

En Logroño, a 9 de marzo de 2010, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert y Pérez-Caballero y de los Consejeros D. Antonio Fanlo Loras, D. Pedro de Pablo Contreras, D. José M<sup>a</sup> Cid Monreal y D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> del Carmen Ortíz Lallana, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, y siendo ponente D. Antonio Fanlo Loras, emite, por unanimidad, el siguiente

## **DICTAMEN**

**20/10**

Correspondiente a la consulta trasladada por el Excmo. Sr. Consejero de Administraciones Públicas y Política Local del Gobierno de La Rioja, el 18 de diciembre de 2009, en relación con la posible inconstitucionalidad de la Proposición de Ley que, una vez tramitada en las Cortes Generales, ha dado lugar a la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero (B.O.E núm. 45, del 20 de febrero), de modificación de las Leyes Orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **Antecedentes del asunto**

#### **Primero**

El pasado 17 de diciembre de 2009, el Pleno del Congreso de los Diputados aprobó el texto de una Proposición de Ley de Modificación de las Leyes Orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial. Esta iniciativa legislativa estaba pendiente de la tramitación en el Senado, en el momento de hacer la consulta. Aunque el título de la Ley Orgánica aprobada es el referido, coincidente con el de la iniciativa legislativa, tramitada a instancias del Parlamento Vasco y admitida a trámite por acuerdo de la Mesa de la Cámara, el 7 de abril de 2008, la Proposición de Ley aprobada por el Congreso de los Diputados, modifica, además de las dos Leyes citadas en su título, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. El contenido de la Proposición de Ley aprobada por el Congreso de los Diputados, al no haber introducido el Senado modificación alguna, coincide con el de la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, y es del tenor literal siguiente:

**Artículo Primero. Modificación de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.**

*Se añade una nueva disposición adicional quinta:*

*«Disposición adicional quinta (nueva).*

*1. Corresponderá al Tribunal Constitucional el conocimiento de los recursos interpuestos contra las normas forales fiscales de los Territorios de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, dictadas en el ejercicio de sus competencias exclusivas garantizadas por la disposición adicional primera de la Constitución y reconocidas en el artículo 41.2.a) del Estatuto de Autonomía para el País Vasco (Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre).*

*El Tribunal Constitucional resolverá también las cuestiones que se susciten con carácter prejudicial por los órganos jurisdiccionales sobre la validez de las referidas disposiciones, cuando de ella dependa el fallo del litigio principal.*

*El parámetro de validez de las normas forales enjuiciadas se ajustará a lo dispuesto en el artículo veintiocho de esta Ley.*

*2. La interposición y sus efectos, la legitimación, tramitación y sentencia de los recursos y cuestiones referidos en el apartado anterior, se regirá por lo dispuesto en el Título II de esta Ley para los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad respectivamente.*

*Los trámites regulados en los artículos 34 y 37 se entenderán en su caso con las correspondientes Juntas Generales y Diputaciones Forales.*

*En la tramitación de los recursos y cuestiones regulados en esta disposición adicional se aplicarán las reglas atributivas de competencia al Pleno y a las Salas de los artículos diez y once de esta Ley.*

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

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

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

**Artículo Segundo. Modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.**

*El apartado 4 del artículo 9 de esta Ley quedará redactado como sigue:*

*«Los del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al derecho administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la ley y con los reales decretos legislativos en los términos previstos en el artículo 82.6 de la Constitución, de conformidad con lo que establezca la Ley de esa jurisdicción. También conocerán de los recursos contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho. Quedan excluidos de su conocimiento los recursos directos o indirectos que se interpongan contra las normas forales fiscales de las Juntas Generales de los Territorios Históricos de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, que corresponderán, en exclusiva, al Tribunal Constitucional, en los términos establecidos por la disposición adicional quinta de su Ley Orgánica.»*

**Disposición Adicional Única. Modificación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.**

*Se añade una letra d) al artículo 3 de esta Ley, que quedará redactado como sigue:*

*«d)—Los recursos directos o indirectos que se interpongan contra las normas forales fiscales de las Juntas Generales de los Territorios Históricos de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, que corresponderán, en exclusiva, al Tribunal Constitucional, en los términos establecidos por la disposición adicional quinta de su Ley Orgánica.»*

*Este precepto no tiene carácter orgánico.»*

La reforma de las tres normas legales citadas tiene por objeto la modificación del **régimen procesal de las normas forales fiscales** relativas a los impuestos concertados. Dichas normas tienen naturaleza reglamentaria, dado que la Ley de Territorios Históricos, de conformidad con el artículo 25.1 del Estatuto de Autonomía del País Vasco, reserva al Parlamento Vasco en exclusiva la potestad de dictar normas con rango de ley en su artículo 6.2. En consecuencia, su control correspondía a la jurisdicción contencioso-administrativa, *“bien a través del recurso directo contra reglamentos, bien mediante la técnica del llamado ‘recurso indirecto’, lo que obviamente las hace más vulnerables en la medida en que dichos recursos son utilizables por cualquier persona física o jurídica”*, según decía un párrafo de la Exposición de Motivos de la Proposición de Ley, que ha sido suprimido del texto final de la misma. Este régimen procesal –resalta el Preámbulo– contrasta con el de las normas tributarias del Estado que tienen rango de ley y solo pueden ser impugnadas ante el Tribunal Constitucional. Idéntico régimen procesal es el de las normas tributarias de la Comunidad Foral de Navarra, que tiene potestad legislativa, a pesar de que la garantía de la foralidad de los Territorios Históricos vascos tiene el mismo fundamento constitucional: la Disposición Adicional Primera de la Constitución.

La reforma aprobada por el Congreso de los Diputados –más limitada que la inicialmente propuesta por el Parlamento Vasco y con distinta técnica legislativa, como se verá más adelante– atribuye al Tribunal Constitucional el conocimiento del recurso y cuestiones de inconstitucionalidad contra las normas forales fiscales de los Territorios de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, [nueva Disposición Adicional Quinta, apartados 1 y 2 LOTC, introducida por el artículo primero de la Proposición de Ley]. En lógica consecuencia, modifica el ámbito objetivo del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, del que sustrae el conocimiento de los recursos directos e indirectos que se interpongan contra dichas normas forales [nueva redacción del apartado 4 del artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según lo establecido por el Artículo Segundo de la Proposición de Ley], añadiéndose esa exclusión en una nueva letra d) del artículo 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Disposición Adicional Única de la Proposición de Ley).

Además, la reforma legal aprobada legitima a las Diputaciones Forales y a las Juntas Generales de los Territorios Históricos de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya para plantear *conflictos en defensa de la autonomía foral* frente a normas del Estado con rango de ley, que se tramitarán con arreglo al procedimiento establecido en los artículos 63 y siguientes LOTC, para los conflictos positivos de competencias que se susciten entre una Comunidad Autónoma y el Estado [nueva Disposición Adicional Quinta, apartado 3, según lo establecido en el artículo primero de la Proposición de Ley].

## Segundo

A la vista del contenido de la reforma aprobada, el Excmo. Sr. Consejero de Administraciones Públicas y Política Local considera, de acuerdo con jurisprudencia del Tribunal Supremo, que las normas forales aprobadas por las Juntas Generales de los Territorios Históricos tienen naturaleza reglamentaria, razón por la que su control corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa y no al Tribunal Constitucional. La reforma modifica el régimen procesal de las normas forales de carácter tributario atribuyendo su control al Tribunal Constitucional y sustrayéndolo a la jurisdicción contencioso-administrativa, a través del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad (el llamado *blindaje*).

En los últimos años, la Comunidad Autónoma de La Rioja ha impugnado en vía contenciosa los beneficios fiscales forales, así como los ha denunciado ante la Comisión Europea, interviniendo como coadyuvante en los recursos tramitados ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuando los ha reputado lesivos al Derecho Español o al Derecho Comunitario Europeo.

La reforma perjudica los intereses de la Comunidad Autónoma de La Rioja al quedar privada de la posibilidad de impugnación ante los Tribunales ordinarios y carecer de legitimación para impugnarlas ante el Tribunal Constitucional. Igual limitación afectará a las organizaciones empresariales, sindicatos y cualquier persona física o jurídica que puedan resultar afectados por las normas forales fiscales.

El Consejero, a salvo de nuestro criterio, considera que la oposición a la reforma a la Constitución puede fundarse en dos aspectos fundamentales: primero, el control de constitucionalidad encomendado al Tribunal Constitucional queda limitado a las leyes, no a los reglamentos, razón por la que el control de las normas forales tributarias no puede atribuirse al Alto Tribunal por la vía del recurso y la cuestión de inconstitucionalidad, vulnerándose los artículos 161.1.a) y 163 de la Constitución; segundo, la finalidad de la reforma es despojar del derecho a recurrir las normas forales a quienes hasta de ahora gozaban de esa facultad, lo que puede vulnerar la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE.

La Comunidad Autónoma tiene legitimación para interponer el recurso de inconstitucionalidad, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, que la reconoce, no sólo para la defensa de las competencias autonómicas que hayan podido ser afectadas por una ley estatal, sino también para proteger cualquiera de las garantías que tanto la Constitución como el Estatuto de Autonomía les confieren como presupuesto y base de su propio ámbito de autonomía.

Como la Proposición de Ley –señala la consulta– ha de aprobarse presumiblemente, en fechas muy próximas, dados los apoyos parlamentarios con los que cuenta, y para “*no dilatar en exceso la interposición del recurso de inconstitucionalidad, una vez que la nueva ley sea publicada en el Boletín Oficial del Estado, aconseja adelantar a este momento la solicitud del preceptivo dictamen del Consejo Consultivo*”, somete a nuestro dictamen las siguientes cuestiones:

*“1. Si a juicio del Consejo Consultivo la reforma que se operará en las Leyes Orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial puede considerarse ajustada a la Constitución.*

*2. En su caso, qué aspectos incurrirían en infracción de preceptos constitucionales.*

*3. Qué razones avalarían esa infracción y podrían ser esgrimidas por la Comunidad Autónoma de La Rioja al plantear el recurso de inconstitucionalidad.”*

### **Tercero**

El Pleno del Senado concluyó el trámite parlamentario relativo a la referida Proposición de Ley, el 10 de febrero de 2010, sin introducir modificaciones en el texto remitido por el Congreso de los Diputados. La nueva Ley ha sido sancionada y promulgada por Su Majestad el Rey, con el refrendo del Presidente del Gobierno, y publicada como Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, de modificación de las leyes orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial, en el Boletín Oficial del Estado núm. 45, de 20 de febrero de 2010.

### **Antecedentes de la consulta**

#### **Primero**

Por escrito de 14 de febrero de 2008, registrado de entrada en este Consejo el mismo día, el Excmo. Sr. Consejero de Administraciones Públicas y Política Local del Gobierno de La Rioja remite al Consejo Consultivo de La Rioja, a través de su Presidente y para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

#### **Segundo**

Mediante escrito de fecha 14 de febrero de 2008, registrado de salida el día 18 de febrero de 2008, el Sr. Presidente del Consejo Consultivo procedió, en nombre del mismo, a acusar recibo de la consulta, a declarar, provisionalmente, la misma bien efectuada, así como la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

### **Tercero**

Asignada la ponencia al Consejero señalado en el encabezamiento, la correspondiente ponencia quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo indicada.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **Primero**

#### **Competencia del Consejo Consultivo para la emisión del presente dictamen**

La competencia de este Consejo Consultivo para emitir el presente dictamen resulta claramente de lo dispuesto en el artículo 11.b) de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, reguladora de dicho órgano, el cual señala que, con carácter preceptivo, deberá recabarse su dictamen en relación con los *"recursos de inconstitucionalidad y conflictos de competencias que se planteen ante el Tribunal Constitucional, con carácter previo o posterior a la interposición de recurso. En este último caso, el Gobierno acordará, en la misma sesión, interponer el recurso y formular la consulta"*. La misma disposición se contiene en el artículo 12.2.D) de nuestro Reglamento orgánico, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero.

En el presente caso, la consulta reviste carácter previo a la adopción del Acuerdo que el Gobierno de La Rioja debe adoptar para la interposición del recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, por lo que es oportuno recordar que el contenido y alcance del Acuerdo que, en su caso, adopte el Gobierno limita la extensión posible del recurso que finalmente interponga ante el Alto Tribunal (véase, en este sentido, la STC 61/1997, F. 4).

### **Segundo**

#### **Legitimación de la Comunidad Autónoma de La Rioja para interponer recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, de modificación de las Leyes Orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial.**

Con arreglo al artículo 32.2 LOTC, *"para el ejercicio del recurso de inconstitucionalidad contra las Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley del Estado que puedan afectar a su propio ámbito de autonomía, están también legitimados -para*

*interponer recurso de inconstitucionalidad- los órganos colegiados ejecutivos y las Asambleas de las Comunidades Autónomas, previo acuerdo adoptado al efecto".*

Así pues, el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de La Rioja está legitimado para formular recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 1/2010, de 19 de febrero, de modificación de las Leyes Orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial, *"en cuanto ésta pueda afectar a su propio ámbito de autonomía"*. Pero esta limitación no puede ser interpretada restrictivamente. Como, corrigiendo la primera lectura del artículo 32.2 LOTC que efectuara la STC 25/1981, de 14 de julio, dijera la STC 84/1982, de 23 de diciembre (F. 1), dicha legitimación:

*"...no está objetivamente limitada a la defensa de **sus competencias** si esta expresión se entiende en su sentido habitual, como acción dirigida a reivindicar para sí la titularidad de una competencia ejercida por otro. Se extiende objetivamente al **ámbito de sus intereses peculiares** que, evidentemente, se ven afectados por la regulación estatal de una materia acerca de la cual también la Comunidad Autónoma en cuestión dispone de competencias propias, aunque distintas de las del Estado. El haz de competencias de la Comunidad Autónoma, plasmación positiva de su ámbito de autonomía, es, simplemente, el lugar en donde ha de situarse el **punto de conexión** entre el interés de la Comunidad y la acción que se intenta, pero el objetivo que ésta persigue, la pretensión a que da lugar, no es la preservación o delimitación del propio ámbito competencial, sino **la depuración objetiva del ordenamiento** mediante la invalidación de la norma inconstitucional".*

La expresión legal, *"propio ámbito de autonomía"*, no remite –insiste el Alto Tribunal, en las SSTC 63/1986, 99/1986, 26/1987, 74/1987, 199/1987, 56/1990, 62/1990, 28/1991– al elenco de competencias estatutarias de las Comunidades recurrentes, sino más ampliamente:

*"a la **posición institucional** en el ordenamiento de las Comunidades Autónomas, vale decir, al conjunto de sus competencias y facultades y también a las **garantías**, constitucionales y estatutarias, que dan forma y preservan a dicha autonomía. El ámbito de ésta podrá verse afectado, en suma, no sólo cuando las competencias autonómicas se digan menoscabadas, directa o indirectamente, por el Estado, sino también, en los casos en que el órgano de la Comunidad aduzca una conculcación, por reglas estatales, de cualquiera de las **garantías** que, en la Constitución y en el Estatuto, han de ser vistas como el **presupuesto y la base misma de la autonomía**, o como su **proyección en la organización integral del Estado**" (STC 56/90 F.J.3, reiterada en la 62/90, F.J.2).*

Esta doctrina –enteramente madura- se plasma precisamente en la **Sentencia 96/02**, que resuelve favorablemente el recurso de inconstitucionalidad planteado por el **Gobierno de La Rioja** contra la Disposición Adicional 8ª de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, la llamada “Ley de acompañamiento” a la de Presupuestos Generales del Estado para 1995. En dicha ocasión, alegó el Abogado del Estado la falta de legitimación del Gobierno de La Rioja, pues –a su juicio– el recurso no guardaba ninguna conexión con las competencias de la Comunidad, ni con precepto alguno de su Estatuto de Autonomía, por impugnarse una norma que concierne a los regímenes fiscales de Navarra y el País Vasco y a determinados derechos que se reconocen a residentes de la Unión Europea que operen en dichas Comunidades, tanto más cuando simplemente se alegaban presuntas vulneraciones del orden constitucional general que afectarían por igual a todas las Comunidades Autónomas (fraude y deslealtad constitucional) y vulneraciones del principio de igualdad y de interdicción de la arbitrariedad que no tenían –a su juicio- relación, tal y como estaban formuladas, con los presupuestos de la autonomía. Sin embargo, el Tribunal señaló:

*"Pues bien, aunque es cierto que hemos venido entendiendo la legitimación de las Comunidades Autónomas para interponer un recurso de inconstitucionalidad [conforme a los artículos 162.1.a) CE y 32.2 LOTC] como referida a las normas que afecten a dichas Comunidades '**en el ámbito derivado de las facultades correspondientes a sus intereses peculiares**' (STC 25/1981, de 14 de julio F.3, y, en igual sentido la STC 84/1982, de 23 de diciembre, F.2), también lo es que dicha legitimación ha sido entendida '**en los mismos términos y con la misma amplitud**' que la del resto de los sujetos contemplados en los anteriores artículos, al haberles sido reconocida a cada uno de ellos '**no en atención a su interés, sino en virtud de la alta cualificación política que se infiere de su respectivo cometido constitucional**' [SSTC 5/1981, de 13 de febrero, F.3; 180/2000, de 19 de junio, F.2.a); y 274/2000, de 15 de noviembre, F.2]. Estos artículos las habilitan, entonces, para acudir ante este Tribunal Constitucional, no sólo en **defensa de sus competencias autonómicas** respecto de las cuales se haya producido una invasión o constricción '**ope legis**' y, por tanto, hayan sido menoscabadas –directa o indirectamente- por el Estado, sino también **en protección de cualquiera de las garantías que tanto la Constitución como el correspondiente Estatuto de Autonomía les confieren como presupuesto y base de su propio ámbito de autonomía**, ora por atribuirles determinadas facultades, ora por imponerles ciertos mandatos (SSTC 84/1982, de 23 de diciembre, F.1 y 62/1990, de 30 de marzo, F.2). Así las cosas, las Comunidades Autónomas se encuentran legitimadas para interponer el recurso de inconstitucionalidad cuando tienen un interés para recurrir conforme a los criterios expuestos, operando entonces su haz de competencias como una plasmación positiva de su ámbito propio de autonomía y como punto de conexión entre la legitimación y el interés (STC 84/1982, de 23 de diciembre, F. 1 y 2; 62/1990, de 30*

*de marzo, F.2). No hay que olvidar que, cuando una Comunidad Autónoma impugna una Ley, está 'poniendo de manifiesto la existencia de un interés público objetivo en que el Tribunal Constitucional desarrolle su función de garantizar la supremacía de la Constitución mediante el enjuiciamiento de la Ley impugnada' [STC 86/1982, de 23 de diciembre, F.2, citada al efecto, por la STC 180/2000, de 19 de junio, F.2.a)].*

Esta interpretación amplia de la cláusula de legitimación de las Comunidades Autónomas para impugnar leyes del Estado, siempre que exista un cierto punto de conexión material entre la Ley estatal y el ámbito competencial autonómico, ha sido ratificada por la doctrina constitucional posterior (entre otras, las SSTC 48/2003, 32/2006, 68/2007, 247/2007 y 249/2007). En lógica coherencia con dicha doctrina, el Tribunal Constitucional ha admitido a trámite diversos recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Gobierno de La Rioja, en los últimos años, contra diversas Leyes estatales, previos los preceptivos Dictámenes de este Consejo Consultivo. Tal es el caso de las Leyes de: modificación de Plan Hidrológico Nacional (D.72/05); del Suelo (DD.64/07 y 109/08); de Montes (D.33/06), de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008 (D.28/08); así como las Leyes Orgánicas aprobadoras de los Estatutos de Autonomía de Cataluña (D. 64/06) y Aragón (D.61/07).

De acuerdo con la doctrina expuesta, el Alto Tribunal, en el caso de la STC 96/02, en la que fue parte recurrente el Gobierno de La Rioja, encontró legitimación suficiente en la competencia reconocida por el Estatuto de Autonomía (según la redacción original de 1982), en materia de "*fomento del desarrollo económico de La Rioja dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional*" (artículo 8.1.2 EAR) o "*la de ordenación y planificación de la actividad económica regional*" (artículo 9.1.2 EAR), competencias ahora refundidas, tras la reforma estatutaria de 1999, en el artículo 8. Uno. 4 ("*ordenación y planificación de la actividad económica, así como fomento del desarrollo económico de Comunidad Autónoma, dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional*").

Pero, al margen de la necesidad de identificar un ámbito competencial concreto, la reforma legal aprobada afecta a la **posición institucional** y a las **garantías** reconocidas a la Comunidad Autónoma de La Rioja por la Constitución y nuestro Estatuto de Autonomía, en cuanto que, desde su entrada en vigor, la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja no podrá impugnar las normas forales ante la jurisdicción contencioso-administrativa (como sistemáticamente ha venido haciendo frente al ejercicio abusivo de las potestades tributarias de los Territorios Históricos de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya), al haber atribuido el enjuiciamiento de las mismas al Tribunal Constitucional y carecer ahora de legitimación para atacar dichas normas forales ante este Alto Tribunal. El nuevo régimen procesal de las normas forales tributarias supone, pues, un recorte de las facultades de reacción y tutela judicial de las competencias, derechos e intereses legítimos

de la Comunidad Autónoma de La Rioja, afectando, en consecuencia, a los presupuestos y base de su propio ámbito de autonomía, y a su posición jurídica como institución representativa de los intereses de los ciudadanos de La Rioja.

Debemos analizar, en consecuencia, si la reforma legal aprobada de modificación de las Leyes Orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial, así como de la Ley ordinaria de la jurisdicción contencioso-administrativa, se ajustan a la Constitución y al Estatuto de Autonomía del País Vasco, y, en general, al *bloqueo de la constitucionalidad*.

### **Tercero**

#### **Antecedentes y alcance de la reforma.**

##### **1. Consideraciones generales previas.**

Para responder a la cuestión que plantea la presente consulta (si se ajusta a la Constitución el nuevo régimen **procesal** establecido por la Ley Orgánica 1/2010 para las normas forales fiscales, las cuales quedan sometidas, desde su entrada en vigor, al control exclusivo del Tribunal Constitucional, pese a su naturaleza reglamentaria) es conveniente advertir que, en modo alguno, supone ello cuestionar el sistema de Concierto Económico del Estado con la Comunidad Autónoma del País Vasco, dado su fundamento constitucional en la Disposición Adicional Primera de la Constitución de 1978 (la Ley 12/2002, de 23 de mayo, aprueba el vigente Concierto Económico para el País Vasco, modificado por la Ley 28/2007, de 5 de octubre). Ni supone desconocer la singularidad de la organización de las instituciones de la Comunidad Autónoma del País Vasco, en particular, el complejo equilibrio entre las instituciones comunes (el Parlamento y el Ejecutivo del País Vasco) y las instituciones de los territorios forales (Juntas Generales y Diputaciones Forales), instituciones privativas de autogobierno que el Estatuto de Autonomía ha permitido conservar o, en su caso, restablecer y actualizar (artículo 3 del Estatuto de Autonomía aprobado por la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, en adelante EAPV), mantenimiento (caso de Álava) o restablecimiento (casos de Guipúzcoa y Vizcaya) que no supone “*alteración de la naturaleza del régimen foral específico o de las competencias de los regímenes privativos de cada Territorio Histórico*” (artículo 37.2 EAPV).

Tampoco es necesario recordar, en esta ocasión, la existencia de una larga serie de conflictos judiciales planteados por la Comunidad Autónoma de La Rioja y otros agentes económicos y sociales de La Rioja ante diversas instancias judiciales nacionales (Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional) o ante las instituciones europeas (Comisión Europea, Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea, Tribunal de Justicia de la Unión Europea), que tienen su fundamento en el

ejercicio por los Territorios de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya de sus potestades tributarias con la finalidad de convertir al País Vasco en una *economía de opción* mediante incentivos y beneficios fiscales, algunos de cuyos excesos (como las denominadas *vacaciones fiscales*) han sido declarados no ajustados a los principios recogidos en los Tratados de la Unión Europea o contrarios a la Constitución, revelando así que se trataba de medidas generadoras de lo que algún autor (ORON MORATALL) ha denominado *competencia fiscal perniciosa*. Así, por ejemplo: las Decisiones de la Comisión Europea núms. 1759 a 1763/2001, de 11 de julio; las Sentencias *Ramondín* y *Daewoo*, de 6 de marzo de 2002, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; la Sentencia de 23 de octubre de 2002, del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea; las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1995 (sobre la rebaja del tipo del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados) y 22 de octubre de 1998; las Sentencias de 30 de julio de 1994 y 7 de octubre de 1994, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (sobre las llamadas *vacaciones fiscales*); y, sobre todo, la Sentencia 96/2002, del Tribunal Constitucional, sobre la compensación pretendida por la D.A.8ª de la Ley 42/1999.

## 2. Naturaleza y alcance estrictamente procesal de la reforma.

Sin desconocer ni cuestionar, pues, esta realidad institucional y esa continuada conflictividad judicial, se trata, ahora, dada la colindancia de la Comunidad Autónoma de La Rioja con los territorios forales de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya y teniendo en cuenta –a la vista de la experiencia histórica– los efectos “extraterritoriales” indirectos que el ejercicio de las competencias tributarias forales ha tenido y puede tener en nuestra Comunidad (de ahí su interés y legitimación procesal), se trata –decimos– de examinar la conformidad a la Constitución de la **reforma procesal** aprobada, ateniéndonos en nuestro razonamiento, a un riguroso discurso jurídico, desde las exigencias impuestas por la Constitución y las normas integrantes del llamado *bloque de constitucionalidad*, de acuerdo con la interpretación efectuada sobre el mismo por la doctrina del Tribunal Constitucional.

La reforma aprobada –sin entrar ahora en su fundamentación material, explicitada en la redacción original de la “Exposición de Motivos” de la Proposición de Ley presentada por el Parlamento Vasco, modificada en aspectos relevantes en el “Preámbulo” de la actual Ley Orgánica 1/2010, sobre la que más adelante volveremos– tiene naturaleza y alcance exclusivamente **procesal**, sin afectar sustantivamente –en lo que ahora interesa– a la naturaleza jurídica de las instituciones forales ni a sus productos normativos, que siguen teniendo, formalmente, naturaleza reglamentaria, como el mismo Preámbulo y el articulado de la Ley Orgánica aprobada reconoce. Para ser más precisos, la reforma establece un régimen procesal especial para las normas forales tributarias o fiscales, pues el resto de las normas forales continúan sujetas al control de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Es importante resaltar esta circunstancia singular, pues, aun siendo una Ley Orgánica la aprobada, en virtud del principio de reserva material de Ley Orgánica establecido en el artículo 161.1.d) CE, en cuanto a la atribución de **nuevas competencias** al Tribunal Constitucional y en virtud del principio de congelación del rango o, en rigor, del ámbito de reserva constitucional a las Leyes Orgánicas (para modificar una Ley Orgánica concreta sobre una materia reservada a ella, como son las Leyes Orgánicas reguladoras del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial- es necesaria otra Ley Orgánica concreta sobre la misma materia), a dicha Ley Orgánica le está vedada, fuera de las cuestiones estrictamente procesales, cualquier modificación de la configuración y régimen jurídico de las instituciones privativas de los Territorios Históricos, pues ese contenido, está reservado, en aplicación de la Disposición Adicional 1ª CE, al Estatuto de Autonomía del País Vasco, aprobado por la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, instrumento de actualización de los derechos históricos de los Territorios Históricos de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya. Es doctrina constitucional reiterada que, por su abundancia, no es preciso recordar en este momento (cfr. SSTC 76/83, 76/87 y 247/07, entre otras).

Hecho este recordatorio, es necesario resaltar el propósito y alcance de la **reforma procesal** aprobada, limitada al control de las normas forales de naturaleza **tributaria o fiscal**, no a las demás normas reglamentarias, que tendrán el que hasta el momento han tenido todas las normas forales. Como quiera que las **normas forales** de los Territorios Históricos reguladoras de los distintos impuestos tienen **naturaleza reglamentaria**, son recurribles ante los tribunales de la **jurisdicción contencioso-administrativa**. La reforma está encaminada a postular un cambio en su régimen procesal. Esto es, que tales normas forales tengan **“igual régimen procesal de impugnación”** –decía el § III de la Exposición de Motivos de la Proposición de Ley, **“equivalente”**, dice ahora el § II del Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2010, – que las **normas tributarias del Estado**, que tienen rango de ley y, por tanto, **“solo pueden ser impugnadas ante el Tribunal Constitucional por la reducida lista de sujetos que el artículo 162 de la Constitución considera legitimados”**. Y es que, las normas forales vascas **“al carecer de rango de ley, según el Estatuto vasco, resultan más vulnerables y, por lo tanto, más frágiles”**, que las del Estado o las de Navarra, por la diferencia formal de la **falta de reconocimiento de la potestad legislativa**, cuando el fundamento constitucional respecto de la Comunidad Foral es el mismo (la Disposición Adicional Primera CE).

## Cuarto

### **Atribución de una nueva competencia al Tribunal Constitucional. Límites del legislador orgánico**

Coherente con ese planteamiento –insistimos– procesal, la Proposición de ley presentada por el Parlamento Vasco fundamenta su contenido en la **competencia estatal** sobre **legislación procesal** (artículo 149.1.6ª CE) y en la posibilidad prevista en el apartado d) del artículo 161.1 CE de que, mediante **Ley Orgánica**, se atribuya al Tribunal Constitucional el conocimiento de “*otras materias distintas*” de las enumeradas en los apartados a) –recurso de inconstitucionalidad–, b) –recurso de amparo– y c) –conflictos de competencia– de dicho precepto constitucional. Rango de Ley Orgánica que es necesario, asimismo, para modificar el ámbito del orden jurisdiccional contencioso-administrativo (en concreto, el artículo 9.4 Ley Orgánica del Poder Judicial, en adelante LOPJ) que conoce de las normas forales, pues –decía el § II de la Exposición de Motivos de la Proporción de Ley, párrafo no incorporado al nuevo Preámbulo de la Ley 1/2010 – “*se trata de vincular a los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa y evitar que éstos entren a conocer de las normas forales*”.

La singularidad de la **solución formal propuesta** por el Parlamento Vasco consistía en incluir las normas forales tributarias en el **ámbito objetivo** del **recurso de inconstitucionalidad**, cuyo conocimiento atribuye al Tribunal Constitucional el artículo 162.1.a) CE “*contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley*”, así como en el ámbito objetivo de la **cuestión de inconstitucionalidad**, del artículo 163 CE, frente a una “*norma con rango de ley*”. Esta propuesta técnica de inclusión en el ámbito objetivo del recurso y cuestión de inconstitucionalidad se formula pese a la existencia de obstáculos formales evidentes, pues la misma Proposición de Ley admite que las normas forales referidas tienen naturaleza **reglamentaria** (Exposición de Motivos y artículo 9.4 LOPJ en la redacción dada por la reforma) y cuyo control jurisdiccional atribuye, además, el artículo 106.1 CE a “los Tribunales” en plural. La contradicción de la Proposición de Ley presentada con los preceptos constitucionales referidos era patente, a juicio de este Consejo Consultivo (e idéntica consideración insinúan los Servicios Jurídicos del Congreso de los Diputados), pues estas vías de impugnación solo caben contra **normas con fuerza o rango de ley en sentido formal**. En otras de las propuestas técnicas de la Proposición de Ley (caso concreto de la modificación del artículo 32.2 LOTC, para reconocer la legitimación de los Territorios Históricos para presentar recursos de inconstitucionalidad contra Leyes del Estado), la misma Exposición de Motivos advertía de la necesidad de reformar la Constitución.

Pues bien, admitida a trámite la Proposición de Ley, las enmiendas presentadas e incorporadas al texto definitivo de la Ley Orgánica 1/2010, manteniendo el mismo **objetivo** (atribuir el control de las normas forales fiscales al Tribunal Constitucional, sustrayéndolo de la jurisdicción contencioso-administrativa), corrigen la configuración técnica de la reforma propuesta por el Parlamento Vasco. Se suprimen todas las modificaciones que contenía la Proposición de Ley de distintos artículos relativos al recurso y a la cuestión de inconstitucionalidad. El objetivo procesal perseguido se lleva a una nueva Disposición Adicional Quinta, añadida a la LOTC, presentada como una **nueva competencia** atribuida al Tribunal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 161.1.d) CE. Es evidente que, acogiéndose a esta habilitación, el legislador orgánico pretende gozar de un cierto margen de configuración de las características del nuevo régimen procesal aplicable a las normas forales fiscales (legitimación, objeto, procedimiento, etc.), obviando la patente contradicción de incluir en el ámbito objetivo del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad, normas de rango reglamentario, que era la solución técnica seguida por la Proposición de Ley aprobada por el Parlamento Vasco.

Pero ese margen de configuración que otorga la Constitución al legislador orgánico, que no cabe discutir en abstracto, no puede, sin embargo, vaciar, desnaturalizar o burlar -como sucede con la Ley Orgánica 1/2010, a juicio de este Consejo Consultivo- las exigencias de los cauces típicos de acceso a la justicia constitucional, al amparo de una hipotética libertad configuradora, cuando se evidencia, como sucede con la nueva Disposición Adicional 5ª de la Ley Orgánica 1/2010, que hay una remisión, prácticamente en bloque, a las previsiones relativas al recurso y a la cuestión de inconstitucionalidad, salvo la de establecer como objeto del recurso o de la cuestión las “normas forales fiscales”, normas de rango reglamentario, excluidas del conocimiento del Tribunal Constitucional.

Este límite a la libertad de configuración del legislador orgánico ya lo advirtió, en su día, el **Consejo de Estado** en relación con la problemática suscitada por el reconocimiento de una vía de acceso directo de los Municipios y Provincias al Tribunal Constitucional para la defensa de la autonomía local (Dictamen 2484/1998, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Modificación de la Ley Orgánica 2/79, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, que introdujo el **conflicto en defensa de la autonomía local**, utilizable también por las Juntas Generales y las Diputaciones Forales de los Territorios de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, de acuerdo con los requisitos generales, Disposición Cuarta, apartado 2 LOTC). En efecto, señala el Consejo de Estado en relación con la polémica doctrinal sobre el alcance del artículo 161.1.d) CE que:

*“...la Constitución o las Leyes Orgánicas pueden atribuir al Tribunal Constitucional competencia ‘para conocer’ sobre **otras materias distintas** –aunque genéricamente asimilables– a las que son objeto de las tres competencias*

*enunciadas –por referencia a los procedimientos en que se actúan– en los párrafos a), b) y c) precedentes, sin que ello, por supuesto, signifique **vaciar** ni **desnaturalizar** éstas (como podía ocurrir, por ejemplo, si se configuraran procedimientos con finalidad idéntica a los tres específicos pero introduciendo variantes en cuanto a legitimación requerida o a su objeto propio”.*

En tal sentido, el Consejo de Estado advertía de las dificultades constitucionales de configuración de un conflicto suscitado por las entidades locales con impugnación directa de normas legales estatales o autonómicas que “*vendría a representar –se piensa y se teme– una suerte de **recurso de inconstitucionalidad encubierto con ampliación indebida de los supuestos tasados de legitimación que para tal recurso establece el artículo 162.1.a) de la Constitución**”.* El Consejo invitaba, por ello, a estudiar otras opciones posibles “*de modo que resulten singulares y no quepa oponerles la tacha de ser un expediente artificioso capaz de **desnaturalizar las competencias actuales o el sistema mismo de justicia constitucional**”.*

La STC 240/2006, en la que el Tribunal resuelve el primer conflicto en defensa de la autonomía local, planteado por la Ciudad Autónoma de Ceuta, contra una Ley estatal, reconoce la legitimidad del legislador orgánico para crear nuevos procesos constitucionales al amparo del artículo 161.1.d) CE, si bien establece ciertas limitaciones (en línea con los planteamientos del Dictamen 2484/1998 del Consejo de Estado, que expresamente es citado en el F.J.2) y señala –en relación con el conflicto en defensa de la autonomía local– que:

*“el nuevo proceso constitucional...no puede entenderse como una nueva modalidad, ni de alguno de los procesos a los que se hace referencia en los epígrafes a), b) y c) del artículo 161.1 CE, ni del contemplado en el artículo 161.2 CE. Tampoco puede considerarse una variante de ninguno de los procedimientos que al amparo del epígrafe d) del artículo 161.1 CE han sido creados por las ‘Leyes Orgánicas’ y hoy forman parte de la jurisdicción constitucional en nuestro ordenamiento”.*

Admite, pues, la posibilidad de atribuir nuevas competencias al Tribunal, como ocurre con el conflicto en defensa de la autonomía local, “*no contempladas en los preceptos constitucionales, **siempre que dicha atribución no se haga contra la Constitución**”* (Fundamento Jurídico 1). La existencia de este límite, explica –a juicio de este Consejo Consultivo– el carácter restrictivo que el Tribunal ha impuesto a este nuevo proceso constitucional, hasta hacerlo en la práctica inoperante (como advierte el voto particular de la Sentencia). Se referirá, así, a la **especificidad** del mismo, que solo cabe contra normas legales y “*con base en un **único motivo** de inconstitucionalidad, la lesión de la ‘autonomía local constitucionalmente garantizada’; en consecuencia, no podrán*

*alegarse en él otros motivos fundados en la infracción de preceptos constitucionales que no guarden una relación directa con la autonomía que la Constitución garantiza a los entes locales”.*

La libertad de configuración del legislador orgánico para crear nuevos procesos constitucionales tiene así límites obvios, pues la configuración de los mismos no puede hacerse “*contra la Constitución*”, como expresamente señala la STC 240/2006 (F.J.1).

Un “*expediente artificioso*” –por emplear la terminología del Consejo de Estado– es el utilizado por la nueva Disposición Adicional Quinta LOTC, en sus apartados 1 y 2, para atribuir el control de las normas forales fiscales al Tribunal Constitucional. En términos de legalidad administrativa, el calificativo que merecería esta intervención enmascaradora sería el de una típica desviación de poder en el ejercicio de la potestad normativa, máxime cuando la reforma se limita únicamente a las normas forales fiscales, con exclusión de las demás normas forales, que seguirán sujetas al control de la jurisdicción contencioso-administrativa, diferenciación difícilmente justificable, cuando el órgano del que proceden las normas es el mismo. En términos constitucionales, supone un fraude a la propia Constitución, de suerte que debe imponerse el cumplimiento de los preceptos constitucionales que se tratan de eludir.

## Quinto

### Las novedades introducidas por la reforma.

#### 1. El “recurso” y la “cuestión prejudicial” contra normas forales fiscales: nuevos procesos ante el Tribunal Constitucional.

En efecto, el apartado 1 de esta nueva Disposición Adicional Quinta de la LOTC, se refiere a los “*recursos interpuestos contra las normas fiscales de los Territorios de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya*” y a las “*cuestiones que se susciten con carácter prejudicial por los órganos jurisdiccionales sobre la validez de las referidas disposiciones*”, como nueva competencia del Tribunal Constitucional *ex* artículo 161.1.d) CE. No la califica –por obvias razones– como una modalidad del recurso o de la cuestión de inconstitucionalidad, incluidas en el ámbito objetivo de los artículos 161.1.a) y 163 CE, respectivamente. Pretende ser otra cosa: una **competencia nueva** atribuida al Tribunal Constitucional, *ex* art. 161.1.d) CE.

Sin embargo, el apartado 1, *in fine*, establece como parámetro de validez de las normas forales fiscales el previsto para el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad (artículo 28 LOTC); y el apartado 2 sujeta la “*interposición y sus efectos, la legitimación, tramitación y sentencia de los recursos y cuestiones referidos*” a lo dispuesto en el Título

II de la propia LOTC para los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad. La finalidad de esta solución técnica no es otra que obviar –burlándolo– el requisito constitucional establecido en los arts. 161.1.a) y 163 CE, que limitan el cauce procesal del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad a las normas que tengan “**fuerza o rango del ley**”, característica de la que carecen –como así reconoce el Preámbulo y el propio articulado de la LO 1/2010– las normas forales fiscales.

## **2. Exclusión de las normas forales fiscales del control de la jurisdicción-contencioso administrativa.**

Atribuida la competencia para el control de las normas forales fiscales al Tribunal Constitucional en la nueva Disposición Adicional Quinta de la LOTC, las otras dos disposiciones incluidas en la Ley Orgánica 1/2010 son una consecuencia obligada derivada de ella. Así, el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/2010, excluye de la competencia “*natural*” del orden jurisdiccional contencioso-administrativo tales normas, esto es, la que deriva de la tradicional consideración de las normas forales –incluidas las tributarias o fiscales– como “*disposiciones generales de rango inferior a ley*”, expresión que reitera la nueva redacción del artículo 9.4 LOPJ, al igual que hace el artículo 1 LJCA. Por su parte, la Disposición Adicional Única de la Ley Orgánica 1/2010, por razones de seguridad jurídica, incluye entre las exclusiones de la jurisdicción contencioso-administrativa, “*los recursos directos o indirectos...contra las normas forales fiscales de las Juntas Generales de los Territorios Históricos de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya*”, [nuevo párrafo d) añadido al artículo 3 LJCA], pero manteniendo en dicho ámbito jurisdiccional el control del resto de normas forales, esto es, las no fiscales.

## **3. El conflicto en defensa de la autonomía foral contra leyes estatales, que pueden plantear los Territorios de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya.**

Más discutible es si el contenido de la nueva Disposición Adicional Quinta, apartado 3 de la Ley Orgánica 1/2010 (legitimación individualizada para que cada una de las Juntas Generales y de las Diputaciones Forales –“*todos y cada uno de ellos*”, como decía el § IV, de la Exposición de Motivos– puedan plantear un **conflicto en defensa de la autonomía foral** contra normas del Estado con rango de ley), además de infringir preceptos constitucionales, afecta a los intereses y garantías de la Comunidad Autónoma de La Rioja, punto de conexión imprescindible como fundamento de su legitimación. Adviértase que, desde la reforma de la LOTC de 1999, la Disposición Adicional Cuarta LOTC, ya les reconocía expresamente legitimación **colectiva** o **conjunta**, para plantear el **conflicto en defensa de la autonomía local** –en su condición de entes provinciales, cierto que de régimen especial–, de acuerdo con los requisitos del artículo 75.ter.1 LOTC. El nuevo apartado 3 configura un conflicto competencial distinto de éste.

Podría admitirse que el legislador orgánico tiene idéntico margen de libertad para configurar el nuevo *conflicto en defensa de la autonomía foral* que el ejercido para el *conflicto en defensa de la autonomía local*. No obstante, a su escueta regulación, bien pudieran aplicarse las mismas objeciones planteadas por el Dictamen 2484/1998, del Consejo de Estado, en relación con el intento, contemplado en el Anteproyecto de reforma de 1998, de establecer un acceso directo, mediante un conflicto, equivalente en el fondo a un recurso de inconstitucionalidad, sin estar expresamente legitimadas las Juntas Generales y las Diputaciones Forales por el artículo 162.1.a) CE. La remisión hecha para la tramitación y resolución de estos conflictos al procedimiento establecido en los arts. 63 y siguientes de la LOTC, pudiera ser entendida como referida exclusivamente a los aspectos procedimentales y no a los sustantivos o de legitimación, pues solo las Comunidades Autónomas, constituidas como tales, pueden suscitar estos conflictos, condición que no tienen las Juntas Generales y las Diputaciones Forales de los Territorios Históricos vascos.

En cuanto a la legitimación para plantear recursos de inconstitucionalidad (o conflictos de competencias contra disposiciones y actos del Estado o de otras Comunidades Autónomas), hemos de recordar que el Tribunal Constitucional ha **rechazado la legitimación** de los órganos de los Territorios Históricos del País Vasco para interponer el **recurso de inconstitucionalidad** en el Auto 1142/1987, de 14 de octubre, por el que desestima el recurso de súplica contra la inadmisión, el 22 de septiembre de 1987, del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Diputación Foral de Vizcaya contra una Ley del Parlamento Vasco. Ante la alegación de discriminación en relación a Navarra, cuyos derechos históricos ampara la misma Disposición Adicional 1ª CE, advierte el Tribunal que concurre una **cualidad diferencial**, en cuanto que Navarra se ha “*constituido en Comunidad Autónoma separada*”, lo que justifica que “*sus órganos de autogobierno quedan comprendidos entre los sujetos enumerados en el artículo 162.1.a) CE, no en tanto que órganos de autogobierno de un territorio foral, sino en tanto que órganos de la Comunidad Autónoma, equiparable, en la actual configuración territorial del Estado, a la Comunidad Autónoma del País Vasco*” (Fundamento Jurídico 1).

Insistirá el Tribunal –a propósito de la falta de legitimación de los órganos forales para plantear el recurso de inconstitucionalidad; y el argumento podría ser extensible al conflicto competencial ahora configurado–, en que:

*“cuando el artículo 162.1.a) CE habla de ‘los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónoma y, en su caso, las Asambleas de las mismas, se refiere a órganos de autogobierno de las propias Comunidades Autónomas en cuanto tales y no de cualquier otra entidad territorial que integre o forme parte de aquellas, como es el caso de los Territorios Históricos en la Comunidad Autónoma del País*

*Vasco”. La Diputación Foral recurrente es ciertamente un órgano colegiado ejecutivo, pero del territorio foral de Vizcaya, no de la Comunidad Autónoma del País Vasco, cualidad que solo ostenta el Gobierno Vasco. Ningún precepto constitucional puede aducirse en contra de esta interpretación, puesto que el reconocimiento de la Disposición Adicional Primera de los derechos históricos de los territorios forales no significa, como ya se ha declarado en el Fundamento Jurídico anterior, que éstos deban ostentar la legitimación que en enumeración cerrada atribuye el art. 162.1.a) de la Constitución” (Fundamento Jurídico 2).*

En suma, la creación de un nuevo proceso (bajo la forma de conflicto contra leyes estatales) ante el Tribunal Constitucional *en defensa de la autonomía foral* en la nueva DA 5ª.3 LOTC, solo pretende dotar a las Diputaciones forales de una legitimación individualizada para impugnar leyes estatales, de la que carecían en el conflicto en *defensa de autonomía local*, para el que sólo están legitimadas en litisconsorcio activo necesario “un número de Provincias que supongan al menos la mitad de las existentes en el ámbito territorial de aplicación de la disposición con rango de ley” (art. 75 ter c) LOTC). La remisión, para la tramitación y resolución de estos conflictos al procedimiento establecido en los artículos 63 y siguientes LOTC, no es sino un nuevo “expediente artificioso” para dar apariencia de sustantividad singularizada al nuevo proceso constitucional, sin reparar en que existen diferencias insalvables, pues los conflictos solo caben contra una “disposición, resolución, o acto”, sin fuerza de ley, nunca contra leyes. Bajo el disfraz de un “conflicto” se introduce, en realidad, un recurso de inconstitucionalidad sin estar legitimadas para el mismo las Juntas Generales y las Diputaciones Forales, de acuerdo con el artículo 161.1.a) CE.

Repárese en que la misma Ley Orgánica 1/2010 que limita la legitimación para impugnar las normas forales de las Diputaciones vascas, amplía la legitimación de estas para recurrir las leyes estatales y recurriendo para ello al subterfugio artificioso de crear un nuevo proceso constitucional que, como seguidamente analizaremos, no añade nada al que ya existe para la *defensa de la autonomía local*, salvo esta ampliación de la legitimación.

La idea que subyace en la creación del nuevo proceso en *defensa de la autonomía foral* es que las llamadas “competencias forales”, que proceden del reconocimiento de los “derechos históricos” por la DA 1ª CE, convierten a los Territorios Históricos y sus Diputaciones forales en entes especiales muy superiores a las Provincias y Diputaciones de régimen local común, por lo que deben ser defendidas mediante un proceso de *defensa de la autonomía foral*, distinto del ya existente en *defensa de la autonomía local*.

Por tanto, el proceso en *defensa de autonomía foral* carece de contenido especial distinto al que los Territorios Históricos ya podían defender empleando el proceso en *defensa de la autonomía local*. Y, si esto es así, cabe preguntarse cuál es el interés en

instaurar un nuevo proceso llamado en *defensa de autonomía foral*; y la respuesta es simplemente que el proceso en *defensa de la autonomía local* tiene una legitimación activa muy restringida y las Diputaciones vascas quieren poder recurrir individualmente, cada una de ellas y con amplia libertad, las leyes estatales.

Del examen hasta aquí realizado, ya podríamos concluir la falta de adecuación del contenido de la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, a la Constitución y al Estatuto de Autonomía del País Vasco. Pero es necesario completar nuestro análisis con la consideración de una doble cuestión interrelacionada: la primera, si cabe admitir en nuestro sistema constitucional la existencia de normas *materialmente* con valor y fuerza de ley, sin ser leyes en sentido *formal*; y la segunda, si las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco tienen la condición de Asambleas legislativas.

## Sexto

### **Naturaleza jurídica de las normas forales de carácter fiscal.**

#### **1. Las normas forales fiscales no tienen fuerza o valor de ley por el hecho de regular materias de la exclusiva competencia de los Territorios Históricos de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, en virtud de la Disposición Adicional 1ª CE.**

Que las normas forales no son leyes en sentido *formal* (pues no proceden de un órgano constitucional o estatutario con potestad legislativa), lo reconoce el mismo Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2010, de manera meridiana. Son normas reglamentarias, “*al carecer de rango de ley, según el Estatuto vasco*”, decía el § I de la Exposición de Motivos de la Proposición de Ley. Por esa razón, su control ha correspondido a la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 9.4 LOPJ y art. 1 LJCA, y a ella seguirán sometidas las normas forales no fiscales), mientras que el control de las normas fiscales estatales y de Navarra con rango de ley corresponde al Tribunal Constitucional.

Esta diferencia de régimen procesal de las normas forales fiscales respecto de las normas fiscales estatales o de las de Navarra no tiene –para el Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2010– justificación material, cuando sólo aquéllas, en virtud de lo dispuesto en el Estatuto de Autonomía, pueden mantener, establecer y regular los impuestos concertados que, en el resto del Estado, están formalmente reservados por la propia Constitución y a las Leyes aprobadas por las Cortes Generales (y, en Navarra, por el Parlamento Foral). En virtud de esta razón material [las normas forales fiscales suplen a las Leyes del Estado, por la reserva reconocida sobre el sistema impositivo propio de cada Territorio foral, integrante del núcleo competencial exclusivo reconocido por los arts. 37.3.f) y 40 y 41.1.2.a) EAPV] y de otra razón constitucional (la Disposición Adicional 1ª CE), las normas forales fiscales deberían tener –decía la Exposición de Motivos y se

mantiene en el actual Preámbulo y así lo ha establecido la Ley Orgánica 1/2010– un régimen procesal de impugnación equivalente a las Leyes estatales y de la Comunidad Foral de Navarra.

La reivindicación de un régimen procesal singular para las normas forales fiscales la habían sostenido, además de los representantes políticos de los Territorios forales, un sector de la doctrina tributarista al afirmar –a la vista de las exigencias del principio de reserva de ley en materia tributaria–, que **“las normas forales que regulan los elementos esenciales de los tributos concertados sometidos al principio de reserva de ley tienen materialmente la fuerza de leyes”** (por todos, F. DE LA HUCHA).

Es necesario, en consecuencia, examinar la naturaleza jurídica de las normas forales vascas y, en particular, las de contenido fiscal, para averiguar si es admisible, en nuestro sistema constitucional, la existencia de normas, carentes de rango formal de ley, pero que tienen materialmente la fuerza de leyes, cualidad que pudiera explicar la admisibilidad de la reforma procesal de la Ley Orgánica 1/2010. La admisión de esta categoría supondría un cambio trascendental en la doctrina constitucional y una mutación constitucional de amplio calado.

Con independencia de lo que digamos sobre este particular, este Consejo Consultivo cree necesario adelantar, desde este mismo momento, que nuestro sistema constitucional sólo admite el **concepto de ley en sentido formal**, esto es, aquel que únicamente tiene en cuenta el **órgano** del que proceden las leyes en sentido *formal* (las Cortes Generales, que ejercen la *“potestad legislativa del Estado”* –art. 66.2 CE– y las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas –art. 152.1, en relación con el 153.a) CE–, sin perjuicio de las facultades excepcionales del Gobierno del Estado (o de las Comunidades Autónomas) para dictar normas con rango y fuerza de ley (Decretos Legislativos y Decretos-Leyes). Esto es, los órganos o poderes del Estado a los que la Constitución o el Estatuto de Autonomía atribuyen la potestad legislativa. Y no admite ninguna otra categoría de normas con fuerza o valor de ley.

## **2. Rango de ley, valor de ley y fuerza de ley en nuestro ordenamiento constitucional y estatutario.**

Estas expresiones se utilizan en diversos preceptos constitucionales como equivalentes, aunque su empleo permite identificar diversos matices diferenciadores. Así se habla de la *“potestad legislativa del Estado”*, (art 66.2 CE); de *“disposiciones normativas con fuerza de ley”* [art. 153.a) CE]; de *“leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley”*, [art. 161.1.a) CE]; de *“normas con rango de ley”* (art. 82 CE); de *“disposiciones legislativas provisionales”* (art. 86 CE); y de *“norma jurídica con rango de ley”*, [art. 161.1.a) CE].

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) reitera abundantemente estas expresiones: “*leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de ley*”, [art. 2.1.a); 30; 31; 32.2; 33.1; 33.2); 34.1; 39.1; 40.1]; “*leyes y demás disposiciones con valor de ley*”, [art. 10.b)]; “*ley o norma con fuerza de ley*” [(art. 35.2)] “*leyes, disposiciones normativas y actos del Estado con fuerza de ley*”, [art. 27.2.b)]; “*ley, disposición o acto con fuerza de ley*”, (art. 28.1; 29.2); “*Decreto Ley, Decreto Legislativo, Ley no orgánica, norma legislativa de una Comunidad Autónoma*”, (art. 28.2); “*norma con rango de ley*”, (art. 35.1); “*ley o norma con fuerza de ley*”, (art. 35.2); “*ley o a otra disposición normativa con fuerza de ley*”, (art. 37.3); “*decisiones o actos sin valor de ley*”, (art. 42); “*normas del Estado con rango de ley o las disposiciones con rango de ley de las Comunidades Autónomas*”, (art. 75.bis.1); “*ley*”, (art. 75.quater.1; 75, quinquies.2; 75 quinquies.6); y “*disposiciones normativas sin fuera de ley*” (art.76).

Pues bien, el “**rango de ley**” sólo alude a una determinada **posición jerárquica** en el conjunto de normas escritas, donde la ley sigue teniendo la máxima posición (legicentrismo), siempre que respete la Constitución. Las expresiones “**valor**” y “**fuerza**” de ley hacen referencia a los **efectos irresistibles** de los mandatos **de la ley** que vinculan a los ciudadanos y a todos los órganos del Estado, ninguno de los cuales puede desobedecerlos ni declararlos nulos. La **ley** tiene **capacidad de innovación activa** sobre el conjunto del sistema normativo y puede modificar o derogar las normas de aquel, así como añadir otras nuevas. Esta capacidad es hoy, sin embargo, **limitada** (por ejemplo, no puede afectar a los preceptos constitucionales; a los reglamentos parlamentarios; a los tratados internacionales o a las normas de la Unión Europea) y **asimétrica** (cualquier norma con rango de ley no puede derogar o modificar cualquier otra del mismo rango, cuando se encuentren protegidas por los principios de competencia o procedimiento, como ocurre con la Ley Orgánica respecto de la Ley Ordinaria o las que aprueban Estatutos de Autonomía o los límites materiales del Decreto Ley y de los Decretos Legislativos). La ley tiene, además, **resistencia pasiva a la innovación**, de manera que será inválida cualquier modificación de la ley que no sea por otra posterior de igual o superior rango, de la misma competencia y procedimiento. De ahí deriva el principio de jerarquía normativa y la subordinación del reglamento a la ley.

Para calificar una norma como ley y reconocerle el valor y fuerza que es propio de esta clase de normas, la Constitución sólo tiene en cuenta datos formales o extrínsecos:

–El **origen** o **autor** de la misma: son leyes las normas aprobadas por los órganos a los que la Constitución atribuye el **poder legislativo** (las Cortes Generales –art. 66.2 CE- y las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas –art. 152.1 en relación con el 153.a) CE–), pero también **excepcionalmente** los **Gobiernos** del Estado y de las Comunidades Autónomas, en los supuestos en que pueden dictar

**normas con rango y fuerza de ley**, como es el caso de los Decretos Legislativos y de los Decretos-Leyes. En el caso de las Comunidades Autónomas, los Estatutos de Autonomía determinan el órgano que ejerce la potestad legislativa. Así lo establece, en el caso del País Vasco, el art. 25.1 EAPV (“*El Parlamento Vasco ejerce la potestad legislativa...todo ello sin perjuicio de las competencias de las Instituciones a que se refiere el artículo 37 del presente Estatuto*”).

–La **forma de ley**: que sean aprobadas como tales leyes, esto es, que adopten el nombre o rótulo específico de **ley** (o la denominación equivalente de Decreto-Ley, Decreto Legislativo).

En nuestro sistema constitucional domina, pues, un **concepto de ley puramente formal**, absolutamente mayoritario en la doctrina (GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, MUÑOZ MACHADO, SANTAMARÍA PASTOR, por citar los autores más reconocidos), abandonando las viejas discusiones doctrinales acerca del concepto formal o material de ley, surgidas en el marco del dualismo germánico (a propósito de la conflicto constitucional que enfrentó al Parlamento con el Gobierno, en relación con la negativa del primero a aprobar la Ley de Presupuestos de 1862, problema ingeniosamente obviado por LABAND con su distinción entre el concepto formal y material de ley y el concepto formal y material de reglamento).

En la actualidad, ese problema ha quedado superado al haber desaparecido los presupuestos constitucionales que le dieron fundamento y al haberse consagrado un concepto formal de ley, consecuencia de la determinación constitucional cerrada de los órganos con potestad legislativa. Únicamente cabe hacer referencia a la posición de RUBIO LLORENTE, preocupado por las insuficiencias del concepto formal a la hora de delimitar el ámbito de la reserva de ley y, con tal finalidad, aboga por incorporar elementos materiales que juzga esenciales al concepto formal de ley. Así, asumiendo planteamientos de la propia doctrina alemana (BÖCKENFÖRDE), propugnará que deben quedar reservadas a la representación popular, único órgano con legitimación democrática directa, las decisiones esenciales y políticamente importantes del orden estatal y social (idea de *democracia*); también los ámbitos de libertad conectados con los derechos fundamentales, los cuales deben estar reservados al legislador como exigencia del Estado de Derecho (idea de *Estado de Derecho*); y finalmente, la forma de ley es indisociable del procedimiento legislativo, es decir, del modo de elaboración en el Parlamento con participación de las distintas fuerzas políticas (idea de *procedimiento parlamentario*). Su aportación es un reforzamiento o, si se quiere, una corrección del concepto formal con elementos materiales esenciales al Estado de Derecho, al sistema democrático de gobierno.

Pero con independencia de estos matices, rige en nuestro sistema un estricto **concepto formal de ley**, que tiene su **proyección procesal** en el monopolio y exclusividad del conocimiento por el Tribunal Constitucional de los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad contra **leyes y disposiciones normativas con rango o fuerza de ley**, de acuerdo con lo establecido en los artículos 161.1.a) y 163 CE. Adviértase que no es contradictorio con ello, pese a su no consideración de leyes formales, la competencia del Tribunal Constitucional para conocer de “*disposiciones normativas o actos con fuerza de ley*”, como es el caso del Estatuto del Personal de las Cortes Generales, que no es una ley en sentido formal pero tiene fuerza y valor de ley (STC 139/1988, de 8 de julio, FF.JJ. 2 y 3) o los Reglamentos de las Cortes Generales o de los Parlamentos autonómicos (STC 118/1988, de 20 de junio, FF.JJ. 3 y 4), en cuanto normas aprobadas por las Cortes Generales. Por el momento, pues, el Tribunal Constitucional sólo ha incluido en esta categoría a las disposiciones normativas aprobadas por las Cortes Generales o los Parlamentos de las Comunidades Autónomas.

**Negativamente**, no son planteables ante el Tribunal Constitucional recursos o cuestiones de inconstitucionalidad frente a **reglamentos** (salvo los aprobados por el *Parlamento*, STC 101/208, de 24 de julio, F.J. 2) ni, en general, respecto a **disposiciones de rango infralegal**, si bien pueden proponerse las correspondientes cuestiones de inconstitucionalidad cuando la identificación de las normas reglamentarias con las legales sea tal que no permita la inaplicación de aquéllas sin dejar de aplicar éstas, bien porque el reglamento reproduzca textualmente la Ley, bien porque la ley asuma el contenido del reglamento, dotándolo de la fuerza pasiva propia de la Ley (SSTC 183/1992, F.J.2; y 37/1994, F.J.4).

Un caso paradigmático es el resuelto por la STC 255/2004, de 22 de diciembre. En él se suscita por el Abogado del Estado la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por carecer la norma impugnada de rango legal (en realidad, un precepto de la Norma Foral de las Juntas Generales de Vizcaya, 8/1984, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la renta de las personas físicas, aunque en el fondo se cuestiona un precepto de la Ley estatal del Impuesto sobre la renta). El Tribunal, tras recordar que el régimen de Concierto debe respetar el régimen tributario de cada Territorio Histórico y la peculiaridad de las normas forales (“*se trata de disposiciones normativas que, aunque no tienen naturaleza de meros reglamentos de ejecución de la ley estatal, carecen de rango de Ley y, en esta medida, como acertadamente señala el Abogado del Estado, no puede ser objeto de una cuestión de inconstitucionalidad, artículos 163 CE y 35.1 LOTC*”), admitirá la cuestión y declarará contraria a la Constitución la norma estatal, por violación del principio de igualdad.

Y es que, en el caso, la norma aplicada y cuestionada indirectamente (la Norma Foral 8/84), no puede hacer otra cosa que **reproducir la normativa estatal**, que no es sino la contenida en la Ley estatal 44/1978, de 8 de septiembre, del Impuesto sobre la renta de las personas físicas, pues de acuerdo con el apartado 6 del art. 7 de la Ley 12/1981, por el que se aprobó el primer Concierto con la Comunidad Autónoma del País Vasco, las Diputaciones forales deben exigir el Impuesto sobre la renta de las personas físicas “*aplicando las normas reguladoras del mismo en territorio común*”. Por tanto, “*aun cuando las normas forales son controlables por la jurisdicción contencioso-administrativa, dado que, en este caso no hace sino reproducir textualmente la normativa estatal, por expresa exigencia del art. 7.6 de la Ley 12/1981..., la infracción constitucional que pudiera imputarse a aquéllas ha de entenderse incluida en la norma estatal, respecto de la cual sí puede plantearse cuestión de inconstitucionalidad al tratarse de una disposición con rango de ley*”.

Es evidente, en consecuencia, que **las normas forales**, incluidas las relativas a los impuestos concertados, **no tienen el rango de ley formal**. Lo ha señalado –como acabamos de ver– el Tribunal Constitucional, pero también la jurisprudencia contencioso-administrativa (por todas, la STS de 20 de diciembre de 2004, RJ 2005/652) y la doctrina mayoritaria.

Esta circunstancia plantea complejos problemas jurídicos y ha suscitado una controversia que no se limita al ámbito doctrinal, sino que trasciende a las previsiones normativas y, muy especialmente, a su interpretación judicial en el ámbito constitucional y contencioso-administrativo, en cuanto al régimen procesal de estas normas. El principal, cómo explicar el cumplimiento del principio constitucional de reserva de ley en materia tributaria (elementos esenciales de los tributos y prestaciones económicas), establecido en el art. 31.3 CE, en los sistemas tributarios de los Territorios de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, si éstos no pueden dictar leyes en sentido formal. Lo que lleva a preguntarse por la posición de las normas forales en el sistema general de fuentes, cuestión sencilla en el estricto plano formal, pero compleja si se toman en consideración aspectos materiales, como es la reserva exclusiva de competencias a favor de los Territorios Históricos (y, en ese caso, el alcance de esta exclusividad). De esta cuestión jurídico-constitucional sustantiva deriva la cuestión adjetiva e instrumental del **régimen procesal** de las normas forales y su contraste con el que tienen las normas fiscales estatales y las de Navarra. La diferencia de tratamiento es explicable sencillamente –a juicio de este Consejo Consultivo– por la falta de **rango formal de leyes** de las normas forales fiscales de aquellos Territorios.

Es necesario, indagar acerca de la explicación histórica y constitucional de la diferencia formal existente entre Navarra y los territorios de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya.

## Séptimo

### **Una explicación, en clave histórica, de las diferencias formales entre Navarra y los Territorios de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, plasmado en el distinto proceso que han seguido para su integración o constitución en Comunidades Autónomas.**

Los *Territorios Históricos* de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, todos ellos integrados en la Comunidad Autónoma del País Vasco o Euskadi, son *entidades locales con personalidad jurídica propia*, como para todas las *Provincias* afirma expresamente el artículo 141.1 CE. Es en tal concepto en el que gozan de la *autonomía* “*para la gestión de sus propios intereses*” que atribuye genéricamente el artículo 137 CE a los Municipios, Provincias y Comunidades Autónomas que se constituyan, con la diferencia sustancial, eso sí, de que la autonomía de los Municipios y Provincias, por más amplias que sean o puedan llegar a ser sus competencias, es, siempre y en todo caso, de naturaleza *administrativa*, siendo sólo las Comunidades autónomas las que pueden tener *autonomía política* derivada de la atribución de potestad legislativa (STC 4/1981).

La única –si bien importante– diferencia entre dichos Territorios Históricos y las demás Provincias no es otra que la resultante de la Disposición Adicional Primera de la propia Constitución, a cuyo tenor “*la Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales*” (párrafo primero) y “*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*” (párrafo segundo). Los “*territorios forales*” a que se refiere este precepto no son los que mantenían un Derecho civil propio a resultas de no haberse alcanzado la unificación legislativa en el ámbito del Derecho privado como consecuencia de la codificación, sino las Provincias que, bajo la vigencia de Constituciones anteriores, habían gozado o gozaban todavía de una *autonomía administrativa* distinta y más amplia que las de las Provincias de régimen común, incluyendo en ella la potestad de dictar normas tributarias, que no son otras que las de Navarra, Álava, Guipúzcoa y Vizcaya (interrumpido el régimen privativo de estas dos últimas desde 1937 a 1979).

Pero, a partir de ahí, la *actualización* de esa autonomía administrativa o *régimen foral*, se ha producido de **dos modos bien distintos**. El primero, afecta a las Provincias vascongadas, únicas a las que se refiere el apartado 2 de la Disposición Derogatoria de la Constitución, según el cual, “*en tanto en cuanto pudiera conservar alguna vigencia, se considera definitivamente derogada la Ley 25 de octubre de 1839, en lo que pudiera afectar a las provincias de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya*”, y que “*en los mismos términos se considera definitivamente derogada la Ley 21 de julio de 1876*”; norma con la que se pretende dejar sin efecto las Leyes preconstitucionales que se consideran, en la visión del nacionalismo vasco, como derogatorias del régimen de autonomía del que, dentro del

Reino de Castilla, gozaban tales Provincias, avalando de este modo la existencia de unos “*derechos históricos de los territorios forales*” que puedan ser objeto de “amparo y respeto” por la Constitución, tal y como afirma su Disposición Adicional Primera.

El segundo, en cambio, afecta tan solo a Navarra, que interpretó la Ley de 25 de octubre de 1839 como una norma de naturaleza constitucional que, aun determinante de la desaparición de la autonomía política de que gozaba como Reino, supuso el reconocimiento de un régimen de *autonomía administrativa*, derivado de la confirmación de sus *fueros*, con el límite de la *unidad constitucional de la monarquía* (art. 1 de la Ley de 1839), cuyos términos vino a concretar la Ley llamada *paccionada* de 16 de agosto de 1841 y que, a diferencia de lo ocurrido en las Provincias vascongadas, con la excepción de Álava, vino ejerciendo sin interrupción alguna y ejercía al aprobarse la Constitución de 1978.

Pues bien, sobre esta diferente base normativa y conceptual, Navarra entendió que la Disposición Adicional Primera de la Constitución le facultaba para mantener y mejorar su preconstitucional régimen de autonomía administrativa, como Provincia, convirtiéndolo en uno de *autonomía política* a través de su constitución como *Comunidad Foral*, esto es, como Comunidad Autónoma singular por su origen; y esta fórmula fue aceptada por el Estado (y avalada luego por el Tribunal Constitucional: cfr. STC 28/1984, de 26 de febrero) a través de la aprobación por las Cortes Generales de la vigente Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, que comporta la integración en éste de las competencias que, según la Constitución, pueden gozar las Comunidades Autónomas y, además, el mantenimiento de las que ya tenía en su preexistente régimen de autonomía administrativa, con ejercicio de todas ellas en el nuevo marco de autonomía política que deriva de la atribución de potestad legislativa, a ejercer por un nuevo órgano —el Parlamento de Navarra: cfr. artículo 11 LORAFNA— al que corresponde, en lo que aquí interesa la aprobación de las normas tributarias (cfr. art. 45 LORAFNA), eso sí, con los límites que resulten del Convenio económico con el Estado, a aprobar por el Parlamento de Navarra y por las Cortes Generales mediante Ley ordinaria, como es el actualmente vigente suscrito entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra, el 31 de julio de 1990 y aprobado por la Ley estatal 28/1990, de 26 de diciembre.

En cambio, los territorios de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya decidieron integrarse, sin dejar de ser **Provincias**, en la Comunidad Autónoma del País Vasco o Euskadi, a la que, a través del Parlamento Vasco, corresponde en exclusiva el ejercicio de una potestad legislativa que la Constitución sólo reconoce a las Comunidades Autónomas [arts. 152.1 y 153.a) CE], tal y como resulta además expresamente —como no podía ser de otro modo— del Estatuto de Autonomía de dicha Comunidad (art. 25 EAPV). Es obligado reconocer que estamos ante **Provincias de régimen singular**, cuyas peculiaridades organizativas e

institucionales reconoce el Estatuto de Autonomía del País Vasco y han sido respetadas por la legislación básica estatal de régimen local, en aplicación de la Disposición Adicional Primera CE (así lo reconoció la STC 214/1989, F.J. 26, reiterando la doctrina establecida en la STC 76/188, F.J. 4). Son Provincias, sin lugar a dudas, aunque, a la vista de sus peculiaridades institucionales (organización, competencias, régimen económico y tributario), la doctrina ha propuesto denominaciones que pretenden reflejar esa singularidad, en algunos casos con evidente hipérbole (“Provincias de régimen administrativo especial”; “Provincias con un perfil institucional peculiar, pero Provincias al cabo”; “entidades públicas autónomas de carácter político”; “fragmentos de Estado”; “territorios asimilables a Comunidades Autónomas uniprovinciales”).

En consecuencia, la autonomía de dichos Territorios o Provincias de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, derivada de sus “*derechos históricos*” o “*régimen foral*”, es una autonomía, no *política*, sino, en todo caso, *administrativa*, por más que, en virtud de la reserva de competencias exclusivas (incluidas las relativas a su sistema tributario propio), su marco de ejercicio sea muy amplio, aunque no total y absolutamente incondicionado, como luego se dirá. En dicho ámbito competencial, aprueban normas reglamentarias, pero no ejercen potestad legislativa alguna. “*Tales normas* —señaló tempranamente LEGUINA VILLA— *nunca alcanzarán el rango y la fuerza de la ley, sino que serán, en todo caso, disposiciones de valor y rango reglamentario*”. Y más adelante señalará que la ruptura de la tradicional consideración normativa reglamentaria de las normas forales “*que supuestamente elevara el rango de las ordenanzas y reglamentos provinciales para transformarlos ‘ad futurum’ en ‘leyes’ formales, habría exigido al menos, obviamente, una permisión constitucional expresa y una ulterior confirmación, asimismo expresa, en el Estatuto de Autonomía*”.

Ello resulta, como hemos visto, de lo dispuesto por la Constitución y el Estatuto vasco. Así lo confirma, no sólo la propia Ley autonómica de Territorios Históricos (art. 6.2: “*en todo caso, la facultad de dictar normas con rango de ley corresponde en exclusiva al Parlamento*”), sino incluso el tenor literal de la Ley Orgánica 1/2010 y su Preámbulo. Pero, sobre todo, se trata de una consecuencia inevitable de su opción, libremente ejercida, de incorporarse o formar parte de una Comunidad Autónoma —la del País Vasco o Euskadi— a la que, por imperativo constitucional, corresponde en exclusiva la potestad legislativa, con la consiguiente renuncia a la decisión, ejercitada por Navarra, de transformar su naturaleza provincial en otra autonómica, a la que se incorporen las competencias históricas preexistentes, compatibles con la *unidad constitucional*.

El hecho de que las *Juntas Generales* de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya sean un órgano colegiado cuyos miembros, lo mismo que los de las Cortes Generales o los Parlamentos autonómicos, son elegidos por sufragio universal, directo y secreto, no altera en absoluto el carácter reglamentario de las *normas forales* que pueden aprobar. La razón

es que, sencillamente, son, en todo caso, *órganos colegiados* de una Provincia (siquiera sea muy singular) y carecen de autonomía política y, por tanto, de potestad legislativa, por más que ejerzan esa autonomía en un marco extraordinariamente amplio, en cuanto exigencia de la garantía institucional de la foralidad. El concepto de autonomía que se predica de las entidades locales admite muy diversos grados, según las previsiones constitucionales y estatutarias (Municipios, Provincias, Consejos y Cabildos insulares, Territorios de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, Ciudades autónomas de Ceuta y Melilla). El Tribunal Constitucional ha negado a los Territorios Históricos y a las Ciudades autónomas de Ceuta y Melilla la condición de Comunidades Autónomas a los efectos, por ejemplo, del recurso de inconstitucionalidad (ATC 1142/1987 y STC 240/2006).

Por consiguiente, sin perjuicio de que en el ejercicio de su autonomía tanto el Estado como el Parlamento Vasco hayan de respetar sus competencias —las que les preserva el Estatuto (cfr. arts. 37 y 41 EAPV) y, en último término, las resultantes de la *garantía institucional* (cfr. STC 76/1988, de 26 de abril)—, las indicadas *normas forales* se sitúan en la jerarquía normativa por detrás de la ley, estatal y autonómica, que se ven obligadas a respetar; y su prevalencia en relación con las demás normas que dicte la respectiva Diputación foral, órgano también del Territorio o Provincia, no es sino una aplicación concreta del principio de jerarquía normativa, que —como es evidente— afecta también a las normas reglamentarias cuando proceden de diversos órganos de gobierno de una Administración pública, siendo la condición de *órganos de gobierno de la Administración foral o provincial* predicable tanto de las Juntas Generales como de las Diputaciones.

La situación descrita era predicable de Navarra antes de su conversión, en virtud de la LORAFNA, en *Comunidad Foral*. En efecto, desde el Real Decreto-Ley de 4 de noviembre de 1923, de bases para la aplicación del Estatuto Municipal en la Provincia de Navarra, existía en ésta un órgano colegiado, denominado *Consejo administrativo* o *Consejo Foral*, al que la Diputación debía someter “*todos los Reglamentos, Ordenanzas y acuerdos generales referentes a la administración y régimen municipal, siendo necesaria la aprobación del Consejo para que entren en vigor*” (base 12.<sup>a</sup>). El artículo 36 de la Ley 39/1978, de 17 de julio, de Elecciones locales, dispuso que éstas se celebrarían en Navarra “*conforme a lo que dispone la Ley Paccionada de 16 de agosto de 1841, con las modificaciones que puedan introducirse de acuerdo con la Diputación Foral*”, y, en este marco, se dictó el Real Decreto-Ley 1/1978, de 4 de enero, que autorizó al Gobierno para modificar la composición y atribuciones del indicado Consejo Foral, lo que se hizo, de acuerdo con la Diputación y tras haberse aprobado la Constitución, por Real Decreto 121/1979, de 26 de enero de 1979, que sustituyó dicho Consejo, constituyendo el *Parlamento Foral de Navarra*, órgano a elegir “*por sufragio universal, directo y secreto*” el mismo día de celebración de elecciones municipales (art. 2.1) y al que la Diputación Foral debía someter para su aprobación y vigencia las normas enumeradas en su artículo 3.2.

Pues bien, tanto las normas aprobadas por el Consejo administrativo o foral, como luego por el Parlamento Foral de Navarra creado en 1979, con independencia de la elección de éste por sufragio universal, eran sin duda *normas reglamentarias*, por ser ambos *órganos administrativos* de la Provincia, que es, como ratificó el artículo 141.1 CE, una “*entidad local con personalidad jurídica propia*”, naturaleza ésta en modo alguno modificada por su condición, a la vez, de *Territorio Histórico* con un *régimen foral*; y nada podía impedir (ni siquiera la anticipación de su opción por constituirse en Comunidad Foral implícita en la Disposición Transitoria 5ª de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, sobre legitimación de la Diputación y el Parlamento Foral para interponer conflictos y recursos de inconstitucionalidad, explicable en cuanto que el Preámbulo del citado Real Decreto 121/1979 señaló y ratificó el Tribunal Constitucional en su Sentencia 23/1984, de 28 de febrero, que dicha norma “*constituía un mejoramiento del régimen foral de Navarra en su aspecto institucional*”) ni impidió de hecho su control por la jurisdicción contencioso-administrativa.

De las conclusiones anteriores no pueden excluirse de ningún modo las *normas forales* que, en materia tributaria, han dictado o dicten en el futuro las Juntas Generales de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya. Para estos Territorios Históricos provinciales, la existencia de la Disposición Adicional Primera de la Constitución resulta ser eficaz, primero, para que mantengan o se les atribuya la competencia de dictar normas tributarias —como hemos dicho, de naturaleza en todo caso reglamentaria— por formar parte la misma de los “*derechos históricos*” de que son titulares y que aquélla “*ampara y respeta*”; pero también lo es, en segundo lugar, para que resulte constitucionalmente admisible que ello comporte una relativa o parcial exclusión (más exactamente, modulación) de la reserva formal de ley en materia tributaria, establecida, por lo demás, con carácter general, por el artículo 133 CE, en el marco de la doctrina establecida por las SSTC 233/1989 (haciendas locales) y la 132/2001 (tipificación de infracciones y sanciones en ordenanzas locales). Porque, en efecto, aquí lo que ocurre no es que la ley a que se refiere este último artículo no exista, sino que la misma se califica como *concierto económico* [cfr. art. 41 EAPV, cuyo apartado 2.a) afirma expresamente que el *concierto* se aprueba como ley] y tiene, a consecuencia de los *derechos históricos de los territorios forales* —que preservan la competencia de éstos para dictar normas tributarias—, un contenido más abierto o flexible, pero no por eso menos vinculante para las Juntas Generales y exigible por los ciudadanos a través de la posibilidad de impugnación de las normas forales fiscales reglamentarias que aprueben éstas, por su contradicción con dicha ley u otras que resulten aplicables, control judicial que no por ello compromete la autonomía procedimental de que gozan los Territorios Históricos (según el triple test – autonomía institucional, procedimental y económica— establecido por la STJUE de 11 de septiembre de 2008, párrafo 81 y 83), doctrina que, en otros aspectos, sigue suscitando otros interrogantes no resueltos por la STSJ del País

Vasco de 28 de diciembre de 2008, contra la que pende un recurso de casación interpuesto por el Gobierno de La Rioja.

La ley que ampara la potestad de los Territorios Históricos para mantener, establecer y regular su régimen tributario propio no es otra, en la actualidad, que la Ley 12/2002, de 23 de mayo (modificada por la Ley 28/2007, de 25 de octubre), que da cobertura al ejercicio de sus potestades tributarias. La Ley del Concierto les reconoce, ciertamente, un amplio margen de actuación, pero éste no es total o absoluto, sino enmarcado por dicha Ley estatal [y, en su caso, por las de coordinación, armonización fiscal y colaboración que pueda dictar el Parlamento Vasco, en aplicación del artículo 41.1.a) EAPV], pues el sistema tributario que establezcan habrá de respetar los principios del artículo 2 de dicha Ley estatal (solidaridad; atención a la estructura general impositiva del Estado; coordinación, armonización fiscal y colaboración con el Estado y mutua entre los Territorios Históricos; sometimiento a los Tratados o Convenios internacionales firmados y ratificados por el Estado español, en particular, los suscritos para evitar la doble imposición y las normas de armonización fiscal de la Unión Europea; e interpretación de las normas del Concierto de acuerdo con la Ley General Tributaria); y habrá de respetar los criterios de armonización fiscal establecidos en el art. 3, así como, el principio de colaboración del art. 4. Además, el Estado mantiene ciertas competencias exclusivas sobre los impuestos no concertados y la alta inspección (art. 5). Y, si bien es cierto que los impuestos concertados se rigen por la normativa autónoma, la ley establece reglas concretas relativas a distintos aspectos de los referidos impuestos. El ámbito material de la potestad tributaria de los Territorios Históricos no puede equipararse, por amplia que sea su autonomía administrativa –que lo es–, a la autonomía política característica del legislador.

Ese margen amplio de configuración del sistema tributario propio mediante normas reglamentarias reconocido a los Territorios Históricos es coherente con la garantía institucional de la autonomía foral y podría encontrar fundamento en la doctrina constitucional que ha modulado el alcance del principio de legalidad tributaria y sancionadora en relación con la potestad de ordenanza de las Entidades locales (SSTC 233/89, F.J. 10 y 132/2001, FF.JJ. 4, 5, 6 y 7). Esta doctrina sería plenamente aplicable a las normas forales fiscales. Como ha señalado la STS de 20 de diciembre de 2004 (RJ 2005/652), *“la capacidad normativa de los Territorios Históricos se ejerce en el marco de la Ley, aunque los límites definidos por ésta sea, 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 Constitución”*.

La circunstancia de que no ocurra así en **Navarra** deriva de su conversión en *Comunidad Foral* con autonomía política y potestad legislativa, que permite que ésta la ejerza, en materia fiscal, el Parlamento de Navarra, con competencia para dictar **leyes** con

ese contenido respetando, eso sí, el Convenio económico con el Estado, a aprobar por ley ordinaria por aquél y por las Cortes Generales (art. 45 LORAFNA). Con anterioridad, y bajo la vigencia del Real Decreto de 26 de enero de 1979, el creado por éste *Parlamento Foral* había de aprobar, entre otras, “*las normas relativas al sistema fiscal de Navarra*” (art. 3.2.4), a dictar entonces en el marco y bajo la jerarquía normativa del Convenio económico con el Estado aprobado por el Decreto-Ley 16/1969, de 24 de julio; pero también esas “normas” eran, aunque superiores en jerarquía a las dictadas por la Diputación Foral, de **naturaleza reglamentaria**, y, como tales, jamás quedaron excluidas del control que sobre los reglamentos corresponde a los Tribunales (art. 106.1 CE) y, en concreto, a la jurisdicción contencioso-administrativa.

## Octavo

### **La naturaleza de los órganos de los que proceden las normas forales.**

Los Territorios de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya han actualizado sus derechos históricos relativos a su régimen institucional mediante el Estatuto de Autonomía del País Vasco, que los considera como “poderes”, a los que reconoce una reserva de competencias exclusivas, que ejercen con una amplia autonomía. Una de las líneas de razonamiento para justificar la fuerza o valor de ley de las normas forales fiscales ha propugnado la naturaleza **parlamentaria** y democrática de las Juntas Generales de los Territorios, de la que derivaría el rango formal de ley de las normas forales, obviando, en consecuencia, cualquier problema formal. En este empeño –como luego se verá– ha colaborado paradójicamente el legislador estatal ordinario con las reformas legislativas de 1998 y 1999. La capacidad transformadora de estas reformas, pese al sentido equívoco de las palabras, carece de virtualidad, pues chocan con el espíritu y la letra del Estatuto de Autonomía del País Vasco, única norma adecuada para ello. Sin embargo, el modelo institucional y el equilibrio de poderes interno establecido por el Estatuto de Autonomía, no puede ser alterado por otras normas distintas, cualquiera que sea su procedencia. A continuación examinamos estos dos aspectos.

#### **1. Las Juntas Generales no tienen la condición de Asamblea legislativa de acuerdo con el Estatuto de Autonomía del País Vasco.**

Como ya se ha señalado, el art. 25 EAPV atribuye la potestad legislativa al Parlamento Vasco, cierto que con la salvedad de las competencias de las Instituciones de los Territorios Históricos a las que se refiere el ar. 37 EAPV. Esta reserva material no puede tener, sin embargo, el alcance que algunos han defendido para justificar el valor material de ley de las normas forales, por mas que las normas forales fiscales suplan, sustituyan y desplacen a las leyes estatales o, en su caso, autonómicas. Esto es, se pone el

acento en los elementos materiales de las normas forales para obviar el concepto orgánico-formal del poder legislativo.

Cabe traer dos argumentos respecto del monopolio de la potestad legislativa del Parlamento Vasco. El primero, la admisión de una enmienda del partido político E.S.E.I. al entonces artículo 37.1 del Proyecto de Estatuto, por la que se sustituyó la expresión “*órganos **legislativos***”, referida a cada una de las asambleas provinciales, por la de “*órganos **forales***”. La justificación de la enmienda –como ha recordado COELLO– es elocuente.

*“El cambio terminológico se fundamenta en que la expresión propuesta es la utilizada por la Ley de Régimen Local en su artículo 211 y por tanto la legal para la organización provincial, persistiendo exactamente en los mismos términos la Constitución al referirse al ámbito territorial provincial (artículo 141. párrafo 2º). Mencionar unos posibles poderes legislativo y ejecutivo a este nivel, al margen de que materialmente puedan desarrollar funciones **legislativas** y **ejecutivas** (**reglamentarias** y **administrativas** en sentido estricto), solo puede producir disfuncionalidad”.*

El segundo, el art. 6.2 de la Ley 27/1983, de 25 de noviembre, conocida por la Ley de Territorios Históricos (norma clave para la integración de las instituciones comunes con las de los territorios históricos), precepto que establece que “*en todo caso, **la facultad de dictar normas con rango de ley corresponde en exclusiva al Parlamento***”.

En el País Vasco, en consecuencia, no hay más Asamblea legislativa, en sentido constitucional, que el Parlamento Vasco. Si cada uno de los Territorios forales vascos se hubieran constituido en Comunidad Autónoma Uniprovincial, como hizo Navarra, hubieran podido contar con Asambleas legislativas propias y con la posibilidad de aprobar leyes en sentido formal. Pero esto (con independencia de su funcionalidad en un ámbito territorial tan limitado, problema de alcance estrictamente político cuya valoración excede de la competencia de este Consejo) no sucedió y la actualización de los derechos históricos de los Territorios forales vascos se ha hecho mediante el Estatuto de Autonomía que “*no supondrá alteración de la **naturaleza** del régimen foral específico o de las competencias de los regímenes privativos de cada Territorio Histórico*” (art. 37.2 EAPV).

La creación de la Comunidad Autónoma del País Vasco constituye una nueva realidad institucional con incidencia en las realidades preexistentes, el Estado y los Territorios forales, cuyos derechos históricos “*habrán de acomodarse o adaptarse al nuevo orden territorial*” (STC 76/1988, F.J. 3). El Estatuto de Autonomía es el elemento más decisivo de actualización, la norma fundacional de la Comunidad Autónoma así estructurada, convertida tanto en norma fundacional de las instituciones comunes, como

en norma de integración y reestructuración (o actualización) de la potestad de autogobierno de los tres Territorios históricos (STC 76/1988, F.J.5). Y, en el País Vasco, no hay otro órgano legislativo en sentido formal que el Parlamento Vasco, como en su momento defendió, con todo fundamento, LEGUINA VILLA, tesis que ha de mantenerse al no haberse modificado el marco constitucional o el estatutario.

Esta diferencia formal (con más precisión y rigor, constitucional) con la Comunidad Foral de Navarra (de la que ya hemos tratado pormenorizadamente en el Fundamento Jurídico Séptimo de este Dictamen), no puede obviarse ahora sino mediante la reforma de la propia Constitución, pues ésta sólo admite, en cada Comunidad Autónoma, una Asamblea legislativa. Esto es, no podría modificarse el Estatuto Vasco para reconocer, junto al Parlamento Vasco, la naturaleza parlamentaria y legislativa de las Juntas Generales, pues esa opción está vedada por la Constitución y no cabe ampararla en la Disposición Adicional 1ª CE. La actualización de los derechos históricos de los territorios forales se ha realizado ya en el Estatuto de Autonomía de Guernika, de 1979.

## **2. El modelo organizativo e institucional de los territorios históricos establecido por el Estatuto de Autonomía del País Vasco no puede ser alterado por normas distintas, cualquiera que sea su procedencia y rango.**

Esta conclusión, rigurosamente ajustada a la Constitución y al bloque de constitucionalidad, no puede ser contradicha por otras normas, incluidas las estatales y de carácter orgánico (como lo es ahora la Ley Orgánica 1/2010), ni las que provengan del Parlamento Vasco o de los propios Territorios Históricos. Tales normas carecen de capacidad innovadora activa para alterar el marco constitucional y estatutario existente, por razones obvias de competencia y procedimiento, que encuentran pleno apoyo en la jurisprudencia constitucional.

En efecto, son diversas las normas de esos tres niveles territoriales que han pretendido alterar la realidad institucional referida. Normas estatales, autonómicas o forales que parece pretenden reconocer potestades normativas semejantes a las legislativas, al amparo de la reserva material de competencias que el Estatuto de Autonomía reconoce a los territorios históricos. Es el caso del art. 8 de la Ley de Territorios Históricos que atribuye a los órganos forales potestad **normativa** (de aplicación preferente a cualesquiera otras leyes estatales o del Parlamento vasco), categoría que se diferencia de la potestad **reglamentaria**, que ejercen, respectivamente, las Juntas Generales y la Diputación Foral.

A partir de esta diferenciación lingüística y del ámbito de competencias reservado a los Territorios Históricos, la doctrina administrativista hablará de un ámbito normativo reservado al **reglamento autónomo** (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, MARTÍN MATEO,

CASTELLS ARTECHE, MUÑOZ MACHADO, PALMA FERNÁNDEZ), que explicaría la posición y capacidad de desplazamiento de dichas normas en el sistema de fuentes, incluidas las leyes estatales o autonómicas. Pese a reconocer su rango reglamentario, se defiende –como hace el último de los autores citados– que “*las normas forales constituyen leyes en sentido material*”. Debe advertirse, no obstante, que el Tribunal Constitucional, cierto que referido a las relaciones Legislativo-Ejecutivo central, rechazó tempranamente al existencia de una *reserva de reglamento* en nuestro sistema constitucional, al modo de la Constitución francesa de 1958 (STC de 13 de febrero de 1981 y 4 mayo de 1982), de manera que no hay ámbitos materiales excluidos de la capacidad de innovación activa de la Ley, sin ignorar el juego del *principio de competencia*, esencial en un Estado complejo, de autonomías constitucionalmente garantizadas.

Esa supuesta **potestad normativa**, distinta de la **reglamentaria**, sería equivalente u ocuparía la posición de la ley o una categoría intermedia entre la ley y el reglamento. No obstante, en el plano procesal, ha sido cuestión pacífica la sujeción del control de las normas forales a la jurisdicción contencioso-administrativa, en lógica correspondencia con su rango formal reglamentario.

Esta situación cambiará, sin embargo, en la Sexta Legislatura (marzo de 1996-enero de 2000), etapa en la que, con ocasión de ciertas reformas legales, el Grupo Parlamentario Nacionalista Vasco, planteará una triple reforma legislativa para modificar el régimen de enjuiciamiento de la actividad normativa y administrativa de las Juntas Generales y de las Diputaciones Forales. Estas propuestas coinciden en el tiempo, curiosamente, con la sustantivación del sistema tributario foral (que adquiere perfil propio con la aplicación de tipos impositivos distintos del territorio común y con incentivos y beneficios fiscales distintos, conocidos coloquialmente como “vacaciones fiscales”) y el inicio de la llamada “batalla” jurídica emprendida por la Comunidad Autónoma de La Rioja contra el ejercicio de esas peculiaridades fiscales y el “*efecto frontera*” atribuible a las mismas.

Las propuestas de reforma se plasmarán y tendrán éxito en dos de los tres ámbitos planteados. Tienen más valor simbólico que práctico (pues, su eficacia transformadora ha sido nula), si bien han servido para ofrecer nuevos argumentos con los que reforzar la tesis de quienes defienden el valor material de ley de las normas forales fiscales, dada la equiparación de las Juntas Generales a una Asamblea parlamentaria. El tercero y más importante de los sectores a modificar (la que pretendía atribuir el control de validez de las normas forales Tribunal Constitucional, con idéntico objetivo que el ahora aprobado por la Ley Orgánica 1/2010), fracasó, pues no contó con el apoyo de ninguno de los Grupos Parlamentarios, por considerarlo contrario a la Constitución y al Estatuto de Autonomía del País Vasco.

En efecto, el primer ámbito que recoge la propuesta de los nacionalistas vascos es la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1998, cuya la Disposición Adicional 1ª dispone que *“la referencia del apartado 3, letra a) del artículo 1 de la Ley incluye los actos y disposiciones en materia de **personal y gestión patrimonial** sujetos al Derecho Público adoptados por los órganos competentes de las Juntas Generales de los Territorios Históricos”*, con lo que pudiera entenderse que éstas son equiparadas a las Asambleas Legislativas. Asimismo, la Ley 4/1999 introdujo una Disposición Adicional 16ª en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común, que excluye de la consideración de Administración Pública a los efectos de esta Ley, a las Diputaciones Forales y las Administraciones institucionales de ellas dependientes, así como a las Juntas Generales de los Territorios Históricos, salvo cuando dicten actos y disposiciones en materia de **personal y gestión patrimonial** sujetos al Derecho público.

Una interpretación literal de ambas reformas permitiría sostener que los actos de las Juntas Generales serían actos materialmente administrativos emanados de Asambleas legislativas, por lo que estarían exentos del control contencioso-administrativo. Estas reformas no han tenido –como queda señalado– virtualidad práctica alguna, por que no podían tenerla, por las razones constitucionales señaladas. Pese a las críticas hechas por algunos autores (LEGUINA VILLA), estas novedades legislativas han dado, no obstante, nuevos argumentos a algunos para abogar por una nueva reconsideración de la posición jurídica de las Juntas Generales y de sus productos normativos.

En los equívocos planteamientos acogidos por las citadas Leyes estatales y por algunos sectores doctrinales, ha de situarse el fundamento teórico de las medidas de autoreforma de las normas institucionales de organización de los Territorios Históricos que alteran notablemente la configuración institucional anterior, vigente desde 1983. Es el caso de la Norma Foral 6/2005, de 12 de julio, de Organización institucional, gobierno y administración de Guipúzcoa, cuyos planteamientos seguirán las demás normas institucionales de Álava y Vizcaya. Su Preámbulo justifica la reelaboración de la autoorganización propia atendiendo al **sistema parlamentario** y a la distinción entre órganos representativos y ejecutivos. Las Juntas Generales son ahora el **Parlamento** de Guipúzcoa (art. 4.1). Las Juntas ejercen la **potestad normativa**, con la denominación de **normas forales** (art. 6), *“producto normativo singular en el subsistema de fuentes de derecho de nuestra Comunidad Autónoma, con valor material de una ley formal emanada de cualquier Parlamento territorial siempre que se dicte sobre materias de competencia exclusiva del Territorio Histórico”* (recogerá el Preámbulo de la Norma Foral 6/2005). Significativamente, ahora las normas forales están sometidas al control de los Tribunales (art. 6.3), ambigua determinación, menos precisa que la tradicional que se refería a la jurisdicción contencioso-administrativa. Las normas forales son superiores en rango a los Decretos Forales, competencia de la Diputación Foral. Paradójicamente, el procedimiento

de elaboración de los Anteproyectos de norma foral y de los Proyectos de disposiciones de carácter general es el mismo (el propio de los reglamentos) sin que se perciba rastro alguno del “*procedimiento parlamentario*”, característico de las leyes formales (elemento reclamado por RUBIO LLORENTE del concepto material de ley), donde queda marcada la diferencia entre leyes y reglamentos.

El modelo parlamentario de relación Legislativo-Ejecutivo en el ejercicio de la potestad “normativa” se lleva al extremo al admitir una suerte de delegación legislativa y de decretos-ley. Es el caso de los llamados “Decretos forales normativos” y los “Decretos forales-norma”, a favor de la Diputación Foral y del Consejo de Diputados, respectivamente, (arts. 13 y 14).

En definitiva, se trata simplemente de una auto-proclamación del carácter parlamentario-legislativo de las Juntas Generales y, en consecuencia, de una autoatribución del valor de ley formal a las normas forales. Estas declaraciones son meramente voluntaristas, pues la norma foral institucional carece de capacidad innovativa activa para modificar –nada menos– que la Constitución y el Estatuto de Autonomía del País Vasco.

## Noveno

### **La reserva de ley establecida por el artículo 31.3 CE en materia tributaria no permite equiparar el régimen procesal de dichas normas forales a las normas fiscales del Estado o las de la Comunidad Foral de Navarra, que tienen rango formal de leyes.**

Otra de las líneas argumentales para justificar el nuevo régimen procesal de las normas forales subraya el vínculo insoslayable entre la reserva de competencias exclusivas, particularmente sobre el sistema tributario privativo, y el principio de reserva de ley en materia tributaria. La salvaguarda de este principio constitucional lleva –para algún sector doctrinal– al reconocimiento implícito de la naturaleza material de ley de las normas forales fiscales, otorgándoles a las mismas fuerza y valor de ley.

Para quienes así razonan, el Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2010 subraya que el régimen tributario forma parte el núcleo competencial exclusivo reservado a los Territorios Históricos. La potestad para mantener, establecer y regular, dentro de su territorio, su sistema tributario propio se ha ejercido tradicionalmente mediante normas reglamentarias, circunstancia que ha suscitado el problema de su conciliación con las exigencias de la reserva de ley en materia tributaria establecido en el art. 31.3 CE.

La conciliación de estos dos principios cobra relevancia por la virtualidad de los mandatos constitucionales y por la sustantividad y diferenciación que han alcanzado o pueden alcanzar los sistemas tributarios forales respecto del sistema tributario común. La conciliación carece de sentido proyectada hacia el pasado. Pero lo adquiere a la vista del fortalecimiento de la potestad tributaria foral, como demuestra la simple comparación entre el marco regulador de Concierto de 1981 y el vigente de 2001 (modificado en 2007).

Rechazada la figura de la “**exención**” de las exigencias constitucionales formales (por ser las normas forales fruto de una realidad preconstitucional), una de las categorías más aceptadas entre los administrativistas es la categoría de los **reglamentos autónomos o independientes** (FERNANDEZ RODRÍGUEZ y otros), justificada en la competencia exclusiva de los territorios forales para regular su propio sistema tributario. Otros autores, consideran insuficiente esta explicación y sostienen el valor o fuerza de ley de las normas forales tributarias. Es el caso de F. DE LA HUCHA quien sostiene que las normas forales que regulan los elementos esenciales de los tributos concertados sometidos al principio de reserva de ley tienen materialmente la fuerza de leyes”; CASTELLS ARTECHE – superando su anterior planteamiento de una reserva material de reglamento-, en el sentido de que es posible ahora introducimos en el novedoso ámbito de las “normas con fuerza de ley”; LASAGABASTER, que reconoce a las normas forales “fuerza de ley” porque desplazan a las normas estatales en el ámbito de su competencia; y AGUIREAZKUENAGA, para quien estas normas tienen “valor material equiparable a leyes formales”.

En esta materia se está produciendo una intencionada confusión jurídica entre dos tipos de reservas: i) por un lado, la reserva de ley que opera en el ámbito tributario general *ex arts 31.3 y 133. 1 y 2 CE*; y ii) por otro, la reserva de competencias fiscales a favor de los Territorios Históricos *ex arts 25 y 37 del Estatuto de Autonomía del País Vasco*.

La confusión entre ambas reservas es intencionada pues tiene como finalidad lograr, a través del *principio de competencia* que expresan ambas reservas, un efecto propio del *principio de jerarquía normativa*, cual es alterar el rango de los reglamentos fiscales aprobados por las Juntas generales de los Territorios Históricos para convertirlos en *leyes formales* o, más exactamente, conservándoles el rango reglamentario, dotarles del mismo régimen impugnatorio que las leyes formales. La reforma trata, pues, de instaurar una nueva inmunidad del poder y, para justificarla y encubrir su verdadera finalidad, incurre, expresa o tácitamente, en confusiones y errores lamentables:

Un primer error es pretender que el principio de *reserva de ley tributaria* (arts. 33.3 y 133 CE) exige que las normas forales sean leyes formales o al menos leyes materiales y que tengan el mismo sistema impugnatorio que éstas. Sin embargo, hoy en día es pacíficamente admitido, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia y por el Tribunal

Constitucional (cfr. STC 233/99) que los entes locales pueden aprobar *Ordenanzas* de mero rango reglamentario para regular y establecer los tributos que les competen dentro de los límites señalados por la Ley de Haciendas Locales, así como tipificar infracciones y sanciones, siempre que una ley haya establecido, al menos, los criterios de antijuridicidad de las conductas infractoras y las clases de sanciones posibles aplicables (STC 132/01), ya que la reserva de ley tributaria solo trata de plasmar el criterio de consentimiento a los tributos (*no taxation without representation*) por el que no puede haber imposición que no sea aprobada por los representantes de los contribuyentes. Pero es obvio que los entes locales, incluidas las Diputaciones forales vascas, gozan de esa legitimidad representativa. Por lo tanto, ningún problema ni dificultad existe para que las Juntas Generales de los Territorios Históricos vascos aprueben normas forales de rango meramente reglamentario para regular los tributos que les competen, tomando como leyes de cobertura el Estatuto de Guernica y la Ley aprobatoria del Concierto, sin perjuicio, obviamente, de respetar los límites comunitario-europeos, constitucionales, estatales e internos vascos antes citados para el ejercicio de dichas potestades tributarias. En otras palabras, la reserva de ley en materia tributaria no exige cambio normativo alguno respecto a las llamadas normas forales y no puede ser alegada para justificarlo.

Una segunda falacia es argumentar que la reserva o atribución de la potestad tributaria que el Estatuto de Guernica hace a favor de los Territorios Históricos, sustrayéndola al Parlamento vasco, exige un cambio en la consideración jurídica de las normas forales dictadas por los mismos. Sin embargo, la decisión de dotarse de un solo Parlamento y de constituir tres Territorios Históricos es una decisión legítima adoptada libremente por el País Vasco en el Estatuto de Guernica, por lo que lo menos que ahora puede exigirse es una auto-coherencia con la misma y no el subterfugio de modificar normas estatales de carácter orgánico para conseguir en la práctica que la Comunidad Autónoma vasca tenga en realidad cuatro Parlamentos mediante el complicado argumento de que en realidad solo hay uno y luego tres Juntas Generales que aprueban normas reglamentarias, salvo en materia tributaria en que son leyes en sentido material y entonces deben ser tratadas como si fueran leyes en sentido formal. La alegada desigualdad con el caso de las leyes navarras no existe porque Navarra decidió libremente actualizar los derechos históricos reconocidos en la DA 1ª CE “amejorando” sus fueros en el sentido de convertirse en una Comunidad Autónoma Uniprovincial con su propio Gobierno y Parlamento; mientras el País Vasco lo hizo convirtiéndose en una Comunidad Autónoma pluriprovincial con un único Gobierno y Parlamento.

## Décimo

### **La Comunidad Autónoma de La Rioja queda privada de un medio de defensa de sus competencias, derechos e intereses legítimos.**

El rango reglamentario propio de las normas forales, incluidas las fiscales, ha permitido a la Comunidad Autónoma de La Rioja impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa, de acuerdo con el artículo 1 LJCA, las normas forales que, en los años pasados, han incluido tipos impositivos y beneficios fiscales generadores de deslocalizaciones de actividades económicas, consecuencia del denominado “*efecto frontera*”.

La exclusión de dicho orden jurisdiccional, aprobada por el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/2010 (nueva redacción del artículo 9.4 LOPJ, que excluye el recurso directo o indirecto contra normas forales fiscales y atribuye dicha competencia al Tribunal Constitucional, en los términos establecidos en la nueva Disposición Adicional 5ª LOTC) y ratificada por la Disposición Adicional Única de la misma Ley Orgánica (el nuevo apartado añadido al artículo 3.d) LJCA consagra idéntica exclusión), suponen atribuir el monopolio del control de dichas normas al Tribunal Constitucional, pese a la violación patente de lo dispuesto en los artículos 161.1.a) y 163 CE, en los términos ya señalados.

La remisión a los requisitos de legitimación exigidos para el recurso y cuestiones de inconstitucionalidad tiene unas desfavorables y negativas consecuencias para la defensa de los intereses de la autonomía constitucionalmente garantizada a la Comunidad Autónoma de La Rioja frente posibles excesos de las normas forales fiscales. En efecto, a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2001, que se producirá el 16 de marzo de 2010, esto es, a los veinte días de su publicación en el BOE, al no haber previsión expresa en la misma (artículo 2.1 CC), la Comunidad Autónoma de La Rioja no estará legitimada para interponer recurso contra las normas forales, de acuerdo con las restricciones a la legitimación de las Comunidades Autónomas establecidas en el art. 32.1 LOTC, en relación con el art. 162 CE. Además de otras restricciones ya operativas hasta el presente (así, un Consejo de Gobierno –caso de la STC 223/2006– o los Diputados autonómicos no pueden impugnar una Ley promulgada por su Asamblea legislativa; ni las Leyes de otra Comunidad Autónoma –ATC 26/2000–), la falta de mención expresa de las normas forales en el artículo 32 LOTC puede entenderse en un doble sentido: a) considerar que solo serán impugnables por el Presidente del Gobierno; el Defensor del Pueblo; cincuenta Diputados y cincuenta Senadores; b) que no son impugnables por nadie, pues la no inclusión de las normas forales fiscales en ninguno de los dos apartados del artículo 32 LOTC llevaría a esa paradójica y contradictoria consecuencia. Como esta interpretación –resultante de una interpretación literal estricta, al no incluirse las normas forales en

ninguno de los dos apartados del artículo 32 LOTC— es absurda y contraria a la Constitución, debemos interpretar que la legitimación exigible es la del apartado 32.1 LOTC.

En cuanto al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad contra las normas forales fiscales, el supuesto de hecho habilitante no se producirá, pues, en virtud del principio de territorialidad de las normas, difícilmente la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja o los organismos de ella dependientes tendrán la condición de sujetos pasivos de la relación tributaria con las haciendas forales, requisito imprescindible para que en un proceso pueda llegar a plantearse la citada cuestión de inconstitucionalidad.

## Undécimo

### Infracciones constitucionales de la Ley Orgánica 1/2010.

En conclusión, pues, este Consejo Consultivo estima que las disposiciones de la Ley Orgánica 1/2010 son inconstitucionales, y, por tanto, nulas, en cuanto, contraviniendo el artículo 106.1 CE, excluyen de todo control jurisdiccional el ejercicio por ciertas Administraciones Públicas de la potestad reglamentaria que tienen atribuida en materia fiscal, sustituyendo el mismo por un mero control de constitucionalidad que atribuyen en exclusiva al Tribunal Constitucional, con la consiguiente vulneración de la limitación del mismo a las normas legales que impone la propia Constitución [arts. 161.1.a) y 163 CE].

La exclusión que hace la Ley Orgánica 1/2010 de las *normas forales* tributarias (no de otras) de toda posibilidad de impugnación ante los Tribunales por los ciudadanos y sujetos privados o públicos afectados por las mismas, es contraria al artículo 106.1 de la Constitución, a cuyo tenor “*los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican*”, donde resulta recogido el control propiamente jurisdiccional — consecuencia de la nota básica del Estado de Derecho que es la separación de poderes y la vinculación del poder ejecutivo o administrativo a la ley— que conviene a cualquier ejercicio de la potestad reglamentaria por cualquier órgano de la Administración (cual es el caso de las Juntas Generales) que la tenga atribuida. Y es directamente contraria también al artículo 38.3 del Estatuto de Autonomía del País Vasco, según el cual —en plena coherencia con lo dicho— “*los actos y acuerdos y las normas reglamentarias emanadas de los órganos ejecutivos y administrativos del País Vasco serán recurribles ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*”; a cuyo efecto hay que tener en cuenta que este precepto se sitúa dentro de su Título II, que trata “*de los poderes del País Vasco*” incluyendo entre ellos “*las instituciones de los Territorios Históricos*” (capítulo IV) y, por tanto, sus *órganos forales* (art. 37.1 EAPV), entre los que se encuentran las Juntas Generales y que son, todos ellos, “*órganos administrativos*”.

La importancia de la materia tributaria y el hecho de que el “*amparo y respeto*” por la Constitución de los “*derechos históricos de los territorios forales*” permita a éstos dictar normas en dicha materia, no permite, en modo alguno, excluir a éstas, dada su naturaleza reglamentaria, del control jurisdiccional. Las Provincias vascongadas o *Territorios Históricos* tienen, por serlo, facultades de regulación tributaria más amplias que las que corresponden a otras Administraciones; pero la propia Constitución, en su artículo 133.2, reconoce que “*las Corporaciones locales podrán establecer y exigir tributos, de acuerdo con la Constitución y las leyes*”, y eso en modo alguno permite excluir del control jurisdiccional a las Ordenanzas locales que se dicten en ejercicio de esa potestad tributaria constitucionalmente reconocida, sea cual sea su repercusión e importancia práctica.

Finalmente, la Ley Orgánica 1/2010 infringe también la Constitución en la medida en que asigna al Tribunal Constitucional unas competencias que aquélla excluye por completo. En nuestro sistema, la primacía de la Constitución en el sistema de fuentes no se traduce en una nulidad de las leyes postconstitucionales que pueda ser apreciada por los Jueces y Tribunales, sino en la existencia de un órgano —el Tribunal Constitucional— al que, por una parte, corresponde en exclusiva declarar esa nulidad de tales leyes —a través del recurso y la cuestión de inconstitucionalidad [arts. 161.1.a) y 163 CE] y al que, de otro lado, le está vedado declarar la inconstitucionalidad de las normas reglamentarias, porque esto corresponde en exclusiva a los órganos jurisdiccionales (art. 106.1 CE). La atribución por la Ley Orgánica 1/2010, al Tribunal Constitucional de la competencia exclusiva para conocer, a través del recurso y la cuestión de inconstitucionalidad, de los problemas que planteen las *normas forales* alavesas, guipuzcoanas o vizcaínas, supone tanto como atribuir a estas últimas una naturaleza legislativa de la que carecen y obligar al TC a juzgar su adecuación, no a la Constitución, al Estatuto de Autonomía del País Vasco u otras normas que formen parte del llamado *bloque de la constitucionalidad*, sino a Leyes ordinarias, como la que apruebe el Concierto económico u otras del Parlamento vasco o de las Cortes Generales que puedan resultar de aplicación: a hacer, en definitiva, no *juicios de constitucionalidad*, a los que se ciñe su competencia, sino *juicios de legalidad*, que competen en exclusiva a los órganos jurisdiccionales.

Pues bien, a la vista de los razonamientos recogidos en el cuerpo de este Dictamen y que acabamos sintéticamente de recoger, la interpretación conjunta de los tres preceptos de la Ley Orgánica 1/2010 supone la atribución al Tribunal Constitucional del **monopolio de control de las normas forales fiscales**, que tienen naturaleza reglamentaria, sujetas al exclusivo parámetro de validez de la Constitución y el llamado “*bloque de la constitucionalidad*”. Esta atribución constituye una infracción de los siguientes preceptos:

- Artículo 9.3 CE, sobre interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.
- Artículo 24, CE, relativo a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos de todas las personas, incluidas las personas jurídicas públicas, como es la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja.
- Artículo 106 CE, relativo al control por los Tribunales de la **potestad reglamentaria**.
- Artículo 161.1.a), CE, relativo al recurso de inconstitucionalidad contra “**leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley**”.
- Artículo 163 CE, relativo a la cuestión de inconstitucionalidad contra “**norma(s) con rango de ley**”.
- Artículo 25 Estatuto de Autonomía del País Vasco, que atribuye competencia legislativa exclusiva al Parlamento Vasco y no a las Juntas Generales de los Territorios de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya.

## **Duodécimo**

### **Requisitos formales para la presentación del recurso de inconstitucionalidad.**

La interposición del recurso de inconstitucionalidad por el Consejo de Gobierno de La Rioja habrá de formularse en el plazo de tres meses, contados a partir de la publicación de la Ley Orgánica 1/2010, que tuvo lugar el 20 de febrero. En consecuencia el plazo para la interposición finaliza el 20 de mayo de 2010.

En cuanto a los requisitos de orden interno, es necesario el Acuerdo del Consejo de Gobierno de interponer el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 1/2010. Hemos de recordar que, en el presente caso, la petición de nuestro dictamen fue hecha con carácter previo a la adopción del Acuerdo que el Gobierno de La Rioja. No obstante, antes de su emisión, el Gobierno ha adoptado el Acuerdo de interposición del recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. A la vista de ello es oportuno recordar que el tenor del Acuerdo adoptado limita la extensión posible del recurso que finalmente se formule (véase, en este sentido, la STC 61/1997, F.4 y nuestros DD 28 y 109/08).

## CONCLUSIONES

### Única

La Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, de modificación de las Leyes Orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial (B.O.E. núm. 45, del 20), es inconstitucional en todos sus preceptos, por ser contrarios a los arts. 9.3; 24; 106; 161.1.a) y c) y 163 de la Constitución Española y al art. 25 de la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, del Estatuto de Autonomía para el País Vasco, por las razones recogidas en el cuerpo de este dictamen.

Este es el dictamen que pronunciamos, emitimos y firmamos en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

Joaquín Espert y Pérez-Caballero  
Presidente

Antonio Fanlo Loras  
Consejero

Pedro de Pablo Contreras  
Consejero

José M<sup>a</sup> Cid Monreal  
Consejero

M<sup>a</sup> del Carmen Ortiz Lallana  
Consejera

Ignacio Granado Hijelmo  
Letrado-Secretario General