

EL BLINDAJE FORAL EN SU HORA. COMENTARIO A LA LEY ORGÁNICA 1/2010 (*)

JUAN JOSÉ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA

1. EL BLINDAJE FORAL COMO PROPÓSITO DE LA LEY ORGÁNICA 1/2010: PLANTEAMIENTO GENERAL Y OBJECIONES DE CONJUNTO.—2. LAS OBJECIONES CONCRETAS AL BLINDAJE FORAL: A) *Ejercicio exorbitante de control parlamentario.* B) *Régimen foral y sistema constitucional: el Concierto ante el Derecho comunitario.* C) *La Ley que introduce el blindaje foral, ¿modificación inconstitucional de la LOTC?* D) *Intento de modificación encubierta del Estatuto de Autonomía del País Vasco.* E) *La Ley puede suponer una desprotección inconstitucional de los reglamentos, sometidos por imperativo del artículo 106 de nuestra Norma Fundamental al control de los Tribunales.* F) *La Ley como complicación inconveniente del sistema interno de fuentes de la Comunidad Autónoma Vasca.*

1. EL BLINDAJE FORAL COMO PROPÓSITO DE LA LEY ORGÁNICA 1/2010: PLANTEAMIENTO GENERAL Y OBJECIONES DE CONJUNTO

Considero, de partida, que cabe presentar dos graves cargos contra el blindaje foral, como objetivo que persigue la Ley Orgánica 1/2010, por medio de la cual se atribuye el control jurisdiccional de las normas fiscales forales al Tribunal Constitucional y se despoja de él a la jurisdicción ordinaria, creándose asimismo un nuevo proceso constitucional, esto es, el conflicto en defensa de la

(*) Presenté este trabajo como ponencia en la edición de este año de 2010 del Seminario de Sedano, que un grupo de profesores de Derecho Constitucional solemos celebrar cada curso bajo la dirección de los profesores Francisco Rubio y Manuel Aragón. Permítanme que además de agradecer las opiniones de los asistentes reconozca especialmente la deuda de este trabajo con el letrado Edmundo Matía.

autonomía foral de los territorios históricos. Desde mi punto de vista, primeramente, este episodio no hace justicia verdadera a las instituciones constitucionales, que no pueden sacrificarse para la solución de problemas políticos (1), por muy apremiantes que la mayoría gubernamental los considere, lo que sucede en este caso en que una demanda de esta clase da origen quizás a un torcimiento constitucional, al someter a control de constitucionalidad normas que no tienen el rango que el constituyente exige en tal trance. De otro lado, sin duda la materia a que se refiere esta ley, por la que se modifican, como decimos, aspectos bien importantes de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional atinentes al objeto del examen de constitucionalidad, la legitimación para actuar o la creación de un nuevo cauce constitucional, exigen un amplio consenso que rebasa cumplidamente el alcanzado en este caso y que es prudente se logre en los asuntos esencialmente constitucionales.

La segunda objeción gruesa se refiere a la compatibilidad de esta reforma con el sistema foral constitucional, a pesar de su presentación como consecuencia o coronación del mismo. Sucede que el sistema foral por decisión constitucional, según la Disposición Adicional Primera (2), es actualizado por el Estatuto de Autonomía, lo que implica que no pueden cambiarse elementos sustanciales de este sistema, como ocurre en este caso, referentes al tipo de protección jurisdiccional de las normas fiscales, por una vía que no sea la de la modificación estatutaria. El Estatuto de autonomía decidió que las normas fiscales fuesen la manifestación de la potestad tributaria de los Territorios Históricos, que fuesen normas, por tanto, de determinado rango: se pudo haber elegido otro sistema, que previese la intervención de la Comunidad en términos distintos, pero no se hizo así (3).

Lo que no se puede es cohonestar este sistema que atribuye la potestad tributaria a los Territorios Históricos, con un sistema de protección constitucional que *ex constitutione* reserva la tutela del Tribunal Constitucional a las leyes. O

(1) Como resulta sabido el blindaje foral ha sido la exigencia de un grupo parlamentario para dar su apoyo a la aprobación de la Ley de Presupuestos de 2010.

(2) «La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales. La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía.»

(3) La atribución en exclusiva a los Territorios de la potestad normativa fiscal, con una actuación de mera coordinación a cargo de la Comunidad, que no se observa en otras materias (por ejemplo, respecto a policía o educación) se pudo instrumentar de otro modo, admitiendo la intervención de la Comunidad Autónoma, así previendo la aprobación final de las normas fiscales, a propuesta de los órganos de cada territorio histórico y por un procedimiento de lectura única que no permitiera la presentación de enmiendas o verificando su promulgación como decretos-leyes por el Gobierno Vasco.

sí (ordenación actual) o no (modifíquese el Estatuto que reserva la producción de leyes al Parlamento): lo que no se puede sin que sufra la lógica es mezclar los dos modelos que, a mi juicio, es lo que se intenta a través de esta vía de la modificación de la Ley Orgánica.

¿De qué estamos hablando? En síntesis se trata de lo siguiente. La Ley Orgánica 1/2010 que modifica la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, La Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, contiene dos bloques temáticos, reparando en que comprende una materia conexa en lo que afecta a la ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, cuyo rango ordinario se salva. Por una parte, se trata de cambiar el régimen procesal del control de las Normas forales fiscales, de las que se priva a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y se encomienda al Tribunal Constitucional. Para ello se modifica la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (art. 1.º, apartados 1 y 2 —pero no el 3—, art. 2.º y disposición adicional única).

En segundo lugar, se crea un nuevo proceso constitucional: el Conflicto en Defensa de la Autonomía Foral de los Territorios Históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco, modificando la LOTC (art. 1.º, apartado 3.º).

La Ley Orgánica 1/2010 tiene su origen en una proposición de ley del Parlamento Vasco, que sufre modificación en su presentación en el Congreso, al aceptar la Ponencia una enmienda del grupo de nacionalistas y socialistas que parece pretender el establecimiento de un nuevo procedimiento constitucional, utilizando la vía del artículo 161 CE que permite ampliar la competencia del Tribunal Constitucional a nuevas «materias». En efecto, la modificación a la que se procede en la Ley Orgánica 1/2010 tiene su origen en una proposición del Parlamento vasco a la que se añadieron determinadas enmiendas de los grupos parlamentarios socialista y nacionalista vascos, acogidas por la Ponencia. Estas enmiendas pretendían oscurecer la naturaleza de la proposición de ley presentada, de acuerdo con las motivaciones de dichos textos y las intervenciones parlamentarias de los enmendantes en la Comisión Constitucional y en el Pleno del Congreso, que planteaban la iniciativa como una ampliación de la competencia del Tribunal Constitucional de acuerdo con el artículo 161.1.d) CE, para conocer «de las demás materias que les atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas». Esta actitud apuntando a la creación de un nuevo proceso constitucional mostraba quizás dudas sobre la constitucionalidad de la vía emprendida.

De esta causa no queda ni rastro en la Ley. Ni en su texto ni en el Preámbulo hay alusión a la pretensión de crear a través de la norma un nuevo procedimiento

constitucional para el control específico de las normas forales, algo bien difícil de alcanzar cuando ni la legitimación ni la tramitación ni los efectos de la Sentencia en el caso de que se lleve al Tribunal una norma foral la norma difieren de lo establecido para el recurso o la cuestión de una ley ordinaria. Por ello finalmente la Ley sobre el blindaje foral puede entenderse correctamente como una modificación de la LOTC ampliando el objeto del control del recurso y la cuestión a las normas forales fiscales. En efecto: con la incorporación a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de la disposición adicional quinta, 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, introduciendo entre las normas susceptibles de impugnación mediante esas vías procesales a las normas forales fiscales vascas. Es cierto, con todo, que queda algo de confusión, pues la modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no se presenta referida al artículo 27, como una adición al contenido del precepto, sino que consiste en la introducción en la LOTC de una nueva disposición adicional, la quinta, que se contiene en el artículo 1, apartados 1 y 2, de la Ley Orgánica 1/2010.

2. LAS OBJECIONES CONCRETAS AL BLINDAJE FORAL

En el plano concreto las objeciones al blindaje foral que se acomete el la Ley Orgánica 172010 pueden plantearse en un séxtuplo plano:

A) *Como un ejercicio exorbitante del control parlamentario*

Como ya he señalado, reputo que la modificación llevada a cabo por la LO 1/2010, dado lo que la misma supone para la justicia constitucional, la comprensión de la foralidad o nuestro sistema de fuentes, representa una solución desproporcionada a la crisis política originada por la exigencia de un determinado grupo político para la aprobación de la Ley de Presupuestos del ejercicio de 2010. Parto de la idea de que la Ley de Presupuestos, frente a lo que es convicción compartida entre los agentes políticos tanto del Gobierno como de la oposición, no es la ocasión de la verificación de la confianza política del Gobierno por parte de la oposición, de manera que el ejecutivo no pierde la confianza política porque no saquen adelante los presupuestos. El régimen parlamentario constitucional no se remite a un modelo cualquiera en el que el Gobierno requiere de la confianza parlamentaria que pierde cuando sufre una derrota en un

caso importante, por ejemplo, cuando no se aprueba un determinado proyecto de ley, así, en concreto el de los Presupuestos.

Tenemos, más bien, un sistema en el cual, resumiendo, el Gobierno adquiere el respaldo parlamentario en la votación de investidura, de acuerdo con el resultado electoral, y lo mantiene mientras no lo pierda a través de procedimientos específicos y tasados, esto es, la aprobación de una moción de censura o el rechazo de la cuestión de confianza. Esto explica que en nuestra Constitución se prevea expresamente la prórroga de los Presupuestos anteriores, facultad de la que los Gobiernos, hablemos del central o de los autonómicos, éstos especialmente, han hecho uso frecuente.

En esta línea es conveniente reparar en lo que sucede en algunos otros sistemas parlamentarios. Así en el Reino Unido se entiende que el Gobierno dispone de la confianza parlamentaria y la oposición no aprovecha los presupuestos para derrocar al Gobierno. En Italia, no se da la significación de exigencia de responsabilidad política a la votación de los Presupuestos, a no ser que el Gobierno anude la votación de los mismos a una cuestión de confianza (4).

Naturalmente la consecuencia de las consideraciones anteriores que proponen una observancia estricta de los términos con que se configura entre nosotros la exigencia de la responsabilidad política, hecha no por referencia a un modelo abstracto o deducido del constitucionalismo comparado, sino a la verificación de dicha confianza parlamentaria a través de los procedimientos tasados, no puede ser ignorar la importancia de la Ley de Presupuestos como base del plan político del Gobierno, o desconocer la significación, en tal orden, que implica la desconfianza política o la distancia entre la posición del gobierno o la oposición que el rechazo de los presupuestos por la mayoría parlamentaria muestra. El Gobierno está obligado a someter a aprobación los presupuestos. Esa presentación no es, por tanto, obviamente un mero trámite, sino la ocasión de intervención del Parlamento en la elaboración de una ley. De manera que existe la obligación jurídica de presentar los presupuestos. No puede reputarse lícito el intento del Gobierno de disponer de las partidas de ingresos o la habilitación de gastos a través de decretos-leyes, incorporando en los mismos el contenido, parcial, de los presupuestos que no se han logrado aprobar.

Cierto que la omisión de presentación de los Presupuestos sería difícilmente atacable, pues en términos jurídicos no es defendible ni la utilización del procedimiento del conflicto entre órganos constitucionales, planteable sólo en

(4) Isabel M. GIMÉNEZ SÁNCHEZ, *Las competencias presupuestarias del Parlamento*, prólogo J. J. Solozábal, Madrid, 2008. En especial, capítulo 6, «La función de control parlamentario en materia presupuestaria».

relación con actuaciones (decisiones que supongan indebida asunción de atribuciones (art. 73 LOTC) ni un recurso de amparo por parte de los parlamentarios que pudiesen alegar una vulneración de sus derechos de participación, imputable a la omisión del Gobierno en tal trámite.

B) *Blindaje foral y régimen foral constitucional: forzamiento evidente del foralismo constitucional*

El episodio del blindaje foral supone un forzamiento del encaje constitucional del sistema foral subrayando innecesariamente su especialidad jurídica en un momento, por lo demás, en el que se habían resuelto las dudas sobre la conformidad de la singularidad jurídica del régimen fiscal vasco respecto del orden comunitario europeo.

Conviene señalar, en efecto, que nuestras objeciones al blindaje foral que persigue la Ley Orgánica 1/2010, en modo alguno ponen en cuestión el régimen foral, que reputo un logro importante del sistema constitucional, y que, en lo que aquí interesa, supone el reconocimiento de la potestad normativa de las Juntas de los Territorios históricos. No hubiese sido lógico que la autonomía del País Vasco y de Navarra se estableciese ignorando el sistema foral, «régimen tradicional de autogobierno», como dijese magistralmente el Tribunal Constitucional (STC 76/1986), aunque naturalmente tal reconocimiento hubiese de venir acompañado de la actualización necesaria para adecuarlo al patrón de democracia y descentralización de la Norma Fundamental. Como no se puede ocultar *el constitucionalismo foral*, o la recepción del régimen foral en la Norma Fundamental, que se produce por primera vez en nuestra historia política y que puntúa significativamente el historicismo de la Constitución, viene acompañado del *foralismo constitucional*, que no sólo supone ventajas para el régimen foral, manifiestamente su protección a través de determinadas garantías constitucionales, en especial la Justicia Constitucional, sino también límites para el mismo (5). En lo que importa aquí en relación con el reconocimiento de la capacidad normativa fiscal de los Territorios Históricos a través de las normas forales de sus Juntas, tal capacidad normativa no puede implicar privilegios, contrarios al artículos 14 y 139 CE, o negación de la unidad económica del Estado.

El sistema foral ha sido objeto de abundantes críticas, que no comparto, se refieran a la propia existencia del régimen, que se entiende consolida un privi-

(5) J. J. SOLOZÁBAL, «Constitución y Derechos históricos», en *Nación y Constitución*, Madrid, 2004.

legio contrario al principio de igualdad, o a su fundamentación histórica una tal vez incompatible con las bases exclusivamente racionales o funcionales del moderno constitucionalismo. Más atinadamente se han objetado determinados aspectos del funcionamiento del régimen, se hable del cálculo del cupo, cuyo monto se entiende ajustado a una estimación baja del coste de los servicios que la Administración del Estado lleva a cabo en la Comunidad Autónoma y de la aportación de ésta a los gastos generales del Estado. En ocasiones la crítica se refiere no al resultado del acuerdo que se concreta en el cupo sino a la forma de aprobación de la ley del mismo, negociada sin publicidad y sancionada como ley de artículo único, sin posibilidad de admitir enmiendas en su tramitación.

Pero el cuestionamiento más grave del régimen foral es el que se realiza impugnando ante los tribunales de justicia, el Tribunal Superior del País Vasco, el Tribunal Supremo en apelación, y las instancias europeas, las normas forales fiscales o actuaciones amparadas en ellas. El cuestionamiento de estas actuaciones normativas que, en esencia, rebajan el impuesto de sociedades respecto del tipo común estatal o suponen medidas de incentivación económica, se hace aduciendo infracciones de Derecho comunitario (6). Por ello se requiere considerar con algún detenimiento los avatares del Concierto ante las instancias europeas, hablemos de la Comisión o el propio Tribunal. Es cierto que el Tribunal Europeo no considera anticomunitaria la existencia de regímenes especiales, pero sí que está dispuesto a impedir que, en concreto, el sistema fiscal vasco encubra determinadas prácticas de ayuda pública, consideradas contrarias a la libre competencia y fragmentadoras del espacio económico europeo.

Una conclusión, con todo, es indiscutible: tras la Sentencia del Tribunal de la Unión de 11 de septiembre de 2008 y sus consecuencias, hay que decir que el régimen del Concierto no plantea objeciones de anticomunitariedad. Así se admite la licitud del Concierto como régimen fiscal territorialmente delimitado, siempre que respete la llamada doctrina de las Azores y la unidad económica y fiscal del Estado español, por lo que con esos márgenes las normas forales pueden rebajar en el territorio vasco el nivel común del Impuesto de Sociedades y acordar otros medios de incentivación económica, pues no constituyen medidas de ayuda pública estatal prohibidas por el Tratado o la legislación comunitaria. En efecto, en estos momentos la adecuación del Concierto al Derecho comunitario no suscita problemas, según el fallo del Tribunal de la Unión de 11 de septiembre de 2008, resolviendo varias cuestiones de prejudicialidad, elevadas

(6) Para lo que sigue, I. ALONSO ARCE, *El Concierto económico en Europa*, Oñati, 2010. Y C. PALAO TABOADA, «State Aid and Autonomous Regions: The ECJ's Ruling in the *Basque Country Case*», *Bulletin for International Taxation*, mayo-junio, 2009.

por el Tribunal Superior del País Vasco, ante diversas Normas Forales de los Territorios Históricos, haciendo frente a una Sentencia del Tribunal Supremo de diciembre de 2004, que anulaba diversas medidas referentes especialmente al Impuesto sobre Sociedades, fijando un tipo de gravamen unos puntos por debajo del común del Estado, y otras medidas fiscales incentivadoras de la actividad económica.

Efectivamente es necesario subrayar la centralidad que la adecuación al Derecho comunitario tiene en la afirmación de la regularidad de la actuación de los legisladores de las normas forales. Sobre todo después de que en el año 2000 se acuerda la llamada paz fiscal entre el Estado y las autoridades vascas (en el seno de la Comisión mixta del Cupo), el argumento de la adecuación al Derecho comunitario de las normas forales fiscales es central en la impugnación de las mismas ante el Tribunal Superior del País Vasco y después ante el Tribunal Supremo. En relación con esta problemática conviene dejar sentadas algunas afirmaciones:

a) El choque resulta negativo para los Territorios Vascos cuando quien decide es la Comisión. Me refiero sobre todo al asunto de las vacaciones fiscales, declaradas nulas y que obligan al Estado a compensar a quienes deben devolver las ayudas indebidamente recibidas.

b) La conflictividad jurídica es total como consecuencia de la actitud de las Comunidades limítrofes a la vasca, especialmente de sus Gobiernos, pero sobre todo de sus círculos empresariales y sindicatos. Sin duda, en términos jurídicos se reconoce ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa una legitimación a estos sujetos, bien discutible. Como se sabe, quienes recurren han de aducir un interés legítimo, al resultar afectados por la norma recurrida. La realidad es que las normas impugnadas no alcanzaban negativamente ni al rendimiento económico, ni al nivel de empleo, ni al potencial recaudatorio de las Comunidades en cuestión.

c) Aunque pueda hablarse de cierta incomodidad que se deduce de la universal impugnación de las normas forales por las Comunidades Autónomas limítrofes, y deba denunciarse, como hemos hecho, cierta laxitud a la hora de apreciar la legitimación, lo cierto es que los recursos no conseguían suspender la vigencia de las normas fiscales y ni siquiera efectivamente la anulación de éstas, cuando se produjo, como consecuencia de la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de diciembre de 2004, esa anulación, pues inmediatamente la regulación anulada se sustituía por otras disposiciones con el mismo contenido, las dictara el mismo órgano (Juntas de los Territorios) o quien con los mismos efectos los sustituyese mediante decreto foral (Diputaciones).

Este riesgo, con el alcance que acabamos de mentar, se reduce casi a la nada, después de la Sentencia del Tribunal de la Unión, resolviendo la cuestión prejudicial acumulativa del Tribunal Superior del País Vasco, a que ya nos hemos referido (7).

La conflictividad judicial en relación con el Derecho europeo tiene tres momentos claves.

1.º *Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2004*, que suspende las normas fiscales vascas que rebajaban el Impuesto de Sociedades, porque su contenido debería haber sido comunicado a la Comisión, cuando posiblemente constituían una Ayuda pública. Se trata de una Sentencia, parcialmente estimatoria, que resolvía un recurso de la Comunidad de La Rioja impugnando las normas forales del Impuesto de Sociedades de 1996. El asunto principal era la anulación de las normas porque, presuponiendo que se trataba de ayudas estatales, se había omitido por parte de las instituciones forales el trámite de notificación a la Comisión Europea. Este fallo anulatorio del Tribunal Supremo, repetimos del 2004, anima a recurrir a las Comunidades Autónomas vecinas a la vasca las normas que se dictan en sustitución de las anuladas, que lo habían sido por el motivo formal aludido a que nos hemos referido.

2.º Lo que ocurre es que por ese tiempo tiene lugar la *Sentencia del Tribunal sobre el caso de las Azores, 6 de septiembre de 2006*, que establece la doctrina del Tribunal de la Unión sobre los regímenes fiscales especiales descentralizados. Se trata de una corrección de la Comisión y aun de alguna doctrina manifestada especialmente por el Abogado General Saggio.

La doctrina establecida en la Sentencia de las Azores, que resuelve un recurso de Portugal frente a una decisión de la Comisión anulando la legislación fiscal de la Islas en relación con determinadas exenciones fiscales ante inversiones en tales territorios que después compensaría el Estado portugués, haciendo uso de un fondo de solidaridad, establecía las condiciones de licitud de un régimen territorial fiscal privativo. Según el Tribunal de la Unión, en pleno, estaría permitido tal régimen fiscal siempre que se tratara de una autonomía fiscal constitucionalmente reconocida, que implicase decisiones adoptadas sin

(7) El Tribunal Europeo en esta Sentencia de septiembre de 2008 entiende que las peculiaridades de la regulación del Impuesto sobre Sociedades, rebajando el gravamen del mismo, no constituyen ayudas de Estado encubiertas, y están justificadas en función de la autonomía fiscal de los territorios, y son lícitas, siempre que respeten las exigencias establecidas en la Sentencia sobre el régimen fiscal de las Azores, así como las propias del ordenamiento español, esto es, las referentes a la unidad tributaria del Estado y al espacio libre económico español.

intervención del Estado y cuyas consecuencias económicas no fuesen objeto de compensación directa o indirecta por parte del Estado.

A resultas de esta Sentencia, que parecía adaptable como un guante a la situación del régimen del Concierto, el Tribunal Superior del País Vasco presenta, como decíamos, una cuestión prejudicial, para saber si la impugnación de las normas fiscales vascas ante él, que aducían que constituían ayudas de Estado encubiertas, vista la doctrina comunitaria, que admitía con determinadas condiciones, un régimen fiscal geográficamente localizado, podrían considerarse no ilícitas.

3.º La Sentencia del Tribunal de la Unión de 11 de septiembre de 2008, cuyo contenido ya conocemos, resolviendo diversas cuestiones de prejudicialidad, como decimos, en relación con las normas forales que sustituyen a las anuladas por el Tribunal Supremo en la Sentencia dictada de 2004 una pacífica la cuestión foral y desactiva los conflictos al generar diversas Sentencias del Tribunal Superior del País Vasco desestimando la impugnación de las normas forales, planteadas ante dicho Tribunal. Como advertimos, la Sentencia del Tribunal de la Unión de 11 de septiembre de 2008, confirma plenamente la Sentencia de las Azores y aprecia la condición del régimen fiscal vasco como expresiva de una autonomía institucional, de procedimiento y económica, conforme con el Derecho europeo, por lo que se afirma la competencia de los territorios para regular autónomamente el Impuesto sobre Sociedades.

Tras esta Sentencia el Tribunal Superior del País Vasco dictará diversas sentencias en aplicación de esta doctrina, resolviendo en contra de quienes habían cuestionado las normas forales, y confirmando su legitimidad, negando que tales normas forales constituyan ayudas de Estado por un criterio de selectividad regional y debieran haber sido objeto de comunicación previa a la Comisión Europea para obtener su declaración de compatibilidad con el mercado común antes de su aplicación efectiva.

C) *Infracción directa constitucional en lo que se refiere al control a través del recurso y la cuestión: limitados a leyes y disposiciones normativas con rango y fuerza de ley*

Pero la objeción fundamental a la ley que introduce el blindaje foral, a mi juicio, es que supone una modificación inconstitucional de la LOTC, al abrir el control, a través del recurso y la cuestión, de un tipo de norma, las procedentes de los órganos de los territorios históricos, que no es el objeto de estos recursos, según su configuración constitucional en los artículos 161, 163 y 164 de

nuestra Ley Fundamental. Según nuestra visión, esta ley altera la configuración constitucional del recurso y la cuestión, como procesos que tienen por objeto el control de leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. Evidentemente la norma foral fiscal no es un tipo de fuente con estas características.

No hay que decir que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional procede no sólo a especificar sino a desarrollar la Constitución, de acuerdo con las previsiones de ésta, de manera que el artículo 27 de la LOTC donde se enumeran las normas e instrumentos susceptibles de control en los procedimientos de inconstitucionalidad por la vía del recurso o de la cuestión, hay más que leyes.

Pero lo que no puede la Ley Orgánica es atribuir rango de ley a una norma que no lo tiene. La Ley Orgánica lo que hace es limitarse a declarar, a efectos de conferirle la protección correspondiente, el valor de ley a una determinada norma; se trata, por tanto, obviamente de una función meramente declarativa. Así se deriva de la propia posición del Tribunal Constitucional cuando reconoce en su Sentencia 139/1998, de 8 de julio, valor de ley a una determinada disposición, *El Estatuto del personal de las Cortes Generales*, no incluida expresamente en la relación contenida en el artículo 27.2 de la LOTC.

Las normas forales fiscales no son leyes, que son fuentes definidas exclusivamente, según jurisprudencia constitucional bien conocida (así, STC 95/1994 o STC 73/2000) por su origen o forma, de manera que no existen normas que materialmente sean leyes, sino leyes en sentido formal. No salió adelante, según es bien conocido, el intento de construcción de una idea «material de la ley», asociado a los nombres de Sánchez Agesta o Rubio, como disposición general razonable sobre derechos u obligaciones. No hay, entonces, cabida en nuestro ordenamiento para la distinción entre leyes formales y leyes materiales. En la STC 95/1994, de 21 de marzo, en efecto, FJ 5 se afirma: «puesto que la ley se define por la forma y no por la relación de la materia», y en la STC 73/2000, de 14 de marzo: «dentro del marco de la Constitución y respetando las específicas limitaciones, la ley puede tener en nuestro ordenamiento cualquier contenido». Por tanto, en nuestro ordenamiento, el rango de la norma no lo determina la materia u objeto a que la misma se refiere, sino su procedencia o forma.

Las normas forales no son leyes, pues las Juntas de los Territorios no son órganos parlamentarios, a pesar de su condición democrática. Desde luego la representación democrática no equivale a potestad legislativa: así, los claustros universitarios o los ayuntamientos son órganos democráticos, pero no aprueban leyes. Si no son leyes, las normas forales deben ser reglamentos, que es un tipo de fuente residual, sea su origen administrativo, parlamentario o incluso judicial: *tertium non datur*. Sin alternativa posible, una norma que no es una ley, es un reglamento, que es un instrumento jurídico bien difícil de definir por lo que

hace a la procedencia que determina su rango, a su valor y a su fuerza. Hay, en efecto, como señalábamos, además de reglamentos administrativos, también reglamentos parlamentarios o judiciales, si se acepta esta denominación para los del Consejo del Poder Judicial, que atiendan a su organización. Los reglamentos escapan a veces del control contencioso-administrativo que les es propio (art. 2 LRJAE) porque tal control no haya sido instado, y así llegan al Tribunal Constitucional, como ocurre en el caso de las leyes, cuando son objeto de un conflicto de competencia o incluso cuando se recurren en su caso, en amparo, aunque entonces habrán debido pasar previamente por el control judicial.

Las normas forales fiscales son reglamentos independientes directamente subordinados a la Constitución, la Ley del Concierto y las normas que dicta el Parlamento Vasco para la coordinación, armonización fiscal y la colaboración entre las Instituciones comunes de la Comunidad Autónoma. Ciertamente son normas reglamentarias especiales. Primero, porque a través de ellas se ejerce la potestad tributaria que corresponde a los territorios históricos, como derechos de este tipo que les reconoce la Disposición Adicional Primera de la Constitución de acuerdo con el Estatuto de Autonomía. En efecto, en el ámbito material fiscal correspondiente, y con el límite inevitable del respeto a la igualdad sustancial impositiva y la unidad del sistema fiscal, a través de las normas forales se ejerce una potestad tributaria, de origen constitucional, que integra los derechos históricos constitucionales de los territorios forales. En segundo lugar, las normas forales fiscales son normas con rango de ley que desplazan a la ley del Estado en tal materia o de la Comunidad Autónoma o resisten ante ellas. Así, la fuerza de las normas forales es equiparable a la de la ley, de modo que la norma foral, como corresponde a su fuerza activa, se impone, a la ley autonómica y la estatal. Por lo que se refiere a la fuerza pasiva la norma foral prevalece ante la ley autonómica o la estatal, que no pueden derogarla (8).

Esta fuerza especial no se explica según un criterio de rango, sino por el principio de competencia que, como se sabe, es especialmente útil para explicar las relaciones entre normas pertenecientes a diversos sistemas, pero que sirve también para dar cuenta de las relaciones interordinamentales, se trate de normas de diferente tipo (leyes-reglamento parlamentario) o incluso de normas legales entre sí (leyes orgánicas y leyes ordinarias).

Claro que podría objetarse a mi cargo sobre la inconstitucionalidad de la Ley Orgánica 1/2010, que en realidad los supuestos de control de la constitucio-

(8) Véase exhaustivamente, R. JIMÉNEZ ASENSIO, «El sistema de fuentes del derecho de la Comunidad Autónoma del País Vasco como “ordenamiento asimétrico”», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 47 (II).

nalidad que se contemplan en el artículo 27 LOTC no se refieren sólo a las leyes y disposiciones normativas con rango y fuerza de ley, sino a otro tipo de normas. No obstante, mantengo que estos instrumentos a los que alcanza el control del Tribunal en el recurso y la cuestión no son de naturaleza equiparable a las normas forales fiscales, de manera que la aplicación a las mismas por extensión de tal control no encuentra justificación en dicho precepto. Creo que los Tratados y Reglamentos Parlamentarios, como normas a las que se extiende el examen de constitucionalidad según el artículo 27 LOTC tienen frente a las normas fiscales claro valor de ley.

El carácter legislativo de los Tratados ofrece pocas dudas, si pensamos especialmente en aquellos cuya autorización para su celebración necesita de una ley orgánica o un acto del Estado con fuerza de ley (arts. 94 y 95 CE). Los Tratados de que hablamos tienen valor y rango de ley: derogan las leyes y tienen mayor fuerza pasiva que éstas, pues sólo pueden a su vez ser derogadas, modificadas o suspendidas de acuerdo con sus disposiciones o las normas generales de Derecho Internacional (art. 96.1 CE).

Por lo que hace a los Reglamentos Parlamentarios, la importancia material de estos instrumentos depende del papel que desempeñan: organizan la actuación de un poder del Estado; son la expresión eminente de la autonomía funcional de un órgano o poder estatal. Además, en tercer lugar, desarrollan los derechos de participación política de los parlamentarios. Los Reglamentos Parlamentarios configuran los derechos fundamentales de participación de los parlamentarios, labor que para los ciudadanos llevan a cabo la ley orgánica, constitutivamente, y la ley ordinaria, adjetivamente.

Formalmente los Reglamentos son normas con fuerza y valor de ley. Respecto de lo primero debe tenerse en cuenta que los Reglamentos Parlamentarios, de un lado, desplazan la regulación legal sobre el ámbito material del reglamento, y, en segundo lugar, resisten una intervención reguladora de la ley que pretendiese ignorar la reserva de su dominio, puesto que están sin mediación de ley alguna, directamente infraordenadas a la Constitución, en el caso del Parlamento estatal, y a ésta y al Estatuto de Autonomía en el caso de los Parlamentos autonómicos.

Se explica que, en razón de su peculiaridad formal y material, pueda atribuirse a los reglamentos valor de ley, lo que conlleva su control por parte del Tribunal constitucional, quebrando así excepcionalmente el principio *interna corporis*, como manifestación de la soberanía parlamentaria. Los reglamentos parlamentarios entonces, a pesar de su nombre, son infiscalizables fuera de la Justicia Constitucional.

Parece de lo señalado hasta aquí, que aun admitiendo que el artículo 27 de la LOTC lleve a cabo más un desarrollo que una especificación de la previsión constitucional en torno a la materia normativa objeto del control por parte de los procesos de inconstitucionalidad (recurso o cuestión) a que se refieren los artículos 161 y 164 CE, y consideremos constitucionalmente lícita tal actuación de carácter expansivo, la naturaleza de las normas forales se aparta claramente de los casos que efectivamente comprende la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. En el supuesto de los Tratados Internacionales la autorización de su celebración mediante ley orgánica o acto del Estado con fuerza de ley, así como la fuerza activa y pasiva del tratado, como veíamos, justifica su equiparación a la ley y, por consiguiente, la controlabilidad del mismo por parte del Tribunal Constitucional.

En el caso del Reglamento Parlamentario la dimensión material de la norma y la fuerza y valor de ley de la misma explican la necesidad de habilitar un hueco al control jurídico de la misma. Los reglamentos parlamentarios, lo hemos visto, son expresión de la autonomía parlamentaria, y configuran los derechos fundamentales, al menos de participación, de los parlamentarios. Los reglamentos, de otro lado, en términos que no es necesario repetir, tienen fuerza de ley. Además su control por parte del Tribunal Constitucional responde a la doble exigencia, de al tiempo que garantizar, como integrantes del ordenamiento, su sujeción a la Constitución, también acoger lo que de razonable pueda mantenerse del principio *interna corporis*, manifestación todavía de la soberanía parlamentaria. En cambio, se hace difícil encontrar una justificación equiparable para someter a control del Tribunal Constitucional las normas forales, cuya especificidad innegable, de otro lado, ya hemos considerado.

D) *Modificación encubierta del Estatuto de Autonomía del País Vasco*

A mi juicio, la privación del control de la regularidad de las normas forales fiscales a la jurisdicción contencioso-administrativa supone una vulneración del Estatuto de Autonomía que inequívocamente, si bien no explícitamente, atribuye a tal orden jurisdiccional dicho control. A no ser que la mencionada infracción del Estatuto se prefiriese presentar como una modificación o como una mutación del Estatuto de Autonomía vasco.

En efecto, el artículo 38 EAPV, dentro del Capítulo V que se refiere al control de los poderes del País Vasco, atribuye el control jurisdiccional de las leyes del Parlamento Vasco al Tribunal Constitucional (apartado 1.º), mientras que el de los actos, acuerdos y reglamentos procedentes de órganos ejecutivos y

administrativos corresponde, según el artículo 38, apartado 3.º, a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Entonces, el artículo 39 EAPV queda para el conocimiento de los conflictos de competencia entre la Comunidad Autónoma y los Territorios (que después será objeto de una regulación pormenorizada y satisfactoria en la Ley 13/1994, de 30 de junio, de la Comisión arbitral) (9). Por su parte, el apartado 2 del artículo 38 EAPV remite, quizás innecesariamente, el control de las leyes de desarrollo autonómico del artículo 150.1 CE a lo que en las leyes de delegación estatal se contemple.

Desde luego el objeto del control jurisdiccional que contempla el artículo 38.3 EAPV cuando encomienda a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa la fiscalización de «los actos y acuerdos y las normas reglamentarias emanadas de los órganos ejecutivos y administrativos del País Vasco», puede referirse a normas que no sean forales, tales como ordenanzas municipales o reglamentos de Gobierno, pero sin duda, entre otros actos y normas, las normas forales han de ser controlables por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pues en un Estado de Derecho no caben normas reglamentarias que escapen al control de los tribunales. Puesto que por previsión expresa estatutaria, de acuerdo con la Constitución la fiscalización de las leyes autonómicas compete al Tribunal Constitucional, y ya que las normas forales no emanan de un verdadero órgano legislativo, sino de uno al que residualmente hay que considerar órgano ejecutivo o administrativo, el control de las mismas en cuanto normas reglamentarias, aunque independientes y bien especiales, como vimos, corresponderá, cabe concluir, a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ante la que de acuerdo con el artículo 38.3 EAPV son recurribles.

Si nuestro razonamiento es correcto, cabe afirmar, en consecuencia, que el blindaje foral se lleva a cabo por una modificación de la Ley Orgánica que ha de reputarse inconstitucional, por vulneración del Estatuto de Autonomía, integrante indudable del parámetro de constitucionalidad, de acuerdo con el artículo 28 de la LOTC. De manera que de forma algo llamativa no nos encontramos ante una infracción constitucional autonómica, contraria al Derecho estatal, sino ante una infracción constitucional estatal contraria al Derecho autonómico.

(9) Véase J. LEGUINA VILLA, «La Ley 13/1994, de 30 de junio, reguladora de la Comisión arbitral y el artículo 39 del Estatuto Vasco», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 41 (II), 1995. Trabajo que complementa su imprescindible contribución «Los territorios históricos vascos: poderes normativos y conflictos de competencias», en *Escritos sobre autonomías territoriales*, Madrid, 1984.

E) *Desprotección inconstitucional de los reglamentos, sometidos por imperativo del artículo 106 de nuestra Norma Fundamental al control de los Tribunales*

Como hemos visto, según nuestros planteamientos, la LO 1/2010 sería inconstitucional por hacer objeto de los procedimientos de inconstitucionalidad del recurso y la cuestión a las normas forales fiscales, que no son leyes ni disposiciones normativas con rango y fuerza de ley. Pero la inconstitucionalidad surge, también, porque se le priva a las normas fiscales del control que a los reglamentos atribuye el artículo 106 de la Constitución. Este precepto efectivamente atribuye a los tribunales el control de los reglamentos. Dicho control jurisdiccional no excluye al Tribunal Constitucional que fiscaliza los reglamentos, en su caso, a través del amparo o de los conflictos de competencia, pero ha de incluir necesariamente a los tribunales ordinarios.

No son pequeños los efectos de la exclusión de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa del control de los reglamentos. Reparemos, en primer lugar, en que el control de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa reconoce la legitimación en términos particularmente amplios. Téngase en cuenta que el control por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa extiende el número de los sujetos legitimados para la verificación del control, a todas las personas físicas y jurídicas que ostenten interés, lo que contrasta con el escaso número de los legitimados en el control de las normas por parte del Tribunal Constitucional, ya estemos en el caso del recurso o de la cuestión. Ello es relevante en lo que se refiere: 1.º A la legitimación de las Comunidades vecinas, que no pueden impugnar las normas de otras Comunidades Autónomas ante el Tribunal Constitucional. 2.º A la privación de la oportunidad de exigir el control a los ciudadanos que ostenten un interés directo, pues la legitimación ante el Tribunal Constitucional se contrae a quienes sean parte en un proceso e insten, con éxito, de un juez o tribunal el planteamiento de la cuestión.

En segundo lugar, es diferente, evidentemente, el parámetro del control, en el caso de la situación de la Ley 1/2010, el bloque de constitucionalidad del artículo 28 de la LOTC; en el caso de las normas reglamentarias, el orden de la legalidad. Téngase en cuenta que las normas forales no se encuentran directamente incardinadas a la Constitución, pues han de respetar las leyes intermedias del plano de la legalidad: Ley del Concierto y Leyes Autonómicas de Armonización.

Por no hablar también, en tercer lugar, de las mayores garantías que ofrece en el caso de la jurisdicción ordinaria la posibilidad de suspensión de las normas

forales, si hay apariencia de buen derecho y se causan perjuicios al recurrente de difícil reparación, garantías que, como es sabido, no existen cuando se impugnan las leyes ante la Justicia Constitucional.

Por tanto, resulta difícil de compartir la identificación que se establece en el Preámbulo de la Ley entre controlabilidad (en este caso por la jurisdicción contencioso-administrativa) e inseguridad jurídica. ¿Qué seguridad jurídica puede comprarse al precio de la ilegalidad? La defensa frente a la ilegalidad que asegura la recurribilidad ante la jurisdicción de los reglamentos es la mayor garantía de la regularidad y, por tanto, de una auténtica seguridad. La seguridad no puede cambiarse por la impugnabilidad; por el contrario, la controlabilidad judicial es la garantía de la legalidad o el imperio del derecho.

F) *Complicación absurda del sistema interno de fuentes de la Comunidad Vasca: el Estado constitucional es un sistema complejo pero no complicado y menos confuso*

Una última cuestión a abordar se refiere a la situación interna del sistema de fuentes de la Comunidad Autónoma Vasca que se infiere de la reforma de la Ley Orgánica 1/2010, y que desemboca en una complejidad algo llamativa. Ocurrirá lo siguiente: que habrá normas del mismo rango sometidas a un doble orden jurisdiccional en función de su materia, de manera que mientras se reserva la Jurisdicción Constitucional para las normas forales fiscales, el resto de las normas forales estará sometido a la jurisdicción ordinaria. Sucederá en concreto que las normas forales fiscales estarán sometidas a la Jurisdicción Constitucional, mientras las normas de organización de los territorios, de naturaleza constitutiva, desde el punto de vista material, estarán sujetos a los tribunales administrativos.

Otra situación curiosa se refiere a la suerte de los decretos forales normativos y los decretos normativos de urgencia fiscal, dictados respectivamente por delegación o por motivo de urgencia, que pueden derogar las normas forales fiscales, y sobre cuya suerte jurisdiccional tras la reforma nada se dice en la Ley Orgánica 1/2010, de manera que se producirá el absurdo de que normas que sustituyan a las controlables exclusivamente por la Jurisdicción Constitucional estén sujetas a control contencioso-administrativo.

RESUMEN

Este estudio contiene una crítica a la reciente Ley Orgánica 1/2010, que atribuye innovadoramente el control de las normas forales fiscales vascas al Tribunal Constitucional, detrayéndolas de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, a la que dichas normas se encontraban sujetas, creando asimismo un nuevo proceso constitucional, el Conflicto en defensa de la Autonomía Foral de los Territorios Históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco. A la regulación en cuestión de la LO 1/2010 se le hacen, de una parte, críticas generales, resultantes de la base equívoca de la Ley: determinada idea del control parlamentario que se atribuye a la Ley de Presupuestos y forzamiento del foralismo constitucional. Pero la nueva Ley recibe del autor asimismo críticas más concretas consistentes en la infracción constitucional del tipo de normas capaces del control de constitucionalidad, la modificación encubierta del Estatuto de Autonomía del País Vasco, la desprotección inconstitucional de los reglamentos, produciéndose asimismo finalmente una complicación excesiva del propio sistema interno de Fuentes de la Comunidad Vasca.

PALABRAS CLAVE: régimen foral; control de constitucionalidad; leyes forales fiscales; estatuto de autonomía.

ABSTRACT

This study contains a critique of the recent Constitutional Act 1/2010, which for the first time passes the control of the Basque fiscal regulations (*normas forales*) to the Constitutional Court, removing them from the contentious-administrative jurisdiction to which they were previously subject. It also created a new constitutional process, the Dispute in Defence of the Foral Autonomy of the Historic Territories of the Basque Country Region. There has been widespread criticism regarding this regulation in the Constitutional Act, LO 1/2010 focusing on the equivocal foundations of the Act: a certain idea of parliamentary control that is attributed to the Budget Act, and the forced idea of constitutional differences based on territory («*foralismo*»). But the author also has more specific criticisms of the constitutional infraction of the type of regulations able to establish constitutional control, the covert amendment of the Basque Country's Autonomy Charter, the unconstitutional lack of protection for the regulations, all of which finally lead to excessive complication of the internal system of Sources in the Basque Country.

KEY WORDS: foral regime; constitutional control; foral fiscal laws; autonomy charter.