

La garantía jurisdiccional del Concierto Económico

ENRIQUE LUCAS MURILLO DE LA CUEVA

Abogado. Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad del País Vasco.

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 2009/05/15

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 2009/06/16

Resumen: En este estudio, se plantea cuál es el control jurisdiccional más adecuado para las normas forales, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de las mismas. El autor propone reservar al Tribunal Constitucional con carácter exclusivo el control sobre dichas normas, para evitar un régimen impugnatorio excesivamente abierto, y, por tanto, procurar estabilidad y seguridad jurídica. El problema radica, sin embargo, en la necesaria equiparación de las normas forales a las leyes. Los mecanismos para conseguir dicha equiparación son diversos, y el autor los analiza y enjuicia en profundidad. A su juicio, el instrumento normativo más adecuado pasa por la modificación del artículo 27.2 de la LOTC.

Palabras clave: Normas forales, leyes, control jurisdiccional, Tribunal Constitucional.

Laburpena: Azterlan honetan azaltzen da zein izan daitekeen jurisdikzio-kontrolik egokiena, foru-arauen gainean, arau horien izaera juridiko berezia kontuan hartuta. Egileak proposatzen du Konstituzio Auzitegiari modu eskusiboan erreserbatzea arau horien gaineko kontrola; horrela, saihestu daiteke aurkaratze-araubidea irekiegia izatea, eta, aldi berean, egonkortasun eta segurtasun juridikoak berma daitezke. Arazoa da, edonondik begiratuta ere, foru-arauak legeekin parekatu behar izatea. Parekatze hori lortu ahal izateko, hainbat mekanismo daude, eta egileak mekanismo horiek aztertu eta balioesten ditu, luze eta sakon. Egilearen aburuz, horretarako arau-tresnarik aipose-na da Konstituzio Auzitegiari buruzko Lege Organikoaren 27.2 artikulua aldaraztea.

Gako-hitzak: Foru-arauak, legeak, jurisdikzio-kontrola, Konstituzio Auzitegia.

Abstract: In this investigation, the issue of what is the most appropriate judicial review in respect of provincial regulations; and the taking into account of the legal nature of same is raised. The author proposes to reserve for the Constitutional Court under its exclusive jurisdiction the control of these regulations, so as to avoid an excessively open impugnation of the system and therefore, to procure stability and legal security. The problem, however, lies in the required parity of provincial regulations to the laws. The mechanisms to achieve such parity are diverse, and the author makes an in-depth analysis and examination. In his opinion, the most appropriate policy instrument lies in the amendment of Article 27.2 of the LOTC [Organic Law of the Constitutional Court].

Keywords: Provincial regulations, laws, judicial review, Constitutional Court.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. LA POSIBILIDAD DE RESERVAR AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CON CARÁCTER EXCLUSIVO EL CONTROL DE LAS NORMAS FORALES TRIBUTARIAS. a) La ampliación del objeto de los procesos de examen de la constitucionalidad de las leyes mediante la inclusión en el mismo de las NF. b) La creación de un proceso constitucional ad hoc sobre las NF. 3. VIABILIDAD JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE LA EQUIPARACIÓN DE LAS NF A LAS LEYES A FIN DE GARANTIZAR SU EXCLUSIVO CONTROL POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 4. INSTRUMENTO NORMATIVO IDÓNEO PARA HACER EFECTIVA LA EQUIPARACIÓN DE LAS NF A LAS LEYES. a) La modificación del artículo 6.2 LTH. b) La modificación de la LOTC. 5. LA INTERVENCIÓN LEGISLATIVA DEL PARLAMENTO VASCO DESTINADA A DAR RANGO DE LEY AL CONTENIDO DE LAS NF. a) La recepción formal por ley del Parlamento Vasco del contenido de las NF. b) La formación de un bloque normativo entre una ley del Parlamento Vasco y las NF. 6. A MODO DE EPÍLOGO.

1. INTRODUCCIÓN ¹

Agradezco muy sinceramente la confianza que la Academia Vasca del Derecho ha depositado en mí al invitarme a ser ponente en esta Jornada sobre el Concierto Económico. Lo digo no sólo por la importancia del tema que se me ha asignado, sino, también, por la oportunidad que me brinda para debatir nuevas e importantes cuestiones sobre esta centenaria institución con los colegas y amigos aquí presentes.

¹ Las opiniones que expreso en estas páginas son tributarias de las reflexiones y estudios e intercambios de puntos de vista con expertos que tuve que realizar sobre esta cuestión durante la etapa en la que desempeñé el cargo de Secretario de Régimen Jurídico del Gobierno Vasco a raíz de la STS de 9 de diciembre de 2004 y de los graves problemas de seguridad jurídica que provocó. De entre los especialistas a los que consulté en aquellas fechas, el análisis más profundo y certero fue a mi juicio, el de Manuel Medina Guerrero, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla y gran especialista en la financiación de las Comunidades Autónomas y, en particular, en el Concierto Económico. Este trabajo está directamente inspirado en sus ideas y se sirve en gran medida de sus aportaciones.

Tras las obligadas palabras de agradecimiento, quisiera hacer una breve alusión al título de la ponencia que voy a desarrollar porque, en mi opinión, la expresión “blindaje del Concierto Económico”, aunque ciertamente es muy gráfica, ha tenido eco en los medios de comunicación y se ha utilizado profusamente en el debate político, no es muy afortunada desde el punto de vista jurídico. Lo creo así porque puede dar a entender que lo que se pretende con ella es sustraer al Concierto y, más en particular, a las normas emanadas de las Juntas Generales de los Territorios Históricos que regulan los tributos concretados con el Estado, del control jurisdiccional.

Por ese motivo, prefiero hablar de la garantía jurisdiccional del Concierto Económico, aun a riesgo de que ese título, tomado del utilizado por Hans Kelsen en uno de sus más notables artículos, publicado en París en 1920, “La garantía jurisdiccional de la Constitución”², pueda ser considerado un tanto pretencioso, pero, puestos a elegir, creo que es preferible tomar la referencia de un gran maestro.

Sea como fuere, lo importante es poner de manifiesto que lo que la apelación al “blindaje” o a la “garantía jurisdiccional” del Concierto Económico persigue no es, como decía, eximir a las Normas Forales de cualquier clase de control jurisdiccional sino, precisamente, sujetarlas al que mejor se acomoda a su naturaleza jurídica. Es decir, el examen de constitucionalidad que realiza el Tribunal Constitucional.

Está fuera de discusión, por lo tanto, la sumisión del Concierto a los principios del Estado de Derecho y en concreto al de constitucionalidad. De lo que se trata es de procurar estabilidad y seguridad jurídica con respecto a una fuente del derecho, las Normas Forales, que se ha mostrado enormemente frágil ante los embates que propicia un régimen impugnatorio excesivamente abierto y un control jurisdiccional más

² KELSEN, H., *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, traducción de Rolando Tamayo Salmorán, UNAM, México, 2001, del artículo “Le garantie juridictionnelle de la Constitution”, publicada en la *Revue droit Public*, 1928.

asentado en el examen de los problemas de mera legalidad que en el de constitucionalidad. Y todo ello porque resulta contradictorio e incongruente que se reconozca que las Normas Forales satisfacen el principio de legalidad y cuentan, por ello, con una capacidad de innovación, una fuerza formal activa y pasiva, pareja a la de las normas legislativas y que, al mismo tiempo, no se haya previsto su equiparación a éstas en cuanto a su control jurisdiccional por el Tribunal Constitucional. La consecuencia práctica de esa falta de equiparación formal en el derecho positivo no es baladí ya que conduce a que las Normas Forales sean enjuiciadas como el más simple de los reglamentos administrativos, por los Tribunales de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Así pues, existe una garantía jurisdiccional del Concierto Económico y de las Normas Forales que regulan los tributos concertados, pero es una garantía que, en el caso de éstas últimas, se ha revelado claramente insuficiente no sólo porque ha hecho posible un inusitado nivel de litigiosidad que no se ha registrado, sin embargo, con respecto a las leyes forales aprobadas en Navarra, sino, también, porque ha creado una situación de incertidumbre muy perniciosa en torno a la estabilidad de una materia, como es la tributaria, que afecta a un sinnúmero de relaciones jurídicas y que incide muy directamente en la actividad de las empresas y, por tanto, en la inversión, el empleo y el desarrollo económico. Y si eso es preocupante en momentos de bonanza qué decir cuando la economía mundial está inmersa en una profunda crisis cuya duración y gravedad no se sabe cuál será exactamente pero que se adivina profunda y duradera³.

³ Es preciso aclarar que en esta posición no late la desconfianza hacia el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que es, en mi opinión, la instancia jurisdiccional que mejor ha comprendido la singularidad del régimen del Concierto Económico y que en términos generales ha hecho gala de un gran rigor en sus pronunciamientos, tanto en los favorables como en los desfavorables, sobre la normativa foral en materia fiscal. El problema radica, como se explica en el texto, en los vaivenes registrados en la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo en este delicado terreno, muy especialmente en los últimos años, y, sobre todo, en la inestabilidad que causa la posibilidad de que cualquiera pueda impugnar las Normas Forales tributarias. Por último, y esto es lo más importante, considero

En realidad, el problema de fondo radica en la dificultad que todavía se aprecia para lograr la inserción de la peculiar organización institucional de los Territorios Históricos y del sistema de fuentes de los mismos en la estructura territorial de la Comunidad Autónoma del País Vasco y del propio Estado que deriva del reconocimiento y amparo de los derechos históricos de los territorios forales que realiza la Disposición Adicional Primera CE. Una organización que se reproduce en cada uno de los Territorios Históricos y que reúne las notas características del sistema de gobierno parlamentario pero sin que se reconozca a las Normas Forales, que las Juntas Generales elaboran y aprueban conforme al procedimiento parlamentario, el rango o la fuerza de las leyes y con ello el régimen de su justiciabilidad exclusiva ante el Tribunal Constitucional. Es más, esa posibilidad ha sido temprana y expresamente negada por el artículo 6.2 de la Ley 27/1983, de 25 de noviembre, sobre Relaciones entre las Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma y los Órganos Forales de los Territorios Históricos (LTH)⁴ y, por ello, se ha residenciado su control en la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Por estos motivos y a fin de dar adecuar las normas administrativas y procesales de carácter general a la realidad institucional de los Territorios Históricos, se impulsaron, entre 1998 y 1999, diversas modificaciones normativas que han afectado a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP), la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (JCA) y a la Ley Orgánica, 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC)⁵. Sin embargo, las previstas para la inclusión de las Normas

apropiado atribuir el monopolio de rechazo de las citadas Normas Forales tributarias al Tribunal Constitucional porque su control no es una función de examen de la legalidad sino de estricta constitucionalidad.

⁴ Este precepto dice que “En todo caso, la facultad de dictar normas con rango de Ley corresponde en exclusiva al Parlamento.”

⁵ *BOCG*, Serie II, Proyectos de Ley, de 10 de diciembre de 1999.

Forales entre las disposiciones que sólo pueden ser enjuiciadas por el Tribunal Constitucional, no cuajó debido a la quiebra que se produjo en la relaciones entre el EAJ/PNV y el PP a raíz de la ruptura unilateral de ETA en diciembre de 1999 de la tregua declarada en 1998.

La falta de culminación de la modificación de la LOTC creó una situación anómala pues la redacción actual de la LJCA da a entender que las Normas Forales están excluidas de su ámbito de aplicación pero, al no existir ningún otro control jurisdiccional sobre ellas, en particular el del Tribunal Constitucional, están en una especie de limbo jurídico que conduce a ratificar la jurisdicción de los tribunales de lo contencioso-administrativo sobre ellas.

Con estos antecedentes y en el contexto apuntado, la esperada Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de septiembre de este mismo año, sobre cuyo contenido y consecuencias han versado las ponencias de quienes me han precedido en el uso de la palabra, ha contribuido a despejar las dudas que algunos albergaban sobre la plena compatibilidad del Concierto Económico con el Derecho Comunitario Europeo sin perjuicio, claro está, de que las Normas Forales, como las leyes de cualquier Estado miembro, puedan contener eventualmente disposiciones contrarias a aquél. Es decir, que el hecho de que los sistemas tributarios forales limiten su espacio de validez a una parte del territorio estatal no determina que sus disposiciones fiscales sean, por definición, territorialmente selectivas.

La STJCE citada es producto de la mentada litigiosidad a la que se han visto condenadas las Normas Forales de los Territorios Históricos en relación con el impuesto de sociedades y más en particular la fijación de unos tipos impositivos diferentes a los establecidos por el Estado en territorio común. El procedimiento que ha desembocado en la cuestión prejudicial que la STJCE ha resuelto fue promovido por unas instituciones públicas y privadas (Comunidades Autónomas vecinas y determinadas organizaciones empresariales y sindicales). Instituciones y particulares que no

podrían haberlo hecho frente a las leyes de la Comunidad Foral de Navarra pues están protegidas de tales maniobras merced al estricto régimen impugnatorio de las normas con rango de ley que establecen el artículo 162.1 a) CE y 27 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) de acuerdo con el artículo 161.1 a), en relación con el 153 a) LOTC, en cuya virtud dichas leyes sólo son enjuiciables por el supremo intérprete de la Constitución a instancia de una nómina muy reducida de sujetos legitimados para ello entre los que no están aquellos.

La STJCE de 11 de septiembre de 2008 constituye, por lo tanto, una muestra de hasta dónde puede llegar a ser cuestionado el Concierto Económico como sistema de relación entre el Estado y la Comunidad Autónoma del País Vasco y, por ello mismo, hace más necesario si cabe adecuar la justiciabilidad de las Normas Forales de los Territorios Históricos (NF) a su naturaleza legislativa a través de las actuaciones en el ordenamiento positivo en vigor que sean precisas. Una adecuación cuya necesidad se viene a confirmar con la argumentación de la STJCE pues si bien ésta prescinde, como es lógico, de la forma jurídica y del rango de las normas de Derecho Interno que debe analizar para aplicar el Derecho Comunitario no es menos evidente que cuando desarrolla el contenido que han de tener la autonomía política, la autonomía procedimental y la autonomía financiera de las que debe gozar el sistema que emane las normas cuestionadas para que pueda tener la consideración comunitaria de sistema tributario general, no hace sino perfilar un tipo de fuente del Derecho que en nuestro ordenamiento se corresponde con la ley. Es cierto, que la STJCE no lo dice expresamente, entre otras cosas porque ni lo puede ni lo debe hacer, pero también lo es que la libertad de configuración normativa que implica establecer regulaciones tributarias diversas y, en especial, tipos diferenciados de los impuestos sólo está al alcance de las normas con rango o fuerza de ley.

Tras las consideraciones anteriores, que por conocidas no dejan de ser oportunas, me ocuparé de las siguientes cuestiones:

- La posibilidad de reservar en exclusiva al Tribunal Constitucional el control jurisdiccional de las NF.
- La viabilidad jurídico-constitucional de la equiparación de las NF a las leyes.
- El examen del instrumento o instrumentos normativos idóneos para hacer efectiva esa equiparación.
- El estudio de otras alternativas distintas a la atribución del rango de ley a las NF como la intervención del Parlamento Vasco para lograr el mismo resultado.

No trataré, sin embargo, por exceder de los límites de este trabajo, de otra vertiente de la garantía jurisdiccional del Concierto Económico como es la legitimación activa de las Instituciones Forales ante el Tribunal Constitucional para la defensa de la foralidad. Por los mismos motivos, tampoco se tratará de la garantía que representa en el ámbito interno de la Comunidad Autónoma del País Vasco la existencia de la Comisión Arbitral creada de acuerdo en el artículo 39 EAPV.

2. LA POSIBILIDAD DE RESERVAR AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CON CARÁCTER EXCLUSIVO EL CONTROL DE LAS NORMAS FORALES TRIBUTARIAS

Como es sabido, el artículo 161.1 CE, tras atribuir expresamente al Tribunal Constitucional el conocimiento del recurso de inconstitucionalidad, del recurso de amparo y de los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas, contiene en su letra d) una cláusula residual que permite ampliar las funciones del supremo intérprete de la Constitución a *“las demás materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas”*.

A primera vista, este precepto ofrece un cauce idóneo para resolver el problema que nos ocupa pues bastaría con atribuir al Tribunal Constitucional

una nueva competencia consistente en enjuiciar las NF. No obstante, pese a la aparente facilidad de la operación, el empeño se enfrentaría a serias dificultades que afectarían no solo a dicha atribución sino, también, al modo en que habría de articularse normativamente.

En efecto, la amplitud del enunciado transcrito, en la medida que está referido a la disciplina de un órgano constitucional de la importancia del Tribunal Constitucional, debe ser objeto de una interpretación ajustada al sistema de justicia constitucional instaurado por la CE. De otro modo, podría abrirse la puerta a la asignación al Tribunal Constitucional de cualesquiera nuevas competencias, tengan o no la necesaria relevancia constitucional que lo justifique, y a incrementar su ya abultada carga de trabajo en perjuicio de las funciones directamente atribuidas por la CE. Asimismo, una lectura maximalista del artículo 161.1 d) CE equivaldría a reconocer al legislador orgánico una capacidad de reordenar y de modificar los términos en los que la misma CE ha configurado directamente las funciones del supremo intérprete de la CE. Por ello, la utilización de este cauce para conferir nuevas competencias al Tribunal Constitucional, como sería la relativa al control de las NF, tiene su límite infranqueable en la configuración de dicho órgano constitucional en el Título IX CE y, más específicamente, en la de las funciones expresamente previstas en los artículos 161.1 a) y 163 CE.

Teniendo en cuenta lo dicho y que el propósito que anima a la propuesta de encomendar al Tribunal Constitucional el control de las NF solo se satisfará si tal encomienda lo fuera en exclusiva, es decir, sustrayendo su enjuiciamiento a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, caben, en principio, dos opciones para hacerlo efectivo (a) ampliar el objeto del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad y (b) crear un proceso ad hoc de control de la constitucionalidad de las NF.

Veamos cada una de las dos opciones.

A) LA AMPLIACIÓN DEL OBJETO DE LOS PROCESOS DE EXAMEN DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES MEDIANTE LA INCLUSIÓN EN EL MISMO DE LAS NF

Esta alternativa se intentó plasmar en la modificación de la LOTC tramitada en 1999, en la que el Grupo Parlamentario Senadores Nacionalistas Vascos propuso que las NF fueran enjuiciadas a través del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad. La enmienda presentada no prosperó y no se incorporó, por lo tanto, al texto de la LOTC. Su formulación fue muy simple⁶:

“Las Normas Forales emanadas de las Juntas Generales de los Territorios Históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco serán enjuiciadas a través del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad regulados en el Título II de la presente Ley Orgánica, quedando excluida la jurisdicción contencioso-administrativa del conocimiento de las mismas. (...)”

La sencillez aparente de la extensión propuesta encuentra un serio obstáculo en el mismo enunciado del artículo 161.1 a) CE y, sobre todo, en el artículo 163 CE, ya que, el primero hace alusión a las normas *con fuerza de ley* y el segundo a las que tengan *rango de ley*.

Hemos de precisar que, aun cuando, como hemos dicho, cabe sostener que las NF tienen fuerza de ley y así se ha reconocido de manera más o menos explícita por los tribunales, que no han visto dificultad para entender que las NF satisfacen las exigencias de la reserva de ley en materia tributaria, no cuentan, sin embargo, con rango de ley, pues esa cualidad solo la ostentan las normas jurídicas a las que expresamente se les confiere por el ordenamiento de acuerdo con la CE. De hecho, ni siquiera su fuerza de ley ha sido asumida normativamente sino solamente, como decíamos, por la jurisprudencia.

Así las cosas, a falta de dicho reconocimiento formal por una fuente hábil para ello, las NF quizás pudieran beneficiarse de la ampliación del objeto del recurso de inconstitucionalidad –con los imprescindibles ajus-

⁶ BOCC, Serie II, Proyectos de Ley, de 10 de diciembre de 1999.

tes a los efectos de personación de las instituciones forales en el procedimiento- pero no sería posible hacer lo mismo con la cuestión de inconstitucionalidad para la que el artículo 163 CE exige el *rango de ley*. Eso quiere decir que los tribunales de lo contencioso-administrativo podrían seguir enjuiciando las NF y que no se solucionaría por completo el problema que se quiere resolver ya que aunque el Tribunal Constitucional monopolizara el control directo de las NF el indirecto quedaría en manos de los citados órganos judiciales que no estarían obligados a plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

b) LA CREACIÓN DE UN PROCESO CONSTITUCIONAL AD HOC SOBRE LAS NF

Para superar las dificultades expuestas podría pensarse en la configuración *ex lege* de un proceso específico de control por Tribunal Constitucional de las NF, alternativa que cuenta con algunos precedentes que avalarían esta fórmula. Así el control previo de constitucionalidad de las leyes orgánicas y de los Estatutos de Autonomía introducidos en la primera redacción de la LOTC, el conflicto entre órganos constitucionales y el polémico conflicto de defensa de la autonomía local.

No obstante, como antes dijimos, esa operación debe hacerse respetando la identidad de los procesos constitucionales. Por ello, la ampliación del objeto del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad a normas de rango infralegal, sería una réplica o duplicación de procesos ya existentes lo que supondría, como en la primera opción, su desnaturalización. La artificiosa manera en la que se ha introducido el conflicto de defensa de la autonomía local, que ha merecido acertadas críticas de la doctrina (JIMÉNEZ CAMPO, JIMÉNEZ ASENSIO), es un claro ejemplo de la dificultad que entraña el establecimiento de nuevos procesos a fin de sortear en el ejemplo citado la carencia de legitimación activa de las corporaciones locales en el recurso de inconstitucionalidad⁷.

⁷ JIMÉNEZ CAMPO, J., "Política de la constitucionalidad", *REDC*, N° 59, 2000, p. 18. JIMÉNEZ ASENSIO, R., *La ley autonómica en el sistema constitucional de fuentes del derecho*, Marcial Pons, Barcelona 2001, pp. 106 y ss.

La observación anterior tiene pleno sentido en este caso ya que la atribución al Tribunal Constitucional de la exclusividad en el control de las NF debería articularse siguiendo el modelo de los procesos de examen de constitucionalidad las leyes. A ese efecto no habría mayores problemas desde el punto de vista del procedimiento, ya que nada obsta a que el relativo a las NF se remita al establecido para los citados procesos con los ajustes pertinentes en cuanto a las instituciones intervinientes en calidad de partes procesales (los órganos forales). Lo que sí es un verdadero problema es el rango infralegal de las NF que, al igual que en la primera alternativa, se erige en obstáculo insalvable al no poderse articular con respecto a ellas la vía de la cuestión de inconstitucionalidad (STC 36/1991, FJ 4). Y este impedimento es determinante porque, o bien se mantiene la competencia de los tribunales ordinarios para fiscalizar las NF y entonces el Tribunal Constitucional no tendrá el monopolio de su control, sino, únicamente, el de las impugnaciones directas, o, lo que sería más grave, habría que eliminar la jurisdicción de dichos tribunales sobre las NF, hipótesis que privaría a los ciudadanos afectados por las mismas de la posibilidad de cuestionar su adecuación al ordenamiento. Se violaría así, el artículo 24.1 CE de los citados ciudadanos ya que se le estaría negando su acceso a la jurisdicción para obtener una resolución fundada en derecho y, por tanto, su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (STC 166/1986, FJ 14).

3.VIABILIDAD JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE LA EQUIPARACIÓN DE LAS NF A LAS LEYES A FIN DE GARANTIZAR SU EXCLUSIVO CONTROL POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Dado que el obstáculo que impide reservar al Tribunal Constitucional el control de las NF, ampliando el objeto de los procesos constitucionales previstos en la CE o creando uno nuevo que sirva para el mismo fin, es la falta de rango de ley de las mismas es preciso preguntarse si es constitucionalmente posible atribuirles ese rango formal. Si la respuesta fuera

afirmativa se daría solución al problema que nos ocupa. En caso contrario, habría que desistir de la pretensión de lograr la reiterada reserva.

La cuestión planteada dista de ser sencilla pero creemos que hay suficientes argumentos para sostener que la equiparación es factible tal y como explicaremos a continuación.

Los estudios y pronunciamientos jurisdiccionales sobre las NF se han topado siempre con la dificultad de dar una explicación satisfactoria sobre su catalogación como fuentes del Derecho y se han visto forzados a poner de manifiesto su singularidad al situarse a caballo entre las normas legislativas y las reglamentarias. Según dijimos al comienzo, la razón que puede explicar esa dificultad es la peculiar manera en la que se han actualizado los derechos históricos y en particular el Concierto Económico a través de la ley que prevé el artículo 41 EAPV. Tampoco ayuda el absoluto silencio del EAPV sobre el rango formal del Las NF y menos aún la indirecta exclusión de su rango de ley realizada por el artículo 5 LTH.

La consideración de las NF como reglamentos independientes, tempranamente sostenida por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ⁸, o como simples reglamentos que encuentran su habilitación en la Ley del Concierto Económico, que han defendido CORCUERA y GARCÍA HERRERA⁹ es una muestra clara de las encontradas posturas existentes sobre esta cuestión y de la atipicidad de las NF.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo revela, asimismo, los grandes problemas de encaje de las NF en el sistema de fuentes del derecho. Así, la STS de 3 de mayo de 2001, Sala Tercera, Sección Segunda, en un caso referido a la derogación de una bonificación para cooperativas por la

⁸ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Los derechos históricos de los territorios forales*, CEC, Madrid, 1985, p. 145

⁹ CORCUERA ATIENZA, J. y GARCÍA HERRERA, M. A., *La constitucionalización de los derechos históricos*, CEPC, Madrid, 2002, pp. 56 y ss.

Norma Foral de Vizcaya 9/1992, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales, el Alto Tribunal sostuvo (F. J. 11^o) que la Ley de Territorios Históricos reconoce a estos 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)*”. Vienen a configurar unos “*reglamentos autónomos en sentido propio*”. A través de estas Normas Forales, las Juntas Generales disfrutaban de “*la plena capacidad para realizar lo mismo que la Ley tributaria estatal*”, es, pues, “*equiparable dicha capacidad normativa de los Territorios Históricos, en el ámbito de sus competencias a la del legislador estatal*”.

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

No obstante, para que esa observación no implique la equiparación de las NF a las leyes lleva al Tribunal Supremo a advertir que “*en tanto no se produzca una reforma de la Ley Orgánica del Tribunal que permita residenciar ante este Tribunal la impugnación de las Normas Forales, el producto normativo de las Juntas Generales, de carácter reglamentario, ha de estar sometido a los con-*

troles de constitucionalidad y de legalidad de la Jurisdicción-Contencioso-Administrativa, haciendo efectiva las exigencias de tutela judicial (artículo 24.1 CE) y de sometimiento a Derecho de los poderes públicos”.

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

Como puede comprobarse, la jurisprudencia ordinaria sobre las NF sostiene sin fisuras que tienen un rango reglamentario pero que pueden regular algunas materias reservadas a la ley sin que ello suponga la quiebra de ningún principio constitucional. Además, cuando se refiere a su control de legalidad tiene que matizar que no es idéntico al de otras normas subordinadas a la ley pues las NF no son en puridad el complemento indispensable de otras leyes, función característica de los reglamentos, sino que su relación con la ley, en especial con la Ley del Concierto Económico, es de una naturaleza distinta ya que ésta opera como marco delimitador de competencias de modo análogo a lo que ocurre entre las normas que integran el bloque de la constitucionalidad y las leyes. Es decir, adoptan opciones normativas propias, sean iguales, parecidas o muy distintas a las que sigue el legislador estatal en la materia. Es decir, están dotadas de libertad de configuración de acuerdo con la voluntad mayoritaria de las Juntas Generales de las que emanen, libertad de la que no goza el normador reglamentario pues es característica del poder legislativo (STC 194/1989).

Una vez que se ha visto que las NF pueden desempeñar el papel de las leyes y satisfacer la reserva de ley, el siguiente paso es ver cómo puede hacerse para que se les reconozca el rango de las mismas.

4. INSTRUMENTO NORMATIVO IDÓNEO PARA HACER EFECTIVA LA EQUIPARACIÓN DE LAS NF A LAS LEYES

Sin lugar a dudas, el reconocimiento del rango formal de leyes a las NF tendría efectos plenos e inmediatos si se llevara a cabo mediante una reforma constitucional o estatutaria que lo dijera expresamente. Sin embargo, conociendo las dificultades intrínsecas de una medida de ese tipo, derivadas fundamentalmente de la rigidez constitucional y de la superior fuerza formal pasiva que caracteriza a los estatutos de autonomía¹⁰, lo que nos interesa ahora es ver la manera de llegar a un resultado equivalente sin tener que acudir a tan complejos procedimientos.

Comenzaremos con la posibilidad de dar salida al asunto con la modificación del artículo 6.2 LTH.

a) LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 6.2 LTH

Dado que fue el artículo 6.2 LTH el precepto que expresamente dijo que “*En todo caso, la facultad de dictar normas con rango de Ley corresponde en exclusiva al Parlamento*”, cabría pensar que la supresión de esa reserva de parlamento o la precisión de que sólo opera para la regulación de las materias de competencia de las instituciones comunes de la Comunidad Autónoma, sería suficiente para que se pudiera reconocer a las NF el rango legislativo. Aunque, puestos a ello, la manera más clara, directa y efectiva sería aquella que dijera de forma expresa que las NF que aprueban las Juntas Generales de los Territorios Históricos tienen rango de ley.

¹⁰ TRUJILLO FERNÁNDEZ, G., *L.O.A.P.A. y Constitución*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz 1982. Ahora en *Lecciones de Derecho Constitucional Autonómico*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2004, pp. 127 y ss. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, “Las garantías del autogobierno”, *RVAP* n° 73 (II), septiembre-diciembre 2005, p. 236.

Así enunciada, esta alternativa se muestra francamente sencilla y relativamente fácil de llevar a cabo. Sin embargo, como ahora veremos, simplifica en exceso la complejidad del problema que subyace a la previsión del artículo 6.2 LTH porque lo primero que hay que preguntarse es si la reserva que contiene este precepto es algo que el propio precepto constituye *ex novo* o si, por el contrario, le viene dada por otras normas de superior rango y en particular, por el EAPV. En este segundo caso de poco serviría la eliminación del repetido artículo 6.2 LTH y si su supresión se acompañara de la adición de la declaración de que las NF tienen rango de ley incluso podría ser tachado de inconstitucional. El repaso del EAPV resulta, por lo tanto ineludible.

Pues bien, en lo que atañe a las potestades normativas, el EAPV dice en su artículo 25.1 que *“El Parlamento Vasco ejerce la potestad legislativa (...) sin perjuicio de las competencias de las instituciones a que se refiere el artículo 37 del presente Estatuto”*. Salvedad que si bien pudiera interpretarse en el sentido de que dichas instituciones también son titulares de esa potestad en su ámbito competencial, más bien parece que sólo alude a que las leyes del Parlamento Vasco deben respetar el ámbito competencial foral.

El citado artículo 37 EAPV precisa en su apartado 1 que *“los órganos forales se regirán por el régimen jurídico privativo de cada uno de ellos”* (artículo 37.1) y aclara en el 2 que *“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.”* A continuación, el apartado 3 clasifica las competencias exclusivas de los Territorios Históricos” y el 4 determina que les *“corresponderán, asimismo, el desarrollo normativo y la ejecución, dentro de su territorio, en las materias que el Parlamento vasco señale”* Finalmente, el artículo 41.2 a) reconoce a las Instituciones competentes de los Territorios Históricos la potestad de *“mantener, establecer y regular, dentro de su territorio, el régimen tributario”* atendiendo a, entre otros parámetros, a las *“normas que para la coordinación, armonización fiscal y colaboración (...) dicte el Parlamento Vasco”*.

Del conjunto de previsiones estatutarias citadas y especialmente del juego de los artículos 37.3 f) y 41.2 a) EAPV se extrae la conclusión de que las normas que produzcan los Órganos Forales, en el ámbito de sus competencias podrían o incluso deberían tener rango de ley por razón del contenido material de la correspondiente regulación. La reserva de ley en materia tributaria sería el caso más claro. Sin embargo, tal y como venimos señalando desde el comienzo, lo cierto es que el EAPV no reconoce abiertamente la potestad legislativa a los Territorios Históricos, aunque, tampoco, la niega¹¹. Puede decirse, incluso, que la insinúa pero, insistimos, falta el necesario reconocimiento formal. Por eso, seguimos discutiendo esta cuestión.

Así las cosas, el artículo 6.2 LTH parecería limitarse a constatar la falta de atribución de potestad legislativa a los Territorios Históricos derivada del EAPV. Sin embargo, hace algo más ya que contribuye a cerrar toda posibilidad de futuro reconocimiento de la misma. Por lo tanto, su supresión sería una medida conveniente para el propósito de lograr que las NF vean reconocido el rango legal pero no bastaría para que las NF fueran consideradas leyes a todos los efectos.

La razón por la que un mero cambio legislativo no es suficiente para obtener ese resultado radica en que las leyes pueden disponer la deslegalización de parte de su contenido, congelar el rango legal de una regulación concreta o asumir el contenido de normas reglamentarias determinadas preexistentes prestándoles su rango formal. En cambio, no pueden conferir dicho rango con carácter general pro futuro ni indefinidamente a las normas infralegales. De otro modo, se estaría reconociendo al legislador ordinario una función de atribución de potestades legislativas que es materialmente constitucional o estatutaria. Además, de admitirse tal posibilidad en el caso específico de la Comunidad Autónoma del País Vasco, se produciría la paradoja de que sería el Parlamento Vasco el

¹¹ CORCUERA ATIENZA, J. afirma lo contrario en “Consecuencias y límites de la constitucionalización de los derechos históricos de los territorios forales”, *REDC*, núm. 69, 2003, pág. 249.

que dispondría de la competencia para determinar en cada momento el rango formal de las normas emanadas de las Instituciones privativas de los Territorios Históricos, incluso para el ejercicio de las competencias exclusivas, lo que el Tribunal Constitucional denominó “*núcleo intangible de la foralidad*” (STC 76/1988) pudiendo decidir si es el legal o el reglamentario según su particular criterio.

Ni siquiera la LTH puede acometer una tarea de esa naturaleza aun cuando, ciertamente, cumple una función cuasi-estatutaria.

Como es sabido, la LTH tiene un papel de la máxima importancia en el sistema institucional vasco y en la articulación del ordenamiento de la Comunidad Autónoma con los de los Territorios Históricos y, de manera especial, en el orden económico-financiero.

Se dice de la LTH que es una ley que cumple una función estatutaria¹² que complementa el propio EAPV y contribuye de manera muy importante a la vertebración institucional de la Comunidad Autónoma. Pero, a pesar de asumir tan relevante misión, la LTH es, desde el punto de vista formal, una ley más ya que el procedimiento que ha de seguirse para su aprobación y modificación no requiere de ninguna mayoría o trámite especial ni se diferencia en nada de cualquier otra que produzca el Parlamento Vasco. Su fuerza formal activa, su capacidad para innovar el ordenamiento, de modificar y derogar leyes anteriores, y su fuerza formal pasiva, su resistencia a ser modificada o derogada por otra ley posterior, son idénticas a las de las demás leyes¹³. Eso quiere decir, que por muy importante que sea su función estatutaria la LTH carece de una protec-

¹² Así, JIMÉNEZ ASENSIO, R., “El sistema de fuentes del Derecho de la Comunidad Autónoma del País Vasco como ‘ordenamiento asimétrico’, *RVAP* n° 47 (II), 1997, p. 170. La expresión, que el autor utiliza para formar un *bloque de estatutividad* del que formaría parte la LTH, es deudora de la empleada en el contexto de la relación entre ley básica y ley autonómica por GOMEZ FERRER-MORANT, R. (“leyes con función constitucional”), en “Relaciones entre leyes: competencia, jerarquía, función constitucional”, *RAP*, n° 113, pp. 33 y ss.

¹³ Sobre la distinción entre fuerza formal activa y pasiva, ver SANTAMARIA PASTOR, J. A., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Fundación Areces, Madrid, 1988, pp. 547 a 550.

ción especial que garantice su estabilidad, de modo tal que su contenido ha sido objeto de modificaciones explícitas e implícitas por posteriores leyes del Parlamento con el riesgo de que el reparto competencial entre las Instituciones Comunes y las Forales se diseminara en distintas leyes sectoriales que, a su vez, podrían emplear criterios diversos en detrimento de la coherencia del sistema y de la seguridad jurídica, en particular, la de los Territorios Históricos.

Precisamente para paliar ese riesgo y dotar de transparencia a dicho reparto, el artículo 55 de la Ley 13/1994, de 30 de junio, de la Comisión Arbitral, erigió a la LTH en canon de enjuiciamiento para resolver las cuestiones de competencia suscitadas no sólo sobre los proyectos y proposiciones de Norma Foral sino, también, sobre las iniciativas legislativas que se presenten en el Parlamento Vasco. Con ello, lo que se pretende es que, en el caso de que el Parlamento Vasco decida modificar la LTH lo haga expresa y motivadamente insertando las modificaciones en el cuerpo de la misma¹⁴.

En tal sentido, la Resolución 5/2003, de 3 de noviembre, de la Comisión Arbitral, FJ 2¹⁵, haciéndose eco de lo que ya había razonado el Dictamen emitido previamente por la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno Vasco sobre el anteproyecto de ley de ordenación vitivinícola¹⁶, dijo lo siguiente:

¹⁴ Ver COBREROS MENDEZONA, E., “La modificación expresa de la Ley de Territorios Históricos como requisito para reducir las competencias de los órganos forales”, *RVAP*, n° 75, 2006, pp. 49 a 80 y, en especial, los supuestos en los que la CE, el Derecho Comparado y la jurisprudencia comunitaria y constitucional exigen determinados requisitos formales a la ley.

¹⁵ El Ponente fue Andrés Urrutia Badiola y se publicó en el B.O.P.V de 20 de febrero de 2004.

¹⁶ El apartado 65 de dicho dictamen precisó que “a pesar de que el legislador no queda vinculado para siempre a sus propias determinaciones y es libre para cambiarlas cuando lo estime conveniente, no podemos olvidar que la LTH está llamada a desempeñar una función institucional específica como es la distribución de competencias entre las Instituciones Comunes y las Forales. Función que demanda que sus modificaciones sean

“(...) la alteración del esquema de distribución competencial de la LTH, de su contenido material, requiere desde un punto de vista formal una norma con rango de ley dictada por el Parlamento Vasco, que articule de forma directa, expresa y fundada dicha modificación, ya que de lo contrario, la propia LTH se vería desprovista de su propia función de encaje competencial básico en la Comunidad Autónoma del País Vasco. La técnica legislativa para hacerlo factible puede ser variable, desde una disposición general de reforma global de la LTH, título habilitante de una posterior regulación concreta diversa de la hasta entonces existente o una ley singular o sectorial que expresamente delimite la nueva distribución competencial que se propone realizar junto con la modificación del esquema de reparto competencial de la LTH. Solo así se podrán conjugar la seguridad jurídica y el respeto del actual reparto competencial, contenido fundamental de la LTH, con las exigencias de su cambio y adaptación a lo largo del tiempo y la no existencia de mecanismos especiales, desde un punto de vista formal y de jerarquía normativa, para su modificación.”

Como conclusión de lo expuesto entendemos que la LTH sigue siendo una referencia fundamental de la articulación institucional y ordinal interna de la Comunidad Autónoma pero, aunque la Ley y la doctrina de la Comisión Arbitral han contribuido a consolidarla en el sentido explicado, lo cierto es que la LTH no goza de una fuerza formal pasiva superior que la haga indisponible en lo sucesivo para el legislador vasco el cual no sólo no queda vinculado por sus determinaciones sino que puede modificarlas o derogarlas tal y como ha hecho en diversas ocasiones y no siempre de manera explícita. En tal sentido, no está de más recordar que la STC 5/1982, FJ 2, afirmó tajantemente que *“es obvio, una Ley ordinaria no vincula al legislador futuro”* y añadió que las leyes que señalan el contenido de otras posteriores tienen la condición de

siempre directas y expresas y, por lo tanto, debidamente fundamentadas y articuladas. De otro modo se privaría a esa norma de su misión ordenadora. Los artículos 54.2 y 55.6 de la Ley 13/1994, de 30 de junio, por la que se regula la Comisión Arbitral, avalan esta interpretación.” El dictamen citado se puede consultar en el sitio <http://www.lehendakariordetza.ejgu.euskadi.net/r47-15113x/es/ijuridica/cojua/>.

meras orientaciones o recomendaciones que éstas podrán seguir o no sin que ello afecte en nada a su validez.

A todo lo dicho se añade un obstáculo de orden competencial que no ha de pasarse por alto ya que, según el artículo 149.1.8º CE, el Estado tiene competencia exclusiva sobre *“las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas (...) y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto (...) a las normas de derecho foral o especial”*. Excede, por lo tanto, de las atribuciones del Parlamento Vasco conferir o negar el rango formal de ley a las NF si bien el Estado ha de respetar las mencionadas normas de derecho foral o especial, lo que en última instancia remite a la salvaguardia de los derechos históricos de la Disposición Adicional Primera CE y a la necesidad de resolver la discordancia existente entre la general admisión de que las NF puedan regular cuestiones sometidas a estricta reserva de ley con la misma libertad de configuración que ésta pero que no cuenten con la protección jurisdiccional que garantice su función normativa.

b) LA MODIFICACIÓN DE LA LOTC

Dada la inviabilidad de la elevación de rango de las NF como categoría normativa a través de la modificación de la LTH y que el talón de Aquiles de las mismas es de naturaleza procesal, hay que explorar la posibilidad de equiparar su justiciabilidad a la de las normas con rango o fuerza de ley mediante la modificación de la LOTC, que es la norma estatal que regula, de acuerdo con el artículo 165 CE, los procesos de control de constitucionalidad de las leyes. Con ello, a diferencia del intento de operar sobre los procesos constitucionales previstos en la CE y en la misma LOTC que descartamos al comienzo, lo que estaríamos haciendo sería atribuir ese rango explícitamente a las NF, es decir, eliminando el obstáculo que impedía alterar el contenido o la identidad de dichos procesos y superando la reiterada contradicción entre la función ordinamental de las NF y su tratamiento procesal.

Según dijimos más atrás, la única manera de evitar que las NF sigan siendo objeto de control jurisdiccional por los tribunales de lo conten-

cioso-administrativo es atribuirles el rango de ley, requisito inexcusable previsto en el artículo 163 CE para que deba plantearse la cuestión de inconstitucionalidad. Y esa atribución puede hacerla la LOTC en virtud de la habilitación específica que le otorga el artículo 165 LOTC, tal y como ha hecho con otras fuentes del ordenamiento estatal que no son leyes en sentido estricto pero que se han asimilado a ellas a los efectos de su control jurisdiccional exclusivo por el Tribunal Constitucional. Es más, la jurisprudencia del supremo intérprete de la CE ha avalado esa equiparación procesal.

El fundamento teórico de esa operación la encontramos en el conocido trabajo de RUBIO LLORENTE sobre las categorías “*rango de ley*”, “*fuerza de ley*” y “*valor de ley*”¹⁷ elaboradas a la luz de la LOTC y que él califica de meras referencias procesales, que obedecen al designio del legislador del artículo 165 LOTC y no a un imperativo constitucional, y que traen como consecuencia un determinado régimen de impugnación y enjuiciamiento por el Tribunal Constitucional “*que nada dice sobre la naturaleza propia de las normas de las que se predica*”.

En efecto, el examen del artículo 27.2 LOTC, relativo a los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad revela que éstos no se ocupan únicamente de las leyes parlamentariamente elaboradas y aprobadas sino que se aplican también a normas que proceden del Gobierno (decretos leyes y decretos legislativos, aunque para estos se hace la salvedad exigida por el artículo 82.6 CE sobre su control judicial), a los acuerdos con otros Estados u Organizaciones Internacionales, caso de los tratados, y a normas que aprueban las cámaras representativas para sí mismas pero sin proyección *ad extra*, es decir los reglamentos parlamentarios. Y ello sin olvidar la alusión a los *actos del Estado y de las Comunidades con fuerza de Ley* categoría en la que entra el Estatuto de las Cortes Generales como luego veremos.

¹⁷ RUBIO LLORENTE, F, “Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley (Sobre el problema del concepto de Ley en la Constitución”, en *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, CEC, Madrid, págs. 323-324.

A la vista del contenido de este precepto, cabe preguntarse si las NF podrían encontrar en él cobijo que estamos buscando en esa imprecisa categoría de los “*actos de las Comunidades Autónomas con fuerza de ley*”.

Nada mejor para dar respuesta a la anterior pregunta que la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto Personal de las Cortes Generales previsto en el artículo 72.1 CE. Así, la STC 139/1988 justificó que su control se residencia en exclusiva ante el propio Tribunal Constitucional, aunque sea una norma interna o reflexiva que han de aprobar las dos Cámaras que componen las Cortes Generales, rechazando la tesis del Ministerio Fiscal de que no puede sostenerse que sea una “norma con valor de ley o equivalente”, sino más bien una “norma reglamentaria” sujeta al conocimiento a la jurisdicción contencioso-administrativa. El Tribunal dijo en aquella ocasión lo siguiente:

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

Bastaría, en este momento, a los efectos que interesan, con esta sencilla constatación para afirmar que el Estatuto del Personal de las Cortes Generales (y, en principio, también el Acuerdo modificador que ahora se impugna) no es equiparable en manera alguna a las normas reglamentarias, ya que, a

diferencia de éstas, aquél no se halla subordinado a la Ley, sino directamente incardinado y vinculado a la Constitución". (La negrita es añadida)

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

Como vemos, la STC 139/1988 matiza bastante los criterios en virtud de los cuales el artículo 27.2 LOTC ha delimitado objetivamente el ámbito de los llamados procedimientos de declaración de inconstitucionalidad. Por lo tanto, la libertad de configuración del legislador orgánico ex artículo 165 CE no es ilimitada, no tiene en su mano dar la calificación de acto del estado o de las Comunidades Autónomas a cualquier producto normativo sino solamente a aquellos cumplan dos exigencias básicas:

1º.- Que se trate de normas directamente vinculadas a la CE.

2º.- Que gocen de fuerza formal pasiva equiparable a la de las leyes.

Sobre el primero de los requisitos la STC 139/1988 habla expresamente de una reserva formal y material establecida *ope constitutione* a favor de una concreta fuente del Derecho (el Estatuto del Personal de las Cortes Generales) que determina la inmediata y exclusiva subordinación de dicha fuente a la norma constitucional. Esta especial relación, directa e inmediata, entre una norma y la Constitución tienen como consecuencia relevante a los efectos de lo que estamos estudiando, el reconocimiento a la primera de un amplio margen de regulación que tiene como único límite a la segunda.

Desde esta perspectiva, aunque las NF no estén, obviamente, contempladas en la CE, aunque ciertamente derivan de su Disposición Adicional Primera CE se encuentran en una posición similar a las leyes autonómicas, solo indirectamente previstas en el texto constitucional pero equiparadas a las del Estado en cuanto a su capacidad de satisfacer la reserva de ley y a la libertad de configuración que pueden ejercer cuando regulan materias dentro de su ámbito de competencia. Por eso,

el artículo 27.2 c) LOTC las incluye expresamente entre las normas que han de ser objeto del recurso y la cuestión de inconstitucionalidad.

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

De lo expuesto más atrás al hablar de la difícil catalogación de las NF se deduce que, efectivamente, las NF se mueven en un ámbito idéntico al de las leyes, al menos en materia tributaria y que, respetando los límites que señala el artículo 41.2 a) EAPV, gozan de una equivalente libertad de configuración. La Sentencia de 3 de mayo de 2001 viene a afirmarlo cuando dice que:

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

Precisamente porque la relación con el bloque de la constitucionalidad es tan próxima el enjuiciamiento de las NF no es una cuestión de legalidad sino de constitucionalidad. Al igual que las leyes autonómicas que han de observar las bases fijadas por las estatales o las propias leyes del Estado que han de respetar la atribución de competencias a las respectivas Comunidades Autónomas, las NF no se limitan a ejecutar o complementar las leyes, lo que, como dijimos, es la función típica de los

reglamentos, sino que, a diferencia de éstos, orientan su regulación en el marco de las normas del repetido bloque de la constitucionalidad que, por lo general, son abiertas y dan cabida a distintas interpretaciones a fin de hacer posible la alternancia política y de dar cauce al pluralismo político. Eso es, precisamente, lo que, como ha observado MEDINA GUERRERO, ocurre con las leyes tributarias, estatales autonómicas, en relación con la LOFCA.

El segundo de los requisitos de la STC 139/1988 se refería a la fuerza formal pasiva equivalente a la de las leyes que tiene el Estatuto del Personal de las Cortes Generales. Con ello se alude a la especial resistencia que ofrecen ciertas normas a ser modificadas o derogadas por otras posteriores excepto las constitucionales o, en su caso, las del bloque de la constitucionalidad, aunque en este último caso con matices (así por ejemplo, los estatutos de autonomía)¹⁸. Esa resistencia a ser modificadas es el correlato de su fuerza activa o capacidad de innovación del ordenamiento modificando o derogando las preexistentes y, en última instancia, reconduce la cuestión al juego del principio de competencia, tal y como precisa la STC que nos ocupa.

También desde este segundo prisma las NF cumplen con el canon marcado por el Tribunal Constitucional pues cualquier ley estatal o autonómica que pretenda modificar o derogar una NF será inconstitucional por infringir la reserva que en su favor hace el artículo 37.3 EAPV, con los límites ya indicados, y en materia tributaria, el artículo 41.2 a) EAPV¹⁹. Las NF reúnen, por lo tanto, el requisito de la fuerza formal pasiva.

Como conclusión de lo expuesto, cabría entender que las NF pueden estar comprendidas en el artículo 27.2 e) LOTC. Sin embargo, esa inclusión no es del todo clara porque, aunque quepa entender que la alusión a

¹⁸ RUBIO LLORENTE, E., “Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley” ob. cit., p. 323.

¹⁹ Por todos, ver JIMÉNEZ ASENSIO, R., “El sistema de fuentes del Derecho de la Comunidad Autónoma del País Vasco como ordenamiento asimétrico” ob.cit., p. 167.

las Comunidades Autónomas que hace el precepto citado lo es, en el caso del País Vasco, en su sentido de entidad englobante de las instituciones comunes y forales, quizás sea forzar demasiado su enunciado. Máxime si a ello se añade que, según hemos visto, la primera nota relativa a la expresa previsión constitucional, no se cumple formal sino materialmente.

Así pues, parece necesario un reconocimiento explícito en el precepto citado del sometimiento de las NF a los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad. Reconocimiento que cuenta con un fundamento constitucional suficiente a la vista de lo razonado hasta aquí y que debería implicar algunos ajustes en la regulación de dichos procedimientos para dar entrada en los mismos a los órganos de los Territorios Históricos.

Por último, creo que una reforma de la LOTC en los términos propuestos, equiparadas por completo las NF a las leyes a los efectos de su justiciabilidad no habría necesidad de otras reformas, ya sea de la LOPJ o de la LJCA. Tampoco sería imprescindible, aunque sí conveniente, la supresión o modificación del apartado del artículo 6 LTH ya que su matización carecería de eficacia en lo que a la fiscalización jurisdiccional de las NF se refiere.

5. LA INTERVENCIÓN LEGISLATIVA DEL PARLAMENTO VASCO DESTINADA A DAR RANGO DE LEY AL CONTENIDO DE LAS NF

Además de la vía propuesta, se han sugerido otras alternativas que tienen como eje la asunción por el Parlamento Vasco del contenido de las NF para así brindar a las mismas de un escudo protector frente a las impugnaciones de las que son objeto.

De entre esas posibilidades sólo nos ocuparemos brevemente de las dos siguientes:

1ª.- La recepción formal por ley del Parlamento Vasco del contenido de las NF.

2ª.- La formación de un bloque normativo entre una ley del Parlamento Vasco y las NF

a) LA RECEPCIÓN FORMAL POR LEY DEL PARLAMENTO VASCO DEL CONTENIDO DE LAS NF

Como consecuencia de la STS de 9 de diciembre de 2004 se barajó la oportunidad de utilizar una ley del Parlamento Vasco para convalidar las NF anuladas por la misma antes de que adquiriera firmeza²⁰. Aunque, como es sabido, finalmente no se realizó tal operación convalidatoria, quedó en el aire la posibilidad de acudir a ese expediente como solución de futuro que sirviera de alternativa al fallido intento de modificar la LOTC para lograr la equiparación procesal de aquéllas con las leyes.

La idea resultó sugerente para los partidarios de que el Parlamento Vasco asumiera un papel de mayor importancia en la materia fiscal y causó la correlativa preocupación de las Instituciones Forales y de quienes, al igual que ellas, veían peligrar el núcleo esencial de su autogobierno.

Dejando ahora aun lado las encontradas posiciones de unos y otros, interesa valorar jurídicamente la viabilidad de esta propuesta que, todo hay que decirlo, se enunciaba en unos términos que pretendían ser respetuosos con las competencias tributarias de los Territorios Históricos. Así, se sugería que el Parlamento Vasco se limitara a dar forma o vestidura formal de ley a las NF aprobadas por cada una de las tres Juntas Generales. Éstas decidirían el contenido de la regulación y lo aprobarían con toda

²⁰ Ver BOIX PALOP, A., *Las convalidaciones legislativas*, Iustel, Madrid, 2004. En esta magnífica monografía se explica en detalle esta técnica que se utiliza para enmendar decisiones judiciales modificando en un sentido concreto el marco normativo que los jueces han de aplicar y se abordan los problemas que su uso puede generar desde el punto de vista de la separación de poderes, la seguridad jurídica, la retroactividad de las leyes e, incluso, la interdicción de la arbitrariedad del legislador..

normalidad, pero luego el Parlamento recibiría ese contenido y le brindaría la protección procesal propia de las leyes a través de su ratificación sin posibilidad de introducir variación alguna en el contenido de las NF.

La aparente simplicidad de la fórmula plantea, sin embargo, numerosos problemas: ¿Se utilizaría una ley para cada tributo y territorio o valdría una sola para los tres? ¿Cómo se podría coordinar la actividad de las Juntas y del Parlamento para hacer posible las modificaciones y ajustes de la legislación tributaria? ¿Qué ocurriría si el Parlamento se negara a ratificar las NF o ratificara una sí y otras no? ¿La ratificación implica *per se* la derogación de las NF a las que se refiera o las mantiene en vigor? En tal caso ¿Cómo se articula en la práctica la convivencia de dos disposiciones de idéntico contenido pero distinto rango? ¿Cuál de las dos se ha de aplicar por las Haciendas Forales?

Es evidente que la complejidad de la operación requiere hilar muy fino para no provocar una situación todavía peor que la que se pretende solucionar. Al fin y al cabo, una medida legislativa de convalidación como la que estamos afectaría a principios capitales del ordenamiento como la separación de poderes y la reserva de jurisdicción. Por otro lado, para que fuera efectiva, sería preciso dar eficacia retroactiva a la convalidación de la regulación foral y siempre se podría argüir por los opuestos a la misma el uso arbitrario de las potestades normativas implicadas y la quiebra del principio de seguridad jurídica en una materia especialmente sensible como es la tributaria.

Las objeciones apuntadas pueden ser resueltas acudiendo a la jurisprudencia constitucional en la que se hallan ejemplos de utilidad a tal fin. Así, con respecto a la arbitrariedad, la STC 73/2000, relativa a la convalidación mediante la Ley Foral 9/1996 de los vicios de nulidad que habían sido apreciados por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de septiembre de 1995, negó de plano que el cambio de rango de la regulación que supuso la aprobación de la ley citada incurriera en arbitrariedad por ese solo motivo. Por su parte, la STC 273/2000 aceptó la constituciona-

lidad de la Ley catalana 17/1987, que había convalidado el Decreto 11/1983 declarado nulo en primera instancia por la omisión de un trámite preceptivo. Y en cuanto a la irretroactividad prohibida por el artículo 9.3 CE, las SSTC 126/1987, 197/1992 y 173/1996 y 182/1997 han precisado que no opera en materia tributaria por cuanto las normas fiscales no pueden considerarse en modo alguno desfavorables o restrictivas de los derechos individuales ya que su fundamento constitucional autónomo en el artículo 31.1 CE donde se establece el deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos. En cuanto a la seguridad jurídica, el Tribunal ha reiterado que *“no puede erigirse en valor absoluto, pues ello daría lugar a la congelación o petrificación del ordenamiento jurídico existente [por todas, STC 182/1997, FJ 11 b)], ni debe entenderse tampoco como un derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen jurídico-tributario (entre otras, SSTC 6/1983, de 4 de febrero, FJ 2, y 134/1996, de 22 de julio, FJ 3).”* La citada STC 273/2000 ha recordado, además, que no resulta contrario a la Constitución y, en particular a la seguridad jurídica, que el legislador asuma una tarea que anteriormente había encomendado al poder reglamentario, pues nuestro sistema constitucional desconoce algo parecido a una reserva reglamentaria inaccesible al legislativo [SSTC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 21 b), y 18/1982, de 4 de mayo, FJ 3]. De tal suerte que, dentro del marco de la Constitución y respetando sus específicas limitaciones, la ley puede tener en nuestro ordenamiento jurídico cualquier contenido, no estándole en modo alguno vedada la regulación de materias antes atribuida al poder reglamentario (por todas, STC 73/2000, de 14 de marzo, FJ 15). Una seguridad que no se vería afectada por una simple elevación de rango de las NF ya que ésta no supondría alteración del contenido cierto de las mismas.

Pero, sin duda, el principal obstáculo que suscitaba la propuesta que nos ocupan era el competencial porque, desde el punto de vista práctico, una vez que una ley del Parlamento Vasco se adentrara en la materia tributaria el terreno quedaría abonado para que lo hiciera de nuevo en cualquier momento, bien mediante una ley *ad hoc*, bien al hilo de una

regulación sectorial. Y ello aunque se estableciera una reserva de iniciativa legislativa tributaria a favor de las Instituciones Forales.

El riesgo de invasión competencial no se atenuaría, por muy respetuosas que pretendieran ser de las atribuciones forales en materia tributaria, las convalidaciones de las NF que afrontara el Parlamento Vasco. Es incuestionable, en todo caso, que la actuación convalidatoria de dicha Cámara sólo sería posible en la medida que tuviera conferida la competencia para regular la materia. De lo contrario, si faltara el necesario título competencial, tal y como sucede en la realidad, la ley de convalidación sería antiestatutario e inconstitucional por vulneración del artículo 41.2 a) en relación con el 37.3 f) EAPV y la Disposición Adicional Primera CE (STC 76/1988). Dicho en otros términos: el Parlamento Vasco no puede convalidar legislativamente una regulación que él mismo no pueda establecer *ex novo*.

La carencia de título competencial autonómico es, a nuestro juicio, patente e indiscutible a la luz del citado artículo 41.2 a) EAPV en el que la única previsión habilitante de la intervención del Parlamento Vasco es la destinada a la coordinación, colaboración y armonización fiscal, una función que en modo alguno le permitiría llegar a regular por completo los diferentes impuestos. Por ello, con independencia de dónde se ponga el límite de dicha función²¹ es indudable que la mera recepción formal de las NF excedería de la competencia el Parlamento Vasco.

Todas estas razones conducen a la conclusión de que esta vía debe desecharse para lograr el propósito de dar a las NF una protección jurisdiccional equiparable a la que tienen las leyes.

²¹ En mi opinión, del artículo 41.2 a) EAPV se deduce que las leyes de armonización han de ser normas dirigidas a las instituciones forales competentes que son sus destinatarias naturales y no, por lo tanto, a los ciudadanos. Eso significa que su vocación no es la regulación directa de la materia impositiva sino establecer los instrumentos normativos que hagan efectivo el ajuste de las Normas Forales a los fines de la ley armonizadora.

b) LA FORMACIÓN DE UN BLOQUE NORMATIVO ENTRE UNA LEY DEL PARLAMENTO VASCO Y LAS NF

Finalmente, cabría pensar en buscar la cobertura de las NF por el Parlamento Vasco a través de una fórmula más sofisticada como sería la formación de una especie de bloque normativo entre las leyes que aquél podría aprobar en virtud de las facultades que le reconoce el artículo 41.2 a) EAPV (coordinación, colaboración y armonización fiscal) en los diferentes impuestos y las correlativas NF que aprobarían los Territorios Históricos. De ese modo, en la medida que la regulación contenida en las NF debería corresponderse con las previsiones marco que establecieran las leyes, la impugnación de aquéllas conllevaría necesariamente el cuestionamiento de éstas, y, por tanto, a su enjuiciamiento por el Tribunal Constitucional.

Ahora bien, para que esa cobertura fuera plena y real, las leyes del Parlamento deberían extenderse sobre la práctica totalidad de la regulación foral, lo que desbordaría la competencia armonizadora y vendría a suponer una sustitución de las Juntas Generales contraria al propio artículo 41.2 a) EAPV.

Tampoco consideramos compatible con dicho precepto el establecimiento de una articulación entre las leyes del Parlamento Vasco y las NF similar a la que existe entre las bases que fija el Estado conforme al artículo 149.1 CE y las leyes que las Comunidades Autónomas aprueban en desarrollo de dichas bases. No sólo porque no es ese el esquema que preside la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas de régimen común en materia tributaria, en la que juega el apartado 1.1º del mencionado precepto constitucional (condiciones básicas), ajeno a la lógica bases-desarrollo (SSTC 61/1997 y 178/1998), sino, sobre todo, porque supondría una sustracción práctica de la más característica de las competencias forales, el derecho histórico por excelencia.

Por ese camino, al igual que con la recepción por ley del Parlamento Vasco, la búsqueda de una solución para reforzar sustancialmente la pro-

tección jurisdiccional de las NF acabaría desembocando en el completo vaciamiento de esa fuente del Derecho y su relegación a un mero instrumento residual y de complemento de la actividad legislativa del Parlamento Vasco.

6. A MODO DE EPÍLOGO

Del rápido repaso que hemos hecho de las distintas alternativas que ofrece el ordenamiento para conseguir una garantía jurisdiccional adecuada de las NF y, en particular, para que la justiciabilidad de las mismas sea equivalente a la de las leyes, se desprende que, desde el punto de vista jurídico, la más sencilla y eficaz a ese fin es la modificación del artículo 27.2 LOTC. Cuestión distinta y, desde luego, nada fácil es concitar el consenso necesario para que se asuma políticamente la oportunidad de tal reforma. Máxime a la vista de las dificultades que han surgido cada vez que se ha intentado.

Así y todo, merece la pena hacer un esfuerzo explicativo sobre la viabilidad constitucional del empeño para que se separen claramente las vertientes jurídica y política de este asunto.

Esa es la finalidad de este modesto trabajo.