

## **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 11 de septiembre de 2008.: Una historia real**

### **INTRODUCCION:**

(1) Si algún hecho jurídico ha sido relevante para nuestro Concierto económico, ese ha sido, sin duda alguna, la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 11 de septiembre de 2008. Unión General de Trabajadores de La Rioja (UGT-Rioja) y otros contra Juntas Generales del Territorio Histórico de Vizcaya y otros. Petición de decisión prejudicial: Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco. [C-428/06 - CURIA - Lista de resultados](#).

Nota: En el link constan tanto la Sentencia, como las Conclusiones previas de la DE LA ABOGADA GENERAL SRA. JULIANE KOKOTT

(2) Esta sentencia es trascendental pues avala el Concierto en la Unión europea.

(3) Pero también lo es por resolver un gran embrollo provocado por un enorme error del TS, que afirmo solemnemente que existía jurisprudencia europea que determinaba que eran ayudas estatales los tipos impositivos inferiores a los estatales, como era el caso de las Normas forales del Impuesto sobre Sociedades (IS) .

(4) Ese error es corregido por la Sentencia del TJUE de 11 de septiembre de 2008

(5) Esta es la historia de esa sentencia y de ese logro histórico.

### **PRIMERO: STS de 9 de Diciembre de 2004**

(6) Efectivamente, el origen de esa cuestión está en Sentencia Tribunal Supremo de 9 de Diciembre de 2004, que se notifica a la Diputación Foral a finales de enero de 2005, que estimó el Recurso contencioso administrativo interpuesto por la Federación de Empresarios de la Rioja

contra , entre otras, la Norma Foral de Bizkaia, 3/1986 que regulaba el Impuesto sobre Sociedades.

[STS, 9 de Diciembre de 2004 - Jurisprudencia - vLex](#)

(7)En efecto, la Sentencia del Tribunal Supremo declaraba nulo el art 29, 1, a) de la Norma Foral 3/96 del Impuesto de Sociedades que había establecido un tipo impositivo del 32,5%, por lo tanto inferior al 35% fijado para el Territorio Común, por entender que esa rebaja suponían Ayudas de Estado prohibidas por el Tratado de la Unión Europea según entendía el TS.

(8)La citada STS argumentaba:

*DÉCIMOSEPTIMO.- De las anteriores consideraciones resulta que cabe considerar, inicialmente, incluibles en el concepto de "Ayudas de Estado" las medidas fiscales contenidas en los siguientes preceptos de las NN.FF: artículo 11, apartado 2.a) del artículo 14 en cuanto se refiere a "sociedades de promoción de empresas", apartado 11 del artículo 15, artículo 26 (ya anulado), apartado 1.a) del artículo 29, artículos 37, 39 y 40, apartado 2.1º del artículo 45, y artículos 49, 53, 54 y 60 . Queda, sin embargo, por examinar si pueden considerarse incluibles en las excepciones previstas en los apartados 2 y 3 del anterior artículo 92 del Tratado (actual art. 87). El referido apartado 2 recoge una serie de supuestos que por razones de especial solidaridad, determinadas ayudas orientadas a concretas finalidades, son compatibles con el régimen del Derecho europeo. Se trata de las consideradas "exenciones de oficio" en las que la Comisión no tiene capacidad de apreciación ya que la compatibilidad resulta "ope legis pero que, desde luego, no resultan aplicables a las reseñadas previsiones de las NN.FF que no contemplan los objetivos sociales ni los mecanismos paliativos de desastres naturales o de acontecimientos de carácter excepcional a que se refiere el precepto europeo. El apartado 3 señala las que pueden entenderse como "excepciones eventuales" que exigen una decisión de la Comisión Europea de conformidad con las previsiones del propio artículo. Pero, en cualquier*

*caso, ha de tenerse en cuenta que, a la luz de la constante doctrina del TJCE, las facultades de los órganos jurisdiccionales nacionales, en caso de ayudas no notificadas, han de orientarse a la constatación de tal circunstancia, para en caso de respuesta afirmativa, anular las correspondientes Normas, por haber sido adoptadas sin cumplir la obligación de notificación a la Comisión Europea establecida en el artículo 93 (actual artículo 88). O, dicho en otros términos, no cabe que el Juez nacional se pronuncie sobre la compatibilidad de las medidas de ayuda con el Derecho europeo, en los casos en que esta valoración está reservada por el Tratado a la Comisión, y sólo puede decidir, a efectos de aplicar el apartado 3 del artículo 93 (actual art. 87) si las medidas adoptadas son susceptibles de ser comprendidas dentro del concepto "Ayudas de Estado".*

(9) La STS establecía en su fallo;

*Que debemos desestimar y desestimamos los recursos de casación interpuestos por las representaciones procesales de la Diputación Foral de Gipuzkoa y de las Juntas Generales de Gipuzkoa, de la Diputación Foral de Bizkaia y de las Juntas Generales del Territorio Histórico de Bizkaia interpuestos contra la sentencia, de fecha 30 de septiembre de 1999, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el recurso de dicho orden jurisdiccional núm. 3753/96, en el que se impugnaban Normas Forales de las Juntas Generales de Gipuzkoa núm. 7/1996. de 4 de julio, de Bizkaia núm. 3/1996, de 26 de junio, y Álava núm. 24/1996, de 5 de julio, reguladoras del Impuesto sobre Sociedades, confirmando la nulidad del artículo 26 de dichas Normas e imponiendo las costas de sus recursos a las Administraciones recurrentes.*

*Que, asimismo, debemos estimar y estimamos el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la Federación de Empresarios de la Rioja, contra la referida sentencia que anulamos, y, en su lugar, declaramos,*

*además de la nulidad del artículo 26 de las Normas Forales mencionadas, la nulidad de los siguientes preceptos de las mismas Normas: artículo 11, apartado 2.a) del artículo 14 en cuanto se refiere a "sociedades de promoción de empresas", apartado 11 del artículo 15, artículo 26 (ya anulado), apartado 1.a) del artículo 29, artículos 37, 39 y 40, apartado 2.1º del artículo 45, y artículos 49, 53, 54 y 60, desestimando en el resto la pretensión principal y subsidiaria formulada en la demanda; sin que haya lugar a imponer las costas de este recurso a ninguna de las partes.*

*Publíquese este fallo en el correspondiente Boletín Oficial a los efectos previstos en el artículo 72.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.*

(10) Dicha Sentencia significaba un duro varapalo para el Concierto Económico y suponía la anulación de las competencias normativas, por lo menos en el Impuesto de Sociedades, pues de ella se derivaba que no cabía una regulación distinta/inferior a la del Territorio Común.

(11) Contra ello, las Instituciones Forales del Territorio Histórico de Bizkaia, tanto sus Juntas Generales como la Diputación Foral iniciaron una "batalla legal" contra dicha sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Diciembre de 2004, en varios frentes o direcciones:

(12) En primer lugar, sin rendirse, manteniendo las normas forales. Se volvió a regular mediante Norma Foral al tipo del 32,5%; posteriormente al tipo del 32,6% y finalmente al tipo del 28% para el Impuesto sobre Sociedades. (NF 6/07, de 26.03.2007)

(13) En segundo lugar; en orden a rectificar los contenidos de dicha Sentencia TS de 9.12.2004; y

(14) Además, en orden a la que se ha venido a llamar "el blindaje del Concierto Económico", esto es en síntesis que las Normas Forales tributarias solo pueden ser recurridas ante el Tribunal Constitucional a cuyo efecto era preciso la

modificación de dos leyes orgánicas, la Ley Orgánica del Poder Judicial. Logrando la aprobación de la Ley Orgánica 1/2010 confirmada por STC 118/2016..

[Ley Orgánica 1/2010 - BOE.es](#)

[Sistema HJ - Resolución: SENTENCIA 118/2016](#)

*Sentencia TC 118/2016, de 23 de junio de 2016 (BOE núm. 181, de 27 de julio de 2016). sobre Ley Orgánica 1/2010 conocida como del Blindaje del Concierto Económico. ....*

*[De esta manera, una de las peculiaridades que han tenido las provincias vascas a lo largo de la Historia (comúnmente conocidas, junto con Navarra, como "territorios históricos" o "territorios forales"), y, por tanto, uno de los "derechos históricos" que la Disposición adicional primera de la Constitución "ampara y respeta",] .....[es lo que se ha conocido como el "régimen de concierto económico", que se integra en el núcleo del régimen foral y que se caracteriza por la existencia de «un régimen fiscal propio», que no hace sino salvaguardar determinadas peculiaridades de su «autogobierno territorial» o de su «foralidad»*

### **SEGUNDO: El incidente de nulidad se inadmitió por el propio TS Auto del TS de 4-4-2005**

(15)Respecto de la segunda cuestión, es decir la batalla contra la Sentencia del Tribunal Supremo. Se adoptaron distintas iniciativas, encomendando la defensa jurídica al letrado D. Ignacio Sáenz Cortabarría, que tenaz vehementemente y brillantemente fue quien represento a las instituciones forales como consta en la histórica sentencia que ahora comentamos

(16)En orden a esa defensa jurídica se presentó.

1º Incidente de nulidad que interpone ante el propio Tribunal Supremo, que fue desestimado;(Auto TS de 4-4-2005)

2º Recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional que fue inadmitido (Providencia de 9.5.2007);

(17)El incidente de nulidad se inadmitió por el propio TS.A este respecto transcribimos literalmente el **Auto del TS de 4-4-2005** que inadmitió el Incidente de Nulidad de Actuaciones:

El TS afirmaba solemnemente y enfáticamente que ...“ciertamente, en el presente caso, no existían dudas razonables sobre el concepto de "ayudas de Estado", sino, por el contrario, una reiterada doctrina del TJCE sobre el mismo

**[ATS 18481/2005 - ECLI:ES:TS:2005:18481A](#)**

<https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/2dd67931227aaf11/20060511>

***“Ciertamente, en el presente caso, no existían dudas razonables sobre el concepto de "ayudas de Estado", sino, por el contrario, una reiterada doctrina del TJCE sobre el mismo, así como su aplicación al reconocimiento de las ventajas fiscales producidas por entidades territoriales, incluso con respecto a Estados de configuración federal, y a los criterios o parámetros de la especificidad y de la distorsión de la competencia o de la afectación del comercio intracomunitario”.***

### **TERCERO: Sentencia sobre Azores (Asunto C-88/03)**

(18)Una luz en este tortuoso camino significo la Sentencia del Tribunal Europeo de la Unión Europea relativa a Azores. En ella el propio Tribunal reconocía que era la primera vez que se abordaba la cuestión de tipo impositivo inferiores a los estatales.

(19)Dicha Sentencia sobre Azores (Asunto C-88/03) venía precedida de las Conclusiones del Abogado General de 20.10.2005 con este contenido literal:

(20)Conclusiones del Abogado General de 20.10.2005

***42. Con carácter más general, ello plantea la siguiente cuestión, que va más allá del presente caso: ¿Qué principios han de aplicarse para determinar si las modificaciones en los tipos impositivos nacionales adoptados únicamente para una determinada región geográfica de un Estado miembro se hallan comprendidas dentro del ámbito de aplicación de las normas comunitarias sobre las ayudas de Estado?***

***43. Hasta la fecha, el Tribunal de Justicia nunca ha respondido a esta cuestión en su jurisprudencia. (28)*** Además, a mi juicio, es indispensable ahora formular un «test» o unos criterios de evaluación. Tal necesidad se deriva, en primer lugar y sobre todo, del derecho de los Estados miembros a la seguridad jurídica al regular sus propios regímenes tributarios. En particular, sin un examen en profundidad, que establezca en qué casos unas modificaciones tributarias aplicables a un espacio geográfico limitado se hallan comprendidas dentro del ámbito de aplicación del artículo 87 CE, apartado 1, los Estados miembros no pueden predecir cuándo están obligados, conforme al artículo 88 CE, apartado 3, a notificar a la Comisión antes, de su ejecución, las modificaciones tributarias que se proponen adoptar. Debo recordar que en caso de incumplimiento de esta obligación de notificación se aplica a la medida el régimen de las «ayudas ilegales», conforme al Reglamento (CE) nº 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999, por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE. (29) Por lo tanto, los imperativos de seguridad jurídica y de efectividad de las normas sobre las ayudas de Estado exigen que los Estados miembros se hallen en condiciones de conocer

***anticipadamente el alcance de dicha obligación mediante unos criterios claros de evaluación. (30)***

(21)Esto es; el Abogado general se hacia esta pregunta: ¿Constituyen las reducciones de tipos impositivos de que se trata ayudas de Estado en el sentido del artículo 87CE, apartado 1?

(22)Y respondía: Hasta la fecha, el Tribunal de Justicia nunca ha respondido a esta cuestión en su jurisprudencia.”

(23)Es decir el Abogado General del TJCE decía (solo seis (6) meses después) lo contrario que le había servido al TS español para estimar recurso FER y anular NF IS THB y su tipo impositivo por ser inferior al del territorio común.

(24)Así la afirmación que había dado pie al Tribunal Supremo para declarar Ayudas se ponía en cuestión. Se caía por sí misma ..

**CUARTO: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 11 de septiembre de 2008.** Unión General de Trabajadores de La Rioja (UGT-Rioja) y otros contra Juntas Generales del Territorio Histórico de Vizcaya y otros. Petición de decisión prejudicial: Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

**[C-428/06 - CURIA - Lista de resultados](#)**

(25)Ello condujo, a la petición reiterada de la representación letrada de la Diputación Foral de Bizkaia, de que el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, ante tal duda, formalizara un incidente prejudicial ante el propio Tribunal de la Unión Europea preguntándole si cabía establecer en base al Concierto Económico en el territorio foral vasco y navarro un tipo impositivo en el Impuesto de Sociedades inferior al que regía en el territorio común del Estado español.

(26)Así lo hizo el TSJPV como señala la Sta TJUE 11 septiembre 2008:



.En el marco de los recursos de anulación en los asuntos principales, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si determinadas medidas fiscales de alcance general que no implican la concesión de una ventaja a determinadas empresas o determinadas producciones deben ser consideradas «selectivas» y quedar sujetas a la normativa enunciada en los artículos 87 CE y 88 CE, por el solo motivo de que afectan exclusivamente al territorio de una entidad infraestatal que es autónoma en materia tributaria.

(27)Ello dio lugar en principio a las favorables conclusiones del Abogado General Kokkot y posteriormente a la trascendental sentencia del Tribunal de la Unión Europea de Luxemburgo de fecha 11 de Septiembre de 2008 en la que se reconocía que conforme al Concierto Económico los Territorios Históricos disponían de; a) autonomía institucional b) autonomía de procedimiento y c) autonomía económica y todo ello permitía establecer tipos impositivos inferiores a los estatales. [C-428/06 - CURIA - Lista de resultados](#).

Nota: En el link constan tanto la Sentencia, como las Conclusiones previas de la DE LA ABOGADA GENERAL SRA. JULIANE KOKOTT

(28)La Sta TJCE 11-9-2008 argumentaba:

*..A la luz de todos estos elementos, procede responder a la cuestión planteada que el artículo 87 CE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que, para apreciar el carácter selectivo de una medida, se tiene en cuenta la autonomía institucional, de procedimiento y económica de la que goce la autoridad que adopte esa medida. Incumbe al órgano jurisdiccional remitente, único competente para identificar el Derecho nacional aplicable e interpretarlo, así como para aplicar el Derecho comunitario a los litigios de los que conoce, verificar si los Territorios Históricos y la Comunidad Autónoma del País Vasco gozan de tal autonomía, lo que tendría como consecuencia que las normas adoptadas dentro de los límites de las competencias otorgadas a dichas entidades infraestatales por la Constitución y las*

*demás disposiciones del Derecho español no tienen carácter selectivo, en el sentido del concepto de ayuda de Estado tal como aparece recogido en el artículo 87 CE, apartado 1.*

**(29)La Sta TJCE 11.9 2008 fallaba;**

***En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara: El artículo 87 CE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que, para apreciar el carácter selectivo de una medida, se tiene en cuenta la autonomía institucional, de procedimiento y económica de la que goce la autoridad que adopte esa medida. Incumbe al órgano jurisdiccional remitente, único competente para identificar el Derecho nacional aplicable e interpretarlo, así como para aplicar el Derecho comunitario a los litigios de los que conoce, verificar si los Territorios Históricos y la Comunidad Autónoma del País Vasco gozan de tal autonomía, lo que tendría como consecuencia que las normas adoptadas dentro de los límites de las competencias otorgadas a dichas entidades infraestatales por la Constitución española de 1978 y las demás disposiciones del Derecho español no tienen carácter selectivo, en el sentido del concepto de ayuda de Estado tal como aparece recogido en el artículo 87 CE, apartado 1.***

QUINTO: En consecuencia tanto el TSJPV como el TS desestimaron los recursos de las Comunidades Autónomas de Castilla León y La Rioja, [TS St 2013-11-27](#)

(30)En consecuencia tanto el TSJPV como el TS desestimaron los recursos de las Comunidades Autónomas de Castilla León y La Rioja, por todas [TS St 2013-11-27](#)

(31)Una vez dictada dicha Sentencia, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco desestimó los nuevos recursos que tanto la Comunidad Autónoma de La Rioja, como la Comunidad Autónoma de Castilla y León y sindicatos como UGT de La Rioja habían interpuesto contra la Norma Foral

que había establecido el nuevo tipo de Impuesto de Sociedades en el 28%.(NF 6/07.-26.3.2007)

(32)En consecuencia tanto el TSJPV como el TS desestimaron los recursos de las Comunidades Autónomas de Castilla León y La Rioja, por todas:

*SENTENCIA* de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el presente Recurso de Casación número 3930/2012 interpuesto por la Comunidad Autónoma de La Rioja , contra la sentencia dictada, con fecha 29 de junio de 2012, por la Sala de lo Contencioso Administrativo de Bilbao, Sección Primera, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el Recurso Contencioso-Administrativo número 143/2010, seguido contra la Norma Foral 3/2009 de 23 de diciembre, de las Juntas Generales de Bizkaia publicada en el B.O.B. nº 247 de 28 de diciembre de 2009 de Presupuestos Generales del Territorio Histórico de Bizkaia para el año 2010.[TS St 2013-11-27](#)

(33)El TS en esa sentencia "sortea" así su sentencia de 9.12.2009.Se alude a:

*F. J. Tercero.- En los motivos segundo, tercero y cuarto la Comunidad recurrente niega que los Territorios Históricos tengan autonomía institucional, de procedimiento y económica, requisitos imprescindibles para que las normas fiscales vascas no puedan considerarse como selectivas desde el punto de vista territorial., **ante la reciente doctrina sentada por el Tribunal de la Unión en los asuntos Azores y Territorios Históricos del País Vasco, que supera la postura tradicional de la Comisión Europea***

*(34) La sentencias del TS fallan..*

*Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Casación interpuesto por la Comunidad Autónoma de La*

*Rioja contra la sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Bilbao del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 29 de junio de 2012, dictada en el Recurso Contencioso-Administrativo número 143/2010 con la preceptiva condena en costas a la parte recurrente, si bien con la limitación expresada en el último de los Fundamentos de Derecho*

CONCLUSION: La la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 11 de septiembre de 2008. Unión General de Trabajadores de La Rioja (UGT-Rioja) y otros contra Juntas Generales del Territorio Histórico de Vizcaya y otros. Petición de decisión prejudicial: Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco. [C-428/06 - CURIA - Lista de resultados](#)

1º Es un hito histórico que avala el Concierto económico en la legalidad de la Unión Europea (David venció a Goliat)

2º Pero además, es la resolución más favorable a un enorme embrollo del Tribunal Supremo, que en su sentencia de 9.12.004, pudo dejar herido de muerte al Concierto económico, privándole de facto de su capacidad normativa en los tributos concertados como lo es el Impuesto sobre Sociedades.

Muchas son las personas que aportamos apoyo y trabajo para llegar hasta aquí. Gracias a todas ellas, y en especial al letrado Ignacio Saenz Cortabarría, sin cuya intervención no estaríamos ahora celebrando la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 11 de septiembre de 2008.

Bilbao a 1 de septiembre de 2021

Jose Luis Etxeberria Monasterio

Letrado Jefe de la Diputación Foral de Bizkaia (jubilado)

**Foto del 11 de septiembre 2008 .Palacio Foral Diputación Bizkaia**



**De izda a dcha..**

**Jose Luis Etxeberria; Jose Maria Irruarizaga; Aitor Bilbao Aresti; Jose Luis Bilbao (Diputado General Bizkaia) Koldo Mediavilla ; Ignacio Saenz Cortabarría; oculto Iñaki Alonso; Felix Ayarza.**