TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL **Nº de asunto:** 3443-2010 y acumulados.

Pleno

Excms. Srs.:

Sala Sánchez
Gay Montalvo
Delgado Barrio
Pérez Vera
Rodríguez Arribas
Aragón Reyes
Pérez Tremps
Asua Batarrita
Pérez de los Cobos Orihuel

ASUNTO: Recurso de inconstitucionalidad promovido por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de La Rioja.

SOBRE: Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, de modificación de la Leyes Orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial.

20 JUL 2012

23 JUL 2012

Artículo 151.2 L.E.C. 1/2000

El Pleno, en el asunto de referencia, acuerda tener por presentado por el Letrado del Gobierno Vasco el escrito de 7 de mayo de 2012 y documentos que acompaña, en el que solicita se le tenga por personado y parte en el presente procedimiento como coadyuvante del Gobierno de la Nación, en defensa de la constitucionalidad de la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, de modificación de las Leyes Orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial, y acceder a lo en él solicitado. Habiéndose producido su solicitud de comparecencia estando el asunto concluso, se entenderán con él, esta y las sucesivas diligencias, sin que ello comporte retroacción de las actuaciones a un momento anterior a aquel en que se encuentra, y por consiguiente, sin haber lugar a otorgarle plazo de alegaciones, al encontrarse precluído dicho periodo, por lo que no se tendrán por hechas las manifestaciones sobre la cuestión de fondo contenidas en el mencionado escrito (AATC 58/1988, de 14 de enero FJ. 2 y 155/1998, de 30 de junio, FJ. 4).

Madrid, a dieciséis de julio de dos mil doce.
LO QUE NOTIFICO A VD, POR MEDIO DE LA PRESENTE
LA SECRETARIA DE JUSTICIA

ANEXO: COPIA DE EXCRITO

PROCURADOR DON JULIAN DEL OLMO PASTOR
En representación de la Diputación Foral de Bizkaia

07/05/12

RI número 3443/2010

AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN PLENO

El Letrado del Gobierno Vasco, en la representación que la Ley le atribuye, comparece y **Dice**:

Que, según consta en la certificación que se adjunta, el Gobierno Vasco acordó, en sesión celebrada el 13 de marzo de 2012, autorizar el personamiento de esta representación en el **recurso de inconstitucionalidad número 3443/2010**, interpuesto por la representación 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, mediante ATC 136/2010, de 5 de octubre de 2010 se acumularon los recursos de inconstitucionalidad números 4138/2010, 4223/2010 y 4224/2010, interpuestos por el Parlamento de La Rioja, el Consejo de Gobierno de la Junta de Castilla y León y por las Cortes de Castilla y León, respectivamente.

Que en cumplimiento del citado acuerdo, previa acreditación de su pertenencia a los Servicios Jurídicos Centrales de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi mediante la certificación que se adjunta, se persona en nombre del Gobierno Vasco para formular las siguientes

ALEGACIONES

Primera.- Intervención de la Comunidad Autónoma en el recurso de inconstitucionalidad.

I.- Como es bien conocido, la relación de sujetos legitimados para actuar activa y pasivamente en el recurso de inconstitucionalidad se limita, en principio, a los expresamente enunciados en los artículos 162.1a) de la Constitución Española (CE) y 27 32 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constucional (LOTC), siendo llamados al proceso los órganos legislativo y ejecutivo de las Comunidades Autónomas "*en caso de que el objeto del recurso fuera una Ley o disposición con fuerza de Ley dictada por una Comunidad Autónoma*" (art. 34.1

LOTC). Según la jurisprudencia constitucional, tal restricción –que se concreta en una enumeración de sujetos que constituye inequívocamente un *numerus clausus* taxativo y riguroso (ATC 455/2004, de 16 de noviembre)- se justifica en el hecho de que el recurso de inconstitucionalidad es un proceso de enjuiciamiento abstracto y objetivo de normas con rango o fuerza de ley, de manera 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 legitimación efectuada por la Constitución o la LOTC en atención a su cometido constitucional.

Esta regla general de legitimación limitada fue sin embargo excepcionada por el Tribunal Constitucional en el ATC 172/1995, de 6 de junio, donde sostuvo que, si bien la naturaleza abstracta del recurso de inconstitucionalidad, acotado al enjuiciamiento de la constitucionalidad de una Ley, excluye con carácter general la intervención de cualquier persona distinta a las relacionadas en los artículos 162 C.E. y 32 y 34 LOTC, más allá de la dicción literal de los preceptos invocados es preciso tener en cuenta las funciones del recurso de inconstitucionalidad, ya que no siempre se reduce 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 naturaleza, 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, advirtiendo el Tribunal 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*».

La lógica consecuencia 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", sin perjuicio de matizar su pronunciamiento en el sentido de 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."*

El ATC 455/2004, de 6 de junio, ratifica tal posición al recordar que si en los AATC 172/1995, de 6 de junio, y 155/1998, admitió el Tribunal la personación como coadyuvantes de determinados sujetos, lo hizo *"en razón a que los mismos tenían legitimación para interponer recursos de inconstitucionalidad y a que el objeto de los litigios implicados podía afectar a su ámbito de autonomía"*, requisitos ambos perfectamente trasladables a la posición de esta parte en el presente proceso constitucional, porque el recurso de inconstitucionalidad se ha dirigido contra una ley estatal, la LO 1/2010, de 19 de febrero, que contribuye decisivamente a garantizar la autonomía foral que se hace efectiva mediante el ejercicio de las competencias que le dan contenido, a lo que cabe añadir que 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 no ha de ofrecer duda, siendo suficiente a tal efecto la lectura de sus 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).

Ello no obstante, con independencia de las afirmaciones de los recurrentes, el alcance competencial de la LO 1/2010 deriva de la propia regulación contenida en la misma, pues tanto en su preámbulo como en su articulado se aprecia sin dificultad 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, luego la afectación del ámbito de autonomía de esta Comunidad Autónoma a los efectos de la presente intervención adhesiva no parece precisar mayor argumentación.

II.- La solicitud de intervención adhesiva como coadyuvante o codemandada no está sujeta a plazo de caducidad y puede formularse mientras esté pendiente el proceso porque, de acuerdo con los dispuesto en el artículo 13.1 LEC, aplicable en virtud de lo dispuesto en el artículo 80 LOTC, *"mientras se encuentre pendiente un proceso, podrá ser admitido como demandante o demandado, quien acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito"*, resultando tal admisión posible mientras los recursos de inconstitucionalidad acumulados contra la LO 1/2010 estén pendientes, como es el caso. En consecuencia, dado que todavía no se ha dictado sentencia, el Gobierno Vasco está en condiciones de solicitar en estos momentos su intervención como coadyuvante o codemandada en los mismos, incorporación al recurso de inconstitucionalidad que no tiene porqué suponer una demora significativa en su resolución y que

servirá para colaborar con el Tribunal Constitucional aportando unas alegaciones que puedan reforzar los argumentos ya expuestos a favor de la constitucionalidad de la ley recurrida.

III.- La doctrina del Tribunal Constitucional antes expuesta acerca de la intervención adhesiva como coadyuvante exige que ésta respete el objeto del proceso tal y como lo hayan acotado las partes principales, por lo que esta participación necesariamente habrá de partir de la delimitación que hayan realizado sobre tal objeto 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.

Naturalmente, la comprobación de que la intervención del coadyuvante se atiene a esos límites sólo puede llevarse a cabo tras la lectura de sus alegaciones pues, hasta que se formulen, no será posible efectuar tal contraste, a cuyo fin esta parte manifiesta su disposición a formular sus alegaciones en este mismo instante con objeto 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, la solicitud de personamiento y las alegaciones se presentan simultáneamente.

Segunda.- Falta de legitimación activa de los recurrentes.

Conscientes de lo problemático de su legitimación para interponer los recursos de inconstitucionalidad concernidos, los recurrentes dedican esfuerzo argumentativo para sostenerla invocando la jurisprudencia constitucional que afirma que la legitimación de las CCAA para interponer el recurso de inconstitucionalidad no está al servicio de la reivindicación de una competencia violada, sino al de la depuración del ordenamiento jurídico, extendiéndose tal legitimación a todos aquellos supuestos en los que exista un punto de conexión material entre la Ley estatal y el ámbito competencial autonómico, lo que no admite además una interpretación restrictiva, de forma tal que una Comunidad Autónoma está legitimada para accionar frente a una Ley del Estado en la medida en la que el ejercicio o desarrollo de las funciones que a la Comunidad correspondan pueda verse afectado por la norma recurrida.

En este caso las recurrentes fundan su legitimación en la conexión que, según afirman, existe entre la regulación recurrida y las competencias asumidas por las dos Comunidades Autónomas a través de sus estatutos de autonomía, asegurando en esencia que la pérdida de legitimación activa en el recurso contencioso-administrativo contra las normas forales fiscales, al someterlas ahora al control del Tribunal Constitucional, les priva de un medio de protección de dichas

competencias del que antes de la entrada en vigor de la norma recurrida disponían, debilitando con ello su posición institucional en el ejercicio de competencias que tienen atribuídas como exclusivas en materia de, por ejemplo, fomento de desarrollo económico o defensa de su autonomía financiera.

Al así argumentar, los recurrentes, como bien advierte el Abogado del Estado, prescinden del hecho de que la LO 1/2010 contiene exclusivamente normas de delimitación jurisdiccional – desapoderando a la jurisdicción contencioso-administrativa y atribuyendo el conocimiento de tales cuestiones al Tribunal Constitucional- y normas procesales concernientes a los procesos constitucionales que por ella se crean, así como que tales normas, cuyo dictado al legislador estatal compete, ninguna incidencia directa tienen sobre las competencias invocadas por las Comunidades Autónomas recurrentes, dado que ni la ordenación económica, ni el fomento del desarrollo regional ni su autonomía financiera han de verse afectadas por el contenido de la Ley orgánica recurrida, lo que, desde luego, no ofrece duda alguna que sucede en el caso del conflicto en defensa de la autonomía foral establecido en el apartado 3 de la Disposición Adicional quinta de la LOTC, en el que por definición ninguna de tales competencias ha de verse encentada.

También el alegato de que la posición institucional y las garantías de las recurrentes se ven atacadas por la norma recurrida al impedirles la impugnación de las normas forales fiscales ante la jurisdicción contencioso-administrativa debe rechazarse, y ello porque lo cierto es que si a esas Comunidades Autónomas, y en particular a la de La Rioja, 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).

Es claro por ello que no existía atribución legal de legitimación activa para recurrir las normas forales fiscales, sino que su reconocimiento se sustentaba en una construcción jurisprudencial que invocaba la necesidad de garantizar la tutela judicial efectiva de los recurrentes, siendo oportuno reseñar aquí que ni el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco ni el Tribunal Supremo plantearon nunca 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 *"de 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"*.

No se olvide, además, que 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, luego, realmente, los cambios normativos que realiza la LO 1/2010 en nada alteran la situación en la que se encontraba el ordenamiento jurídico antes de la entrada en vigor de ésta. 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, esto es, que no caben recursos contencioso-administrativos contra las normas forales fiscales. Por otro lado, 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 de las normas forales fiscales, queda residenciado en exclusiva en el Tribunal Constitucional.

Esta exclusividad – por la vía del recurso o de la cuestión prejudicial- determina la total y absoluta exclusión de su enjuiciamiento por los tribunales ordinarios, puesto que, de acuerdo con la nueva Disposición Adicional Quinta 1 y 2 LOTC y los artículos 9.4.1 y 3 d) LJCA, 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 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, por lo que no se comparte en este extremo la tesis al respecto mantenida por el Abogado del Estado.

Con expreso apoyo en la STC 96/2002, de 25 de abril, por parte del ejecutivo autonómico riojano, las Comunidades recurrentes apelan al *efecto (económico) 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. Tal argumento no debería ser acogido, sin embargo, ya que, por un lado, el efecto frontera con Navarra no se ha traducido todavía en el reconocimiento de legitimación activa de la Comunidad de la Rioja para interponer el recurso de inconstitucionalidad contra las leyes forales fiscales navarras, que el artículo 32.2 LOTC impide, sin que las Comunidades recurrentes hayan objetadosu inconstitucionalidad ni que les ocasione un perjuicio concreto. Por otro lado, 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 Rioja 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, pues no debería olvidarse a tal efecto que, conforme a la jurisprudencia constitucional (así la STC 26/2008, de 11 de febrero, recuerda que *"Este Tribunal tiene declarado en la STC 175/2001, de 26 de julio (RTC 2001, 175) , que «las personas públicas son titulares, también, del derecho de acceso al proceso», aunque «esta vertiente del art. 24.1 CE (RCL 1978, 2836) sólo tutela a las personas públicas frente a los Jueces y Tribunales, no en*

*relación con el legislador». «Corresponde a la Ley procesal –se continúa afirmando en la Sentencia– determinar, entonces, los casos en que las personas públicas disponen de acciones procesales para la defensa del interés general que les está encomendado. Lógicamente, aquella tarea de configuración legal ha de ejercerse con sometimiento al ordenamiento constitucional, lo que impide no sólo exclusiones procesales arbitrarias, sino incluso aquellas otras que, por su relevancia o extensión, pudieran hacer irreconocible el propio derecho de acceso al proceso. El alcance limitado del art. 24.1 CE en relación con las personas jurídico públicas actúa, según venimos diciendo, respecto del legislador, no en relación con el Juez» (F. 8; en el mismo sentido, STC 311/2006, de 23 de octubre [RTC 2006, 311] , F. 1).*los entes públicos no son indiscrimindamente 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.

Lo hasta aquí expuesto entiende esta parte que ha de bastar para probar la imposibilidad de establecer conexión alguna, siquiera remota, entre el contenido netamente procesal de la LO 1/2010 y las competencias de las Comunidades Autónomas cuyos gobiernos y asambleas han interpuesto los recursos de que aquí se trata, lo que justifica la petición que el Abogado del Estado formula, y esta representación secunda, para que tales recurso sean inadmitidos en sentencia por falta de legitimación activa o, por lo menos, se inadmitan en lo que concierne al apartado 3 de la DA quinta LOTC, por ser el conflicto en defensa de la autonomía foral todavía más ajeno a las Comunidades recurrentes, ya que en él las únicas partes posibles son las Instituciones de los Territorios Históricos y el Estado.

Tercera.- El enjuiciamiento de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Citando la STC 49/2008, de 9 de abril de 2008, FFJJ 3 y 4, apunta el Abogado del Estado que el control que al Tribunal Constitucional le es permitido realizar sobre las modificaciones de la LOTC, y así ha de suceder en el caso de la operada por la LO 1/2010 objeto de los recurso aquí alegados, debe contraerse a los supuestos en que exista un conflicto evidente e insalvable entre la norma examinada y el texto constitucional, pues así lo requieren la función que encomienda a la LOTC el artículo 165 CE y la necesidad de apurar las consideraciones institucionales y funcionales que son propias del control del legislador democrático, 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 sólo si concluye con la constatación de una manifiesta e insuperable contradicción con la CE podrá ser la norma declarada inconstitucional, y es que , como la sentencia citada declara (FJ 4), ""*llevar a cabo un control más intenso no sólo supondría debilitar la presunción de constitucionalidad de cualquier norma aprobada por el legislador democrático, sino que situaría al Tribunal en una posición que no se corresponde con el papel que cumple la reserva contenida en el artículo 165 CE para que sea el legislador quien, a través de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, desarrolle directamente y con vocación de complitud el título IX CE, desarrollo legal al que este Tribunal está íntegramente vinculado*", sin perjuicio de añadir, lógicamente, que "*En todo caso, estas cautelas en ningún caso pueden suponer una renuncia a ejercer el constrol de constitucionalidad que este Tribunal tiene encomendada en exclusiva, puesto que ello nos llevaría a dejar sin garantía jurisdiccional algunos de los preceptos constitucionales que más contribuyen a la realización del principio de supremacía constitucional*"

La observación precedente no ha de tenerse por inoportuna si se pone en relación con los términos en los que se ha planteado la discusión sobre la LO 1/2010, y 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 a la que aquélla se refiere. Nótese a tal efecto que no se trata de una actuación sustancialmente diferente a la inclusión en el elenco de disposiciones susceptibles de ser objeto de 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 (en este sentido la STC 139/1988, de 8 de julio, cuando afirma en relación con el Estatuto del Personal de las Cortes Generales que *"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"*.)

Por lo que concierne 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 Constitucional conoce con naturalidad (Autos 93/2011, de 21 de junio, y 108/2010, de 28 de septiembre y STC 47/2008, de 11 de marzo, entre otros pronunciamientos) sin haber objetado su constitucionalidad.

Cuarta.- Actualización de los Derechos Históricos de los Territorios Forales

Con la finalidad de convencer al Tribunal de la ausencia de fundamento constitucional, y hasta histórico, de las reformas de la LOTC, LOPJ y LJCA efectuadas por la LO 1/2010, los escritos de recurso exponen con aspiraciones de exhaustividad, y lógicamente desde su particular enfoque, los orígenes y evolución del régimen foral, del Concierto Económico y de la autonomía vasca bajo la Constitución de 1978, ocupándose asímismo de la jurisprudencia constitucional sobre la actualización de los derechos históricos prevista en la Disposición Adicional Primera CE y de la del Tribunal Supremo, siquiera no sea la de más actualidad, y siendo citado por todos ellos el 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 *"en todo caso, la facultad de dictar normas con rango de Ley corresponde en exclusiva al Parlamento"*.

Sobre tales materiales concluyen que, debido a la, en su criterio, naturaleza reglamentaria de las normas forales fiscales, la privación 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, por lo que se lesionaría 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, mientras que en 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., por lo que, sostiene, su introducción en la LOTC careciendo de fundamento constitucional que lo justifique entrañaría una arbitrariedad contraria al artículo 9.3 CE.

La contrargumentación ha de comenzar por tanto por el examen de la garantía constitucional de los derechos históricos y su actualización en el espacio delimitado por la Disposición Adicional 1ª CE y el EAPV, lo que acertadamente menciona el Abogado del Estado como *marcos*.

I.- En el plano normativo oportuno será volver sobre las disposiciones constitucionales y estatutarias sentadas al efecto, inciando el recorrido por la Disposición Adicional Primera CE cuando declara que "*La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales*" y que "*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*".

Ya las STC 32/1981, de 28 de julio, y 123/1984, de 18 diciembre, pusieron de manifiesto que la Disposición transcrita, puesta en relación con la Derogatoria 2 CE – "*la actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y los Estatutos de Autonomía*"- preserva la imagen de la foralidad tal y como es percibida socialmente en un tiempo y lugar determinados. 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 por tanto 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 - sin que el proceso de actualización culmine en modo alguno con el Estatuto, que se limita a establecer los criterios generales, de modo que es posible tras el Estatuto continuar la labor de actualización del régimen foral- se erige en un límite para el legislador ordinario, tanto para el estatal como para el autonómico.

Así lo vino a confirmar el Tribunal Constitucional cuando en la STC 76/1988,de 26 de abril, recaída sobre la Ley 27/1983, de 25 de noviembre, de relaciones entre las Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma y los Órganos Forales de sus Territorios Históricos –LTH- afirmó que " *la garantía o, literalmente, el amparo y respeto de los derechos históricos de los territorios forales 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, ejercidos históricamente, en*

forma de derechos subjetivos de corporaciones territoriales, susceptibles de ser traducidos en otras tantas competencias de titularidad o ejercicio respaldadas por la Historia. Como resulta de la misma dicción del párrafo segundo de la Disposición adicional primera C.E., lo que se viene a garantizar es la existencia de un régimen foral, es decir, de un régimen propio de cada territorio histórico de autogobierno territorial, esto es, de su «foralidad», pero no de todos y cada uno de los derechos que históricamente la hayan caracterizado. La garantía constitucional supone que el contenido de la foralidad debe preservar tanto en sus rasgos organizativos como en su propio ámbito de poder la imagen identificable de ese régimen foral tradicional. Es este núcleo identificable lo que se asegura (...), 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 recognoscibles 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".

Ello no obstante, la mera constatación histórica de la preexistencia de una institución y de unas potestades normativas en diversas materias no constituye asidero bastante para que la actualización de esos derechos históricos quede amparada por la CE, pues es necesario, además, su adecuación al nuevo marco jurídico-constitucional y social en el que la actualización ha de realizarse, y ello en cuanto que la Disposición Adicional Primera CE exige que se lleve a cabo "*en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía*", y así lo apunta el FJ 3 de la sentencia sobre la LTH cuando declara que " *la actualización de los derechos históricos supone la supresión, o no reconocimiento, de aquellos que contradigan los principios constitucionales. Pues será de la misma Disposición adicional primera C.E. y no de su legimitidad histórica de donde los derechos históricos obtendrán o conservarán su validez y vigencia*", añadiéndose en dicho fundamento que la actualización incide " *tanto 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 resulta así matizada por la integración de éstas en una estructura más amplia y englobante como es la Comunidad Autónoma del País Vasco, a popósito de lo cual la misma sentencia precisó en su FJ 5 que "En efecto, *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". Esta reestructuración operada por el Estatuto hace que *"el fondo de competencias de raíz histórica no incompatible con los principios constitucionales 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".*

Resulta conveniente recordar aquí que esa actualización efectruada por el EAPV tiene carácter de mínimo, y no ha quedado últimda por aquél, y así lo declara FJ 5 anterior al afirmar su último párrafo que " *El Estatuto de Autonomía lleva a cabo, pues, una labor de actualización de los regímenes forales que supone, y hace posible, la integración de éstos en la nueva estructura territorial española. Tal actualización se lleva a cabo mediante dos vías: Por un lado, reconociendo de forma genérica la existencia de los regímenes forales; por otro, concretando y especificando su contenido mínimo.*"

La nueva configuración estructural que entraña la actualización estatutaria se manifiesta con rotundidad en la asunción por la Comunidad Autónoma de Euskadi de competencias que históricamente habían ejercido los órganos forales como, por ejemplo, las de educación y policía a las que se refieren los artículos 16 y 17 EAPV , así como la adecuación de los elementos caracterizadores del Concierto Económico – artículo 41 EAPV- 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 –artículo 41.2.a) EAPV- 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 caracterización que con ello ha experimentado la imagen tradicional del Concierto Económico y aquella potestad foral pudiera haber topado con el obstáculo, más aparente que real, 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"*. Sin embargo, la contundencia de esa previsión estatutaria, llamada a evidenciar la pervivencia preeminente del contenido de la idea de la foralidad, fue matizada por la STC 76/1988, que aclaró en su FJ 6, que *"Claramente, esta disposición* (el artículo 37.2 EAPV) *no representa -como parecen sostener los recurrentes- que el Estatuto no implica 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, sigue diciendo la STC 76/88, "*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*". (subrayado de esta parte)

Este aspecto bifronte sobre el que se proyecta la garantía contenida en el artículo 37.2 EAPV se confirma a lo largo del propio texto estatutario, por lo que puede el Tribunal Constitucional advertir 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 argumentación indicando en su FJ 6º que "*El 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 inadmisible 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 concluyó afirmando que los términos de este precepto impiden su actualización por el legislador vasco.

A su vez, 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.° y 5.°, y 76/1988).*"

Las indispensables citas de la doctrina del Tribunal Constitucional que aquí se hacen tienen la finalidad de mostrar la tensión existente 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, y cómo la garantía institucional de la foralidad impone una interpretación de esa tensión a la luz de la cláusula contenida en el artículo 37. 2 EAPV.

II.- 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, siendo el primero de los preceptos citados es el artículo 3 EAPV *("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.")* y siguiendo por 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.*"

Continúa el preámbulo con cita del artículo 37 EAPV, que 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 (...)

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 su parte, el artículo 25.1 EAPV, citado a continuación, determina que *"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."* (subrayado añadido) y, finalmente, el artículo 41 1 y 2 a) EAPV,que dispone que *"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." (subrayado de parte)

La progresión de los artículos transcritos y fundamentalmente el contraste entre el 25.1 *in fine* EAPV y el 41.2 a) EAPV permiten concluir sin mayor esfuerzo que una de las competencias a las que se refiere la salvedad– " *sin perjuicio de las competencias de las Instituciones...*"- que hace el primero es, precisamente, la contemplada en el artículo 41.2 a) EAPV –"*establecer y regular, dentro de su territorio, el régimen tributario...*"-. De esa correlación, se sigue también que, tratándose de una competencia que comporta nada menos que el mantenimiento establecimiento y regulación de su régimen tributario específico, las normas a través de las que dicha competencia se ejerza y los órganos competentes para elaborarlas y aprobarlas han de cumplir las exigencias constitucionales que se desprenden 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.

No cabe ocultar que ninguno de los dos preceptos estatutarios reseñados 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 lo cierto es que cuando en este artículo se incluye la cláusula del "*sin perjuicio*" tal salvaguarda solo tiene sentido si se efectúa con respecto a dicha potestad legislativa, pues no es razonable pensar que se refiera ni a la aprobación de los presupuestos ni al impulso y control de la acción del Gobierno Vasco, cuestiones estas últimas a las que resultan ajenas las competencias de los Territorios Históricos que el precepto se encarga de preservar expresamente.

También la llamada del artículo 41.2 a) EAPV a las "*Instituciones competentes de los Territorios Históricos*" presupone que éstos son titulares de la potestad concernida. En cuanto a la configuración y funcionamiento de esas instituciones, el artículo 37.1 EAPV establece que "*Los*

órganos forales de los Territorios Históricos se regirán por el régimen jurídico privativo de cada uno de ellos". Las letras a), b) y f) del apartado 3 de mismo precepto lo confirman al determinar que son competencias exclusivas de cada Territorio la "*Organización, régimen y funcionamiento de sus propias instituciones*", la " *Elaboración y aprobación de sus presupuestos*" y "*Todas aquéllas que se especifiquen en el presente Estatuto*" (como las del artículo 41.2 a) EAPV). Finalmente, el apartado 5 de este mismo artículo establece un importante matiz a propósito del apartado 1, empleando una fórmula similar a la contenida en el artículo 152.1 CE para las Comunidades Autónomas constituidas conforme al procedimiento del artículo 151 CE, al señalar que *"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"* (Subrayado añadido).

Se observa, pues, que esta previsión del artículo 37.5 EAPV supone una modulación significativa de uno de los derechos históricos esenciales, el de autoorganización, que manifiesta una voluntad de otorgar a la Juntas Generales de los Territorios Históricos una naturaleza materialmente paralamentaria y el propósito de garantizar que las instituciones forales competentes a las que se refiere el artículo 41.2 a) EAPV organicen su funcionamiento y desarrollen su función normativa, por supuesto la de carácter 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, porque sólo 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""*. Por eso las Juntas Generales de cada uno de los Territorios Históricos han adoptado 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, lo que sin duda explica el que el Tribunal Supremo, en sentencia de 3 de abril de 2012, califique plásticamente a las Juntas Generales como " **Legislador tributario foral**". (negrilla añadida), sin que resulte necesario, como alguno de los recurrentes pretende, alterar el marco constitucional o estatutario actualmente existente para reconocer a las Juntas Generales tal condición.

Conocido es 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.

Cuarta.- Naturaleza de las normas forales fiscales.

I.- El análisis de esta cuestión no puede hacerse obviando el dato de que, según se declara en el preámbulo de la LO 1/2010, de 19 de febrero, las normas forales " *tienen naturaleza reglamentaria , puesto que la llamada Ley de Territorios Históricos (LTH), de 25 de noviembre de 1983, reserva al Parlamento vasco en exclusiva la facultad de dictar normas con rabgo de ley en su artículo 6.2.*, si bien a continuación no olvida declarar que " *los derechos históricos de los territorios forales, al menos en lo que concierne a su núcleo esencial, no son una cuestión de mera legalidad ordinaria, sino que entrañan, sin duda, una cuestión constitucional*" porque, prosigue, disponen de un "*espacio exclusivo constitucionalmente garantizado, en el que ni las Cortes Generales ni el propio Parlamento Vasco pueden entrar.*" (subrayado añadido).

Es por tanto el preámbulo de la norma recurrida de adverso el que afirma una cosa y la contraria, pues su atribución de carácter reglamentario a las normas forales se ve desmentido por el hecho de que las mismas no pueden ser afectadas por la ley estatal o autonómica, imposibilidad que nunca se daría en el supuesto de que las normas forales fueran esencialmente, como los recurrentes sotienen, reglamentos. No puede por ello aceptarse la pretensión actora de que las normas forales fiscales no son normas primarias porque son jerárquicamente dependientes y están subordinadas a la Ley del Concierto Económico y a las normas que dicte el Parlamento Vasco para la coordinación, armonización fiscal y colaboración entre las Instituciones Forales y las Instituciones comunes de la CAE, por lo que no se vincularían directamente al bloque de la constitucionalidad.

No es ello así, sin embargo, sino que, antes al contrario, existen criterios interpretativos acerca de lo normado en el artículo 6.2 LTH que resultan suficientes para apoyar en ellos la naturaleza material de ley de las normas forales fiscales, comenzando por el hecho de que nada se dice al respecto en el EAPV y que es la misma LTH la que en su artículo 8.1 atribuye a los territorios Históricos cuando actúan competencias exclusivas - como es el caso-, una potestad "*a) normativa, aplicándose las normas emanadas de sus Órganos Forales a cualesquiera otras*" y otra diferente potestad "*b) Reglamentaria*", efectuando así una distinción que niega la

interpretación monolítica que los recurrentes realizan de lo dispuesto en el artículo 6.2, dado que tanto vale este artículo como el artículo 8.1, y de acuerdo con este último es evidente que los Territorios Históricos pueden dictar reglamentos y otros productos normativos que no son reglamentos, pues donde la ley distingue necesario es distinguir. Debe rechazarse en consecuencia la afirmación actora de que las normas forales fiscales han poseído una inequívoca naturaleza reglamentaria hasta que la LO 1/2010 ha transformado su naturaleza en el sentido de elevar su rango normativo atribuyéndoles valor de ley, y ello porque ni lo primero ha sido nunca así pacíficamente ni lo segundo se ha producido.

En este orden de cuestiones, ha de repararse en que el artículo 25.1 EAPV dispone que "*El Parlamento Vasco ejerce la potestad legislativa, aprueba su 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*" (subrayado de esta parte), siendo esta salvedad remarcable 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, 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 de ese mismo Título II, al que pertenece el propio artículo 25 EAPV. Y lo llamativo reside en que parece lógico 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, evidenciando su redacción que cuando éste ejerza esa potestad legislativa ha de observar las competencias forales, todas ellas, incluso aquellas que por su contenido material 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 Histórico 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.

Lo hasta aquí expuesto permite afirmar que el artículo 6.2 LTH no es soporte suficiente por sí mismo para otorgar carácter reglamentario a las normas forales fiscales, puesto que, si se reconociese a la LTH la virtualidad necesaria para ordenar la atribución de potestades legislativas sería tanto como reconocer 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 – el "*núcleo intangible de la foralidad*" de la STC 76/1988-, pudiendo decidir si ese rango es el legal o el reglamentario según su particular criterio, lo que abriría la puerta a que una eventual modificación de dicho artículo se utilizara por el legislador autonómico para atribuir rango formal de ley a las normas forales. Sensato parece, en cambio, pensar que ni siquiera la LTH puede acometer una tarea de esa naturaleza aun cuando cumpla una función cuasi-estatutaria en la articulación del ordenamiento de la Comunidad Autónoma con los de los Territorios Históricos, de manera especial en el orden económico-financiero. Existe, además, un obstáculo de orden competencial porque, según el artículo 149.1.8° 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 en este último caso a las normas de derecho foral o especial*", por lo que no está entre las atribuciones del Parlamento Vasco el conferir o negar el rango formal de ley a las normas forales fiscales, y 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.

II.- Es posible compartir la tesis, de adverso mantenida, según la cual la STC 139/1988, de 8 de julio, dejó sentado que para dilucidar si una concreta disposición posee o no rango de ley es irrelevante a tal efecto su falta de mención expresa en el artículo 27.2 , LOTC siendo dos los rasgos que debe reunir una norma para reconocerle dicho rango, a saber: (1) que se trate de una norma primaria, directamente incardinada y vinculada a la Constitución y, en el caso, al Estatuto de Autonomía, y (2) que la norma provenga de un órgano al que la Constitución o el Estatuto de Autonomía atribuya potestad legislativa, y lo es porque las normas forales fiscales cumplen ambos requisitos para merecer la calificación material de ley.

En efecto, las normas forales fiscales están directamente subordinadas a la Constitución y al bloque de la constitucionalidad, dado que ni desarrollan ni complementan regulación alguna dictada por el legislador, sino que en la configuración de la normativa tributaria propia la Juntas Generales de los Territorios Históricos disponen de la misma libertad de actuación que poseen tanto el legislador estatal como el autonómico, y no se ven constreñidas en el desarrollo de esta tarea por límites contenidos en normas legales distintas de la Constitución, el EAPV y las demás que integran el bloque de la constitucionalidad, luego no cabe negarles el carácter primario sentado como requisito primero. A demás, las normas forales fiscales son aprobadas por las Juntas Generales, las cuales, pese a no ser cámaras parlamentarias en sentido estricto, son innegablemente asambleas elegidas directamente por el cuerpo electoral correspondiente, por lo que cumplen también el segundo de tales requisitos, lo que, unido a la ausencia de subordinación de las normas por ella elaboradas a otras leyes, diferencia sus productos normativos de los que surgen de otros entes dotados de autonomía, los de carácter local o las universidades citadas de contrario,y les confiere una singularidad que ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional en la STC 252/2005, de 11 de octubre, en la que habla de la " *singularidad, en cuanto a su forma y rango, de las normas forales tributarias*", y en la que califica a dichas normas de " *disposiciones normativas que no tienen naturaleza de meros reglamentos de ejcución de la ley estatal*", extremos de alguna manera anticipados en la STS de 3 de mayo de 2001 cuando reconoce (FJ 11º) 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 lo que añade que a través de las Normas Forales las Juntas Generales disfrutan 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*".

Sin dificultad se concluye de lo expuesto que la capacidad que los Territorios Históricos tienen para establecer, mantener y regular su régimen tributario no es idéntica a la que el artículo 133.2 CE atribuye a las Comunidades Autónomas y a las Corporaciones Locales, y esa diferencia

queda patente en la STC 233/1999, ("*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*") al negar valor a un acuerdo municipal como sustitutivo de la ley en materia de reserva de ley tributaria, por entender el Tribunal Constitucional que las leyes a las que alude el artículo 133.2 CE son, no únicamente habilitadoras, sino que "*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)*". La potestad foral es en cambio el resultado de una atribución directa e inmediata que ya se contiene en el artículo 41.2 EAPV de acuerdo con la Disposición Adicional Primera CE, cuyo ejercicio habrá de atenerse lógicamente a las exigencias derivadas de la reserva de ley en materia tributaria.

La precitada STC 139/1988 exige igualmente a efectos de otogar la calificación concernida que las normas de que se trate presenten una fuerza formal pasiva equiparable a las de las leyes , significando esta exigencia que las normas consideradas no pueden ser modificadas o derogadas por otras posteriores, independientemente de su rango, fuera de las leyes de reforma constitucional o estatutaria, naturalmente, de manera que, por ejemplo, la contravención por el Estado de la competencia exclusiva tributaria regulada por las Juntas Generales de los Territorios Históricos acarrearía la nulidad de la norma estatal, cualquiera que sea el rango atribuído a la norma foral contrariada.

No se trata por ello de una cuestión de jerarquía, sino de competencia, y desde este enfoque es de notar 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), cumpliendo con ello el criterio 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), y ello en la medida en la que la potestad normativa tributaria de las Juntas Generales se materializa en normas primarias fruto de un poder normador autónomo en el ejercicio de una competencia exclusiva, que satisfacen además el principio de reserva de ley.

Por lo dicho, no parece correcto afirmar que las normas forales fiscales sean un complemento o desarrollo de la Ley del Concierto o que medie entre aquéllas y ésta una relación de jerarquía, sino que, en su caso, el contraste habrá de llevarse a cabo en relación con los respectivos ámbitos de competencia, al modo en el que se examina la relación entre la ley básica estatal y la autonómica de desarrollo o entre la ley autonómica fiscal y la LOFCA, en los términos en los que se pronunció la STC 163/1995, de 8 de noviembre, por lo que cualquier cuestión relativa a las relaciones entre el sistema tributario del Estado y la regulación tributaria establecida en las normas forales fiscales conducirá siempre a un juicio de constitucionalidad, y no de legalidad.

En consecuencia, el cumplimiento por las normas forales fiscales de los requisitos que para su control por el Tribunal Constitucional exige la STC 139/1988, y el disponer de un ámbito de regulación resistente a las leyes estatales o autonómicas que intenten desconocerlo, da pleno sentido al control exclusivo de las mismas por el Tribunal Constitucional actuando las previsiones contenidas en el artículo 161.1.d) CE

III.- La necesidad del control exclusivo que se acaba de mencionar en el párrafo precedente ya la puso de manifiesto el Tribunal Supremo en Sentencia de 9 de diciembre de 2004, al advertir que el control contencioso-administrativo de las normas forales fiscales habría de mantenerse " *en tanto no se produzca una reforma de la Ley Orgánica del Tribunal* (Constitucional) *que permita residenciar ante este Tribunal la impugnación de las Normas Forales*", no obstante encargarse de precisar que (FJ 9º) "*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*".

A su vez, la STS de 9 de diciembre de 2009, reconoce (FJ 3º) que "*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.*", aclarando inmediantamente después que el art. 44 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no le puede se aplicado a las Juntas Generales " *porque no son Administración Pública cuando actúan su potestad normativa regulando el régimen tributario*", llegando a calificar a las mismas como "*órgano legislativo foral competente*"

La jurisprudencia aquí reseñada – convalidada en lo que concierne a la autonomía de las normas forales por la STS de 3 de abril de 2012, en cuyo FJ Séptimo puede leerse que " *las facultades normativas reconocidas a las Instituciones competentes de los Territorios Históricos por el artículo 2º de la ley del Concierto –mantener, establecer y regular su régimen tributario- hace que las excepciones y limitaciones que, asimismo, establece dicha Ley en sus art´s. 3º y 4º a tal autonomía (...) no pueden interpretarse como obligación de transposición mimética de tipos impositivos, exenciones o bonificaciones fiscales, pues ello convertiría al* ***legislador tributario foral*** *en mero copista o amanuense de los preceptos aplicables en territorio común*" (negrita y subrayado de esta parte)- constata que para el Tribunal Supremo las normas forales fiscales no son disposiciones meramente reglamentarias, sino que pueden ser consideradas como leyes en lo que concierne tanto al cumplimiento de la reserva de ley como a la relación que aquéllas mantienen con las normas que constituyen el bloque de la constitucionalidad, asumiendo que son producto de una opción normativa propia que no desarrolla ni es complemento de la Ley del Concierto, sino manifestación de una libertad de configuración normativa ajena por completo al regulador reglamentario y característica del normador legislativo. Pues bien, la solución a esta aparente contradicción es la ofrecida por la LO 1/2010, que otorga a las normas forales fiscales el mismo nivel de protección jurisdiccional que corresponde las leyes por tratarse de productos normativos que, por la función que cumplen, por el origen, la naturaleza, composición y régimen

de funcionamiento de los órganos que los producen y por su fuerza pasiva, a las leye deben ser equiparadas, respetándose con ello el pincipio de la unidad de la Constitución como criterio interpretativo.

Quinta.- El control de constitucionalidad en la LO 1/2010, de 19 de febrero

I.- El cumplimiento por las normas forales fiscales de las exigencias de primariedad, origen *legislativo* y fuerza formal pasiva igual a las leyes no ha conducido a la entrada de aquéllas entre los actos con fuerza de ley que pueden ser objeto del examen de constitucionalidad de las leyes, pero tales características amparan suficientemente la instauración de los nuevos procesos constitucionales realizada por la LO 1/2010 en aplicación de lo previsto en el artículo 161.1.d) CE, sin que pueda aceptarse la afirmación contraria de que *el legislador orgánico ha procedido a ampliar el objeto del control de constitucionalidad que puede llevarse a cabo a través del recurso y la cuestión de inconstitucionalidad*, o que ha desnaturalizado éstos al ampliar a normas reglamentarias el objeto de control que el Tribunal Constitucional lleva a cabo mediante tales vías procesales.

Nadie ignora –tampoco las demandas lo hacen- que el Tribunal Constitucional conoce de la conformidad o disconformidad con la Constitución de normas reglamentarias, y también de actos jurídicos singulares, omisiones e incluso simples vías de hecho de los poderes públicos, como pueden ser los procesos relativos al recurso de amparo, el conflicto constitucional de competencias o los procedimientos del Título V LOTC, y que, como argumenta el Abogado del Estado, la ligazón que une todos estos procesos constitucionales es la fundamentación constitucional de las respectivas pretensiones, luego tampoco existiría la imposibilidad sustancial al control por el Tribunal Constitucional de las normas forales fiscales que los actores esgrimen siempre que dicho control tuviera un fundamento constitucional, sin que la atribución combatida de adverso suponga, como los demandates pretenden, quebranto del modelo de justicia constitucional (STC 49/2008), dado que los procesos introducidos por la LO 1/2010 no infringen lo establecido en los artículos 161.1.a) y 163 CE, porque su creación obedece a la posibilidad de innovación que al legislador orgánico le brinda la previsión del artículo 161.1.d) del texto constitucional.

Sin duda, esa facultad de creación que permite ampliar las competencias del Tribunal Constitucional ha de ejercerse respetando la identidad de los procesos constitucionales previstos en la CE y sin desnaturalizar la función que como garante supremo de la norma fundamental le reserva el Título IX CE, lo que sólo podría llegar a suceder en el caso de que se le atribuyeran cometidos que manifiestamente carezcan de relevancia constitucional y atenten contra su papel de guardián de la Constitución, resultando en consecuencia indispensable acudir a la posición ordinamental y a la función de los actos y normas cuyo conocimiento se adjudica al Tribunal Constitucional para comprobar que ni se vacía de contenido ni falsea ni se desdibuja ninguno de los procesos expresamente previstos en la CE. Y ya se puede adelantar con el Abogado del Estado que la nueva Disposición Adicional Quinta LOTC ni desfigura ni desnaturaliza el recurso de inconstitucionalidad ni la cuestión de inconstitucionalidad.

Y es que no existe la desnaturalización reprochada de contrario porque la LO 1/2010 respeta cumplidamente los límites antes señalados en la medida en la 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, siendo por lo demás congruente su establecimiento 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, que dichas normas forales fiscales cumplen, constituyendo en consecuencia una nueva manifestación de perfeccionamiento o actualización del régimen foral de los Territorios Históricos. Téngase a estos efectos en cuenta que la satisfacción del principio de reserva de ley en materia tributaria tiene un alcance especialmente importante para justificar el control exclusivo por el Tribunal Constitucional de las normas forales fiscales si se recuerda, con la STC 58/2004, que *"La depuración del ordenamiento legal, vigente la Constitución, corresponde de forma exclusiva al Tribunal Constitucional"*, y que tal depuración *" adquiere una especial significación en materia tributaria"*.

Por lo dicho, no pueden ser aceptados los adjetivos de *irrazonable* y *arbitraria* que alguna demanda enjareta a la LO 1/2010, y deden desecharse porque a los demandantes se les ha aportado, en éste y en otros escritos, razones que justifican el control de las normas forales fiscales por el Tribunal Constitucional, tanto desde la exigencia de primariedad de tales normas, vía su vinculación directa con el artículo 41.2.a) EAPV, como a ser manifestación de libertad de configuración normativa y no de mero complemento normativo, así como a su innegable fuerza formal pasiva respecto del legislador estatal o autonómico basada en el principio de competencia, junto con la satisfacción por tales normas del principio de autoimposición tributaria en su respectivo Territorio Histórico, igual que las leyes tributarias del Estado en territorio común.

II.- El *vaciamiento* de los procesos constitucionales preexistentes a la LO 1/2010 que se denuncia de adverso no se compadece con el hecho de que ni el objeto ni las partes principales serán los mimos en aquello procesos y en los de nueva creación, pues en el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad se consideran leyes y disposiciones y actos con fuerza de ley, mientras que en el nuevo recurso y en la cuestión prejdicial lo examinado serán exclusivamente las normas forales fiscales, y no cualquier norma foral, siendo así que, en lo que a la legitimación pasiva concierne, la Ley Orgánica recurrida legitima la intervención de las Juntas Generales y de las Diputaciones Forales, lo que no sucede en el recurso o la cuestión de inconstitucionalidad.

Lo que la anterior diferencia de objeto y parte procesales principales no veda es que los elementos del control ejercido por el Tribunal Constitucional en todos ellos sea coincidente, y ello en cuanto que la función de éste consiste en garantizar la supremacía de la Constitución y tal fin emplea como contraste los mandatos constitucionales y los de las leyes que, en el marco de aquélla, se hayan dictado para delimitar las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de estas últimas (artículo 28 LOTC) o, en este caso, la Ley del Concierto Económico, con lo que se sujetan al control del

Tribunal Constitucional todos los posibles vicios de las normas forales fiscales, que siempre serán de inconstitucionalidad.

No puede compartirse por lo expuesto la opinión adversa de que la Ley Orgánica impugnada no crea cauces procesales nuevos, sino que viene a reformar el recurso y la cuestión de incosnticuionalidad para permitir que a través de los mismos la justicia constitucional conozca de las normas forales fiscales, y no es cierta tal afirmación porque la remisión procedimental que el apartado 2 de la Disposición Adicional Quinta LOTC hace a las reglas del Titulo II LOTC no transforma el proceso de recurso o de cuestión prejudicial en el del recurso o la cuestión de inconstitucionalidad, de la misma manera 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). Tal conversión no sucede porque la utilización instrumental del procedimiento que por remisión se hace por parte del nuevo 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, pudiendo decirse lo mismo de la remisión a las reglas sobre la sentencia y las competencias internas del Tribunal.

Así, si bien ha quedado apuntado líneas atrás, oportuno será reiterar ahora que la atribución al Tribunal Constitucional a través de la LO 1/2010 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, constituye una medida de actualización y perfeccionamiento, 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.

III.- Al corresponder en exclusiva al Tribunal Constitucional el conocimiento de los recursos formulados contra las normas forales fiscales de las Juntas Generales de los Territorios Históricos, ineludible resultaba la modificación del artículo 9.4 LOPJ y 3 LJCA, lo que la LO 1/2010 lleva acabo en su artículo segundo y en su Disposición adicional única, respectivamente, añadiendo en este último caso un a nueva letra d) al artículo 3 LJCA.

Los recurrentes consideran que tal atribución exclusiva y modificaciones legales a las que ha dado lugar son contrarios al artículo 106.1 CE, según el cual "*Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativ. así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican*", y que también vulneran, entre otros, el artículo 24.1 CE al hacer inaccesible su impugnación por los ciudadanos y las instituciones. Sin embargo, necesario es recordar que 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 éstas, excepto 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, siendo así que ni los ciudadanos de La Rioja ni los de Castilla y León

pueden impugnar sus respectivas leyes fiscales, y sólo les cabe intentar suscitar la cuestión de inconstitucionalidad con ocasión de los actos de aplicación de las mismas que les afecten, así como 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 porque lo impide la reserva constitucional a la ley que impera en la materia tributaria (artículos 31.3 y 133 CE).

Hay que insistir una vez más en que si en todos los casos anteriormente relacionados no resulta de aplicación el artículo 106.1 CE es porque en ellos se ventila siempre la corrección de normas que los representantes políticos de la ciudadanía constitucional y estatutariamente previstos aprueban para el establecimiento de los tributos, lo que también sucede en el caso de las normas forales fiscales. Por lo mismo, la LO 1/2010 ha de considerarse respetuosa con los artículos 106.1 y 24.1 CE porque la singular naturaleza de las normas forales fiscales justifica que su control - siempre de constitucionalidad- se reserve al Tribunal Constitucional, puesto que 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 y por ello su control ha de residenciarse ante el mismo órgano, el Tribunal Constitucional, y en análogas condiciones que las que se dan para aquéllas. 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.

Recuérdese con la STC 48/2005 que, para el Tribunal Constitucional, lo determinante para que el artículo 24.1 CE no resulte lesionado es que el control jurisdiccional que se efectúe sobre la norma recurrida 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*". Pues bien, con arreglo a este criterio, no cabe duda de 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).

Se aprecia así que la introducción de los apartados 1 y 2 de la Disposición Adicional Quinta LOTC no vulnera el principio de interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 CE) cuya aplicación al legislador ha sido objeto de importantes matices por el Tribunal Constitucional (SSTC 13 y 45/2007), ya que no ha de dudarse de que la libertad de configuración del legislador democrático, que no es un mero ejecutor de la CE (STC 209/1987), no puede ser constreñida 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), preceptos que tampoco violan los artículos 14, 138 y 139 CE al no establecer ninguna desigualdad ante la ley ni crear privilegios de ninguna clase, a lo que hay que añadir otra vez que la posición jurídica de los destinatarios de las normas forales fiscales en nada se distingue de la que poseen los de las leyes fiscales de las Comunidades recurrentes con respecto a su impugnación.

La LO 1/2010 ha asignado a las normas forales fiscales el control constitucionalmente adecuado a la función que están llamadas a desempeñar, pues ya ha quedado acreditado que son normas de carácter general, anudadas directamente all EAPV-artículo 37.3- y a la Constitución, invulnerables a la ley estatal o autonómica y no sometidas al pincipio de reserva de ley propia de las normas reglamentarias, lo que impide la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la igualdad en la ley, dado que lo esencial es que los intereses y derechos afectados no vean disminuida de manera sustancial su tutela jurisdiccional, con independencia de que sea administrtada por la jurisdicción ordinaria o por la constitucional, siendo constitucionalmente admisible si el control efectuado por el Tribunal Constitucional es suficiente para brindar una tutela materialmente equivalente a la brindada por la jurisdicción contencioso-administrativa.

De la dicción literal del artículo 106.1 CE se deduce que su finalidad 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, por lo que 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). Igual funadmente tiene 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, 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 y recayendo, por tanto, ese control de los tribunales sobre un producto del ejecutivo subordinado a una concreta ley y siendo su enjuiciamiento una cuestión de mera legalidad, supuesto que resulta radicalmente distinta al de la aprobación por las Juntas Generales de los territorios Históricos de sus normas tributarias.

La cuestión vuelve a ser por tanto la de la particular naturaleza de las normas forales fiscales y su posición en el ordenamiento, a cuyo fin, para evitar fatigosas repeticiones, conviene remitirse a lo al respecto consignado líneas atrás en relación con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional que la analizan, particularmente la STC 76/1988, que dan sentido al apartamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa del conocimiento de una normas que son en todo igual a las demás leyes tributarias, excepto en su denominación formal.

IV.-El apartado 3 de la Disposición Adicional Quinta LOTC establece que 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 constitucional y estatutariamente garantizada, conflicto que el preámbulo de la LO 1/2010 declara destinado a resolver un déficit de protección de la foralidad vasca, lo que de adverso se considera que viola el artículo 161.1.a) CE porque, se dice, el recurso de inconstitucionalidad es el único cauce a través del cual cabe impugnar la constitucionalidad de una ley y el conflicto podría finalizar obteniendo una declaración de inconstitucionalidad habiendo sido iniciado por quien no se halla legitimado en la relación de sujetos contenida en el artículo 162.1.a) CE, e implicando en definitiva un privilegio de la autonomía foral frente a la autonomía local que consideran absolutamente injustificado.

En coincidencia plena con lo manifestado al efecto por el Abogado del Estado, hay que decir que los argumentos del recurso no pueden admitirse porque, recurriéndose tanto en el recurso de inconstitucionalidad como en el conflicto en defensa de la autonomía foral normas con rango de ley, las diferencias entre uno y otro no pueden ocultarse, y así : (1) en lo que concierne al objeto, el conflicto sólo puede versar sobre leyes del Estado, excluyéndose las autonómicas; (2) el único motivo en el que basar la impugnación habrá de ser la lesión de *la autonomía foral constitucional y estatutariamente garantizada,*- que desde luego no se reduce a la materia fiscal- con exclusión de cualquier otro motivo de inconstitucionalidad; (3) la legitimación se circunscribe a las Juntas Generales y a las Diputaciones Forales y (4) 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.

Los elementos diferenciadores que han quedado señalados hacen que no pueda hablarse de falseamiento alguno o réplica del recurso de inconstitucionalidad y permiten afirmar que, también en este concreto aspecto, la LO 1/2010 no incurre en vicio de inoconstitucionalidad alguno.

Por lo expuesto

AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOLICITA que, admitiendo este escrito con sus documentos y copias, tenga por personado y parte al Gobierno Vasco y por formulada intervención con las alegaciones precedentes y, previos lo trámites legales pertinentes, dicte sentencia por la que declare la INADMISIÓN del recurso de inconstitucionalidad núm. 3443/2010 y los a éste acumulados, por falta de legitimación activa, y subsidiariamente los INADMITA con respecto al aprtado 3 de la Disposición Adicional Quinta LOTC, DESESTIMÁNDOLO en todo lo demás y, en defecto de todo lo anterior, acuerde la DESESTIMACIÓN ÍNTEGRA de los recursos concernidos.

Es justicia que solicita en Vitoria-Gasteiz para Madrid a tres de mayo de dos mil doce.

EUSKO JAURLARITZA GOBIERNO VASCO
JUSTIZIA ETA HERRI ANTRAZIO SAILA
DEPARTAMENTO DE JUSTICIA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Ltdo. **Manuel Valín López.**