

REF Y CONSTITUCIÓN. REFLEXIONES

ALBERTO GÉNOVA GALVÁN

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario

Universidad de La Laguna

Al amparo de una supuesta reforma de la Constitución de 1978, desde diversos foros se ha suscitado la incorporación en la misma de una modificación de la regulación dispensada al Régimen Económico Fiscal de Canarias, pudiendo distinguirse dos líneas de propuestas de reforma; a saber: en primer lugar, la de quienes consideran necesario incorporar al texto constitucional ciertas disposiciones que actualmente tienen rango de Ley ordinaria, entendiendo que así se lograría evitar su incumplimiento en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado; una segunda línea quedaría representada por quienes ponen el acento de la hipotética reforma en dotar de carácter vinculante al informe que, conforme la Disposición Adicional 3ª de la Constitución, debe emitirse en los supuestos de modificación del REF.

Al abordar esta cuestión debe destacarse una primera cuestión, cual es la relativa trascendencia del debate, pues no parece previsible que en un plazo relativamente breve se vaya a plantear, efectivamente, un proyecto de reforma de la Constitución ante las Cortes Generales, porque la situación política y la escasa capacidad que hasta ahora se ha demostrado en las Cortes para alcanzar acuerdos entre los grupos parlamentarios, no constituyen, precisamente, el escenario idóneo para afrontar esa reforma. Una anunciada reforma que, agitada por algunos desde ciertos problemas territoriales, no resolvería el equilibrio entre los vectores centralistas y descentralizadores presentes en el modelo de organización territorial de la Constitución. En cualquier caso, el texto que formalmente se ha elaborado sobre una propuesta de reforma constitucional es de un alcance muy limitado; me refiero a la iniciativa del

Gobierno de la Nación que se elevó a informe del Consejo de Estado¹.

Al margen de que se produzca o no esa reforma constitucional, su mera posibilidad da excusa -si es que la misma hiciera falta- para reflexionar sobre la institución que engloba el acervo canario. Una reflexión siempre necesaria, pues, a pesar de tratarse de un acervo que se ha ido gestando a lo largo de la historia de Canarias, desde los tiempos de la conquista e incorporación a la corona de Castilla, y de la amplia atención prestada al mismo por la doctrina científica y los representantes de los intereses económicos y sociales, el REF queda sujeto a un permanente debate, en el que no siempre el rigor científico inspira las reflexiones. Ejemplo de ello nos lo muestra la expresión “anclar el REF en la Constitución”, que, lanzada desde el discurso político, ha ido calando, acompañada de intentos por llenar de contenido lo que, a mi juicio, no debió haber pasado de ser una feliz fórmula para captar titulares en medios de comunicación.

Esa expresión nos sirve para estructurar estas reflexiones sobre el REF y la Constitución.

Cabe, en mi opinión, distinguir tres intentos de llenar de contenido la citada expresión, desde que fuera formulada por primera vez.

En un primer momento, se pretendía encerrar en la expresión la incorporación al texto constitucional de la actual regulación contenida en las leyes reguladoras del REF de los niveles de inversiones estatales en Canarias: por una parte, el art. 12 de la Ley 19/1994, de 6 de julio, de modificación del Régimen Económico y Fiscal de Canarias, conforme el cual “los Presupuestos Generales del Estado recogerán cada año las partidas presupuestarias que resulten precisas para dotar las transferencias correspondientes a las inversiones del Estado en infraestructura en Canarias, que ascenderán como mínimo al 50 por 100 de la recaudación normativa líquida atribuida al Estado como compensación por la supresión del Impuesto General

¹ Consejo de Estado: Informe sobre modificaciones de la Constitución española, nº E 1/2005, febrero de 2006.

sobre el Tráfico de las Empresas establecida en la Ley 20/1991, de 7 de junio”; y por otra los arts. 95 y 96 de la Ley 20/1991, de 7 de junio, de modificación de los aspectos fiscales del Régimen Económico Fiscal de Canarias, que disponen, respectivamente, que “de conformidad con lo prevenido en el artículo 138.1 de la Constitución Española y el artículo 54 del Estatuto de Autonomía de Canarias, se considerarán de interés general a efectos de la inclusión de los créditos correspondientes en los Presupuestos Generales del Estado, las obras de infraestructura y las instalaciones de telecomunicación que permitan o faciliten la integración del territorio del Archipiélago con el resto del territorio nacional o interconecten los principales núcleos urbanos de Canarias o las diferentes islas entre sí. La puesta en vigor del sistema fiscal establecido en la presente Ley no implicará menoscabo alguno de las asignaciones complementarias previstas en el artículo 54 del Estatuto de Canarias”; y “en cada ejercicio, el Programa de Inversiones Públicas que se ejecute en Canarias se distribuirá entre el Estado y la Comunidad Autónoma de tal modo

que las inversiones estatales no sean inferiores al promedio que corresponda para el conjunto de las Comunidades Autónomas, excluidas de este cómputo las inversiones que compensen del hecho insular”. Estos tres preceptos no pasan de ser meras declaraciones programáticas; de normas que, si bien constituyen Derecho válido, no son directamente aplicables, pues el cumplimiento efectivo de lo pretendido por la norma programática exige de una Ley en la que se incorpore la regulación jurídica de aquella declaración. Es evidente que la declaración de la norma programática no vincula, no puede vincular, al legislador futuro, y, en puridad, deberían tramitarse como proposiciones no de Ley, siendo dudoso en muchas ocasiones que siquiera puedan ser encuadradas en lo que se ha venido en denominar soft law. La nota común a los tres artículos es su falta de obligatoriedad jurídica, son instrumentos no obligatorios que han de considerarse más bien como consejos y no verdaderas y propias reglas jurídicas, consistentes más en buenos deseos o declaraciones de intenciones que de pautas para ordenar el presente².

² Laporta, F.J.: “Gobernanza y soft law: nuevos perfiles jurídicos de la sociedad internacional”, en VV.AA., Ruiz Miguel, A. (ed.) *Entre Estado y Cosmópolis. Derecho y justicia en un mundo global*, Trota, Madrid, 2014, p. 74.

En esa línea de incorporar las normas jurídicas indicaciones al legislador futuro acerca de cómo debe regular una materia, es necesario señalar la mala práctica que ha anidado en las reformas de los Estatutos de Autonomía a partir de la del de Cataluña, incorporándose a diversas normas estatutarias previsiones sobre las inversiones estatales en la respectiva autonomía; en concreto, la DA 3ª del Estatuto de Autonomía de Cataluña, reformado por la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, establece que "la inversión del Estado en Cataluña en infraestructuras, excluido el Fondo de Compensación Interterritorial, se equipará a la participación relativa del producto interior bruto de Cataluña con relación al producto interior bruto del Estado para un período de siete años. Dichas inversiones podrán también utilizarse para la liberación de peajes o construcción de autovías alternativas". Sobre esta disposición se pronunció el Tribunal Constitucional en su sentencia 31/2010 señalando en el fundamento jurídico 138 que "no puede admitirse que la disposición adicional tercera, apartado 1, vincule a las Cortes

Generales en el ejercicio de sus funciones de examen, enmienda y aprobación de los Presupuestos Generales del Estado, pues respecto de este tipo de compromisos presupuestarios formalizados en un Estatuto de Autonomía hemos dicho que no constituyen «un recurso que el Estado deba consignar obligatoriamente en los presupuestos generales de cada ejercicio económico», pues es al Estado «a quien corresponde en exclusiva, atendiendo a la totalidad de los instrumentos para la financiación de las Comunidades Autónomas, a las necesidades de cada una de éstas y a las posibilidades reales del sistema financiero del Estado, decidir si procede dotar, en su caso, y en qué cuantía aquellas asignaciones en virtud de la competencia exclusiva que sobre la materia le atribuye el art. 149.1.14 CE (hacienda general). De la afirmación de la legitimidad constitucional de un mecanismo excepcional de financiación ... no cabe concluir la consecuencia de que el Estado deba, necesariamente y en todo caso, dotar una concreta partida presupuestaria si no se ha alcanzado al efecto acuerdo entre el Estado y la Comunidad Autónoma en el

seno de la Comisión Mixta», correspondiendo «al Estado adoptar la decisión de establecer dicha dotación, si bien su actuación debe resultar presidida por el principio de lealtad constitucional que ... 'obliga a todos' y que impone que el Gobierno deba 'extremar el celo por llegar a acuerdos en la Comisión Mixta' (STC 209/1990, de 20 de diciembre, FJ 4)» (STC 13/2007, de 18 de enero, FJ 11). La disposición adicional tercera, apartado 1, debe, pues, interpretarse en el sentido de que no vincula al Estado en la definición de su política de inversiones, ni menoscaba la plena libertad de las Cortes Generales para decidir sobre la existencia y cuantía de dichas inversiones”.

Corresponde, por tanto, en última instancia al Estado, mediante la Ley de Presupuestos Generales de cada año, decidir su política de inversiones, lo que implica fijar las partidas a dotar en función de las necesidades de cada territorio, entre otros criterios constitucionalmente admisibles, siendo el ejercicio de esta opción parte del poder de disposición estatal sobre su propio presupuesto. Esa, en principio, libre capacidad de decisión del Estado, queda condicionada, limitada, por los principios que la propia Constitución establece como informadores de la

justicia en el gasto público. Entre tales principios, el art. 138.1 incorpora, como principio modulador de la decisión del Estado sobre su presupuesto, “las circunstancias del hecho insular”, único criterio privativo de partes del territorio y que ha de ser atendido “en particular”.

Desde la perspectiva señalada en la doctrina constitucional, lo que habría que preguntarse es si la inclusión en el texto constitucional de una disposición del estilo de las transcritas de las leyes reguladoras del REF aportaría ex novo al texto constitucional; y la conclusión a que ha de llegarse es negativa.

Una segunda explicación para el pretendido “anclaje en la Constitución” del REF alude a la reforma de la DA 3ª de la misma, a fin de dar carácter vinculante al informe previsto en los casos de reforma o modificación del REF. Quienes participan de esta posición consideran que como el Tribunal Constitucional no ha avalado - al menos no de una manera indubitada- la garantía institucional para explicar la DA 3ª de la Constitución, concluyen que la misma es inoperante, careciendo de eficacia jurídica, por lo que proponen fórmulas diversas para dotar de efectos vinculantes al citado informe. Dotarle de tal efecto es contrario a la propia

Constitución, pues ello significaría tanto -así lo he expuesto en otro lugar³- como aceptar para un caso concreto una titularidad compartida del poder legislativo de las Cortes Generales con el de la Comunidad Autónoma de Canarias; cotitularidad que es, como digo, contraria a la Constitución.

En el fondo de la preconización de dotar de carácter vinculante al informe a emitir por el Parlamento de Canarias, late una visión pactista de la relación entre el Estado español y Canarias, contemplándolas como dos realidades políticas que pueden pactar en tanto que entran en colisión los intereses de Canarias y los del Estado⁴. Quienes sostienen dotar de carácter vinculante al informe del Parlamento de Canarias han de concluir, por coherencia en que los proyectos de Ley que modifiquen el REF habrían de ser tramitados en las Cortes Generales como ley de artículo único que, una vez expresado el

parecer del Parlamento de Canarias, sólo podría ser ratificada por las Cortes Generales. Esa posición es sustancialmente coincidente con la preconizada por algunos grupos parlamentarios sobre el Concierto vasco, que lo tratan de fundamentar en un pretendido pacto, calificando a la Ley que lo aprueba como "Ley de ratificación" a través de la cual las Cortes Generales expresan si se rechaza globalmente el Concierto o se acepta; se trataría, según ellos, no de un proyecto de Ley respecto del cual se puedan presentar enmiendas. En su día, esa posición pactista fue defendida en sede parlamentaria, entre otros, por Elorriaga: "el Concierto no sólo es la piedra angular, el ser o no ser de la autonomía; sobre todo es la recuperación del último resto del régimen foral. De ahí la importancia del espaldarazo que se pide a esta Cámara para que esta Ley entre en vigor, Ley cuyo texto, por corresponder a la forma

³ "El Régimen Económico Fiscal de Canarias ante la Constitución: Análisis jurídico de la Disposición adicional 3ª", en *Revista de Estudios de la Vida Local*, nº 218,

<http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=REALA&page=article&op=view&path%5B%5D=8314>

⁴ Ver Ríos Pérez, V., y Ríos Rull, F.: "Por un nuevo pacto Canarias-Estado", en *Revista de Hacienda Canaria*, nº 4, pp. 160-163; y Ríos Rull, F. "La renovación del pacto con el Estado a través del nuevo Estatuto", en *Revista de Hacienda Canaria*, nº 17, pp. 381 a 383.

de Ley por la vía de la ratificación". En contra de esa tesis se expresó, entre otros, el portavoz socialista Solchaga: "cuando el Concierto ya no es el único instrumento de relación entre el Gobierno central y las provincias vascongadas, sino que el instrumento-marco de referencia fundamental lo constituye el Estatuto de Autonomía, y cuando lo que estamos aquí discutiendo, al discutir el Concierto, es también por diferencia, por exclusión, por lo que queda, la financiación del resto de las Comunidades Autónomas, no queda más remedio que poner a discutir a esta Cámara, junto con el Gobierno, por todos y cada uno de los Grupos, una Ley de Concierto no de artículo único; no por el procedimiento más o menos foral o más o menos tradicional, sino una Ley articulada, discutible y enmendable en todos y cada uno de sus puntos".

Por mi parte, me sostengo en la tesis contraria a fundamentar en la DA 3ª de la Constitución una relación pactista del Parlamento de Canarias con las Cortes Generales; así como también soy del parecer contrario a pretender una modificación del bloque de constitucionalidad para dotar al REF de un carácter de pacto.

Para desechar científicamente las veleidades sobre el origen pactista del REF, son especialmente afortunadas las palabras del profesor Fernando Betancort, que define el Derecho especial canario como "el conjunto de normas estatales y de la Unión que, en razón de las situaciones permanentes y estructurales que concurren en el Archipiélago canario, determinan la configuración de regímenes singulares que especifican, modulan y, en ocasiones, inaplican el Derecho común, con el fin de garantizar a los residentes el ejercicio de los derechos y deberes, en igualdad de condiciones y oportunidades con el resto del territorio de la nación y el ente europeo". Destaca el profesor Betancort que el Derecho especial canario -del que forma parte el REF- es, fundamentalmente, Derecho estatal, correspondiendo su configuración a las instituciones centrales del Estado, que tienen atribuida la potestad de creación normativa⁵.

Conectando con la posición pactista, una tercera línea de pensamiento propone modificar la DA 3ª de la Constitución tomando como referencia la DA 1ª, de suerte que se

⁵ Betancort Reyes, F.J.: *El Derecho especial canario*, Iustel, Madrid, 2016, pp. 579 y ss.

dijera en aquella algo similar a que “la Constitución ampara y respeta el Régimen Económico Fiscal de Canarias. La actualización general de dicho régimen se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de autonomía, previo informe del Parlamento de Canarias”. Quienes proponen trasladar la regulación de la DA 1ª al caso del REF porque se interpreta que existe una diferencia de grado en cuanto a protección entre la 1ª y la 3ª, de suerte que la 1ª, según quienes sostienen esta tesis, sí dota de una efectiva protección al régimen foral. En mi opinión, si de juicios de grado en cuanto a la protección se trata, el saldo cae del lado del REF, como paso a exponer.

La DA 1ª encuentra su fundamento en puros criterios históricos: se amparan y respetan los derechos históricos compatibles con la propia Constitución, pero ese amparo y respeto se fundamenta exclusivamente en consideraciones históricas, y queda limitado a lo tocante a tales derechos que no entre en contradicción o colisión con la propia Constitución; el caso de la DA 3ª es sustancialmente diferente, pues la confirmación por la Constitución del REF hunde sus fundamentos no sólo en cuestiones históricas, sino en el propio concepto de justicia que asume

la Constitución, especialmente del concepto de justicia financiera, tanto por lo que se refiere al ingreso como al gasto público. El REF, es evidente, no constituye un Derecho especial que venga a excepcionar para un territorio normas de la Constitución, pero, a diferencia de lo que sucede con el régimen de concierto y de cupo, sí adecua normas y principios de la Constitución de 1978 para lograr hacer efectiva y garantizar para los ciudadanos residentes en Canarias la igualdad. El profesor Betancort ha explicado como el Derecho especial canario está al servicio de superar los obstáculos que impliquen un nivel de acceso idéntico a las prestaciones sociales y actividades económicas del resto de la nación, y, además, de establecer unas condiciones que, adaptadas a la realidad natural, geográfica y posicional del archipiélago, “garanticen un marco de competitividad, presencia y participación, en los circuitos comerciales nacionales, europeos y extranjeros”. Valorando teleológicamente ambas funciones, concluye Betancort en que “el Derecho especial canario se fundamenta en la igualdad ante la Ley. Principio que, como viene sosteniendo el Tribunal Constitucional, ‘no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con

abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica”.

La *diferencia de grado* que señalábamos entre las DA 1ª y 3ª de la Constitución se concreta en que el REF se fundamenta en conceptos materiales de justicia, pudiendo afirmar que la eventual supresión de la DA 1ª no tendría efectos salvo en las consideraciones relativas a la preservación y mantenimiento de instituciones tradicionales; sin embargo, un ejercicio teórico de supresión de la DA 3ª supondría una afectación al propio concepto de justicia asumido por la Constitución. Esta diferencia de grado se comprende si recapacitamos en la circunstancia de que el régimen de concierto y el de convenio suponen, fundamentalmente, un sistema de financiación de las haciendas navarras y vascas, las cuales disponen de un marco de financiación de sus servicios públicos diferente al aplicable a las restantes Comunidades Autónomas. El convenio y el concierto son sistemas de financiación que *sustituyen* al sistema de financiación de “las Comunidades Autónomas de régimen común”, no participando las Comunidades Navarra y Vasca de los recursos integrantes de ese “sistema común”. El REF constituye, sí, un sistema de financiación de las

haciendas territoriales canarias; y algo más: la concreción para un ámbito territorial -el archipiélago canario- del concepto de justicia que anida en nuestra Constitución.

Llegados a este punto, considero de interés traer a colación un artículo publicado en 2006 en esta misma *Revista* por el profesor Nuñez Pérez bajo el sugestivo y sugerente título de *“Pero ¿cuál es el contenido esencial del Régimen Económico y Fiscal de Canarias?”*, siendo llamativo que un prestigioso estudioso desde hace muchos años exponga sus dudas sobre una cuestión tan trascendente en el análisis del REF. El profesor Núñez lanzaba una cuestión al debate: *“rechazada la tesis por parte del Tribunal Constitucional de hallarnos ante la DA 3ª de la Constitución con una auténtica “garantía institucional”, los valedores de la misma no digo yo que tengan que renunciar a seguir manteniéndola, pero sí creo que al menos deberían tener la prudencia de reconocer que la misma no era acorde con la Constitución. Es partiendo de esa constatación como habrá que abordar en términos jurídicos el futuro del REFC, y en ningún caso tratando de violentar el Derecho (la Constitución) con textos como el contenido en el apartado 1 del art. 132 de la propuesta*

de Reforma del Estatuto de Autonomía, que viene a poner de manifiesto una actuación como mínimo errática desde el punto de vista jurídico”⁶

Como valedor de la categoría de la garantía institucional para explicar jurídicamente la DA 3ª de la Constitución, recojo, gustosamente, el guante.

El REF suele tratarse por algunos convirtiéndolo en una especie de cajón de sastre en el que todo cabe, siempre que quepa añadirle el calificativo de “singularidad canaria”; se asiste en los últimos tiempos a una devaluación del concepto del REF, presentándolo muchos -vicarios de intereses corporativos- como un mero listado de incentivos fiscales, y de otra naturaleza, a la actividad económica, dando algunos en ocasiones muestras de considerar el REF como algo propio de los empresarios, visión que pasa a primer plano cuando se trata del “REF económico”.

Es así que cobran pleno sentido las palabras del profesor Núñez que hemos transcrito. Siendo el REF el resultado de una evolución que arranca con los inicios de la incorporación de Canarias a la Corona de Castilla, se corre el riesgo de desnaturalizarlo hasta un punto en que no sea reconocible con los caracteres que tradicionalmente han configurado esta institución. Esa es la cuestión, a mi modo de ver, que debe tratarse: ofrecer, sugerir respuestas a la pregunta del profesor Núñez. La respuesta, en mi opinión, está en el reto que lanza el profesor a quienes hemos defendido la teoría de la garantía institucional para explicar el contenido de la DA 3ª de la Constitución.

Al margen de que el Tribunal Constitucional haya o no recogido en sus pronunciamientos que la DA 3ª de la Constitución establece una garantía institucional sobre el REF -cuestión sobre la que el Tribunal no es precisamente claro- lo relevante es el

⁶ La redacción del propuesto art. 132. Era la siguiente: “El régimen económico y fiscal de Canarias, de acuerdo con la disposición adicional tercera de la Constitución, únicamente podrá ser modificado previo informe favorable del Parlamento de Canarias, que deberá ser aprobado por las dos terceras partes de sus miembros. En caso de que el informe no sea aprobado por dicha mayoría, no se podrá proceder a su modificación”.

objeto al que se refiere la DA 3ª, y ese objeto lo constituye una institución jurídica, a la que denominamos REF.

Una institución en el sentido en que explicaba su concepto Hauriou: *una idea objetiva, transformada en una obra social por su fundador, idea que recluta adhesiones en el medio social y sujeta así a su servicio de voluntades indefinidamente renovadas*", y tal categoría es la única que permite una explicación jurídica del REF. Es esta una cuestión tratada con la debida profundidad por Martín Orozco, para quien el REF es una institución jurídica en tanto que *"complejo normativo de carácter jurídico-público debidamente formado y organizado y, por tanto, delimitable y diferenciable"*. Calificando al REF como institución jurídica, es reconocible en tanto que existe una percepción social de lo que es el mismo, percepción que, en sus rasgos generales, se ha mantenido a lo largo de su historia. El REF, a pesar de su denominación de "régimen" no lo es tal, pues no constituye un conjunto de normas jurídicas que, en un momento dado, regulan una materia, sino que es una institución jurídica.

Quizás hayamos errado en el estudio de la DA 3ª de la Constitución al volcar buena parte de los esfuerzos

hacia su carácter instrumental, analizando de manera casi exclusiva cómo debe tramitarse la modificación del mismo; se ha escrito sobre los efectos del informe del Parlamento de Canarias, sobre los efectos que ahora tiene y sobre los que debería tener, y, en ese tránsito, hemos dejado un tanto de lado lo sustancial: el objeto de la potencial modificación: el REF; el REF como institución jurídica.

Si ponemos la atención en el objeto, la DA 3ª hay que analizarla desde la perspectiva de la institución a que se refiere; la cual -y ese fue el fundamento de la enmienda que dio lugar a la que finalmente fue DA 3ª- está confirmando, reconociendo, protegiendo a una institución que podría haber sido puesta en cuestión una vez en vigor la Constitución de 1978 por entrar en colisión con determinados preceptos constitucionales. De ese modo, la DA 3ª incorpora a la Constitución a esa institución que pudiera quedar como "extraña" a la misma y ser puesta en cuestión; una institución que exigía un tratamiento constitucional, del mismo modo que el régimen de financiación del concierto y convenio que "reconoce y ampara" la DA 1ª de la Constitución.

En la historia del REF, ese “reconocimiento” por la Constitución no es algo novedoso, pues cuando se han generado en nuestro país procesos de unificación tributaria, nos encontramos con la reacción legislativa para evitar que ello significase la supresión del REF. En esa historia cabe destacar dos hitos en los que la institución del REF queda “blindada” frente a potenciales planteamientos uniformistas en lo tributario que pudieran conducir a su desaparición. Me refiero, en primer lugar, al Decreto de puertos francos, de 1852, que hay que entenderlo en el marco de la aparición en nuestro país del primer sistema tributario estatal unificado, por virtud de la reforma en 1845 de Ramón de Santillán; el segundo hito lo representa la DA 3ª de la Constitución de 1978, la cual prevé el blindaje frente a dos poderes con vocación uniformadora: el propio Estado español y la Unión Europea -en la que en 1978 era previsible una próxima integración del Reino de España-. Entre esos dos hitos hay que situar otros dos: el impacto de la reforma de la administración municipal española y lo que en ella representó la Ley de Cabildos, y la Ley del REF de 1972 enlazada con la Ley de Reforma del Sistema Tributario de 1964.

La DA 3ª de la Constitución impide que se pueda llegar a concluir que el REF fuera incompatible con la propia Constitución; y, al mismo tiempo, fundamenta la existencia de la institución del REF en los principios materiales que informan el concepto de justicia en la Constitución y, más precisamente, en su modalidad de justicia tributaria y de justicia del gasto. Quizás en base a ninguno de los preceptos de la Constitución se podría sustentar el actual Régimen Económico Fiscal vigente en la Comunidad Autónoma de Canarias; sin embargo, es la propia Constitución de 1978 la que asume esa institución, otorgándole un rango constitucional -y cualquiera que sea la tesis que se sustente para explicar esa DA 3ª, los juristas hemos de coincidir en que hoy existe el REF porque la Constitución lo ha decidido, y tiene la fuerza de obligar que la Constitución le presta-. Esa DA 3ª no se refiere a una suma de disposiciones normativas, sino a la existencia de una institución, garantizando que el contenido de esa institución debe preservar la imagen identificable de ese régimen económico fiscal tradicional.

Como el Tribunal Constitucional no ha avalado -al menos no de una manera indubitada- la garantía institucional para explicar la DA 3ª,

quizás se haya llegado a la conclusión de que esa Disposición es inoperante, de que carece de eficacia jurídica. Como he tratado de exponer, sí que tiene tal eficacia, en tanto que está “constitucionalizando” el REF, y está dando fundamento a la existencia en Canarias de un marco normativo a través del cual lograr la igualdad; así entendida la DA 3ª es como el REF no se nos presenta como un privilegio, sino como instrumento al servicio de la efectividad de la noción de justicia en un territorio para los ciudadanos residentes en el mismo, y es ahí donde se fundamenta la vigencia en Canarias de una presión fiscal inferior a la que rija en el resto del territorio nacional.

Los esfuerzos en la reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias deberían ir no por una imposible asignación de efectos vinculantes al informe, sino centrarse en lo que constituye función del citado Estatuto en el marco de la regulación por el “bloque de constitucionalidad” del REF: la definición de los caracteres identificativos de la institución. Definir tales caracteres no puede confundirse con la incorporación de una relación de incentivos tributarios, de lo que se trataría es de lograr con la mayor precisión posible regular el núcleo esencial del REF. Ha de evitarse que por

grupos de presión con una concepción patrimonialista del REF, se pretenda que queden calificadas como “medidas REF” lo que no son más que expresiones coyunturales de políticas económicas concretas. Medidas que revisten la forma, en muchos casos, de beneficios fiscales, introduciéndose una anomalía en el modo que debe entenderse el REF, que, tradicionalmente, ha estado vinculado a la imposición indirecta, y que, sin embargo, desde hace años se pretende incorporar al mismo singularidades en el ámbito de la imposición directa. Tales incentivos en el IRPF o en el Impuesto sobre Sociedades, de aplicación territorial a los sujetos que realizan actividades económicas en Canarias, serán fundamentados como instrumentos de una concreta política económica; sin embargo, no forman parte del REF.

Creo necesario insistir en que con el “anclaje” del REF en la Constitución del que se habla, en ocasiones, se pretende integrar en ese núcleo esencial del REF medidas que, a pesar de situarse en la órbita del REF, son medidas de carácter coyuntural, que se explican no por los principios materiales que informan el REF, sino por la utilización extrafiscal de los tributos a que alude el artículo 2 LGT, erigiéndose

en instrumentos de la política económica. Tal es el caso, evidentemente, de los beneficios fiscales que se puedan establecer en los tributos directos para cierta categoría de contribuyentes, los cuales encuentran su última ratio en circunstancias comunes a las que históricamente han explicado la existencia del REF pero que, sin embargo, nunca se han identificado con el REF. En efecto, el núcleo esencial del REF en la perspectiva tributaria se ha situado en la esfera de la imposición indirecta, pues es en ella en la que puede encontrarse la justificación de la pervivencia del REF en el concepto de justicia tributaria expresado en la propia Constitución. Eso es, precisamente, a lo que se refiere la DA 3ª de la Constitución: no a beneficios fiscales que, en un momento dado, puedan entenderse adecuados al servicio de una política económica, sino a una institución que afecta a toda la población residente en Canarias, una institución de la que es beneficiaria -potencialmente- la población en su conjunto, y no exclusivamente una parte de ella.

En ese sentido, la franquicia fiscal sobre el consumo, beneficia a todos, y es parte del núcleo esencial del REFC.

Lo que sugiero es analizar la DA 3ª no en clave procedimental, sino desde una perspectiva material, como constitucionalización de una institución jurídica previa a la misma y que entra en contradicción -aparente, al menos- con determinados preceptos de la misma.

Como anticipaba, la DA 1ª de la Constitución se refiere a un sistema de financiación de unas Comunidades Autónomas, que, por virtud de la misma, quedan excluidas del "sistema común", por disponer de un sistema de financiación singular, propio. El caso del REF es diferente: se establecen una serie de "franquicias", una imposición indirecta aplicable en Canarias distinta y de menor intensidad que la vigente en el resto del territorio y, además, unos recursos financieros de los entes territoriales canarios -la Comunidad Autónoma, los Cabildos y los Ayuntamientos-; una financiación de esos entes que no es excluyente del sistema "común" de financiación de las Comunidades Autónomas, sino complementario, adicional. Esta es una cuestión relevante, que sí debería quedar debidamente regulado en el Estatuto de Autonomía, evitando que, al resolver la financiación de la Comunidad Autónoma de Canarias, se pretendiera incorporar a la misma el

bloque de financiación REF. Es sí un elemento de protección del REF la supresión que al mismo se hace en el último párrafo de la DA 2ª de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias, en tanto que se vincula el Fondo de Competitividad con la participación de la Comunidad Autónoma en los recursos REF; sistema de financiación de las Comunidades Autónomas y REF no son vasos comunicantes, pues distintos son los fundamentos que dan lugar a la existencia jurídica de uno y otro.

Vuelvo sobre la diferencia de grado entre la DA 1ª, por una parte, y la 3ª, por otra: la 1ª se refiere a un régimen de financiación de unas haciendas territoriales: las de los territorios históricos vascos y la de Navarra; sin embargo, en el REF los aspectos relativos a la financiación de la Comunidad Autónoma y de los entes territoriales canarios son sólo un elemento, incorporando el mismo elementos identificativos que, como anticipábamos, no sólo se explican y justifican por consideraciones históricas -como es el caso de la DA 1ª- sino, además, por principios de justicia

material. Es esta una nota distintiva entre el REF y la regulación de los recursos de las haciendas Navarra y del País Vasco que es esencial: el “reconocimiento y protección” del concierto y convenio se fundamenta en un elemento meramente histórico; lo que es susceptible de modificación -en el caso de Canarias- es una institución jurídica que se fundamenta en principios de justicia material.

Mientras se debate acerca del carácter vinculante o no del informe del Parlamento de Canarias, se pierde de perspectiva lo que es fundamental: cuál deba ser el contenido de ese informe. Si se examinan los ya numerosos informes elaborados por el Parlamento de Canarias en aplicación de la DA 3ª de la Constitución, se constata que todos ellos coinciden en resaltar el fundamento histórico del REF, reproduciéndose en uno tras otro los mismos párrafos. A su vez, los informes que sobre la materia ha evacuado el Consejo Consultivo de Canarias, coinciden en ese contenido. Falta en esos informes, en mi opinión, aprovecharlos para formar un cuerpo de doctrina acreditativo de los aspectos sustantivos que fundamentan la existencia del REF, analizando, desde la perspectiva de la Constitución, la justicia material que lo sustenta.

La cuestión de la financiación de las corporaciones locales nos lleva a plantearnos la duda de si no forma parte del REF la singular regulación de las administraciones locales canarias. Esas singularidades han quedado enmarcadas por los administrativistas en la expresión "Derecho especial canario", la duda es si no es posible la integración en el REF -en su núcleo esencial- de los aspectos organizativos de nuestra administración, que ha presentado un modelo diferente al en cada momento aplicable en el resto del territorio, y en el que, constantemente, siempre se ha mantenido la especial función que corresponde al ente administrador de la isla.

Descartando, como he anticipado, la eventual asignación de efectos vinculantes al informe del Parlamento de Canarias en cuanto a la modificación del REF, una alternativa que actualmente sí es posible es la configuración de todos los tributos REF como tributos titularidad de la Comunidad Autónoma de Canarias. Se trata de superar la distorsión que supone que los dos tributos REF principales -IGIC y AIEM- sean tributos estatales, cuando, atendiendo a la evolución histórica del REF, deberían ser tributos de la Comunidad. Desde un

momento inicial de atribución a la Comunidad Autónoma de competencias de gestión, se ha pasado a una progresiva asunción por la misma de competencias normativas sobre los citados tributos. Quizás fuera oportuno que en el Estatuto de Autonomía quedara recogido ese carácter de tributos propios de los recursos REF, y ello, por supuesto, sin perjuicio de la necesaria coordinación con la normativa estatal -principalmente por lo que se refiere a la coordinación IVA-IGIC- que llevaría a que fuera competencia estatal la regulación de aspectos tales como los criterios de localización territorial de los hechos imponibles.

Que los tributos REF fueran tributos titularidad de la Comunidad Autónoma dejaría de lado el debate acerca de los efectos del informe del Parlamento, pues buena parte de las cuestiones que hasta ahora han sido objeto de tales informes pasarían a ser competencia legislativa de la Comunidad Autónoma de Canarias.

Me refiero, finalmente, a como en el estudio del REF ha quedado, normalmente, relegado su ámbito económico -como también lo es en las propuestas de reforma del Estatuto de Autonomía-. Normalmente, los estudios sobre esta institución se han centrado

en el ámbito fiscal, en el que existe una amplísima y fundamentada doctrina científica; sin embargo, no cabe decir lo mismo sobre el ámbito económico, el cual queda relegado a un listado de beneficios. Lo que hemos señalado sobre el REF como institución es plenamente válido tanto para el "REF fiscal" como para el "REF económico". En este sentido, creo que debe destacarse la aportación de los profesores Padrón Marrero, Godenau y Olivera Herrera, quienes han titulado una reciente aportación como "el marco institucional canario". En mi opinión, en ese artículo se contiene una acertada

reflexión acerca del marco institucional de la economía canaria: en eso consiste el "REF económico", en un marco institucional de la economía canaria distinto del vigente en la economía española.

Una última cuestión, aunque no menor, es cómo figura la regulación del REF en el Estatuto de Autonomía. Quizás fuera oportuno que el REF figurara en su frontispicio, para así dar el realce que corresponde a la institución que constituye el "acervo canario" y que hace a esta Comunidad Autónoma distinta de las restantes.