



AVD·ZEA

Academia
Vasca de
Derecho

Zuzenbidearen
Euskal
Akademia

BOLETÍN
de la
ACADEMIA VASCA DE DERECHO

ZUZENBIDEAREN EUSKAL
AKADEMIA
ALDIZKARIA

Año III - N.º 8 - Bilbao - Diciembre de 2005
III. urte - 8. zk. - Bilbo - 2005eko Abendua
ISBN: 84 896 8919 9 - D.L./L.G.: BI 1677-03

Sumario / Aurkibidea

Pág./Or.

Artículos / Artikuluak

- 1. DE CUESTIONES PREJUDICIALES Y
CONCIERTO ECONOMICO**, por Javier García Ross 5
- 2. UNA CRONICA DEL CONCIERTO ECONOMICO
(1985-2005): DEFENSA DE NUESTROS
DERECHOS HISTORICOS**, por Iñaki Alonso Arce 31
- 3. BASES PARA LA REFORMA DE LA
LEGISLACION COOPERATIVA EUROPEA**,
por Adrián Celaya Ulibarri, Zorione Arregui
Elkorobarrutia 95

4. **KONKURTSO LEGE BERRIA: URTEA BETE
DENEAN BALORAZIOAK EGITEKO,
ABAGUNEA**, por Eba Gaminde Egia 117

Práctica / Praktika

5. **SEMINARIO DE DERECHO REGISTRAL
DE EUSKADI, Casos del cuarto trimestre 2004**,
por Carlos Ballugera Gómez 133

Jurisprudencia / Jurisprudentzia

6. **JURISPRUDENCIA CIVIL**, por Fernando Ruiz
Piñeiro 155

Noticias internas / Akademiaren albisteak

7. por Javier Oleaga 167

ARTÍCULOS / ARTIKULUAK

tarjeta e-Business BBK



Una herramienta
única para gestionar
los gastos de su
negocio.



La tarjeta e-Business BBK es el instrumento de pago más innovador del mercado. La primera tarjeta que permite gestionar, como usted quiera y a través de internet, los gastos de su negocio. Y la mejor forma de demostrar que en BBK trabajamos para acercarnos al futuro y mejorar el de quienes confían en nosotros.



www.bbkk.es



LANCA OF W.B.K. ET W.B.K. S.R.L. S.p.A.
a. C. de Madrid de Octubre 1993 N.º 1

bbk=

DE CUESTIONES PREJUDICIALES Y CONCIERTO ECONÓMICO

1.- INTRODUCCIÓN

Con el sosiego que da el paso del tiempo, y después de la tormenta que supuso la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Diciembre de 2004 para los que tratamos habitualmente con la normativa derivada del Concierto Económico, me he propuesto reflexionar sobre el tema de las cuestiones prejudiciales de obligatoria remisión a que se refiere el artículo 234 (antiguo artículo 177)¹ del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, de 25 de Marzo de 1957 (en adelante TCE.), con cuya concurrencia, casi con toda seguridad, no hubiera tenido lugar el actual escenario en el que se mueve la capacidad normativa de los tres territorios históricos en materia tributaria.

Recordaré al lector, que por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 9 de

¹ Cuando se habla del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, es habitual hacer referencia a la numeración originaria de su articulado y a la que deriva de la utilización de la versión consolidada del mismo publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas nº 340 de 10 de Noviembre de 1997, y que incorpora las modificaciones introducidas por el Tratado de Ámsterdam.

diciembre de 2004, recaída en el recurso de casación 7893/99, interpuesto, entre otros, por la Federación de Empresarios de la Rioja, se anularon varios e importantes artículos de las Normas Forales 7/96 de 4 de Julio de Gipuzkoa, 3/96 de 26 de Junio de Bizkaia y 24/96 de 5 de Julio de Álava, todas ellas referidas al Impuesto sobre Sociedades. Entre las disposiciones anuladas se encontraban algunas de tanta importancia como el tipo de gravamen o la tabla de amortización.

Ahora bien lo verdaderamente preocupante del fallo no era tanto la propia anulación como el establecimiento de un peligroso precedente que permitiera cuestionar la capacidad normativa reconocida en el Concierto Económico, en base a un fundamento no contrastado jurisprudencialmente como era el de que el tratamiento más favorable que las Normas Forales podían otorgar a las empresas bajo su competencia con respecto a la regulación que establecía la misma normativa de territorio común, debía considerarse como una ayuda de Estado incompatible con el TCE a que se refiere su artículo 87.1 (antiguo artículo 92); y habida cuenta de que toda ayuda de Estado, según recoge el apartado 3 del artículo 88 (antiguo artículo 93), debe ser notificada a la Comisión Europea antes de ser ejecutada, y las Normas Forales citadas no lo habían sido, procedía a declarar su anulación.

A al vista de lo anterior, sobre la citada actuación subyacen dos cuestiones de importancia, sobre las que ya tuve ocasión de pronunciarme en alguna otra publicación:² Una de fondo, referida a cuándo se puede considerar que un beneficio fiscal es ayuda de Estado incompatible con el mercado común; y otra de forma, que sería la anulación por falta de notificación y que ha dado lugar al fallo. Pues bien, a la vista de lo anterior, se me plantea un interrogante que intentaré resolver en el presente trabajo: ¿Estaba capacitado el Tribunal Supremo para interpretar el TCE en el sentido de declarar que las disposiciones anuladas de las Normas Forales eran incompatibles con el mercado común, o debió,

² “¿Puede un juez nacional determinar si una norma tributaria es incompatible con el ordenamiento jurídico comunitario?” *Jurisprudencia Tributaria* nº 21. Abril 2005. Editorial Aranzadi. pag. 29 y ss.

suspender el plazo para dictar sentencia y remitir cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJCE) sobre si constituían o no ayudas de Estado, antes de declarar su nulidad por falta de notificación previa a la Comisión?

2.- LA CUESTIÓN PREJUDICIAL DEL ARTÍCULO 234 DEL TCE

2.1.- Aspectos Generales

El actual artículo 234, antiguo 177, del TCE, viene a declarar que es al TJCE a quién le incumbe la interpretación del Tratado. Siguiendo a BACIGALUPO SAGGESE³ diré, que el ordenamiento jurídico comunitario requiere ser interpretado de igual manera en todos los Estados miembros, y es al TJCE a quien corresponde garantizar la unidad del ordenamiento jurídico comunitario mediante un mecanismo procesal específico de cooperación con los órganos jurisdiccionales nacionales, denominado cuestión prejudicial. Y aunque no hay que olvidar, como muy bien dice la Sentencia comentada en su Fundamento Jurídico Tercero, que los jueces nacionales son también jueces de derecho comunitario, salvo señaladas excepciones basadas en ausencia de duda o pronunciamiento previo sobre cuestiones similares, como veremos, la interpretación del TCE debe ser función exclusiva y excluyente del TJCE.⁴

Los dos últimos párrafos del ya citado artículo 234 refieren la oportunidad y competencia a la hora de interponer una cuestión prejudicial sobre la interpretación del TCE:

³ BACIGALUPO SAGGESE, M. y otros: “*Principios de Derecho de la Unión Europea*”. Editorial Colex. Segunda Edición. Año 2005. pag. 544.

⁴ En virtud del Tratado de Niza de 26 de Febrero de 2001, que entró en vigor en Febrero de 2003, se introdujo la posibilidad de que el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, (en adelante TPI) fuera competente para conocer cuestiones prejudiciales en materias específicas determinadas en el Estatuto de TJCE aprobado conjuntamente con el Tratado (artículo 225.3 del TCE.) Sin embargo dicha competencia ha sido hasta la fecha meramente testimonial dado que el Estatuto no ha regulado de momento ninguna materia en las cuales los órganos jurisdiccionales nacionales deban recurrir al TPI para resolver cuestiones prejudiciales.

“Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia.”

El primero de los párrafos declara el carácter potestativo de la cuestión prejudicial, que convierte en preceptivo en el segundo, para aquellos supuestos en los que contra la decisión del órgano jurisdiccional no quepa posibilidad del recurso. En todo caso, el órgano competente para interponerla será siempre el juez o tribunal nacional, y no las partes del proceso, que sólo podrán intimar a aquél a su presentación, pudiéndolo acordar incluso de oficio.

Aunque en algunos ocasiones se ha llegado a decir que la resolución tiene el carácter de dictamen pericial cualificado sobre derecho comunitario, el pronunciamiento del TJCE no es un informe sino una Sentencia con fuerza vinculante para el órgano jurisdiccional que la interpuso y para aquellos que estén conociendo o conozcan en un futuro de cuestiones idénticas. Esto último es, lo que como veremos, tiene su aplicación en la denominada doctrina del “acto aclarado”.

En suma, la cuestión prejudicial debe interponerse cuando el juzgador tenga alguna duda en relación con la interpretación del TCE, siendo obligatoria, en todo caso, cuando existiendo duda razonable, no quepa recurso alguno contra la decisión que adopte el órgano jurisdiccional.

2.2.- La cuestión prejudicial en el tema de las ayudas de Estado

En una primera aproximación al asunto debe concluirse, que siendo la Comisión la única encargada (artículo 88.1 del TCE)

para determinar cuando nos encontramos ante una Ayuda de Estado incompatible con el mercado común, por su condición de órgano comunitario, su control y fiscalización debiera atribuirse al TJCE. Sin embargo, y a pesar del dictado de algunas Sentencias de éste último, como la de 15 de Julio de 1964, asunto C6/64, *Flaminio Costa/E.N.E.L.* en la que se llegaba a afirmar que “(...) *con arreglo al artículo 177, los órganos jurisdiccionales, cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno, como ocurre en el caso controvertido, deben acudir al Tribunal...*”, los jueces nacionales pueden arrogarse la competencia en esta materia por aplicación de la doctrina del “acto claro” y del “acto aclarado”; y cuando habiéndose constatado la existencia indubitada de una ayuda de Estado incompatible con el mercado común, podrán también proceder a anular la medida si se constata que se ha omitido el trámite de notificación previa a la Comisión.

La doctrina del “acto claro”, según los tratadistas⁵ tiene su origen en una Sentencia de la Cour de Cassation francesa de 13 de mayo de 1.824 por la que, en resumen, se llegaba a afirmar que si el acto en cuestión era inequívoco y carente de toda duda, el juez debía retener y juzgar la causa. Clarificadora al respecto es la Sentencia de 6 de octubre de 1982, asunto C-283/81 *Cilfit* que afirmaba literalmente: “(...) *la correcta aplicación del derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la manera de resolver la cuestión planteada (...) antes de llegar a tal conclusión el órgano jurisdiccional nacional debe estar convencido de que la misma evidencia se impondrá a los órganos jurisdiccionales de otros Estados miembros y al Tribunal de Justicia, de forma que sólo si se cumplen estos requisitos, el órgano jurisdiccional nacional podrá abstenerse de someter la cuestión al Tribunal, y resolverla bajo su propia responsabilidad.*”

⁵ RUIZ JARABO COLOMER, D.: “El juez nacional como juez comunitario”. *Cuadernos de Estudios Europeos*. Editorial Civitas. Primera Edición 1993. pag. 83.

Esta ausencia de duda puede venir determinada por la concurrencia de otras resoluciones en cuestiones prejudiciales referidas a supuestos idénticos o de gran similitud, en cuyo caso estaríamos hablando de una modalidad de la doctrina del “acto claro”, la del “acto aclarado”, cuyo máximo exponente lo tenemos en el propia resolución del TJCE al asunto *Cilfit* ya citado, y en su Sentencia de 27 de Marzo de 1963, *Da Costa*, asuntos acumulados C-28/62 y C-30/62, :“(…) si el artículo 177, último párrafo, obliga sin ninguna restricción a las jurisdicciones nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de recursos en Derecho interno a someter al Tribunal toda cuestión de interpretación dada por éste en virtud del artículo 177, puede, sin embargo privar a esta obligación de su objeto y vaciarla de contenido (...) sucede así particularmente cuando la cuestión planteada es materialmente idéntica a una cuestión que ya ha sido objeto de una decisión a título prejudicial en un caso análogo.”

El juez nacional es plenamente competente, por contra, para apreciar que una ayuda de Estado es ilegal por haber incumplido el requisito de notificación previa, como ya hemos dicho más arriba. Por todas la Sentencia del TJCE de 11 de diciembre de 1973, *Lorenz*, asunto C-120/73 .“(…) una jurisdicción nacional a través de las vías que le ofrezca su ordenamiento jurídico puede llegar a paralizar la aplicación de una ayuda en cuanto que el Estado la haya puesto en práctica sin ser notificada a la Comisión o sin haber esperado a la decisión final que dé por concluido el procedimiento.”⁶

En resumen, cuando el órgano judicial “ad hoc” albergue dudas sobre la compatibilidad de una ayuda de Estado, podrá pedir auxilio al TJCE por medio de la cuestión prejudicial, que deberá interponer obligatoriamente en el caso de que contra su resolución no quepa recurso judicial de acuerdo con el Derecho interno de su

⁶ Entre otras la Sentencias, de 22 de marzo de 1977, Asunto C-78/76 *Steinike & Weinlig*, la de 9 de Octubre de 1984, Asuntos acumulados C-91/83 y C-127/83 *Heineken Brouwerijen BV*, y la de 21 de Noviembre de 1991, Asunto C-354/90, *Salmón Francés*.

Estado. En pura lógica, si albergase cualquier duda sobre la referida incompatibilidad, deberá abstenerse de estimar la ilegalidad de la ayuda por el simple hecho de no haber sido notificada previamente a la Comisión.

3.- LA DOCTRINA DEL “ACTO CLARO” Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 9 DE DICIEMBRE DE 2004

Por transposición de lo dicho hasta ahora a la actuación del Tribunal Supremo en la Sentencia de 9 de Diciembre de 2004, y al objeto de enjuiciar su oportunidad, debemos entrar a valorar si la Sala tenía pleno convencimiento de que las disposiciones anuladas de las Normas Forales del Impuesto sobre Sociedades constituían una ayuda de Estado incompatible, en cuyo caso, no tendremos más que concluir que actuó de manera correcta al proceder a su anulación por falta de notificación; en caso contrario, de existir una duda razonable, debiera concluirse que se debió haber suspendido el procedimiento al objeto de interponer cuestión prejudicial al TJCE para que se pronunciase sobre la concurrencia de la referidas ayudas, antes de dictar el fallo.

El problema es ciertamente complejo ya que estamos tocando aspectos subjetivos que son del fuero interno del juzgador, pero que como veremos, podremos adivinar con un cierto grado de certeza, a través del texto de sus resoluciones. Aunque en realidad, lo verdaderamente importante no es el que el juzgador tenga duda al momento de realizar su razonamiento, sino que a la vista del conjunto del ordenamiento jurídico –incluido el comunitario- no exista, objetivamente considerada, duda alguna sobre el hecho de que la decisión adoptada sería la misma si el órgano actuante fuera de otro Estado miembro o el propio TJCE. (Asunto *Cilfit* citado más arriba).

Así, debemos acercarnos a la propia Sentencia y, también, al Auto de la misma Sala de 4 de Abril de 2005 por el que se declara que no ha lugar al incidente de nulidad de actuaciones interpuesto contra la misma, para comprobar que no sólo existía

esa “duda” en el ánimo del juzgador, sino también, que la decisión adoptada no estaba lo suficientemente clara para que se pudiera afirmar, que de haberse interpuesto cuestión prejudicial al respecto, el resultado hubiese sido el mismo.

En el texto de la Sentencia, y por lo que a continuación diré, se pone claramente de manifiesto que el Tribunal alberga serias dudas sobre si estamos ante ayudas de Estado incompatibles. Así en el Fundamento de Derecho Decimoquinto dice: *“el hecho de que algunos aspectos del régimen fiscal que establecen las Normas Forales puedan plantear dudas de compatibilidad con el Derecho Europeo, no supone cuestionar las competencias normativas que ostentan las entidades representativas de los Territorios Históricos...”*. En el mismo Fundamento, afirma que las ventajas fiscales no deben resultar *“sospechosas de constituir Ayudas de Estado”*. Al final del Fundamento de Derecho Decimoséptimo: *“O dicho en otros términos que el juez nacional se pronuncie sobre la compatibilidad de las medidas de ayuda con el Derecho Europeo, en los casos que esta valoración esté reservada por el Tratado a la Comisión; y sólo puede decidir, a efectos de aplicar el apartado 3 del artículo 93 (antiguo art. 88) si las medidas adoptadas son susceptibles de ser comprendidas dentro del concepto de ayuda de Estado.”* Y por último el Fundamento de Derecho Decimoctavo : *“se acoja parcialmente la esgrimida con carácter subsidiario declarando la nulidad, además del artículo 26 de la NNFF ya apreciada, de los siguientes preceptos de las mismas normas: artículo 11 (...) al haberse omitido la necesaria notificación a la Comisión Europea establecida en el artículo 93 (actual artículo 88) del Tratado para medidas que indiciariamente, puedan constituir Ayudas de Estado...”* Si reordenamos estas citas, podremos comprobar que sobre la disposiciones anuladas el juzgador tiene dudas, sobre si son Ayudas de Estado incompatibles, aunque pueden ser sospechosas o susceptibles de serlo, y sobre todo las anula, porque pudiendo ser incompatibles sólo indiciariamente, no se ha cumplido el requisito de su notificación previa a la Comisión, y aún así, a pesar de que contra su resolución no quepa

recurso según nuestro ordenamiento jurídico, no estima ni siquiera la posibilidad de interponer la cuestión prejudicial obligatoria.

Desde el punto de vista objetivo, utiliza para su argumentación un criterio de selectividad regional que no tiene reflejo jurisprudencial alguno y que simplemente constituyó el hilo central de las conclusiones del Abogado General Sr. Saggio- que teniendo el carácter de mera propuesta de resolución, nunca crean jurisprudencia-, en cuestión prejudicial, que finalmente se retiró en virtud de los acuerdos logrados por las Diputaciones Forales con la Administración Central⁷. Por otro lado, el sistema de examen artículo por artículo con respecto la normativa homónima de territorio común, cuando menos curioso, le sirve sólo para obtener “meros indicios”, y no cumplida prueba. En palabras de RUIZ ZAPATERO⁸: “Que el procedimiento de

⁷ Sobre este particular véanse, las propias conclusiones del Abogado General Sr. Antonio Saggio en *Revista Forum Fiscal de Bizkaia*. Julio 1999. Editorial Fitax. referencia 99.170. pag. 187 y ss. y los siguientes pronunciamientos de la doctrina: ALONSO ARCE, I.: “ Una sentencia inoportuna y desafortunada...”. *Actualidad Jurídica Aranzadi*. nº 673. 16 de Junio de 2005. pag.6.; MUGURUZA ARRESE, J.: “Los incentivos fiscales forales ante la jurisdicción comunitaria: qué ha pasado y que podría llegar a pasar.” *Revista Forum Fiscal de Bizkaia*. Julio 1999. Editorial Fitax. referencia 99.144. pag.7 y ss. En torno al criterio de selectividad regional, ARPIO SANTACRUZ, J.L.: “*Las ayudas públicas ante el Derecho Europeo de la Competencia*”. Editorial Aranzadi. 2000. pag.148. Ni que decir tiene que ha habido pronunciamientos contrarios de la Comisión y del TJCE sobre incentivos fiscales de las Normas Forales, como la decisión 93/337/CE de 10 de mayo de 1993, por la cual se declaraba que los beneficios recogidos en las Normas Forales 28/88 de Álava, 8/88 de Bizkaia y 6/88 de Guipúzcoa, constituían ayudas de Estado incompatibles con el mercado común porque no podían ser aplicados por el resto de las empresas de otros Estados miembros que hubieren podido acogerse a la legislación foral, y que dio lugar a la Disposición Adicional 8ª de la Ley 42/94 de 30 de diciembre por la que se compaña al reembolso a estas empresas de la cantidad pagada en exceso; o las Sentencias del Tribunal de Primer Instancia de las Comunidades Europeas en los Asuntos Ramondin y Daewoo; pero en ningún caso se han debido a la aplicación de criterios de selectividad regional.

⁸ RUIZ ZAPATERO, G.G.: “Las Ayudas de Estado de naturaleza fiscal en la STS de 9-12-2004”. *Jurisprudencia Tributaria*. nº 21. Abril 2005. Editorial Aranzadi. Pag. 63-64.

derecho comunitario sobre ayudas de Estado no es nunca un procedimiento en el que sea suficiente acreditar el carácter de ayuda de Estado de determinada medida de naturaleza fiscal de forma indiciaria, sino que el mismo requiere su prueba cumplida y referida a los efectos derivados de las medias fiscales supuestamente constitutivas de ayudas de Estado.” Ciertamente paradójico es también el hecho de que declare como compatible y no anule, un artículo como es el 43, referido a las deducciones por actividades de exportación, cuando el propio TJCE, en su Sentencia de 15 de Julio de 2004, Asunto 501/01 *España/Comisión*, había declarado incompatible con el mercado común el artículo 34, de redacción exacta al de las Normas Forales, de la Ley 43/95 de 27 de diciembre⁹. Y Por último, cabe añadir, que otro hubiera sido el resultado si hubiese recogido el sentido de los tres pronunciamientos del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas sobre los incentivos fiscales vascos reflejados en los asuntos *Ramondín y Demesa*, Sentencias todas de 6 de Marzo de 2002, *Diputación Foral de Álava/ Comisión* (asuntos acumulados T-92/00 y T-103/00; T-127/99, T-129/99 y T-148/99; y T-168/99)¹⁰, que en el punto 27 de la referida a los asuntos citados en primer lugar decía: “A ese respecto el Tribunal de Primera Instancia señala que la argumentación de las partes demandantes se basa en una interpretación errónea de la Decisión impugnada. En efecto, en esta última, la Comisión no se refirió en modo alguno a un criterio de selectividad regional para demostrar que la medida fiscal controvertida constituye una ayuda de Estado en el sentido del artículo 87 CE, apartado 1 (véase el apartado 2 supra.) La Decisión impugnada no afecta, pues, de ninguna manera a la competencia del Territorio Histórico de Álava de adoptar medidas fiscales generales aplicables en todo el territorio de la región de que se trata.”

⁹ Sobre esta Sentencia véase el comentario de MAGRANER MORENO, F. y MARTÍN LÓPEZ, J.: “Ayudas de Estado y beneficios fiscales: la deducción por actividad exportadora en el Impuesto sobre Sociedades.” *Tribuna Fiscal* n.º 172. Febrero de 2005. Editorial CISS.

¹⁰ El TJCE rechazó los recursos interpuestos contra estas Sentencias del TPI con fecha de 11 de Noviembre de 2004.

Pues bien, para resolver todos estos despropósitos, el Tribunal recibe un “balón de oxígeno” para rectificar su fallo en forma de incidente de nulidad interpuesto contra la Sentencia, que viene a desestimar mediante Auto de 4 de Abril de 2005.¹¹ Así, dedica su exposición a justificar el fallo de la Sentencia de origen, y sobre todo, por lo que aquí interesa, su negativa a la interposición de la más que pertinente y obligatoria cuestión prejudicial. En otras palabras, se dedica a motivar aquello que debió haber motivado en los fundamentos de la Sentencia, lo que supone reconocer implícitamente la carencia de argumentos para dictar el fallo recurrido. No obstante es totalmente inexplicable la nueva fundamentación, ya que su principal objetivo es escudarse en el único hecho que le permite no acudir a la cuestión prejudicial como es la doctrina del “acto claro” y del “acto aclarado”: reconocer que no alberga duda razonable. Así en el razonamiento jurídico sexto, nos dice: *“No obstante, a sensu contrario, es fácil entender por qué no se planteó la cuestión prejudicial: porque en su razonamiento, en positivo, este Tribunal no albergaba dudas sobre la solución que correspondía dar teniendo en cuenta la propia doctrina de dicho TJCE.”* La doctrina que refiere es la que determina la competencia del juez nacional para declarar ilegales unas medidas fiscales por falta de notificación por considerarse ayudas de Estado incompatibles con el mercado común, no para valorar si nos encontramos ante ayudas de Estado. Afirmación que viene a reconocer el propio tribunal, en el último párrafo de este mismo fundamento: *“Y siendo ello así, le incumbía, como órgano jurisdiccional nacional, y por ende, de Derecho Europeo, proteger los derechos de las partes en el proceso frente a un incumplimiento de las autoridades nacionales del régimen de ayudas estatales que exigen, en relación con posibles medidas de esta naturaleza, la previa comunicación de su establecimiento o modificación a la Comisión, sin pronunciarse, claro está, sobre la compatibilidad o incompatibilidad de esas posibles ayudas.”* Con esta aseveración llega a, como se dice

¹¹ Se puede consultar en *Revista Forum Fiscal de Bizkaia*, Junio 2005, Editorial Fitax, referencia 055.236, pag. 100 y ss., así como un comentario al mismo de ALONSO ARCE I.: “Y el Tribunal Supremo se ratifica”. Referencia 055.213, pag. 17 y ss.

vulgarmente, “rizar el rizo”. Toda la jurisprudencia y el resto de los argumentos que utiliza a través de su exposición van encaminados, paradójicamente, a obtener el resultado contrario al manifestado; sin embargo, llega a la conclusión, sin respaldo alguno, de que en el supuesto de que “indiciariamente” una medida fiscal pueda ser constitutiva de una ayuda de Estado de las que cita el artículo 87.1 del TCE, el órgano jurisdiccional nacional debe evitar su aplicación si previamente no se ha notificado a la Comisión. De esta forma pudiera darse el caso que una ayuda no notificada, pero compatible con el Tratado, deviniera ilegal por falta de notificación previa, por lo que para este tipo de situaciones, según afirma GARCÍA TREVIJANO GARNICA¹², el TJCE ya ha impuesto a la Comisión, que, en ayudas de nueva creación no notificadas, examine su compatibilidad con el mercado común.

En resumen, según el Auto, y en contra de la extensa jurisprudencia del TJCE, citada, tanto en el presente trabajo como en el propio Auto, el Tribunal Supremo viene a establecer una nueva doctrina por la cual, erigiéndose en máximo interprete del TCE, se declara competente para dictaminar su anulación en base a un defecto de forma como es la falta de notificación con la “simple sospecha” de que una medida fiscal pueda constituir una ayuda de Estado incompatible, con todas las consecuencias que conlleva tal manifestación, como pudieran ser, entre otras, la necesaria recuperación del importe económico de las ayudas incompatibles. Atrás queda, tanto la existencia o no de duda razonable que recogía la doctrina del “acto claro”, o de precedente jurisprudencial en la del “acto aclarado”, como la necesidad de que se cumpla la premisa mayor –constancia indubitada de ayuda de Estado incompatible- para que pueda anularse ésta por su falta de comunicación previa.

Me gustaría finalizar este apartado refiriéndome a la afirmación que hace el Tribunal en cuanto a que la Sentencia

¹² GARCÍA TREVIJANO GARNICA, E.: *Los procedimientos comunitarios de control de ayudas de Estado*. Editorial Civitas. Primera Edición 2002. pag.107 y ss. Con cita de las Sentencias de 14 de febrero de 1990, Asunto C-301/87 y de 21 de marzo de 1990, Asunto C-142/87.

mantiene la congruencia con el “petitum” dado que: *“Las partes promoventes del incidente no solicitan formalmente el planteamiento o remisión prejudicial al TJCE, por lo que no puede exigirse a este Tribunal una respuesta motivada a una cuestión que no fue planteada.”*(Razonamiento Jurídico Sexto.) No tendría nada que objetar al citado planteamiento, sino fuera porque la cuestión prejudicial, como he dicho más arriba, no se interpone a instancia de parte -lo más que puede hacerse es intimar al Tribunal a su presentación- sino que, dicha interposición, además de ser obligatoria en el caso de que contra la resolución del órgano jurisdiccional no quepa recurso en derecho interno, es necesariamente de oficio. Como llega a afirmar BACIGALUPO SAGGESE¹³ con cita de la Sentencia del TJCE de 16 de Junio de 1981, Asunto C-126/80, *Salonia*: *“(…) insistimos en que es exclusivamente el órgano jurisdiccional nacional que está conociendo del litigio principal a quién corresponde decidir si se plantea o no la cuestión prejudicial, al margen y con independencia de que las partes hayan instando su remisión o hayan siquiera esgrimido en apoyo de sus pretensiones argumentos fundados en el Derecho Comunitario.”*

4.- DERECHO AL JUEZ PREDETERMINADO POR LA LEY. ESTUDIO DE LA SENTENCIA DEL TC 58/2004 DE 19 DE ABRIL

Si afirmamos, como lo hemos hecho hasta aquí, que el único competente para determinar si nos encontramos ante una medida que puede calificarse como ayuda de Estado incompatible con el mercado común, -a excepción de los supuestos en los que concurra la doctrina del “acto claro” y “acto aclarado”-es el TJCE,

¹³ *“Principios de Derecho de la Unión...”*. cit. pag.550. En apoyo de su tesis el Autor también cita la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Marzo de 1994, en cuyo Fundamento Jurídico Tercero, se puede leer, en referencia a la cuestión prejudicial:“(…) puede ciertamente ser solicitado por las partes en litigio, aunque su efectivo planteamiento incumbe exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional en el momento de dictar su resolución y no constituye ciertamente una vía de recurso abierta a las partes...”

deberemos llegar a la conclusión, como así lo hacen algunos autores como RUIZ JARABO COLOMER, que el fallo de la Sentencia de 9 de diciembre de 2004, se ha dictado contraviniendo el derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley, que con rango constitucional se recoge en el artículo 24.2 de la Carta Magna. Refería el citado Autor: *“Cuando un tribunal español imponga una interpretación determinada del derecho comunitario, reconociendo expresamente la posibilidad de un entendimiento diferente de la norma de que se trate, habrá sobrepasado los límites de su competencia, tal y como aparecen definidos en el artículo 177, lo que ha de considerarse como infracción del derecho al juez legal, proclamado en el artículo 24 de la Constitución de 1978.”*¹⁴ Este ha sido el fundamento de los recursos de amparo interpuestos contra la Sentencia que están actualmente en tramitación, ya que contra la decisión del Tribunal Supremo no cabía, como reiteradamente venimos diciendo, recurso ordinario alguno.

Así, en efecto, dado que el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley se encuentra en la Sección Primera del Capítulo II del Título I de la Constitución Española, su incumplimiento puede ser objeto de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional en virtud de lo que recoge el 53.2. Esta reacción que es propia de los ordenamientos constitucionales que permiten el acceso individual de los particulares a la jurisdicción constitucional, tiene una conocida raigambre en Alemania, a través del recurso de queja constitucional. Mediante las resoluciones al citado recurso, el Tribunal Constitucional Federal reconoce la infracción del derecho referido en aquellos casos, en los que no siendo susceptible de recurso el fallo del órgano jurisdiccional actuante, la decisión de no interponer la cuestión prejudicial se haya debido a una actuación arbitraria, entendiendo como tal aquella que no se haya basado en la doctrina del “acto claro” o “aclarado”, o lo que es lo mismo, que no se haya fundamentado de una manera razonable y suficiente.

¹⁴ “El juez nacional como juez comunitario”. cit. pag. 94.

Nuestro Tribunal Constitucional ha venido siendo reacio a la admisión del recurso de amparo en estos casos. (Sentencias, 180/93 de 31 de mayo, 45/96 de 25 de marzo y 203/96 de 9 de diciembre.) Sin embargo se nota un cambio de tendencia a raíz de la Sentencia 58/04 de 19 de Abril, en resolución al recurso de amparo interpuesto por la Generalitat de Cataluña contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 5 de octubre de 1999, sobre autoliquidaciones en concepto tasa fiscal sobre el juego y recargo autonómico. Pasemos, pues, a analizar la Sentencia.

En primer lugar, y por lo que a nuestro estudio respecta, viene a decir (FJ 10): *“En consecuencia, la decisión de no plantear una cuestión prejudicial al amparo del art. 234 TCE –al igual que ocurre con la decisión de no plantear cuestión de inconstitucionalidad al abrigo del artículo 163 CE- no implica per se la lesión de las garantías previstas en el artículo 24 CE, ni de quien, sin haberlo solicitado, pueda verse perjudicado por su no planteamiento. Ahora bien, la anterior conclusión no es óbice para que, en determinados supuestos, esa falta de planteamiento pueda llevar aparejada irremediablemente la lesión del citado derecho fundamental...”* Y debe añadirse, que la función del Tribunal Constitucional se limita a determinar si el tribunal que dictó la Sentencia actuó de manera arbitraria, en cuyo caso podrá declararse la infracción del derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley. En ningún caso, le compete al Tribunal establecer si existía contradicción entre la normativa nacional y la comunitaria, simplemente, debe velar por que se haya adoptado la decisión de no interponer la cuestión prejudicial en el proceso debido y con todas las garantías.

Continúa, diciendo que no es suficiente que el Tribunal manifiesta que no alberga duda alguna, ya que (FJ 13): *“Debe tenerse en cuenta, al efecto, que la existencia o inexistencia de una duda –a los efectos ahora considerados- no puede entenderse en términos de convicción subjetiva del juzgador sobre una interpretación del derecho comunitario (una apreciación subjetiva) sino como inexistencia objetiva, clara y*

terminante, de duda alguna en su aplicación. Y apostilla: “No se trata, pues, de que no haya dudas razonables sino, simplemente, de que no haya duda alguna.” La sola apreciación de una aparente contradicción entre el derecho comunitario y el interno, pone de manifiesto la existencia de una duda, que por sí misma debe dar lugar a la interposición de la cuestión prejudicial de interpretación ante el TJCE, y aunque el juzgador alega que no alberga duda alguna, como hace el Tribunal Supremo en su Auto de 4 de abril de 2005, es palmario e indubitado que la Sentencia estaba insuficientemente fundada, porque esgrimía argumentos como el de la selectividad regional sobre los que no ha habido ninguna resolución hasta la fecha del TJCE.

La existencia de un procedimiento no resuelto como consecuencia del acuerdo extrajudicial de las partes como fue el de los Asuntos C-400/97, C-401/97 y C-402/97 *Administración del Estado/Juntas Generales de Guipúzcoa y otros*, en cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en relación con la Norma Foral 11/93 de 26 de junio de las Juntas Generales de Guipúzcoa, 18/93 de 5 de Julio de la Juntas Generales de Álava y 5/93 de 24 de Junio de las Juntas Generales de Bizkaia por las que se establecían medidas fiscales urgentes de apoyo a la inversión e impulso de la actividad económica, en las que el Abogado General Sr. Antonio Saggio introdujo sus conclusiones sobre la selectividad regional que han dado lugar al pronunciamiento del Tribunal Supremo; las Sentencias del TPI en los asuntos Ramondin y Demesa, en las que se niega que se hayan aplicado criterios de selectividad regional y que reconoce el carácter general de las medidas fiscales adoptadas por el Territorio Histórico de Álava; y la propia Sentencia objeto del recurso, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 30 de Septiembre de 1999, manifestando que no nos encontramos ante ayudas de Estado, son signos más que evidentes que sobre el particular existía, la menos una duda, que hubiera obligado a interponer cuestión prejudicial al respecto.

En base a todo lo dicho, concluye la Sentencia del Tribunal Constitucional (FJ 14): “*Pero también es indudable que cuando se trata de inaplicar una Ley, el planteamiento (...) de la*

cuestión prejudicial (...) debe convertirse en una de las garantías comprendidas en el derecho al proceso debido frente a inaplicaciones judiciales arbitrarias o insuficientemente fundadas...”

Algún autor como RUIZ ZAPATERO, cuestiona la aplicación de esta Sentencia al objeto enjuiciado por que se refiere a normas con rango de Ley indebidamente aplicadas, y como se reconoce en la Sentencia del Tribunal Supremo, las disposiciones forales anuladas tienen rango meramente reglamentario. No creo que tenga mayor importancia la referida afirmación, y así lo reconoce seguidamente el autor¹⁵, ya que en el recurso de amparo no se está cuestionado el rango de las normas forales tributarias, sino que se haya omitido un derecho constitucional como es del juez ordinario predeterminado por la Ley.

Además junto con el recurso de amparo, se solicita por parte de los recurrentes la suspensión de la ejecución del fallo, que tiene un gran interés práctico, ya que su admisión por parte del Tribunal Constitucional supondría que las disposiciones anuladas se mantendrían en vigor hasta la resolución del procedimiento principal, permitiendo, así, a los órganos competentes de los tres Territorios Históricos elaborar una nueva norma del Impuesto sobre Sociedades.

Si quiero dejar constancia, que el objetivo que persigue el recurso no lleva consigo la anulación de la Sentencia del Tribunal Supremo, sino la reposición de las actuaciones al momento procesal que permita en su caso interponer la cuestión prejudicial antes de emitir el nuevo fallo que respete los derechos fundamentales vulnerados. Sobre la oportunidad de interponer la cuestión prejudicial nos ocuparemos a continuación.

¹⁵ “Las ayudas de estado de naturaleza fiscal en...” cit. pag.67.: “Por el contrario, si se entiende que son normas idóneas para cumplir el requisito constitucional de reserva de ley en materia tributaria (artículo 31.3 de la CE), lo que parece fuera de discusión, no resultará fácil sostener que no existe similitud indudable en ambos casos, con independencia de que pueda considerarse también por el TC que en este caso la STS no lesiona ningún derecho fundamental de una Administración Pública.”

5.- ESTADO DE LA CUESTIÓN Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

Desde la fecha en que se conoció la Sentencia muchos han sido los autores que se han volcado en su comentario¹⁶, coincidiendo todo ellos en la crítica a sus irregularidades y abogando porque se llevaran a cabo actuaciones, que en pro de la seguridad jurídica, devolverían la necesaria calma a las empresas, que obligadas a tributar a los tres territorios históricos, lo hicieran aplicando la normativa en la que se encuadraban las disposiciones forales anuladas.

Las Diputaciones Forales han sido en todo caso diligentes, y han llevado a cabo, desde el primer momento actuaciones, encaminadas a evitar el “pánico” entre los contribuyentes que en un primer momento se sentían cuando menos confusos sobre la normativa que debían aplicar a los ejercicios pasados y futuros. Así es de agradecer la labor divulgativa desarrollada, tanto en prensa

¹⁶ A parte de las obras ya citadas, podemos encontrar los siguientes comentarios: MERINO JARA, I.: “Las ayudas de Estado y el Concierto Económico (Comentario a la STSS de 3 y 17 de noviembre y 9 de diciembre de 2004)”. *Jurisprudencia Tributaria* nº 21. Abril 2005. Editorial Aranzadi. pag.9 y ss; MARTÍNEZ BÁRBARA, G.: “¿Son los Territorios Históricos meros amanuenses fiscales? (STS de 9 diciembre de 2004)”. *Jurisprudencia Tributaria* nº 22. Abril 2005. Editorial Aranzadi. pag. 9 y ss; MUGURUZA ARRESE, J.: “¿Leyes tributarias sujetas a revisión judicial?”. *Jurisprudencia Tributaria* nº 22. Abril 2005. Editorial Aranzadi. pag.13 y ss.; RUBÍ CASINELLO, J.G.: “El malentendido europeísmo de Tribunal Supremo: fiscalidad vasca y ayudas de estado.” *Jurisprudencia Tributaria* nº 22. Abril 2005. Editorial Aranzadi. pag.17 y ss.; GARCÍA ROSS, J.J. “La interpretación de las normas forales tributarias y el derecho comunitario”. *Jurisprudencia Tributaria* nº 22. Abril 2.005. Editorial Aranzadi. pag 21 y ss.; ALONSO ARCE, I.: “Cinco normativas generales en España.” *Jurisprudencia Tributaria* nº 22. Abril 2.005. Editorial Aranzadi. pag. 23 y ss.; GUEZURAGA UGALDE, A.: “Los jirones del Concierto Económico”. *Jurisprudencia Tributaria* nº 22. Abril 2.005. Editorial Aranzadi. pag.27 y ss.;MURGOITIO ESTEFANÍA, L.J.: “Breve recesión sobre la sentencia del TS en materia del Impuesto sobre Sociedades”.*Revista Réplica y Dúplica*. Nº 44. Cuarto trimestre de 2.004. pag.6 y ss.; ALVAREZ AMÉZAGA, B.: “El resbaladizo terreno de las ayudas de Estado y la conculcación de las potestades forales: a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2.004. *Revista Forum Fiscal de Bizkaia*. Junio 2.005. Editorial Fitax. referencia 055.214. pag. 25 y ss.

como a través de reuniones con los sectores afectados. Las actuaciones más destacadas se han efectuado tanto en el terreno judicial como en el legislativo, siendo a su vez recomendable, que se hubieran extendido al terreno político dado que por todos es conocido que el Concierto Económico, aprobado por la Ley 12/2002 de 23 de Mayo, actualmente vigente, es una norma paccionada, y como tal, necesitada de compromisos frutos de la negociación.

En el ámbito judicial, y con base en el artículo 241 de la Ley Orgánica 6/85 de 1 de Julio del Poder Judicial, se interpuso incidente de nulidad con solicitud de suspensión que fue denegado por el Auto de 4 de Abril de 2005, ya comentado en el presente trabajo. Simultáneamente se había interpuesto también, como hemos dicho, recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. También, y en contra de la providencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2005, dirigida a los Directores de los Boletines Oficiales de los tres Territorios Históricos en la que se ordenaba la publicación de la Sentencia, se interpuso recurso de suplica, que también fue desestimado por Auto del Tribunal Supremo de 5 de Abril de 2005¹⁷. En este campo la única vía pendiente de resolución por tanto es el citado recurso de amparo¹⁸.

En el ámbito legislativo, una de las primeras actuaciones fue la llevada a cabo con la publicación de las Normas Forales Generales Tributarias de los tres Territorios Históricos al objeto de clarificar qué efectos tenía la Sentencia sobre los periodos impositivos concluidos con anterioridad a la fecha de su publicación, siendo la Norma Foral 2/2005 de 10 de marzo de

¹⁷ Se puede consultar en *Revista Forum Fiscal de Bizkaia*. Junio 2005. Editorial Fitax, referencia 055.237. pag. 110 y ss.

¹⁸ Además, ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, las Juntas Generales del Territorio Histórico de Bizkaia, la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Bilbao y la Diputación Foral de Bizkaia solicitaron la suspensión de la ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo, que fue denegada en virtud de Auto de 8 de Junio de 2005. Un resumen de la misma se puede consultar en *Revista Forum Fiscal de Bizkaia*. Agosto 2005, Editorial Fitax, referencia 055.316, pag.76.

Bizkaia la más clara y directa, que en su Disposición Adicional Décima decía: “Será de aplicación, en todo caso, lo dispuesto en la normativa vigente en la fecha de devengo del Impuesto sobre Sociedades correspondiente, en relación con los periodos impositivos concluidos con anterioridad a la fecha que surta efectos, en su caso, la sentencia recaída en el recurso de casación número 7893/99”. La Sentencia fue publicada en el Boletín Oficial de este Territorio Histórico, número 50 del lunes 14 de marzo de 2005.

Contra la citada Disposición, la Comunidad de la Rioja interpuso el correspondiente recurso ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, solicitando asimismo su suspensión y la de la Disposición Final Segunda que determinaba la entrada en vigor de aquella. El Tribunal por Auto de 6 de Junio de 2005, desestimó la citada suspensión¹⁹.

Una vez resuelto temporalmente qué normativa es la aplicable a los ejercicios con periodo impositivo concluido, y a la espera de la publicación de las nuevas Normas Forales del Impuesto sobre Sociedades, la cuestión se centraba en determinar que ocurría con aquellos periodos impositivos concluidos con posterioridad a la publicación del fallo y antes de la entrada en vigor de las nuevas normas todavía en una fase muy prematura de elaboración. Para dar cumplida respuesta a esta pregunta, se procedió a la publicación de las siguientes disposiciones: Decreto Normativo de Urgencia Fiscal 2/2005 de 24 de Mayo del Territorio Histórico de Álava (B.O.T.H.A. de 3 de Junio de 2005.), Decreto Foral 32/2005 de 24 de Mayo del Territorio Histórico de Guipúzcoa (B.O.G. de 27 de Mayo de 2005) y la Norma Foral 7/2005 de 23 de Junio de Medidas Tributarias en 2005 (B.O.B. de 1 de Agosto de 2005.) Todas ellas declaran la vigencia de los artículos anulados por la Sentencia que han sufrido modificaciones posteriores en su redacción originaria, dándose nueva redacción solamente a los restantes.

¹⁹ Véase, *Revista Forum Fiscal de Bizkaia*.. Agosto 2005, Editorial Fitax, referencia 055.315. pag.76, y su comentario en la misma revista a cargo de ALONSO ARCE, I.; “Suspensión cautelar de la vigencia de disposiciones generales”, referencia 055.291, pag. 19 y ss.

Es cuando menos reseñable, por lo que de extraño tiene, que en el preámbulo de la Norma del Territorio Histórico de Bizkaia, 7/2005, se haga una crítica a la Sentencia del Tribunal Supremo manifestándose expresamente el desacuerdo de las Juntas Generales con la misma. Asimismo se anuncia el carácter transitorio de la regulación con respecto al Impuesto sobre Sociedades, “(...) *dado que se ha comenzado a elaborar un nuevo texto regulador del Impuesto sobre Sociedades para dotar al sistema tributario de una nueva normativa más moderna, adaptada a las características de nuestro entorno económico y que asuma los criterios expresados en los últimos años por la Comisión Europea y el Tribunal de Luxemburgo, siempre al amparo del vigente Concierto Económico.*”

Sin embargo, este convencimiento de las autoridades tributarias puede no resultar gratuito para los agentes implicados. Me explicaré. Imaginemos que como consecuencia de la Sentencia del Tribunal Constitucional en el recurso de amparo, se retrotraen las actuaciones al momento anterior al dictado del fallo, y el Tribunal Supremo interpone la correspondiente cuestión prejudicial al respecto. Y que una vez resuelta por el TJCE, se estima que las mismas constituyen ayudas de Estado incompatibles con el mercado común. En consecuencia, y de acuerdo con lo recoge el art.14 del Reglamento 659/99 del Consejo de 22 de Marzo, por el que se establecen disposiciones de aplicación de artículo 93 (actual 88) del TCE, las empresas que se beneficiaron deberán proceder a ingresar en las Haciendas Forales las cantidades que no pagaron por el Impuesto sobre Sociedades. Siguiendo a PIÑA GARRIDO²⁰ -que se centra en el estudio de las Sentencias recaídas en los asuntos Ramondín y Demesa- con cita de otros pronunciamientos del TJCE, viene a decir que dado que las empresas no se pueden negar a la devolución de las ayudas basándose en el principio de la confianza legítima, porque sólo se

²⁰ PIÑA GARRIDO, M.D.: “Ayudas fiscales vascas contrarias a Derecho comunitario y responsabilidad patrimonial de la administración pública autonómica”. *Revista interactiva de la Asociación Española de Asesores Fiscales* 25-2005 de 11 de Julio.www.aedaf.es

puede alegar en aquellos casos en los que se hubiese cumplido el procedimiento de previa notificación, procedimiento que cualquier agente económico diligente debe comprobar, y dado que la Comisión en ningún momento les ha dado seguridades precisas que hayan generado esperanzas fundadas de la compatibilidad de las ayudas, pudiera dar lugar a que las empresas exigieran a las Juntas Generales una indemnización por los daños y perjuicios sufridos por la vía de la responsabilidad patrimonial del art. 139.3 de la Ley 30/92 de 26 de Noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común: *“Y para ello debemos recordar cuál fue desde siempre la actitud de las autoridades autonómicas vascas, de defensa de sus incentivos frente al Estado y la Comunidad Europea, y de firma apoyo a sus empresas. Como muchos autores han comentado (...) cuando una Administración orienta a los ciudadanos hacía una determinada conducta, mediante claros signos externos, aunque no sean jurídicos, y les lleva a realizar determinados gastos e inversiones, crea una situación que da derecho a los afectados a reclamar después, una adecuada protección de sus intereses en caso de que estos se vean desfavorablemente afectados como consecuencia de un cambio de comportamiento de aquella Administración.”* Cuando menos, en el asunto que nos ocupa, sería curioso que se obligase a las empresas a devolver el diferencial entre el tipo de gravamen del 32,5% y del 35%, -recogido en el artículo 29.1.a) anulado por la Sentencia del Tribunal Supremo-cuando no les ha quedado otro remedio que acogerse a este cálculo por imperativo de la norma del impuesto. No obstante, dejo la cuestión en el aire para reflexión del lector porque entiendo que sería adelantar acontecimientos que están sometidos a muchas variables y que puede que nunca lleguen a darse para este caso concreto.

Este aspecto entronca con el de la oportunidad de la presentación de la cuestión prejudicial. Las autoridades de los tres Territorios Históricos han visto el recurso de amparo, una vez desestimado el incidente de nulidad, como la única vía para solucionar judicialmente el problema al que se enfrenta la capacidad normativa derivada del Concierto Económico. Sin embargo su estimación, y su resultado final, que conllevará la

interposición de una cuestión prejudicial ante el TJCE puede llegar a dar más quebraderos de cabeza que los que solucionaría. Así, si el TJCE finalmente determina que estamos ante ayudas de Estado, podemos dar por defenestrado todo el sistema del Concierto. En el editorial de una revista especializada allá por el año 2002²¹, en relación con las entonces recientes sentencias del TPI en los asuntos Ramondin y Demesa, se llegaba a decir que había quedado superada la consideración de los incentivos fiscales como ayudas de Estado en base a un criterio de selectividad regional, y no más de tres años más tarde estamos a vueltas con el mismo asunto, pero esta vez, ante un Tribunal nacional. Pero claro, algo habrá que hacer al respecto, porque si no estaríamos dando a los opositores al Concierto, un potente “armamento” en forma de precedente para atacarlo indiscriminadamente, y lo que es peor, con muchas posibilidades de éxito.

La solución más correcta no es por tanto judicial ni legislativa, sino política. Quizás cuando salga publicado el presente artículo se haya llegado a un acuerdo entre las administraciones nacionales competentes y el asunto, ahora tan peliagudo, se haya quedado en un “mal sueño”. Pero hoy por hoy, los ataques al Concierto se siguen produciendo con origen en las comunidades limítrofes. Así se podía leer en un periódico²² que la Junta de Castilla y León iba a seguir los pasos del Gobierno de la Rioja de recurrir las normas forales del Impuesto sobre Sociedades que los tres Territorios Históricos habían publicado para sustituir las disposiciones anuladas. La batalla, desgraciadamente no ha terminado aún.

El Concierto Económico tiene unas peculiaridades que le hacen único, y como tal difícil de explicar, y parece ser, que más difícil de entender. Por ello, si tanto nos cuesta que lo entiendan en España, imaginemos que nos espera, si por mor de la cuestión prejudicial, hay que volver a someterlo al juicio del Tribunal de Luxemburgo. Si no se consigue evitar llegar hasta ese extremo, sólo me cabe añadir, “que Dios reparta suerte”.

²¹ *Revista Forum Fiscal de Bizkaia*. Editorial Fitax. Abril 2002. pag.9.

²² El correo digital del 15 de Julio de 2005, Viernes. www.elcorreodigital.com.

6.- CONCLUSIONES

Como hemos venido diciendo, entre las soluciones al conflicto planteado, la de conseguir que se llegue a la interposición de una cuestión prejudicial, quizás no sea la más adecuada; aunque tenemos que coincidir con los recurrentes, que actualmente, es la única posible para conseguir que el precedente creado con la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2004, no constituya la negación de la capacidad normativa en materia tributaria de los tres Territorios Históricos. Si finalmente se plantea la cuestión prejudicial, los representantes de los tres Territorios van a tener que emplearse a fondo para demostrar ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas –e indirectamente ante los tribunales nacionales-, que el sistema que regula el Concierto Económico debe considerarse como un sistema general, al mismo nivel que el de territorio común. En resumen, hay que hacer ver que en España coexisten cinco sistemas tributarios generales, los de los tres Territorios Históricos, el de Navarra y el de territorio común. Estimar que las diferencias a favor de las empresas sometidas a una u otra competencia normativa suponen ayudas de Estado incompatibles con el TCE por aplicación de un criterio de selectividad regional, supone anular la capacidad de legislar de forma diferente para el resto de los ordenamientos, incluso para el de territorio común, ya que aún siendo el más común, no sería tampoco general, ya que por ese mismo criterio de selectividad regional, no se aplicaría en todo el Estado.

Cuando se dan los problemas urge agudizar el ingenio. Así, algunos hemos llegado a pensar, que dado que la normativa tributaria es por naturaleza cambiante y que los tribunales tardan años –no olvidemos que la redacción de las disposiciones anuladas data de 1996, es decir, hace más de ocho años– la solución de compromiso vendría determinada por dictar Normas Forales con una vigencia limitada, por ejemplo, de cinco años, así de esta forma, cuando se procediese a su anulación no tendría efecto práctico alguno al haber expirado su plazo de aplicación. No obstante esta conclusión también viene condicionada por el rango

reglamentario de las Normas Forales que pueden ser impugnadas ante la jurisdicción contencioso-administrativa, a diferencia de las de territorio común, que con rango de Ley, su anulación se sustancia ante el Tribunal Constitucional, más restrictivo por tanto en cuanto a su legitimación y admisión. Aquí por tanto tenemos otro “caldo de cultivo” para evitar situaciones desagradables a futuro.

No ha lugar a dudas que mi opinión está condicionada por mi actitud a favor de la competencia normativa de los Territorios Históricos, pero creo que no sería bueno para nadie que la institución del Concierto se dejase sin contenido por una falta de acuerdo. Como digo, el control de las ayudas de Estado por parte de la Comisión no tiene como objetivo la armonización de los sistemas tributarios de los Estado miembros, para ello debe acudir al procedimiento regulado en los artículos 96 y 97 de TCE. Utilizar aquél procedimiento para armonizar legislaciones fiscales puede ser perjudicial no sólo para Estado en cuestión, sino también para el resto.

Lo que si debe quedar meridianamente claro es que la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, no va afectar a la interpretación que del TCE hagan los órganos jurisdiccionales de otros Estado miembros, ni el propio TJCE, ya que sólo éste último estará capacitado, con las salvedades ya apuntadas, para declarar la concurrencia de una ayuda de Estado de las del artículo 87.1.

En este sentido, siempre queda la posibilidad de acudir a la Comisión antes de la aplicación de una norma para que se pronuncie sobre si estamos ante una ayuda de Estado incompatible con el mercado común. Opción, que al igual que la de la cuestión prejudicial, y por las mismas razones, no es en mi opinión, recomendable.

Tomemos conciencia pues, de que más que una cuestión prejudicial, de lo que podemos estar hablando, con toda probabilidad, sea de una “*cuestión prejudicial*” que debe evitarse

a toda costa. Confiemos en que se llegue al consenso, y sino es así, solo me queda decir que ojalá esté equivocado en mis predicciones sobre el posible pronunciamiento del TJCE.

Bilbao, a 30 de Agosto de 2005.

José Javier García Ross

UNA CRÓNICA DEL CONCIERTO ECONÓMICO (1981-2005): DEFENSA DE NUESTROS DERECHOS HISTÓRICOS

1.- LOS ORÍGENES DEL CONCIERTO ECONÓMICO

Decíamos Javier Muguruza y yo en otro Boletín anterior de nuestra Academia que las instituciones jurídicas actuales provienen de nuestra Historia en mayor o menor medida son la plasmación actualizada de las que existieron en tiempos pretéritos. Esta aseveración adquiere, si acaso, una dimensión aún mayor en el caso de los Territorios Históricos vascos, puesto que un importante bagaje competencial del que disfrutaban en la actualidad es consecuencia del reconocimiento constitucional de sus derechos históricos.

Así, el Concierto Económico, como medio de disciplinar las relaciones tributarias y financieras entre la Comunidad Autónoma del País Vasco, sus Territorios Históricos y el resto del Estado español, adopta sus actuales características a partir de la redefinición de su esencia histórica.

El Concierto Económico nace en el siglo XIX como consecuencia del proceso de asimilación jurídica de los

territorios forales derivado de la construcción de un Estado constitucional y liberal, centralista, siguiendo los patrones decimonónicos, que planteaba la superación de las especificidades regionales en aras de conseguir la unidad jurídica.

La monarquía borbónica, siguiendo el modelo francés del siglo XVIII, pretendió, desde un primer momento, y no hay que olvidar a este respecto los Decretos de Nueva Planta de Felipe V, la eliminación de las especialidades regionales forales heredadas de la Edad Media en el proceso de conformación de la monarquía hispánica.

En el caso del Derecho público, el interés del Estado central por lograr la unidad jurídica era aún más acusado que en lo que a las instituciones civiles forales se refiere, y por ello, el esfuerzo uniformizador adquirió unos perfiles mucho más explícitos en relación con la organización del poder político, con las obligaciones militares y tributarias de los ciudadanos, con la administración de justicia o con el establecimiento de una unidad aduanera que permitiera la realización de un mercado único a nivel estatal.

En ese proceso, los territorios forales del País Vasco y Navarra perdieron su exención militar y, lo que es más importante para el tema que nos ocupa, su exención fiscal, intentándose su sometimiento al sistema fiscal común a partir de las Leyes de 25 de octubre de 1839 y de 21 de julio de 1876, aprovechando para ello el desenlace de las Guerras Carlistas que se libraron en este país en diversos momentos del siglo XIX.

Como consecuencia de ese proceso histórico, y pese a las intenciones del Estado central, los territorios forales pudieron conservar una cierta autonomía financiera y tributaria, plasmada en el sistema de Concierto Económico en el caso de las tres provincias vascas y en el de Convenio Económico en el caso navarro.

Este sistema se basaba, como es por todos conocido, en el encabezamiento provincial de la mayoría de las figuras tributarias existentes, de tal manera que cada provincia vasca contribuía a las arcas del Estado en una cantidad pactada por cada figura tributaria, teniendo una importante libertad a la hora de exaccionar entre sus habitantes los recursos necesarios para hacer frente a las aportaciones a la Hacienda central y a los demás gastos de la Administración provincial.

Su desenvolvimiento se produjo en términos más o menos normales hasta la Guerra Civil, ya que la derrota republicana a manos de los alzados conllevó la pérdida del Concierto Económico para las provincias de Bizkaia y de Gipuzkoa, y su mantenimiento para las de Álava y de Navarra, si bien teniendo presente que la libertad de actuación de las mismas se veía condicionada de una manera importante por el régimen político de la dictadura de Franco.

Con la transición a la democracia, se plantea como una necesidad de primer orden la recuperación del régimen de Concierto Económico para los Territorios Históricos de Bizkaia y de Gipuzkoa, amén de formularse el sistema de Concierto como una de las piedras angulares del desarrollo de la estructura institucional tanto de la Comunidad Autónoma del País Vasco como de la Comunidad Foral de Navarra, así como del autogobierno del país reconocido a partir de la Constitución de 1978.

Hay que tener presente que el Concierto Económico, en su formulación actual, no tiene muchos elementos en común con los Conciertos que se firmaron a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, tanto por la propia evolución del sistema tributario del Estado, como por la adecuación al nuevo marco institucional derivado de la organización territorial del Estado, y por ello, el sistema de determinación del Cupo de cada ejercicio, así como la propia finalidad a la que responde el Cupo (compensación al Estado por las competencias que ejerce en beneficio del País Vasco no asumidas por las

instituciones autonómicas o forales), o la estructuración de la distribución de competencias entre la Hacienda estatal y cada una de las Haciendas forales se formulan siguiendo unas coordenadas diferentes a las que tuvieron en el pasado.

Pero, dejando de lado esos elementos concretos, la esencia del Concierto Económico, su carácter pactado, el reconocimiento de un ámbito de soberanía tributaria y financiera a las instituciones del País Vasco, y la especial aplicación del sistema tributario estatal en los Territorios Históricos vascos, siguen en el actual sistema de Concierto Económico pautas similares a las que tuvieron en el pasado.

Por tanto, al mirar al Concierto Económico hoy, con la perspectiva que nos dan los 125 años que han transcurrido desde la publicación del que luego se conocería como “Primer Concierto Económico”, los 25 años que han transcurrido desde el reconocimiento del Concierto Económico como el más elemental de los derechos históricos de los territorios forales vascos por parte de la Constitución, los 24 años del establecimiento de las bases actuales del sistema de Concierto Económico a través del Estatuto de Autonomía de Gernika o los 22 años de evolución del Concierto Económico en los tres Territorios Históricos vascos, avalados por la actuación de las tres Haciendas Forales y por el reconocimiento del carácter indefinido del Concierto que se ha producido en la renovación de 2002, tenemos que sentirnos satisfechos del camino recorrido y, a la vez, deseosos de que la aplicación del Concierto Económico nos lleve al desarrollo de unos sistemas fiscales propios, diferenciados, que permitan la consolidación del modelo de país y de sociedad avanzada del bienestar hacia el que nos movemos.

En los momentos presentes, podemos afirmar que el sistema de Concierto Económico está completamente asentado, afianzado por su tradición histórica y por su desenvolvimiento en el pasado reciente, con unos horizontes de futuro de estabilidad normativa y del más amplio

reconocimiento de la capacidad de las instituciones competentes de los Territorios Históricos, pero con algunos e importantes problemas, unos relacionados con la situación política general, de la que no podemos abstraer la materia tributaria, y otros debidos a la propia configuración presente de los sistemas tributarios de los Territorios Históricos y a la estructura institucional en la que se soportan.

Desde 1981 se ha recorrido un camino difícil pero gratificante por sus resultados. De la nada se han levantado unas Haciendas Forales, cuya eficacia y eficiencia en la gestión tributaria son de sobra conocidas, cuya labor permite la aplicación del sistema tributario para recaudar los recursos necesarios para hacer frente a los gastos que conllevan los servicios públicos de que gozamos en la actualidad, con unos niveles de calidad y cantidad de las infraestructuras y servicios públicos que no tienen parangón en el resto del Estado y que nos acercan más a esa Europa en la que nos integramos hace ya algunos años.

De la nada, también, se ha edificado un ordenamiento tributario propio, obviamente partiendo del ordenamiento estatal, del que tampoco tenemos una capacidad absoluta de separación en la medida en que tenemos que respetar las diferentes normas armonizadoras que se contienen en el Concierto Económico, pero en el que se han alcanzado cotas de diferenciación que han aumentado el atractivo de nuestro sistema tributario para la captación de inversiones y para el impulso de la actividad económica en momentos muy difíciles, así como para el establecimiento de un marco propio de tributación de las personas físicas...¹

Hoy, poco más de dos años después de que escribiéramos estas palabras, imbuidos por el optimismo en el que nos

¹ ALONSO ARCE, I. y MUGURUZA ARRESE, J. “El Concierto Económico y la creación de un sistema fiscal propio en los Territorios Históricos Vascos”. Boletín nº 1. Academia Vasca de Derecho – Zuzenbidearen Euskal Akademia. Bilbao, noviembre de 2003. Págs. 31 a 41.

encontrábamos tras el acuerdo alcanzado en el seno de la Comisión Mixta de Cupo el 6 de marzo de 2002 entre los representantes de la Administración del Estado y los de los Territorios Históricos y los de la Comunidad Autónoma del País Vasco para la renovación del Concierto Económico y para dotarle de un carácter indefinido, no estamos en el mismo escenario de tranquilidad que se dibujaba en aquel momento.

2.- LOS PROBLEMAS DEL CONCIERTO ECONÓMICO

La verdad es que la evolución del Concierto Económico siempre ha estado marcada por los problemas de relación con otras instituciones del Estado, en algunos momentos los representantes de la Administración central, y en otros con los de otras Comunidades Autónomas o instancias diferentes de otras partes del Estado español, y también, muchas veces, por los problemas de comprensión de la realidad del Concierto Económico y de su alcance y verdadera naturaleza.

Es cierto, como decíamos, que desde 1981, por no remontarnos más allá en el devenir histórico, la transformación social y económica de los Territorios Históricos del País Vasco y de la propia Comunidad Autónoma, creación jurídica nacida del Estatuto de Gernika, ha sido posible, en gran medida, gracias a la autonomía y a la responsabilidad económica y financiera que ha tenido el País Vasco gracias al Concierto Económico.

El establecimiento de las Haciendas Forales, su crecimiento, su implicación con los problemas del País y su decidida apuesta por un marco de cercanía con los contribuyentes, de prevención de los problemas (más que de represión de conductas ya realizadas) y de diseño de una normativa tributaria adaptada a la dimensión y a las peculiaridades de nuestro territorio son, sin duda, los principales activos que ha dejado el desenvolvimiento del Concierto Económico en los últimos veinticinco años.

Quizás el ejemplo más destacado de este buen hacer por parte de nuestras instituciones forales lo tenemos en la reciente

aprobación en los tres Territorios Históricos de unas nuevas Normas Forales Generales Tributarias, que establecen el marco general de desenvolvimiento de nuestros sistemas tributarios, atendiendo a unos parámetros de simplificación, cercanía y adecuación a los tiempos en que vivimos, que pretenden vehicular la función de recaudación tributaria de nuestras Haciendas Forales con la máxima eficacia y con la clara intención de prevenir el fraude, de luchar contra él (cuando ya se ha producido) y de establecer un marco de confianza y de seguridad jurídica en el que los diferentes operadores puedan tomar sus decisiones económicas y vitales con la mayor tranquilidad.

Ahora bien, no debemos ocultar que también se han producido problemas en relación con el Concierto Económico, poniendo en tela de juicio ese clima de seguridad y confianza que se empeñan en construir las Haciendas Forales, ni que se han vivido momentos muy delicados, en los que, por motivaciones de una índole o de otra, la estabilidad y la aplicación del régimen concertado han estado en entredicho, ni tampoco que durante este año 2005 quizás estamos viviendo una situación en la que se han disparado todas las alarmas en defensa de nuestro autogobierno garantizado por el Concierto Económico.

3.- LOS PRIMEROS PROBLEMAS

En los primeros años tras la aprobación del Concierto Económico, los problemas fundamentales se produjeron en relación con la Administración del Estado y se referían más a aspectos financieros del cálculo y determinación del Cupo que debía pagar el País Vasco como contribución a las cargas no asumidas, que a aspectos puramente tributarios o relacionados con el ejercicio de las competencias normativas que el Concierto Económico atribuye a las Instituciones competentes de los Territorios Históricos.

Así, basta recordar que no pudo aprobarse la primera Ley quinquenal de Cupo hasta 1988, año en que vieron la luz dos Leyes, una que se refería a los Cupos correspondientes a los años

1982-1986 y otra, ya con vocación de futuro, en relación con los Cupos del quinquenio 1987-1991, con lo que podemos darnos cuenta de las dificultades que se produjeron en los momentos iniciales de vida del primer Concierto Económico aprobado tras la recuperación de la democracia.

En 1988, como es de sobra conocido, comienza la época en la que los Territorios Históricos desarrollan por vez primera su autonomía normativa en relación con determinados impuestos, ya que hasta ese momento la normativa foral no tenía demasiados elementos de diferenciación respecto a la vigente en territorio de régimen común, cosa lógica si se tiene en cuenta que nos encontramos con el período de tiempo de creación, establecimiento y consolidación de la infraestructura hacendista de los Territorios Históricos.

Las Normas Forales de Incentivos Fiscales a la Inversión de 1988, 1993 y 1995 son los exponentes más evidentes de una política fiscal autónoma en materia de tributación empresarial, desarrollada durante una época económica muy difícil para el tejido industrial y empresarial del País Vasco, sumido en una profunda depresión y ante el que las Administraciones de la Comunidad Autónoma del País Vasco comenzaron a desarrollar una política anticíclica en la que el componente tributario tuvo una importancia destacada.

Si la Constitución, el Estatuto de Autonomía para el País Vasco y el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco otorgaban a nuestras instituciones forales la posibilidad de desarrollar una política fiscal autónoma, respetando una serie de normas de armonización previstas en el propio Concierto Económico, tales instituciones comenzaron a ejercer esas competencias, tratando con ello de favorecer el desarrollo del país y la superación de la crisis.

Estas Normas Forales introdujeron en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, pero sobre todo, en el Impuesto sobre Sociedades, importantes incentivos para la capitalización de

las empresas, para la renovación de su inmovilizado y para el desarrollo de nuevas actividades, suponiendo un complemento de la normativa vigente en aquel momento en materia de Impuesto sobre Sociedades, que no era sino una transposición punto menos que mimética de la normativa estatal.

Estos incentivos, de mayor o menor calado, se inspiraron en experiencias de otros Estados europeos, y también en prácticas que se habían desarrollado o se fueron desarrollando paralelamente por parte de la Administración del Estado, si bien, su repercusión pública fue muy importante, por dos razones fundamentales: primera, porque las propias instituciones de la Comunidad Autónoma del País Vasco se encargaron de hacer públicos sus proyectos normativos y los programas que se habían diseñado para fomentar económica y fiscalmente el desarrollo del País Vasco, poniendo quizás un excesivo énfasis en la difusión pública de los mismos; y segunda, porque determinados sectores políticos y económicos fuera del País Vasco se sintieron amenazados por la forma en la que se había producido el desarrollo de las competencias normativas de los Territorios Históricos al amparo del Concierto Económico.

En este segundo grupo podemos encontrar tres agentes que reaccionaron de manera, incluso virulenta, en algunos casos, contra el ejercicio de competencias normativas por parte de las instituciones forales del País Vasco, competencias que por otro lado no eran sino el resultado de la aplicación de lo dispuesto en el Concierto Económico, con basamento en la Disposición Adicional Primera de la Constitución y en el Estatuto de Autonomía para el País Vasco: la Administración del Estado; las Comunidades Autónomas limítrofes; y determinados estamentos económicos de las mencionadas Comunidades Autónomas (asociaciones de empresarios o sindicatos de trabajadores).

La Administración del Estado había estado muy tranquila mientras el desarrollo de las competencias normativas que el Concierto Económico reconocía a las instituciones forales se había desarrollado en un clima en el que la diferencia de regulación era

mínima y en el que las instituciones forales se limitaban prácticamente a realizar una regulación muy similar a la que emanaba de las Cortes Generales y del Consejo de Ministros.

Cuando las instituciones forales tuvieron la infraestructura suficiente para comenzar a desarrollar una política fiscal propia y empezaron a ponerla en práctica, las diferencias comenzaron a aumentar y las disposiciones forales empezaban a ser en algunos aspectos bastante diferentes de las correspondientes del territorio de régimen común.

Entre 1988 y 1995 se puede decir que se comenzó a regular en el País Vasco aspectos importantes de los diferentes impuestos directos (básicamente aquéllos sobre los que se tenía competencia normativa autónoma en función de lo previsto en el entonces vigente Concierto Económico) y algún elemento singular de los indirectos (como el gravamen por cuota gradual de documentos notariales en la modalidad de actos jurídicos documentados del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados) de un modo diferente a como esos aspectos se encontraban regulados en la normativa estatal.

Se declaran exentas las transmisiones hereditarias siempre que el causahabiente fuera ascendiente, descendiente o cónyuge del causante, se reduce la ya mencionada cuota gradual de actos jurídicos documentados, se introducen deducciones e incentivos en el Impuesto sobre Sociedades que no existían en territorio de régimen común o que allí se encontraban regulados de manera diferente y se comienzan a perfilar diferencias en materia de tributación de las personas físicas por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y el Impuesto sobre el Patrimonio, como la correspondiente a la regulación autónoma de las Entidades de Previsión Social Voluntaria, tratando de potenciar la utilización de este tipo de instrumento financiero creado por el Parlamento Vasco en ejercicio de las competencias sobre mutualidades complementarias de la Seguridad Social reconocidas en el Estatuto de Gernika.

Ante esta situación la representación del Estado comienza a recurrir esas disposiciones alegando diversas vulneraciones de las normas de armonización contenidas en el Concierto Económico, hasta el punto de que casi todas las grandes decisiones de política fiscal autónoma de los territorios forales se vieron recurridas ante los tribunales por parte de la Administración del Estado, que pareció no comprender adecuadamente el alcance que el Concierto Económico otorgaba a las competencias normativas de los Territorios Históricos.

Se puede hacer un paralelismo entre la actuación de la Administración del Estado en aquella época en relación con las Normas Forales de los Territorios Históricos y su actitud en relación con el ejercicio por parte de todas las Comunidades Autónomas de sus competencias en materia de tributos propios de las mismas en función de la habilitación contenida en la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas.

El aparato del Estado, acostumbrado a la práctica de un Estado centralista, tardó en digerir, si es que se puede llegar a considerar que ya se ha superado esa fase, cosa que dudamos, la estructura territorial del Estado alumbrada al calor del diseño contenido en el Título VIII de la Constitución y la descentralización política que ello conlleva.

En este sentido, no está de más recordar que los diferentes intentos de establecer tributos sobre las tierras infrutilizadas, sobre depósitos en entidades financieras, sobre determinadas superficies comerciales o para la protección del medio ambiente que se han ido desarrollando por parte de determinadas Comunidades Autónomas de régimen común se han encontrado con la sistemática oposición de la Administración del Estado y los correspondientes recursos ante el Tribunal Constitucional.

Más todavía le costaba digerir el ejercicio de unas competencias asimétricas que otorgaba la Disposición Adicional Primera de la Constitución a los territorios forales que constituyen la Comunidad Autónoma del País Vasco y la Comunidad Foral de

Navarra y en las que el régimen de Concierto Económico y de Convenio Económico realizan un reconocimiento mucho mayor de competencias que el que se produce en relación con las Comunidades Autónomas de régimen común.

La Administración del Estado, en la práctica, venía a utilizar la máxima de aceptar formalmente el régimen de Concierto Económico, y también la descentralización y corresponsabilidad fiscal resultante del régimen de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas para el caso de las de régimen común, pero siempre que ello no produjera diferencias importantes, y en cuanto las instituciones a las que se reconocía una autonomía normativa, la ejercitaban, se encontraban con el recurso ante los tribunales alegando vulneraciones de las normas de armonización del Concierto Económico, o de los principios de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas, basadas en una interpretación ultrarrestrictiva de su eficacia.

Además, en relación con el Concierto Económico, las Comunidades Autónomas de La Rioja, Castilla y León y Cantabria, pero fundamentalmente la primera de ellas, se mostraron muy activas en contra de las medidas fiscales de los territorios forales, sobre todo, en relación con la aprobadas en el Impuesto sobre Sociedades, haciendo bandera del denominado “efecto frontera”, muy magnificado en el discurso de las citadas Comunidades Autónomas pero que no ha podido ser contrastado por la evidencia empírica más de diecisiete años después de que se aprobaran las primeras medidas en el Impuesto sobre Sociedades que fueron recurridas por esas Comunidades Autónomas.

Y en la misma estela nos encontramos con recursos interpuestos contra la normativa foral por parte de federaciones de empresarios y de sindicatos de trabajadores radicados en esas Comunidades Autónomas, que también se mostraban contrarios al ejercicio de la autonomía normativa por parte de los Territorios Históricos alegando los supuestos perjuicios, nunca probados en

fase judicial y por supuesto no avalados por datos económicos objetivamente contrastables, como ya hemos expuesto, que para el nivel de actividad económica de esas regiones implicaba la competencia fiscal de las instituciones forales.

4.- LA PROLIFERACIÓN DE RECURSOS

Una de las raíces de los problemas que ha padecido el régimen de Concierto Económico la encontramos precisamente en el rango formal de las Normas Forales de las Juntas Generales, vehículo a través del cual se manifiesta la capacidad de dictar “leyes” tributarias por parte de las instituciones competentes de los Territorios Históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

La articulación jurídica que resulta de lo dispuesto en las Leyes Orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial y en la Ley del Parlamento Vasco de Relaciones entre los Órganos Comunes de la Comunidad Autónoma y las Instituciones Forales de sus Territorios Históricos (más conocida como ley de Territorios Históricos o LTH) hacen que las Normas Forales aprobadas por las Juntas Generales, aun cuando regulen materias sobre las que existe reserva de Ley, no tienen ese rango jurídico formal, sino que se consideran disposiciones reglamentarias, de una clase especial, como resulta de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pero cuyo enjuiciamiento se residencia ante la jurisdicción contencioso-administrativa y no ante el Tribunal Constitucional como el resto de disposiciones con fuerza de Ley.

Esta anomalía jurídica resultante de la peculiar articulación institucional de la Comunidad Autónoma del País Vasco, y que por tanto, no puede darse en ningún otro lugar, hace que las normas procesales que resultan de aplicación al enjuiciamiento de las Normas Forales de los Territorios Históricos vascos sean las mismas que se aplican por los tribunales de lo contencioso-administrativo para resolver las impugnaciones que se realicen de las normas reglamentarias, si bien, hay que tener presente que las Normas Forales de los Territorios Históricos en materia tributaria no desarrollan ninguna Ley superior, sino que son el vehículo

normativo a través del que se expresa la voluntad popular de los Territorios Históricos para establecer la legislación tributaria y se encuentran infraordenadas directamente a las normas integrantes del denominado bloque de constitucionalidad, que en la materia lo constituyen la Disposición Adicional Primera de la Constitución, los artículos 41 y siguientes del Estatuto de Autonomía para el País Vasco, aprobado por medio de Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, y el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco, aprobado por medio de Ley 12/2002, de 23 de mayo (y anteriormente por medio de Ley 12/1981, de 13 de mayo).

Pese a ello, la legitimación activa para recurrir Normas Forales es mucho más amplia que la que existe para recurrir normas con rango formal de Ley, puesto que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional es mucho más restrictiva en este punto, y por ello, son muchos los que han intentado, con mayor o menor éxito, y aquí ha tenido un papel relevante la doctrina establecida primero por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y luego por el Tribunal Supremo en materia de legitimación, la impugnación de Normas Forales tributarias.

5.- EL CONCIERTO ECONÓMICO Y EL DERECHO COMUNITARIO

Pero además de esos frentes, a la normativa foral se le abrió otro, inesperado en un primer momento, que no derivaba directamente de la propia normativa foral sino de la articulación que se establecía entonces en el Concierto Económico de las competencias sobre la tributación de los no residentes, cual es el relativo a una Decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas en la cual se ponía en cuestión que la inaplicación de la normativa foral del Impuesto sobre Sociedades a no residentes que, a su vez, fueran residentes de otros Estado miembros de la Unión Europea, implicaba un menoscabo de la libertad de establecimiento regulada en el Tratado de Roma y suponía un incumplimiento de los deberes que en virtud del mismo le incumbían al Reino de España.

Entra en escena en este momento, 1993, el Derecho comunitario y su eficacia en relación con las normas internas, y ello supone una sorpresa en un primer momento y pone de manifiesto la carencias del sistema de Concierto Económico, cuyos puntos de conexión se habían establecido en 1980 y 1981 sin tener en consideración un elemento posteriormente esencial, cual fue la incorporación de España a las entonces Comunidades Europeas, el 1 de enero de 1986, y lo que la aplicación de los Tratados y del acervo comunitarios iba a suponer para el Derecho interno.

La articulación de las competencias normativas establecida en el Concierto Económico de 1981 implicaba que la competencia normativa y de exacción de tributos sobre sujetos pasivos no residentes era, en todo caso, una competencia exclusiva del Estado, y en consecuencia, la normativa foral no resultaba de aplicación a los mismos.

La libertad de establecimiento reconocida en el Tratado de Roma, y directamente aplicable en el Estado español desde el 1 de enero de 1986, implicaba, entre otras cosas, que no se podían establecer obstáculos fiscales que implicasen un tratamiento más favorable para los contribuyentes residentes que para los no residentes, cuando estos últimos fueran residentes de otro Estado miembro de la Unión Europea.

Así pues, si la normativa foral establecía a partir de 1988 incentivos fiscales en el Impuesto sobre Sociedades que no existían en la Ley del Impuesto sobre Sociedades vigente en territorio de régimen común, resultaban de aplicación a los contribuyentes residentes sometidos a normativa foral en función de los puntos de conexión establecidos en el Concierto Económico, pero no podían aplicarse a los establecimientos permanentes radicados en el País Vasco de contribuyentes no residentes en España pero residentes en otros Estados miembros de la Unión Europea, y en consecuencia, se les estaba tratando de peor manera, violando su derecho a la libertad de establecimiento.

Debemos recordar que las libertades fundamentales contenidas en el Tratado de la Unión Europea son directamente aplicables en todos los Estados miembros de la misma, invocables directamente por todos los ciudadanos, y se reconoce a la Comisión Europea un papel muy activo en defensa de esas libertades y para remover todos los obstáculos que los Estados miembros puedan poner al libre ejercicio de las mismas.

El problema no radicaba en la normativa foral, como muy bien puso de manifiesto la Decisión de la Comisión de 1993 sobre este tema, sino en que la normativa foral, dados los puntos de conexión establecidos en el Concierto Económico, no resultara aplicable a establecimientos permanentes radicados en el País Vasco, con lo que se generaba una discriminación contraria a la libertad de establecimiento entre los contribuyentes residentes sometidos a normativa foral y los no residentes radicados en el País Vasco, que estaban sometidos a normativa estatal por mor de lo dispuesto en el Concierto Económico.

La solución más evidente para este problema, dado que la raíz del mismo se encontraba en los puntos de conexión establecidos en el Concierto Económico, pasaba por una modificación de los mismos, estableciendo las mismas reglas de reparto de competencias normativas y de exacción para los sujetos pasivos residentes que para los establecimientos permanentes de no residentes, por lo menos, en los tributos que gravan su actividad, como puede ser el Impuesto sobre Sociedades, y asumiendo así la realidad de la incorporación de España a la Unión Europea en el propio articulado del Concierto Económico.

No obstante, esta solución hubo de esperar hasta 1997, cuando en mayo se firmó en la Comisión Mixta de Cupo una modificación muy importante del Concierto Económico de 1981, que luego sería incorporada al ordenamiento jurídico por medio de la Ley 38/1997, de 4 de agosto, y en la que se ampliaron las competencias de los Territorios Históricos, entre otras cosas, precisamente para evitar los problemas relacionados con la libertad de establecimiento generados.

Lo que se articuló en 1994, para cumplir la Decisión de la Comisión Europea, fue el establecimiento de un mecanismo de compensación a los no residentes que tuvieran sus establecimientos permanentes radicados en el País Vasco y en Navarra, en virtud del cual la Administración del Estado compensaría el exceso de impuestos soportado por los mencionados establecimientos permanentes como consecuencia de no poder aplicar la normativa foral al tratarse de sujetos pasivos no residentes, en atención a la competencia exclusiva del Estado que recogía el Concierto Económico en aquel entonces vigente.

Tal medida se incorporó en la disposición adicional octava de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, y con ella se acomodó la normativa española a las prescripciones del Tratado de la Unión Europea, dándose la Comisión Europea por satisfecha en relación con la reclamación que había cursado en 1993, si bien, unos cuantos años después, un recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la citada disposición adicional dio lugar a uno de los más importantes errores de nuestro Tribunal Constitucional, en una de las sentencias más polémicas de su historia, incluso hasta en su aprobación, en la que hubo de recurrirse al voto de calidad del presidente del Tribunal Constitucional para poder resolverla, la que sería sentencia 96/2002, de 25 de abril, de la que luego haremos algunos comentarios.

Como hemos visto, a partir de 1988, pero singularmente a partir de la aprobación de las Normas Forales de incentivos fiscales de 1993, el panorama jurídico del Concierto Económico cambia, el desarrollo de la potencialidad normativa reconocida por éste a las instituciones forales no es bien recibido, y comenzamos una senda de judicialización de las Normas Forales, que alcanza su culmen en un primer momento, con la cuestión prejudicial elevada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco al Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con la adecuación al ordenamiento comunitario, ahora sí, de las Normas Forales de los Territorios Históricos en relación con el Impuesto sobre

Sociedades, y su posible conceptualización como ayudas de Estado por su carácter selectivo, y en consecuencia, su ilegalidad desde el punto de vista del Derecho comunitario.

Se introduce así, por primera vez, en el ámbito del Concierto Económico el término “ayudas de Estado”, que tan protagonista va a ser de las vicisitudes y problemas del Concierto Económico a lo largo de los últimos años 90 y primeros años del siglo XXI, y que ha alcanzado su eclosión en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2004, de la que hablaremos posteriormente y en la que, gracias a una incorrecta interpretación de la normativa europea sobre ayudas de Estado, se ha puesto en tela de juicio la capacidad normativa de los territorios forales en materia del Impuesto sobre Sociedades, anulando en la práctica la autonomía que el Estatuto de Autonomía para el País Vasco y el Concierto Económico reconocen a las instituciones forales del País Vasco.

Aunque enseguida hablaremos de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo, debemos tener en consideración otros dos aspectos antes de hacerlo, que sin duda, por respetar este orden cronológico que estamos siguiendo en la exposición, deben ser tenidos muy en cuenta.

6.- Y EL NUEVO IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES FORAL DE 1996

Así, por un lado, hay que tener presente que las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco aprobaron en junio y julio de 1996 unas nuevas Normas Forales reguladoras del Impuesto sobre Sociedades, en las que se producía el paso adelante definitivo en el ejercicio de la autonomía normativa en este impuesto, completando la trayectoria iniciada con las Normas Forales de incentivos fiscales de 1988, 1993 y 1995, y en las que regulaban de una manera diferente a la de la Ley del Impuesto sobre Sociedades importantes aspectos del Impuesto, algunos tan nucleares como el tipo de gravamen, las tablas de amortización o determinadas deducciones y regímenes especiales.

La reacción no se hizo esperar y se registraron en la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco una avalancha de recursos contra las citadas Normas Forales, que pretendían la nulidad total de las mismas, o subsidiariamente, la anulación de todos los preceptos en los que las instituciones forales daban un tratamiento diferente a los contribuyentes sometidos a su normativa que el que resultaba de la aplicación de la legislación estatal, con lo que se pretendía, en la práctica, anular totalmente la capacidad de iniciativa normativa que el Concierto Económico reconoce a las instituciones forales en este Impuesto.

Todas las instituciones a las que hemos hecho referencia con anterioridad (Administración del Estado, Comunidades Autónomas limítrofes, federaciones de empresarios, cámaras de comercio y sindicatos de trabajadores de las citadas Comunidades Autónomas) interpusieron los mencionados recursos contencioso-administrativos, tratando con ello de anular el ejercicio de autonomía normativa que habían desarrollado las Juntas Generales conforme a sus competencias.

Hay que tener en cuenta que en las Normas Forales del Impuesto sobre Sociedades de 1996 coexistían incentivos fiscales tales como un tipo de gravamen levemente más reducido, algunas deducciones no existentes en territorio de régimen común o algún régimen especial propio como el de las sociedades de promoción de empresas, que habían existido antes en el territorio común y habían dejado de ser aplicables allí, o sistemas de amortización más simplificados que el del Estado, con medidas de amplio impacto mediático y fiscal como las reducciones de la base imponible para empresas de nueva creación (mini-vacaciones fiscales, herederas de la exención temporal del Impuesto sobre Sociedades durante diez años para empresas de nueva creación prevista en las Normas Forales de incentivos fiscales de 1993 – vacaciones fiscales), el crédito fiscal del 45% de las inversiones para grandes proyectos de inversión (inversiones superiores a 2.500 millones de pesetas, incentivo que además no estaba expresamente regulado en las Normas Forales del Impuesto sobre Sociedades sino en normas

presupuestarias independientes) o el régimen especial de los centros de dirección, de coordinación y financieros.

Todas estas medidas se habían establecido inspirándose en modelos existentes en otros Estados miembros de la Unión Europea, o en disposiciones del mismo tipo que en un momento u otro se habían aplicado en el territorio común, con lo que realmente no estábamos ante innovaciones tributarias, si bien, es cierto que en un determinado tiempo coincidieron múltiples incentivos fiscales en la normativa foral, de los que se hizo mucha publicidad, tanto por parte de las instituciones forales como de las entidades que recurrían sistemáticamente la normativa foral, y esto no ayudó nada a poder valorar en sus justos términos la efectividad y el alcance de las mencionadas medidas, muchas veces magnificado interesada o desinteresadamente.

El grado de judicialización de las Normas Forales tributarias de los Territorios Históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco alcanzó a partir de las Normas Forales del Impuesto sobre Sociedades de 1996 el máximo histórico, estableciendo unas presiones totalmente artificiales sobre el régimen de Concierto y generando un clima de inestabilidad jurídica en nada deseado ni por las instituciones forales ni por los operadores económicos.

Pero, en segundo lugar, en esta época también se completan las reformas en materia de imposición directa, con una nueva regulación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, por primera vez con un modelo sensiblemente diferente al de la Administración del Estado, como consecuencia de la reforma de 1998, posibilitada por la ya comentada ampliación de las competencias normativas de los Territorios Históricos como consecuencia de la modificación del Concierto Económico de 1997.

Y con la extensión de la exención de las adquisiciones hereditarias realizadas por ascendientes, descendientes y cónyuges a las adquisiciones *inter vivos* (donaciones), completando de esta manera la diferenciación entre la regulación foral y la vigente en

territorio de régimen común, y generando también una serie importante de recursos.

Incluso, en materia de Norma Foral General Tributaria, en Bizkaia vemos cómo a partir del 1 de enero de 1999 el plazo de prescripción de las deudas tributarias se reduce de cinco a tres años, mientras que en los demás territorios el citado plazo de prescripción queda fijado en cuatro años. La Hacienda Foral de Bizkaia defendió la reducción del plazo de prescripción gracias a la eficacia en la gestión tributaria y en el control del fraude que la misma podía desarrollar, pero ello no evitó que la medida fuera objeto de recurso también por parte de la Administración del Estado.

Estábamos iniciando una era, que vino a durar hasta la renovación del Concierto Económico de 2002 o un poco más tarde, en la que la Administración del Estado recurría ante los tribunales sistemáticamente todas las Normas Forales tributarias de los Territorios Históricos en cuanto se diferenciaban lo más mínimo de la normativa estatal, alegando siempre pretendidas vulneraciones de las normas de armonización contenidas en el Concierto Económico.

Quizás dentro de este apartado debemos rendir un homenaje a la prudencia con la que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco encaró la resolución de todos estos contenciosos. Nos encontrábamos con recursos que se interponían a la menor diferencia entre la normativa foral y la estatal, y en consecuencia, era evidente que la aceptación de todos esos recursos hubiera supuesto la negación de las competencias resultantes del Concierto Económico. No hay que ir muy lejos para recordar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en esta materia, desde un primer momento, dejó clarísimo que si la Constitución atribuía autonomía a un determinado poder regional, era para que la ejerciera, y por ende, para que se diferenciara de la normativa estatal, por lo que la diferencia *per se* no podía constituir incumplimiento jurídico o exceso en el ejercicio de las

competencias, sino precisamente la consecuencia natural del ejercicio de esas competencias.

Con estas premisas, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco trató de buscar un equilibrio entre ejercicio efectivo de la autonomía normativa, y consiguiente diferenciación de la normativa estatal, y respeto a las normas de armonización del Concierto Económico y a los demás límites que el ordenamiento jurídico establecía a esa autonomía normativa, sin que pudiera llegar a negarse la posibilidad de diferenciación, pues ello implicaría vulneración de las reglas competenciales establecidas en las normas que integran el denominado bloque de constitucionalidad.

7.- LEGITIMACIÓN PARA RECURRIR NORMAS FORALES

Uno de los elementos que el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco analizó con detenimiento, sobre todo, dada la avalancha de recursos que se le presentaron en contra de la normativa foral, fue el aspecto de la legitimación activa de todos los que acudían a recurrir las Normas Forales, ya que debía proceder a analizarse el interés legítimo que ostentara cada uno de ellos para poder recurrir la normativa foral.

Aquí también debe alabarse la mesura, la prudencia y el rigor jurídico con el que el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco resolvió esa cuestión. Así como, como no podía ser de otra manera, todos los recursos de la Administración del Estado fueron admitidos y enjuiciados por parte de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, no ocurrió lo mismo con otros recurrentes.

Los sindicatos de trabajadores o las cámaras de comercio o asociaciones de empresarios de otros territorios vieron cómo se les negaba la legitimación activa para recurrir las Normas Forales tributarias, al negar *a priori* la existencia de ese interés legítimo que exige la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa para poder

ser parte activa de un recurso contra una disposición de carácter general, con lo que el Tribunal no entraba a analizar el fondo del recurso interpuesto sino que, al analizar la legitimación, lo cual es una cuestión de orden público procesal, y por ende, de necesaria apreciación de manera preliminar, sistemáticamente procedió a negar la legitimación para proceder a esas instituciones.

Similar camino recorrieron los recursos interpuestos por las Comunidades Autónomas de La Rioja, Castilla y León y Cantabria, que vieron cómo sus esfuerzos por oponerse jurídicamente a las Normas Forales tributarias de los Territorios Históricos se encontraban con el muro infranqueable de la falta de legitimación activa apreciada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, lo que parecía arrojar, en principio, un resultado práctico en cuanto a legitimación similar al que resultaría del enjuiciamiento ante el Tribunal Constitucional de las Normas Forales tributarias, ya que realmente sólo prosperaba la admisibilidad de los recursos interpuestos por la Administración del Estado, si bien siempre quedaba la puerta abierta a que otros posibles interesados, incluso contribuyentes, que pudieran acreditar un interés legítimo afectado pudiesen intentar el recurso contra las Normas Forales tributarias con lo que ello implica de inestabilidad jurídica de las mismas.

Ahora bien, las distintas instituciones que vieron negada su legitimación, recurrieron tales decisiones ante el Tribunal Supremo a través de los oportunos recursos de casación, invocando su derecho a recurrir el contenido de las Normas Forales tributarias y alegando los perjuicios que para las mismas se derivaban de la aplicación de la mencionada normativa foral y del denominado “efecto frontera”.

Ciertamente, estamos ante uno de los elementos esenciales que abrió el camino para lo que luego ha supuesto la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2004, ya que el Alto Tribunal, al enjuiciar los recursos de casación contra las decisiones de inadmisibilidad de las pretensiones de las Comunidades Autónomas limítrofes con el País Vasco y de

algunas instituciones recurrentes (asociaciones de empresarios), modificó el criterio que había venido sosteniendo el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y realizó una interpretación extensiva de la legitimación.

El Tribunal Supremo entendió que debían diferenciarse claramente dentro de la legitimación activa para recurrir normas forales dos vertientes: la legitimación en abstracto y la legitimación *ad causam* o legitimación concreta para recurrir una determinada disposición o actividad administrativa. Así, entendió el Tribunal Supremo que las Comunidades Autónomas limítrofes y las entidades que habían recurrido disposiciones forales sí gozaban en todo caso de legitimación abstracta, ya que tal legitimación es una cualidad inherente a la personalidad jurídica de esas entidades, y por ende, no debe negarse en ningún caso una vez que el ordenamiento les reconoce personalidad jurídica.

Ahora bien, esa legitimación no es suficiente para que prospere un recurso, sino que su admisibilidad depende también de que concurra la legitimación *ad causam* en el supuesto concreto, identificando la misma con la acreditación de unos intereses legítimos que se vean afectados por la disposición general que se pretenda recurrir, estableciendo precisamente en el juicio sobre este punto el núcleo central de la cuestión.

Si bien, hasta este punto, creo que se puede compartir sin problemas la argumentación del Tribunal Supremo, que no deja de ser un poco formal, ya que, en último extremo, sigue mostrando la necesidad de realizar un juicio concreto de intereses legítimos afectados por la disposición general que se pretende recurrir que debe realizarse para admitir la correspondiente impugnación, lo que ya no puede admitirse es la consecuencia que extrae el Tribunal Supremo en relación con las Comunidades Autónomas limítrofes y con determinadas instituciones (asociaciones de empresarios).

Ahí, el Tribunal Supremo, sin un análisis concreto de cada caso y de los efectos que pueda tener en relación con esos

concretos intereses legítimos de cada uno de los recurrentes la disposición que se pretende atacar, entiende que las Comunidades Autónomas limítrofes y las asociaciones empresariales siempre tienen legitimación *ad causam* para recurrir la normativa foral del Impuesto sobre Sociedades porque entiende que queda comprometido el ejercicio de las competencias de ordenación económica que los diferentes Estatutos de Autonomía reconocen a las mencionadas Comunidades Autónomas o las libertades económicas de las asociaciones de empresarios, a los que viene a dar un reconocimiento de la existencia del denominado “efecto frontera”.

El error del Tribunal Supremo no está en admitir que esas entidades pudieran tener legitimación *ad causam* si lograsen acreditar una afectación de sus intereses legítimos como consecuencia de la aprobación de las Normas Forales que pretenden recurrir, sino en dar por sentada la legitimación, entender que se produce siempre esa afectación de intereses legítimos, y no exigir una carga probatoria de la misma.

Además, hay que tener presente que la jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto admitiría una interpretación en virtud de la cual se exigiría a los recurrentes la acreditación de esos perjuicios concretos o de esa afectación particular de sus intereses legítimos como presupuesto para ejercer la impugnación en sede jurisdiccional de Normas Forales tributarias sin que ello desmereciese ni un solo ápice el hilo argumental defendido por el Tribunal Supremo.

Ahora bien, el Tribunal abrió la puerta de par en par a las Comunidades Autónomas limítrofes y a sus asociaciones empresariales para que procedieran a recurrir normativa foral tributaria sin tener que acreditar en cada caso la afectación a sus intereses legítimos que las citadas normas podían provocar, su legitimación *ad causam*, y con ello rompió los diques que el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco había establecido con un criterio muy prudente, haciendo un flaco favor a la estabilidad jurídica de los territorios forales y del régimen de Concierto Económico, y dando

alas a unas reivindicaciones más políticas que jurídicas, como eran las articuladas por las Comunidades Autónomas limítrofes.

Distinta fortuna corrieron los sindicatos de trabajadores de esas Comunidades Autónomas limítrofes, a los que el propio Tribunal Supremo negó que hubieran acreditado su legitimación *ad causam*, y les dejó fuera de las posibilidades de recurrir Normas Forales tributarias.

Realmente, y como reflexión final en este punto, no creo que fuera necesaria una afirmación categórica de la legitimación *ad causam* de las Comunidades Autónomas limítrofes para recurrir Normas Forales, puesto que la conformidad a Derecho del sistema tributario de los Territorios Históricos ya quedaba suficientemente garantizada con la posibilidad de recurso directo reconocida a la Administración del Estado, y la siempre abierta vía de los recursos indirectos para los particulares afectados. Además, sinceramente, sigo sin ver clara la relación existente entre las Normas Forales y el ejercicio de competencias de ordenación económica de las Comunidades Autónomas limítrofes que justifique, con un carácter tan general, el reconocimiento de legitimación activa para recurrir las Normas Forales tributarias, máxime cuando la evidencia desmiente que el ejercicio de las competencias forales haya implicado un perjuicio o un trasvase de actividades desde las Comunidades Autónomas limítrofes hacia el País Vasco o Navarra, ya que incluso puede observarse el fenómeno contrario en la realidad, lo que nos debe llevar a cuestionarnos la bondad de las resoluciones judiciales en esta materia.

Abierta la puerta para el recurso masivo contra las Normas Forales tributarias, además de revitalizarse todos los recursos interpuestos contra las Normas Forales del Impuesto sobre Sociedades de 1996 por las Comunidades Autónomas limítrofes y por las asociaciones empresariales de las mismas, nos encontramos con diferentes ritmos en el enjuiciamiento de las mismas, ya que los recursos interpuestos por el Abogado del Estado habían seguido su tramitación ordinaria mientras que estos otros se encontraban en trámites sobre su admisibilidad.

8.- LA CUESTIÓN PREJUDICIAL DE 1997

Paralelamente se produce un elemento esencial para la comprensión de la evolución reciente de la conflictividad en torno al Concierto Económico, cual es el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por parte de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en relación con las Normas Forales de 1993 de Medidas urgentes de apoyo a la inversión e impulso de la actividad económica, en la que el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco se cuestionaba si algunas de las medidas contenidas en las citadas Normas Forales podían tener la conceptualización de “ayudas de Estado” y, en consecuencia, ser contrarias al Derecho comunitario.

La Administración del Estado había recurrido ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco las Normas Forales de incentivos fiscales a la inversión de 1993, unas normas que recogían un incentivo de importante calado en el ámbito del Impuesto sobre Sociedades como era la exención temporal durante diez años para empresas de nueva creación, las denominadas “vacaciones fiscales”, y en el curso del recurso se planteó la posibilidad de que las citadas medidas pudieran constituir “ayudas de Estado”, y ante semejante duda se procedió a remitir una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea por el procedimiento del entonces artículo 177 del Tratado de Roma (actual artículo 234 del Tratado de la Unión Europea), para que el Tribunal de Luxemburgo se pronunciase sobre si existía esa incompatibilidad con el Tratado derivada de estar ante ayudas de Estado o no.

Diversos fueron los argumentos que se utilizaron en el procedimiento principal y durante la cuestión prejudicial en Luxemburgo, pero lo esencial de este asunto, y el principal peligro que implicaba para el Concierto Económico, se manifestó en las conclusiones del Abogado General encargado del caso, Sr. Antonio Saggio, que el 1 de julio de 1999 hizo públicas y en las que consideraba que las medidas fiscales cuestionadas constituían ayudas de Estado contrarias al Derecho comunitario.

Ahora bien, la principal raíz del problema radicaba en que el Sr. Saggio consideró que las medidas fiscales vascas eran ayudas de Estado en base a un criterio de selectividad regional, es decir, porque solo se aplicaban en una determinada región de un Estado miembro (sic).

En este punto, conviene hacer un inciso para aclarar que para que una disposición de un Estado miembro tenga la consideración de ayuda de Estado debe tener un carácter selectivo, es decir, no puede tener la consideración de medida general, ya que si se tratase de una medida de carácter general, queda excluida *per se* del concepto de ayuda de Estado y no plantea ningún problema de compatibilidad con el ordenamiento comunitario.

Las medidas fiscales, para ser selectivas, deben beneficiar a determinadas empresas o producciones, además de reunir otros requisitos como afectar a los intercambios intracomunitarios, que vamos a obviar en este momento, por no afectar estos otros criterios a la cuestión central de nuestro análisis.

De esta manera, las medidas generales no son ayudas, y lo que es lo mismo, para tener la consideración de ayuda de Estado, una determinada medida de carácter fiscal (o de otra índole) debe ser selectiva, en el sentido de beneficiar a determinadas empresas o a determinadas producciones.

En este sentido, una medida puede ser específica porque afecta a los fabricantes de automóviles y solamente a este sector de la economía, o también puede serlo porque solamente resulta de aplicación a los operadores económicos radicados en el municipio de Bilbao, por poner otro ejemplo. En el primero de ellos tenemos un criterio de selectividad material y en el segundo, otro de selectividad regional o geográfica.

El Abogado General Sr. Saggio consideró que, dado que en su opinión las normas forales vascas solamente se aplicaban en el País Vasco, lo que también vamos a ver que es incorrecto ya que

los puntos de conexión establecidos en el Concierto Económico no tienen una base estrictamente territorial, sino que derivan de otros conceptos tales como el lugar de realización de las operaciones, y en consecuencia, las normas forales vascas se aplican en el conjunto del territorio del Estado español en la medida en que así resulte de los puntos de conexión del Concierto Económico, y no se aplicaban en el resto de España, cumplían el requisito de selectividad regional al beneficiar exclusivamente a determinadas regiones de un Estado miembro de la Unión Europea, y por lo tanto, constituían *per se* ayudas de Estado incompatibles con el Derecho comunitario.

Independientemente de los errores conceptuales en torno al funcionamiento del régimen de Concierto Económico en los que incurre el Sr. Saggio en sus conclusiones, así como de las premisas inciertas de las que parte su análisis, básicamente en relación con el ámbito territorial de aplicación de la normativa foral del Impuesto sobre Sociedades, puesto que, como hemos anticipado, resulta de aplicación en todo el territorio del Estado, lo mismo que la Ley estatal del Impuesto sobre Sociedades, y si apuramos el argumento, tan selectivas resultarían las normas forales como la ley estatal en la medida en que ninguna de ellas resulta aplicable a todos los contribuyentes del Impuesto sobre Sociedades del Estado español, y no son estrictos criterios territoriales los que rigen la distribución de competencias entre las diferentes normativas, lo cierto es que estas conclusiones colocaban en una situación muy complicada a la propia institución del Concierto Económico.

Si la doctrina acuñada por el Abogado General era seguida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, aunque se basase en unas premisas erróneas, nos hubiésemos encontrado a las puertas del abismo, ya que, si las normas forales eran selectivas por criterio de territorialidad, daría igual cuál fuera su contenido, siempre resultarían contrarias al Derecho comunitario, puesto que la esencia del problema estaría en su ámbito de aplicación y no en su regulación sustantiva.

Y además, una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en ese sentido constituiría jurisprudencia e interpretación auténtica del Tratado de la Unión Europea, contra la que no cabe recurso alguno, y que se impone como de obligatoria aplicación por todos los órganos jurisdiccionales y todos los poderes públicos de los Estados miembros de la Unión Europea.

El Concierto Económico en verano de 1999 se veía, por tanto, en una encrucijada, aunque fuera en base a una incorrecta interpretación del Concierto Económico y de su funcionamiento, pero estaba a un paso de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea emitiera una sentencia que, si seguía las argumentaciones del Abogado General, hubiera dado el golpe de gracia a nuestra autonomía normativa dentro de la Unión Europea.

Hay que tener presente que aquí estamos en un terreno en el que se deben confrontar las normas comunitarias establecidas en el Tratado de la Unión Europea y en sus disposiciones de desarrollo y el principio de autonomía institucional de los Estados miembros, así como el respeto a sus estructuras constitucionales. Por tanto, una interpretación de la normativa foral como constitutiva *per se* de ayudas de Estado contrarias al Tratado de la Unión Europea por un criterio de selectividad regional, que excluyese la posibilidad de considerar tales normas como medidas generales, supondría poner en cuestión la propia naturaleza del Concierto Económico (y del Convenio Económico) y, por ende, el reparto de competencias que había hecho la Constitución española de 1978, ocho años antes de la incorporación de España a las Comunidades Europeas.

Por tanto, la interpretación que debe hacerse del Derecho comunitario debe permitir que se produzca un respeto a las estructuras constitucionales de los Estados miembros y a la manera en que organizan su poder tributario, máxime en el supuesto en que tal reparto de competencias era preexistente a la incorporación del Estado miembro a la Unión Europea y se basaba en su tradición histórico-política.

Pero también hay que reconocer que no se encuentra en todo el territorio de la Unión Europea ninguna situación parangonable con la que resulta de la aplicación del Concierto Económico en el País Vasco y del Convenio Económico en la Comunidad Foral de Navarra, por lo que puede resultar difícil de explicar y de comprender la naturaleza y el funcionamiento del sistema.

Si nos situamos dentro de este escenario, con innumerables recursos pendientes ante los tribunales internos, fundamentalmente ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, contra las normas forales emanadas de las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco, y con la espada de Damocles de las conclusiones del Abogado General en la cuestión prejudicial en relación con las Normas Forales de incentivos fiscales de 1993, es de comprender que la situación fuera muy preocupante: el Concierto Económico se veía amenazado por un doble peligro, la inestabilidad jurídica y el exceso de conflictividad derivado de la maraña de recursos judiciales; y el ataque en la línea de flotación del sistema, en la propia autonomía normativa que reconoce el Concierto Económico, que derivaba de la interpretación de las Normas Forales que había realizado el Sr. Saggio.

9.- LA “PAZ FISCAL” DE 18 DE ENERO DE 2000

Por ello, se comenzaron negociaciones entre la Administración del Estado y las de las instituciones de la Comunidad Autónoma del País Vasco para tratar de buscar una solución negociada, de tal manera que las instituciones forales se comprometieran a derogar los incentivos más llamativos de los que se habían introducido en la normativa a cambio de que la Administración del Estado desistiera del recurso contra las Normas Forales de 1993, único medio para que la cuestión prejudicial no diera lugar a una sentencia contraria al sistema de Concierto Económico, y de que se retirasen todos los recursos pendientes en contra de la normativa foral.

Así se dio lugar a la mal llamada “paz fiscal”, que se instrumentaría en la reunión de la Comisión Mixta de Cupo celebrada en Vitoria-Gasteiz el día 18 de enero de 2000, en cuyo acta se documentaban los compromisos asumidos por cada una de las partes.

Hay que tener presente también que la interpretación de la selectividad regional de las Normas Forales que había realizado el Sr. Saggio, podía, si se llevaba a sus últimas consecuencias, poner en cuestión el conjunto de los sistemas tributarios del Estado español, en la medida en que tampoco la ley estatal resultaba aplicable en todo el territorio del Estado, y en consecuencia, adolecería de los mismos vicios que se achacaban a la normativa foral.

De todas formas, esto no es más que una prueba más de lo desacertado del análisis del Sr. Saggio, ya que sus conclusiones abocaban a que el Reino de España, conforme a su articulación constitucional, no tendría ninguna normativa general en materia de Impuesto sobre Sociedades, y todas las normas aprobadas, al no ser aplicables al conjunto de los contribuyentes, podrían ser calificadas como ayudas de Estado y ser contrarias al Derecho comunitario, si bien, en España se daría la paradoja de que no existiría una normativa de general aplicación con la que comparar cada una de las normas vigentes a los efectos de determinar si éstas incorporaban una ventaja susceptible de constituir ayuda de Estado o no.

Como consecuencia de la paz fiscal de enero de 2000, el Estado desistió de sus recursos internos contra las Normas Forales de 1993, con lo que decayó la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sin que llegase a pronunciarse sobre el carácter de posible ayuda de Estado de las Normas Forales tributarias, y sin que se llegase a ver si se consolidaban los criterios del Abogado General o no. Es obvio que el riesgo de jugar ese órdago fue considerado intolerable por todas las autoridades vascas y estatales involucradas en la gestión tributaria en aquellos momentos.

Ahora bien, la paz duró poco, puesto que, por diversas vicisitudes de índole política, tras la formulación de una estrategia

en el País Vasco de reforma y superación del marco estatutario establecido en Gernika en 1979, y después de la victoria del partido gobernante en las elecciones generales de 2000 por mayoría absoluta, se produjo una radicalización de las diferentes posturas y una ruptura abierta e irreconciliable entre las Administraciones central y vascas, que volvió a poner al Concierto Económico y a sus productos normativos en el centro de las tensiones y de la polémica.

Se inauguraba así una época que comenzó con nuevos recursos sistemáticamente interpuestos por parte de la Administración del Estado contra la normativa foral, violando claramente el espíritu y el texto de la paz fiscal de enero de 2000, y que concluiría a finales de la legislatura en las Cortes Generales con la triste polémica sobre la financiación sanitaria y los descuentos unilaterales en el pago del Cupo y de las compensaciones financieras, que ha durado hasta que el 6 de octubre de 2005 la Comisión Mixta del Concierto Económico ha concluido de manera definitiva la polémica con un acuerdo sobre las discrepancias financieras y un compromiso de recuperar la normalidad institucional.

Entre ambas fechas, se vivió el proceso de renovación del Concierto Económico más atípico y controvertido de la historia, en el que las fricciones y los diferentes procesos electorales abocaron el proceso negociador a situaciones casi inverosímiles, y en el que nos encontramos con una de las anomalías más destacables en la historia de esta relación paccionada que es el Concierto Económico, como fue la prórroga unilateral de la vigencia del Concierto Económico de 1981 por parte de las Cortes Generales, a través de una Ley de dudosa constitucionalidad.

10.- EL CONCIERTO ECONÓMICO Y LAS AYUDAS DE ESTADO

Pero entre ambas fechas también, fundamentalmente entre finales de 1999 y finales de 2004, se ha producido el

enjuiciamiento ante las instituciones comunitarias de las más importantes medidas fiscales aprobadas por los Territorios Históricos en los años 90 bajo la óptica de las ayudas de Estado, y a través de esos expedientes y de diversas Decisiones de la Comisión Europea, se han ido clarificando algunos extremos sobre la compatibilidad del Concierto Económico con el Derecho comunitario.

A raíz de las denuncias realizadas ante la Comisión Europea por diversos competidores (y probablemente por alguna Comunidad Autónoma limítrofe), se abrieron dos expedientes particulares a dos empresas concretas, Demesa y Ramondín, en los que se cuestionaba, entre otras cosas, el carácter de ayudas de Estado de dos disposiciones concretas de la normativa foral del Impuesto sobre Sociedades: el crédito fiscal del 45% de las inversiones para grandes proyectos de inversión y las mini-vacaciones fiscales o reducciones de la base imponible durante cuatro años para las empresas de nueva creación (artículo 26 de las Normas Forales del Impuesto sobre Sociedades de 1996).

En estos procedimientos, la Comisión Europea consideró que ambas disposiciones incurrieran en el concepto de ayudas de Estado, pero se cuidó muy mucho de no seguir la senda abierta por el Abogado General Sr. Saggio, y manifestando en todo momento el respeto que las instituciones comunitarias tenían por la autonomía normativa derivada del régimen de Concierto Económico, la declaración de ayudas de Estado incompatibles con el Derecho comunitario se hizo en los dos casos en base a un criterio de selectividad material y no regional, en virtud de los elementos objetivos y requisitos que hacían que esas dos medidas no fueran aplicables a todos los contribuyentes a los que resultaba de aplicación la normativa foral del Impuesto sobre Sociedades, sino solo a los que cumplieran determinados requisitos, por ejemplo, en el caso del crédito fiscal, solamente resultaba aplicable a grandes contribuyentes, porque eran los únicos que podían encarar proyectos de inversión en los que se superasen los 2.500 millones de pesetas de inversiones.

Es más, casi llama la atención el cuidado con el que la Comisión Europea remarca en todo momento que no pone en cuestión el sistema de Concierto Económico y que lo que está discutiendo en cada uno de esos supuestos es un criterio de selectividad material, enfocado siempre dentro del ámbito de aplicación del sistema tributario de cada Territorio Histórico, de lo que puede inferirse, *a sensu contrario*, que las normas que resultasen aplicables a todos los contribuyentes a los que resultara de aplicación el régimen tributario de ese Territorio Histórico tendrían el carácter de normas generales y no incurrirían nunca en la conceptualización de ayudas de Estado (así se deduce claramente del contenido de las Decisiones emitidas en ambos casos y de los términos de comparación que utiliza el Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea en sus sentencias de 6 de marzo de 2002 sobre estos casos particulares, sentencias que han sido confirmadas en noviembre de 2004 por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

A estos dos casos particulares, siguieron tres expedientes generales, que dieron lugar a sendas Decisiones de la Comisión Europea de 11 de julio de 2001 (dos decisiones) y de 20 de diciembre de 2001, en los cuales se declaró que la normativa en sí por la que se establecían esos incentivos constituía una ayuda de Estado incompatible con el Tratado de la Unión Europea y, en consecuencia, todos los beneficiarios de los citados incentivos estaban obligados a su devolución, afectando estas decisiones a los ya mencionadas mini-vacaciones fiscales de 1996 y crédito fiscal del 45% de las inversiones (decisiones de julio de 2001) y a las denominadas vacaciones fiscales de 1993 o exención temporal durante diez años del Impuesto sobre Sociedades para empresas de nueva creación establecidas en las Normas Forales de Medidas urgentes de apoyo a la inversión e impulso de la actividad económica.

En los tres expedientes generales, cuyas decisiones todavía ahora se encuentran pendientes de que el Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea resuelva los recursos que las instituciones vascas presentaron contra las mismas, la Comisión

sigue cuidándose de manifestar su respeto por el régimen de Concierto Económico y no utiliza en ningún momento la doctrina de Saggio, que evidentemente, como hemos visto, tiene implicaciones de enorme calado en el equilibrio entre la supremacía del Derecho comunitario y el principio esencial del propio Derecho comunitario de respeto a la autonomía institucional de los Estados miembros de la Unión Europea.

Como vemos, el peligro europeo se ha ido clarificando, tanto por las constantes manifestaciones de respeto al sistema de Concierto Económico que ha realizado la Comisión Europea, como por las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea (confirmadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea) en las que la comparación de medidas fiscales particulares y medidas fiscales generales a los efectos de la conceptualización de una disposición como ayuda de Estado se realiza dentro del propio sistema tributario del Territorio Histórico de que se trata, lo que, de suyo, invalida la doctrina de Saggio, y aparca aparentemente de manera definitiva el criterio de selectividad regional a la hora de analizar la normativa del Concierto Económico.

Hay que tener presente que el verdadero peligro para el Concierto Económico no se deriva de que alguna medida concreta se declare como ayuda de Estado por tener un carácter selectivo en virtud de criterios materiales, sino de que el criterio que se utilizara para declarar la ayuda fuese el de selectividad regional, puesto que admitir éste, aun cuando ya hemos visto que es de todo punto erróneo y no manifiesta sino un profundo desconocimiento de la caracterización y el funcionamiento del régimen de Concierto Económico, supondría negar la autonomía normativa que el Concierto reconoce.

A medida que se iba clarificando el escenario europeo, aunque no debemos olvidar que todavía no existen sentencias definitivas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los expedientes generales de la Comisión Europea en contra de los incentivos fiscales vascos, el Concierto Económico se veía más

afectado por la confrontación política existente entre las Administraciones central y vasca, que la paz fiscal no había contribuido a reducir, sino que, al contrario, se había recrudecido a los pocos meses de su firma en Vitoria tras las elecciones generales del año 2000.

11.- LA RENOVACIÓN DEL CONCIERTO ECONÓMICO DE 2002

En ese clima enrarecido vivimos, como ya hemos apuntado, un atípico proceso de renovación del Concierto Económico, el que se desarrolló en 2001, forzado por la fecha de caducidad que los negociadores de 1980 habían establecido al primer Concierto Económico aprobado tras la recuperación de la democracia, y que hacía que el mismo concluyera su vigencia de manera taxativa el día 31 de diciembre de 2001.

La convocatoria de elecciones al Parlamento Vasco para mayo de 2001 y el enconado enfrentamiento entre el Gobierno del Estado y las autoridades vascas, se trasladó al proceso de renovación del Concierto Económico, retrasando su comienzo de una manera preocupante, y dando lugar a un bloqueo del acuerdo, que estuvo a punto de alcanzarse en varios momentos a lo largo de los meses de noviembre y de diciembre de 2001, que se convirtió en definitivo a finales de diciembre, y en el que, además de algún pequeño tema técnico en el que no se había llegado a un punto medio, tomaron un protagonismo destacado tres asuntos: uno relativo a la negociación, como era la pretensión de las instituciones vascas de que se les reconociera un lugar en las delegaciones españolas ante las instancias comunitarias cuando se tratasen asuntos fiscales que afectasen a las competencias derivadas del Concierto Económico (y singularmente la participación de representantes vascos en la delegación española en las reuniones del Consejo de Ministros de Economía y Finanzas de la Unión Europea, el popularmente denominado Ecofin); un segundo derivado de la paralela tramitación de las Leyes de Estabilidad Presupuestaria en las que el Gobierno del Estado (como un medio de presión adicional para la renovación del

Concierto Económico) otorgaba un estatus diferente al País Vasco que a Navarra en materia de estabilidad presupuestaria cuando sus regímenes financieros y fiscales son casi idénticos, y a través del que se generaba una patente discriminación para los Territorios Históricos del País Vasco; y otro surgido al calor del desacuerdo, cual fue la prórroga unilateral del Concierto Económico aprobada como Proyecto de Ley por parte del Consejo de Ministros y tramitado en un tiempo récord ante las Cortes Generales, en lo que luego sería la Ley 25/2001, de 27 de diciembre.

Sin perjuicio de que la discusión sobre la participación de las Comunidades Autónomas en las delegaciones españolas ante las instituciones comunitarias tiene un calado más amplio que el que afecta exclusivamente al Concierto Económico, aunque quizás en este punto tiene una importancia destacadísima para las instituciones vascas, que reclaman tener una voz propia dentro de esos órganos comunitarios para defender la propia institución del Concierto Económico y para opinar sobre decisiones comunitarias que mediatizan el ejercicio de las competencias que el Concierto Económico reconoce a las instituciones forales, se convirtió también en un elemento de tensión en la renovación del Concierto Económico.

La Ley de prórroga, de muy dudosa constitucionalidad, al no respetar el carácter paccionado y el peculiar proceso de aprobación de las modificaciones del Concierto Económico, vino a suponer un nuevo signo de demostración de la confrontación, y dio lugar a una aparente ruptura total de las negociaciones, poniendo a la institución del Concierto Económico, por segunda vez en su historia, y por primera vez en un período democrático, al albur de decisiones unilaterales de una de las partes, adoptadas prevaliéndose de la mayoría absoluta de que gozaba en las Cortes Generales el partido gobernante.

Afortunadamente, cuando el camino parecía más oscuro, el 20 de febrero de 2002 las representaciones técnicas de ambas Administraciones lograron un acuerdo, que fue rubricado en la última sesión que celebró la Comisión Mixta de Cupo (rebautizada

en el vigente Concierto como Comisión Mixta de Concierto Económico) el 6 de marzo de 2002 en Madrid, y en el que, restituyendo al País Vasco a un régimen similar al de Navarra en materia de estabilidad presupuestaria, también paccionado, y llegando a una solución de compromiso en relación con las cuestiones técnicas pendientes, se pudo alumbrar un nuevo texto del Concierto Económico, que sería incorporado al ordenamiento jurídico por medio de la Ley 12/2002, de 23 de mayo, y que, dado su carácter indefinido, asentaba de una manera definitiva la institución del Concierto Económico en el escenario de la España del siglo XXI, estableciendo un marco estable para su desenvolvimiento.

Como otros elementos del acuerdo, las instituciones vascas renunciaban a ver satisfecha en esos momentos su pretensión de interlocución directa con las instituciones comunitarias a través de su participación en las delegaciones españolas ante las mismas, aunque se estableció el compromiso de estudiar una solución adecuada a este problema, y se llegaba por otro lado a otro punto de compromiso entre ambas administraciones para obviar los efectos de la denostada Ley de prórroga dando eficacia retroactiva al 1 de enero de 2002 al nuevo texto del Concierto Económico que se había acordado.

Además, hay que decir que a partir de la renovación del Concierto Económico de 2002 la Administración del Estado ha abandonado su práctica de recurrir sistemáticamente las decisiones normativas de los territorios forales, y parece que va admitiendo de una manera más amplia el ejercicio de las competencias que el Concierto Económico reconoce a las mismas y la diferenciación de régimen jurídico-tributario que es consecuencia de las mismas, cuyo ejemplo más importante lo podemos encontrar en la ausencia de recursos por parte del Estado contra disposiciones normativas de los territorios forales en las que se han introducido importantes diferencias cuantitativas y cualitativas con respecto a la regulación vigente en territorio de régimen común, como las que se pueden observar en normas tan importantes como, por poner dos ejemplos, la Norma Foral

7/2002, de 15 de octubre, de Adaptación del Sistema Tributario del Territorio Histórico de Bizkaia a las peculiaridades del Derecho Civil Foral del País Vasco, o la Norma Foral 2/2005, de 10 de marzo, General Tributaria del Territorio Histórico de Bizkaia.

Mientras todos estos procesos se producían, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y el Tribunal Supremo iban resolviendo los recursos interpuestos contra la normativa foral (no retirados como consecuencia de la paz fiscal), estableciendo una doctrina bastante equilibrada, sobre todo, en el caso del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en la que se reconocía la capacidad normativa autónoma de los territorios forales, y en función de la cual no se anulaban más que aquellas disposiciones que se consideraba que suponían un exceso de las normas de armonización contenidas en el propio Concierto Económico.

Así, por ejemplo, se declararon nulas las mini-vacaciones fiscales de 1996, las vacaciones fiscales de 1993 o el crédito fiscal del 45% de las inversiones, e incluso algunos de los incentivos fiscales aprobados por medio de las Normas Forales de incentivos de 1988, si bien, en este último caso, la sentencia del Tribunal Supremo que resolvía los correspondientes recursos de casación comenzó un proceso en el que ha procedido a entremezclar argumentos y conceptos de Derecho interno con otros de Derecho comunitario, no siempre equiparables, llegando a algunas conclusiones más que discutibles.

Pero en el fondo, y salvo casos puntuales, la doctrina judicial que se ha ido estableciendo y la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo establecían las premisas de que la autonomía normativa que reconoce el Concierto Económico a los territorios forales les permite adoptar regulaciones diferentes a las de territorio de régimen común, les deja establecer tipos de gravamen diferentes, una regulación propia de las deducciones y bonificaciones, y no se les puede reducir a la consideración de meros amanuenses fiscales, a la cual les hubieran condenado los planteamientos que se defendían en determinados recursos.

12.- LA PRIMERA SENTENCIA “DISCUTIBLE”: STC 96/2002

Una excepción, aunque sin aplicación directa en el ámbito del Concierto Económico, lo constituye la ya mencionada sentencia del Tribunal Constitucional 96/2002, de 25 de abril, por la que se declaró la inconstitucionalidad de la disposición adicional octava de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la que establecía un derecho de reembolso para los no residentes que a su vez lo fueran de otros Estados miembros de la Unión Europea y que no pudieran aplicar la normativa foral precisamente por su carácter de no residentes, ya que en aquella época la normativa aplicable a los no residentes era una competencia exclusiva del Estado.

Hay que recordar que esta sentencia incorpora dos votos particulares, suscritos por cinco magistrados del Tribunal Constitucional, en los que se insiste en el exceso de jurisdicción que ha cometido el Tribunal al declarar la inconstitucionalidad de esa medida, así como en la adecuación en cualquier caso con el orden constitucional de la misma, por lo que estiman que habría tenido que declararse que esta disposición es conforme a nuestro ordenamiento constitucional.

Además de esos cinco magistrados, otro más también votó en contra de la declaración de inconstitucionalidad de la norma, pero sin embargo no se sumó a ninguno de los votos particulares formulados, lo que pone de relieve que la votación en el Pleno del Tribunal dio lugar a un empate entre seis magistrados a favor de estimar el recurso y declarar la inconstitucionalidad de la disposición enjuiciada y otros seis en contra, decidido en favor de la declaración de inconstitucionalidad de la norma por el voto de calidad del Presidente del Tribunal.

En este sentido, ya es llamativo el hecho de que existiera tal división entre los magistrados del Tribunal Constitucional y que hubiera de acudir al voto de calidad del Presidente, Sr. Jiménez

de Parga, para dirimir el empate. Puede considerarse, sin temor a una profunda equivocación, que esta sentencia es muestra más de un activismo judicial que de resoluciones fundadas en una interpretación adecuada del ordenamiento jurídico.

Además, se trata de una sentencia casi extemporánea, ya que en el momento de dictarse hacía mucho tiempo que había devenido inaplicable la disposición recurrida, puesto que la reforma del Concierto Económico de 1997 había puesto el remedio adecuado a los problemas de respeto a la libertad de establecimiento que había puesto de manifiesto la Comisión Europea en 1993 y que habían dado origen a esta disposición, al establecer idénticas normas de sujeción a la normativa foral para los residentes que para los establecimientos permanentes de entidades no residentes.

La Sentencia del Tribunal Constitucional mencionada repite en varios de sus fundamentos jurídicos la idea de que no está procediendo a enjuiciar el régimen de incentivos fiscales establecido en los Territorios Históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco a través de las Normas Forales de 1988 cuestionadas por la Comisión Europea y que, en cierta medida, ha subsistido en los ordenamientos forales a través de las Normas Forales de 1993, 1995 y las normas generales del nuevo Impuesto sobre Sociedades aprobadas por las Instituciones competentes en 1996, en la medida en que son normas que no han sido directamente impugnadas en el procedimiento constitucional, puesto que además, y no es ocioso recordarlo, las Normas Forales que dictan los Territorios Históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco no son recurribles ante el Tribunal Constitucional en la medida en que no tienen rango formal de Ley, por lo que su impugnación solamente es posible ante la jurisdicción contencioso-administrativa, es decir, ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y, en su caso, ante el Tribunal Supremo, como ya hemos apuntado al principio de este trabajo.

Por tanto, el Tribunal Constitucional no puede entrar en el enjuiciamiento directo o indirecto de las Normas Forales dictadas

por los Territorios Históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco, además de que no fueron las normas directamente impugnadas en aquel procedimiento constitucional, en el que lo que se discutía a instancias de la Comunidad Autónoma de La Rioja era la adecuación a la Constitución de 1978 de la disposición adicional octava de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, por lo que exceder ese ámbito de análisis y entrar en el enjuiciamiento de las consecuencias que tiene el sistema foral de Concierto Económico para las Comunidades Autónomas de territorio de régimen común no era tarea propia del Tribunal Constitucional, por lo menos, en aquel procedimiento.

Hemos de ver, sin embargo, que, como ponen de manifiesto los dos votos particulares emitidos con la sentencia, el Tribunal Constitucional va más allá de sus afirmaciones y entra en el análisis del sistema foral de incentivos fiscales, basando la inconstitucionalidad de la disposición adicional cuestionada más en un reproche al régimen foral que en las posibles tachas de inconstitucionalidad en las que dicha disposición hubiera podido incurrir, cediendo a los argumentos dialécticos de la Comunidad Autónoma recurrente, que también desliza sus críticas contra el régimen foral apartándose de la disposición cuestionada.

En último extremo, el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de la disposición adicional recurrida en la medida en que determina que introduce una discriminación entre los nacionales europeos que pueden gozar de la aplicación de la misma y los residentes en territorio español no sometidos a la normativa foral, que acaba concluyendo que son los únicos que no pueden gozar, directa o indirectamente, de los incentivos fiscales aprobados en el País Vasco, incurriendo en una discriminación proscrita.

En resumen, acaba concluyendo que la inaplicación de los incentivos fiscales a los contribuyentes residentes en España a los que no resulta de aplicación la normativa foral supone una discriminación contraria a la Constitución, aunque hay que tener presente que se está focalizando el problema de constitucionalidad

en los criterios que determinan la sujeción de los contribuyentes residentes a la normativa foral contenidos en el Concierto Económico, y si esos criterios generan discriminaciones, cosa que sinceramente creemos altamente improbable, éstas se contienen en el propio Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco, y en las Normas Forales que lo desarrollan, y por tanto, no pueden achacarse a la disposición adicional controvertida ni ser tenidas en cuenta en aquel procedimiento constitucional, so pena de incurrir en un exceso de jurisdicción, tal y como expone en un principio la sentencia y denuncian los votos particulares formulados por los magistrados discrepantes.

El propio Tribunal Constitucional en su sentencia, daba la solución para acabar con los problemas de Derecho comunitario, una solución muy diferente a la que se adoptó, puesto que el Tribunal consideraba que *el cumplimiento de la exigencia de la Comisión Europea implicaba que la Comunidad Autónoma afectada modificase su normativa en los términos exigidos por la Comunidad Europea, por ser esa Administración territorial la que había introducido en su normativa foral los beneficios fiscales declarados contrarios al mercado común y por ser esa Comunidad la única habilitada para suprimir o modificar tales beneficios.*²

Como vemos, en una pirueta jurídica de indudable alcance, el Tribunal Constitucional subvierte los términos del debate, aprovecha el enjuiciamiento de una disposición que solamente de manera tangencial tiene que ver con el régimen de Concierto Económico, para manifestar una concepción más política que jurídica sobre cómo deben operar los territorios forales en el ejercicio de su autonomía, precisamente, no ejercitándola, con lo que parece que el propio Tribunal Constitucional contradice toda su doctrina anterior en relación con el ejercicio de la autonomía por parte de los poderes infraestatales a los que se atribuye la misma por la Constitución y demás normas integrantes del bloque de constitucionalidad.

² Sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de abril de 2002 (RTC 2002\96).

En este momento no es ocioso manifestar la preocupación generada por el sentido del fallo, casi premonitorio del activismo judicial que encontraremos luego en la controvertida sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2004, y porque los fundamentos jurídicos de la sentencia orientaran la labor del Tribunal Constitucional en los tiempos venideros cuando debiera enfrentarse a los derechos históricos de los territorios forales, y singularmente a la institución del Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco.

En este sentido, entendemos que el erróneo camino que, a nuestro juicio, tomó el Tribunal Constitucional en aquella sentencia, supuso una involución jurisprudencial que dio al traste con la consolidada doctrina constitucional que durante los anteriores veintiún años había emanado del Tribunal Constitucional, yendo más allá incluso de los primeros tiempos en los que el Tribunal tuvo serios problemas para situar en su justo término el contenido normativo y de garantía institucional de los derechos históricos de los territorios forales que tiene la Disposición Adicional Primera de la Constitución, en la medida en que si llevamos a sus últimas consecuencias jurídicas la argumentación contenida en el fallo de la sentencia 96/2002, estaríamos anulando la capacidad normativa de los territorios forales, estaríamos abocándolos al callejón sin salida de, por un lado, amparar y reconocer su capacidad para mantener, establecer y regular, dentro de su territorio, el régimen tributario (artículo 1.1. del vigente Concierto Económico), y por el otro, obligarles a una copia mimética de las normas establecidas en territorio de régimen común, al considerar contraria a la libertad de establecimiento y a la unidad de mercado dentro del territorio del Estado cualquier diferencia de tratamiento jurídico que se establezca.

Sería tanto como herir de muerte al sistema foral y al contenido de la propia Disposición Adicional Primera de la Constitución, y en este sentido, nunca debemos olvidar que en la Constitución no existen preceptos pedagógicos ni simbólicos, todos sus preceptos tienen fuerza normativa vinculante para los

poderes públicos, para los particulares y para la Administración de Justicia, incluyendo por supuesto, al Tribunal Constitucional, que debería explicar en qué queda la Disposición Adicional Primera de la Constitución y demás normas del bloque de constitucionalidad que la desarrollan si se consolidan las ideas esgrimidas en los fundamentos jurídicos de aquella sentencia.

En aquel momento sólo nos quedaba desear que el sentido común y la reflexión jurídica serena sustituyeran en el discurso del Tribunal Constitucional los deseos de imponer *al legislador su propia concepción de los sistemas forales del Concierto Económico o Convenio, del cumplimiento correcto del Derecho Comunitario y, a la postre, de la decisión política que había de haberse adoptado, lo que no cabe hacer en un proceso constitucional sin trastocar gravemente sus límites*³.

Esta sentencia, como hemos visto, supone un hito extraño en el devenir judicial del Concierto Económico y de las normas relacionadas con él, y quizás pueda entenderse dentro de la confrontación política que se vivía en aquellos tiempos, aunque no tenía tampoco demasiada lógica tras el acuerdo para la renovación del Concierto Económico que se había producido en marzo de 2002.

Marcaba, como decía el voto particular del que hemos transcrito una cita destacada, un ejercicio de la función jurisdiccional marcado por la intención de ofrecer una visión personal y particular de lo que debe constituir la articulación territorial del Estado, el sistema de Concierto Económico y el cumplimiento del Derecho comunitario. En aquel momento no éramos, ni podíamos ser conscientes de lo que estaba por venir, pero la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de

³ La cita reproduce las palabras finales del voto particular fechado el día 29 de abril de 2002 que formulan el Magistrado don Tomás S. Vives Antón y la Magistrada doña María Emilia Casas Baamonde (hoy Presidenta del Tribunal) respecto de la sentencia del Tribunal Constitucional 96/2002, de 25 de abril, al que se adhieren el Magistrado don Pablo García Manzano y la Magistrada doña Elisa Pérez Vera, que también hacemos nuestras.

2004, es digna continuadora de esa línea abierta por la sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de abril de 2002, si bien, incluso sus efectos han sido mucho más graves porque ha llevado a la propia institución del Concierto Económico al borde del precipicio, como seguidamente veremos.

En el escenario descrito, después de la conflictividad jurídico-política que había rodeado al Concierto Económico desde el año 2000, y tras la sentencia del Tribunal Constitucional que hemos mencionado, con el frente europeo centrado en un análisis concreto de determinadas disposiciones que podían incurrir en criterios de selectividad material y constituir ayudas de Estado en función de esos criterios, pero nunca viendo cuestionada la propia esencia del régimen de Concierto Económico, que veía un claro acomodo en el Derecho comunitario en las consideraciones que tanto la Comisión Europea como el Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea realizaban en los expedientes sobre los incentivos fiscales vascos que han analizado, y con un cambio de gobierno en Madrid que presagiaba tiempos de menor conflictividad, comienza el año 2005 y se rompe de una manera brusca y totalmente inesperada la tranquilidad relativa en la que se había colocado el régimen de Concierto Económico, volcado como estaba en la renovación de la Norma Foral General Tributaria y en diseñar una nueva regulación de los dos impuestos más importantes sobre los que se dispone de competencia normativa, el Impuesto sobre Sociedades y el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

13.- LA SEGUNDA SENTENCIA “DISCUTIBLE”: STS 09/12/2004

A finales de enero de 2005 se hace público el contenido de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2004, en la que, resolviendo un recurso de casación interpuesto por la Federación de Empresarios de La Rioja contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que había considerado únicamente contrario a Derecho el artículo 26 de las Normas Forales del Impuesto sobre Sociedades de 1996 (como venía

siendo la práctica habitual tanto del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco como del propio Tribunal Supremo) en base a una contradicción del citado precepto con las normas armonizadoras contenidas en el propio Concierto Económico, puesto que el propio Tribunal Superior de Justicia del País Vasco había descartado que existieran cuestiones de Derecho comunitario que resolver en este asunto, en donde el análisis era exclusivamente de Derecho interno.

Esta sentencia, haciendo una interpretación peculiar del Derecho comunitario, obviando totalmente la elevación de una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para poder decidir adecuadamente el fondo del asunto, estima el recurso de casación y entiende que trece preceptos de las Normas Forales del Impuesto sobre Sociedades de 1996 son contrarios al ordenamiento comunitario por constituir *indiciariamente* ayudas de Estado, y consiguientemente, haciendo otra peculiar interpretación de lo dispuesto en el artículo 88.3 del Tratado de la Unión Europea (obligación de comunicar las ayudas de Estado a la Comisión Europea antes de su adopción), los anula.

Podemos decir que en esta sentencia confluyen tres de los más importantes males que han aquejado al Concierto Económico y que ya hemos mencionado en el presente trabajo: la recurribilidad de las Normas Forales tributarias ante la jurisdicción ordinaria y la extensiva apreciación de la legitimación activa, desprovista de toda justificación en cada caso concreto, que resultaba de la jurisprudencia del Tribunal Supremo; una concepción errónea y miope del funcionamiento del sistema de Concierto Económico y de su naturaleza jurídica y principios de aplicación, así como de las normas europeas sobre ayudas de Estado, siguiendo una línea simplista basada en las conclusiones del Abogado General Sr. Saggio de 1 de julio de 1999 sin atender a la evolución posterior de la práctica decisoria de la Comisión Europea y de las decisiones del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en esta materia; y la continuación de la práctica de activismo judicial que tan abiertamente se había

manifestado en la sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de abril de 2002, imponiendo los juzgadores su propia concepción de los sistemas forales del Concierto Económico o Convenio, del cumplimiento correcto del Derecho Comunitario y, a la postre, de la decisión política que había de haberse adoptado, lo que no cabe hacer en un proceso jurisdiccional sin trastocar gravemente sus límites⁴.

La citada sentencia procede a anular trece preceptos de la normativa foral de Impuesto sobre Sociedades, algunos tan importantes como el tipo general de gravamen, las normas sobre amortizaciones o sobre los coeficientes de corrección monetaria para eliminar el efecto de la inflación en las alteraciones patrimoniales o determinadas deducciones como las que incentivan la inversión en activos fijos materiales nuevos o la adquisición de determinados valores de renta variable, al considerar que *se ha omitido la necesaria notificación a la Comisión Europea establecida en el artículo 93 (actual artículo 88) del Tratado para medidas que indiciariamente pueden constituir “Ayudas de Estado”*⁵.

Ateniendo al objeto de los preceptos anulados, podemos darnos cuenta de la trascendencia cualitativa que tiene el fallo jurisprudencial, pero lo que más sorprende es la utilización de un argumento de Derecho comunitario, mal utilizado por lo demás, pero que sirve al Tribunal Supremo para limitar de una manera destacada la capacidad que las Instituciones forales detentan para definir una de las figuras impositivas más importantes del Sistema Tributario de nuestro Territorio Histórico, el Impuesto sobre Sociedades, y con ello, alterar el equilibrio competencial establecido en la Constitución, el Estatuto de Autonomía para el País Vasco y el vigente Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco.

⁴ Como decía el voto particular de la sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de abril de 2002.

⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2004 (RJ 2005\130).

Aunque ya hemos visto que no es la primera vez que un órgano del Estado realiza una interpretación “desorientada” del Derecho comunitario, como hemos tenido ocasión de analizar en la sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de abril de 2002.

Y decimos esto porque el Tribunal Supremo ha estimado que las medidas anuladas presentan indicios de constituir “Ayudas de Estado” a los efectos del Tratado de la Comunidad Europea por el mero hecho de tener una regulación diferente, más beneficiosa para los contribuyentes, que la vigente en territorio de régimen común, realizando además un análisis segmentario precepto a precepto, sin atender, como había sido la norma hasta la fecha, a la globalidad del Impuesto o, incluso, del propio Sistema Tributario.

Pero además, el Tribunal Supremo, ha estimado que esas medidas tributarias, incorporan una “ventaja” constitutiva de una ayuda de Estado, basándose en una comparación de cada medida con la regulación vigente en territorio de régimen común, apelando a un principio de selectividad regional o territorial, nunca utilizado hasta ahora por las Instituciones europeas en ninguna de sus decisiones administrativas o jurisdiccionales relativas a normas integrantes de los Sistemas Tributarios del Estado o de los Territorios Históricos vascos o de Navarra.

El propio Tribunal Supremo expresamente reconoce que utiliza un criterio de selectividad regional para enjuiciar los preceptos discutidos de las Normas Forales del Impuesto sobre Sociedades, por lo que podemos concluir que la *ratio decidendi* o fundamento de la anulación en el presente procedimiento ha sido la de considerar que determinadas medidas fiscales vascas, conceptuadas como ventaja por parte del Tribunal Supremo, con un criterio muy poco claro y no explicitado, se toman como ayudas de Estado en base a su carácter selectivo de base regional o territorial, y dado que se constata que tales medidas no han sido notificadas por parte de las autoridades correspondientes a la Comisión Europea, tal y como dispone el artículo 88 del Tratado de la Comunidad Europea, se entiende que deben anularse como consecuencia de la citada omisión.

El Tribunal Supremo ha elegido una vía para anular unos artículos de las Normas Forales del Impuesto sobre Sociedades que pasa por la aplicación directa de determinados preceptos del Derecho comunitario, pero lo hace omitiendo trámites esenciales establecidos en el propio Derecho de la Unión Europea y además, con una errónea aplicación del mismo al caso concreto, suponiendo una vulneración directa del propio Tratado de la Comunidad Europea, cuyo artículo 234.3 establece expresamente la obligación de elevar cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuando se deba interpretar o aplicar una norma del Tratado (el artículo 88 del mismo) o un concepto comunitario (como el de ayuda de Estado) cuando las resoluciones del órgano jurisdiccional nacional ante el que se encuentre pendiente el asunto no sean susceptibles de ulterior recurso, lo que en el caso del Estado español acontece para los asuntos pendientes ante el Tribunal Supremo y ante el Tribunal Constitucional.

No vamos a continuar profundizando en los errores conceptuales o en los deslices jurídicos que se producen en la mencionada sentencia, que los hay, puesto que ello excedería el ámbito de esta crónica, sino que nos interesa poner de manifiesto en este momento cómo la aplicación del Derecho comunitario se ha convertido en una excusa para proceder a la limitación abusiva de las competencias normativas de los Territorios Históricos en materia de Impuesto sobre Sociedades y reducir considerablemente el ámbito del poder normativo de los territorios forales reconocido en el Concierto Económico.

La conclusión a la que llega el Tribunal Supremo se basa en premisas equivocadas, con lo que, si la premisa no es consistente, obviamente el resultado alcanzado no puede ser correcto. La sentencia del Tribunal Supremo, haciendo suyos los argumentos que utilizara en su momento el Abogado General Sr. Antonio Saggio, entiende que cualquier medida fiscal establecida por los Territorios Históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco que suponga una ventaja en relación con la regulación vigente en territorio común es ayuda de Estado en cuanto que su

carácter selectivo viene determinado porque se aplica solamente en una región del Estado, frente a un pretendido sistema general aplicable en el resto del mismo.

Y además, el Tribunal Supremo eleva estas conclusiones del Abogado General Sr. Saggio a la categoría de doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, lo cual es un primer error de concepto en la medida en que solamente constituye doctrina del Tribunal el contenido de sus sentencias, y no así las conclusiones de los Abogados Generales. Con lo cual, el Tribunal Supremo está considerando doctrina del Tribunal de Justicia algo que no lo es. Hay que tener presente que una vez que en 2000 decayó la cuestión prejudicial en la que había expresado su parecer el Sr. Saggio, seguimos sin tener un pronunciamiento de la Comisión o del propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea que avale sus tesis, y casi podríamos concluir que la práctica decisoria de la Comisión y las resoluciones del Tribunal de los últimos años ponen de manifiesto que la vía Saggio había sido abandonada.

Así se deduce de los pronunciamientos de la Comisión (en los procedimientos iniciados contra determinadas medidas fiscales de los Territorios Históricos – vacaciones fiscales o crédito fiscal del 45% de las inversiones) y del Tribunal de Justicia (en las sentencias de 11 de noviembre de 2004 que resolvían los recursos de casación frente a las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea de 6 de marzo de 2002 en los asuntos Demesa y Ramondín), que al enfatizar que tales pronunciamientos no suponen que se ponga en cuestión el régimen de Concierto Económico y las competencias que el mismo reconoce a los Territorios Históricos vascos en materia de imposición directa, están directamente reconociendo que no procede aplicar un criterio de selectividad regional *per se*, salvo que pudiera derivarse el mismo de las propias condiciones de aplicación de una medida concreta.

Esto es así ya que, si fuera aplicable el condicionante establecido en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de

diciembre de 2004, todo precepto de las Normas Forales del Impuesto sobre Sociedades supondría una ayuda de Estado y se debería concluir que el régimen de Concierto Económico en esta materia, al conceder esa capacidad normativa en materia del Impuesto sobre Sociedades a los territorios forales, sería contrario a las normas del Tratado, cuando precisamente las autoridades comunitarias siempre han mantenido lo contrario en sus pronunciamientos decisorios.

En cualquier caso, y dejando de lado los diferentes problemas técnicos de forma y de fondo que aquejan a este deficiente pronunciamiento jurisdiccional, es claro que su contenido produce un efecto intolerable desde el punto de vista del reparto de competencias tributarias en el Estado español.

La Constitución y el Estatuto de Autonomía para el País Vasco han establecido las reglas fundamentales de reparto de competencias en materia tributaria, lo mismo que el Amejoramiento del Fuero lo ha completado en relación con la Comunidad Foral de Navarra.

Estas disposiciones reconocen y mantienen el sistema tradicional de conciertos económicos entre los cuatro territorios forales y el territorio común para disciplinar las relaciones tributarias y financieras, y su plasmación actual se encuentra en los vigentes Concierto Económico con el País Vasco y Convenio Económico con Navarra.

Y un elemento sustancial e inherente al sistema de conciertos es la atribución de capacidad normativa a los territorios forales para que diseñen la regulación propia de cada una de las figuras impositivas, destacando la autonomía reconocida en materia de imposición directa, y singularmente, en relación con el Impuesto sobre Sociedades.

Y éste precisamente es un valor superior de nuestra convivencia, el Tribunal Supremo no puede alterar unilateralmente el esquema competencial diseñado por las normas que integran el

bloque de constitucionalidad, y precisamente la sentencia de 9 de diciembre de 2004 lo que hace es subvertir esa atribución de potestades normativas derivadas de la propia Constitución, vaciando de contenido la autonomía de las instituciones forales.

Sus efectos, de consolidarse esta línea jurisprudencial, lo que no está claro en el momento presente, son imprevisibles: reduce el Estado español a un territorio en el que no existe una normativa tributaria general, con lo que se pueden producir cientos de supuestos de ayudas de Estado entre las diferentes normativas; altera el marco de competencias que la Constitución y los Estatutos de Autonomía reconocen a los territorios forales; puede implicar una reducción de la autonomía de las Comunidades Autónomas de régimen común en el marco diseñado por la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas; y, sobre todo, ensombrece la seguridad jurídica, produciendo un efecto pernicioso en la confianza empresarial en el ordenamiento jurídico con un resultado perverso para la actividad económica y para la localización de actividades y empresas.

Cuando la Constitución, el Estatuto de Autonomía para el País Vasco y el Concierto Económico diseñan unos criterios de reparto de competencias y atribuyen a cada una de las Instituciones correspondientes los ámbitos que les son propios, están arbitrando las reglas básicas que disciplinan la actuación de todos ellos, y ese diseño es inmune a la actuación de las demás instituciones del Estado, incluidos los órganos de la Administración de Justicia, cuyas resoluciones no pueden suponer la alteración de los marcos competenciales establecidos en el conjunto de normas que integran el denominado bloque de constitucionalidad.

La conclusión a la que se puede llegar una vez analizados todos los elementos concurrentes es que el Tribunal Supremo, guiado por un prejuicio de cómo debe articularse el Estado, ha tratado de encajar su decisión en los distintos argumentos jurídicos facilitados por los recurrentes.

14.- LAS REACCIONES

Ante esta resolución del Tribunal Supremo, las instituciones competentes de los Territorios Históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco han dedicado sus esfuerzos durante el año 2005 a interponer todos los recursos que el ordenamiento jurídico arbitra para corregir la sentencia del Tribunal Supremo, que, como todos sabemos, son muy pocos y se reducen a la impugnación de la sentencia en base a importantes defectos formales o a la vulneración de los derechos constitucionales susceptibles de amparo ante el Tribunal Constitucional, y a realizar las modificaciones oportunas en las Normas Forales reguladoras del Impuesto sobre Sociedades para sustituir los preceptos declarados nulos por la sentencia del Tribunal Supremo.

Por poner el ejemplo de Bizkaia, en este Territorio Histórico se incluyó una disposición adicional décima en la Norma Foral 2/2005, de 10 de marzo, General Tributaria del Territorio Histórico de Bizkaia, que precisaba los términos en los que debía entenderse que la sentencia afectaba a los diferentes períodos impositivos del Impuesto sobre Sociedades en función de que se hubiera producido el devengo del mismo o no para el momento en el que el fallo de la sentencia del Tribunal Supremo fue objeto de publicación en el Boletín Oficial de Bizkaia.

Además, por medio de la Norma Foral 7/2005, de 23 de junio, de Medidas Tributarias en 2005, se da nueva redacción a los preceptos anulados, manteniendo una regulación similar a la anulada, teniendo presente además que la anulación se había producido en base a elementos de forma y no de fondo que pudieran afectar a la sustantividad de la regulación anulada, pero advirtiendo que esta solución tiene una vocación de transitoriedad en la medida en que desde las instituciones forales se ha empezado a trabajar en una reforma integral de la Norma Foral del Impuesto sobre Sociedades que se pretende tenga efectos a partir de 1 de enero de 2006.

La reacción de algunos de los actores que han protagonizado el acoso judicial contra el Concierto Económico de los últimos años no se ha hecho esperar y tanto la Comunidad Autónoma de La Rioja como la de Castilla y León y la propia Federación de Empresarios de La Rioja han interpuesto diferentes recursos e incidentes para tratar de conseguir la anulación de las dos disposiciones mencionadas, pidiendo incluso la suspensión cautelar de la vigencia de las disposiciones aprobadas, cuestión ésta que, por lo menos, en los asuntos en los que se ha resuelto en el momento en que se escriben estas líneas (15 de octubre de 2005), el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco no ha considerado procedente al no probarse los perjuicios que la ejecución de las disposiciones implicarían para las entidades recurrentes.

Expuesto todo lo anterior, y teniendo presente que de inmediato se han multiplicado los ataques jurídicos contra los intentos de las instituciones forales de los Territorios Históricos de tratar de aclarar el panorama normativo creado a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2004, como prueban los ya mencionados recursos presentados por parte de la Comunidad Autónoma de La Rioja o de la Comunidad Autónoma de Castilla y León y de la Federación de Empresarios de La Rioja contra las disposiciones dictadas por las instituciones competentes de los tres Territorios Históricos para reemplazar los preceptos anulados por el Tribunal Supremo, nos queda preguntarnos en base a qué parámetros se dibuja el futuro del Concierto Económico, teniendo presente la situación a la que nos ha llevado la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2004.

Y también debemos preguntarnos qué papel está jugando en todo este proceso la Administración del Estado que, una vez abandonado el activismo contra las Normas Forales que pudimos vivir hasta 2002, no ha hecho pública ninguna valoración respecto a la situación generada por la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2004.

E incluso, queda una tercera cuestión por la que preguntarnos, cual es, el alcance y la eficacia de la “paz fiscal”

suscrita en enero de 2000, que teóricamente debería haber supuesto el fin de la conflictividad judicial en torno al Concierto Económico a cambio de las modificaciones normativas realizadas por los Territorios Históricos como consecuencia de aquellos acuerdos.

Así, en lo que se refiere a la primera de las cuestiones, es evidente que la doctrina que fundamenta la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2004 supone un ataque frontal a la línea de flotación del Concierto Económico, puesto que eleva a doctrina jurídica aplicable la opinión del Abogado General Sr. Saggio en virtud de la cual cualquier disposición que se contenga en una Norma Foral reguladora de alguno de los tributos de los Sistemas Tributarios de los Territorios Históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco puede constituir ayuda de Estado incompatible con el Tratado de la Unión Europea en la medida en que predica su carácter selectivo por la pretendida “regionalidad” en su ámbito de aplicación.

Por ello, y además partiendo de ese pernicioso análisis que se basa en fragmentar la regulación foral en cada una de sus medidas aisladamente, y compararlas también aisladamente con la medida más similar existente en territorio de régimen común, siempre se procedería a declarar la nulidad de las disposiciones que sean más ventajosas en los territorios forales, sin cuestionar aquellas otras que puedan ser más perjudiciales, con lo que se produciría una continua desarticulación del sistema tributario foral.

Además de no quedar claro por qué el término de comparación tiene que ser la normativa vigente en territorio de régimen común, podemos observar que un análisis de este tipo nunca serviría para realizar una adecuada investigación sobre si el sistema tributario diseñado por los territorios forales cumple con los parámetros establecidos en el Concierto Económico y en la normativa europea, puesto que rompe la coherencia unitaria que tiene cada uno de los impuestos y todos ellos en su conjunto.

En último extremo, perpetuar una doctrina como la del Sr. Saggio y la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de

2004 condenaría a los territorios forales a tener que establecer una normativa idéntica a la del territorio de régimen común, como ya había anticipado también la sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de abril de 2002, y con ello estaríamos ante el final de la autonomía normativa reconocida en la Disposición Adicional Primera de la Constitución, en el Estatuto de Autonomía para el País Vasco y en el propio Concierto Económico.

15.- EL FUTURO

Es evidente, por tanto, que la supervivencia del régimen de Concierto Económico y su correcto desenvolvimiento en el marco diseñado por las normas del bloque de constitucionalidad requiere, por un lado, que no se consolide la doctrina del Tribunal Supremo contenida en la sentencia de 9 de diciembre de 2004 (incluso, si es posible, que se revoque tal sentencia a través de los medios de impugnación instados por las instituciones forales) y, por otro, que se pueda establecer un clima de seguridad y estabilidad en el diseño y en la aplicación del sistema tributario de los Territorios Históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco, reduciendo o eliminando definitivamente la conflictividad judicial en torno a las Normas Forales tributarias de los citados Territorios Históricos.

En relación con la primera de las premisas expuestas, además de proseguir los caminos judiciales iniciados por las Diputaciones Forales, las Juntas Generales, el Gobierno Vasco, la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Bilbao o Confebask hasta las últimas consecuencias tratando de anular la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2004, las citadas instituciones forales deben perseverar en la defensa de sus normas y del ejercicio de sus competencias, oponiéndose en Derecho a cuantos recursos se interpongan contra las mismas y defendiendo la conformidad con el ordenamiento jurídico, y también con el Tratado de la Unión Europea, de las disposiciones adoptadas.

Y en este camino, teniendo presente que el Tribunal Supremo ha asumido la doctrina Saggio en su sentencia de 9 de

diciembre de 2004, parece ineludible que la cuestión acabe siendo sometida al Tribunal de Justicia de la Unión Europea a través de la oportuna cuestión prejudicial dentro de alguno de los procedimientos actualmente abiertos, para que quien tiene la competencia exclusiva de la interpretación uniforme del Derecho comunitario determine de una manera definitiva si las normas forales pueden constituir ayudas de Estado en función de un criterio de selectividad regional, o por el contrario, son disposiciones de carácter general, y en algún supuesto, podrían incluir ayudas si hubiera algún criterio de selectividad material que así lo determinase (como estableció la Comisión Europea en relación con las vacaciones fiscales o el crédito fiscal del 45% de las inversiones), de tal manera que el término de comparación sea el conjunto del sistema tributario de cada Territorio Histórico, sin que haya que acudir a ningún tipo de comparación en relación con la normativa vigente en territorio de régimen común.

Parece que hoy en día estamos abocados a llegar al lugar del que tratamos de huir en 1999, si bien, la cuestión prejudicial que hoy en día se elevaría al Tribunal de Justicia de la Unión Europea no sería tan “peligrosa” como la de 1997, en la medida en que la evolución de la práctica decisoria de la Comisión Europea desde entonces y las propias resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea parecen indicar que no podría acogerse una doctrina como la del Abogado General Sr. Saggio.

No obstante, en estos momentos se están discutiendo ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dos supuestos de regímenes fiscales regionales existentes en otros Estados miembros de la Unión Europea, la Región Autónoma de Azores en la República portuguesa y Gibraltar en el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, en los que la Comisión Europea defiende su conceptualización como ayudas de Estado en base a un criterio de selectividad regional, amparándose en cierta medida en la doctrina Saggio, y en la que todos los Estados miembros involucrados, entre ellos España, que actúa en estos procedimientos en contra de la Comisión Europea en lo que se refiere a la conceptualización de los regímenes como ayudas de

Estado por un criterio de selectividad regional, muestran su más radical oposición y defensa de su autonomía institucional.

Todo ello hace que, aunque esos dos regímenes no son equiparables a los de los Territorios Históricos, puesto que en ellos sí puede verse más claro el ámbito regional de aplicación que en el caso del País Vasco, cuyas normas ya hemos dicho que se aplican en todo el territorio del Estado español, en cierta medida la doctrina que emane del Tribunal de Justicia de la Unión Europea podrá arrojar luz sobre cómo conceptuar los regímenes fiscales infraestatales amparados en las disposiciones constitucionales de los Estados miembros.

Desde el punto de vista del Derecho europeo, la cuestión que se discute es la articulación y la coherencia de los principios de cumplimiento y primacía del Derecho comunitario y de autonomía institucional de los Estados miembros y de respeto a su articulación constitucional interna.

Por otro lado, en cuanto a la segunda premisa enunciada, es preciso dar una mayor estabilidad a las Normas Forales de los Territorios Históricos, hay que tratar de conseguir su “blindaje jurídico”, de tal forma que se reconozca su carácter de disposiciones con rango de Ley, y se resida su enjuiciamiento ante el Tribunal Constitucional, limitando con ello las posibilidades de recurso indiscriminado contra las mismas.

Hay que apuntar que este camino ha sido iniciado ya por las Juntas Generales de Bizkaia, que han aprobado por unanimidad ejercitar ante el Parlamento Vasco la iniciativa legislativa para que se proceda a la modificación de las Leyes Orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial de tal forma que las Normas Forales de los Territorios Históricos que regulen los tributos concertados no sean susceptibles de recurso más que ante el Tribunal Constitucional a través de los correspondientes medios impugnatorios establecidos en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

También se pretende crear un nuevo apartado en la mencionada Ley Orgánica instituyendo los conflictos en defensa de la autonomía foral, con una regulación similar a la de los conflictos en defensa de la autonomía local ya incluidos en esa Ley Orgánica, para posibilitar una eficaz defensa de la autonomía foral reconocida en la Disposición Adicional Primera de la Constitución y en las demás normas integrantes del bloque de constitucionalidad.

Esta iniciativa ha sido tomada en consideración por el Parlamento Vasco y se traducirá probablemente en una Proposición de Ley Orgánica que el Parlamento Vasco elevará a las Cortes Generales para procurar la salvaguarda jurídica de las Normas Forales tributarias de los Territorios Históricos.

De todas formas, mientras esa modificación legal no se produzca, también debemos pensar en que dentro de la jurisdicción contencioso-administrativa se puede procurar una mayor estabilidad a las Normas Forales tributarias, en la medida en que el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y el Tribunal Supremo recuperen la senda de prudencia y mesura que caracterizó los primeros tiempos del enjuiciamiento del Concierto Económico.

Así, la legitimación *ad causam* de determinadas instituciones para recurrir Normas Forales no debería presumirse, como ha pasado en los últimos tiempos, sino que sería preciso exigirles que acrediten la afectación a sus intereses legítimos que las disposiciones que pretenden recurrir les producen, puesto que hoy en día existen medios y datos para contrastar empíricamente tales efectos, y de esta forma se reduciría de una manera importante la conflictividad en torno al Concierto Económico.

Y por otro lado, sería deseable que se abandone la senda del decisionismo judicial de la que son exponentes las sentencias del Tribunal Constitucional de 25 de abril de 2002 y del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2004, en las que da la sensación de que existía un prejuicio consolidado en la mente del juzgador,

que construye la sentencia con los argumentos que mejor le parece que pueden sustentar la decisión previamente adoptada.

Hay que darse cuenta de que no estamos diciendo que cualquier sentencia de un tribunal que declare la nulidad de alguna disposición foral incurre en ese vicio que acabamos de mencionar, sino solamente aquéllas que, como las dos que hemos puesto de ejemplo, incurren en evidentes excesos jurisdiccionales o en elusión de trámites esenciales como la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo, y fuerzan una conclusión que limita la autonomía foral de los Territorios Históricos, tratando luego de construir una arquitectura jurídica que respalde esa conclusión.

En último extremo, la firme y constante actuación de las instituciones forales en defensa del Concierto Económico y de las competencias que de él se derivan para los Territorios Históricos es una garantía de que se movilizarán todos los recursos para conseguir dotar al sistema tributario de cada uno de los Territorios Históricos del País Vasco del único elemento que les queda para una total consolidación veinticinco años después de la recuperación del Concierto Económico: la estabilidad jurídica.

Quizás, como decíamos, nos quedan dos cuestiones pendientes, que el futuro nos permitirá clarificar: por un lado, el papel que la Administración del Estado debe jugar en la situación generada tras la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2004; y por otro, si las instituciones vascas han extraído la lección que resulta de acuerdos como la “paz fiscal” de 18 de enero de 2000 que, no solamente no han logrado los objetivos marcados, sino que tampoco han evitado que nos encontremos en una situación mucho más delicada que la que pretendieron solucionar.

El futuro nos dirá lo que opina el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la adecuación del régimen de Concierto Económico a las exigencias derivadas del Tratado de la Unión Europea; también nos aclarará si se perpetúa o no en nuestro ordenamiento interno la doctrina de la sentencia del Tribunal

Supremo de 9 de diciembre de 2004 (ya hay otra sentencia, de 20 de diciembre de 2004, que, pese a enjuiciar las mismas Normas Forales del Impuesto sobre Sociedades de 1996, llega a conclusiones diferentes); despejará la duda sobre si las Normas Forales alcanzan la deseada estabilidad jurídica y dejan de ser el centro de las luchas político-judiciales de determinadas fuerzas políticas, que instrumentalizan las instituciones que gobiernan para sus fines partidistas; y sobre todo, nos colocará en un escenario en el que, una vez despejadas las dudas anteriores, las instituciones forales y los contribuyentes sometidos a la normativa foral puedan adoptar sus decisiones con una tranquilidad mayor.

Por el bien del sistema jurídico-constitucional y del esquema de descentralización política alumbrado como consecuencia de la Constitución de 1978 y del Estatuto de Autonomía para el País Vasco de 1979, por el del propio País y el de sus gentes, deseamos sinceramente que se aclare el escenario en el que se pueden desenvolver las competencias derivadas del Concierto Económico, y por fin, se complete el proceso de transición política iniciado en la década de 1970, asumiendo definitivamente la pluralidad que caracteriza al sistema.

En último extremo, confiemos en que si el régimen de Concierto Económico ha superado todos los problemas, algunos de ellos traumáticos, que ha sufrido en sus más de 127 años de vigencia, también tendrá los recursos suficientes para salir exitoso de la coyuntura actual, y podrá seguir coadyuvando al progreso y al desarrollo del País y de sus ciudadanos.

Iñaki Alonso Arce

BASES PARA LA REFORMA DE LA LEGISLACION COOPERATIVA EUROPEA

1.- INTRODUCCION

El objetivo de este documento radica en proporcionar una referencia sobre las Bases que, en nuestra opinión, sería conveniente que las instituciones públicas de los Estados Miembros de la Unión Europea tuvieran en cuenta a la hora de actualizar su respectiva legislación cooperativa (sin perjuicio de que pueda servir también de referencia a efectos de posibles actualizaciones futuras de la normativa de la Unión Europea).

En nuestra opinión, la modernización de la legislación cooperativa es un factor esencial para el desarrollo y competitividad del sistema cooperativo e, indirectamente, para una mayor eficacia de la gestión de las necesidades económicas y sociales de la población de la Unión Europea.

No puede olvidarse tampoco la necesidad de que, una vez entrado en vigor el Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea, se revisen las legislaciones de los Estados Miembros para, a la vez, potenciar aquellos aspectos específicos de las mismas que respondan a peculiaridades o buenas prácticas propias de cada Estado y, por otro lado, intentar armonizar con el entorno europeo aquellos aspectos que no precisen diferenciación.

Con esta perspectiva, queremos mediante este documento aportar a las organizaciones cooperativas europeas e, indirectamente, a la Sociedad europea en su conjunto, una batería de ideas que serán objeto de revisión y actualización permanentes.

2.- NECESIDAD DE LA LEGISLACION COOPERATIVA

Como ha sido repetidamente puesto de relieve por algunos expertos, es muy posible que, desde un punto de vista de estricta técnica jurídica, no sea imprescindible una regulación legislativa específica de las Sociedades Cooperativas.

En efecto, a través de técnicas de redistribución del derecho de voto de los accionistas, o de “cooperativización” del poder de decisión a través de una estructura intermedia (no necesariamente una estructura cooperativa) en la que la capacidad de decisión se asiente en criterios “cooperativos” (básicamente, el criterio “un miembro-un voto”) es posible que las cooperativas actúen en el mercado a través de Sociedades de Capitales.

En determinados países (Francia, Italia), las cooperativas, disponiendo de regulación legal específica, constituyen de hecho una modalidad de sociedades de otro tipo (habitualmente Sociedades de Capitales) cuya regulación se les aplica de forma supletoria.

Es evidente que numerosos aspectos de la regulación societaria de otro tipo de entidades son aplicables de forma genérica a las Sociedades Cooperativas, como pueden ser los aspectos registrales, el funcionamiento de órganos sociales, la regulación de aspectos contables y de auditoría, las operaciones societarias, etc.

No obstante, existen argumentos de peso que acreditan la importancia y el interés de que las cooperativas dispongan de una legislación cooperativa específica:

a) Por un lado, algunas instituciones cooperativas específicas necesitan una regulación legal propia (grupos cooperativos, régimen laboral de socios trabajadores, secciones, etc.).

b) Aunque una “cooperativización” por vía estatutaria sea posible, con frecuencia deben utilizarse para ello técnicas jurídicas complejas e inseguras.

c) La “cooperativización” a través de instrumentos estatutarios tiene un importante grado de inestabilidad y genera una tendencia inercial hacia la descooperativización de la actividad.

d) El carácter minoritario –aunque creciente- de las cooperativas en la Unión Europea tiene como consecuencia que, cara a los agentes jurídicos, legislativos y económicos, tenga una gran relevancia la existencia o no de una legislación cooperativa específica, que puede ser una referencia directa del reconocimiento social e institucional de este tipo de entidades.

La existencia de una específica regulación societaria cooperativa no debe hacernos olvidar la existencia objetiva –antes indicada- de numerosos aspectos de la regulación societaria comunes a cooperativas y Sociedades de Capitales.

En este sentido, es aconsejable evitar duplicidades innecesarias, aceptando la complementariedad que, para la regulación de las cooperativas, puede tener bien la legislación de las Sociedades de Capitales, bien los códigos de Sociedades, etc.

Habitualmente, serán dos los mecanismos que permitirán hacer un mejor uso de esta complementariedad:

a) La regulación con carácter general de la supletoriedad de otro tipo de normativas (Sociedades de Capitales, códigos de sociedades...) para los aspectos no regulados en la legislación cooperativa.

b) La remisión normativa específica de la legislación cooperativa a otro tipo de legislaciones con el fin de evitar una doble regulación innecesaria de determinadas instituciones jurídicas.

Este tipo de mecanismos son los que pueden permitir un correcto aprovechamiento de la complementariedad de las legislaciones sin renunciar al específico reconocimiento legislativo de la figura cooperativa.

3.- LOS LIMITES DE LA LEGISLACION COOPERATIVA

Si existe una cierta complementariedad legislativa entre la sociedad cooperativa y las Sociedades de Capitales, ello es mucho más evidente entre la sociedad cooperativa y otro tipo de entidades “no capitalistas”.

Esto es especialmente llamativo en el caso de entidades cuya configuración orgánica se basa también –al igual que en las cooperativas- en el criterio básico “un miembro-un voto”.

Por ejemplo, es conocido el caso de las mutualidades, que en determinados ordenamientos se configuran indistintamente como tales mutualidades o como cooperativas de seguros.

Algo similar sucede en el caso de asociaciones con actividades de prestación de servicios, que también se configuran indistintamente como asociaciones o como cooperativas.

La economía legislativa recomienda –y así se está produciendo en numerosos países- que la legislación cooperativa sea lo suficientemente abierta para no excluir de su seno a este tipo de modalidades jurídicas o incluso a las modalidades menos cercanas que con frecuencia se han calificado como “cuasi-cooperativas”.

Ello no supone desconocer la gran tradición legislativa de modalidades jurídicas como las mutualidades, tradición que es necesario reconocer y respetar. Este reconocimiento y respeto debería, eso sí, hacerse compatible con la economía legislativa, a través de los ya indicados mecanismos de supletoriedad y remisión normativa.

De esta forma, la legislación cooperativa podría perfectamente actuar como normativa supletoria de, por ejemplo, mutualidades, asociaciones con objeto empresarial, Sociedades de Capitales cooperativizadas, etc.

4.- CRITERIOS BASICOS PARA UN PROCESO DE ARMONIZACION EUROPEO

Teniendo en cuenta las enormes diferencias existentes, tanto en cuanto a forma como en cuanto al fondo, entre las legislaciones cooperativas de los Estados Miembros, cualquier intento de armonización europea debería abordarse con la máxima prudencia posible.

Ello es aún más claro si tenemos en cuenta la falta de asentamiento doctrinal y jurisprudencial incluso de los aspectos básicos de la configuración legislativa de las cooperativas en los distintos Estados Miembros.

No obstante, es cierto también que uno de los factores que más están dificultando el avance de la legislación cooperativa es la dificultad de comparación de las distintas legislaciones como consecuencia de la distinta terminología utilizada, o de las diferencias esenciales en aspectos formales, de estructura de la ley, etc.

El Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea puede representar una oportunidad en este sentido, al aportar un marco de referencia común a efectos de los posibles avances legislativos futuros.

De ahí que, sin forzar ningún tipo de armonización excesivamente prematura, sería de gran interés que, dentro de lo posible, las legislaciones cooperativas de los Estados Miembros se fueran aproximando, en cuanto a terminología, aspectos formales y estructura legal, a las utilizadas en el Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea.

5.- HACIA UNA MEJOR SISTEMATICA DE LAS CLASES DE COOPERATIVAS Y LAS MODALIDADES DE SOCIOS

En numerosos Estados Miembros, la legislación cooperativa tiene una imagen compleja y casuista, que con frecuencia aleja de la misma a muchas nuevas iniciativas empresariales.

La determinación de qué aspectos de la legislación cooperativa pueden o deben ser objeto de una regulación más sencilla o sistemática precisaría, sin duda, de un análisis detallado de cada ley cooperativa.

No obstante, sí pueden mencionarse algunos ámbitos de mejora suficientemente claros:

1. La conveniencia de evitar una excesiva dispersión de la legislación cooperativa en distintos cuerpos legales.

2. La conveniencia de evitar innecesarias regulaciones legislativas diferenciadas de distintas clases de cooperativas, cuyos elementos estructurales son siempre comunes.

3. La necesidad de una regulación más sistemática de las modalidades de socios de las cooperativas, que en algunos países resulta ciertamente compleja (junto a los socios cooperadores que lo son como clientes o proveedores de la empresa, probablemente sea suficiente, con carácter general, una regulación específica del socio trabajador y del socio financiero).

En estos ámbitos, sería bueno que los Estados Miembros interesados en introducir mejoras de sistemática o de mayor simplificación legislativa adoptaran como referencia la redacción del Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea.

6.- NÚMERO MÍNIMO DE SOCIOS

Las legislaciones cooperativas de los Estados Miembros contienen disposiciones sustancialmente distintas en relación con el número mínimo de socios necesario para constituir o mantener una cooperativa.

Históricamente, ha sido habitual en algunos Estados Miembros que el número mínimo de socios exigido para constituir o mantener una cooperativa sea superior al exigido a las Sociedades de Capitales.

No obstante, la experiencia de las últimas décadas en estos Estados demuestra la importancia que el número mínimo de socios pueden tener para la creación de nuevas cooperativas, especialmente en el ámbito de los servicios.

Dada esta experiencia práctica, y la inexistencia de impedimentos conceptuales que obliguen a que las cooperativas dispongan de un número de socios significativo, parece recomendable reducir al máximo las restricciones legales al respecto.

En atención a estos criterios, es razonable plantearse que el número mínimo de miembros para constituir o mantener una cooperativa se establezca en dos (o, como mucho, en 3) sin perjuicio de posibles disposiciones sectoriales específicas.

7.- DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS SOCIOS

Es habitual que las legislaciones cooperativas de los Estados Miembros incluyan una relación de derechos y obligaciones de los socios ampliable a través de los Estatutos.

Se trata de un mecanismo habitual en entidades de carácter personalista, en las que la participación de los socios en la actividad de la empresa es precisamente lo que constituye a los mismos en titulares de la misma.

Lo específico de estos tipos de sociedades, por supuesto, es el ámbito de los derechos y obligaciones no estrictamente patrimoniales sino de “prestación” de servicios (aportación de trabajo, aprovisionamiento o consumo) y la regulación básica de dicha “prestación”.

Frente a criterios de regulación estatutaria de estos derechos y obligaciones, la regulación legal ofrece un marco de estabilidad, claridad y seguridad jurídica de gran interés para las cooperativas, lo que hace recomendable mantener este esfuerzo legislativo.

Todo ello, por supuesto, sin perjuicio de que las disposiciones estatutarias puedan complementar las que la Ley defina con carácter de mínimos.

8.- EL RÉGIMEN LABORAL DE LOS SOCIOS TRABAJADORES

El régimen laboral de los socios trabajadores de las cooperativas se regula según dos sistemas básicos:

a) en algunos Estados Miembros, el régimen laboral de los socios trabajadores se regula en el ámbito del Derecho de Sociedades y, en concreto, del propio Derecho Cooperativo, a través de disposiciones específicas que dejan un amplio margen a la autorregulación de cada cooperativa.

b) en otros Estados Miembros, los socios trabajadores se hayan sometidos al Derecho Laboral general aplicable a los trabajadores por cuenta ajena.

Es claro que el Derecho Laboral es un derecho destinado a proteger al trabajador asalariado frente a los posibles abusos del empresario titular de la empresa.

Parece lógico, por lo tanto, que en aquellas entidades en las que -como sucede en las cooperativas de trabajo- los trabajadores son, a la vez, los propietarios de la empresa, el régimen laboral de los mismos se regule en base a criterios sustancialmente distintos de los habituales en las Sociedades de Capitales.

Por otro lado, la experiencia de los distintos Estados Miembros parece acreditar la muy positiva valoración que, desde el punto de vista de la implicación de los trabajadores y de la eficacia empresarial, tiene en las cooperativas la regulación autónoma del régimen laboral de los socios trabajadores.

Por todo ello, la legislación cooperativa debe regular el tratamiento específico del régimen laboral de los trabajadores socios de

las cooperativas, cuando la participación de los mismos en la propiedad de las cooperativas alcanza un porcentaje significativo del derecho de voto, estableciendo el carácter societario de dicho régimen laboral, con aplicación supletoria de la normativa interna de la cooperativa y no, salvo revisión voluntaria, del derecho laboral general.

9.- CONFIGURACIÓN ORGÁNICA

La configuración básica de los órganos sociales de las cooperativas presenta importantes similitudes en los diferentes Estados Miembros.

En general, las configuraciones orgánicas establecidas se basan en regulaciones formales equivalentes a las de las Sociedades de Capitales de cada país (junta de socios/órganos de administración) y las técnicas definidas a efectos de mayorías, representación, delegación, etcétera, siguen también de cerca los modelos elaborados para otro tipo de sociedades.

Esta situación hace sencillo y probablemente más útil que en otros ámbitos un acercamiento de las legislaciones de los Estados Miembros entre sí.

Existen, por supuesto, diferencias significativas entre países en relación con el modelo unitario o dualista de configuración del órgano de administración, pero no como consecuencia de una distinta interpretación de las necesidades normativas específicamente cooperativas en cada país, sino como consecuencia de la opción que al respecto se ha adoptado previamente en cada Estado en relación con la regulación de las Sociedades de Capitales.

Esta opción básica está ya prevista en el Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea, que incorpora también las aportaciones básicas que los distintos Estados de la UE fueron haciendo durante los años de tramitación de la misma.

De ahí que, como modelo elaborado en un detenido y continuado proceso de análisis, sea conveniente recomendar que la evolución legislativa de la configuración orgánica de las cooperativas en los Estados Miembros adopte como referencia la establecida en el Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea.

10.- INTEGRACION Y DIVERSIFICACION DE ACTIVIDADES

Es conocido que, como consecuencia de los criterios habituales de configuración del poder social en las cooperativas en función del criterio un socio-voto, la coordinación o integración entre cooperativas -o, si se prefiere, la diferenciación organizativa de actividades empresariales- presenta específicas dificultades en el ámbito cooperativo.

Abordar este reto desde el punto de vista de la legislación cooperativa supone reconocer y facilitar la articulación de los siguientes instrumentos:

- a) los grupos cooperativos.
- b) las filiales cooperativas.
- c) las secciones.

10.1.- Las Secciones

Las secciones cooperativas son probablemente el instrumento que mejor permite acercar las estructuras cooperativas a las finalidades a las que responden las estructuras “holding” de participación accionarial propias de las Sociedades de Capitales.

A través de las secciones, aún manteniendo la personalidad jurídica única, la cooperativa puede diferenciar internamente sus actividades, atribuyendo a cada una de ellas autonomía organizativa y económica similar a la de las filiales de los grupos de Sociedades de Capitales, cuando ello sea necesario.

Las secciones son reguladas de formas diversas en legislaciones cooperativas de distintos países.

Como criterio general, y por las razones apuntadas, es interesante que las legislaciones cooperativas regulen esta figura.

No obstante, en ciertas legislaciones las secciones se regulan de forma tan genérica que apenas tienen una utilidad estética, dando una denominación específica a lo que, a falta de disposición legal concreta, se configura igualmente como un departamento o unidad de negocio.

La regulación legal de las secciones sólo tiene verdadera utilidad cuando incluye disposiciones específicas que hacen posible configuraciones organizativas o económicas que, a falta de tal regulación, no serían legalmente posibles, o cuya viabilidad legal sería al menos dudosa.

En este sentido, la regulación vasca de las secciones constituye un interesante referente, derivado de un esfuerzo de responder a la específica problemática empresarial cooperativa.

Como criterio general, esta regulación de las secciones debe permitir la máxima diferenciación de actividades tanto a nivel organizativo como patrimonial y, en concreto:

-La posibilidad de distribución diferenciada de resultados por secciones.

-La posibilidad de establecer retribuciones de capital diferenciadas por secciones.

-La posibilidad de establecer retribuciones diferenciadas por secciones para las operaciones de las cooperativas con sus socios.

-La posibilidad de establecer juntas de socios y órganos de administración específicos por secciones, sin perjuicio de las responsabilidades globales asumidas por los órganos sociales de la cooperativa.

10.2.- Las cooperativas filiales

Los criterios de distribución del poder social en las cooperativas, basados en el criterio básico “un socio-voto” impiden habitualmente participaciones “de control”.

Con carácter general, este criterio es lógico y necesario para asegurar el carácter cooperativo de la entidad.

No obstante, este criterio impide también la articulación /integración orgánica en el seno de grupos cooperativos o entre cooperativas con voluntad de integración mutua.

Algunos estados o regiones de la Unión Europea han establecido en su legislación la posibilidad de no aplicación del criterio “un miembro-un voto” -si los estatutos así lo establecen- a socios que, a su vez, sean Sociedades Cooperativas, permitiendo incluso participaciones mayoritarias de una cooperativa en el derecho de voto de la otra.

Estos mecanismos están permitiendo una mayor riqueza de conjunto de las relaciones intercooperativas y una expansión de las relaciones societarias cooperativas a entornos hasta ahora abandonados a las Sociedades de Capitales.

10.3.- Redes cooperativas y grupos cooperativos paritarios

Varias legislaciones cooperativas europeas han asumido la necesidad de regular de forma específica, con terminología y formas jurídicas diversas, las redes intercooperativas y los grupos cooperativos.

En concreto, en los últimos años se han realizado esfuerzos de regulación de los grupos cooperativos de carácter paritario, constituidos por varias Sociedades Cooperativas que, mediante contrato, ceden facultades de dirección a una estructura común.

Los objetivos de estas regulaciones son diversos, en algunos casos meramente de imagen o prestigio, en otros casos de carácter fiscal, etc.

De cualquier forma, la experiencia doctrinal y práctica de estos países demuestra la conveniencia de una específica regulación del concepto de redes o grupos cooperativos con el fin de dotar de suficiente seguridad jurídica a determinadas cesiones de facultades a estas entidades comunes.

Los grupos cooperativos paritarios son estructuras en red que se han venido demostrando como de una gran eficacia a la hora de resolver una buena parte de los problemas planteados a las pequeñas cooperativas como consecuencia de su reducida dimensión y, por lo tanto, capacidad de abordar proyectos de determinada dimensión, reducir costes en ámbitos estratégicos, etc.

Este tipo de grupos o redes suponen un excelente ejemplo de compatibilización de las ventajas de pequeñas y grandes empresas, permitiendo poner en común aquellos elementos de la actividad empresarial con respecto a los cuales pueden alcanzarse sinergias significativas derivadas de incrementos dimensionales y, a la vez, mantener las ventajas de flexibilidad e implicación de las pequeñas o medias empresas.

La necesidad de regulación de estas cesiones de facultades afecta fundamentalmente a ámbitos de gran interés para los grupos cooperativos, como son los ámbitos de regulación normativa interna, gobierno corporativo, destino de resultados, tratamiento de capital y trabajo, etc..

11.- LA PROBLEMÁTICA ESPECÍFICA DEL CAPITAL COOPERATIVO

En términos generales, la raíz de las diferencias esenciales del régimen del capital cooperativo con respecto al de las Sociedades de Capitales tiene su origen en la no atribución al pri-

mero de derechos organizativos en la Cooperativa, como requisito esencial del mantenimiento del carácter mutualista de la entidad.

La evolución doctrinal y normativa de las últimas décadas en los Estados Miembros acredita la necesidad de una reforma proactiva y valiente del régimen del capital en cooperativas y grupos cooperativos, destinada a permitir:

Una mayor capacidad de desarrollo de cooperativas y grupos cooperativos, apoyado no sólo en la capacidad de detracción obligatoria de recursos financieros de sus socios, sino también en aportaciones voluntarias de socios y de terceros y el acceso abierto al mercado de capitales, cuando ello es necesario.

Un sistema más abierto de asignación de recursos entre las distintas actividades, permitiendo una mayor capitalización de las más eficientes.

Hacer posible el acceso de cooperativas y grupos cooperativos a actividades que requieran la utilización intensiva de capital.

Mayores posibilidades de acceso a la captación del ahorro popular

En general, una mejor capitalización de cooperativas y grupos cooperativos.

La adecuación de los regímenes legales es imprescindible para hacer posible la evolución de la configuración global de las cooperativas a partir del capital tradicional hacia un capital que no sólo sirva para canalizar las tradicionales aportaciones obligatorias o el destino a capital de resultados reinvertidos, sino también para la captación de aportaciones voluntarias de los socios o de terceros.

La reforma del Régimen del Capital en Cooperativas y Grupos Cooperativos debe basarse en las premisas siguientes:

Las medidas a adoptar no deben llevar a configurar el Capital como un instrumento de carácter organizativo (con derecho de voto), respetando así los elementos esenciales del régimen propio de las Sociedades Cooperativas,

El objetivo básico es disponer de un *instrumento adecuado para la capitalización estable e incentivada* de la Cooperativa.

Esto supone que debe tratarse de un instrumento que permita incentivar las aportaciones tanto de los socios como de terceros, definido con criterios de mercado, a través de aportaciones “voluntarias” de socios o de terceros, lo cual supone que el capital sin voto debería configurarse como capital transmisible entre socios y a terceros, salvo pacto en contrario.

Habitualmente, las nuevas figuras de Capital se han empezado a introducir de forma progresiva y un tanto tímida, mediante instrumentos opcionales complementarios a los tradicionales. Esta estrategia es ciertamente discutible y ha creado numerosos problemas prácticos a las cooperativas que han intentado concretar operaciones de captación de estas modalidades de Capital.

Junto a la definición de figuras complementarias que puedan ir utilizando las cooperativas junto a las figuras tradicionales, debería plantearse seriamente la introducción en el conjunto del Capital Social de elementos que permitan a las tradicionales aportaciones cooperativas configurarse como un Fondo de Capital incentivado, admitido en el mercado y útil para la captación de aportaciones voluntarias de socios y de terceros.

Ello es posible, por ejemplo, mediante disposiciones que establezcan:

La autorización genérica para la transmisión a socios o a terceros del Capital Social, sin perjuicio de la posibilidad de que cada Cooperativa pueda establecer cláusulas restrictivas de la transmisión.

La desvinculación entre aportaciones de capital, derechos organizativos del socio y derecho de baja.

Definición de un régimen de retribución del Capital válido tanto para su aceptación en el mercado financiero como para una correcta gestión de costes en cooperativas y grupos cooperativos.

12.- LA DETERMINACIÓN DE LOS RESULTADOS

Los criterios que la legislación cooperativa establece para la determinación de los resultados anuales de la actividad son esencialmente diferentes en ciertos Estados Miembros de la Unión Europea:

a) con carácter general, los criterios utilizados son -en sentido económico- homologables con los habituales en las Sociedades de Capitales, de forma tal que cualquier retribución a los socios derivada de su participación en la actividad de la Cooperativa se considera gasto contable y, al contrario, cualquier retribución de los fondos propios se considera distribución de resultados.

b) en algunos países, como España y Portugal, al contrario, basándose en criterios más jurídico-societarios que económicos, la retribución de los fondos propios se ha venido considerando un gasto contable y, por el contrario, se considera distribución de resultados la parte de la retribución de las operaciones con los socios que es discrecionalmente aprobada por la Asamblea General ordinaria anual.

c) finalmente, otros Estados Miembros -como Francia- (o la reciente normativa contable española) consideran como distribución de resultados tanto la retribución de fondos propios como la parte de la retribución de las operaciones con los socios que es discrecionalmente aprobada por la Asamblea General al cierre del ejercicio.

Es importante tener en cuenta que la armonización contable derivada de la entrada en vigor de las IAS/IFRS difícilmente va ser compatible con el mantenimiento de criterios tan divergentes para la determinación de los resultados en los distintos Estados Miembros.

Es urgente, por ello, que el movimiento cooperativo se posicione cuanto antes para clarificar los criterios a seguir con antelación suficiente.

Por razones operativas, a efectos de comparación con el entorno, parece lógico asimilar al resultado de otras empresas esa parte de los destinos de los recursos de la empresa que es distribuida al final del ejercicio como consecuencia de los acuerdos de la Asamblea General ordinaria. En consecuencia, se propone asumir el modelo mixto francés-español como criterio base para la armonización europea de la determinación de resultados en las Sociedades Cooperativas.

Esto significa que, en nuestra opinión, la clarificación de los criterios de contabilización del resultado contable de las cooperativas debería basarse básicamente en:

a) a efectos de comparación con el entorno, y siguiendo el criterio de países como Francia o –en cierta forma- España, establecer el carácter de resultado de:

- la retribución de cualquier tipo de fondos propios de la cooperativa.

- la parte de la retribución de las operaciones con los socios que es aprobada al cierre del ejercicio por la Asamblea General ordinaria y exclusivamente con cargo al excedente disponible (retorno).

- los destinos a fondos de reserva y fondos de obras sociales determinados en función del excedente disponible al cierre del ejercicio.

b) junto a este concepto de resultado como instrumento de comparación con el entorno, debería especificarse el concepto de “excedente cooperativo” que, respondiendo a los mecanismos societarios propios de las cooperativas, se compute una vez deducida la retribución de los fondos propios, que tendría un carácter de gasto específico cooperativo.

13.- EL IMPACTO DE LAS RESTRICCIONES ECONÓMICAS ESPECÍFICAS

Como se sabe, en numerosos países europeos las Sociedades Cooperativas se ven sometidas a restricciones operativas y económicas sensiblemente superiores a los de las Sociedades de Capitales.

Estas restricciones son particularmente llamativas en relación con la distribución de resultados y la retribución del capital.

No siempre está claro que estas restricciones se adecúen a las necesidades específicas de las Sociedades Cooperativas.

Todo parece indicar que, en algunos casos, estas restricciones son excesivas y suponen un innecesario obstáculo para la constitución de cooperativas y la generación de resultados en las mismas.

Como criterio general, sería recomendable asumir que las restricciones económicas legalmente establecidas para las Sociedades Cooperativas no deben ser superiores a las establecidas, en términos equivalentes, para las Sociedades de Capitales.

A estos efectos, una referencia de interés para las legislaciones cooperativas de los Estados Miembros puede ser la adopción de la regulación establecida en el Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea.

Con este criterio básico, cualquier carga adicional establecida para las Sociedades Cooperativas debería ser objeto de un específico y detallado análisis justificativo.

En este sentido, y como excepción a la regla general del establecimiento de restricciones no superiores a las de las Sociedades de Capitales, parece que podrían considerarse como restricciones aceptables de la distribución de resultados:

a) el establecimiento de una dotación obligatoria a fondos sociales, de educación, promoción, etc., en la medida en que ello se apoye en la tradición cooperativa específica de cada Estado Miembro, y entendiendo que esta dotación obligatoria no debería en ningún caso superar el 10% de los resultados netos o el 1% del valor añadido anual.

Se trata de un instrumento que, en la tradición legislativa de numerosos países, es esencial para un activo posicionamiento de las cooperativas en el ámbito de responsabilidad y compromiso social, transformación social y cooperativización del entorno.

b) el establecimiento de dotaciones obligatorias complementarias relacionadas con el carácter de exigible que pueda tener el capital de la cooperativa.

Es habitual que las leyes cooperativas establezcan dotaciones obligatorias a fondos de reservas sensiblemente superiores a las de las Sociedades de Capital. Estas dotaciones obligatorias se justifican como un necesario contrapeso del carácter habitualmente variable del capital de las cooperativas.

Es importante, en este sentido, que la finalidad de estas dotaciones obligatorias quede claramente acotada y que, por las mismas razones, se facilite la utilización de instrumentos alternativos de fortalecimiento de los recursos propios.

En este sentido, estas dotaciones obligatorias “superiores” deberían permitir a las cooperativas su canalización a través de fondos de capital no exigible en lugar de a través de fondos de reserva.

14.- COOPERATIVAS SIN DISTRIBUCIÓN DE RESULTADOS

Experiencias de varios Estados Miembros (Francia, España, Italia) han demostrado el interés que distintas modalidades de cooperativas sin distribución de resultados pueden tener para la introducción y expansión del Cooperativismo en el ámbito de los servicios sociales, asistenciales, culturales, etcétera.

Utilizando denominaciones diversas (cooperativas sociales, cooperativas sin ánimo de lucro, cooperativas de utilidad pública, cooperativas de interés social, etcétera) en todas ellas late el interés de compaginar:

la no distribución de resultados propia de las asociaciones, y exigida en determinados ámbitos para acceder a ciertas subvenciones públicas, contratos públicos o régimen fiscal específico y la seriedad organizativa empresarial propia de las cooperativas.

El interés que ello tiene para la expansión del Cooperativismo recomienda que todas las legislaciones cooperativas prevean la posibilidad de la existencia de esta figura de cooperativas sin distribución de resultados.

Complementariamente, es importante que la legislación en vigor en cada Estado asegure que estas cooperativas disponen de un régimen fiscal, de acceso a ayudas públicas, etc. equivalente al de otro tipo de entidades sin distribución de resultados (asociaciones, fundaciones) con las que compitan en condiciones equivalentes.

15.- LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL

En varios estados de la Unión Europea, la inscripción registral de las cooperativas es regulada de manera específica y diferenciada.

Existen razones históricas de peso que han justificado tradicionalmente esta diferenciación. Fundamentalmente, la necesidad de una especialización de la función registral que permita entender y atender las específicas características societarias y jurídicas de las cooperativas.

No obstante, esta especialización no se ha gestionado de forma correcta en algunos países y ha generado un aislamiento de la función registral cooperativa incompatible con la necesaria seguridad jurídica para las cooperativas y con la necesaria transparencia y publicidad de la información disponible sobre las mismas.

En síntesis, en nuestra opinión, una correcta gestión registral de las Sociedades Cooperativas supone:

a) una gestión autónoma de la inscripción registral, sea a través de una oficina registral propia o bien a través de un departamento especializado del registro comercial, de sociedades o de entidades.

b) en el caso de inscribirse en una oficina registral propia:

-que la misma sea suficientemente autónoma con respecto a la administración pública, con niveles de autonomía equivalentes a los de la oficina responsable de la inscripción de las Sociedades de Capitales.

-que su gestión este suficientemente coordinada con la oficina registral de otras formas de empresa, asegurando niveles de transparencia y publicidad con respecto a las Sociedades Cooperativas equivalentes a los de la Sociedades de Capitales.

16.- OPERACIONES SOCIETARIAS

Las operaciones societarias de fusión, escisión, transformación, etcétera, son reguladas de forma sensiblemente distintas según los Estados Miembros.

Como criterio general, deberían evitarse disposiciones que prohíban -o dificulten sensiblemente- a las Sociedades Cooperativas operaciones societarias equivalentes a las permitidas a las Sociedades de Capitales.

Los procesos societarios de integración, separación de actividades, etcétera, en sí mismos más complejos en las cooperativas, no tiene por qué someterse a disposiciones legales específicas particularmente gravosas.

Con carácter general, las disposiciones reguladoras de estas operaciones societarias pueden seguramente ser comunes a cooperativas y Sociedades de Capitales. No obstante, existen algu-

nas disposiciones concretas (como las referentes a la gestión diferenciada de los derechos de voto y aportaciones de capital, o las referentes al tratamiento a dar en este tipo de operaciones a los fondos de obras sociales o a los fondos irrepartibles, etc.) que necesariamente precisan de una regulación específica en el caso de las Sociedades Cooperativas.

17.- ÁMBITO DE ACTIVIDADES

Desgraciadamente, la experiencia demuestra la frecuencia con que disposiciones legales y reglamentarias de distinto tipo imposibilitan a las Sociedades Cooperativas acceder a la realización de determinadas actividades permitidas para otro tipo de sociedades.

Habitualmente, no se trata de exclusiones premeditadas, sino de olvidos involuntarios, por no tener en cuenta la existencia, a efectos de la canalización de actividades empresariales, de modalidades jurídicas distintas de las Sociedades de Capitales.

Es, pues, de gran importancia para el desarrollo del cooperativismo que las leyes cooperativas de los Estados Miembros reconozcan expresamente la posibilidad de que las cooperativas realicen cualquier tipo de actividad empresarial.¹

Esta cobertura legal no protegerá a las cooperativas frente a restricciones posteriormente establecidas por otras disposiciones legales, pero si las protegerá al menos de posibles restricciones de rango meramente reglamentario.

***Zorione Arregi Elkorobarrutia
Adrian Celaya Ulibarri***

¹ Es también importante que la legislación no establezca dificultades para la participación de las cooperativas en otro tipo de entidades.

KONKURTSO LEGE BERRIA: URTEA BETE DENEAN, BALORAZIOAK EGITEKO ABAGUNEA

1.- UZTAILAREN 9KO 22/2003 LEGEAREN AURREKARIAK: ASPALDIKOAK ETA ARESTIKOAK

Historian barrena ibilaldi laburra eginda, zordunaren kaudimengabezia arautzen duten erakunde juridikoen lehenengo aztarna aurkitu nahi badugu, Erromako Zuzenbidera jo behar da: hasieran, betearazpen pertsonaleko prozedura aplikatzen zen (*manus iniectio*), eta horretan, hartzekodunak zorduna hil edo esklabo egiteko eskumena zuen; gerogarrenean, ondarearen gaineko exekuzioa zekarren prozedura aplikatu zen (*pignoris capio*), eta, horren ildotik, hartzekodunak zordunaren ondasunak atzeman zitzakeen, baina zorduna ordainketa egitera behartzeko bakarrik, eta ez, ordea, ondasunok zuzenean besterentzeko; besterentze-ahalmen hori bilakaeraren azken urratsa izan zen Erromako Zuzenbidean: *bonorum distractio* delako erakundearen bidez, hartzekodunek zordunaren ondasunak banaka saldu ahal zituzten, betiere kuradorearen esku-hartzearekin.

Edozein kasutan ere, betearazpen-prozedura horiek guztiak prozedura pribatuak ziren, hartzekodunak banan-banan joan zitezkeelako zordunaren ondarearen kontra, eta zordun orori

aplikatzeko modukoak. Haatik, egungo prozedura kolektiboak, hartzekodunak talde moduan hartzen dituztenak, Erdi Aroan agertu ziren lehenengoz. Merkataritzari dagokionez, Bilboko 1737ko Ordenantzek kaudimengabezia arautzeko ohiko bi erakundeak jaso zituzten, hots, porrota eta ordainketa-etendura; 1829ko Merkataritza Kodeak bost porrot mota arautu zituen (ordainketa-etendura, ezusteko kaudimengabezia, erruzkoa, maulazkoa eta ostentzea); indarreko kodeak, ostera, berriro bereizi ditu ordainketa-etendura eta porrota; eta, azken buruan, Ordainketa Etendurari buruzko 1922ko Lege berezia dugu, uztailearen 26koa, erakunde zehatz hori garatzeko.

Aurrekariak aurrekari, Konkurtso Lege berria onetsi aurretik, arau anitz hartu behar ziren kontuan enpresarioaren kaudimengabeziari aurre egiteko: batetik, arau substantiboak, hots, Merkataritza Kodeak (indarrekoa nahiz aurrekoa) eta Ordainketa Etendurari buruzko Lege berezia, kaudimengabezia behin-behinekoa (ordainketa-etendura) edo behin betikoa (porrota) izatearen arabera; eta, bestetik, prozesu-arauak, Prozedura Zibilaren Legea, hain zuzen. Horrez landara, zorduna enpresarioa izan beharrean, zordun arrunta bazen, ezin aplika zitekeen arauketa hori, zibila baizik. Ildo horretatik, xedapen hauek guztiak izan behar ziren kontuan, kaudimengabezia-egoeretan:

Prozedura zibilak (zordun kaudimengabezia enpresario ez zenean aplikatu beharrekoak)

-Kode Zibila (IV. liburuaren XVII. titulua).

-Prozedura Zibilaren 1881eko Legea (II. liburuaren XII. titulua¹).

Merkataritzako prozedurak (zorduna enpresario zenetan aplikatzen zirenak)

-Merkataritza Kode zaharra eta indarrekoa (porrotaren kasuan, 1829ko Kodearen IV. liburua eta 1885eko Kodearen IV. liburu-

¹ Prozedura Zibilaren Lege berriak, urtarrilaren 7ko 1/2000 Legeak, xedapen indargabetzaile bakarrean zehaztu zuen salbuespen gisa 1881eko Legearen zenbait artikuluri eutsi behar zitzaizela (hala nola II. liburuaren XII eta XIII. tituluak), Konkurtso Legea indarrean jarri arte.

ruko I. tituluaren 2.etik 7.era arteko atalak; eta, ordainketa-etendurari dagokionez, 1885eko Kodearen IV. liburuko I. tituluaren 1. atala).

-1922ko uztailaren 26ko Legea, Ordainketa Etendurari buruzkoa.

-Prozedura Zibilaren 1881eko Legea (II. liburuaren XIII. titulua).

-Hainbat xedapen berezi, kreditu-erakunde eta erakunde aseguratzaileen esparruan, hala nola: uztailaren 29ko 26/1988 Legea, kreditu-erakundeen diziplina eta esku-hartzeari buruzkoa; abuztuaren 22ko 2020/1986 Errege Dekretua, erakunde aseguratzaileetako batzorde likidatzailearen erregelamendua onesten duena; edota azaroaren 8ko 30/1995 Legea, aseguru pribatuen antolaketa eta ikuskatzailetzaren ingurukoa.

Izugarrizko arau-nahastea, bada, arazo bakarra konpontzeko: norbaiten kaudimengabeziari aurre egitea. Horrenbestez, aspaldiko grina zen arauketa zaharkitu eta sakabanatu hori gainditzea, kaudimengabezia oro (enpresarioarena zein enpresario ez den zordunarena) lege-testu bakarrean jasota, eta Konkurtso Lege berriak grina hori ase nahi du, hain zuzen. Zioen azalpenean esaten den moduan, *lege honek Espainiako ondare-zuzenbidean aspalditik nabaritu den asmo bizia erdietsi nahi du: konkurtso-legeriaren eraldaketa*²... Eraldaketa horren bitartez, aurreko legeriaren akatsak gainditu nahi izan dira (besteak beste, arauen arkaismoa eta sakabanaketa, sistema harmonikorik ez izatea, interes zehatz batzuei lehenespena ematea interes orokorraren eta hartzekodunen arteko berdintasun-printzipioaren gainetik) Azken buruan, denbora luzea igaro ondoren izan bada ere, heldu da akatsok konpontzeko lege-irtenbidea.

Guztiarekin, tartean izan dira txalotzeko moduko prestatze-lan eta ahaleginak, eta on izango litzateke horien inguruko aipamen laburra egitea, uztailaren 9ko 22/2003 Legearen azterketa zehatza hasi baino lehen:

1959ko aurreproiektua. Ikaskuntza Politikoen Institutuak egin zuen, baina ez zen modu ofizialean argitaratu. Proiektu horre-

² Itzulpena autorearena da, lege-testu hau oraindik ez baita euskaratu.

tan aurrenekoz proposatu zen gai honen inguruko batasuna, alegia, testu bakarrean arautzea enpresarioen eta enpresario ez direnen konkurtso-erakundea, alde substantiboa eta prozesala batuta; hala ere, bi prozedura bereizi ziren, kaudimengabezia behin-behinekora edo behin betikoa izatearen arabera.

1978ko aurreproiektua. Kodegintzarako Batzorde Nagusiak egin zuen eta 1983an argitaratu zen. Horretan, batasun zabalagoaren alde egin zen, aurrekoaz gain, prozedura ere bakarra izatea proposatu baitzen, baina hori bai, prozedura zeharo malgua eta irtenbide desberdinen artean (hitzarmena, likidazioa edota kudeaketa kontrolatua) aukeratzea ahalbidetzen zuena.

1995eko proposamena. Berriro ere Kodegintzarako Batzorde Nagusiak egin, eta 1996an argitaratua. Lege-testu bakarrean jasotzen dira arau substantiboak eta prozesuaren ingurukoak, ez da bereizten zordunaren izaera (enpresarioa den edo ez), baina bai, ordea, kaudimengabezia-mota, eta horren arabera, bi prozedura proposatzen dira: hartzekodunen konkurtsoa (behin betiko kaudimengabezia gertatzen denerako) eta ordainketa-eten-dura (likideziarik ezaren inguruko arazoak konpontzeko).

Lege honen jatorria den 2001eko aurreproiektua. Prozedura Zibilaren 1/2000 Legeak azken xedapenetatik hementzigarrenean xedatutakoa beteta³, Gobernuak, Kodegintzarako Batzorde Nagusiaren bitartez, 1996an hasi zen testu hau prestatzen, eta ataza hori 2000eko maiatzean amaitu zuen, lan luze eta konplexua burutuz. Eztabaida eta hausnarketa sakonak egin ondoren, Justizia Ministerioak 2001eko irailaren 7an aurkeztu zuen testu hori. Sektore ukituen irizpen eta txostenak batu ostean, proiektua 2002ko uztailan sartu zen Gorte Nagusietan, eta horren izapideak 2003an burutu ziren: zehatzago esanda, legea uztailaren 9an onetsi zen (uztailaren 10eko EAO, 164. zk.), eta xedapen jakin batzuk kenduta, 2004ko irailean jarri da indarrean

³ Xedapen horren ariora, Prozedura Zibilaren Legea indarrean jarri eta hurrengo sei hilabeteetan, Gobernuak Konkurtso Legearen inguruko proiektua aurkeztu behar zien Gorte Nagusiei.

orokorrean. Horrenbestez, izapideak ezari-ezarian gauzatu dira, gaiaren konplexutasuna zela eta. Izapidetza horretan, esanguratsua izan da sindikatuen partaidetza, langileen eskubideak behar bezala babesteko, jatorrizko testuetan ez baitzen halakorik ageri. Edozein kasutan ere, lege berriak dakarren aldaketa gogoan izanda, kontu handiaz eta modu xehean arautu dira xedapen gehigarriak, iragankorrak, indargabetzailea zein azkenak, eta legea, esan bezala, orokorrean ez da indarrean jarri 2004ko iraila arte, aurre-rapausoa emeki-emeki emateko.

2.- KONKURTSO LEGEAK EKARRITAKO ZENBAIT BERRIKUNTZA

Konkurtsu Lege berriak aldaketa historikoa ekarri du gai honetan. Berrikuntza positibo ugari ekar daitezke hizpidera, baina, oro har, legegileak arlo hau modernizatzeko egin duen kontuzko apustua azpimarratu behar da; izan ere, gorago aipatu bezala, behar-beharrezkoa zen aurreko legeria eguneratu eta sinplifikatzea, prozedura arina eta gardena ezarrita, eta hori berori erdietsi du araubide berriak.

Zehatzago esanda, hurrengoak dira 22/2003 Legeak ekarritako berrikuntzarik adierazgarrienak:

Lege-batasuna: testu bakarrera bildu dira konkurtsoaren alde substantiboak eta prozesuaren ingurukoak, lehengo arau-sakabanaketa bazter utzita. Aldaketa horri esker, izugarri erraztu da arauon aplikazioa.

Prozedura-batasuna: prozedura bakarraren bidez konpontzen dira kaudimengabezia-arazo guztiak, zorduna enpresario izan zein ez. Prozedura hori, gainera, aurrekoa baino askoz sinpleagoa da (areago, prozedura laburtua ere aurreikusten da, enpresaren neurria eta pasiboa oso handiak ez direnerako).

Oro har, prozedura bakar horrek hiru fase ditu: *fase amankomuna* edo *erkidea* (konkurtsua adierazteko autoa ematen dene-tik, masa aktiboa eta pasiboa zehaztu arte); *hitzarmen-fasea* (testu

berrian onartzen da lehen ezohikoa zen hitzarmen-proposamen aurreratua aurkeztea fase erkidean, beharrezko adostasuna lortuz gero, arinago amaitzeko; ez bada halakorik aurkezten edo zordunak ez badu likidaziorik eskatzen hasieratik, orduan bakarrik irekiko da hitzarmen-fasea); azkenik, *likidazio-fasea* (hitzarmena onetsi edo betetzen ez denean, eta zordunak eskatzen duenean irekitzen dena; ildo horretatik, likidazioa hasieratik eskatu ahal izatea ere berrikuntza positibotzat jo da, hartzekodunei kalte handiagoa eragitea saihets daitekeelako).

Prozedura, bestalde, zeharo malgua da, eta epaileak kasuan kasuko kaudimengabeziaren inguruabarrei egokituko die horren ibilera, datu jakin batzuk gogoan izanda: zordunaren egoera pertsonala nahiz ondare-egoera, masa pasiboaren nondik norakoa, edota kaudimengabezia horretan erantzukizunen bat izan dezaketen pertsonen egoera. Hortaz, abokatuak izugarriko garrantzia hartzen du prozedura malgu horren barrena, berari dagokiolako epaileari erakustea zein den zinezko egoera kasu bakoitzean, eta zeintzuk hartu beharreko neurriak⁴.

Jurisdikzio berria: merkataritzako epaitegiak. Konkurtsoaren gaineko eskumen eskusiboa merkataritzako epaitegiei esleitu zaie, eta horrek segurtasun juridiko handiagoa ekarriko du. Egin-eginean ere, merkataritzako epaileek konkurtso-gaien inguruko trebakuntza berezia izango dute, eta horrela, ebazpenak arinago lortu ez ezik, kalitate hobekoak izango dira; are gehiago, konkurtso-arauen interpretazioa zentzuz eta modu bateratsuan egingo da. Hori guztia, esan bezala, segurtasun juridikoaren mesederako.

Konkurtso-administrazioaren eraketa: legean kidego organoa eratu da, konkurtsoaz arduratzeko, alegia, masa aktiboa irau-narazi nahiz administratzeko, eta, konkurtsoaren interesak kontuan hartuta, ondarea modu mesedegarrienean likidatzeko. Organo hori hiru kidek osatzen dute: gutxienez bost urtetan jardunean aritu den abokatuak, esperientzia berdina duen kontu-audito-

⁴ In MAIRATA LAVIÑA, J., «La reforma concursal desde el punto de vista del abogado», *Iuris*, 85 (2004), 24. or.

re, ekonomista edo merkataritzako tituludunak eta hartzekodun batek, hain zuzen ere, kreditu arruntaren zein bermerik gabeko pribilegio orokorra duen kredituaren titularrak; euren zeregin zehatza izango da konkurtsopekoaren ondare-ahalmenetan esku-hartzea edo ahalmenok ordeztzea, konkurtsoa borondatezkoa edo nahitaezkoa izatearen arabera, hurrenez hurren. Hain esanguratsua den ataza horretan (konkursopekoaren ondarea kudeatu eta masaren interesak defendatzea), administratzaileok ordezkari on eta leialaren arretaz jardun behar dute.

Helburu-aldaketa: prozedura berriaren xedea ez da konkurtsopekoaren jokabide irregularra zigortzea, ezpada, ahal den neurrian, enpresa iraunaraztea. Horregatik, konkurtsu-adierazpenak ez du geldiarazten enpresaren ibilera: oro har, ondarea administratzeko ahalmenei eusten zaie (zordunak zein administratzaileek egikaritura), bai eta egindako kontratuen baliozkotasunari ere (horren eretzean, elkarrekiko betebeharrak dakartzaten kontratuetan, konkurtsopekoaren kreditua edo zorra masa pasiboan edo aktiboan sartuko da, kasuan-kasuan; klausula suntsiarazleak ez dira kontuan hartuko, edo, bestela esanda, kontratugileetatik baten inguruko konkurtsu-adierazpena emanaz gero kontratua suntsiarazi edo azkendu behar dela agintzen duten klausulak ez direla jarri ulertuko da; eta segidako traktudun kontratuetan ere, epaileak erabaki dezake kontratua bete behar dela, konkurtsopekoak gauzatu beharreko prestazioak masaren kontura utzita). Ildo berari segiz (lehengo prozeduren kutsu zigitzailea bazter uztea), “errudun” kontzeptua azken sekzioan aipatzen da, eta sekzio hori bi kasutan bakarrik irekitzen da: lehenik, onetsitako hitzarmenean hartzekodun guztien edo talde batekoen kredituen herena baino kita handiagoa ezarri denean, edo hiru urtetik gorako itxaronaldia; eta, hurrenik, likidazio-fasea zabaltzen denetan. Halakoetan, konkurtsuoa ezustekoa edo erruduna den kalifikatu behar da. Lehenengo kasuan, jarduna artxibatzeko aginduko du epaileak, eta konkurtsuoa erruduntzat jotzen bada, aldiz, epaian ondokoa zehaztuko da: nortzuk diren kalifikazio horrek ukitutako pertsonak, eta nortzuk sopikun edo gaizkideak, eta zeintzuk diren ondoreak eurentzako (epealdi baterako ezgaikuntza, hartzekodun-eskubideen galera, kaltegaleren ordainketa...).

Bestalde, enpresari eustearen helburua erdiesteko, hitzarmen-fasean enpresa horren bideragarritasun-plana aurkeztu behar da, eta fase horretan zein likidazio-fasean enpresa osotasun moduan eskualdatzea gailentzen da, horren jarduerak aurrera egin dezan.

Hartzekodunen arteko berdintasun-printzipioa: printzipio hori aurreko prozeduretan ere aipatzen zen, baina oraingoan, garrantzia handiagoa eman zaio: arean ere, pribilegioak modu nabarian urritu dira, eta, kreditu pribilegiatu nahiz arruntez gain, “mendeko kredituen” kategoria ezarri da lehenengoz (berandu komunikatu direnak, alderdiek eginiko itunaren ondorioz izaera hori dutenak, edota zordunarekin harreman berezia duten pertsonen kredituak); halakoak ordaintzen dira behin kreditu pribilegiatu eta arruntak asetakoan.

Elkarlan-eginbearra konkurtsopekoarentzat: zorduna merkataritzako epaileen nahiz konkurtso-administratzaileen aurrean agertu behar da, hala eskatzen zaionean, kasuan kasuko informazioa nahiz argibideak emateko. Konkurtso-prozedurak hartzekodunei ekarri ahal dien kaltea kontuan hartuta (kredituak urritu edo galtzea), zordunak, gutxienez, laguntza eskaini behar du, prozedura horren ibilera eta emaitzak onenak izan daitezzen. Ez bada horrela gertatzen, eta zordunak ezezkoa ematen baio elkarlanean aritzeari, ulertuko da horren jokabidea doloakoa nahiz erruduna izan daitekeela, eta konkurtso errudunaren kalifikazioa etor daiteke.

Nazioarteko konkurtsoaren arauketa xehea: lehenengo aldiz zehatz mehatz jaso dira gai honen inguruko nazioarteko zuzenbide pribatuaren arauak, “konkurtso nagusia” eta “lurralde-konkurtsoa” bereiztuz, eta, oinarrizko printzipioa *lex fori* delakoa izanik.

3.- LEGE HORREN NONDIK NORAKOAK, URTE BAT BERANDUAGO

Legea indarrean jarri denetik urte bat baino gehiago igarotakoan, zenbait balorazio egin daitezke, berrikuntza horiek guztiak zinezkoak diren edo ez aztertuz.

Egin-eginean ere, legeak aurrerapausoa ekarri du aurreko egoerari begira, duda-izpirik gabe, baina berrikuntza positibo moduan azaldu diren zenbait atal, egiatan ez dira hain positiboak izan, autore batzuen aburuz. Hona hemen, egin diren aipamenak:

Testu bakarrera bildu da aurreko legeria sakabanatua, baina testu bakar horretan zenbait kontzeptu ez dira ondo zehaztu, eta horrek arazoak ekarriko ditu; ulerbidez, “hur-hurreko kaudimengabezia”ren kontzeptua gehiago matizatu beharko litzateke, egungoa zalantzarria delako eta abusuak etor daitezkeelako bide horretatik. Legeak dioenez, *zordunaren hur-hurreko kaudimengabezia gertatzen da, zordun horrek alde aurretik ikusten duenean betebeharrak ezingo dituela garaiz eta behar bezala bete*⁵. On izango litzateke kontzeptu hori gehiago mugatzea, esaterako, presuntzioen bidez, betebehar jakin batzuk betetzen ez direnean edo inguruabar bereziak gertatzen direnean (ulerbidez, muga-eguneratutako zorrak berriz finantzatzen badira, ziur-aski likidezirik ezaren arazoren bat egongo da tartean; edota negozio berria abian jartzeko inbertsio handia egin duen enpresarioaren hornitzaile nagusiak greba egiten badu luzaroan, lehengai hornitua oso berezia izanik, enpresario horrek ezingo dio eutsi bere ohiko jarduerari, eta kaudimengabezia etor daiteke...).

2) Konkurtso Eraldaketarako 8/2003 Lege Organikoaren azken xedapenetatik bigarrenak agindu bezala, 2004ko irailaren 1ean merkataritzako epaitegiak jarri dira abian, Konkurtso Legearekin batera. Organo horiek sortzearen helburua bikoitza izan da: batetik, konkurtsoaren epailean batzea jakintzagai juridiko desberdinetako autuen gaineko eskumena, eta, bestetik, arlo honetan espezializazio maila on bat lortzea, epai hobeak eta arinago eman daitezen. Horretarako, dena den, zenbait aurrebaldintza izan behar dira gogoan, eta, badirudi, egun ez direla denak betetzen:

Hasteko, funtsezkoa zen arlo honetan diharduten profesional guztiak gaiaren inguruan trebatzea, legeak goitik behera aldatu baitu aurreko sistema. Abokatu, prokuradore nahiz epaileen lehen-

⁵ Itzulpena autorearena da.

dabiziko erronka, beraz, euren buruak behar bezala prestatzea izan da, eta esan daiteke, neurri handi batean, hori bete dela, legea indarrean jarri aurretik hainbat eta hainbat ikastaro zein diplomatura monografiko antolatu direlako, eta, oro har, “D egun”erako profesional horiek ibilbidearen irteeran egon direlako, irtetzeko prest.

Bigarrenik, epaitegi hauen benetako espezializazioa ziurtatzeko modurik errazena izango zen konkurtsoaren gaineko eskumen eskusibo eta baztertuailea esleitzea, eta hori ez da bete-betean lortu: konkurtso-gaiak ez ezik, epaitegiok merkataritzako beste kontu batzuk ere aztertzen dituzte (kontratuen baldintza orokorrak, elkarlehia desleiala, industri-jabetza, nazioko eta nazioarteko garraioa, publizitate-kontratuak...), eta eskumen hain zabalak izateak kalte egin diezaioke aipatu espezializazio horri.

Azkenik, epaitegien zuzkidura jorratzean, badira baliabide pertsonal zein materialen inguruko hainbat kritika: baliabide pertsonalei helduta, epaitegietako langileen antolaketa desberdina da autonomia-erkidegoaren arabera, eta, betiere, eskasa eta behar bezalako prestakuntzarik gabekoa (epailearen prestakuntza punta-puntakoa izan arren, ezer-gutxi lortuko da, horren lan-taldea ez bada behar bezala trebatzen: Bartzelonako 4. epaitegian magistratu den RODRIGUEZ VEGAREN hitz gogorak erabilita, “politikarien kezka bakarra da kasuan kasuko ikastaroa eman dela jakitea, eta, euren kudeaketa justifikatzeko, bereziki aztertu dute zenbat ordu iraun duen ikastaro horrek eta zenbat pertsona joan diren bertara, baina ez dira arduratu ikastaro horren eduki eta emaitzaz”...⁶; baliabide materialen kasuan, ordea, bai epaitegietako instalazioak, bai sistema informatikoak ezin hobeak dira, baina prozeduraren izapideak gauzatzeko sistema horietan ez dira sartu erabili beharreko formulario-tipoak edo ereduak, eta horiek ezari-ezarian sartzen ari dira, erabili ahala.

3) Konkurtso-administrazioaren esparruan, bizpahiru atal ekar daitezke hizpidera. Lehenik, organo horretara sartu nahi duten profesionalak, gutxienez, bost urteko lanbide-esperientzia

⁶ In RODRÍGUEZ VEGA, L., «La situación real de los juzgados mercantiles», *Iuris*, 98 (2005), 50. or.

behar dute, baina abokatuen kasuan, esaterako, onar daiteke gutxieneko epe hori betetzen ez duen abokatuari epai-karreraren epaile edo magistratu moduan emandako urteak ere zenbatzea (batik bat epaile hori jurisdikzio zibilean edo merkataritzakoan aritu denean)? Batzuen ustez, halakoetan ez da errespetatzen legearen hitzez-hitzez kotasuna, eta, ondorenez, erantzuna ezezkoa izan behar da; beste batzuen iritzirako, ostera, baiezko erantzuna da bidezkoena, epaile ohia eta abokatu den pertsona horren jakituria nahiz esperientzia askoz zabalagoak izango direlako. Bigarrenik, Legeak *konkurto-gaietan trebatzeko konpromisoa*⁷ eskatzen die profesional horiei, eta, gorago aipatu bezala, badirudi prozeduran goi-erantzukizuna dutenek bete dutela konpromiso hori; hala ere, legeak ez du zehaztu nola egiazta daitekeen inguruabar hori. Ekonomisten Kontseilu Nagusiak, berbarako, organo tekniko berezia eratu du (Auzitegiko Ekonomisten Erregistroa), profesional horiek epaitegietan gauzatzen dituzten lanen kalitatea hobetzeko, judizio-autuen inguruko prestakuntza berezia emanaz. Ildo horri ekinez, antzeko zerbait ezar daiteke konkurto-administrazioan parte hartzen duten profesionalen prestakuntza bermatzeko, “konpromiso” hori euren esku uzten bada, irregularitateak egon daitezkeelako. Eta hirugarrenik, organo horretako kideek arretaz bete behar dute euren kargua, baina ezartzen zaien erantzukizuna hain da gogorra (merkataritzako sozietateetako administratzaileek dutenaren antzekoa), konkurto-administrazioan sartzeko baldintza subjektiboak betetzen dituztenek ez dutela nahi izango halako zereginetan sartu, badaezpada.

4) Helburu-aldaketa: aurreko atalean aipatu bezala, legearen helburua ez da zorduna zigortzea, krisialdian dagoen enpresari eustea baizik. Horren inguruan ere, gauza pare bat esan daiteke. Enpresa iraunarazteari dagokionez, bideragarritasun-planen arauketa urria eta askieza da, eta sakonago arautzen da, konparaziorako, likidazioa. Bestalde, bazter utzi nahi da aurreko prozeduren kutsu zigortzailea, baina konkurtoa kalifikatzean, dolo edo erru larriaren aldeko presuntzioak ezarri dira kasu batzuetan, eta kontzeptu horiek zigor arlokoak dira bete-betean. Gainera, badirudi

⁷ Itzulpena autorearena da.

presuntzio horien aldeko joera dagoela, frogaren zama alderantzuta baita, eta zenbait autoreren ustetan, hori bidezkoa izan daiteke tributu-arloan, baina ez konkurtsoan⁸.

5) Azkenez, estatistikara jotzeko arinegi izan daitekeen arren, hasierako datuek adierazten dute emaitzak ez datozela bat aurreikuspenekin: lehenengo urte honetan, 678 espediente baino ez dira aurkeztu, eta erdia baino gehiago, gainera, lau autonomia-erkidegoetan. Areak ere, konkurtso-arloko *ranking* honetan Kataluinak dauka lehenengo postua (%ko 21,4), eta jarraian, Madril (13,2), Euskadi (11) eta Valentzia (10,7) ageri dira; atzeko postuetan, aitzitik, Estremadura (0,7), Kantabria (0,9) eta Errioxa (1,1) dauzkagu⁹. Ikusi beharko da zein den joera hemendik aurrera.

4.- LABUR-ZURREAN

Legeak, edozein kasutan ere, harrera oso ona izan du sektore ukitu desberdinetan (enpresa-mundua, epai-boterea, abokatuak...), helburu nagusia erraz erdietsi delako: aurreko legeria sakabanatu eta zaharkitua hobetzea. Atalen bat edo beste berriz aztertu eta aldatu beharko da, ezbairik gabe (kontzeptu batzuen inguruko ñabardurak sartuta, epaitegiak hobeto zuzkituz...), baina gorabeherak gorabehera, eta kritikak kritika, besapean sekulako ogia ekarri digun jaioberria maitasunez eta tentuz zaindu beharko da, behar bezala haztea nahi badugu.

5.- BIBLIOGRAFIA

—ALEJANDRE GARCÍA, J. A., *La quiebra en el Derecho histórico español anterior a la Codificación*, Sevilla, 1970.

—ASKOREN ARTEAN, *Comentarios a la Legislación Concursal*, Dykinson, Madril, 2004, I eta II. liburukiak.

—ASKOREN ARTEAN, «Nueva Ley Concursal, la hora de las valoraciones», *Iuris*, 76 (2003), 17.etik 22.erako orr.

⁸ In CRUZ BÉRTOLO, J. M. DE LA, «Nueva Ley Concursal, la hora de las valoraciones», *Iuris*, 76 (2003), 20. or.

⁹ In www.foronoticias.com

—CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Aspectos de la nueva Ley Concursal: concursos, créditos, administradores, jueces*, Reus, Madril, 2004.

—DAMIÁN MORENO, J., *La nueva Ley Concursal: criterios informadores y principios procesales de la nueva legislación concursal*, Instituto Vasco de Derecho procesal, Donostia, 2004.

—GARCÍA VILLAVARDE, R. (zuz.), *Estudios sobre el anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, Universidad Rey Juan Carlos, Madril, 2002.

—GOMÉZ MARTÍN, F., *Ley Concursal e insolvencias punibles*, Comares, Granada, 2004.

—*Legislación sobre enjuiciamiento civil*, Civitas, Madril, 2001.

—MAIRATA LAVIÑA, J., «La reforma concursal desde el punto de vista del abogado», *Iuris*, 85 (2004), 21.etik 28.erako orr.

—RODRÍGUEZ VEGA, L., «La situación real de los juzgados mercantiles», *Iuris*, 98 (2005), 49 eta 50. orr.

—URÍA, R., *Merkataritzako zuzenbidea*, Deustuko Unibertsitatea, Bilbo, 1995.

—VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Comentarios a la Ley Concursal, Ley 22/2003, de 9 de julio*. Dijusa, Madril, 2003.

Eba Gaminde Egia

PRÁCTICA / PRAKTIKA

SEMINARIO DE DERECHO REGISTRAL DE EUSKADI CASOS DEL CUARTO TRIMESTRE DE 2004

1.- OCTUBRE

1.1- Procedimiento de equidistribución

Se plantea si, conforme al art. 11.8 del Anexo Urbanístico al Reglamento Hipotecario (AURH en adelante), es admisible cancelar, por medio de acuerdo entre los interesados, entre los que se incluyen las entidades de crédito acreedoras, plasmado en la certificación administrativa del expediente de reparcelación, hipotecas anteriores gravitantes sobre fincas iniciales de una reparcelación.

Conforme al tenor literal del precepto citado parece indudable que el mismo abre un cauce para que el registrador, bajo su responsabilidad, pueda admitir esa vía. Ello es conforme con el principio de autonomía de la voluntad, en lo que abunda el hecho de que si cabe deshacer la división de las hipotecas anteriores distribuidas que graven varias fincas que hayan sido sustituidas por una sola finca de resultado, concentrando sobre la misma la responsabilidad anteriormente distribuida, también cabría por medio del acuerdo el caso que ahora se estudia.

Por otro lado, el AURH no mantiene, en cuanto a la exigencia de escritura pública para documentar determinados actos paralelos al expediente de equidistribución, un criterio homogéneo, pues mientras que en el art. 11.8 se dispensa de la escritura pública, en el art. 10.1 exige que el convenio sobre la doble inmatriculación conste en esa forma.

La duda adquiriría relevancia en el supuesto de que se plantease la responsabilidad del registrador por los daños y perjuicios que hubiere podido ocasionar la inscripción de tales actos, ante la que la sólo cobertura del precepto citado deja abierta la duda.

En efecto, se trata de un precepto reglamentario que autoriza a prescindir de la escritura pública para documentar acuerdos unánimes entre los titulares activos y pasivos de los derechos preexistentes sobre las fincas de origen en orden a su *subsistencia, distribución, concreción* en determinadas fincas de resultado o *especificación de su rango*.

Sin embargo, la necesidad de la escritura pública para la cancelación resulta del art. 82 de la Ley Hipotecaria, norma de superior rango que no puede ser derogada por un reglamento. En definitiva, lo que subyace en el modo en que el AURH aborda el problema es que el mismo no distingue entre las materias que pueden ser objeto de autorización administrativa de las que son actos privados ajenos al acto administrativo de equidistribución.

La autorización para que el expediente de equidistribución incorpore acuerdos privados de los particulares significa que cuestiones estrictamente privadas como la capacidad o la legitimación, en este caso de la persona que actúa en nombre de la entidad de crédito acreedora, o bien las relativas al régimen matrimonial, etc., se dejan a la apreciación del órgano administrativo, el cual, sin embargo carece de competencia en el ámbito del Derecho privado. Por lo tanto, esas cuestiones, pueden dar lugar a responsabilidades.

No obstante, el beneficioso tratamiento fiscal del expediente de equidistribución y el interés de los particulares da lugar a que se acuda a la cobertura del documento administrativo para aminorar costes, proceder, que en el presente caso, es amparado por el tenor literal del AURH.

1.2.- Reglamento del Registro de Parejas de Hecho de Euskadi

El Boletín Oficial del País Vasco de 14 de julio del actual, publica el Decreto 124/2004, de 22 junio del Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales, por el que se aprueba el Reglamento de Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma del País Vasco¹. Se realiza un somero repaso del Reglamento.

Aunque se considera que el Registro de Parejas de Hecho es un registro administrativo, en el art. 2.2, se dota a la inscripción de efectos jurídicos ya que el art. 20.1 señala en cuanto a los efectos de la misma que se presumirá la validez, salvo prueba en contrario, de todas las informaciones contenidas en la ficha registro en la forma determinada en los asientos correspondientes. Ello refuerza el papel del registro que cobra ciertos efectos respecto de terceros, en particular respecto del registrador, que deberá tener en cuenta los pactos del régimen patrimonial de la pareja que hayan sido inscritos.

Además, se establece la calificación del encargado en su art. 17 al disponer que el mismo calificará las solicitudes presentadas, la acreditación de los requisitos exigidos por la Ley y la legalidad de los derechos y obligaciones contenidos en los pactos que aporta la pareja solicitante.

En este punto llama la atención el que se encomiende a un funcionario administrativo la calificación de cuestiones civiles. Por otra parte, la capacidad natural, los vicios del consentimiento, la lectura del documento por los otorgantes, etc. quedan fuera de comprobación por parte del funcionario, cuando se trata de documento privado, bastando al efecto con la firma.

¹ LPV 2004\261.

Los pactos sobre el régimen económico patrimonial de la pareja pueden constar en documento privado o en escritura pública conforme al art. 10.3. A la vista de ello parece posible que los convivientes pacten para su régimen patrimonial el de gananciales, ahora bien, en este punto no parece posible aplicar por analogía lo relativo a la titulación pública para las capitulaciones matrimoniales.

Sin embargo, la aplicación del régimen de gananciales, pensado para la protección del cónyuge más débil sin embargo, se aviene mal con una situación de igualdad entre los convivientes que es de la que parece partir la regulación que comentamos.

Sin embargo, respecto a la toma en consideración por el registrador de los pactos del régimen patrimonial acordados de manera privada parece que respecto de inmuebles, por el efecto para los terceros de los asientos, resulta conveniente seguir un criterio semejante al de la inscripción de las sociedades civiles, ya que parece lógico que la publicidad inmobiliaria despliegue sus efectos a partir de un documento público.

Entonces, como la certificación del Registro de Parejas lo es parece que habrá que entender que para acreditar el contenido de tales pactos basta con dicha certificación, sin que el testimonio de los mismos en la escritura venga a añadir nada.

Ante la complejidad de la materia, al no haber la consulta a la DGRN, subsunción, se consideró conveniente elevar una consulta a la Comisión Colegial de Criterios de Calificación, a fin de establecer algunas pautas uniformes que puedan servir de orientación a los registradores de la Comunidad Autónoma Vasca.

1.3.- Prohibición de disponer

El causante lega a su viuda el usufructo universal y vitalicio de su herencia con una cautela sociniana. Además, sin mengua de ello, dispone “A) Prelega a su hijo J., los derechos sobre la participación ganancial que al testador corresponda al hacer la liquidación de su

sociedad conyugal, en la vivienda familiar en la que actualmente habita o en la vivienda que sustituya a la misma y constituya el domicilio familiar al momento del fallecimiento del testador, con respecto del usufructo vitalicio ordenado en la cláusula primera y con la limitación contenida en el párrafo siguiente, imputándose este prelegado por este orden, a los tercios de libre disposición y, en la medida en que no fuera suficiente para cubrirlo, al de mejora, y a la legítima del legatario obligándose a compensar en metálico a los demás interesados en la herencia, en caso de existir exceso.”

“Es contenido inexcusable de este prelegado de cuidar y asistir a sus padres en dicha vivienda familiar, hasta el momento del fallecimiento del último.”

“Dicha adjudicación solamente será eficaz por el tiempo en que J. permanezca en estado civil de soltero.”

“B) Asimismo, es deseo del testador, que solicita de su cónyuge y herederos, para el supuesto de que su hija R. no contrajera matrimonio, o en los caso de presentación de demanda de separación matrimonial, nulidad o divorcio de cualquiera de los hijos del testador, y siempre que lo necesitaran, se adjudique o se conceda a cada uno de ellos un derecho de habitación sobre las dependencias necesarias de la vivienda familiar.”

“Tercera. Manifiesta expresamente que para disponer por medio de venta o cualquier otro título traslativo de la propiedad de la vivienda descrita, se necesitará el consentimiento de todos los hermanos, hasta la edad de ochenta años de J.”

“Cuarta. En el remanente de todos su bienes, derechos y acciones, instituye herederos por quintas e iguales partes a sus hijos...”

En la partición todos los hijos menos J., renuncian pura, simple y gratuitamente, a cuantos derechos pudieran corresponderles en la herencia de su difunto padre, a favor de su madre. El hijo heredero, J., y la viuda se adjudican, el primero, la mitad indivisa en nuda propiedad de la vivienda familiar. El resto

de los bienes se lo adjudica la viuda. A su vez constituyen sobre la vivienda citada un derecho de habitación en los términos dispuestos por el causante en su testamento. Se plantea la interpretación del testamento y de la renuncia.

La renuncia, tal y como está formulada, no parece que afecte a las limitaciones que se imponen al prelegatario J., por lo que cabrá inscribir su adjudicación con las mismas. Ahora bien, dado que el derecho de habitación se constituye también por la madre no presenta tampoco dificultades su inscripción pese a la renuncia de los otros herederos, que como hemos visto, se realiza, sin embargo, a favor de la madre.

1.4.- Asiento de presentación caducado

En unas capitulaciones matrimoniales se disuelve el anterior régimen de gananciales y se liquida, adjudicándose a uno de los cónyuges una finca respecto de la que consta en el Registro de la propiedad un asiento de presentación caducado de una escritura de donación de esa finca por los cónyuges a una hija suya. Se plantea si dicho asiento de presentación es obstáculo para el despacho de la liquidación de los gananciales.

La escritura presentada en el asiento de presentación caducado pudiera dar pie a entender que los donantes ostentan la titularidad registral, pero no el poder de disposición sobre el bien. Sin embargo, caducado el asiento de presentación, el mismo, conforme al art. 436 RH habrá de ser cancelado de oficio, por lo que deja de producir efectos, lo que obliga al registrador a calificar sin considerar el asiento caducado.

Ello no quiere decir, sin embargo, que en el plano civil los cónyuges donatarios dejen de hallarse sujetos a las consecuencias sobre la liquidación practicada que pudieran derivarse del conocimiento del acto de liberalidad que fue objeto del asiento de presentación cancelado, como se desprende del considerando quinto de la STS de 11 de junio de 1982².

² RJ 1982\3412.

2.- NOVIEMBRE

2.1.- Anotación Preventiva de Embargo

Una finca se halla sujeta a un embargo por 14.000 €. La finca embargada se adjudica por 16.000 € que se entregan en su totalidad al acreedor. Se plantea si cabe la cancelación de los asientos posteriores a la anotación preventiva de embargo sin que la misma haya sido objeto de ampliación.

Este caso ya se ha tratado en una sesión anterior. Recordando lo dicho entonces debe tenerse presente que la Ley de Enjuiciamiento civil considera que el embargo asegura al acreedor la integridad de su crédito, por lo que se podrá cobrar con el precio del remate hasta la última peseta del mismo.

Respecto de los acreedores posteriores al embargo ya habrán sido notificados, de modo que el único medio de garantía de su derecho es la tercería. La ampliación del embargo sólo es necesaria de cara a sujetar al tercer poseedor que adquiera los bienes en otra ejecución, todo ello conforme al art. 613 LEC. Por tanto, la cancelación no produce indefensión en los titulares de los asientos posteriores y podrá practicarse con la excepción dicha del tercer poseedor que haya adquirido su derecho en otra ejecución.

2.2.- Cambio de destino

La carestía del precio de la vivienda está atrayendo a ese mercado inmuebles que inicialmente no fueron concebidos para ese uso. Ello plantea la cuestión de los requisitos a los que debe someterse un cambio de destino de un elemento independiente de un propiedad horizontal que pasa de local comercial a vivienda.

Así enunciada la cuestión parece simple, pero considerada en esa sencillez, lo primero que cabe plantearse es si el cambio de destino del elemento independiente tiene entidad autónoma para producir algún asiento en el Registro de la propiedad y, supuesto

que pueda producir alguno, si ese asiento es el de nota marginal o el de inscripción. Tras ello cabe plantearse igualmente si el cambio de destino puede acceder al registro mediante una mera instancia o si por el contrario debe constar en escritura pública.

En efecto puede señalarse que el cambio de destino se halla bajo el círculo de las facultades que para el propietario integran su derecho de dominio y, al tratarse de una cuestión relativa al uso, debe quedar fuera del registro, de modo que si accediera al mismo se trataría de una mención y debería ser cancelada.

Sin embargo, la de cambio de destino es sin duda una declaración de voluntad que afecta a la descripción del inmueble en su conjunto y que tiene una trascendencia indudable, pues, desde otro punto de vista, puede considerarse como una modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal.

Ahora bien, la DGRN permite la constancia del cambio de destino sin el consentimiento de la Junta de propietarios siempre que en los estatutos de la propiedad horizontal no existan limitaciones al uso de los elementos independientes, por considerar que la afectación de los bienes a un destino determinado queda dentro, como ya apuntábamos, de las facultades del dominio.

Por lo demás, no parece que el asiento precedente sea el de la nota marginal si consideramos que las mismas con “*numerus clausus*” y no hay prevista una específica para el presente caso. Por el contrario, se considera que el asiento a practicar para el cambio de destino es el de inscripción.

Como el cambio de destino, por lo general, viene embebido como declaración previa, en una escritura de compraventa, no se suele plantear la cuestión de si debe constar o no en escritura pública, lo que se da por supuesto conforme al art. 3 LH. Ahora bien, considerado como acto autónomo resultado del ejercicio de sus facultades dominicales por el titular

registral y dado que constituye un complemento de la descripción del inmueble, cabe plantearse si el cambio podría ser solicitado por el titular registral en una simple instancia. En ese caso, parece que la aplicación del art. 3 LH no exigiría sino que el que titular registral acompañase a la instancia su título de adquisición del dominio a fin de hacer constar en el mismo por nota la modificación de la descripción del objeto de su derecho.

Finalmente, se plantea si el cambio de destino se halla sujeto o no a licencia. Para la Comunidad Autónoma de Euskadi esa sujeción es indudable a tenor del vigente art. 178.1 de la Ley del suelo y ordenación urbana, texto refundido aprobado por Real decreto 1346/1976, de 9 de abril, y concordantes.

En consecuencia, como quiera que el cambio de destino de local a vivienda implica un mayor número de viviendas que el contenido en la inscripción del régimen de propiedad horizontal en el Registro de la propiedad e implica una modificación de la descripción del inmueble, conforme al art. 53. a) del Anexo Urbanístico al Reglamento Hipotecario en relación con las resoluciones de la DGRN de 15 y 16 de octubre de 2002, deberá aportarse la correspondiente licencia para conseguir la inscripción en el Registro de la propiedad de la indicada modificación.

2.3.- Viviendas de protección oficial

Al hilo del caso anterior se plantea un problema relacionado con el mismo. Se trata del caso en el que un local de negocio de una propiedad horizontal se vende como vivienda. Ahora se plantea no ya la cuestión del cambio de destino sino si es preciso el visado administrativo del contrato conforme a la legislación de viviendas de protección oficial.

Se señala por una parte de los presentes, que el local por el mero hecho de hallarse en un edificio sujeto al régimen de protección oficial también se halla sujeto a ese régimen. En el mismo sentido se afirma que todas las viviendas de un mismo edificio deben de ser de protección oficial, ya que en una misma

construcción no puede haber viviendas libres y de protección oficial. Ahora bien, respecto de esto último, debe tenerse presente que la posibilidad de descalificar alguna vivienda abre la posibilidad a la convivencia en el mismo edificio de viviendas sujetas a regímenes diversos.

Por otra parte, conforme al art. 2 del Reglamento de 24 de julio de 1968 y del Texto Refundido de 12 de noviembre de 1976, la protección de la Ley alcanzará a los locales de negocio, edificaciones y servicios complementarios, terrenos y obras de urbanización, por su parte, el art. 27 de la citada ley señala que la venta y alquiler de los locales sujetos al régimen de protección oficial será libre. A su vez el Real Decreto de 10 de noviembre de 1978 sujeta a los locales de negocio al régimen de protección oficial siempre que reúnan determinadas condiciones.

Así, en su art. 2 se establece que “la protección oficial, en las condiciones que para cada caso se establecen a continuación, se extenderá también: A) A los locales de negocio situados en los inmuebles destinados a vivienda, siempre que su superficie útil no exceda del 30 por 100 de la superficie útil total. Estos locales de negocio habrán de situarse en plantas completas y distintas de las que se destinen a viviendas.”

Por tanto, para determinar si el local de negocio se halla sujeto o no al régimen de protección oficial habrá de atenderse a la calificación definitiva del edificio. Por otro lado, si bien parece posible que en el mismo edificio existan viviendas libres y protegidas, no se puede decir lo mismo respecto de los locales, los cuales habrán de situarse en plantas completas.

Por otra parte se señala que alterar la calificación de los locales de negocio a vivienda libre podría implicar un fraude a la Administración, que se vería perjudicada por las ayudas percibidas por promotor y propietarios. Por ello, si de la calificación definitiva resulta que el local se halla sujeto al régimen de protección será precisa la correspondiente descalificación con la consecuente devolución de las ayudas, para que el local pueda ser

considerado como vivienda libre. Ahora bien, dada la exigencia de que los locales se sitúen en plantas completas para difícil que pueda obtenerse dicha descalificación.

2.4.- Duración de las Anotaciones Preventivas

La resolución de la DGRN de 27 de febrero de 2004 señala que aplicando la doctrina de la resolución de 29 de mayo de 1998 podría realizarse la cancelación de una anotación preventiva prorrogada si se acreditara la finalización del procedimiento en el que se tomó la anotación, siempre que hubiera transcurrido un plazo prudencial, añadiendo que “en todo caso, lo que es indudable es que no cabe la cancelación de una anotación prorrogada antes de enero de 2000 cuando aún no han transcurrido cuatro años desde la vigencia de la norma que expresamente recogió la posibilidad de tales prórrogas ulteriores.”

Esa última afirmación plantea la cuestión de si las anotaciones prorrogadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento civil son susceptibles de cancelación una vez que hayan transcurrido cuatro años desde la entrada en vigor de la misma.

Conforme a la propia doctrina de la DGRN, la LEC no tiene carácter retroactivo, por lo que las anotaciones preventivas prorrogadas con anterioridad a la misma, conforme al art. 199.2 RH no se cancelarán hasta que haya recaído resolución definitiva firme en el procedimiento en el que la anotación preventiva y su prórroga hubieren sido decretadas.

Ahora bien, la expresión contenida en la resolución que comentamos tal vez aluda a la posibilidad de que, tras la entrada en vigor de la LEC y transcurridos los cuatro años de su vigencia, quepa decretar la cancelación de las anotaciones preventivas prorrogadas con anterioridad a la entrada en vigor de la misma.

Ahora bien, admitida tal posibilidad, no se ve razón para no considerar aceptable tras la entrada en vigor de la LEC, que

aquellas anotaciones preventivas prorrogadas con anterioridad al vigor de dicha ley, puedan ser canceladas, si la autoridad que las ordenó así lo decreta, una vez que hayan transcurrido los cuatro años de la prórroga, al margen de que hayan pasado o no los cuatro años de vigencia de la LEC.

2.5.- Hipoteca en garantía de letras de cambio

En una hipoteca en garantía de letras de cambio, formalizada en escritura, se plantea si cabe exigir la presentación de las cambiales para reflejar en ellas la fecha y el Notario autorizante de la escritura, y el número, folio, libro y fecha de su inscripción en el Registro de la propiedad, conforme al último párrafo del art. 154 LH.

Esta cuestión ya fue abordada por la resolución de 18 de diciembre de 1996, que vino a considerar, para rechazar la presentación de las letras de cambio junto con la escritura de constitución de hipoteca en su garantía, en primer lugar, que la conexión de la obligación cambiaria con el registro se alcanza mediante la reseña en la escritura de hipoteca de los datos de identificación de las cambiales y la expresión en las mismas de los datos de la escritura de hipoteca. Segundo, que los terceros pueden conocer la garantía hipotecaria de las letras no sólo mediante la exhibición de la escritura de constitución de hipoteca con las referidas circunstancias, sino también por medio de la publicidad formal de la hipoteca.

Por otra parte, la interpretación flexible del principio de determinación que la postura anterior implica, se funda en la propia ley de circulación de las cambiales, las cuales entran en el tráfico, por lo general, antes de que la escritura de constitución de hipoteca en garantía de las mismas haya llegado al Registro de la propiedad. Además, pese al carácter formalista de la regulación de la letra en la Ley Cambiaria y del Cheque, que tasa las menciones que ha de contener la letra, en dicha ley no se contiene una previsión en el sentido de exigir la constancia en los títulos de aquellas circunstancias que exigirían su

presentación en el registro acompañando a la escritura de hipoteca.

En resumen, basta con el Notario identifique las letras garantizadas en la escritura y haga constar en las mismas que se hallan garantizadas con hipoteca, ahora bien, en el caso de que junto con la escritura de hipoteca se presenten en el Registro de la propiedad las cambiales garantizadas, no hay obstáculo, para conforme, al art. 154 LH, hacer constar en las mismas las circunstancias identificativas de la garantía.

2.6.- Ratificación de Convenio Regulador

Al adoptar las medidas provisionales de separación se aprueba un convenio regulador en el que se atribuye el uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular y a los hijos. Presentada dicha aprobación judicial en el Registro de la propiedad se procedió en su día a reflejar la atribución del uso a favor de uno de los cónyuges y de los hijos. Ahora se presenta sentencia de divorcio en la que con carácter definitivo se aprueba el mismo convenio inscrito. Se plantea si cabe practicar algún asiento del mismo.

Aunque en un principio parezca redundante la toma de razón del divorcio en el que se autoriza con carácter definitivo el convenio regulador, no debe pasarse por alto, que, conforme al art. 2.4º LH, en el Registro de la propiedad no sólo se inscriben derechos reales sino también las resoluciones que afectan a la capacidad de las personas, como ocurre con el divorcio.

Al plasmar esa nueva situación en el Registro se confirma lo que hasta entonces pudiera considerarse como una situación incierta, de modo que las determinaciones temporales de la misma, con esa constancia, ganarán estabilidad y certeza. Por otro lado, conforme al art. 755 LEC, las sentencias y demás resoluciones dictadas en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, a petición de parte, se comunicarán a cualquier otro Registro distinto del Registro civil, a los efectos que en cada caso procedan.

Por tanto, presentado en el Registro de la propiedad el documento en el que consta la aprobación judicial definitiva del convenio regulador tras el divorcio, podrá hacerse constar esa circunstancia a continuación de la nota marginal en la que en su día se recogió la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular y a los hijos.

3.- DICIEMBRE

3.1. Segregación de varios pertenecidos

En el folio de un caserío hay varios pertenecidos. Se segregan dos de ellos no colindantes entre sí y se forma con los mismos una sola finca cuya inscripción se solicita como independiente bajo un solo número. Se plantea si es ello admisible.

La inscripción de varias fincas colindantes bajo un solo número se halla justificada en el caso del caserío por que las mismas vienen a formar una unidad económica como explotación agrícola familiar, cuya constante indivisión y transmisión íntegra la aproximan a un patrimonio indivisible tal como señala la resolución de la DGRN de 31 de marzo de 2003.

A falta de legislación sobre el caserío, según la costumbre, en la actualidad se reparte el caserío y sus pertenecidos entre varios herederos, de modo que caserío y pertenecidos pueden inscribirse en folio independiente. Para la inscripción separada, cuando los pertenecidos no son colindantes entre sí, no se exige licencia, ya que no hay segregación material, sino formal.

Ahora bien, una vez segregados dos pertenecidos no colindantes, lo que procede es inscribir cada uno de ellos como finca independiente, conforme al art. 47 RH, ya que no se dan ninguna de las circunstancias que, conforme al art. 44 RH justificarían su inscripción bajo un solo número. Por ello, procede suspender la inscripción como una sólo finca de dichos dos pertenecidos.

3.2.- Hipoteca en garantía de contraval

Un Banco concede un préstamo a una empresa que, a su vez, es avalada por una Sociedad de Garantía Recíproca. Ésta, en garantía de su contraval obtiene de la empresa una hipoteca. Ahora la Sociedad de Garantía comparece y afirma que por hallarse reintegrada del principal, intereses y costas del préstamo, da carta de pago y consiente la cancelación de la hipoteca en garantía de los contra-avales. Cómo no es posible que la Sociedad de Garantía haya sido reintegrada del principal del préstamo, ya que no es prestamista, sino garante, se devuelve la escritura con exigencia de que conste correctamente la causa de la cancelación.

La cancelación es un negocio causal por lo que debe existir una causa de la cancelación y debe, también, expresarse la misma en la escritura de cancelación para proceder a la misma, lo que además se exige y es conforme con el principio de especialidad, que reclama claridad en los pronunciamientos registrales. Por otra parte, la causa o razón de la cancelación es una de las circunstancias que deben constar en el asiento de cancelación conforme al art. 193.2 RH.

Sin embargo, no es posible que la garante haya sido reintegrada del importe del préstamo, ya que no es prestamista. Por ello deberá expresarse correctamente la causa de la cancelación, ligada a la extinción del aval y que presumiblemente se referirá al hecho de haber pagado la Sociedad de garantía al Banco y haber sido reintegrada por la avalada de las cantidades satisfechas.

3.3.- Reparcelación de terrenos colindantes con el dominio público marítimo-terrestre

Entre las parcelas aportadas a un proyecto de equidistribución se encuentran un conjunto de ellas que son colindantes con el dominio público marítimo-terrestre. En el procedimiento de equidistribución ha informado la Dirección General de Costas, la cual no ve dificultad ni considera que resulte

afectado el dominio público. Se plantea si pese a la existencia de ese informe es preciso el trámite de los arts. 31 y 35 del Reglamento de Costas para la inscripción de proyecto.

En rigor, tales preceptos exigen que la certificación por la que resulte que los terrenos objeto de inscripción no invaden el dominio público marítimo-terrestre la expida el Servicio Periférico de Costas, conforme al art. 31.3 del Reglamento de Costas, sin embargo, por economía administrativa parece que habiendo informado el Órgano Directivo de Costas sobre las mismas materias sobre las que versaría la certificación del Servicio Periférico, debe entenderse cubierto el trámite reglamentario.

3.4.- Cuenta de la Liquidación Provisional

Un Ayuntamiento ha procedido a realizar la ordenación urbanística de un sector del municipio con la colaboración de los propietarios, mediante un conjunto de segregaciones y agrupaciones de fincas realizadas por los titulares registrales de las mismas siguiendo las orientaciones municipales. Ahora el Ayuntamiento quiere hacer constar en las fincas objeto de ordenación el importe de la cuenta de la liquidación provisional, a fin de dejar las mismas sujetas a las cargas del procedimiento de equidistribución. No hay procedimiento formal de equidistribución, ni delimitación del polígono de actuación, ni elección de sistema de gestión.

Al no existir un procedimiento de equidistribución adoptado con las correspondientes garantías, como son la notificación de los titulares afectados y al no haberse procedido a la delimitación del polígono de actuación se corre el riesgo de que puedan incluirse en la cuenta gastos que correspondan a otras unidades de actuación, sin que los titulares registrales tengan ninguna garantía para impedirlo.

Por otra parte, no parece que pueda existir una cuenta de liquidación provisional de los gastos de urbanización con carácter autónomo y sin que se haya determinado el polígono de actuación

al que haya de contraerse la acción urbanística, delimitado con las correspondientes garantías y sin que se elabore un proyecto de equidistribución.

Caso de que algunos de los titulares registrales de las fincas objeto de ordenación se nieguen a satisfacer el importe de los gastos que les corresponda por la urbanización, la Administración actuante podrá seguir la vía de apremio para obtener su importe, pero entonces el procedimiento correspondiente habrá de dirigirse contra el titular registral y se notificará a los demás que lo sean de otros derechos inscritos o anotados sujetos a la afección, conforme al art. 19.2 del Anexo Urbanístico al Reglamento Hipotecario, sin que conforme al número tres de dicho precepto sea necesaria la constancia registral de la afección cuando del proyecto de equidistribución resulte que la obra de urbanización ha sido realizada y pagada o que la obligación de urbanizar se ha asegurado mediante otro tipo de garantías admitidas por la legislación urbanística aplicable.

3.5.- Cesión Gratuita

Se plantea el modo de instrumentar formalmente una cesión gratuita de terrenos de una sociedad a favor del Ayuntamiento como consecuencia de un convenio urbanístico no tipificado.

Los convenios urbanísticos han venido a obtener reconocimiento legal por medio de la terminación convencional del procedimiento administrativo que introduce el art. 88 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre 1992, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En el ámbito urbanístico se han venido utilizando por las administraciones para obtener de los propietarios cesiones de suelo voluntarias superiores a las que la Ley les impone con carácter general.

En el presente caso, como quiera que no existe una tipificación de los convenios por la legislación urbanística de la

Comunidad Autónoma Vasca habrá de estarse a lo que con carácter general, determina el art. 32 AURH, que exige, por remisión al art. 633 CC, la escritura pública para tales cesiones gratuitas, en las que la Administración actúa como si fuera un particular.

3.6.- Cancelación de Anotación Preventiva Prorrogada

El deudor gravado por una anotación preventiva prorrogada con anterioridad a la entrada en vigor de la LEC, solicita la cancelación de la misma por caducidad, una vez que han transcurrido cuatro años desde la anotación de dicha prórroga.

Parece que la cancelación de dicha anotación preventiva requiere cuando menos una resolución judicial, ya que la LEC no es retroactiva y de otro modo pudiera producirse la indefensión del acreedor protegido por el embargo, contra los arts. 9.3 y 24 de la Constitución española.

De dicha resolución resultará la terminación del juicio o bien el hecho de haberse acogido los interesados a la nueva regulación de la LEC conforme a lo que previene el apartado segundo de la disposición transitoria séptima de la misma, que permite, respecto de las medidas cautelares ya adoptadas a la entrada en vigor de la LEC que se pida y obtenga la revisión y modificación de las mismas con arreglo a la nueva LEC.

3.7.- Terraza de un edificio

En el Registro de la propiedad consta la descripción de un edificio, formado por varios elementos independientes, y por una terraza de mil doscientos metros cuadrados. El constructor no enajenó expresamente la terraza, pero tampoco se reservó con carácter explícito ninguna parte de la misma. Tampoco aparece configurada como elemento independiente ni su uso reservado en exclusiva para alguno de los configurados como tales. Ahora se procede a derruir el edificio, pero los propietarios de los elementos independientes sólo tienen el noventa y ocho por

ciento de las cuotas de copropiedad, afirmando el promotor inicial que el dos por ciento restante le pertenece y que se corresponde con la terraza que no fue enajenada por el mismo. Por otra parte, el constructor nunca ha pagado gastos de comunidad por la citada terraza. Se plantea la actuación registral a la vista de la actuación realizada por la totalidad de los propietarios de los elementos independientes en orden a la extinción de la propiedad horizontal por ruina del edificio.

Sin perjuicio de que el constructor, amparado en las dudas que surgen de la situación registral, pueda plantear un pleito, lo que interesa, desde el punto de vista del Registro es si los titulares de los elementos independientes agotan la total titularidad del edificio.

Ya vemos que la terraza no se ha individualizado ni en cuanto al uso, ni mediante una reserva expresa, ni por medio de un derecho de vuelo ni como elemento independiente, por lo que la misma habrá de ser considerada como un elemento común, conforme al art. 396 CC.

Ello acarrea que la terraza deba entenderse transmitida con los elementos independientes, ya que en el régimen de propiedad horizontal, la transmisión de un elemento independiente implica la de los elementos comunes cuya copropiedad es inherente a la de los primeros y de la que resultan anejo inseparable.

El hecho de que las cuotas de todos los elementos independientes sumen el noventa y ocho por ciento, pese a que los mismos agoten todo el uso del edificio, puede deberse a un error aritmético, por lo que no parece que esa diferencia, por sí misma y junto a las demás circunstancias señaladas, tenga entidad para bloquear la actuación de todos los propietarios en orden a la constatación de la extinción de la división horizontal.

3.8.- Publicidad

Se plantea la responsabilidad del registrador que emite publicidad del FLOTI, referida al antiguo Índice General

Informatizado de fincas y derechos, en el caso de que en la emitida no se comprenda algún registro en el que la persona objeto de la publicidad ostente alguna titularidad al momento de la solicitud.

En dichas informaciones se advierte expresamente a los interesados y solicitantes de las mismas, que pese al carácter nacional de la información que se suministra, por razón de no hallarse incorporado algún Registro de la propiedad al mencionado índice la información proporcionada pudiera ser incompleta.

Si bien esa advertencia puede apuntar al carácter insatisfactorio de la información que se ofrece, ello no es consecuencia de la actuación de éste o aquél registrador, sino que viene a describir una característica de ese servicio tal y como resulta de la realidad actual.

Por tanto, a la hora de ofrecer dicha publicidad, la cual, por otra parte, no se olvide, es meramente instrumental, tal vez pueda considerarse insuficiente la advertencia “a posteriori” sobre dichas limitaciones, por lo que sería aconsejable advertir al usuario, con carácter previo a la obtención de dicha modalidad de publicidad, de la eventualidad de que puede resultar incompleta.

Carlos Ballugera Gómez

JURISPRUDENCIA / JURISPRUDENTZIA

**COMPETENCIA DE LA SALA CIVIL
DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE
JUSTICIA: CONCEPTO DE
DERECHO CIVIL FORAL O
ESPECIAL; NO LO ES LA
MATERIA REFERIDA A
COOPERATIVAS. ABSTENCIÓN
DEL CONOCIMIENTO DEL
RECURSO DE QUEJA, POR FALTA
DE COMPETENCIA DE LA SALA**

El TSJ del País Vasco, por auto de fecha 10 de diciembre de 2004, examina su competencia en relación con el recurso de queja interpuesto por una parte por inadmisión del recurso de Casación. La Sala declara su falta de competencia, absteniéndose de conocer del recurso de queja, al corresponder dicho conocimiento al Tribunal Supremo. La queja planteada hace referencia a Ley General de Cooperativas 3/1987 (Ley estatal) y la 4/1993 de Cooperativas del País Vasco (Ley del Parlamento Vasco), por lo que no estamos ante “normas del derecho civil, foral o especial, propio de la comunidad”.

El citado auto señala:

1.- *La competencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia para conocer, como Sala de lo Civil, del recurso de casación, queda ceñida, según resulta de lo dispuesto por el artículo 73.1.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al “que establezca la ley contra resoluciones de órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la comunidad autónoma, siempre que el recurso se funde en infracción de normas del derecho civil, foral o especial, propio de la comunidad, y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución”.*

En semejantes términos, dado que matiza en lo concerniente al fundamento, sin duda ampliado con la mención “exclusivamente o junto a otros motivos”, se expresa el artículo 478.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Estableciendo por su parte el artículo 14.1.a) del Estatuto de Autonomía del País Vasco que: “La competencia de los órganos jurisdiccionales en el País Vasco se extiende: En el orden civil, a todas las instancias y grados, incluidos los recursos de casación y de revisión en las materias del derecho civil foral propio del País Vasco”.

2.- *No dudamos que a los términos foral y especial no cabe atribuirles, en todo caso, una misma significación. Pero tampoco nos ofrece duda, ya sea lo infringido derecho foral o derecho especial, que debe tratarse, en todo caso, de derecho civil propio de la comunidad, pues la competencia tan sólo corresponde a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, como Sala de lo Civil, cuando de tal derecho se trata, ya sea la infracción de norma de derecho civil foral o de norma de derecho civil especial.*

Y ocurre, y así lo hemos manifestado ya en el auto de 16 de enero de 2004, del que hace cita la Sala de Apelación, que la Ley de Cooperativas del País Vasco de 24 de junio de

1993 no resulta encuadrable en el ámbito del derecho civil propio de la comunidad, cuya infracción, ya fuera catalogado éste de foral o de especial, fijaría la competencia para conocer de un eventual recurso de casación en el seno de este Tribunal.

Decíamos en el auto, y lo recordamos y reiteramos nuevamente por razones de cortesía forense:

1º) Que el artículo 10 de la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía del País Vasco atribuye a la Comunidad Autónoma del País Vasco la competencia exclusiva en la materia, entre otras, de Cooperativas; mas obvio es que, el referido artículo se refiere al ejercicio de la competencia legislativa propia de la Comunidad Autónoma Vasca derivada del contenido de dicho artículo estatutario y del artículo 149.1.6º de la Constitución, pero no se refiere a la competencia jurisdiccional, la cual está contemplada en el artículo 14 de dicho texto estatutario.

2º) Que la imposibilidad de catalogar como derecho civil la citada Ley de Cooperativas se desprende de la relación de competencias exclusivas de la Comunidad Autónoma del País Vasco que contiene el referido artículo 10 del Estatuto de Autonomía, pues en tanto que en su apartado 5 se refiere a la “conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Foral y Especial, escrito o consuetudinario propio de los Territorios Históricos que integran el País Vasco y la fijación del ámbito territorial de su vigencia”, la materia relativa a las cooperativas está recogida, separadamente, en el apartado 23, que se refiere a las “Cooperativas, Mutualidades no integradas en la Seguridad Social y Pósitos, conforme a la legislación general en materia mercantil”, denotando esta última alusión al derecho mercantil el ámbito donde el Estatuto las encuadra.

3º) Que la misma conclusión se obtiene si se atiende a la naturaleza jurídica de las Cooperativas, que excede sin duda de la que es propia de los sujetos de las relaciones puramente civiles, para asimilarse a la de las entidades del orden

mercantil. Y así la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1990, partiendo de que la doctrina actual “contempla básicamente la actividad empresarial como fin esencial del derecho mercantil”, concluye que “puede calificarse a las Sociedades Cooperativas como empresarios sociales, tengan o no un fin lucrativo, alcanzándoles, ciertamente, muchas disposiciones mercantiles, que han de ser respetadas por el legislador autonómico, según mandato constitucional (art. 149.1.6º de la Constitución Española)”.

4º) Y que el Auto del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1999, dictado en el rollo 4620/1998, al resolver precisamente un recurso de queja dimanante del recurso de apelación seguido ante una de las Secciones de la Audiencia Provincial de Vizcaya en materia de Cooperativas, resolvió sobre la queja planteada, haciendo cita expresa tanto de la Ley General de Cooperativas 3/1987 (Ley estatal) como de la 4/1993 de Cooperativas del País Vasco (Ley del Parlamento Vasco), lo que significa que, al decidir la queja, reconoció implícitamente su competencia para conocer del recurso de casación, dado que la competencia funcional es indisponible y, por tanto, su falta es apreciable de oficio, como hoy establece el artículo 62 de la vigente Ley de Enjuiciamiento civil.

Sostenemos, por lo tanto, y perseveramos en nuestra doctrina, que la por los quejosos alegada infracción de la Ley de Cooperativas del País Vasco no puede ser considerada infracción de normativa de derecho civil, foral o especial, propio de la Comunidad Autónoma del País Vasco, por lo que la competencia para conocer de los recursos de casación cuya preparación fue denegada no cabe atribuirle a este Tribunal, correspondiendo la misma a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

3.- Así las cosas, y dado que el recurso de queja contra los autos denegando la tramitación de un recurso de casación debe interponerse, conforme a lo dispuesto por el artículo 494 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ante el órgano al que

corresponda resolver del recurso no tramitado, que, como se deja dicho, no es este Tribunal, sino la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, procederá, atendido el contenido del artículo 62.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y por falta de competencia funcional para conocer del recurso de queja interpuesto, dictar auto absteniéndonos de conocer, pudiendo los litigantes, una vez notificada la presente resolución, interponer, en las condiciones señaladas en el núm. 2º del antecitado artículo 62, recurso de queja ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

LA SALA ACUERDA

Abstenerse de conocer del recurso de queja interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D.^a C. M. O. en nombre y representación de D. F. J. R. A. y D. M. A. L. P., por ser funcionalmente competente para su conocimiento la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo..

Fernando Luis Ruiz Piñeiro

Formando Sala con los Magistrados
D.^a Nekane Bolado Zárrega
y D. Antonio García Martínez

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO DE 7 DE ENERO DE 2005

Casación Foral: Interpretación del artículo 54.3 LDCF, no se refiere sólo a herederos, sino también a legatarios; legados que forman parte de la legítima: cabe derecho de representación.

Interpretación del testamento: prevalece el criterio del Juzgador sobre el privativo de la parte, salvo manifiesta equivocación o error.

No considero que sea de interés reflejar los hechos a que se refiere esta sentencia, pues la conclusión jurídica a que llega, en las dos cuestiones que trata, no precisa de dicho conocimiento.

El Juzgado de Primera Instancia de Amurrio dictó sentencia estimatoria en el Juicio Voluntario de Testamentaria promovido por D. J.M.C.O., que fue revocada parcialmente por sentencia de la Audiencia Provincial de Alava, de fecha 13 de abril de 2004, en el sentido de estimar eficaces los legados dispuestos en el testamento, procediendo su atribución a la herencia yacente.

Las cuestiones que aborda la sentencia de la Sala de lo Civil, en función de las impugnaciones efectuadas, son dos:

interpretación del artículo 54.3 de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco, para llegar a la conclusión de que dicho precepto no sólo se refiere a los herederos, sino también a los legatarios. En el caso examinado, como la legítima se había pagado, parcialmente, en legados, concluye la sentencia que cabe el derecho de representación; alcance de la impugnación respecto de la interpretación de los testamentos. La Sala recuerda la doctrina de la prevalencia de la interpretación efectuada en la instancia.

1.- LA PRIMERA DE DICHAS CUESTIONES SE RESUELVE EN LOS SIGUIENTES TÉRMINOS:

Recurso de D. J.M.C.O.

Se fundamenta “en la interpretación que hace la Sala y que se opone a la doctrina jurisprudencial en cuanto a la interpretación que hace del artículo 54.3º de la Ley 3/1992, de Derecho Civil Foral del País Vasco en relación con el artículo 888 del Código Civil, equiparando la institución de heredero con la de legatario y considerando aplicable a los legatarios el derecho de representación de los herederos descendientes de otro descendiente no apartado, en la sucesión del ascendiente”.

La discusión se suscita en relación con los legados dispuestos en el testamento otorgado por D.ª S. O. O. a favor de su hija D.ª M. A. C. O., fallecida con posterioridad a la fecha del otorgamiento del testamento, pero en momento anterior a la fecha de la muerte de su madre.

La sentencia de la Audiencia considera eficaces los legados en cuestión de conformidad con lo establecido por el artículo 54 de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco (en adelante LDCF) al establecer en su párrafo tercero que: “Los descendientes de otro descendiente no apartado representan a éste en la sucesión del ascendiente”. Estimando orientada en el mismo sentido la normativa contenida en el Código Civil (en adelante CC), al entender, siguiendo el criterio de reputados tratadistas, que el artículo 888 comprende, entre los supuestos

de excepción a la regla general de refundición del legado en la masa de la herencia, junto a los casos de sustitución y acrecimiento, y aparte del que resulta de la aplicación a los legados del artículo 1001, también el derecho de representación.

La parte recurrente, en sintonía con el contador partidario dirimente y la sentencia de primera instancia, considera, por el contrario, que los legados dispuestos carecen de eficacia, al disponer el artículo 888 CC -norma que considera de aplicación al caso ante el silencio de la LDCF- que cuando el legatario no pueda o no quiera admitir el legado o éste, por cualquier causa, no tenga efecto, se refundirá en la masa de la herencia, fuera de los supuestos de sustitución y del derecho de acrecer. Acusando en el recurso a la sentencia impugnada de confundir los conceptos de heredero y legatario y de formular, más que argumentos, elucubraciones, que no cabe aplicar al caso de autos. Por un lado, porque el artículo 54.3º LDCF “no se refiere a los legatarios, sino a los derechos de los herederos, porque el legatario como tal no es heredero y no puede ser ni dejar de ser apartado, ni tampoco puede ser preterido, por ser la preterición la omisión en el testamento de un heredero forzoso (Art. 814 del C.C.)”. Y, por otro lado, porque el derecho de representación es exclusivo de los herederos, no habiendo considerado la Sala que “el artículo 888 se concreta y refiere única y exclusivamente a los legatarios, y que éstos tienen los derechos de sustitución, cuando el testador les nombra un sustituto (Arts. 774 y 789 C.C.) y el de acrecer, cuando varios han sido llamados a una misma cosa (Art. 987 C.C.) y siempre que el testador no haya prohibido ese derecho por haber nombrado sustituto vulgar al legatario. No hay más excepciones legales para no refundir el legado en la masa de la herencia”.

El argumento de corte conceptualista que utiliza la parte recurrente no tiene mucho valor en este caso. Es cierto que el artículo 54 LDCF no se refiere a los legatarios. Pero también lo es, si nos atenemos a la terminología, que tampoco se refiere a los herederos. El precepto el término que utiliza es el de “sucesores” en su párrafo primero, el de “sucesores forzosos” en

su párrafo segundo, y el de “sucesor” en su párrafo tercero. Y lo verdaderamente destacable no es la terminología, a la que puede resultar inconveniente atribuir un significado conceptual y técnicamente preciso, atendida su carencia en los precedentes legislativos, sino la circunstancia, ésta sí relevante y ciertamente significativa, de no exigir la norma de referencia, ni ninguna otra de las de la LDCF, que la atribución de los bienes o la elección del sucesor haya de hacerse necesariamente a título de heredero. Es más, del artículo 74 LDCF resulta con toda claridad como la disposición en la sucesión de los bienes puede ser hecha a título universal o particular, refiriéndose a continuación la ley a la “designación de sucesor” en el artículo 75 o la “designación sucesoria” en el 77, en el 78, en el 80 y en el 83. Y es que, como destaca la mejor doctrina, la función de designar sucesor o sucesores no la realiza el derecho vizcaíno con normas imperativas, sino con la libertad de testar circunscrita dentro de cada grupo familiar, y confiando en el buen criterio del padre o madre de familia, rectamente formado por costumbres sanamente vividas y tradiciones familiares inmemoriales. No existiendo inconveniente, dada esa libertad de testar, básica en el derecho foral, para que el causante distribuya en legados toda la legítima foral o una parte de ella. A lo que aún se añade, desde la perspectiva del derecho común, la posibilidad, dado lo establecido por el artículo 815 CC al hacer uso de la expresión “por cualquier título”, de atribuir la legítima a título de legado. Lo que, por otro lado, ha sido reconocido por reiterada y pacífica jurisprudencia (por todas STS de 17 de julio de 1996, que hace cita a su vez de las de 21 de febrero de 1900, 25 de mayo de 1917 y 23 de abril de 1932).

No cabe pues, por lo tanto, restringir la aplicación del artículo 54.3º LDCF a los herederos. El precepto es aplicable a los sucesores forzosos, cuya designación lo mismo se ha podido producir, por lo que se deja dicho, en concepto de heredero, que en concepto de legatario.

En nuestro caso, en ningún momento ha cuestionado la parte recurrente que los legados dispuestos en el testamento

formen parte de la legítima material individual o concreta que, en ejercicio de la facultad de libre disposición distributiva, fue atribuida por D.^a S. O. O. a su hija, D.^a M. A. C. O. Y ninguna duda puede ofrecer, así las cosas, y dados los términos en que se expresa el primer inciso, del apartado tercero, del artículo 54 LDCF -"Los descendientes de otro descendiente no apartado representan a éste en la sucesión del ascendiente"-, que sobre dicha legítima opera el derecho de representación al que se refiere la norma, pues habiendo premuerto a la testadora la legitimaria designada sucesora, sus descendientes conservan un derecho de representación sobre su cuota legitimaria.

Y tampoco cabe aceptar las críticas de la parte recurrente a las consideraciones que la sentencia efectúa en relación con el artículo 888 CC, pues si, como hemos dicho, el artículo 815 CC abre la posibilidad de atribuir la legítima a título de legado, forzoso será reconocer, cuando tal atribución se produzca, que entre los supuestos de excepción a la regla general de refundición en la masa de la herencia del artículo 888 CC ha de tener cabida, por más que no aparezca incluido expresamente, el derecho de representación a que se refiere el párrafo tercero del artículo 814 CC.

El recurso se desestima.

2.- LA SEGUNDA DE LAS CUESTIONES CITADAS, SE RESUELVE EN LOS SIGUIENTES TÉRMINOS:

Recurso de D. C, D. M. y D.^a M. A. L. C.

Denuncia la infracción del párrafo primero del artículo 675 CC al haber ordenado la sentencia recurrida la refundición en la masa de la herencia de la lonja "C", excluyéndola de los legados efectuados en los testamentos a favor de D.^a M.A.C.O., lo que juzga contrario a la intención de los testadores, cuya voluntad en el caso que nos ocupa era, según señala, dejar al hijo, D. J. M., la explotación de los dos negocios de, y a la hija, D.^a M. A., las lonjas existentes en el caudal.

No desconoce quien recurre que, según reiterada jurisprudencia, en la interpretación de los testamentos debe prevalecer el criterio del Juzgador sobre el privativo del recurrente a menos que aparezca de modo manifiesto que aquél es equivocado o erróneo por contradecir la voluntad del testador, debiendo en suma excluirse únicamente lo arbitrario, lo desorbitado y los casos de patente y manifiesto error, preponderando, en otro caso, la interpretación de la instancia (STS de 6 de octubre de 1994 y todas las que en ésta se citan).

Pues bien, en el presente caso no cabe considerar tergiversada la voluntad de la testadora por la interpretación de la Sala de apelación, cuya argumentación no puede ser tildada de manifiestamente errónea, absurda o arbitraria. La sentencia de la Audiencia estima probado que los testadores consideraban la lonja “C” parte integrante de la casa núm..., de la c/, por lo que lo desajustado a su voluntad, atendido ese conocimiento, sería considerarla comprendida en el legado de las lonjas situadas en la casa núm.... de la c/, a la que, por lo que se deja dicho, no consideraban los testadores, perteneciera la lonja “C”. No pudiendo considerarse tampoco, en los términos determinantes que proclama la parte recurrente, para hacer valer la imputación del manifiesto error que denuncia, que la voluntad de los testadores fuese la de disponer los negocios de explotación del a favor de su hijo, D. J. M., y todas las lonjas incluidas en el caudal hereditario a favor de su hija, D.^a M. A., pues, como también significa la sentencia de la Audiencia, se admite que la lonja sita en la c/ núm. (anterior núm. ...) tiene el uso de local comercial, no obstante formar parte de lo legado a D. J. M., amén de que no todos los bienes inmuebles, como asimismo declara la sentencia, fueron objeto de legado.

El recurso se desestima.

Fernando Ruiz Piñeiro

NOTICIAS INTERNAS AKADEMIAREN ALBISTEAK

En el cuarto trimestre del año 2005 la Academia ha seguido realizando las actividades pertinentes y en tal sentido:

1.- El pleno de la Junta Directora se ha reunido en la sede social, con abundante concurrencia, el día 14 de noviembre. El acta de esta reunión así como las de las anteriores están, como es lógico, a disposición de los asociados.

Como es habitual también ha habido entrevistas personales de diversos directores para ir avanzando en el quehacer cotidiano.

2.- La SECCIÓN DE DERECHO PÚBLICO no pudo celebrar la Jornada sobre la “Ley de igualdad” en el mes de noviembre, habiendo quedado pospuesta la misma para el día el jueves 19 de enero de 2006, en el salón de actos del Colegio de Abogados, y su interesante contenido, ya programado, se facilitará con antelación a los asociados y personas interesadas.

La SECCIÓN DE DERECHO FINANCIERO – FISCAL tiene casi preparada la realización de una Jornada pública en relación a sus actividades específicas.



Cuarta Jornada Práctica; izda. D. Adrián Celaya Ibarra Presidente de la Academia Vasca de Derecho, dcha. D. Gontzal Aizpurua Ondaro miembro de la Junta del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia.

La SECCIÓN DE DERECHO CIVIL ha mantenido algunas reuniones para preparar previamente un plan de trabajo o método, y posteriormente solicitar la colaboración de personas e instituciones respecto a su actividad concreta de contribuir a la revisión de la vigente Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco.

3.- La ASAMBLEA GENERAL se reunirá en el primer bimestre del año 2006, al objeto de que transcurrido el año 2005, se pueda dar cuenta de la totalidad de las actividades de la Academia durante este año y censurarse las mismas.

4.- El viernes 11 de noviembre se celebró, en el Salón de actos del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia, graciosamente cedido para el acontecimiento, en colaboración con el Grupo de Estudio del Derecho Civil Foral del País Vasco del citado Colegio, la “CUARTA JORNADA PRÁCTICA SOBRE EL DERECHO CIVIL FORAL DEL PAÍS VASCO”, que llevó por título “Innovaciones en el derecho civil: Europa y los derechos civiles territoriales”.



Público asistente a la sesión de tarde.



Cuarta Jornada Práctica; Ponentes de la sesión de mañana de izda. a dcha.; D. José Luis Iriarte de Angel, D. Adrián Celaya (moderador de la sesión) y D. Juan José Álvarez Rubio.

Saludados por el miembro de la Junta del citado Colegio (en ausencia del Decano) don Gontzal Aizpurua, abrió el acto y presentó la Jornada nuestro presidente don Adrián Celaya, pronunciando unas palabras sobre *“El proceso de armonización del Derecho Civil en la Unión Europea”*.

En la sesión de mañana actuaron como **PONENTES** don Juan José Álvarez Rubio, catedrático de la UPV:/EHU, con el tema *“La armonización del Derecho Material en la Unión Europea”*, y don José Luis Iriarte de Ángel, catedrático de la Universidad Pública de Navarra, con el tema *“La armonización del Derecho Internacional Privado por la Unión Europea”*, cuyo contenido estuvo enfocado de gran practicidad.

En la sesión de tarde actuando de moderador el Notario don José María Arriola, participaron en la MESA REDONDA el abogado don Rafael Armesto del Campillo, el Magistrado don Jaime Tapia Parreño, el Registrador de la Propiedad don Germán Barbier Gaminde y el Notario don Vicente Arenal. El DEBATE que se suscitó como remate fue sumamente interesante, dada la participación que incitó entre los asistentes al acto.

5.- EL ACTO OFICIAL DE INAUGURACIÓN DEL CURSO 2005 – 2006, se ha celebrado, con éxito total, el día 13 de diciembre con la colaboración desinteresada del Ilustre Colegio Notarial de Bilbao, en su salón de actos.

Asistió el Director General del Departamento de Justicia del Gobierno Vasco, don Abel López de Agileta, y excusó su asistencia la Ilustrísima Diputada de Cultura de la Excm. Diputación Foral de Bizkaia, doña Belén Greaves. El Decano del citado Colegio, Ilmo. Sr. D. Manuel López Pardiñas dictó la conferencia sobre “El Nuevo Derecho del Estado Civil de las Personas Físicas”, sumamente interesante al referirse su contenido a las recientes disposiciones legales, y sobre todo sugiriendo aspectos y situaciones que se presentarán al momento de la aplicación concreta de las leyes.

Presidió y presentó el Acto académico el Vicepresidente don Andrés Urrutia quien dio paso al presidente don Adrián Celaya para que presentara su último libro “Los Señores de



Cuarta Jornada Práctica; Mesa redonda Ponentes de la sesión de tarde de izda. a dcha.; D. Jaime Tapia Parreño, D. Rafael Armesto Campillo, D. Adrián Celaya Ibarra, D. José María Arriola Arana (moderador de la sesión), D. Germán Barbier Gaminde y D. Vicente Arenal Otero.

Bizkaia”. A continuación se presentaron las reediciones facsímil de las obras “Estudios jurídicos del Fuero de Vizcaya”, de D. José de Solano y Polanco, con introducción del académico don José Miguel Gorostiza y “La Troncalidad en el Fuero de Bizcaya” del P. Luis Chalbaud Errazquin, con introducción del también académico don Javier Chalbaud.

Los asistentes fueron obsequiados con los libros presentados, y participaron finalmente en el lunch que ofreció el Colegio Notarial.

Javier Oleaga Echeverría

PUBLICACIONES DE LA ACADEMIA VASCA DE DERECHO

- Boletín 0, junio de 2003. Contiene los Estatutos de la Academia.
- Boletín 1, Noviembre de 2003, 72 págs.
- Boletín 2, Junio 2004, 88 págs.
- Boletín 3, Septiembre 2004, 100 págs.
- Boletín 4, Diciembre 2004, 110 págs.
- Boletín 5, Marzo 2005, 112 págs.
- Boletín 6, Junio 2005, 120 págs.
- Boletín 7, Septiembre 2005, 152 págs.
- Boletín extraordinario 1. Diciembre de 2004, Jornadas sobre el poder testatorio y el artículo 831 del Código Civil.

COLECCIÓN CLÁSICOS DE DERECHO VASCO

REPRODUCCIÓN EN FACSIMIL

1. Derecho Civil de Vizcaya de Rodrigo de Jado y Ventades, reproducción de la segunda edición publicada en 1923, con una introducción de Adrián Celaya Ibarra, 675 págs.
2. Actas de las sesiones celebradas por la Comisión Especial de Codificación de Vizcaya (1899-1900) con una introducción de Andrés Urrutia Badiola, 280 págs.
3. La Troncalidad en el Fuero de Vizcaya (1898) con una introducción de Javier Chalbaud, 160 págs.
4. Estudios Jurídicos del Fuero de Vizcaya (1918) con una introducción de José Miguel Gorostiza Vicente, 382 págs.

BOLETIN DE INSCRIPCION

A LA ACADEMIA VASCA DE DERECHO

Don/Doña

Que ejerce la carrera de Derecho como

O, en su caso, es Licenciado o Doctor, no ejerciente,

domiciliado en (población) (código postal)

(calle) nº (piso)

Informado de la naturaleza y fines de la ACADEMIA VASCA DE DERECHO, desea inscribirse como socio activo de dicha Asociación, obligándose al cumplimiento de los deberes sociales y al abono de la Cuota anual de 50 Euros.

Firma

Derecho Público

Derecho Privado

Derecho Financiero y Tributario

..... indicar otra Sección que se considere de interés.

Al Banco / Caja de Ahorros

Muy Srs. Míos, les ruego atiendan al pago de los recibos por cuota anual de inscripción en la ACADEMIA VASCA DE DERECHO, con cargo a mi cuenta (por favor, cumplimentar los 20 dígitos):

CCC _____

Firma

Remitir este Boletín a:

ACADEMIA VASCA DE DERECHO,

Alameda Recalde, 8 – 1º dcha.

Teléfono 94 425 57 15 – Fax. 94 424 64 99

e-mail secretaria@avd-zea.com

www.avd-zea.com

48009 BILBAO

IZENA EMATEKO ORRIA

ZUZENBIDEAREN EUSKAL AKADEMIARI

Ni,

jaun/andrea, zuzenbidearen jardunean ari naiz,

gisa; edo, hala denean, zuzenbideko lizentziaduna edo doktorea naiz, jardunean ez dagoena.

(ea)n bizi naiz (..... posta-kodea),

(kaleko) zenbakiaren

..... (solairuan)

Jakin badakit zein diren ZUZENBIDEAREN EUSKAL AKADEMIAK dituen izaera eta helburuak. Ondorenez, elkarte horren bazkide aktibo legez izena eman nahi dut, eta neure gain hartzen dut betebeharra, bazkide-eginbeharrak betetzeko eta urtero-urtero 50 euroko kuota ordaintzeko.

Sinadura

Zuzenbide publikoa

Zuzenbide pribatua

Finantza- eta zerga-zuzenbidea

..... beste edozein atal interesgarri aipa daiteke.

.....izeneko bankuari/aurrezki kutxari
Jaun-andre horiek: ZUZENBIDEAREN EUSKAL AKADEMIako bazkide egin naizenez gero, arren eskatzen dizuet izen-emate horren ondoriozko urteko kuotaren ordainagiriak ordaintzea, nire kontu honen pentzudan (mesedez, 20 digituak bete):

Kontu-korrontea _ _ _ _ _

Sinadura

Orri hau helbide honetara bidali:

ZUZENBIDEAREN EUSKAL AKADEMIA,

Errekalde zumardia 8, lehenengoa, eskuina.

Telefonoa: 94 425 57 15 – Faxa: 94 424 64 99

Helbide elektronikoa: secretaria@avd-zea.com

www.avd-zea.com

48009 BILBO