



v.

*LOS PROBLEMAS
DEL CONCIERTO
ECONÓMICO EN
EL ÁMBITO
JUDICIAL*

V. LOS PROBLEMAS DEL CONCIERTO ECONÓMICO EN EL ÁMBITO JUDICIAL

Después de ratificar en el Título anterior, las diferencias sustanciales que existen entre el Concierto Económico y el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común no te extrañará leer lo que vamos a ver a continuación. Porque ya sabes que cuando un clavo sobresale, siempre se lleva el primer martillazo. Pues bien, eso es lo que le ha ocurrido en muchas ocasiones al Concierto Económico vasco, que por ser distinto ha sido puesto bajo cuestión. Y en algunos momentos ese planteamiento negativo sobre su contenido se ha extendido, con especial virulencia, a los ámbitos judiciales

Vamos a analizar estas cuestiones conflictivas en una primera versión que será posteriormente revisada y completada en www.elconciertoeconomico.com

Este Título V está compuesto por siete capítulos diferentes que son los siguientes:

- 19.**El origen de los problemas judiciales.
- 20.**Recursos presentados ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (1990-1997).
- 21.**La primera “cuestión prejudicial” de 1997 ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
- 22.**La firma de la llamada “paz fiscal” entre la Administración del Estado y la vasca.
- 23.**La Sentencia del Tribunal Supremo del 9 de noviembre de 2004.
- 24.**La segunda “cuestión prejudicial” ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
- 25.**El llamado “blindaje” del Concierto Económico, en 2010.

Podrás ver a continuación que los primeros capítulos describen situaciones dolorosas y conflictivas y en cambio, los dos últimos refuerzan notablemente la posición del Concierto tanto en el escenario europeo como en el español.

Te invito a leer, con la seguridad de que este Título V te va a interesar.

19.- EL ORIGEN DE LOS PROBLEMAS JUDICIALES

Antes de adentrarnos en la problemática del Concierto Económico en el ámbito judicial y en el de la Comisión Europea, para mejor comprensión, explicaré brevemente los principales problemas en los que se ha visto inmerso el Concierto Económico.

1.- ¿Qué son las Vacaciones fiscales vascas?

Las “vacaciones fiscales” es el nombre con el que se conoce a las ayudas concedidas en 1993 por las tres diputaciones forales a las nuevas empresas de Euskadi. Mediante estas ayudas se eximía del Impuesto sobre Sociedades durante los diez primeros años a las empresas que se constituyeran en Euskadi en el periodo 1993-1994.

La condición que se imponía a las empresas para gozar de dichas ayudas era la de invertir más de 480.810 euros y crear al menos 10 empleos.

2.- ¿Qué son las minivacaciones fiscales?

Se trata de ayudas concedidas en 1996 por las tres diputaciones a las nuevas empresas que se situasen en dichos territorios. Mediante las mismas, las empresas gozarían de deducciones en la base imponible los cuatro años siguientes a aquel en el que obtuviese beneficios. Esas deducciones eran del 99%, 75%, 50% y 25% respectivamente.

3.- ¿De qué tratan los casos Ramondín y Daewoo?

Se trata de dos movimientos empresariales que se tuvieron lugar en 1996 y 1997 y que beneficiaron al Territorio Histórico de Álava.

Por un lado el “caso Ramondín” se produjo por el traslado desde Logroño a Álava de la fábrica del principal productor mundial de cápsulas para botellas. A causa de dicho traslado, la empresa Ramondín se benefició, por un lado, de un crédito fiscal del 45% sobre las inversiones realizadas superiores a los 2.500 millones de pesetas (15 millones de euros) y por otro, de las mencionadas minivacaciones fiscales.

El “caso Daewoo” se basa en la creación en Álava de una filial de una planta de fabricación de electrodomésticos por una multinacional coreana muy importante

llamada Daewoo. La Diputación Alavesa con el objetivo de que esta empresa se instalara en Vitoria, le aplicó el incentivo del crédito fiscal del 45% para inversiones que hemos mencionado (norma que estuvo en vigor entre 1995 y 1999), y una ayuda directa del 25% de la inversión concedida por el Gobierno Vasco (un 5% mayor que el máximo permitido).

Como consecuencia de estos cuatro supuestos, como veremos en este Título, muchas empresas decidieron instalarse en el País Vasco. Por ello, hubo Comunidades Autónomas, como por ejemplo la de La Rioja, que recurrieron dichas ayudas en distintas instancias considerando que atentaban contra el Mercado Común y a la libre competencia.

20.- RECURSOS PRESENTADOS ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO (1990-1997)

Tal y como hace referencia Iñaki Alonso Arce en su libro *“El Concierto Económico en Europa”*, en este apartado hablaremos de los seis principales conflictos que ha sufrido el Concierto Económico a lo largo de sus treinta y tres años de vida. En esta breve introducción, señalaré cuáles han sido los seis conflictos, para pasar luego a hacer una detenida explicación sobre cada uno de ellos.

- El primer conflicto hace referencia a la inadecuación del Concierto Económico al ámbito europeo en materia de no residentes.
- El segundo conflicto trata la judicialización del Concierto Económico por parte de la Administración General del Estado.
- El tercer conflicto explica la lucha que las Comunidades Autónomas limítrofes han llevado durante años en contra del Concierto Económico.
- El cuarto conflicto habla de la política activa de la Comisión Europea contra las ayudas de estado de carácter fiscal.
- El quinto conflicto lo conforma la primera cuestión prejudicial y la “Paz Fiscal”.
- Y el sexto y último conflicto trata de la segunda cuestión prejudicial.

El Concierto Económico ha sufrido desde los años 90 una larga e intensa persecución por parte de las Comunidades Autónomas limítrofes y de otras instituciones, en contra de determinadas disposiciones de las Normas forales, sobre todo en materia del Impuesto de Sociedades. Pero para entender este acoso, nos tenemos que situar en 1988, cuando las diputaciones forales, tras la entrada de España en la Unión Europea, sufrían una gran crisis económica. Con el fin de reactivar la economía y haciendo uso de la capacidad normativa que les otorgaba el Concierto, las haciendas forales promulgaron determinadas Normas Forales en el ámbito del Impuesto de Sociedades.

Las tres haciendas publicaron sus respectivas Normas, las cuales se aplicarían en el periodo comprendido entre su entrada en vigor y el 31 de diciembre de 1994, sobre Incentivos Fiscales a la Inversión, la de Medidas Fiscales Urgentes de Apoyo a la Inversión e Impulso de la Actividad Económica, la Norma del Impuesto sobre Sociedades, y la respectiva al crédito fiscal del 45% para grandes inversiones. Es decir, tal y como señala José Rubí en su artículo *“Las Normas forales de incentivos del año 1993 y la cuestión prejudicial interpuesta ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”*, se trataba de

determinados *“beneficios fiscales en relación con determinadas inversiones en activos fijos materiales, I+D, fomento de las exportaciones y de la contratación de personal y creación de empleo, y otros dirigidos a promover la creación y capitalización de las empresas”*.

Todas estas medidas fueron impugnadas por parte del Estado ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, ya que entendía que su contenido era contrario al artículo 4 y siguientes del Concierto Económico (normas de armonización y coordinación), y también que iban en contra de la normativa comunitaria por el hecho de que excluían de su ámbito de aplicación a los ciudadanos y sociedades de otros estados miembros que no fuesen residentes en territorio español (aun cuando desarrollasen su actividad en territorio vasco).

Una vez que el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco conoció el recurso interpuesto por el Estado, y durante el procedimiento contencioso administrativo, este Tribunal entendió que podía haber incompatibilidades entre las Normas Forales recurridas y el Tratado de la Comunidad Europea, por lo que planteó ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas una cuestión prejudicial, para que este manifestara su opinión al respecto. Lo que se planteaba era, por tanto, si las Normas Forales eran compatibles con los artículos 52 y 92 del Tratado de la Comunidad Europea.

Hay que tener en cuenta que, la Comisión Europea ya se había pronunciado anteriormente sobre la compatibilidad de los principios comunitarios y de las Normas Forales de incentivos fiscales de 1988, cuya decisión fue determinar la incompatibilidad entre ambas. Lo que la Comisión entendió que era incompatible con el mercado común fue, que las Normas Forales no se les aplicaran a los residentes comunitarios no residentes en España y que llevasen a cabo operaciones en territorio vasco.

Como consecuencia de esta incompatibilidad, se tuvo que incorporar una Disposición Adicional Octava a los Presupuestos Generales del Estado de 1995, para compensar así a todos aquellos no residentes que habían sido discriminados. Con esta incorporación a los Presupuestos Generales, la Comisión entendió que se había solucionado el problema, y que ya no se apreciaba discriminación alguna (opinión que compartieron las representaciones de todas las partes intervinientes).

La Comisión, tras entender que se había resuelto la discriminación a la que hemos hecho referencia anteriormente, consideró que las Normas Forales iban

en contra del artículo 92 del Tratado, y las consideraba ayudas de estado, basándose en que el régimen general era la normativa de territorio común, y cualquier otra regulación que se desviase lo más mínimo de esta, se consideraba ayuda de estado.

La representación vasca, sin embargo, intentó conseguir en este proceso una declaración judicial que consagrara definitivamente la condición de régimen fiscal general de las normas derivadas de la capacidad normativa otorgada por el Concierto.

Después del recurso interpuesto por el Estado ante el TSJPV y una vez resueltos los problemas planteados, la Federación de Empresarios de La Rioja presentó ante el mismo Tribunal un nuevo recurso en el verano de 1996. En este recurso, los empresarios riojanos recurrían las Normas Forales del Impuesto de Sociedades, ya que estas contenían varias disposiciones con rasgos completamente diferenciados de la normativa estatal.

En este recurso, lo que los empresarios solicitaban era la anulación de las tres Normas Forales en su integridad, o subsidiariamente, de aquellos preceptos de las Normas Forales del Impuesto sobre Sociedades que dieran un trato más beneficioso a los contribuyentes vascos que lo que establecía la normativa estatal.

Tal y como explicaremos más adelante, el TSJPV declaró en la sentencia de 30 de septiembre de 1999 que no veía motivo para apreciar contradicción alguna entre las Normas Forales y la normativa comunitaria sobre ayudas de estado, siendo el artículo 26 de las Normas Forales el único precepto que anuló.

21.- LA PRIMERA “CUESTIÓN PREJUDICIAL” DE 1997 ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Como hemos comentado en el capítulo anterior y señala acertadamente el catedrático de Hacienda Pública de la Universidad del País Vasco, Ignacio Zubiri, en su obra *“El sistema de Concierto Económico en el contexto de la Unión Europea”*, *“hasta 1988 el desarrollo de las competencias fiscales por parte de la Comunidad Autónoma del País Vasco se produjo sin grandes tensiones”*. Habían pasado, por lo tanto, siete años desde la entrada en vigor del nuevo Concierto Económico y las cosas evolucionaron satisfactoriamente hasta ese momento.

Sin embargo, desde ese año, siguiendo siempre con la referencia a la obra de Ignacio Zubiri antes citada, *“comenzó una litigiosidad creciente que para el conjunto de las Diputaciones ha supuesto que la Administración del Estado recurra más de 30 normas fiscales de cada territorio”*¹⁸³. Por lo tanto, si multiplicamos 30 por 3 y tenemos en cuenta que Ignacio Zubiri se refiere a *“más de 30 normas recurridas”* podemos darnos cuenta que el nivel de recursos desde la Administración del Estado sobre normas emanadas de las instituciones competentes de los Territorios Históricos **había superado ya el listón de las cien normas**. Demasiado, ¿no?

Hay que aclarar además que no solamente se recurrieron cuestiones relacionadas con el Impuesto sobre Sociedades (es decir, ventajas concedidas en este impuesto, relacionadas con el apoyo a la inversión creadora de puestos de trabajo por parte de las empresas), sino que los recursos se extendieron también al Impuesto sobre el Patrimonio, al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, a los Impuestos Especiales e incluso a otras normas fiscales, como podrían ser las Normas Generales Tributarias.

Como señalan muy bien Javier Armentia y Ángel Barrasa en su artículo *“El Pacto Fiscal y su incidencia en el próximo Concierto Económico”*, *“en este clima de conflictividad, el punto que marca la máxima tensión lo constituye la cuestión de prejudicialidad sobre la normativa foral relativa a Medidas Fiscales Urgentes de Apoyo a la Inversión e Impulso a la Actividad Económica de 1993, que el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco somete al Tribunal de Justicia de la Unión Europea”*¹⁸⁴.

Esta petición al Tribunal europeo fue presentada cuatro años más tarde, en julio de 1997 en relación con las Normas Forales 11/1993, de 26 de junio, aprobada por las Juntas Generales de Gipuzkoa, la Norma Foral 18/1993, de 5 de julio, por las 5.566 de Araba y la Norma Foral 5/1993, de 24 de junio, por las 5.566 de Bizkaia¹⁸⁵.

Esta primera cuestión prejudicial (*en uno de los capítulos siguientes comentaremos la segunda que resultó decisiva para el Concierto Económico y tiene más importancia que ésta*) hacía referencia a la interpretación de los artículos 43 y 87 de la Comunidad Europea. El Tribunal Superior del País Vasco, solicitó, como indican Javier Armentia y Ángel Barrasa en el artículo citado, *“el pronunciamiento sobre si las normas forales de Medidas Fiscales Urgentes de Apoyo a la Inversión e Impulso a la Actividad Económica eran compatibles con el Tratado de la Unión Europea”*.

Y aquí entró en acción el llamado **“Abogado General” del Tribunal de Justicia de la Unión Europea** que, a pesar de lo que indica su nombre, no es un “abogado”, tal y como lo entendemos en nuestro lenguaje habitual, sino un magistrado que, integrado en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no resuelve los procesos que se plantean ante este Tribunal sino que pronuncia, antes de la sentencia, unas llamadas “Conclusiones” sobre las cuestiones planteadas.

Obviamente, esas “Conclusiones” de los Abogados Generales no son vinculantes, a diferencia de las Sentencias, pero tienen una enorme trascendencia porque, habitualmente, **casi en el 100% de los casos, son seguidas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea**. Además, esas Conclusiones explican con todo detalle, mucho más precisa que la propia Sentencia, todos los pormenores del litigio que se va a juzgar por el Tribunal y el estado de la doctrina sobre los temas planteados, como marco de referencia previa a las respuestas jurídicas que el propio Abogado General sugiere. En otras palabras, estamos ante una figura primordial en lo que ha sido la evolución del Derecho de la Unión Europea, y así lo reconocen prácticamente todos los autores¹⁸⁶.

En el caso de este litigio planteado en relación con las Normas de 1993, el Abogado General que analizó la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco fue **Antonio Saggio**. Este magistrado italiano fue Abogado General del Tribunal europeo, desde el 5 de marzo de

1998 al 6 de octubre del año 2000, pudiendo realizar en ese breve periodo de tiempo una importante contribución a la jurisprudencia de este Tribunal.

Tras analizar la cuestión prejudicial planteada, las conclusiones del Abogado General Saggio, fueron presentadas el 1 de julio de 1999 y **resultaron tremendamente negativas**, no solo en relación con su opinión sobre la cuestión prejudicial, sino sobre aspectos claves del Concierto Económico.

Volviendo a tomar las referencias del artículo de Javier Armentia y Ángel Barrasa antes citado, las Conclusiones más importantes de este Abogado General destacan que *“los requisitos exigidos por la normativa vasca para poder disfrutar de beneficios fiscales, constituyen una medida discriminatoria a efectos del artículo número 43 del Tratado de las Comunidades Europeas”*.

Tras esta manifestación tan rotunda, el Abogado Saggio proponía, en consecuencia, al Tribunal de Justicia europeo que *“responda a la primera parte de la cuestión planteada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el sentido de que el artículo 43 del Tratado de las Comunidades Europeas se **opone a una normativa** relativa a Medidas Urgentes de Apoyo a la Inversión, a las que pueden acogerse los sujetos pasivos que tributen exclusivamente a la Hacienda Foral”*.

Para añadir más sal a la herida, el Abogado General señalaba que *“las normas forales objeto del presente asunto, **constituyen una ayuda de estado**, por cuanto tienen como resultado aliviar la carga fiscal soportada por las empresas comprendidas dentro del ámbito de aplicación subjetivo de las propias normas”*.

Y ya, finalmente, para rematar la faena con un rejón de muerte, la Conclusión final del Abogado General fue que *“los artículos 43 y 87 del Tratado de las Comunidades Europeas deben interpretarse, en el sentido de que **se oponen a una normativa de un Territorio perteneciente a una Comunidad Autónoma de un Estado miembro**, relativa a Medidas Fiscales Urgentes de Apoyo a la Inversión e Impulso a la Actividad Económica”*.

Tras las Conclusiones presentadas por el Abogado General aquel negativo 1 de junio de 1999, el futuro del Concierto, en lo relativo a la autonomía normativa, pendía de un hilo. Pero no te asustes, porque, si tienes paciencia y sigues leyendo, verás que, poco después el peligro pasó, al no dictarse Sentencia ninguna. Y más adelante, para que veas que la diosa Fortuna quizá tiene ascendientes vascos (*es que no se me ocurre otra explicación para la*

“pelota” que nos tiene esta poderosa señora), otra persona experta en Derecho Comunitario, en este caso la Abogada General Kokott echó un salvavidas al Concierto que evitó su hundimiento. Te lo cuento unas páginas más adelante. ¡Persevera!

22.- LA FIRMA DE LA LLAMADA “PAZ FISCAL” ENTRE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO Y LA VASCA

Como era de esperar, las rotundas Conclusiones presentadas por Antonio Saggio, Abogado General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que hemos comentado en el capítulo anterior, desataron, como es lógico, todas las alarmas. Y ello, no solo en las instituciones vascas, sino en las del propio Estado que **quizá se dieron cuenta de que se había ido demasiado lejos y que el asunto de los recursos contra el Concierto empezaba a situarse fuera de control**, con las consecuencias gravísimas que podía tener para las relaciones entre una Comunidad Autónoma como la vasca y el propio Estado.

22.1. Los enfrentamientos entre las administraciones vascas y la estatal se empezaban a desmadrar

Como señala acertadamente Ángel Barrasa, que fue Diputado de Hacienda, Finanzas y Presupuestos de la Diputación Foral de Araba, en su intervención en unas Jornadas organizadas por la Sociedad de Estudios Vascos, en el 2000 hasta 1988 la conflictividad entre ambas administraciones *“se había mantenido en un ámbito interno, recurriendo ante el Tribunal de Justicia del País Vasco y el Tribunal Supremo. Sin embargo, cuando los enfrentamientos trascendieron a un ámbito europeo, ambas administraciones se convencieron de que **la única forma de salir de aquella situación era pactando**”*¹⁸⁷. Seguro que habrás dado, como yo, un suspiro de alivio.

Las disputas a nivel europeo no eran tan insignificantes como las que se habían desarrollado hasta ahora en los Tribunales españoles. Como bien decía Ángel Barrasa *“ya no se atacaba la normativa tributaria por el consabido ataque a la falta de armonización o a la presión fiscal efectiva, sino que se atacaba un principio sagrado en la Comunidad como es el principio de libertad de competencia”*.

Además, *“otro elemento que le metió mucha más tensión a la situación fue que ya no denunciaba la normativa tributaria vasca solamente la Administración Central, sino que había contribuyentes, empresas, que denunciaban a otras empresas por beneficios fiscales que habían obtenido al amparo de la normativa vasca. Todo esto acompañado de mucho ruido mediático, incluso manifestaciones, etc., lo que dio a todo un tono bastante desmesurado”*.

Y al final se temía que pudiera haber una Sentencia del Tribunal de Luxemburgo francamente atentatoria contra la esencia del propio Concierto Económico, la contestación a la famosa “cuestión prejudicial”, tras el pronunciamiento del Abogado General Saggio comentado en el capítulo anterior.

Con razón señalaba Ángel Barrasa que no estábamos ante *“un cambio de escenario, sino ante un cambio de película”*. Y la película, añado yo, que empezó siendo de “suspense”, amenazaba convertirse en una de terror (*del tipo de “Paranormal Activity”, una peli del 2007 que, si te atrae el miedo, es ideal para ti*).

22.2. Un tenso escenario político para complicar más las cosas

Todo lo anterior, para echarle más emoción al asunto, hay que situarlo en un contexto político realmente complicado en el País Vasco, pues seguro que recuerdas que el 12 de septiembre de 1998 se firmó el denominado **“Pacto de Estella”** entre ocho partidos políticos, siete sindicatos y nueve organizaciones sociales, que fomentó la tregua de ETA de ese año, y que fue acogido con profunda preocupación por el Gobierno español, presidido por José María Aznar.

ETA, siguiendo con su trayectoria histórica, rompió su tregua en noviembre de 1999, por lo que el Presidente José María Aznar decidió coger el toro por los cuernos y embarcarse en una operación política muy arriesgada: llegar a un pacto con el PSOE para presentar una candidatura conjunta a las Elecciones del Parlamento Vasco, del año 2001. El objetivo de desalojar del Gobierno Vasco al PNV, firmante del Pacto de Estella, todo ello acompañado por una intensa presión política sobre el mundo nacionalista, en la que se volcaron muchos medios de comunicación.

En un escenario de máxima presión y tensión, lo menos que podía interesar al Gobierno español era llegar a esas cruciales elecciones, que se celebraron el 13 de mayo de 2001, con el Concierto Económico absolutamente cuestionado y minimizado por una Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

22.3. El acuerdo de la “Paz fiscal”

Ante la complicada situación que se vivía, por fin, alguien reflexionó y el Presidente de Gobierno y el Lehendakari Juan José Ibarretxe decidieron que había que terminar con esa situación.

Gracias a ello, **el 18 de enero de 2000, el Vicepresidente de Gobierno, Rodrigo Rato, y la Vicelehendakari, Idoia Zenarruzabeitia firmaron en el seno de la Comisión Mixta de Cupo, la llamada “Paz Fiscal” o “Pacto Fiscal”**, que se desarrollaba en un Preámbulo y diez acuerdos.

Como bien recoge el citado Preámbulo, el principal objetivo de este Pacto era poner fin a la negativa situación de conflicto existente y adquirir entre ambas administraciones un compromiso para no llevar las futuras disputas ante los Tribunales, resolviendo así los conflictos por otros medios menos controvertidos y profundizando en el principio de colaboración entre ambas.

Así, ambas partes llegaron a los siguientes acuerdos significativos (hay otros de menor relevancia)¹⁸⁸.

1º) Crear la Comisión de Coordinación y Evaluación Normativa. Este órgano sería el encargado, a partir de ese momento, de resolver las cuestiones que tuvieran que ver con la aplicación y ejecución del Concierto Económico. Para esta Comisión se estableció una composición paritaria, de ocho miembros: cuatro representantes de la Administración del Estado y otros cuatro de la Comunidad Autónoma Vasca, tres de los cuales serían nombrados a propuesta de cada una de las tres diputaciones y el cuarto, por el Gobierno Vasco.

2º) Las haciendas vascas se comprometían a retirar todos los recursos contenciosos interpuestos, antes del 31 de marzo de aquel año, así como a modificar la normativa tributaria más conflictiva cara al ámbito europeo (las denominadas “vacaciones fiscales”), derogando así los incentivos fiscales vascos que habían originado el planteamiento de la cuestión prejudicial a la que se ha hecho referencia en el capítulo anterior.

Las modificaciones realizadas en la normativa tributaria foral fueron muy importantes (*como podrás apreciar, hubo que renunciar al “huevo” para defender el “fuero”, es decir, autolimitar la capacidad normativa y así ganar tiempo*):

- Derogación de las “minivacaciones fiscales”. Se trata de las deducciones en el Impuesto sobre Sociedades a favor de las empresas de nueva creación.
- Derogación del crédito del 45% establecido para los procesos de inversión superiores a los 2.500 millones de pesetas (15 millones de euros).
- Reducción del 15% al 10% de la deducción de inversiones en activos fijos materiales nuevos afectos al desarrollo de la explotación económica. En Bizkaia esta deducción era ampliable cumpliendo ciertos requisitos.
- Derogación del régimen especial de los centros de dirección, de coordinación y financieros establecido dentro del Impuesto sobre Sociedades.
- Modificación del tratamiento de la doble imposición internacional.
- Modificación de la transparencia fiscal internacional, eliminando de este modo el requisito que exigía la residencia en países no pertenecientes a la Unión Europea.

3º) El Estado, se comprometió también a retirar sus recursos contenciosos y fundamentalmente el que dio lugar a la “cuestión prejudicial” que hemos analizado en el capítulo anterior. Con ello, en febrero del año 2000, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco retiró la cuestión prejudicial (presentada en julio de 1997, como recordarás) al desistir las dos partes del procedimiento, lo que originó que el Presidente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea retirase de oficio los asuntos sobre las que se había planteado la famosa cuestión prejudicial¹⁸⁹.

Por esto, las duras Conclusiones presentadas por el Abogado General Antonio Saggio, tan peligrosas para el futuro del Concierto, dejaban de tener sentido, al decaer la cuestión prejudicial planteada. (*¡Ufff, menos mal!*)

4º) Además, las administraciones adquirieron un compromiso mutuo de llevar a cabo todas las actuaciones necesarias para la defensa del Concierto Económico.

El Acuerdo alcanzado entre las dos administraciones tenía un alcance limitado, ya que **solo vinculaba a las partes por un periodo de dos años**, hasta la entrada en vigor del nuevo Concierto Económico. Así, el 1 de enero de 2002, como decía el diario El País en una noticia publicada el 19 de enero de 2000 “*deberá entrar en vigor un nuevo Concierto Económico que determine otras*

*reglas de juego que puedan incluir o no el instrumento de diálogo ahora pactado*¹⁹⁰.

22.4. La valía del acuerdo de la “Paz Fiscal”

En cuanto a la incidencia de este acuerdo, se puede afirmar que **fue muy positiva**, pues pacificó la situación y evitó un grave riesgo al Concierto.

Sin embargo, hay que resaltar que el “Pacto Fiscal” no tuvo transcendencia jurídica, al no estar incluido en una Ley pactada y, por ello, no modificó el contenido sustancial del Concierto de 1981, ni condicionó formalmente al nuevo Concierto. Pero como señalan acertadamente Javier Armentia y Ángel Barrasa *“Ahora bien, si lo anterior es cierto, no es también menos correcto suponer que entre los documentos que servirán para el análisis y preparación del nuevo texto concertado, se encontrará el Pacto Fiscal, al igual que lo estará el Concierto Económico de 1981”*¹⁹¹.

(Tras la firma de la llamada “Paz Fiscal”, una vez más ETA trató que aquél positivo acercamiento entre las dos administraciones saltará por los aires. A los tres días de la firma, el 21 de enero de 2000, tras la ruptura unilateral de su tregua de 1998, volvió a atentar, asesinando al Teniente Coronel, Pedro Antonio Blanco).

Con ello, aunque la situación mejoró mucho, no quedó absolutamente pacificada. Así, incluso un año después de firmar la “Paz Fiscal”, el diario el País publicaba como titular *“Tres recursos del Gobierno central reabren la “guerra fiscal” con Euskadi”*¹⁹². Tras ello, el Gabinete de Ibarretxe acusaba al de José María Aznar de incumplir el acuerdo adoptado el 18 de enero de 2000, interponiendo los mencionados recursos sin haber intentado buscar solución alguna haciendo uso de la Comisión de Coordinación y Evaluación Normativa creada para estas situaciones en dicho acuerdo.

¿Qué te ha parecido todo esto? Personalmente, creo que resultó muy positivo, por varias razones. La primera, porque las Conclusiones del Abogado General Saggio podían haberse convertido en una Sentencia muy negativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Segunda, por las consecuencias negativas del clima de tensión entre las dos administraciones, en un escenario político tan explosivo como aquel. Y tercera, porque la situación no favorecía, sino al

contrario, la posición vasca, ante la necesidad de negociar un nuevo Concierto pues, como recordarás, el que yo negocié expiraba el 31 de diciembre de 2001.

23.- LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 9 DE DICIEMBRE DE 2004

Tal y como hemos comentado en el capítulo anterior, el Concierto Económico pendía de un hilo tras las Conclusiones que el Abogado Antonio Saggio daba a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en 1997. Pero tras la Sentencia de 9 de diciembre de 2004 del Tribunal Supremo, el Concierto quedaba aún más herido.

Esta Sentencia fue dictada por el Tribunal Supremo como resolución a los recursos de casación que se interpusieron tanto por la Federación de Empresarios de La Rioja, como por las instituciones vascas contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (en adelante TSJPV) de 30 de septiembre de 1999. En esta última Sentencia, el TSJPV anulaba el artículo 26 de las Normas Forales del Impuesto sobre Sociedades, confirmando el resto de disposiciones cuya anulación se solicitaba y desestimando casi al completo el recurso interpuesto por la Federación de Empresarios de La Rioja.

Con los correspondientes recursos de casación, las instituciones vascas pretendían la anulación de la Sentencia de 30 de septiembre de 1999 y que el Tribunal Supremo confirmase la legalidad de todas las disposiciones de las normas forales en cuestión (incluido el artículo 26 que había sido anulado), mientras que los empresarios riojanos demandaban la anulación de la totalidad de las normas forales o, subsidiariamente, la anulación de aquellos preceptos que fuesen más beneficiosos que lo que establecía la normativa estatal.

El 26 de enero de 2005, el Tribunal Supremo daba a conocer el fallo de la Sentencia de 9 de diciembre de 2004, en la que desestimaba los recursos de las instituciones vascas, anulaba la sentencia del TSJPV de 30 de septiembre de 1999, acogía parcialmente el recurso interpuesto por los empresarios riojanos y anulaba trece preceptos de las normas forales del Impuesto sobre Sociedades que consideraba que eran contrarios a Derecho.

En el momento en el que se dictó la Sentencia algunos de los preceptos que anulaba la de 2004 ya no estaban en vigor por haber sido derogados o modificados tras su aprobación en 1996, por lo que el fallo solo tenía efectos sobre aquellas disposiciones que no habían sufrido modificaciones en esos nueve años.

El Tribunal Supremo consideró las razones que alegaba en el recurso de

casación la Federación de Empresarios de La Rioja, la cual se apoyaba en la Doctrina Saggio (el Tribunal consideraba que las conclusiones del Abogado Antonio Saggio constituían doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y que era aplicable a todos los estados), y consideraba que las normas forales eran constitutivas de ayudas estatales a efectos del Tratado de la Unión Europea por un criterio de selectividad regional.

Sin embargo, el Tribunal nunca afirmó que las normas forales fuesen ayudas de estado, sino que se trataba de preceptos que podían considerarse ayudas estatales, pero matizaba que el deber de notificación a la Comisión afectaba tanto a las ayudas como a aquellas disposiciones que pudiesen constituir ayudas. Si atendemos a lo que el Tratado de la Unión Europea establece respecto a las ayudas, nos damos cuenta de que únicamente obliga a notificar aquellas medidas que se consideran ayudas de estado, y no las medidas que puedan considerarse ayudas. Por lo que queda claro, que el Tribunal Supremo estaba alterando con aquel fallo el mecanismo jurídico establecido en el Tratado de la UE.

La Sentencia del Tribunal Supremo se basaba, para determinar lo que se consideraba ayuda de estado, en la comparación de la normativa foral con la normativa estatal, y donde veía que la normativa foral era más beneficiosa, apreciaba una ayuda de estado por selectividad regional, declarando el incumplimiento de notificación a la Comisión.

Tal y como señala Iñaki Alonso Arce en el libro *“El Concierto Económico en Europa”* *“esa mecánica es absolutamente reprochable, (...) porque parte de la consideración de que la regulación contenida en la Ley estatal del Impuesto sobre Sociedades es la norma común y básica en España, lo cual no puede compartirse (...), puesto que la legislación estatal tampoco se aplica a todos los contribuyentes, sino sólo a aquellos no sometidos a la normativa foral vasca o navarra (...); y por otro, porque solamente considera como posibles ayudas estatales aquellos preceptos que le ofrecen al Tribunal Supremo una apariencia de contener una diferencia de una cierta magnitud o relevancia, despreciando aquellos casos en los que la diferencia de regulación es menor, aunque sea más beneficiosa para el contribuyente la regulación foral que la estatal”*¹⁹³.

Este último posicionamiento que defiende el Tribunal Supremo, es contrario a lo establecido en la normativa comunitaria sobre las ayudas de estado, ya que quedan únicamente excluidas del control de la Comisión las llamadas “ayudas minimis” cuando no se supera un determinado umbral. Debería entonces haber

anulado el Tribunal Supremo determinadas disposiciones que suponían un beneficio, a excepción de aquellas que no superaban el umbral establecido por la normativa comunitaria.

Por otro lado, el Tribunal estableció en su Sentencia de 2004 que determinadas disposiciones no suponían ayudas estatales ya que las modificaciones que habían sufrido tras su entrada en vigor en el año 1996 (en el momento de entrar en vigor, la regulación foral era más beneficiosa que la estatal), las equiparaba al tratamiento que se les daba en la normativa estatal. Este también resulta ser un argumento inválido, ya que si en un primer momento la normativa foral resultaba más beneficiosa que la estatal, la posterior modificación no traía consigo que el precepto dejase de ser una ayuda de estado.

Estos son dos ejemplos de las contradicciones y puntos débiles que se apreciaron en la argumentación del Tribunal Supremo, los cuales le sirvieron de fundamento para anular trece disposiciones de las normas forales del Impuesto de Sociedades y que supuso privar de efectos a la normativa foral que estaba en vigor en aquel momento.

El principal argumento que utilizó el Tribunal Supremo en su famosa sentencia no fue tanto la consideración de ayuda de estado de determinadas disposiciones (es decir, el contenido material de las disposiciones), sino más bien, el hecho de que determinados preceptos no fuesen comunicados a la Comisión Europea (trámite formal), lo cual resultaba imprescindible para el máximo órgano judicial ante la presencia de posibles ayudas de estado. Pero está claro que el fundamento último de la omisión, era la conceptualización como ayuda de estado de las disposiciones anuladas, lo cual llevaba a la necesidad de aclarar el significado de “ayuda de estado” y de “selectividad regional” en el ámbito comunitario (desde el punto de vista comunitario, el criterio de que las normas tributarias vascas tienen selectividad regional ya fue abandonado en 1999 y la Comisión Europea no lo ha invocado en ninguno de los procedimientos que ha abierto a los incentivos fiscales vascos declarados como ayudas de estado¹⁹⁴).

Hay que tener en cuenta que, a pesar de las distintas visiones que el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y el Tribunal Supremo tenían del Derecho Comunitario, ninguno presentó cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas para la resolución del recurso interpuesto por los empresarios riojanos, por lo que demuestra que para ninguno de los dos tribunales suponía problema alguno a la hora de resolver la cuestión. Esto hizo

que las instituciones vascas solicitaran la protección de sus derechos ante el Alto Tribunal, cuyo éxito fue más bien escaso.

Otro de los puntos que demuestran la mala aplicación del Derecho Comunitario por parte del Tribunal Supremo, tal y como se explica en el mismo libro al que hemos hecho referencia un poco más arriba, es el hecho de que *“si nos encontramos ante ayudas estatales ejecutadas ilegalmente (sin notificación previa a la Comisión europea) por los Territorios Históricos vascos, el efecto útil de la normativa comunitaria sobre ayudas estatales solamente se consigue cuando se ordena y ejecuta la recuperación de los beneficios de las ayudas disfrutadas, restaurando en ello la situación de plena competencia dentro de la Unión Europea”*¹⁹⁵. Esto supone por lo tanto, que el Tribunal Supremo hace una aplicación parcial e incompleta del Derecho comunitario en la Sentencia de 2004 al no solicitar la recuperación de las ayudas, incumpliendo así sus obligaciones como tribunal nacional competente que es.

23.1. Las reacciones a la sentencia

Las instituciones forales hicieron todo lo que estaba en su mano para paliar las consecuencias que la Sentencia de 9 de diciembre de 2004 tendría sobre el Concierto Económico.

Como hemos comentado anteriormente, ni el TSJPV ni el Tribunal Supremo plantearon cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, aunque la situación de ambos tribunales era distinta, tanto en lo que respecta a la posición jurídica, como al papel que les otorga el Tratado de la Unión Europea en lo referido a la cuestión prejudicial. Pues bien, tal y como establece dicho tratado, cuando los Tribunales nacionales tengan dudas de interpretación o aplicación de los Tratados o del Derecho comunitario, deberán interrumpir el procedimiento y presentar la correspondiente cuestión prejudicial al Tribunal de las Comunidades Europeas. Por lo tanto, el Tribunal Supremo tenía la obligación de haber presentado la oportuna cuestión prejudicial y así obtener criterios claros de interpretación sobre determinados conceptos de Derecho comunitario.

La falta de presentación de la cuestión prejudicial necesaria en este caso, supuso la vulneración del derecho de las instituciones forales a un procedimiento con todas las garantías, lo que dio lugar a una situación de indefensión por no haber podido defender ante las instituciones comunitarias su

posición. Esto hizo que las instituciones forales presentasen incidente de nulidad contra la Sentencia del Tribunal Supremo, agotando la vía judicial previa y poder así solicitar amparo constitucional.

Sin embargo, el Tribunal Supremo desestimó el incidente de nulidad y justificó la ausencia de cuestión prejudicial en que estaba clara la cuestión debatida y que no hacía falta ninguna interpretación del Derecho comunitario. Las instituciones forales no estaban de acuerdo con la desestimación del incidente, por lo que acudieron mediante recurso de amparo al Tribunal Constitucional, viendo que este también desestimaba sus pretensiones.

Aun así, la Cámara de Comercio de Bilbao no se rindió, instando a la Corte Europea de Derechos Humanos el correspondiente procedimiento, señalando que España había incumplido el artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos, pretensión que tampoco resultó ser estimada para la institución mercantil. En marzo de 2005 se publicó en el Diario Oficial la tan esperada y negativa sentencia que dejaba al Concierto Económico en un estado aún más crítico de lo que ya estaba. Así, el Diputado General de Bizkaia, el 8 de marzo de 2005 declaraba ante las Juntas Generales del Territorio Histórico: *“Después de la denominada “paz fiscal” suscrita entre administraciones, tras las negociación y acuerdo del último Concierto Económico, en 2002, se han sucedido los recursos a normativa foral presentados por Comunidades Autónomas –Castilla y León, Cantabria, La Rioja– u organizaciones sociales –empresarios y sindicatos– que han mantenido la tensión de cara a sostener un clima de inseguridad jurídica permanente a nuestras legítimas decisiones en materia fiscal y tributaria”*¹⁹⁶.

Como consecuencia del fallo de la Sentencia, era necesario que las Juntas Generales o las diputaciones regulasen de nuevo ese vacío normativo que había quedado latente. Así, la Diputación de Bizkaia incorporó una Disposición Adicional Décima a la Norma Foral 2/2005, la cual fue recurrida por la Comunidad Autónoma de La Rioja y anulada por el TSJPV por la sentencia de 14 de enero de 2008 (el recurso de casación contra esta sentencia interpuesto por las instituciones forales de Bizkaia está todavía pendiente de resolución).

23.2. Las consecuencias de la sentencia

En verano de 2005, las instituciones vascas aprobaron nuevas disposiciones normativas que incorporaron a las normas forales del Impuesto sobre

Sociedades nuevos preceptos, que sustituyeron los que habían sido anulados por la sentencia del Tribunal Supremo. Las nuevas disposiciones, tenían idéntico contenido a los preceptos anteriormente anulados, lo cual se llevó a cabo sin hacer la necesaria comunicación a la Comisión Europea. De nuevo se volvieron a impugnar estas disposiciones por las Comunidades Autónomas de La Rioja y Castilla y León, y por la Unión General de Trabajadores de La Rioja, ante la sala de lo contencioso-administrativo del TSJPV.

La razón de que las instituciones vascas completasen la normativa anulada mediante nuevas disposiciones fue, por una parte, el vacío legal que quedaba en el Impuesto de Sociedades, y por otra, la distinta manera que tenían de entender el Derecho comunitario. El Tribunal Supremo había anulado las disposiciones por no haberse cumplido el deber de notificación a la Comisión europea, más que por el contenido material de ellas (entendiendo por tanto que materialmente las disposiciones anuladas eran correctas), cosa con la que dichas instituciones no estaban de acuerdo; y además, no compartían la metodología de determinación de las ayudas de estado en la que se había basado la Sentencia de 2004. Tampoco estaban dispuestas a asumir la necesidad de notificación a la Comisión de los posibles indicios de ayudas de estado, ya que no entendían que el régimen tributario foral pudiese ser conceptualizado en su totalidad como selectivo por la aplicación de un concepto erróneo de selectividad regional que había introducido el Abogado Antonio Saggio.

Los recursos presentados por las dos Comunidades Autónomas limítrofes, fueron aceptados por el TSJPV y este anuló las nuevas disposiciones que las instituciones vascas habían introducido en la Normativa foral en sustitución de los preceptos anulados por el Tribunal Supremo. La razón que dio el Tribunal Superior de Justicia fue que las nuevas disposiciones eran una repetición de las que anteriormente habían sido anuladas, por lo que las nuevas debían ser también anuladas (solamente anuló el tipo general de gravamen y la deducción por inversión en activos fijos materiales nuevos), y que volvía a faltar el trámite de notificación por parte de las instituciones vascas a la Comisión Europea.

Tras esta segunda anulación, en diciembre de 2005, se aprobaron unos decretos forales normativos que restauraban la deducción anteriormente comentada, y que fijaban un nuevo tipo impositivo con una pequeña modificación. Y por tercera vez en pocos años, se volvió a anular el nuevo tipo general de gravamen por parte del TSJPV. Pero en contraposición de lo que había ocurrido las anteriores veces, se mantuvo vigente el nuevo tipo general

hasta que el Tribunal Supremo no se pronunciase sobre esta cuestión. Una vez más, las instituciones vascas recurrieron este auto de suspensión primero ante el TSJPV y luego en casación ante el Tribunal Supremo, solicitando además que se interpusiera una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas para que se aclarase de una vez por todas dicha cuestión.

24.- LA SEGUNDA “CUESTIÓN PREJUDICIAL” ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

La cuestión que vamos a tocar en este capítulo es **de especial importancia** (*yo diría que **decisiva***) para el futuro de nuestro Concierto Económico.

Y ello, porque por **primera vez el máximo órgano jurisdiccional de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, con sede en Luxemburgo, se pronunció sobre una cuestión de fondo relacionada con el Concierto Económico**, tras la acertadísima decisión adoptada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, cuando decidieron plantear dos “cuestiones prejudiciales”, ante el citado Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE).

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (en adelante, TSJPV), planteó dos peticiones de cuestión prejudicial, al tener que afrontar la tramitación de recursos planteados ante la citada Sala, contra determinadas disposiciones aprobadas por las autoridades fiscales forales vascas, en materia de fiscalidad de las personas jurídicas.

Los recursos fueron presentados por UGT de La Rioja (*cuestión absolutamente sorprendente, porque quizá este Sindicato debería dedicar su tiempo a cuestiones internas que estamos viendo estos días reflejadas en los periódicos y no a temas que son absolutamente marginales para un organismo de esta naturaleza*) y por las instituciones de la Comunidad Autónoma de La Rioja y de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, unos “vecinos” que se han distinguido siempre por mirar, con enorme desconfianza, y reaccionar con virulencia contra el Concierto Económico, cuando perciben que se ha adoptado una decisión que afecta a sus intereses (*a lo cual, por cierto, tienen legítimo derecho*).

Para explicar en profundidad este importantísimo tema, voy a seguir el magnífico trabajo publicado por José Rubí Cassinello, Secretario General Técnico de la Hacienda Foral de Bizkaia, en un artículo titulado “*El Cupo y el criterio de la autonomía económica y financiera a la luz de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 11 de septiembre de 2008*” que vio la luz en septiembre de 2009, en el nº 17 del Boletín JADO, editado por la Academia Vasca de Derecho¹⁹⁷.

Como se ha explicado anteriormente, la cuestión que se ventilaba en estos recursos, se refería “*al establecimiento en los Territorios Históricos de un tipo general de gravamen (32,5%) del Impuesto Societario, inferior al vigente en el territorio de régimen común (35%) y de determinadas deducciones en la cuota inexistentes en esta última normativa tributaria*”. Fueron dirigidos contra disposiciones aprobadas por las tres Juntas Generales de Araba, Bizkaia y Gipuzkoa.

Antes de analizar este tema desde una perspectiva jurídica, me voy a permitir hacer una consideración económica y otra de política europea.

Desde una perspectiva económica, lo que se discute más que el “huevo” es el “fuerzo”. Porque como opinión personal, quiero destacar al lector o a la lectora la **absoluta intrascendencia de una modificación impositiva de ese calado**, lo cual revela que los recursos planteados ante el TSJPV respondían fundamentalmente a propósitos políticos, porque el impacto económico de una disminución porcentual tan pequeña en el Impuesto sobre Sociedades es absolutamente intrascendente.

Con el siguiente ejemplo se entenderá mejor lo que estoy diciendo. Supongamos una empresa con unas ventas de un millón de euros que obtiene de las mismas una buena rentabilidad, un 10% de beneficio sobre ventas. Por lo tanto, el beneficio anual de esta empresa será de 100.000 €. Cuando realice la liquidación del Impuesto sobre Sociedades, aplicando el tipo impositivo recurrido (32,5%), tendrá que abonar a la Hacienda Foral correspondiente, 32.500 €. Si hubiera aplicado el tipo impositivo estatal (35%) hubiera abonado 35.000 €. Por lo tanto, la diferencia de tributación que se produce es de 2.500€.

Pues bien, un recurso de esta naturaleza solo tendría justificación si la diferencia impositiva originase una ventaja competitiva sustancial para esa empresa vasca, en relación con sus competidoras de La Rioja o Castilla y León. Pero esto claramente no es así, porque si comparamos los 2.500 € de diferencia que resultarían de la cuota del Impuesto sobre Sociedades, con uno u otro tipo, y esa cantidad, a su vez, la comparamos con el volumen de ventas de la empresa, obtendríamos que la ventaja de la empresa vasca en relación con sus ventas, sería del 2,5 por mil (no por cien). Es decir, podría bajar sus precios en ese porcentaje, 2,5 por mil, para quitar clientela a las empresas riojanas o castellano-leonesas.

Habría que preguntar a los recurrentes si conocen algún tipo de cliente, que por una diferencia de 2,5 por mil en un suministro decida cambiar de proveedor. Esto equivaldría a que una persona que viviera en Bilbao y tuviera que comprar un artículo valorado en cien euros, se inclinara por una tienda o por otra, y además en otro municipio, por diferencias de precio de 25 céntimos de euro.

Cualquier persona que haya trabajado en el mundo de la empresa podrá confirmar que diferencias de precio de esta naturaleza no producen alteraciones en la capacidad de decisión de compra, sino que son otras cuestiones mucho más importantes (calidad del producto y del servicio, cercanía al cliente, etc.) las que producen motivaciones de cambio de proveedor, cuando los precios son prácticamente iguales.

Esta consideración económica se ve confirmada por la política que sigue la Unión Europea con las diferencias impositivas entre Estados. No solo existen diferencias abismales entre los tipos de IVA que se aplican en los distintos países de la Unión (que, como este impuesto se incorpora directamente al precio de los productos, origina diferencias claras de precio en el mismo producto, en unos países y otros) sino que, además, esas diferencias del tipo impositivo son muchísimo mayores en el Impuesto sobre Sociedades (España tiene el quinto gravamen más alto de la UE, con un 30%, más alto que la media europea que es del 23%, y once países están por debajo de ella, como Suecia, con un 22%, o Irlanda, con el 12,5%). Hay que recordar que la UE se asienta en un “mercado único”, donde no se admiten “ayudas de Estado” que limiten la competencia¹⁹⁸.

Sentado lo anterior, que pienso es importante para entender el fondo del asunto, volvamos a la cuestión prejudicial, siguiendo el artículo de **José Rubí Cassinello**.

Tras una serie de recursos presentados ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y ante el propio Tribunal Supremo, que han sido comentados en capítulos anteriores, como dice el jurista que venimos siguiendo “*el 6 de septiembre de 2006 se produce una circunstancia de trascendental importancia, y es que, en dicha fecha, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dicta sentencia en el llamado “caso Azores”, en la que se enfrenta, por primera vez, a la tarea de establecer principios generales que respondan a la cuestión de si la reducción en los tipos impositivos nacionales, limitada a un ámbito geográfico determinado de un Estado miembro, supone una ayuda estatal*”.

El Alto Tribunal Comunitario adoptó en esta sentencia una **doctrina que echó por tierra la aplicada por el Tribunal Supremo español**, en su Sentencia de 9 de diciembre de 2004, al reconocer que *“no debe descartarse que una entidad infraestatal cuente con un Estatuto jurídico y fáctico que la haga lo suficientemente autónoma del Gobierno central como para que sea ella misma, y no aquél, quien, mediante las medidas que adopte, desempeñe un papel fundamental en la definición del medio político y económico en el que operan las empresas”*.

Al conocer la publicación de esa importante sentencia, que se refería al sistema impositivo de las islas Azores, la Sala de lo Contencioso -Administrativo del TSJPV, antes de dictar sentencia sobre los recursos que tenía sobre la mesa, decidió preguntar al alto Tribunal europeo cuál era su criterio. Para ello, planteó *“una cuestión interpretativa del artículo 87 del Tratado de las Comunidades Europeas, utilizando la vía prejudicial prevista en el propio Tratado”*, mediante Auto de 20 de septiembre de 2006.

Lo que se dilucidaba en esta cuestión era **si el País Vasco, en base al Concierto Económico, gozaba de los tres tipos de autonomía que se apreciaron en el caso de las islas Azores** para poder tomar medidas fiscales diferenciadas con las estatales, en el territorio vasco:

1º) La necesidad de contar con **autonomía institucional**, lo cual se acredita si la entidad infraestatal (la Comunidad Autónoma Vasca, en esta cuestión) cuenta con un Estatuto político y administrativo distinto del Gobierno central (lo cual es obvio en el caso del País Vasco).

2º) El hecho de contar también con **autonomía en materia de procedimiento** que, como explica el señor Rubí Cassinello *“exige que la medida haya sido adoptada sin que el Gobierno central haya podido intervenir directamente en su contenido”*. (Lo cual también es obvio que se observa en el caso de las decisiones fiscales de las Juntas Generales de los tres Territorios Históricos, gracias a la potestad que les reconoce el Concierto Económico).

3º) Finalmente, la comprobación de si la entidad infraestatal (la Comunidad Autónoma Vasca) goza de **autonomía económica**, lo cual se apreciará *“si las consecuencias financieras de una reducción del tipo impositivo nacional aplicable, no se ven compensadas por ayudas o subvenciones procedentes de otras regiones o del Gobierno central, asumiendo las consecuencias políticas y financieras de la medida en cuestión”*. En otras palabras, se comprueba si ante

la disminución de ingresos que pudiera tener el País Vasco bajando el Impuesto sobre Sociedades, el Estado no le echa una “manita”, por la vía que sea, para compensar la pérdida de ingresos.

Obviamente, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJPV, en su Auto de remisión expresó que *“tras describir someramente el régimen político y administrativo del País Vasco y su incardinación constitucional en el Estado y afirmar con rotundidad la concurrencia de autonomía institucional, plantea dudas con determinados aspectos relativos a la autonomía procedimental y la económica”*, aunque en relación con éste último tema, no le cabe ninguna duda al TSJPV que existe *“riesgo unilateral”* para el País Vasco cuando se adoptan medidas fiscales pues *“el País Vasco opera como fiscalmente responsable de sus políticas en materia tributaria, asumiendo las repercusiones que, de una menor recaudación puedan derivarse en la limitación del gasto público en servicios para la Comunidad Autónoma e infraestructuras de su competencia”*.

Por ello, la única duda que le quedaba al Tribunal Superior de Justicia Vasco se refería a las consecuencias que, para el cumplimiento de dicho requisito de autonomía *“puedan derivarse de las previsiones constitucionales de reserva a favor del Estado, de competencias exclusivas en materia de incidencia económica en el País Vasco”*.

Para no alargar más este capítulo con los argumentos y contraargumentos de las partes, que aburrirían al lector o lectora que haya llegado hasta aquí, vayamos a las conclusiones de José Rubí Cassinello, en relación con este tema, que son absolutamente claras:

- En primer lugar, *“el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en su sentencia, ha aclarado las dudas planteadas por el País Vasco y ha contestado, con rotundidad, los argumentos planteados, tanto por la Comisión Europea (que en este caso era parte litigante también por el País Vasco), como por las partes reclamantes en los procedimientos principales”*.
- En segundo lugar, este jurista deduce que ***“el Concierto Económico ha superado, con nota sobresaliente, el test de autonomía económica que nos plantea la interpretación que del artículo 87 del Tratado de las Comunidades Europeas ha efectuado el Tribunal de Luxemburgo. Precisamente el riesgo unilateral y el sistema de Cupo se han convertido en el instrumento que hace que el Concierto Económico cumpla a la***

perfección todas las características que del contenido del requisito de autonomía financiera ha definido aquel.

Como conclusión personal, que espero compartan mis lectores, **el Concierto Económico ha quedado fuertemente respaldado, lo mismo que la metodología del Cupo**, tras esta importantísima sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 11 de septiembre de 2008.

25.- EL LLAMADO “BLINDAJE” DEL CONCIERTO ECONÓMICO, EN 2010

Tal y como he comentado en varios capítulos anteriores, la Disposición Adicional Primera de la Constitución *“ampara y respeta los Derechos Históricos de los Territorios forales”* y añade que *“la actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía”*. Asimismo, el Estatuto de Autonomía del País Vasco reconoce a cada uno de los Territorios Históricos que integran la Comunidad Autónoma Vasca la facultad de conservar, o restablecer y actualizar su organización e instituciones privativas de autogobierno. Dicho reconocimiento es una reserva que se reconoce a los órganos forales dentro del Estatuto, de un núcleo competencial exclusivo, en el que el Parlamento Vasco no puede entrar.

A ese núcleo competencial exclusivo pertenece el sistema tributario, pues el Concerto Económico de 1981, en su artículo 2.1 atribuye a *“las instituciones competentes de los Territorios Históricos”* las competencias de *“mantener, establecer y regular, dentro de su territorio, el régimen tributario”*.

Este mismo reconocimiento competencial se recoge también, en los mismos términos, en el artículo 1.1 del vigente Concerto de 2002.

En otras palabras, y esto lo sabes ya muy bien, son las Juntas Generales de cada territorio las competentes para establecer y regular los distintos tributos de las haciendas forales, mediante la aprobación de Normas forales, con rango reglamentario.

25.1. El calvario de las normas forales

Pues bien, precisamente el rango formal de esas normas emanadas de un órgano de rango inferior al Parlamento Vasco (cuyas leyes solo pueden recurrirse ante el Tribunal Constitucional), planteó con el tiempo una situación muy complicada, pues las mismas eran recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa por cualquier persona, partido político, sindicato etc. que considerase que le perjudicaban, retrasando así su aplicación y creando inseguridad jurídica.

Una clara consecuencia de todo ello fueron los numerosos recursos que fueron planteados por determinadas Comunidades Autónomas limítrofes (La Rioja,

Castilla y León y Cantabria, fundamentalmente) o por colectivos de empresarios e incluso sindicatos, como UGT, en contra de la legislación tributaria de los Territorios Históricos, según hemos comentado en capítulos anteriores.

Esta situación de debilidad contrastaba con la de las Normas fiscales dictadas tanto por el Estado, como por el Parlamento Foral de Navarra, ya que al tener rango de Ley, solo podían ser impugnadas ante el Tribunal Constitucional.

Quedaba claro con ello que **la foralidad vasca sufría un importante déficit de protección**, como consecuencia, por un lado, de la falta de legitimación de las instituciones forales para acudir al Tribunal Constitucional en aquellos casos en los que el legislador, estatal o autonómico, invadía el campo competencial reconocido a *“las instituciones competentes de los Territorios Históricos”*, y por otro, si se me permite la expresión, facilitaba que cualquiera pudiera recurrir las normas forales.

(Yo mismo, o tú lector o lectora, puedes presentar un recurso contencioso-administrativo contra una disposición normativa de la Administración que consideres afecta a tus intereses, pero no puedes presentar un recurso ante el Tribunal Constitucional, contra una Ley dado que supongo que no eres ni el Presidente del Gobierno, ni el Defensor del Pueblo, ni eres un Gobierno Autonómico, ni tienes el respaldo, que yo sepa, de cincuenta Diputados o del mismo número de Senadores, pues esos son los requisitos que definen lo que se denomina “legitimación activa” para poder recurrir ante el Alto Tribunal del Estado¹⁹⁹).

25.2. La propuesta del Parlamento Vasco

Como consecuencia de todo ello, y tras analizar cuidadosamente todas las alternativas posibles, el Parlamento Vasco consideró **imprescindible la necesidad de “blindar” el Concierto Económico**, y así evitar que las normas forales en materia tributaria pudiesen ser recurridas en los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo.

Para ello, el 7 de octubre de 2005 (poco después de la sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de diciembre de 2004 que hemos comentado en el capítulo anterior), aprobó por unanimidad una Proposición de Ley dirigida a promover en las Cortes Generales la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal

Constitucional y la Ley Orgánica del Poder Judicial²⁰⁰. Con ello se buscaba que las normas aprobadas por sus Juntas Generales tuviesen el mismo tratamiento que las leyes de los Parlamentos del resto de las Comunidades Autónomas.

(Así descrito el asunto, te puede parecer que era algo sencillito. Pues no, hacer realidad esa Proposición era una auténtica proeza y un objetivo de los que, a priori, parecía imposible de lograr. No existían muchos precedentes de modificación de normas estatales del máximo rango, ante la petición de un Parlamento de una Comunidad Autónoma).

25.3. El “blindaje” del Concierto tras la modificación de dos Leyes Orgánicas del Estado

Pues mira por dónde, se hizo un trabajo magnífico y se aprovechó lo que algunos enterados llaman “ventana de oportunidad”, y lo que parecía imposible se hizo realidad.

La Proposición de Ley fue sometida a votación en el Congreso de los Diputados en octubre de 2009, por el procedimiento de urgencia y, como se esperaba, resultó aprobada, aunque determinados partidos políticos votaron en contra del llamado “blindaje”.

(Más concretamente, la propuesta obtuvo 187 votos a favor y 134 en contra. Los 187 votos a favor fueron del PNV, PSOE-PSE, CiU, ERC, BNG y Nafarroa Bai, y los 134 en contra provenían de los diputados del PP español –con la ausencia de Mariano Rajoy– y de Rosa Díez diputada de UPyD. Hay que recordar que los tres diputados populares vascos salieron del hemiciclo para evitar romper la disciplina de voto de su partido, puesto que ellos estaban a favor del “blindaje”²⁰¹).

Unos meses más tarde, el 9 de febrero de 2010, el Senado daba definitivamente “luz verde” a la modificación de las Leyes Orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial, paso necesario para que las Normas fiscales emanadas de las Juntas Generales adquiriesen rango de Ley y solo pudiesen ser recurridas ante el Tribunal Constitucional, por los mismos agentes que tenían derecho a recurrir la normativa del resto de Comunidades Autónomas.

(La votación en la Cámara Alta obtuvo 132 votos a favor, 114 votos en contra y una abstención. Al igual que en el Congreso, los senadores del PP español votaron en contra, con la ausencia de los populares vascos²⁰²).

Para que quedara formalizado el discutido “blindaje” del Concierto, **se promulgó la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, de modificación de las Leyes Orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial**, y con ello, la Proposición de Ley aprobada por el Parlamento Vasco consiguió su objetivo.

Esto supuso un **paso trascendental de reforzamiento del Concierto Económico**.

(Por si te interesa el tema te diré que la nueva norma aprobada, por un lado, añadía a la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, una Disposición Adicional Quinta, sobre la legitimación y competencia que tendría a partir de entonces el Tribunal, y, por otro lado, modificaba el artículo 9.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Por último, incluía una letra d) al apartado 3 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en la que se establecía que “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, corresponderán, en exclusiva, al Tribunal Constitucional”).

Tal y como señala el Magistrado del Tribunal Supremo, Luís María Díez-Picazo, en su artículo “*Notas sobre el blindaje de las normas forales fiscales*”, mediante esta Ley Orgánica, se atribuyó al Tribunal Constitucional el conocimiento de la impugnación directa (“recursos”) y de la impugnación incidental (“cuestión”) de las normas forales fiscales emanadas de los tres Territorios Históricos. Esto llevó a la creación de dos nuevos procedimientos, cuyas regulaciones eran idénticas a las del recurso y a la cuestión de inconstitucionalidad²⁰³.

Hay que reconocer, y creo que estarás de acuerdo conmigo, el enorme mérito del PNV y de los partidos políticos que aprobaron la propuesta en el Parlamento de Vitoria-Gasteiz y los que, posteriormente, votaron a favor en las Cortes Generales. Y expresarles el agradecimiento de los que amamos y respetamos el Concierto, por este paso fundamental para que nuestra institución nuclear dejara de ser un pim-pam-pum.

25.4. Sorpresa: se presentan recursos de inconstitucionalidad contra el “blindaje” del Concierto

Sorpresa y de las gordas. Porque cuando parecía que se podía entonar un gozoso aleluya, se vio que no a todas las Comunidades Autónomas les gustó que se “blindara” el Concierto. Por ello, La Rioja (*regida por el Partido Popular y permanentemente inquisidora de las tropelías tributarias de sus vecinos del norte*) se apresuró a interponer un Recurso de Inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, en abril de 2010.

Antes de ser aprobada la propuesta del Parlamento Vasco en el Congreso y en el Senado, esta Comunidad Autónoma ya advirtió que en el caso de que el “blindaje” saliese adelante, recurriría dicha decisión. Según su Presidente, Pedro Sanz, *“el blindaje, **que es un chantaje**, lleva consigo una acusación de aquellos que tienen esas competencias de querer seguir **abusando** e infringiendo la Ley, porque, si no, cuando alguien no va a infringir la Ley, no tiene porqué blindarla”²⁰⁴.*

(Pienso que estarás de acuerdo conmigo en que, una vez más, el Concierto tiene que aguantar este tipo de acusaciones y palabras gruesas de un mandatario político que, en cambio, estoy seguro de que no aplicará la misma filosofía a otros “blindaje” que sin duda este señor defenderá. Por poner un ejemplo: ¿por qué no se pueden recurrir ante la legislación contencioso-administrativa las Leyes del Parlamento de La Rioja, una Comunidad uniprovincial? Por razones obvias, deben recurrirse ante el Tribunal Constitucional. Eso no lo discute nadie. Pues por las mismas razones deben recurrirse ante ese mismo Alto Tribunal las “Leyes” –Normas– de los “Parlamentos” provinciales de los tres Territorios Vascos, porque tienen una potestad tributaria mucho más amplía que la del Parlamento de La Rioja, reconocida en la Constitución que la “ampara y respeta”. No sé si te convencerá este argumento a ti. Me temo que al Sr. Sanz le entrará por un oído y le saldrá por el otro. ¡Paciencia!)

Posteriormente, la Comunidad Autónoma de Castilla y León (*otra de las férreas guardianas que forman la línea de defensa numantina contra los excesos de los aguerridos vascos*), regida de nuevo por el Partido Popular, también presentó un Recurso de Inconstitucionalidad contra esta Ley Orgánica.

Pues bien, **a fecha de hoy aún no han sido resueltos esos dos Recursos** de Inconstitucionalidad, interpuestos en 2010. En un principio, se esperaba que

el Alto Tribunal resolviese este asunto después del verano de 2013, es decir, entre septiembre y octubre. Pero todavía a día de hoy, no ha habido pronunciamiento alguno.

Para echarle más pimienta a este tema, en agosto de 2013, salieron a la luz determinadas informaciones señalando que el actual Presidente del Tribunal Constitucional, Francisco Pérez de los Cobos, fue el ponente que analizó los recursos de las dos Comunidades Autónomas citadas, con gobiernos del Partido Popular, contra el blindaje del Concierto. Hasta aquí, todo normal, pues alguno de los Magistrados de ese Alto Tribunal debía de preparar la ponencia.

Pero lo que no resultó normal, sino más bien lo contrario, fue la información que se conoció por esas fechas que apuntaba a que el Sr. Pérez de los Cobos era militante del PP cuando accedió al Alto Tribunal. Obviamente, esta noticia preocupó enormemente a las instituciones vascas y no sentó demasiado bien a parte de la clase política española, sobre todo a aquellos que se posicionaron a favor de la Ley Orgánica 1/2010, puesto que el PP votó en contra de dicha Ley²⁰⁵.

Por todo ello, amiga lectora o lector, el autor de esta obra ha redactado este capítulo con los dedos cruzados. Vamos a ver qué decide, finalmente el Tribunal Constitucional. ¿Por qué no ayudas tú también un poquito al Concierto y cruzas tú también los dedos? ¡Gracias!

