se lee en su conjunto, el Preámbulo es inequívoco en cuanto a la expresión de las singularidades de las normas forales fiscales, que las asemejan sustancialmente a las leyes, y, sobre todo, expresa con gran energía la voluntad de las Cortes Generales de reservar su **control jurisdiccional exclusivo al Tribunal Constitucional** poniendo fin a una situación incoherente.

4. La potestad de los Territorios Históricos establecer, mantener y regular su régimen tributario es sustancialmente distinta de la que el artículo 131.2 CE reconoce a las Comunidades Autónomas y a las Corporaciones locales

Los recurrentes y el Abogado del Estado pretenden asimilar la autonomía tributaria foral ex artículo 41.2 a) EAPV a la de los entes locales.

Después de lo que a se acaba de exponer sobre el fundamento y el alcance de la autonomía tributaria foral, es fácil refutar ese empeño de desvirtuarla. Además, si acudimos a la STC 233/1999, FFJJ 10 y 22, invocada por el Abogado del Estado,

comprobamos que **en el caso de los Territorios Históricos la atribución de la potestad tributaria con respecto a los impuestos concertados es directa e inmediata**, pues ya aparece configurada en el artículo 41.2 a) EAPV. Sin embargo, la de los entes locales requiere ineludiblemente la *interpositio legislatoris* debido a que, según el Tribunal Constitucional, la intervención habilitante y ordenadora de la ley estatal es obligada (artículos 140 y 133.2 CE).

La STC 233/199, FJ 10, lo expresa con claridad:

*"la autonomía territorial, en lo que a las Corporaciones Locales se refiere, posee también una proyección en el terreno tributario, pues éstas habrán de contar con tributos propios y sobre los mismos **deberá la Ley reconocerles una intervención en su establecimiento o en su exigencia**, según previenen los arts. 140 y 133.2 de la misma Norma fundamental; ello sin perjuicio de que esta autonomía tributaria no sea plena (los tributos propios son sólo una de las varias fuentes de ingresos de las haciendas locales) y de que no aparezca la misma, desde luego, carente de límites, por el mismo carácter derivado del poder tributario de las Corporaciones Locales y porque también respecto de ellas, como no podía ser de otro modo, la autonomía hace referencia a un poder necesariamente limitado (Sentencia 4/1981, de 2 de febrero)» (fundamento jurídico 4; doctrina reiterada en la STC 221/1992, fundamento jurídico 8.)."*

Más adelante, el Tribunal precisa que:

*"como dijimos en la STC 19/1987, aunque los Acuerdos aprobados por el Pleno de la Corporación municipal cumplen la exigencias de autodisposición en el establecimiento de los deberes tributarios que latan en la reserva de ley tributaria, «es claro que **la reserva legal en esta materia** existe también al servicio de otros principios -la **preservación de la unidad del ordenamiento y de una básica igualdad de posición de los contribuyentes**- que, garantizados por la Constitución del modo que dice su artículo 133.2, **no permiten, manifiestamente, presentar al Acuerdo municipal como sustitutivo de la Ley para la adopción de unas decisiones que sólo a ella, porque así lo quiere la Constitución, corresponde expresar**» (fundamento jurídico 4., in fine)."*

Concluye su razonamiento el Tribunal aclarando que **las leyes reclamadas por el artículo 133.2 CE no son**, por lo que a las Corporaciones Locales se refiere, **meramente habilitadoras** para el ejercicio de una potestad tributaria que originariamente sólo corresponde al Estado.

*«son **también Leyes ordenadoras** -siquiera de modo parcial, en mérito de la autonomía de los municipios- de los tributos así calificados de "locales", porque la Constitución encomienda aquí al legislador no sólo el reconocer un ámbito de autonomía al ente territorial, sino también garantizar la reserva legal que ella misma establece (art. 31.3)» (fundamento jurídico 4.)."*

A la vista está que la diferencia entre las competencias tributarias que confiere directamente el artículo 41.2 a) EAPV y las que derivan de los artículos 140 a 142 CE no es de grado, sino que unas y otras se sitúan en órbitas totalmente distintas. Mientras las de los Territorios Históricos sobre tributos concertados cubren el espacio de la reserva de ley y los ordenan respetando los principios del propio artículo 41.2 a) EAPV que luego desarrolla la Ley del Concierto, las Corporaciones Locales necesitan no solo habilitación sino, también, ordenación de modo tal que no es constitucionalmente posible *“presentar al Acuerdo municipal como sustitutivo de la Ley”*. Algo muy distinto de lo que, como se ha visto, sucede con las normas forales fiscales. Estas no precisan de habilitación legal porque ya cuentan con la estatutaria y cuentan con capacidad ordenadora de sus tributos.

La **TITULARIDAD** de las competencias tributarias forales **tiene su fuente directa e inmediata en el artículo 41.2 a) EAPV**, de acuerdo con la Disposición Adicional Primera CE. Una atribución más que suficiente para que puedan regular los tributos concertados sin necesidad de ninguna habilitación legal adicional. Otra cosa será que, atribuida la titularidad de la competencia por el reiterado precepto estatutario, su **EJERCICIO** haya de atender, en virtud del mismo, *“a la estructura impositiva general del Estado, a las normas que para la coordinación, armonización fiscal y colaboración con el Estado se contengan en el propio Concierto”* (y, también las del Parlamento Vasco) para cuya aprobación es preciso el acuerdo previo de la Comisión Mixta del mismo nombre.

Es decir, el régimen de Concierto Económico **presupone la titularidad de las competencias tributarias forales** por virtud de la Disposición Adicional Primera CE que materializa el artículo 41.2 a) EAPV. Su actualización en el marco de la CE y del propio EAPV determina la necesidad de que su **ejercicio** se ajuste a los principios y límites indicados para satisfacer las exigencias de la reserva de ley en materia tributaria. Estamos, por lo tanto, ante una **fuentes normativa, las normas forales fiscales, que dimana del bloque de la constitucionalidad y que se discute públicamente y se aprueba por los órganos representativos de la comunidad** a la que se aplican, las Juntas Generales de los Territorios Históricos [artículo 37.5, en relación con el 41.2 a) EAPV], a los que la STS de 9 de diciembre no tuvo reparo alguno en llamar *“el órgano legislativo foral competente”*, tal y como requiere el principio de autodisposición de la comunidad sobre los impuestos (STC 185/1995).

Este rasgo, propio de una *“potestad normativa de nuevo cuño”*, es de la máxima importancia para justificar la constitucionalidad de la LO 1/2010.

5. Las normas forales fiscales emanan del EAPV y no complementan ni desarrollan la Ley del Concierto Económico ni las leyes de los impuestos concertados. La relación con ellas se articula con arreglo al principio de competencia

De conformidad con el reparto de atribuciones que establece el reiterado artículo 41.2 a) EAPV, **la relación entre las normas forales fiscales y la ley del Concierto** se rige por el **principio de competencia**, y no por el de jerarquía. Por eso, cuando se suscite el desajuste entre las normas forales fiscales y la Ley del Concierto, por relación con la ley

de un determinado impuesto concertado, habrá de resolverse a través de un **juicio de constitucionalidad sobre el respeto a los ámbitos competenciales respectivos** análogo al que existe entre las leyes autonómicas de desarrollo y las básicas estatales o entre las leyes autonómicas de contenido fiscal y la LOFCA. Sobre esta relación la STC 163/1995, de 8 de noviembre, FJ 6, declaró que, si surgen controversias, *“se debe «determinar si la contradicción es efectiva y si, siéndolo, la norma estatal que sirve como punto de referencia es norma básica y, por tanto, dictada legítimamente al amparo del correspondiente título competencial que la Constitución haya reservado al Estado, en cuyo caso deberá estimarse la pretensión de inconstitucionalidad formulada por inadecuación o no sujeción de la norma autonómica impugnada al orden constitucional de distribución de competencias». Así pues, sea cual fuere la Ley transgresora del orden competencial, ésta habrá de considerarse inconstitucional, aun cuando en el último de los casos mencionados tal inconstitucionalidad sólo pueda tildarse de «mediata o indirecta». Y es que, en este supuesto, en efecto: «La inconstitucionalidad que se denuncia, de llegarse a apreciar, dimanará de la infracción por la Ley autonómica del orden constitucional de distribución de competencias, si bien esa infracción será mediata o indirecta, por cuanto la mediación de la Ley dictada en ejercicio de la competencia que sobre las bases de la materia corresponde al Estado..., permite mantener que la norma autonómica que contradice la Ley básica -material y formal- invade el ámbito de la competencia estatal, incurriendo por ello en un vicio de incompetencia vulnerador del referido orden constitucional de distribución de competencias» (STC 60/1993 y en términos prácticamente idénticos se pronuncian los mismos fundamentos jurídicos de las SSTC 61/1993 y 62/1993)”*.

Cuando las normas forales vulneren la Ley del Concierto Económico, o esta no respete el mandato estatutario, el problema se ha de reconducir, también, a un juicio sobre su respeto a la distribución de competencias, derivado de la infracción por cualquiera de ellas (las normas forales o la Ley del Concierto), de los límites establecidos en el artículo 41.2 a) EAPV. Por lo demás, las normas forales fiscales nunca vulnerarán las leyes estatales de los impuestos correlativos, pues las divergencias que pudieran existir entre unas y otras han de examinarse a la luz de la Ley del Concierto mediante el juicio de adecuación constitucional al que acabamos de referirnos.

En suma, las normas forales fiscales son normas primarias (o, al menos, tanto como lo son las leyes autonómicas) que se ordenan de forma directa e inmediata al EAPV, tal y como lo hacen las leyes del Parlamento Vasco o las forales de Navarra, y su relación con la Ley del Concierto, como las de estas últimas con el Convenio Económico, no se basan en el principio de jerarquía sino en el de competencia. Eso significa que la discusión sobre si una determinada norma foral fiscal respeta los principios establecidos para articular las relaciones entre el sistema tributario estatal y el foral al que aquella pertenezca nunca dará lugar a un juicio de legalidad, como sostiene el Abogado del Estado, sino de pura constitucionalidad.

V. EL RECONOCIMIENTO ESTATUTARIO A LAS NORMAS FORALES FISCALES DE UN ESPACIO REGULATIVO PROPIO INMUNE A LAS LEYES AUTONÓMICAS Y ESTATALES JUSTIFICA LA ATRIBUCIÓN DE SU CONTROL EXCLUSIVO AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EX ARTÍCULO 161.1 D) CE

En respuesta a las objeciones realizadas por los recurrentes a la atribución al Tribunal Constitucional de la competencia para conocer de los recursos y cuestiones prejudiciales que tengan por objeto normas forales fiscales, se han aportado razones, basadas en las normas constitucionales y estatutarias y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, para no considerarlas simples reglamentos. También se ha puesto de manifiesto que su función en nada se diferencia de la de las leyes, ni con respecto a su relación con las normas que integran el bloque de la constitucionalidad ni en cuanto los límites a su contenido, y que son aprobadas por las Juntas Generales elegidas directamente por los ciudadanos, a diferencia del sistema aplicable en las Diputaciones provinciales. Unas instituciones representativas que están organizadas y funcionan como parlamentos. Es decir, reúnen las notas que justifican el privilegiado régimen de justiciabilidad que la CE y la LOTC ofrecen a un reducido catálogo de actos y disposiciones normativas que, de otra forma, serían inmunes a todo control jurisdiccional.

No obstante lo expuesto, la atribución al Tribunal Constitucional de su control jurisdiccional exclusivo a través del uso del artículo 161.1 d) CE ha de hacerse respetando la configuración constitucional del recurso y la cuestión de inconstitucionalidad, tanto en lo que se refiere a los sujetos legitimados para interponer el primero, como al objeto de ambos, el parámetro de control y el contenido y efectos de la sentencia que se dicte. De otro modo, el legislador orgánico desfiguraría unos mecanismos de control que el constituyente ha definido en sus aspectos esenciales, e incurriría en inconstitucionalidad.

Salvado lo anterior, si una ley orgánica, como la LO 1/2010, se atiene a las previsiones constitucionales, nada habrá que objetar sin perjuicio de lo que luego se dirá del efecto que esa solución pudiera tener desde el punto de vista de los artículos 106.1 y 24.1 CE.

Es oportuno, en consecuencia, examinar ambas posibilidades.

1. Inclusión de las normas forales fiscales entre las disposiciones y actos con fuerza de ley del artículo 27 LOTC (STC 139/1988)

En lugar de hablar de leyes nos hemos referido deliberadamente a un catálogo de actos y disposiciones susceptibles de ser objeto del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad porque la CE no limita la aplicación de esos dos procesos a la ley parlamentariamente elaborada. El criterio utilizado por la norma fundamental es más amplio ya que, aunque el artículo 163 CE se refiere a las normas con "*rango de ley*", el artículo 161.1 a) CE lo hace a las disposiciones normativas con "*fuerza de ley*". Por su parte, el artículo 27.2 LOTC, relativo a los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad, añade normas que proceden del Gobierno (decretos leyes y decretos legislativos, aunque para estos se hace la salvedad exigida por el artículo 82.6 CE), a los

acuerdos con otros Estados u Organizaciones Internacionales, caso de los tratados, y a normas que aprueban las cámaras representativas para sí mismas pero sin proyección *ad extra*, es decir los reglamentos parlamentarios. Y ello sin olvidar la alusión a los actos del Estado y de las Comunidades con fuerza de Ley.

Como es sabido, las categorías "*rango de ley*", "*fuerza de ley*" y "*valor de ley*" han sido objeto de estudio por la doctrina española que, siguiendo a la italiana, las califica como "*meras referencias procesales, que obedecen al designio del legislador del artículo 165 LOTC*" y no a un imperativo constitucional. A través de esa calificación, las disposiciones y actos de las que se predicen quedan sujetos a un determinado régimen de impugnación y enjuiciamiento por el Tribunal Constitucional del que un prestigioso autor y antiguo Magistrado Constitucional dijo "*que nada dice sobre la naturaleza propia de las normas de las que se predica*".

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, encontramos un precedente de gran utilidad sobre los requisitos que han de cumplirse para que un acto o disposición, estatal o autonómica distinta de las leyes formales, pueda considerarse incluida en el artículo 27.2 LOTC. Nos referimos a la STC 139/1988 que justificó que el control sobre el Estatuto Personal de las Cortes Generales previsto en el artículo 72.1 CE se residenciara en exclusiva ante el propio Tribunal Constitucional, aunque se tratara de una norma interna de las Cortes Generales. El Tribunal rechazó la tesis del Ministerio Fiscal que sostuvo que no podía considerarse que el citado Estatuto fuese una "*norma con valor de ley o equivalente*", sino más bien una "*norma reglamentaria*" sujeta al conocimiento a la jurisdicción contencioso-administrativa, y declaró lo siguiente:

*"(...) baste con retener que la Constitución, en su artículo 72.1, establece una reserva formal y material a favor del «Estatuto del Personal de las Cortes Generales», de manera que ese Estatuto aparece como una **norma directamente vinculada a la Constitución**, es decir, como una norma primaria -o acto normativo primario- que, por ello mismo, determina que **la regulación a él encomendada quede fuera del alcance de cualquier otra norma jurídica**. Así pues, el Estatuto del Personal de las Cortes Generales, por imperativo constitucional, goza de una efectiva fuerza de Ley, al menos en su vertiente pasiva, por cuanto que ninguna otra norma del ordenamiento puede proceder a la regulación que a él le ha sido reservada y en exclusiva atribuida por la Constitución. En suma, estamos en presencia de una norma cuya posición en el actual sistema de fuentes del Derecho no puede ya explicarse en los términos del tradicional principio de jerarquía normativa, debiéndose acudir a otros criterios entre los que el de la competencia juega un papel decisivo.*

*Bastaría, en este momento, a los efectos que interesan, con esta sencilla constatación para afirmar que el Estatuto del Personal de las Cortes Generales (y, en principio, también el Acuerdo modificador que ahora se impugna) no es equiparable en manera alguna a las normas reglamentarias, ya que, a diferencia de éstas, aquél **no se halla subordinado a la Ley, sino directamente incardinado y vinculado a la Constitución**".*

De acuerdo con esta interpretación, el Estatuto del Personal es uno de los "*actos del Estado con fuerza de ley*" a los que se refiere el artículo 27.2 b) LOTC cuyo control está reservado al Tribunal Constitucional.

Como vemos, la STC 139/1988 matiza cuidadosamente los criterios en virtud de los cuales el artículo 27.2 LOTC ha delimitado objetivamente el ámbito de los llamados procedimientos de declaración de inconstitucionalidad. La precaución del Tribunal tiene su razón de ser habida cuenta que el artículo 165 CE no confiere al legislador orgánico una ilimitada libertad de configuración de los procesos constitucionales. En concreto, la LOTC no tiene en su mano dar la calificación de acto del Estado o de las Comunidades Autónomas a cualquier producto normativo sino solamente a aquellos que cumplan dos exigencias básicas: (1º) Que se trate de normas directamente vinculadas a la CE y (2º) que gocen de fuerza formal pasiva equiparable a la de las leyes.

Veamos si se cumplen estos requisitos en el caso de las normas forales fiscales.

1º.- Normas directamente vinculadas a la CE. Sobre el primero de los requisitos la STC 139/1988 habla expresamente de una reserva formal y material establecida *ope constitutione* a favor de una concreta fuente del Derecho (el Estatuto del Personal de las Cortes Generales previsto en el artículo 72.1 CE) que determina la inmediata y exclusiva subordinación de dicha fuente a la norma constitucional. Esta especial relación, directa e inmediata, entre una norma y la Constitución (primariedad) tiene como consecuencia relevante a los efectos que ahora importan, el reconocimiento a la primera de un amplio margen de regulación que tiene como único límite a la segunda.

Desde esta perspectiva, aunque las normas forales fiscales no estén, obviamente, contempladas en la CE sino en el EAPV, sí derivan de la Disposición Adicional Primera CE y se encuentran en una posición similar a las leyes autonómicas, solo indirectamente previstas en el texto constitucional pero equiparadas a las del Estado en cuanto a su capacidad de satisfacer la reserva de ley y a la libertad de configuración que pueden ejercer cuando regulan materias dentro de su ámbito de competencia (STC 37/1981). Por eso, el artículo 27.2 c) LOTC incluye expresamente a las leyes autonómicas entre las normas que han de ser objeto del recurso y la cuestión de inconstitucionalidad.

Por consiguiente, si lo decisivo es que una determinada fuente se subordine directamente a la CE o, si se prefiere, al bloque de la constitucionalidad, tal y como ocurre con las leyes autonómicas, bastará con comprobar si las normas forales fiscales están en esa situación para que se les pueda reconocer el carácter de "*actos con fuerza de ley*" a los efectos de su declaración de inconstitucionalidad.

De lo expuesto más atrás al hablar de la difícil catalogación de las normas forales fiscales se deduce que, efectivamente, se mueven en un ámbito idéntico al de las leyes y que, respetando los límites que señala el artículo 41.2 a) EAPV, gozan de una equivalente libertad de configuración. La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2001, FJ 11, antes citada viene a afirmarlo cuando dice que:

"(...) si bien dichas Normas Forales tienen una naturaleza reglamentaria (pues las Leyes de la Comunidad Autónoma Vasca emanan sólo de su Parlamento), su posición en el ordenamiento general es singular, pues se ordenan directamente al Estatuto de 1979 y a la Constitución sin intermedio de Ley alguna, ni estatal ni autonómica (dentro del respeto al régimen de concierto con el Estado), que son insusceptibles de invadir el marco reservado con exclusividad a los ordenamientos forales por la Disposición Adicional Primera de la Constitución y por el Estatuto de 1979, de modo que vienen a configurar unos `reglamentos autónomos en sentido propio´".

Precisamente, porque la relación con el bloque de la constitucionalidad es tan próxima, el enjuiciamiento de las normas forales fiscales no es una cuestión de legalidad sino de constitucionalidad, tal y como dice el preámbulo de la LO 1/2010. Al igual que las leyes autonómicas, que han de observar las bases fijadas por las estatales, o que las propias leyes del Estado, que han de respetar la atribución estatutaria de competencias a las respectivas Comunidades Autónomas, las normas forales fiscales no se limitan a ejecutar o complementar las leyes (en este caso la del Concierto Económico), lo que, como dijimos, es la función típica de los reglamentos ejecutivos, sino que, a diferencia de éstos, orientan su regulación en el marco de las normas del repetido bloque de la constitucionalidad que, por lo general, son abiertas y dan cabida a distintas interpretaciones a fin de hacer posible la alternancia política y de dar cauce al pluralismo político. Eso es, precisamente, lo que, como ha observado la doctrina, ocurre con las leyes tributarias, estatales autonómicas, en relación con la LOFCA.

2º Normas con fuerza formal pasiva equiparable a la de las leyes. El segundo de los requisitos de la STC 139/1988 se refería a la fuerza formal pasiva equivalente a la de las leyes que tiene el Estatuto del Personal de las Cortes Generales. Con ello se alude a la especial resistencia que ofrecen ciertas normas a ser modificadas o derogadas por otras posteriores con independencia de su rango, excluidas, obviamente las leyes de reforma constitucional o estatutaria. Esa resistencia a ser modificadas es el correlato de su fuerza activa o capacidad de innovación del ordenamiento modificando o derogando las preexistentes y, en última instancia, reconduce la cuestión al juego del principio de competencia, tal y como precisa la STC que nos ocupa.

Desde este segundo prisma, se constata que **las normas forales fiscales tienen una fuerza formal pasiva que las pone a salvo de ser modificadas o derogadas por otras fuentes** (excepto, como se ha dicho, por las de reforma constitucional o estatutaria). Cumplen, por tanto, con el canon marcado por el Tribunal Constitucional al analizar el Estatuto del personal de las Cortes Generales pues cualquier ley estatal o autonómica que pretenda modificarlas o derogarlas será inconstitucional por infringir la reserva que en su favor hace el artículo 41.2 a) EAPV en relación con el artículo 37.3 EAPV (STC 76/1988).

Tras la comprobación de que las normas forales fiscales reúnen los dos requisitos tomados en consideración por la STC 139/1988, cabría entender que podrían haberse incluido en el artículo 27.2 e) LOTC, que se refiere a "*(l)as Leyes, actos y disposiciones normativas con fuerza de Ley*" de las Comunidades Autónomas. No ha sido esa, sin

embargo, la opción adoptada por la LO 1/2010. Quizás porque, aunque cupiera entender que la alusión a las Comunidades Autónomas que hace el precepto citado lo es, en el caso del País Vasco, a la luz de los artículos 3 y 24 EAPV, en su sentido de entidad englobante de las instituciones comunes y forales, el Tribunal Constitucional siempre ha rechazado tratar a los órganos forales como órganos autonómicos (AATC 1021/1987 y 1142/1987, STC 11/1984 y SSTC 255/2004 y 295/2006), al igual que no ha admitido que las Ciudades Autónomas actúen como Comunidades Autónomas (AATC 201 y 202/2000).

Según vimos, las SSTC 255/2004, FJ 2, y 295/2006, FJ 3, remitiéndose a la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (SSTS de 22 y 24 de enero de 2000, 15 de abril de 2002, 3 de noviembre de 2004) dijeron que *"las normas que regulan el sistema tributario de cada territorio histórico son normas que no emanan del Parlamento Vasco, sino de las Juntas Generales de cada uno de los territorios históricos a quienes corresponde '[I]a exacción, gestión, liquidación, inspección, revisión y recaudación de los tributos que integran el sistema tributario de los Territorios Históricos' (art. 2.2 de la Ley 12/1981). Se trata, pues de disposiciones normativas que aunque no tienen naturaleza de meros reglamentos de ejecución de la Ley estatal, carecen de rango de ley y, en esta medida, como acertadamente señala el Abogado del Estado, no pueden ser objeto de una cuestión de inconstitucionalidad (arts. 163 CE y 35.1 LOTC)."*

Por consiguiente, aunque **las normas forales fiscales podrían ser consideradas normas con fuerza de ley, la LO 1/2010 no se les ha dado esa calificación y no las ha incluido entre los "actos y disposiciones normativas con fuerza de ley de las Comunidades Autónomas"** a los que se refiere el artículo 27.2 e) LOTC ni, tampoco, ha añadido un apartado 3 al artículo 27 LOTC dedicado a las normas forales fiscales. Su opción ha sido crear un nuevo proceso constitucional sin darles esa calificación formal. Una decisión que también es acorde con la relevancia constitucional de las mismas

2. Las normas forales fiscales son objeto de un proceso específico de control de su adecuación a la CE y al bloque de la constitucionalidad creado en virtud del artículo 161.1 d) CE merced a su carácter de normas primarias y a su fuerza formal pasiva equivalentes a los de las leyes

El cumplimiento por las normas forales fiscales de los criterios de la STC 139/1988 (primariedad y fuerza formal pasiva equivalente a la de las leyes), aunque no se haya traducido en su inclusión formal entre los actos con fuerza de ley susceptibles de ser objeto de los procesos de examen de la constitucionalidad de las leyes, justifica la creación de uno específico a través del cauce del artículo 161.1 d) CE que es, precisamente, lo que, con toda legitimidad, ha hecho la LO 1/2010.

La ampliación de las competencias del Tribunal Constitucional debe hacerse respetando la identidad de los procesos constitucionales previstos en la CE y sin desnaturalizar la función de garante supremo de la norma fundamental que le confiere el Título IX CE. Tan pernicioso efecto se produciría si se le atribuyeran cometidos que a todas luces carezcan de relevancia constitucional y le alejen de su papel de guardián de la Constitución. Es importante, por ello, atender a la posición ordinamental y a la función de los actos y

normas cuyo conocimiento se residencia en el Tribunal Constitucional y verificar que no se desfigura ni falsea ninguno de los procesos ya previstos en la CE.

Pues bien, la LO 1/2010 respeta plenamente los límites indicados en la medida que la atribución al Tribunal Constitucional de la protección jurisdiccional de las normas forales fiscales se ha articulado a través de un proceso nuevo y distinto de los anteriormente existentes. Además, su establecimiento es congruente con la garantía institucional de la foralidad y la actualización que, en el marco de la CE y del EAPV, se ha hecho de la potestad normativa tributaria foral, así como con la reserva de ley que en esa materia resulta de los artículos 31.3 y 133 CE y que dichas normas forales fiscales cumplen.

Este último dato, la satisfacción de la reserva de ley en materia tributaria, sobre el que venimos insistiendo desde el principio, adquiere una dimensión especialmente importante para justificar el control exclusivo por el Tribunal Constitucional de las normas forales fiscales si tenemos en cuenta que (STC 58/2004, FJ 9):

“La depuración del ordenamiento legal, vigente la Constitución, corresponde de forma exclusiva al Tribunal Constitucional, que tiene la competencia y la jurisdicción para declarar, con eficacia erga omnes, la inconstitucionalidad de las leyes, tanto más cuanto en un sistema democrático la ley es expresión de la voluntad popular -como se declara en el Preámbulo de nuestra Constitución- y es principio básico del sistema democrático y parlamentario hoy vigente en España (por todas, SSTC 73/2000, de 14 de marzo, FJ 4; 104/2000, de 13 de abril, FJ 8; y 120/2000, de 10 de mayo, FJ 3). Ello adquiere una especial significación en materia tributaria, visto, de un lado, el deber general de los ciudadanos de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su riqueza y mediante un sistema tributario justo (art. 31.1 CE) y, de otra parte, la existencia de una reserva legal en la materia (art. 31.3 CE), que no significa otra cosa que dar cumplimiento a la finalidad última del límite constitucional de asegurar el principio democrático y la supremacía financiera del Parlamento mediante la participación de los ciudadanos en el establecimiento del sistema tributario”.

La relevancia constitucional de las normas forales fiscales y la pertinencia de su control exclusivo por el Tribunal Constitucional se apoya, por tanto, en las siguientes razones:

- a) El reconocimiento por el artículo 41.2 a) EAPV de la potestad tributaria foral que las normas forales fiscales hacen efectiva ordenándose de forma inmediata a aquél (primariedad).
- b) La función de las normas forales fiscales como vehículo y garantía para la realización del principio de autoimposición en materia tributaria (artículos 31.3 y 133 CE y SSTC 185/1995 y 233/1999, 58/2004) en el respectivo Territorio Histórico, de acuerdo con los principios contenidos en el artículo 41.2 a) EAPV y en la Ley del Concierto, en pie de igualdad con las leyes tributarias del Estado;

c) Su indisponibilidad para el legislador autonómico y estatal (STC 76/1988) que no pueden modificar ni derogar las normas forales fiscales (fuerza formal pasiva) pues la relación que existe entre ellas se basa en el principio de competencia.

d) La libertad de configuración, y no de simple complemento normativo, de la Ley del Concierto Económico que caracteriza a las normas forales fiscales.

Sentado lo anterior, es preciso aclarar que los dos procesos que regula la nueva Disposición Adicional Quinta 1 y 2 LOTC, introducida por la LO 1/2010, no duplican ni falsean los previstos en los artículos 161.1 a) y 163 CE y en el Título II LOTC.

En efecto, comenzando por **el objeto de los procesos**, se constata que este **es diferente**.

El recurso y la cuestión de inconstitucionalidad versan sobre leyes, disposiciones y actos con fuerza de ley del Estado y de las Comunidades Autónomas, mientras que el recurso y la cuestión prejudicial el control se realiza sobre normas forales fiscales de los Territorios Históricos.

Además de provenir de órganos distintos de los previstos en la CE [artículos 161.1 a), en relación con el 153 a) CE], el contenido de las normas forales fiscales está acotado. Las contempladas en el apartado 1 de la Disposición Adicional Quinta LOTC son exclusivamente las que regulan los tributos concertados, de acuerdo con el artículo 41.2 a) EAPV, y, en todo caso, constituyen un tipo normativo que si no se ha asimilado formalmente a las leyes, tampoco puede reducirse a su calificación como simples reglamentos por las razones reiteradas a lo largo de este escrito.

Tampoco las partes principales serán las mismas en los procesos del Título II LOTC y en los del apartado 1 de la Disposición Adicional Quinta LOTC por más que su apartado 2 se remita, con una mera finalidad instrumental, a la regulación del recurso de inconstitucionalidad en cuanto a la legitimación activa ya que, **en la pasiva, incorpora a las Juntas Generales y a las Diputaciones Forales del Territorio Histórico** del que proceda la norma foral fiscal objeto del recurso o la cuestión prejudicial, órganos forales que nunca son parte principal del recurso ni de la cuestión de inconstitucionalidad.

Siendo diversas las partes y el objeto de enjuiciamiento del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad con respecto al recurso y la cuestión prejudicial sobre las normas forales fiscales, **no existe obstáculo para que el parámetro de control sea coincidente**. Al fin y al cabo, la función del Tribunal Constitucional es siempre garantizar la supremacía de la Constitución. Ese parámetro está formado por los preceptos constitucionales y las leyes que, dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de estas (artículo 28 LOTC) o, en este caso, la Ley del Concierto Económico. Con ello se sujetan al control del Tribunal Constitucional todos los posibles vicios de las normas forales fiscales que, según se ha argumentado, siempre serán de inconstitucionalidad y nunca de legalidad como pretende

el Abogado del Estado para repartir su fiscalización entre los tribunales ordinarios y el Tribunal Constitucional.

Por lo demás, la mencionada **remisión procedimental** que el apartado 2 de la Disposición Adicional Quinta LOTC hace a las reglas del Título II LOTC **no transforma el proceso de recurso o de cuestión prejudicial en el del recurso o la cuestión de inconstitucionalidad** al igual que el expediente del artículo 67 LOTC no convierte un conflicto de competencia en un recurso de inconstitucionalidad confundiendo los ámbitos propios de estos dos procesos constitucionales (STC 45/1991, FJ 1). La utilización instrumental del procedimiento (que no del proceso) tiene sentido en la medida que el control sobre las normas forales fiscales es de naturaleza abstracta y objetiva, siendo, igualmente razonable que la legitimación activa recaiga en los mismos órganos que en el recurso de inconstitucionalidad habida cuenta que la regulación que contengan aquellas puede afectar a cualquier contenido constitucional o, al menos, a los mismos aspectos que una ley en la misma materia. Lo mismo cabe decir de la remisión a las reglas sobre la sentencia y las competencias internas del Tribunal.

Por las razones expuestas, la decisión del legislador orgánico de configurar ex artículo 161.1 d) CE un **control jurisdiccional específico del Tribunal Constitucional para las normas forales fiscales tiene pleno acomodo en la CE**. De otra parte, su plasmación en una disposición adicional es la manera tradicional de incorporar al ordenamiento general del Estado y, particularmente a la propia LOTC, las cláusulas de salvedad foral en coherencia con la también Disposición Adicional Primera CE que le sirve de fuente.

Desde esta perspectiva, la atribución al Tribunal Constitucional de la garantía jurisdiccional de las normas forales fiscales mediante las que se hace efectiva la autonomía tributaria en la que descansa el Concierto Económico a través de la **LO 1/2010**, constituye una **medida de actualización**, en el marco de la Constitución y del Estatuto de Autonomía del País Vasco, del más importante de los **derechos históricos** de los territorios forales, que la Constitución ampara y respeta.

VI. LA ATRIBUCIÓN DEL CONTROL EXCLUSIVO DE LAS NORMAS FORALES FISCALES AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LAS CONSIGUIENTES MODIFICACIONES DE LOS ARTÍCULOS 9.4 LOPJ Y 3 D) LJCA NO VULNERAN EL ARTÍCULO 106.1CE

La atribución al Tribunal Constitucional del monopolio de rechazo de las normas forales fiscales excluye, obviamente, su fiscalización judicial lo que ha determinado la modificación de los artículos 9.4 LOPJ y 3 d) LJCA.

Los recurrentes manifiestan que ese efecto y las consiguientes modificaciones legales son contrarios al artículo 106.1 CE en cuya virtud "*(l)os Tribunales controlan la potestad reglamentaria*" y que, también, vulneran el artículo 24.1 CE al hacer inaccesible su impugnación por los ciudadanos y las instituciones. Por su parte, el Abogado del Estado intenta sortear ese obstáculo mediante una peculiar interpretación de la LO 1/2010 que conduciría a una compleja concurrencia jurisdiccional en función de la naturaleza de los

vicios, de inconstitucionalidad o de mera ilegalidad, que se imputen en las impugnaciones que se dirijan contra las normas forales fiscales.

La Diputación Foral de Bizkaia considera que la LO 1/2010 es respetuosa con los artículos 106.1 y 24.1 CE porque la singular naturaleza de las normas forales fiscales justifica, como hemos insistido, que su control, que siempre será de constitucionalidad, se reserve al Tribunal Constitucional. Al fin y al cabo, su presunción de legitimidad se fundamenta en que, al igual que las leyes [por designio en este caso de los artículos 41.2 a) y 37.2 y 5 EAPV, de acuerdo con la Disposición Adicional Primera CE], son la expresión de la voluntad de los ciudadanos, formada democráticamente en las Juntas Generales, con respecto a los tributos concertados que les serán exigibles. Su función es la misma que la de las leyes fiscales en los ámbitos estatal y autonómico (servir de vehículo para la libre configuración de su contenido dentro de los márgenes constitucionalmente posibles y de acuerdo con la orientación política mayoritaria de cada Cámara). Por ello, su control ha de residenciarse ante el mismo órgano, el Tribunal Constitucional, y en análogas condiciones que aquellas. Así pues, no existe ninguna clase de inmunidad a favor del poder normativo foral cuya plena y efectiva sujeción a la Constitución (artículo 9.1 CE) se garantiza por un tribunal, el Tribunal Constitucional. De ese modo, la LO 1/2010 ha asignado a las normas forales fiscales el control constitucionalmente adecuado a la función que están llamadas a desempeñar.

La exclusión del control por los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa de las leyes fiscales se aplica no solo a las estatales sino, también, a las autonómicas, aunque estas, con la excepción de las forales de Navarra, gocen de menor margen de regulación que las normas forales fiscales y necesiten del soporte de la ley estatal de acuerdo con el artículo 133.2 CE. En concreto, ni los ciudadanos de La Rioja ni los de Castilla y León pueden impugnar sus respectivas leyes fiscales. Solo les cabe intentar suscitar la cuestión de inconstitucionalidad con ocasión de los actos de aplicación de las mismas que les afecten. Tampoco pueden recurrir las leyes riojanas y castellano leonesas los ciudadanos y las instituciones de la Comunidad Autónoma del País Vasco y de sus Territorios Históricos. La reserva constitucional a la ley que impera en la materia tributaria (artículos 31.3 y 133 CE) lo impide. Ello sin perjuicio, claro está, de que las propias corporaciones acudan al conflicto en defensa de la autonomía local.

El artículo 106.1 CE queda al margen de todos los ejemplos señalados porque en ellos se controlan normas que son fruto de la deliberación y aprobación de órganos representativos de los ciudadanos a los que la CE y los estatutos de autonomía confían el establecimiento y la regulación de los tributos sin más límites que los previstos en aquella y estos. Esto es, también, lo que ocurre con las normas forales fiscales

Sea como fuere, el artículo 106.1 CE se refiere, por un lado, a los "Tribunales" y, por otro, a la "potestad reglamentaria" y a la "actuación administrativa" como objeto de control de los primeros. Aunque el precepto no especifica que esos tribunales sean los que integran el Poder Judicial, así se ha venido entendido con naturalidad en coherencia con los artículos 97 y 103.1 CE. **La finalidad del artículo 106.1 CE es garantizar que la mencionada potestad, cuyo titular es el Gobierno, se ejerza de acuerdo con la CE y las leyes y que la actividad de la Administración se someta plenamente a la**

Ley y al Derecho así como los fines que la justifican. En ambos casos, el control atribuido a los tribunales ordinarios tiene como referencia obligada a los órganos y funciones de naturaleza gubernativa o administrativa, aunque aquellos formen parte de otros poderes, incluidos el legislativo y el judicial, siempre que desarrollan actividades materialmente administrativas o de gestión (artículos 9.4 LOPJ y 1 y 2 LJCA). Queda en todo caso, fuera de la órbita de dichos tribunales la actividad que no tenga ese carácter [artículo 1.3 a) y, en el caso de las Juntas Generales de los Territorios Históricos, la de establecer, mantener y regular el régimen tributario del Territorio de acuerdo con la Disposición Adicional Primera LJCA].

La atribución a los tribunales ordinarios del control sobre los decretos legislativos que prevé el artículo 82.6 CE y contemplan los artículos 27.2 e) LOTC, 9.4 LOPJ y 1.1 LJCA tiene ese mismo fundamento en tanto que su objeto es el exceso en que haya incurrido el Gobierno en el uso de la delegación recibida de las Cortes Generales. Versa, por tanto, ese control de los tribunales sobre un producto del ejecutivo subordinado a una concreta ley y su enjuiciamiento es una cuestión de mera legalidad. Además, la técnica de la delegación recepticia propia de los decretos legislativos resulta radicalmente distinta al supuesto de la aprobación por las Juntas Generales de sus normas tributarias.

El *quid* de la cuestión vuelve a ser, de nuevo, la naturaleza de las normas forales fiscales a las que los recurrentes y el Abogado del Estado califican de reglamentos o disposiciones de rango inferior a la ley para adjudicar su control, total o parcial, respectivamente, a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Llegados a este punto, consideramos que no es necesario reiterar los argumentos expuestos sobre la posición ordinal de las normas forales, su primariedad y fuerza formal pasiva equivalente a la de las leyes. Nos remitimos *in totum* a lo ya dicho así como a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional que enfatiza que no son reglamentos ejecutivos, que no desarrollan ni complementan ley alguna y que su relación con las leyes se basa en el principio de competencia y no en el de jerarquía. Notas todas ellas que, de acuerdo con la Disposición Adicional Primera CE, y a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la misma y, muy especialmente, la contenida en la STC 76/1988, justifican la exclusión del conocimiento de las normas forales fiscales por los tribunales del orden contencioso-administrativo.

Según la STC 76/1988, la actualización de los derechos históricos ha supuesto la necesidad de acomodarlos al contexto constitucional y estatutario que les sirve de marco. Un contexto en el que el establecimiento, mantenimiento y regulación del régimen tributario debería estar reservado a un tipo de norma, la ley, que no está sujeta al control judicial sino, exclusivamente, al del Tribunal Constitucional. En coherencia con ese contexto y, aplicando el principio hermenéutico de la unidad de la Constitución antes invocado (STC 137/1986, entre otras), hay que concluir que la finalidad del artículo 106.1 CE, que no es otra que asegurar que no queden actos ni normas del Gobierno o de la Administración exentas al control jurisdiccional sobre su adecuación a la legalidad, se concilia sin dificultad, y sin desvirtuarla, con la garantía de la Disposición Adicional Primera CE, a través de la atribución del conocimiento de las normas forales fiscales al

Tribunal Constitucional en régimen de exclusividad, tal y como ha hecho la LO 1/2010, porque, insistimos, su enjuiciamiento siempre será de constitucionalidad.

VII. LA ATRIBUCIÓN DEL CONTROL EXCLUSIVO DE LAS NORMAS FORALES FISCALES AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LAS CONSIGUIENTES MODIFICACIONES DE LOS ARTÍCULOS 9.4 LOPJ Y 3 D) LJCA TAMPOCO VULNERAN EL ARTÍCULO 24.1 CE

Los recurrentes también consideran que la reserva al Tribunal Constitucional del control de las normas forales fiscales infringe el artículo 24.1 CE en la medida que cierra el acceso a la tutela judicial efectiva sin indefensión a quienes sean titulares de un derecho o interés legítimo afectado por aquellas.

Esa alegación debe rechazarse porque la asunción por el Tribunal Constitucional del monopolio del control sobre las normas forales fiscales no excluye la posibilidad garantizada en el apartado 1 de la Disposición Adicional Quinta LOTC de que los interesados puedan solicitar de los tribunales ordinarios que planteen la cuestión prejudicial ante el Tribunal Constitucional con motivo de su aplicación para que se pronuncie sobre su validez. A través de ese cauce, se asegura que las normas forales fiscales se mantenga dentro de los límites de la CE y el EAPV (STC 166/1986, FFJJ 14 y siguientes) pudiendo el Tribunal apreciar si la finalidad de la regulación cuestionada es o no constitucionalmente legítima y, además, si entraña o no una manifiesta desproporción entre los bienes en conflicto (STC 73/2000, FJ 6). Más específicamente, la cuestión prejudicial permite un examen integral de las normas forales fiscales mediante el que se puede apreciar si se atienen a los principios enunciados en el artículo 41.2 a) EAPV y desarrollados por la Ley de Concierto, de modo análogo a como se contrasta en el recurso de inconstitucionalidad si una ley autonómica se ajusta a las bases estatales o a una ley de armonización y si estas se adecúan a la CE (STC 163/1995).

En este tipo de situaciones es preciso, como recuerda la STC 48/2005, FJ 6, relativa a una ley expropiatoria, que el problema de la tutela judicial efectiva se aborde, *"no tanto desde la perspectiva de la forma jurídica de la disposición, cuanto desde la del alcance del control jurisdiccional posible sobre la disposición adoptada."* Según el Tribunal Constitucional, lo determinante para que el artículo 24.1 CE no resulte lesionado cuando una ley asume el contenido de un acto administrativo es que el control jurisdiccional que se efectúe sobre ella mediante el correspondiente proceso constitucional sea *"suficiente, en cada caso, para brindar una tutela materialmente equivalente a la que puede dispensar frente a un acto administrativo un Juez de lo contencioso"*. Es decir, *"si todas las lesiones que eventualmente le sean imputables pueden corregirse con el normal ejercicio de la jurisdicción constitucional, sin desnaturalizarla o pervertirla para, forzando su naturaleza, extenderse también sobre extremos de la disposición que sólo están al alcance de la jurisdicción ordinaria"*.

Con arreglo a este criterio, no cabe duda que la cuestión prejudicial regulada en el apartado 1 de la Disposición Adicional Quinta LOTC cubre todas las posibles infracciones en las que pueda incurrir una norma foral fiscal, sin que ello suscite ningún problema de disminución, ni sustancial ni de ningún otro tipo, de la tutela jurisdiccional de los intereses y derechos afectados pues lo único que importa es que cuenten con *"una tutela*

material y, por tanto, con independencia de que sea administrada por la jurisdicción ordinaria o por la constitucional" (STC 48/2005, FJ 6).

Por los motivos expuestos en este y en el anterior epígrafe, ha de rechazarse que la introducción de los apartados 1 y 2 de la Disposición Adicional Quinta LOTC vulnere el principio de interdicción de la arbitrariedad, (artículo 9.3 CE) cuya aplicación al legisladora ha sido objeto de importantes matices por el Tribunal Constitucional (SSTC 108/1986, 99/1987, 239/1992, 233/1999 y 73/2000 y, más recientemente, SSTC 13 y 45/2007). Es evidente que la libertad de configuración del legislador democrático, que no es un mero ejecutor de la CE (STC 209/1987), no puede ser constreñido por meras divergencias en cuanto a la interpretación que adopte a la hora de regular una determinada materia dentro de los amplios márgenes que le ofrece la norma fundamental. Existen suficientes elementos, todos ellos relevantes desde el punto de vista constitucional, para justificar los apartados citados (SSTC 125/2003 y 330/2005, entre otras). Tampoco violan los artículos 14, 138 y 139 CE pues no se establece ninguna desigualdad ante la ley ni se crean privilegios de ninguna clase. Por lo demás, según se dijo más arriba, la posición jurídica de los destinatarios de las normas forales fiscales en nada se distingue de la que gozan los de las leyes fiscales de las Comunidades recurrentes con respecto a su impugnación.

Como dice el Abogado del Estado, el resto del largo listado de infracciones que los recursos enumeran, pero no argumentan, se mueven como los que acabamos de comentar, en el terreno de lo hipotético o, incluso, lo imaginario. Su falta de fundamentación nos exime de la carga de rebatirlos.

VIII. EL CONTROL DE LAS INFRACCIONES DEL DERECHO EUROPEO POR LAS NORMAS FORALES FISCALES ES EL MISMO QUE EL PREVISTO PARA LAS LEYES

El Abogado del Estado sostiene, como hemos visto, que el Tribunal Constitucional debe compartir con la jurisdicción ordinaria el control de las normas forales fiscales en la medida que estas puedan adolecer de vicios de ilegalidad o ser contrarias al Derecho Europeo. En páginas anteriores hemos rebatido la hipótesis de que dichas normas incurran en ilegalidad. Ahora hemos de ocuparnos de la segunda hipótesis relativa la violación del Derecho de la Unión Europea.

Sobre esta objeción hay que decir que **el problema que plantea el Abogado del Estado con respecto a las normas forales fiscales en nada se diferencia** del que siempre ha existido con todas las normas del Derecho interno, también con **las leyes**, desde la adhesión de España a las Comunidades Europeas en 1986 en virtud de la Ley Orgánica 10/1985. Desde entonces, el examen de la conformidad del Derecho interno con el de la Unión Europea es una cuestión legalidad que ha de enjuiciarse siempre por los órganos del Poder Judicial. **El Derecho Europeo no es canon de la constitucionalidad** de ninguna norma interna, cualquiera que sea su rango o naturaleza, de suerte que el Tribunal Constitucional no puede entrar a conocer de las infracciones al mismo (SSTC 28 y 64/1991, 180/1993 y 45/1996, entre otras, y DTC 1/204). El control de adecuación al Derecho emanado de las instituciones de la Unión de las normas forales y de las leyes, incluidas las de reforma constitucional, es un problema

que atañe en exclusiva a esas instituciones y a los órganos judiciales de los Estados miembros cuando aplican ese Derecho.

El Tribunal Constitucional lo ha explicado en los siguientes términos (STC 58/2004, FJ 9):

" (...) en principio "la tarea de garantizar la recta aplicación del Derecho comunitario europeo por los poderes públicos nacionales es ... una cuestión de carácter infraconstitucional y por lo mismo excluida tanto del ámbito del proceso de amparo como de los demás procesos constitucionales" (STC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 4) porque, "a semejanza de lo que acontece en las cuestiones de inconstitucionalidad (SSTC 17/1981, 133/1987, 119/1991 y 111/1993), la decisión sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial corresponde, de forma exclusiva e irreversible, al órgano judicial que resuelve el litigio" (SSTC 180/1993, de 31 de mayo, FJ 2; 201/1996, de 9 de diciembre, FJ 2; y 203/1996, de 9 de diciembre, FJ 2). Por este motivo hemos afirmado que, "sin perjuicio de que el art. 177 TCEE, alegado por el recurrente, pertenece al ámbito del Derecho comunitario y no constituye por sí mismo canon de constitucionalidad (SSTC 28/1991, 64/1991), ninguna vulneración existe de los derechos garantizados por el art. 24.1 CE cuando el Juez o Tribunal estima que no alberga dudas sobre la interpretación que haya de darse a una norma de Derecho comunitario o sobre su aplicación en relación con los hechos enjuiciables en el litigio y decide por ello no plantear la consulta que se le solicita" (STC 201/1996, de 9 de diciembre, FJ 2; y en el mismo sentido SSTC 111/1993, de 25 de marzo, FJ 2; 203/1996, de 9 de diciembre, FJ 2; y ATC 296/1993, de 4 de octubre, FJ 2)."

Ello es debido a que la posición del ordenamiento europeo con respecto al de los Estados miembros es de primacía sobre sus ordenamientos propios lo cual incluye, también, las normas constitucionales.

La DTC 1/2004, FJ 4, precisó que, la proclamación de la primacía del Derecho de la Unión no contradecía la supremacía de la Constitución ya que:

"(p)rimacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados. Aquélla, en el de la aplicación de normas válidas; ésta, en el de los procedimientos de normación. La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de éstas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquélla. La primacía, en cambio, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones. Toda supremacía implica, en principio, primacía (de ahí su utilización en ocasiones equivalente, así en nuestra Declaración 1/1992, FJ 1), salvo que la misma norma suprema haya previsto, en algún ámbito, su propio desplazamiento o inaplicación. La supremacía de la Constitución es, pues, compatible con regímenes de aplicación que otorguen preferencia aplicativa a normas de otro Ordenamiento diferente del nacional"

siempre que la propia Constitución lo haya así dispuesto, que es lo que ocurre exactamente con la previsión contenida en su art. 93, mediante el cual es posible la cesión de competencias derivadas de la Constitución a favor de una institución internacional así habilitada constitucionalmente para la disposición normativa de materias hasta entonces reservadas a los poderes internos constituidos y para su aplicación a éstos. En suma, la Constitución ha aceptado, ella misma, en virtud de su art. 93, la primacía del Derecho de la Unión en el ámbito que a ese Derecho le es propio, según se reconoce ahora expresamente en el art. I-6 del Tratado."

Y así han sido las cosas, recuerda la DTC 1/2004, desde la incorporación de España a las Comunidades Europeas en 1986 dado que:

"Entonces se integró en el Ordenamiento español un sistema normativo autónomo, dotado de un régimen de aplicabilidad específico, basado en el principio de prevalencia de sus disposiciones propias frente a cualesquiera del orden interno con las que pudieran entrar en contradicción. Ese principio de primacía, de construcción jurisprudencial, formaba parte del acervo comunitario incorporado en virtud de la Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, de autorización para la adhesión de España a las Comunidades Europeas, pues se remonta a la doctrina iniciada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades con la Sentencia de 15 de julio de 1964 (Costa contra ENEL)."

Por lo demás, la DTC 1/2004, FJ 4, insiste en que la jurisprudencia constitucional antes citada ha venido reconociendo pacíficamente la primacía del Derecho comunitario:

"como técnica o principio normativo destinado a asegurar su efectividad en nuestra STC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 6, con reproducción parcial de la Sentencia Simmenthal del Tribunal de Justicia, de 9 de marzo de 1978, y en la posterior STC 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4 a). En nuestras posteriores SSTC 130/1995, de 11 de septiembre, FJ 4, 120/1998, de 15 de junio, FJ 4, y 58/2004, de 19 de abril, FJ 10, reiteramos el reconocimiento de esa primacía de las normas del Ordenamiento comunitario, originario y derivado, sobre el interno, y su efecto directo para los ciudadanos, asumiendo la caracterización que de tal primacía y eficacia había efectuado el Tribunal de Justicia, entre otras, en sus conocidas y ya antiguas Sentencias Vand Gend en Loos, de 5 de febrero de 1963, y Costa contra ENEL, de 15 de julio de 1964, ya citada."

Como consecuencia de los principios de primacía y eficacia directa del Derecho de la Unión, los jueces y tribunales españoles están vinculados con carácter preferente por las normas europeas, incluida la CE y, por tanto, dichas normas europeas se imponen al monopolio de rechazo de las leyes y de las disposiciones con fuerza de ley que esta atribuye en el artículo 161.1 a) CE al Tribunal Constitucional. En virtud de la ya citada *Sentencia Simmenthal*, **los jueces están obligados a inaplicar, por sí mismos, cualquier ley o norma interna que sea contraria al Derecho de la Unión Europea.** Es más, existe un deber de inaplicación cautelar de las normas nacionales, que comprende a las que tienen rango de ley, que puedan poner en peligro la efectividad del Derecho Europeo (STJ *Factortame*, de 19 de junio de 1990). Y todo ello sin perjuicio de

la obligación que tienen los jueces y tribunales de plantear la cuestión prejudicial cuando proceda según el propio Derecho de la Unión, cuyo incumplimiento sí puede ser objeto de control por el Tribunal Constitucional en la medida que pueda ser arbitrario y lesionar el artículo 24.1 CE.

A ese respecto, la STC 58/2004, FJ 11 dijo que ***“a este Tribunal no le corresponde resolver en el presente asunto si existía o no la pretendida contradicción entre la normativa interna y el Derecho comunitario que justificase la inaplicación de aquélla en beneficio de ésta sino, única y exclusivamente, si el Juez español ha adoptado su decisión inaplicativa dentro de su jurisdicción, esto es, en el proceso debido y con todas las garantías (art. 24.2 CE; en sentido idéntico, pero con relación al principio de igualdad, STC 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4.a), o, por el contrario, estaba obligado previamente a plantear la cuestión prejudicial interpretativa prevista en el art. 234 TCE en orden a dejar inaplicado el Derecho español.”***

Así pues, fuera de los supuestos como el que dio lugar a la STC 58/2004, la reserva al Tribunal Constitucional del control de las normas forales fiscales no plantea problemas distintos de los que ya se dan con las leyes y las disposiciones con fuerza de ley. De ahí que la insistencia del Abogado del Estado en esta cuestión, que sin duda conoce a la perfección, carezca no solo de fundamento sino, también de sentido.

IX. EL CONFLICTO EN DEFENSA DE LA AUTONOMÍA FORAL

Según el preámbulo de la LO 1/2010, la introducción en la LOTC del conflicto en defensa de la autonomía foral se dirige a resolver un déficit de protección de la foralidad vasca frente a las vulneraciones que pueda causar a la misma el legislador estatal. Asimismo, el Preámbulo toma como referencia para crear un nuevo proceso específicamente orientado a procurar esa garantía el conflicto en defensa de la autonomía local. De esa manera, tras haber previsto la Disposición Adicional Cuarta LOTC la garantía de la autonomía local que corresponde a las Diputaciones Forales en la medida que ostentan las competencias propias de las Diputaciones Provinciales, el apartado 3 de la Adicional Quinta LOTC establece el conflicto en defensa de la autonomía foral.

Como se dijo al comienzo, los recurrentes alegan que este apartado 3 contiene un recurso de inconstitucionalidad encubierto en la medida que puede acabar con una sentencia de inconstitucionalidad de la ley estatal que sea objeto del mismo, pese a no iniciarse por ninguno de los legitimados fijados en el artículo 162.1 a) CE. A su juicio, su introducción en la LOTC es arbitraria al carecer de fundamento constitucional que lo justifique.

En este apartado coincidimos con lo manifestado por el Abogado del Estado en cuanto a la plena constitucionalidad de la introducción de este proceso cuyo fundamento está en el amparo que la Disposición Adicional Primera CE ofrece a los derechos históricos que reconoce a los territorios forales. Con esa base constitucional y con la cita obligada a la STC 240/2006 para contrastar este proceso con el del recurso de inconstitucionalidad es suficiente para refutar las alegaciones de los recurrentes.

En efecto, si comparamos este proceso con el recurso de inconstitucionalidad comprobamos que:

- En lo que se refiere a su **objeto**, solo puede versar sobre **leyes del Estado**, estando excluidas las autonómicas con lo que se mantiene la limitación establecida en el artículo 32.2 LOTC. Eso quiere decir, por ejemplo, que los órganos forales de los Territorios Históricos no podrán utilizar este proceso para impugnar las leyes de las Comunidades Autónomas recurrentes.
- El **único motivo impugnatorio que pueden aducir es la vulneración de la autonomía foral de los Territorios Históricos garantizada constitucional y estatutariamente** que, obviamente, no se reduce a la materia fiscal tal y como ha reconocido la jurisprudencia constitucional expuesta más arriba y, en particular el FJ 3 de la STC 67/1988. Esta delimitación reduce de manera sustancial el ámbito objetivo del recurso de inconstitucionalidad que puede basarse en cualquier infracción de la CE y de las normas a las que se refiere el artículo 28 LOTC.
- La **legitimación activa se contrae, lógicamente, a las Juntas Generales y a las Diputaciones Forales**, por cuanto son los órganos mediante los que actúan los Territorios Históricos, titulares de las competencias que integran la foralidad garantizada y que no están incluidos en el artículo 162.1 a) CE y es congruente con la doctrina de los AATC 1021/1987 Y 1142/1987.
- En cuanto al **procedimiento**, este proceso se tramitará con arreglo al previsto para los **conflictos positivos de competencia en los artículos 63 y siguientes LOTC**. Esta remisión es coherente con la naturaleza competencial de la defensa de la autonomía foral en la que, como en el conflicto positivo de competencia, pueden distinguirse, como señaló la Sentencia 110/1983, de 29 de noviembre, FJ 1, *"dos aspectos distintos en cuanto que a través de él se pretende, de una parte, la anulación de la disposición, resolución o acto que se estiman viciados de incompetencia y, de la otra, una declaración acerca de la existencia o no de la competencia utilizada para producirlos y, eventualmente, acerca de la titularidad de dicha competencia."* De estos dos aspectos cobra especial importancia el segundo pues la función y finalidad última de todos los procesos constitucionales es garantizar la supremacía de la CE estableciendo la interpretación vinculante de la misma. Ello no obsta a que, cuando, a juicio del Tribunal Constitucional, sea absolutamente necesario declare la inconstitucionalidad del acto o norma causante del conflicto con el alcance y efectos que considere precisos.
- Con respecto a la **sentencia**, dicen los recurrentes que se pronunciará sobre la constitucionalidad de la ley estatal objeto del conflicto. Sin embargo, de acuerdo con la doble finalidad de los procesos conflictuales que acabamos de advertir, la declaración de inconstitucionalidad con la consecuencia anulatoria es tan solo una posibilidad a la luz del artículo 66 LOTC que dice que la sentencia *"declarará la titularidad de la competencia controvertida acordará, en su caso, la"*

anulación de la disposición, resolución o actos que originaron el conflicto en cuanto estuvieren viciados de incompetencia, pudiendo disponer lo que fuera procedente respecto de las situaciones de hecho o de derecho creadas al amparo de la misma." Los términos del precepto transcrito ofrecen un **amplísimo margen al Tribunal para garantizar la autonomía foral sin que sea preciso, en todo caso, dictar una sentencia de inconstitucionalidad** como sucedería, por ejemplo, si se declarara que una determinada previsión legal no resultará de aplicación en el ámbito del Territorio o Territorios Históricos que hayan promovido el conflicto.

A la vista de estos elementos, que diferencian notablemente este proceso de cualquier otro de los que conoce el Tribunal Constitucional, ha de rechazarse la acusación de duplicación o falseamiento que hacen los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la LO 1/2010.

Por todo lo expuesto,

SOLICITO AL TRIBUNAL que tenga por presentado este escrito junto con sus documentos y copias, se sirva admitirlos y me tenga por personado y parte en la representación que ostento y por formulada intervención en el **Recurso de Inconstitucionalidad núm. 3443/2010**, seguido a instancias del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de la Rioja al que han sido acumulados los procedimientos **núms. 4138/2010, 4223/2010 y 4224/2010**, seguidos a instancias, respectivamente, del Parlamento de La Rioja, del Consejo de Gobierno de la Junta de Castilla y León y de las Cortes de Castilla y León, seguidos todos contra la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, de modificación de las Leyes Orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial, y, previos los trámites legales pertinentes, admitida la intervención de esta parte, se tengan por formuladas las alegaciones arriba expuestas y, previos los trámites legales, se dicte sentencia que declare la **INADMISIÓN DE LOS RECURSOS** por falta de legitimación activa; subsidiariamente, declare la **INADMISIÓN** con respecto al apartado 3 de la Disposición Adicional Quinta LOTC, acordando su **DESESTIMACIÓN** en lo demás y, en su defecto, acuerde la **ÍNTEGRA DESESTIMACIÓN** de todos los recursos.

En Bilbao para Madrid a 27 de febrero de 2012.
